MEDENÎ USÛL HUKUKUNDA
BİLİRKİŞİ İNCELEMESİ

Barış TORAMAN

DOKTORA TEZİ

Kasım, 2012

MEDENÎ USÛL HUKUKUNDA
BİLİRKİŞİ İNCELEMESİ

Barış TORAMAN

DOKTORA TEZİ

Özel Hukuk Anabilimdalı

Danışman: Prof. Dr. Muhammet ÖZEKES

Eskişehir

Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü

Kasım, 2012

JÜRİ VE ENSTİTÜ ONAYI

Barış TORAMAN'ın "Medeni Usûl Hukukunda Bilirkişi İncelemesi" başlıklı tezi **17 Haziran 2013** tarihinde, aşağıdaki jüri tarafından Lisansüstü Eğitim Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinin ilgili maddeleri uyarınca **Özel Hukuk** Anabilim Dalında, **Doktora** tezi olarak değerlendirilerek kabul edilmiştir.

		İmza
Üye (Tez Danışmanı)	**: Prof.Dr.Muhammet ÖZEKES**	.....
Üye	**: Prof.Dr.Hakan PEKCANITEZ**	.....
Üye	**: Prof.Dr.Oğuz ATALAY**	.....
Üye	**: Doç.Dr.Ayşe Tülin YÜRÜK**	.....
Üye	**: Doç.Dr.Murat ATALI**	.....

Prof.Dr.B.Zafer ERDOĞAN
Anadolu Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürü

Doktora Tez Özü

MEDENÎ USÛL HUKUKUNDA BİLİRKİŞİ İNCELEMESİ

Barış TORAMAN
Özel Hukuk Anabilim Dalı
Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kasım 2012
Danışman: Prof. Dr. Muhammet ÖZEKES

Bu çalışmada, bilirkişi incelemesini, onun medenî usûl hukukundaki yeri bakımından incelemeyi amaçladık. Çalışmamız üç bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde, ilk olarak, bilirkişi incelemesinin kavramsal çerçevesini çizmeye çalıştıktan sonra, bilirkişi incelemesinin konusunu, vakıa ile hukuk ayrımı içerisinde inceledik. İkinci bölümde ise, bilirkişi incelemesine başvurulması süreci üzerinde durduk. Bu bağlamda, meseleyi, bilirkişi incelemesine başvuru koşulları, bu koşulların değerlendirilmesi, bilirkişi incelemesi hakkındaki karar ve içeriği, nihayet, bilirkişinin seçimi ve tayini noktalarında ele aldık. Son olarak, üçüncü bölümde, ilk olarak bilirkişi incelemesinin yerine getirilmesini, hâkimin, bilirkişinin ve tarafların, bu süreçteki rol ve işlevleri çerçevesinde değerlendirmeye çalıştık. Daha sonra, bilirkişi incelemesinin hükümdeki yeri, diğer bir deyişle, bilirkişi tarafından sunulan görüşün sunulması ve bunun hâkim tarafından değerlendirilmesi süreci üzerinde açıklamalarda bulunduk.

Anahtar Kelimeler: Medenî usûl hukuku, ispat hukuku, deliller, bilirkişi incelemesi

Abstract

JUDICIAL EXPERTISE IN CIVIL PROCEDURE LAW

Barış TORAMAN

Department of Private Law

Anadolu University Graduate School of Social Sciences, November 2012

Advisor: Prof. Dr. Muhammet ÖZEKES

In this study, we aimed to investigate the judicial expertise through its position within the civil procedure law. The study is composed of three chapters. In the first chapter, first of all, after trying to draw a conceptual framework for the judicial expertise, we analysed the subject of the judicial expertise within the context of the distinction of the fact and law. In the second chapter, we dealed with the procedure of application of the judicial expertise. In this context, we argued out the issue within the extent of the conditions and the evaluation of this application, the legal decision about the judicial expertise and its content, and lastly selecting and appointing the judicial expert. Finally, in the third chapter, first we tried to evaluate the exercise of the judicial expertise through the roles and functions of the judge, expert, and the parties. Than, we explained the place of the judicial expertise within the judicial decision. In other words, we explained the presentation of the view of the expert and the procedure of evaluation of this view by the judge.

Key Words: Law of civil procedure, evidence law, means of evidence, judicial expertise

TEŞEKKÜR

Öncelikle, Hocam, danışmanım Sayın Prof. Dr. Muhammet Özekes'e minnettarım. Aynı şekilde, tez jürimde yer alan, katkı ve eleştirileriyle beni yönlendiren Saygıdeğer Hocalarım, Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez, Prof. Dr. Oğuz Atalay, Doç. Dr. Ayşe Tülin Yürük ve Doç. Dr. Murat Atalı'ya teşekkür ediyorum. Son olarak, tezimi hazırlarken, Nanterre Üniversitesi (Paris X) Hukuk Fakültesinde, Sayın Hocam Dr. Oliver Leclerc ile birlikte çalışma imkânı buldum. Doktora öğrencileri için yurt dışı araştırma bursu ile bana bu imkânı sağlayan Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumuna (TÜBİTAK) ve Sayın yetkililerine çok teşekkür ediyorum.

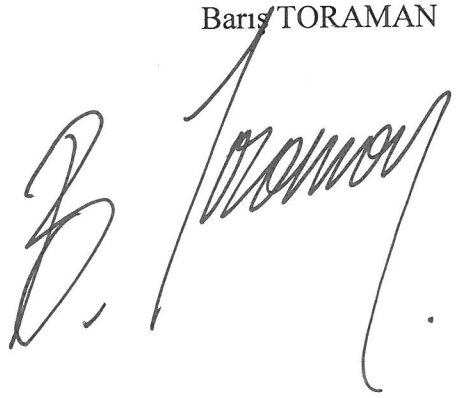
1 .../7./20.13

ETİK İLKE VE KURALLARA UYGUNLUK BEYANNAMESİ

Bu tez çalışmasının bana ait, özgün bir çalışma olduğunu; çalışmamın hazırlık, veri toplama, analiz ve bilgilerin sunumunda bilimsel etik ilke ve kurallara uygun davrandığımı; bu çalışma kapsamında elde edilmeyen tüm veri ve bilgiler için kaynak gösterdiğimi ve bu kaynaklara kaynakçada yer verdiğimi; bu çalışmanın Anadolu Üniversitesi tarafından kullanılan bilimsel intihal tespit programıyla tarandığını ve hiçbir şekilde intihal içermediğini beyan ederim.

Her hangi bir zamanda, çalışmamla ilgili yaptığım bu beyana aykırı bir durumun saptanması durumunda, ortaya çıkacak tüm ahlakî ve hukukî sonuçlara razı olduğumu bildiririm.

Barış TORAMAN



Sevgili annem ve babama,

Sevgili hocam, Doç. Dr. Halûk Konuralp'in hatırasına...

Özgeçmiş

Barış Toraman
Medenî Usûl ve İcra – İflâs Hukuku Anabilim Dalı
Doktora

Eğitim

Y. Ls. : 2006, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
Ls. : 2002, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Lise: 1995, Ankara Gazi Anadolu Lisesi

Yayınlar

Yazılan ulusal kitaplar ve kitaplardaki bölümler:

Toraman, B. (2007). *İcra ve İflâs Kanununa göre sermaye şirketleri ve kooperatiflerde iflâsın ertelenmesi talebi.* Ankara: Yetkin.

Ulusal hakemli dergilerde yayınlanan makaleler:

Toraman, B. (2012). İtibar bilirkişiliği ile yargısal lobicilik arasında bir müessese olarak *amicus curiae* (mahkeme dostu). *MİHDER,* 2, C. 8, S. 22, ss. 161 – 197.

Ulusal hakemsiz dergilerde yayınlanan makaleler:

Toraman, B. (2009). Fransız medenî usul hukukunda belgelerin taraflar arasında iletilmesi ve zorunlu ibrazı. *Halûk Konuralp'in Anısına Armağan.* Ankara: Yetkin, ss. 1085 – 1103.

Uluslararası hakemsiz dergilerde yayınlanan makaleler:

Toraman, B. (2011). L'expertise judiciaire civile en Turquie. *Revue Experts,* no: 94, février, ss. 13 – 15.

Diğer yayınlar:

Çeviri: Fransız Temyiz Mahkemesi Kararı: "Bilirkişinin Görevi ve Sınırları", Prof. Dr. Saim Üstündağ'a Armağan, Ankara 2009, ss. 485 - 489.

Çeviri: O. Leclerc, "Bilirkişiliğe İlişkin Reformlar, Sınırlı Gelişmeler ve Kaçırılan Fırsatlar", Prof. Dr. Bilge Umar'a Armağan, İzmir 2010, ss. 309 - 324.

Başarı ve Ödüller

TÜBİTAK Doktora öğrencileri için yurt dışı araştırma bursu, Fransa, Mart 2010 – Eylül 2010.

Kişisel Bilgiler

Doğum yeri ve tarihi: İstanbul, 19 Nisan 1977 **Cinsiyeti:** Erkek

Yabancı dil: Fransızca, İngilizce

İçindekiler

Jüri ve Enstitü Onayı ..... **iii**
Öz ..... **iii**
Abstract ..... **iv**
Teşekkür ..... **v**
Etik İlke ve Kurallara Uygunluk Beyannamesi ..... **vi**
Özgeçmiş ..... **viii**
Kısaltmalar Listesi ..... **xvi**
Giriş **1**

Birinci Bölüm
Bilirkişi İncelemesinin Genel Çerçevesi ve Konusu

1. Bilirkişi ve Bilirkişi İncelemesi Kavramları ile Bilirkişinin ve Bilirkişi İncelemesinin Hukukî Niteliği **6**
1.1. Bilirkişilik Faaliyetinin Gelişim Süreci **6**
1.2. Bilirkişi ve Bilirkişi İncelemesi Kavramları **18**
1.2.1. Genel olarak **18**
1.2.2. Terminoloji **21**
1.2.3. Bilirkişi incelemesi kavramı ve tanım **25**
1.2.4. Bilirkişi kavramı ve tanım **32**
1.3. Bilirkişinin ve Bilirkişi İncelemesinin Hukukî Niteliği **41**
1.3.1. Genel olarak **41**
1.3.2. Bilirkişinin hukukî niteliği **42**
1.3.2.1. Genel olarak mahkeme tarafından tayin edilen bilirkişinin hukukî niteliği **42**
1.3.2.2. Bazı özel durumlar **49**
1.3.2.2.1. Bilirkişinin tanıktan ayırt edici özellikleri ve bilirkişi-tanık ile yöresel bilirkişi kavramları **49**
1.3.2.2.2. Özel olarak taraf bilirkişisinin (m. 293 bakımından uzmanın) hukukî niteliği **54**
1.3.2.2.3. Amicus curiae (mahkeme dostu) **60**
1.3.3. Bilirkişi incelemesinin hukukî niteliği **63**
1.3.3.1. Genel olarak **63**
1.3.3.2. Benzer kurumlarla karşılaştırılması **71**
2. Bilirkişi İncelemesinin Konusu ve Sınırları **79**
2.1. Genel Olarak **79**
2.2. Yargısal Altlama Faaliyeti Bakımından Bilirkişi İncelemesinin Yeri ... **80**
2.2.1. Genel olarak yargısal altlama faaliyeti ve amacı **80**

2.2.2. Yargısal altlama faaliyetinde bilirkişi incelemesinin yeri ve önemi 83
2.3. Bilirkişi İncelemesinin Konusu ve Sınırları Bakımından Vakıa ve Hukuk Ayrımı 84
2.3.1. Genel olarak vakıa ve hukuk ayrımı 84
2.3.1.1. Vakıa 84
2.3.1.2. Hukuk ve vakıadan ayırt edilmesi sorunu 88
2.3.2. Bilirkişi incelemesi bakımından vakıa ve hukuk ayrımının önemi 91
2.3.2.1. Bilirkişi incelemesinin sınırlarına ilişkin genel yaklaşım: Hukukî konuda bilirkişi incelemesine başvuru yasağı 91
2.3.2.2. Bilirkişi incelemesinin sınırlarının belirlenmesindeki güçlükler ile somut bazı mesele ve örnekler 98
2.3.2.3. Vakıa ve hukuk ayrımı bakımından bilirkişi incelemesinde sınırın aşılması ve bunun denetimi sorunu 111
2.3.2.3.1. Bilirkişi incelemesinin sınırlarının aşılması 111
2.3.2.3.2. Bilirkişi incelemesinin sınırlarına kanun yolu denetimindeki yaklaşım ve görev sınırlarının aşılmasının sonuçları 116
2.3.2.4. Hukukî konularda bilirkişi incelemesine başvurulmasının değerlendirilmesi 124
2.4. Bilirkişi İncelemesinin Konusu Olarak Özel ve Teknik Bilgi 129

İkinci Bölüm
Bilirkişi İncelemesine Başvuru ve Bilirkişinin Görevlendirilmesi

1. Bilirkişi İncelemesine Başvurulması ve Hâkimin Takdir Yetkisi 135
1.1. Genel Olarak 135
1.2. Bilirkişi İncelemesinin Zamanı 138
1.3. Takdirî Delil – Kesin Delil Ayrımında Bilirkişi İncelemesinin Yeri 139
1.4. Bilirkişi İncelemesine Elverişli Vakıa Meselesi 144
1.5. Daha Önceden Bilirkişi Görüşü Alınmasının Bilirkişi İncelemesine Başvuruda Etkisi 145
1.5.1. Delil tespiti yoluyla bilirkişi incelemesine başvurulmuş olması 145
1.5.2. Aynı vakıa meselesi hakkında bir başka davada bilirkişi incelemesine başvurulmuş olması 148
1.5.3. Bozma kararından sonra bilirkişi incelemesine başvurunun elverişliliği 152
1.6. Bilirkişi İncelemesine Başvurulmasında Tarafların Rolü 153
1.6.1. Tarafların vakıa iddialarını somutlaştırmaları ve delil ikamesi bakımından üzerlerine düşeni yapmış olmaları 153

1.6.2. Bilirkişi incelemesine başvurunun ispat hakkı kapsamında değerlendirilmesi 156
1.6.3. Bilirkişi incelemesine ilişkin gider ve masrafların yatırılması ... 162
1.7. Bilirkişi İncelemesine Başvurulmasında Hâkimin Uzmanlık Bilgisinin Rolü 168
1.8. Hâkimin Bilirkişi İncelemesine Başvurma Zorunluluğu 170
1.8.1. Hâkimin takdir yetkisinin zorunlu bilirkişilik yoluyla kanun tarafından sınırlandırılması 170
1.8.2. Zorunlu bilirkişiliğin genel çerçevesi 174
1.8.3. Hâkimin takdir yetkisinin kanun yolu denetiminde sınırlandırılması 177
1.9. Geçici Hukuki Koruma Yargılamasında Bilirkişi İncelemesine Başvurulması 181
1.10. Kanun Yolları Aşamasında Bilirkişi İncelemesine Başvurulması 189
1.10.1. Fiilen yürürlükte olan kanun yolu sisteminde 189
1.10.2. İstinaf kanun yolunun fiilen uygulanması hâlinde 190
2. Bilirkişi İncelemesi Hakkındaki Karar 196
2.1. Bilirkişinin Görevinin Kapsam ve İçeriğinin Belirlenmesi 196
2.1.1. Bilirkişinin görevinin kapsam ve içeriği (konusu) bakımından görünüm biçimleri 196
2.1.1.1. Ayrımın genel çerçevesi ve bazı yabancı ülke hukuklarında yeri 196
2.1.1.2. Bilirkişinin bir vakıa tespitiyle görevlendirilmesi 204
2.1.1.3. Bilirkişinin bir vakıayı değerlendirmek ve bundan sonuç çıkarmakla görevlendirilmesi 211
2.1.1.4. Bilirkişinin salt bir uzmanlık bilgisini mahkemeye aktarmakla görevlendirilmesi 214
2.1.1.5. Ayrımın işlevselliğine ilişkin bir değerlendirme 222
2.1.2. Bilirkişinin görevinin belirlenmesinde dikkat edilmesi gereken hususlar ile tarafların ve bilirkişinin rolü 226
2.1.2.1. Dikkat edilmesi gereken hususlar 226
2.1.2.2. Tarafların ve bilirkişinin rolü 227
2.2. Bilirkişi İncelemesi Hakkındaki Kararın Gerekçesi 229
2.3. Bilirkişi İncelemesi Hakkındaki Karara Karşı Başvuru Yolları 234
3. Bilirkişinin Seçimi ve Tayini 239
3.1. Genel Olarak 239
3.2. 1086 Sayılı HUMK Dönemine Genel Bir Bakış 242
3.3. Hukuk Muhakemeleri Kanununda Öngörülen Liste Usûlü 247
3.3.1. Genel olarak liste usûlü 247
3.3.2. Liste usûlünün bazı yabancı ülke hukuklarındaki görünümü ve Türk hukukunda gelişimi 250

3.3.3. Liste usûlünün sağladığı avantajlar 258
3.3.4. Liste usûlüne yönelik eleştiriler ve bu eleştirilerin değerlendirilmesi 261
3.4. Bilirkişinin Seçimi (Bir Listeye Kaydedilmesi) 264
3.4.1. Genel olarak uzmanlık dalları kataloglarının düzenlenmesi ile başvuruların değerlendirilmesi ve listelerin düzenlenmesinde yetkili mercii 264
3.4.1.1. Uzmanlık dalları kataloglarının düzenlenmesi 264
3.4.1.2. Başvuruların değerlendirilmesi ve listelerin idaresinde yetkili merci 269
3.4.2. Listelere kayıt için gerekli sübjektif koşullar 270
3.4.3. Başvuruların değerlendirilmesinde esas alınan objektif ölçütler ve değerlendirme usûlü 277
3.4.4. Başvuru hakkında verilen karar ve karara karşı başvuru imkânları 281
3.4.5. Özel olarak bilirkişilerin eğitimi ve eğitim faaliyetinin devamlılığının sağlanması 283
3.5. Bilirkişinin Tayini (Görevlendirilmesi) Usûlü 284
3.5.1. Genel olarak bilirkişinin tayini 284
3.5.2. Bilirkişinin kural olarak listeye kayıtlı olanlar arasından tayin edilmesi zorunluluğu 286
3.5.3. Bilirkişinin uzmanlık bilgisinin uyuşmazlık konusu vakıa meselesi hakkında olması 293
3.5.4. Bilirkişi sayısı 295
3.5.5. Tarafların rolü 302
3.5.6. Bilirkişiliği kabul mecburiyeti ve sınırları 303

Üçüncü Bölüm
Bilirkişi İncelemesinin Yerine Getirilmesi ve Bilirkişi Raporu

1. Bilirkişi İncelemesinin Yerine Getirilmesi 309
1.1. Genel Olarak Bilirkişi İncelemesi Sırasında Hâkimin Rolü ve Konumu 309
1.2.Bilirkişi İncelemesinin Yerine Getirilmesinde Bilirkişinin Ödev ve Yetkileri 316
1.2.1. Bilirkişinin ödevleri 316
1.2.1.1. Genel olarak bilirkişinin ödevleri 316
1.2.1.2. Görevin bağımsız, tarafsız ve diğer etik kurallara uygun yerine getirilmesi 319
1.2.1.2.1. Bilirkişinin bağımsızlığı 319
1.2.1.2.2. Bilirkişinin tarafsızlığı ve reddi usûlü 324

1.2.1.2.3. Diğer bazı etik kurallar....328
1.2.1.3. Görevin şahsen yerine getirilmesi....331
1.2.1.3.1. Genel olarak....331
1.2.1.3.2. Bilirkişinin bir üçüncü kişiden yardım alması....334
1.2.1.4. Görevin verilen süre içinde yerine getirilmesi....338
1.2.1.5. Sır saklama yükümlülüğü....347
1.2.2. Bilirkişinin yetkileri....349
1.2.2.1. Genel olarak....349
1.2.2.2. Göreve ilişkin tereddütlerin giderilmesini isteme....353
1.2.2.3. Gerekli belgelere ve incelenecek diğer şeylere ulaşma....354
1.2.2.4. Bir şey üzerinde inceleme yapma....366
1.2.2.5. Tarafları ve üçüncü kişileri dinleme....369
1.3. Bilirkişi İncelemesinde Tarafların ve Üçüncü Kişilerin Rolü ve Konumu....371
1.3.1. Tarafların ve üçüncü kişilerin bilirkişi incelemesine katkıda bulunma ödevi ve sınırları....371
1.3.1.1. Genel olarak bilirkişi incelemesine katkıda bulunma ödevi 371
1.3.1.2. Bilirkişi incelemesine katkıda bulunma ödevine aykırı davranılmasının sonuçları....376
1.3.1.3. Bilirkişi incelemesine katkıda bulunma ödevinin sınırları ..383
1.3.2. Tarafların bilirkişi incelemesi sırasında hazır bulunma hakkı ...387
1.3.2.1. Genel olarak....387
1.3.2.2. Hazır bulunma hakkının sınırları....394
2. Bilirkişi Raporu, Raporun Mahkemeye Sunulması Ve Hükümdeki Yeri...397
2.1. Bilirkişi Raporunun Biçim ve İçeriği....397
2.1.1. Bilirkişi raporunun biçimi....397
2.1.2. Bilirkişi raporunun içeriği....403
2.1.2.1. Genel olarak....403
2.1.2.2. İnceleme konusunu oluşturan maddî vakıalar ile bilirkişinin gözlem ve tespitleri....404
2.1.2.3. Bilirkişi tarafından varılan sonuç ve gerekçesi....404
2.2. Bilirkişi Raporunun Mahkemeye Sunulması ve Sonuçları....406
2.2.1. Raporun mahkemeye sunulması....406
2.2.2. Bilirkişi görüşünün taraflarca tartışılması....409
2.2.2.1. Bilirkişiye doğrudan soru yöneltilmesi....409
2.2.2.2. Bilirkişi görüşüne itiraz edilmesi....411
2.2.2.2.1. Genel olarak itiraz usûlü ve özellikle itiraz sebepleri....411
2.2.2.2.2. İtiraz süresi....414
2.2.2.3. Bilirkişi raporuna itiraz edilmemesinin usûlî bir kazanılmış hak oluşturmayacağı....416
2.2.2.4. Bilirkişiden ek görüş veya rapor alınması....419

2.2.2.5. Yeniden bilirkişi incelemesine başvurulması 421
2.3. Bilirkişi İncelemesinin Hükümdeki Yeri.....428
2.3.1. Hâkimin bilirkişi görüşüyle bağlı olmaması ilkesi ve sınırları....428
2.3.1.1. Hâkimin bilirkişi görüşüyle bağlı olmaması ilkesinin genel çerçevesi.....428
2.3.1.2. Hâkimin bilirkişi görüşüyle bağlı olmaması ilkesinin sınırları 434
2.3.1.3. Kanun yolu denetiminde hâkimin bilirkişi görüşüyle bağlı olmaması ilkesi.....441
2.3.2. Özel olarak uzman (özel bilirkişi) görüşünün hükme olan etkisi 446
Sonuç.....453
Kaynakça 471

Kısaltmalar Listesi

ABD : Ankara Barosu Dergisi

AJDA : Actualité juridique, droit administratif

AJDI : Actualité juridique de droit immobilier

al. : Alinéa

art. : Article; Artikel

AD : Adalet Dergisi

AİHM : Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi

Ass. plén. : Assemblée plenière (Fransa)

aşa. : Aşağıda

ATF : Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral suisse

ATAF : Recueil officiel des arrêts du Tribunal administratif suisse

ATCF : Extraits des principaux arrêts du Tribunal cantonal et de décision du Conseil d'Etat du Canton du Fribourg

AÜEHFD : Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi

AÜHF : Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

AÜHFD :Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

BATİDER : Banka ve Ticaret Hukuk Araştırma Enstitüsü Dergisi

Bkz. : Bakınız

Bull. civ. : Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation (Fransa)

C. : Cilt

c. : Cümle

C. pr. civ. : Code de procédure civile (Fransa)

CA : Cour d'appel (Fransa; Belçika)

Cass. Civ. : Chambre civil de la Cour de cassation (Fransa; Belçika)

Cass. Com. : Chambre commercial de la Cour de cassation (Fransa; Belçika)

CC : Code civil (Fransa; İsviçre)

CD : Yargıtay Ceza Dairesi

CJ : Code judiciaire (Belçika)

CMK : Ceza Muhakemeleri Kanunu

CO : Code des obligations (İsviçre)

c.p.c. : Codice di procedura civile (İtalya)

CPC/FR : Code de procédure çivile du canton de Fribourg (mülga)

CPC/GE: Code de procédure civile du canton de Genève (mülga)

CPC/N : Code de procédure civile neuchâteloise (mülga)

CPC Suisse : Code de procédure civile du 19 décembre 2008 (İsviçre)

CPC/VD : Code de procédure civile du canton de Vaud (mülga)

D. : Recueil Dalloz (Fransa)

Défrenois : Répertoire du notariat Défrenois

DEÜHFD : Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

dZPO : Zivilprozessordnung (Almanya)

eBK : Borçlar Kanunu (mülga)

éd. : Edition

FRE: Federal Rules of Evidence (Amerika Birleşik Devletleri)

Gaz. Pal. : Gazette du Palais

HD :Yargıtay Hukuk Dairesi

HGK : Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

HMK : Hukuk Muhakemeleri Kanunu[1]

HUMK : Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu (mülga)

İBD : İstanbul Barosu Dergisi

İBGK : Yargıtay İçtihatları Birleştirme Genel Kurulu

İBK : İçtihadı Birleştirme Kararı

JCP :JurisClasseur Périodique (Semaine juridique) (Fransa)

JdT : Journal des Tribunaux (İsviçre)

KBİBB : Kazancı Bilişim İçtihat Bilgi Bankası

LEC : Ley de Enjuiciamiento Civil (İspanya)

Legal : Legal Hukuk Dergisi

MİHDER : Medenî Usûl ve İcra – İflâs Hukukçuları Dergisi (Legal)

n^{o} : Numéro

PJA : Pratique juridique actuelle

REAS : Responsabilité et assurance (Zürih) (mülga)

Rép. civ. :Répertoire de droit civil (Dalloz)

[1] Metinde sadece m. (madde) şeklinde gösterilen hükümler, Hukuk Muhakemeleri Kanununa aittir.

Rép. com. : Répertoire commercial (Dalloz)

Rép. pr. civ. : Répertoire de procédure civile (Dalloz)

RIDC : Revue internationale de droit comparé

RSC : Rivista dello stato civile (Bern)

RSPC : Revue suisse de procédure civile

RTD civ. : Revue trimestrielle de droit civil

S. : Sayı

s. : Sayfa

SJ : La Semaine Juidiciare (Cenevre)

ss. : Sayfalar

t. : Tome

TAAD : Türkiye Adalet Akademisi Dergisi

TBBD : Türkiye Barolar Birliği Dergisi

TBK : Türk Borçlar Kanunu

TC : Tribunal cantonal (İsviçre)

TCK : Türk Ceza Kanunu

TGI : Tribunal de grande instance (Fransa)

TMK : Türk Medenî Kanunu

Vol. : Volume

YKD : Yargıtay Kararları Dergisi

ZPO/ZH: Gesetz über den Zivilprozess (Zürih) (mülga)

ZPO/BL: Zivilprozessordnung (Bazel) (mülga)

Giriş

Bilirkişi incelemesinin yargılama faaliyeti içindeki yeri, ilk başta onun önemi, değeri, vazgeçilmezliği ve hatta kaçınılmazlığı çerçevesinde tarif edilebilirse de, bu tarife bilirkişilik faaliyetinden kaynaklanan sorunlar, endişeler ve nihayet bu bağlamda ortaya konulan tartışmalar eşlik etmektedir.

Aslında bilim ve pozitif yönüyle hukuk, iki bağımsız alan gibi gözükmektedir. Ne var ki bilimsel ve hangi içerikte olursa olsun teknik gelişmeler, sosyal yaşama ve nihayet bu alandaki ilişkiler ile söz konusu ilişkilerden doğan uyuşmazlıklara yansımakta; bunun doğal bir sonucu olarak, bilirkişi incelemesinin vazgeçilmezliği ve kaçınılmazlığı vakıası ortaya çıkmaktadır.

Hukuk dışı bilginin önemi bu denli arttıkça, hukuk da kendisini, her durum karşısında olduğu gibi, bu somut duruma da uydurmak zorunluluğuyla karşı karşıya kalmaktadır. Bugün medenî usûl hukukunda bilirkişi incelemesi etrafında gerçekleşen tartışmalar da, kanımızca, esas itibariyle bilimsel gelişmenin yargılama hukukuna etkisi karşısında, hukukun kendisini dönüştürme sürecindeki sancıların bir tezahürüdür. Öte yandan bahsedilen dönüşüm sürecinin yarattığı sancı, hukuku uygulayanlar bakımından da söz konusudur:

> *"Bilimsel birikimin ulaştığı boyut, çeşitli alanlarda kullanılan tekniklerin gelişmesi ile birlikte, hukukçunun üzerinde çalıştığı konuya yabancılaşması, bir anlamda çözüm üretmek zorunda olduğu konudan uzak kalması tehlikesini de beraberinde getirmektedir. Aslında bilimsel gelişme, hukukçunun ufkunu açan, onun, özellikle hâkimin daha iyi sonuçlara varabilmesine katkıda bulunan bir birikim sürecidir. Bu nedenle, hukukçu çeşitli alanlardaki bilimsel ve teknik gelişmelerden haberdar olduğu ölçüde, yorum ve çözümlerinde çağına uygun sonuçlara varabilir"* [2].

Bununla birlikte bilirkişi incelemesi etrafında gerçekleşen tartışmaların bir kısmı, yargılama hukukunun geneline ilişkin ifade edilenler ile aynı olup, bunlar neredeyse içiçe geçmiş birer konu meydana getirmektedir. Hatta, biraz da bu nedenledir ki, kimi

---

[2] H. Konuralp (1999). *Medenî usûl hukukunda ispat kurallarının zorlanan sınırları.* Ankara: AÜHF Yayınları, s. 110.

Fransız hukukçuları bilirkişi incelemesini, dava içerisinde bir "küçük dava" (*petit procès*) şeklinde ifade edebilmektedir[3].

Nihayetinde bilirkişilik özelindeki tartışmalar, bilirkişi olarak kimin tayin edilmesi gerektiğinden, bilirkişi tarafından sağlanan görüşün hangi ölçütler çerçevesinde değerlendirileceğine; bilirkişi incelemesi sırasında bilirkişi ve hâkimin karşılıklı rol dağılımından, bu inceleme sırasında tarafların konumuna; bilirkişi incelemesinin süresinden, inceleme için gerekli olan gider ve masraflara kadar çok geniş bir alanda kendisini göstermektedir.

Bilirkişi incelemesi, Türk hukukunda şimdiye kadar çok sayıda makalenin ve bu konuya ilişkin çeşitli akademik ve meslekî toplantının konusunu oluşturmuştur. Buna karşılık, aynı zenginliğin akademik bakış açısını yansıtan monografiler açısından bulunmadığını görmekteyiz. Gerçekten de, uygulayıcılar tarafından kaleme alınan bazı değerli çalışmalar bulunsa da, bilirkişilik ilk defa ceza yargılaması yönüyle 1967 yılında, *N. Gürelli* tarafından bu başlık altında kaleme alınmış[4]; buna karşılık hukuk yargılaması bakımından konunun değerlendirilmesi için 1991 yılını beklemek gerekmiştir. Nitekim o tarihte konu *M. Tanverdi* tarafından doktora tezi olarak savunulmuş, ancak bu tez yayımlanmamıştır[5]. Nihayet 2002 yılında konu, bu sefer bilirkişinin ağırlıklı olarak statüsü, yetki ve sorumlulukları bağlamında *S. Tanrıver* tarafından profesörlük takdim tezi olarak ele alınmıştır[6]. Yabancı hukuk öğretisinde ise, tespit edebildiğimiz ölçüde özellikle Fransız, diğer yandan İsviçre ve Belçika hukuklarında bilirkişilik özelinde çok sayıda çalışmanın bulunduğunu görmekteyiz[7].

---

[3] Örneğin bkz. X. Testu (1995). Présentation générale. *L'expertise (Dir.: M.-A. Frison Roche ve D. Mazeaud)*. Paris: Dalloz, s. 5 vd.; G. Dalbignat-Deharo (2004). *Vérité scientifique et vérité judiciaire en droit privé.* Paris: L.G.D.J., n° 308, s. 248 vd.

[4] N. Gürelli (1967). *Türk ceza muhakemesi hukukunda bilirkişilik.* İstanbul: Cezaevi Matbaası.

[5] M. Tanverdi (1991). *Medenî usûl hukukunda bilirkişilik.* İstanbul: Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi.

[6] Bkz. S. Tanrıver (2002). *Bilirkişinin hukukî statüsü, yükümlülükleri, yetkileri ve sorumluluğu.* Ankara: Yetkin. Bu saydıklarımıza, birer usûl hukuku tezi olmamakla birlikte, bilirkişiliğin bir bütün olarak ele alındığı yakın tarihli diğer bazı çalışmaları da eklememiz gerekmektedir. Bkz. Y. Deryal (2011). *Türk hukukunda bilirkişilik.* Ankara: Seçkin; Ç. Aşçıoğlu (2010). *Yargılamada maddi gerçeğe ulaşılması ve kanayan yara bilirkişilik.* Ankara: Sözkesen.

[7] Fransız hukukunda doğrudan bilirkişilik faaliyetini hedefleyen yakın tarihli iki monografik çalışma, diğer pek çok çalışma arasında öne çıkmaktadır. Bunlardan ilki *O. Leclerc* tarafından doktora tezi olarak hazırlanan 2005 tarihli *Le juge et l'expert*'dir (O. Leclerc (2005). *Le juge et l'expert. Contribution à l'étude entre droit et la science.* Paris: L.G.D.J.). İkincisi ise, yargılama hukukunda bilirkişilik faaliyetini sosyolojik yönüyle ele alan ve *L. Dumoulin* tarafından yazılan *L'expert dans la justice'*tir (L. Dumoulin (2007). *L'expert dans la justice.* Paris: Economica). Ancak geçtiğimiz Yüzyıl boyunca bu hukuk sistemi bakımından ayrıca yayımlanmış bulunan pek çok doktora tezi ve karşılaştırmalı hukuk bakımından kaleme alınan çeşitli çalışmalar bulunmaktadır ki, bunlardan da tezimizde elverdiği ölçüde yararlanmaya

Bu çerçevede, bilirkişi incelemesinin çeşitli ağırlık noktaları dâhilinde ele alınması, bize uygun gözükmektedir. Bunda hiç şüphe yok ki Hukuk Muhakemeleri Kanununun, gerek sistemin genel yapısı gerek bilirkişi incelemesine ilişkin hükümlerde somutlaşan ve bazı açılardan yenilikler içeren yaklaşımı da cesaret vericidir.

Bu çalışmamız esas itibariyle, temelde bilirkişi incelemesi sürecini ele almayı hedeflemektedir. Buna karşılık bilirkişinin sorumluluğu konusunu, gerek bilirkişi incelemesini sürecini merkeze almak konusundaki yaklaşımımız, gerek sorumluluğun *Tanrıver* tarafından hâlihazırda biraz yukarıda zikretmiş olduğumuz yakın tarihli bir çalışmada ele alınmış olması karşısında, incelememizin dışında bırakmaktayız.

Bu sınırlar içindeki çalışmamız esas itibariyle üç ana bölüm altında toplanmaktadır:

Çalışmamızın ağırlık noktasını her ne kadar bilirkişi incelemesi sürecinin bizatihi kendisi oluşturmaktaysa da, bu sürece ilişkin açıklamalarda bulunabilmek için, önce bilirkişilik faaliyetinin genel teorisi üzerinde belli ölçüde durmak gerekmektedir. Bilirkişi incelemesinin, gerek içerik ve niteliğinin gerek sınırlarının, kimi zaman belirsiz, ancak her koşulda hassas bir takım hususları içerisinde barındırıyor olması, kaçınılmaz olarak bu yaklaşımımızda etkili olmaktadır.

Nitekim bu hassasiyet, bilirkişilik faaliyetinin dönüşüm süreci de dikkate alındığında kendisini ilk olarak bilirkişi incelemesi kavramı ve onun ispat faaliyetindeki yerinde göstermektedir. Burada ilk başta bilirkişilik faaliyetinin gelişimine dair kısa bazı açıklamalarda bulunduktan sonra, bilirkişi ve bilirkişi incelemesi kavramları üzerinde ayrı ayrı durmayı gerekli görmekteyiz. Bu ele alış biçimimizin özellikle onun hukukî niteliği ve hükme olan etkisi bakımından yapmaya çalıştığımız değerlendirmeler için de ayrı bir gereklilik teşkil ettiği düşüncesindeyiz.

çalışmaktayız. Yine doğrudan bilirkişi incelemesini hedef almamakla birlikte diğer bazı doktora tezleri de kapsam ve içerikleri itibariyle bu çalışmanın hazırlanmasında bize katkı sağlamaktadır (örneğin bkz. G. Delbignat-Deharo (2004). *Vérité scientifique et vérité judiciaire en droit privé.* Paris: L.G.D.J.). İsviçre hukukunda ise, konuya ilişkin yakın tarihli bir doktora tezi *B. Bettex* tarafından 2006 yılında *L'expertise judiciaire* başlığı altında yayımlanmıştır (B. Bettex (2006). *L'expertise judiciaire. Etude de droit fédérale et de procédure civile vaudois*. Berne: Staempfli). Zikredilen yazar bu çalışmada hem Vaud Kanton hukukunu diğer kanton hukuklarıyla karşılaştırmalı olarak, hem o dönem henüz yürürlüğe girmemiş Federal Medenî Usûl Kanunu Projesinin meseleye yaklaşımı etrafında değerlendirmektedir. Nihayet Belçika hukukunda da, çok sayıda monografi bulunduğu gibi, özellikle bu sistemdeki 2007 yılında yaşanan reform hareketlerini takiben gerçekleştirilen çok sayıda akademik toplantının kitaplaştırıldığını görüyoruz. Bunlar arasında *O. Mignolet* tarafından hazırlanan *L'expertise judiciare* başlıklı çalışmayı (O. Mignolet (2009). *L'expertise judiciaire.* Bruxelles: Larcier) ve *H. Boularbah*'ın direktörlüğünde hazırlanan bir yayın olarak (2007). *Le nouveau droit de l'expertise judiciaire en pratique*'i *((dir.: H. Boularbah).* Bruxelles: Larcier) zikretmek istiyoruz.

Hassasiyet teşkil eden ve belirsizlikleri barındıran ikinci mesele ise, bilirkişi incelemesinin konusu ve sınırlarıdır. Hukuk Muhakemeleri Kanununun 266. maddesinin açık, hatta yürürlükten kalkan 1086 sayılı Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanununun 275. maddesinden biraz daha ısrarlı ifadesine rağmen, hukukî konuda bilirkişi incelemesine başvurulması vakıası (olgusu), gerek bu yönüyle, gerek vakıa ile hukuk ayrımı içerisinde hukukî konularda bilirkişi incelemesine başvurunun *de lege ferenda* mümkün olup olmadığı etrafında, geçtiğimiz yüzyıl boyunca olduğu kadar bugün de son derece önemli tartışmaların konusunu oluşturmaktadır. Nihayet bu konuya dair tespit ve değerlendirmelerde bulunduktan sonra, bu sefer bilirkişi incelemesinin konusu bakımından özel ve teknik bilginin kapsam ve içeriği hakkında açıklamalarda bulunacağız. Bu hususlar Birinci Bölümde ele alınacaktır.

Diğer yandan, bilirkişi incelemesinin konusunu takiben, bilirkişi incelemesine başvuru koşulları, çeşitli açılardan değerlendirilmesi gereken bir mesele arz etmektedir. Gerçekten de bilirkişi incelemesine başvuru bakımından hâkimin takdir yetkisi esas itibariyle kendisini, diğer ispat araçları karşısında bilirkişi incelemesinin yeri, daha önce alınmış bir raporun işlevi, tarafların incelemeye başvurudaki rolü çerçevesinde göstermekte, burada hâkimin kendi uzmanlık bilgisi ise, farklı bir yerde durmaktadır. Nihayet hâkime tanınan bu takdir yetkisi, gerek bizzat Kanun tarafından gerek kanun yolları denetiminde Yargıtayca, çeşitli şekillerde sınırlandırılmakta ve bu sınırlandırmanın genel çerçevesinin de ortaya konulması gerekmektedir.

Bu noktada bir diğer önemli mesele, bilirkişinin seçimi ve tayinidir. Bilirkişinin "*seçimi*" ile murat ettiğimiz husus, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun sistemi içerisinde, bilirkişinin bir ön seçime tâbi olmak yoluyla bir listeye kaydedilmesi olup, listelerin bağlayıcılığı karşısında bu konu, son derece hassas bir görünüm arz etmektedir. Öte yandan, Hukuk Muhakemeleri Kanunu, bilirkişinin seçimi bakımından da dikkate değer bir takım değişiklikleri barındırmaktadır. Bu konuları, bir bütün olarak İkinci Bölümde inceleyeceğiz.

Esas itibariyle, bilirkişi incelemesi kavramının genel çerçevesi, incelemenin konusu ve bilirkişi incelemesinin koşullarına ilişkin tartışmalar, "*neyin*" sorusunun; bilirkişinin seçimi ve tayini bakımından olanlar ise, "*kim*" sorusunun yanıtına yöneliktir. Nihayet bunlardan sonra, "*nasıl*" sorusuna da yanıt aranması gerektiği kanısındayız. Mesele, bilirkişinin yetki ve ödevlerini, diğer taraftan bilirkişi incelemesinin yerine

getirilmesinde hâkimin yetki ve görevlerini ve nihayet, tarafların bilirkişi incelemesi esnasındaki durumunu sorgulamamızı gerektirmektedir. Bunu gerçekleştirdikten sonra da artık bilirkişi incelemesinin hükümdeki etkisi ve yerini, bilirkişinin sunduğu rapor ve bu raporun değerlendirilmesi bağlamında tartışmamız mümkün olabilecektir. Bu konuları ise, Üçüncü Bölümde açıklamaya ve tartışmaya çalışacağız.

Birinci Bölüm

Bilirkişi İncelemesinin Genel Çerçevesi Ve Konusu

1. Bilirkişi ve Bilirkişi İncelemesi Kavramları ile Bilirkişinin ve Bilirkişi İncelemesinin Hukukî Niteliği

1.1. Bilirkişilik Faaliyetinin Gelişim Süreci

Bilirkişilik faaliyetinin gelişim süreci, esasen birbirine bağlı olmakla birlikte, iki aşamda ele alınması gereken bir görünüme sahiptir. Bunlardan ilki, onun medenî usûl hukukunda, yargılama ve ispat faaliyetinin dönüşümü içerisindeki gelişimi; ikincisi ise, bu gelişim içerisinde gözle görünür hâle gelen, bilirkişilik faaliyetinin kurumsal gelişimidir:

Bilirkişilik faaliyetinin usûlî gelişimi, ilk olarak ispat faaliyetinin gelişimi ile doğrudan ilgili bir konudur. Bilirkişi incelemesinin yargılama hukukunda oynadığı rol ve önemin artması da nitekim buna paralel şekilde gerçekleşmiştir. Zira bir Fransız yazarın, bilirkişiliğin genel çerçevesini ortaya koyarken dile getirdiği gibi, gerçekten de, "ispat hukukunun tarihî gelişimi içerisinde her dönemde bir ispat türü ön plânda olmuştur. Hıristiyan orta çağda işkence ve yemin tercih edilmiştir. Fransız devrimi öncesi dönem, senedi ve işkenceyi de içeren ikrarı geliştirmiştir. Buna karşılık içinde bulunduğumuz dönemin, bilirkişi incelemesini üstün tuttuğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Şüphesiz birer ispat aracı olarak tanık beyanı, senet veya yemin hâlâ kullanılmaya devam etmektedir. Ancak dikkatleri üzerinde toplayan ve tartışmaların merkezinde yer alan ispat vasıtası bilirkişi incelemesidir"[8].

Bununla birlikte, hangi hukuk düzeni bakımından ele almaya çalışırsak çalışalım, çağdaş anlamıyla bilirkişiliği tartışabilmek için çok eski tarihlere gitmeye gerek bulunmamaktadır. Zira, zengin geçmişine rağmen bilirkişilik terimi, yargılama hukuku

[8] Bkz. Jeuland (2004), s. 503, 504.

bakımından, bugünkü anlamıyla 18. Yüzyıldan sonra kullanılmaya başlanmış ve bilirkişilik usûlünün Avrupa hukuklarında çeşitli kanunlaştırma çalışmalarının konusunu oluşturması için özellikle 19. Yüzyılın başlarını beklemek gerekmiştir[9]. Diğer taraftan bilirkişilik faaliyetinin özellikle geçen yüzyıl boyunca yaşadığı dönüşüm ve yüzyılın ikinci yarısında yoğun şekilde cereyan eden tartışmalar da, bizi bu meseleleri ön plâna almaya sevk etmektedir. Ancak ne olursa olsun, yargılama hukukunda kullanılan kavram ve terimler bir yana, bilirkişilik faaliyetinin tarihin eski dönemlerinden itibaren başvurulan bir yöntem olageldiğini de ifade etmek uygun olacaktır[10].

Öte yandan bu gelişim, salt Kıta Avrupa'sı değil de, Anglo-Amerikan hukuku ile birlikte düşünülmelidir. Zira, farklı kültürler, farklı ispat rejimlerinin gelişmesine imkân tanımış, nihayetinde bilirkişi incelemesi açısından söz konusu olan yaklaşımlar da bu ispat kültürleri içerisinde olgunlaşmıştır. Bu noktada hukuk kültürleri birbirinden

---

[9] Bkz. Sırasıyla İsviçre, Fransız ve İngiliz öğretilerinde farklı hukuk sistemleri bakımından bu hususa dikkat çeken Bettex (2006), s. 9; Encinas de Munagorri (2004), s. 688; Dwyer (2008), s. 239, 242.

[10] Gerçekten de "tarih'in babası" olan *Herodot* dahi, bize Mısır'daki, her ne kadar kamusal bir karakter arz ediyor olsa da, bilirkişilik uygulamasına dair bir örnek sunmaktadır. Nil ırmağı taştığı zaman toprak kaybına uğrayan Mısırlı köylüler, durumu dönemin kralı Sesotris'e bildirmişler; toprağın bu konuyla ilgilenen memurlar tarafından ölçülerek ne kadarının eksildiği tespit edilmiş ve bu eksiklik nispetinde vergide indirime gidilmiştir (bkz. Herodotes (Çev.: Ökmen, M.) (2002). *Herodot Tarihi (1. Bası).* İstanbul: İş Bankası Kültür Yayınları, İkinci Kitap: Euterpe, n^{o} 109, s. 122). Daha sonra Roma hukuku, bu sefer davalarda ve yargısal işlemlerde bilirkişiliğe ilişkin çok sayıda örnek sunmaktadır. Burada özellikle taşınmazlara ilişkin davalarda bilirkişilerin oynadığı rol ön plâna çıkmaktadır (bu konuda genel olarak bkz. Testu (1995), s. 3; Encinas de Munagorri (2004), s. 686; Leclerc (2005), n^{o} 23, s. 28 vd. Ayrıca bkz. Tanverdi (1991), s. 4, 5. Roma hukukunda bilirkişilik hakkındaki açıklamalar için ayrıca bkz. M. Sungurtekin Özkan ve G. Türkoğlu Özdemir (2008). *Roma hukukundan günümüze medenî yargılamanın esasları*. Ankara: Seçkin, s. 107 vd). Roma hukukundan aslında hukuk tarihi bakımından değerlendirilebilecek çok sayıda zengin örnek sunmak mümkünse de birkaç nokta son derece ilginçtir. Örneğin, *Digesta* belli bazı hâllerde bilirkişilerin kimlerden oluşması gerektiğine işaret etmektedir: "*bir dulun gebeliğinin tespiti, beş ebe kadın tarafından yapılmalıdır"* (D.XXV. IV.1.10 (Ulpien) (Zikreden Leclerc (2005), n^{o} 23, s. 28). Yine *Novella,* bu sefer bilirkişilerin bağımsızlık ve tarafsızlığına işaret etmektedir: Burada da bilirkişilerin görevden önce "*hiçbir şekilde bir kazanç elde ederek, herhangi bir biçimde kin gütme veya yan tutma suretiyle değişmeyecekleri*" konusunda yemin edecekleri öngörülmüştür (bkz. Leclerc (2005), n^{o} 23, s. 28). Nihayet Roma hukukunda "hukukçu bilirkişiler"den yardım alınmasının da söz konusu olduğu ifade edilmektedir. Özellikle özel mahkemeler yargılamasında görevli olan hâkimler hukukçu olmadıklarından, bunlar uzman hukukçulardan yardım almışlardır (Sungurtekin Özkan ve Türkoğlu Özdemir (2008), s. 108). Son olarak İslâm hukukunun en eski dönemlerinde dahi bilirkişilere başvurulduğunu görüyoruz. Örneğin Hz. Ömer döneminde vergi ile ilgili bir uyuşmazlıkta yahut bir hiciv nedeniyle açılmış bulunan davada, konuya ilişkin uzmanlardan yararlanılmıştır (bkz. F. Atar (1979). *İslâm adliye teşkilâtı*. Ankara: Diyanet İşleri Başkanlığı, s. 204, 205). Osmanlı hukuku ise bize *ehlivukuf* ve *ehlihibre* olarak ifade edilen bilirkişileri sunmaktadır (bu konuda özellikle bkz. N. Abacı (2002). Osmanlı dönemi bilirkişilik uygulamaları üzerine bir araştırma. *UÜ, Fen-Edebiyat F., SBD,* (3), 3, ss. 75 – 84, s. 77 vd.) Özellikle bu son iki kavram hakkında aşağıda bilirkişi terimine ilişkin açıklamalarımız etrafında değerlendirmelerde bulunacağız (bkz. aşa. *Birinci Bölüm, 1.2.2).*

ayrılmakta[11], ancak yüzleşilen sorunlar bakımından ortaklaşmaktadır. Ayrıca bilirkişi incelemesi, bugün pek çok uluslararası yargı merciinde giderek daha sık başvurulan bir inceleme yöntemi hâline gelmektedir[12].

Nihayet, hangi sistem söz konusu olursa olsun, bilirkişilik faaliyetinin temelde aynı amaca yöneldiğini ifade etmek istiyoruz. Bu bağlamda bazı hukuk düzenlerinde, Yirminci Yüzyılın ortasından itibaren bilirkişilik konusunda genellikle medenî usûl kanunlarındaki değişiklikler vesilesiyle çeşitli reform çabalarının varlığına şahit olmaktayız. Örneğin İngiliz hukukunda Lord Woolf reformları[13], Fransız hukukunda Medenî Usûl Kanunu'ndaki değişiklikler[14] bahsettiğimiz reform çalışmaları arasında öne çıkmaktadır. Zikredilen ülke hukuklarında söz konusu olan çabalar Türk hukuku bakımından da dikkat çekicidir. Zira, reform hareketlerine hep aynı veya benzer bakış açılarından hareketle girişildiğini görüyoruz. Ancak, belli bir reform hareketine odaklanmamış hukuk sistemleri bakımından da, bilirkişiliğin gelişimi içerisinde belli bazı noktalar tartışılmaya devam etmektedir. Nihayetinde burada önemli olan mesele, kanımızca sorunların kendisi kadar, aslında bunların farklı hukuk düzenleri bakımından ne ölçüde ortak olduğudur.

Bilirkişilik faaliyetinin usûlî gelişiminde iki husus hâkim durumdadır. Bunlardan ilki, bilirkişi incelemesinin yargılamadaki oynadığı rol karşısında, bilirkişilere ve bilirkişiler tarafından yerine getirilen faaliyetin hukukî niteliğine bakış açısındaki değişim; ikincisi ise, aslında birincisiyle de doğrudan ilişkili olarak, hatta belki de onun bir sonucu niteliğinde, bilirkişilik faaliyeti bakımından hemen her hukuk sisteminde

---

[11] Hatta *Lagarde* bu konuda Fransız hukukçuları özelinde Kıta Avrupa'sı hukukçularının gerçeğe inandıklarını fakat ispatı ciddiye almadıklarını, Anglo-Amerikan hukukçularının ise gerçeğe inanmamalarına rağmen ispat faaliyetini ciddiye aldıkları görüşünü dile getirmektedir (X. Lagarde (2010). D'une vérité à l'autre. Brèves réflexions sur les différents cultures de la preuve. *Gazette du Palais, n^{o} 203*. s. 6).

[12] Nitekim başta Uluslararası Adalet Divanı, Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi olmak üzere, pek çok yargı mercii bakımından bilirkişi incelemesine başvuru, gerek mahkeme tarafından tayin edilen bilirkişiler, gerek taraf bilirkişileri tarafından yerine getirilen inceleme bağlamında kabul edilmekte ve uygulanmaktadır. Bu konuda genel olarak bkz. G. Niyungeko (2005). *La preuve devant les juridictions internationales*. Bruxelles: Bruylant, n^{o} 136 vd., s. 152 vd., n^{o} 167, s. 225 vd.

[13] İngiliz medenî usûl hukukundaki değişiklikler büyük ölçüde, Lord Woolf tarafından kaleme alınan 1996 tarihli raporun eseridir (Bu konuda bkz. Lord Woolf (1996). *Acces to justice. Final report*. London: , s. 2 vd.). Söz konusu rapor metni için ayrıca bkz. Lord Woolf (Çev.: M. Özbek) (2006). Adalete erişim. Nihaî rapor. *MİHDER, 2,* ss. 989 – 1002.

[14] 1806 tarihli Fransız Medenî Usûl Kanunu, 1973 tarihli Kararname ile yürürlükten kaldırılmış ve *Yeni* Medenî Usûl Kanunu 1974 yılında yürürlüğe girmiştir. Aşağıda bilhassa bilirkişi incelemesinin görünüm biçimleri bakımından da dikkat çekeceğimiz üzere söz konusu Kanun, bilirkişilik faaliyetinde önceki döneme göre önemli değişiklikler getirerek, bilirkişilik faaliyeti konusunda üçlü bir ayrım öngörmüştür. Bu konuda özel olarak bkz. aşa. *İkinci Bölüm, 2.1.2.2* ve takip eden alt başlıklardaki açıklamalar.

karşılaşılabilen sorunlara karşı alınan "önlemler" noktasındadır. Bu hususlardan bazıları hemen her hukuk sisteminde neredeyse aynı ölçüde ön plandayken, bazıları ise, kimi hukuk sistemlerinde diğer sorunlara göre daha fazla tartışılmaktadır[15].

Somutlaştırmaya çalışacak olduğumuzda, bunlardan *birincisi* kanımızca, *uyuşmazlıkların çözümünde teknik bilgiye duyulan ihtiyaç ve bilirkişi incelemesinin belirleyici (hükme götürücü) işlevidir.* Bilirkişiliğin bir müessese olarak nereye gittiğine ilişkin tartışmaların merkezinde yer alan husus, uyuşmazlıkların niteliğinin giderek karmaşık bir hâle gelmesi sonucunda, özel ve teknik bilginin hâkim bir konuma gelmesidir. Yani bir başka deyişle, buradaki temel mesele uyuşmazlıkların teknik niteliğinin artması değildir. Zira tekniğin egemen olduğu bir uygarlıkta herhangi bir teknik hata, başarısızlık ve benzeri hususun bir dava konusu meydana getirmesi doğaldır[16]. Burada çarpıcı hâle gelen mesele ise, iki noktada kendisini göstermektedir:

İlk nokta, bilirkişi incelemesine başvuruda meydana gelen artıştır[17]. Meselenin uygulamanın kendi iç sorunlarına ilişkin tarafı dışında – ki, uygulamaya yönelik bu meselelerin çözümü, bilirkişilik usûlüne ilişkin tartışmalardan bağımsız değildir[18]-, burada dikkat çekmek istediğimiz yönü, bilirkişi incelemesine başvurunun, uyuşmazlıkların niteliğine yönelik ifade etmekte olduğumuz hususlar karşısında, bir şekilde kaçınılmaz hâle gelmekte olduğudur. Türk hukuku bakımından bu konuda doğrudan, kapsayıcı bir istatistiki çalışma bulunmamaktadır. Bununla birlikte bazı sınırlı araştırma raporlarında ve yargılama faaliyetinin etkinliğini ele alan çeşitli çalışmalarda, bu noktaya da dikkat çekildiğine rastlamaktayız[19].

---

[15] Ayrıca bkz. O. Leclerc (2010) (Çev.: B. Toraman). Bilirkişiliğe ilişkin reformlar, sınırlı gelişmeler ve kaçırılan fırsatlar. *Prof. Dr. Bilge Umar'a armağan. DEÜHFD, C. 11, Özel Sayı, 2009, ss. 309 – 324, s. 310 vd.*

[16] Ayrıca bkz. ve karş. J. Normand (1981). Remarques sur l'expertise judiciaire au lendemain du nouveau Code de procédure civile. *Mélanges dédiés à Jean Vincent.* Paris: Dalloz, ss. 255 – 271, s. 255 vd.

[17] Bu hususa uzun zamandan beri işaret edildiğini görüyoruz. Örneğin 1972 yılında gerçekleştirilen I. Türk Hukuk Kongresinde, tartışılan diğer konuların yanı sıra bilirkişilik müessesesinin ıslahının gerektiğine, *E. Özgen* ve *B. Kuru* tarafından, bu konuda alınması gereken tedbirlerle birlikte gerek hukuk, gerek ceza yargısı bakımından dikkat çekilmiştir (bkz. (1972). *I. Türk Hukuk Kongresi Tutanağı, 23 – 25 Nisan 1972.* Ankara: Sevinç Matbaası, s. 21, 107. Bu konuda ayrıca bkz. Yılmaz (2001), s. 540.

[18] Genel olarak bu problemler, "*...hukuk eğitiminden avukatlık hizmetlerine, yargı hizmetlerinin etkinliğinden yargıdaki istihdam politikasına kadar pekçok yargısal sorunla"* ilişkilidir. "*...(B)ilirkişilik, sadece usûl hukukçuları açısından değil, tüm yargı aktörleri açısından incelenmesi ve iyileştirilmesi gerekli olan bir kurumdur..."* Bkz. B. Çiçekli (2008). Bilirkişilik uygulamasındaki aksaklıklar ve çözüm önerileri. *"Adalet Bakanlığı yargı reformu stratejisi" belgesi gölgesinde yargı reformu sempozyumu.* Ankara: TBB Yayınları, ss. 492 – 510, s. 495.

[19] Örneğin 1999 yılında bazı Ankara mahkemeleri nezdinde yapılan istatistiki bir çalışmada, 2362 dosyanın 1162'sinde, yani %49'unda bilirkişi incelemesine başvurulduğu belirtilmektedir. Bkz. Yücel

Diğer nokta ise, ilkinin doğal bir sonucu bağlamında bilirkişi incelemesinin *"belirleyici"* niteliğini gündeme getirmektedir. Bilirkişi incelemesinin belirleyici niteliği ile murat ettiğimiz husus ise, esas itibariyle, bilirkişi görüşünün mahkeme tarafından verilen hükümde *"ağırlıklı"* şekilde etkin olması vakıasıdır[20]. Nitekim belirleyicilik vakıası bakımından, meseleye iki ayrı açıdan yaklaşmak bize mümkün gözükmektedir. Bunlardan ilki, mahkemeler uygulamasına ilişkindir. Buradaki tartışma, mahkemelerin bilirkişi görüşlerini genellikle onaylamaları noktasındadır. Bu konuda esas itibariyle dile getirilen hususlar, mahkemelerin bilirkişi raporlarını gerekli incelemeden yoksun olarak bir kül olarak kabul ettikleri, hükmü verenin pratikte mahkeme yerine bilirkişilerin olduğu yönündedir[21]. Nitekim, burada hedef alınan, aslında bilirkişiliğe ilişkin mahkemeler uygulamasında yaşanan diğer sıkıntılarla birlikte, mahkemelerin meseleye dönük tavrı, hatta genel olarak yargılama sisteminin işleyişine ilişkin sıkıntıların kendisidir[22].

Bilirkişi incelemesinin *belirleyiciliği* bakımından diğer husus ise, kendisini özel ve teknik bilginin bir şekilde, *karşı konulmazlığında*, bu özel ve teknik bilgi karşısında hâkimin kaçınılmaz olarak o bilgiyi kabulünde göstermektedir. Gerçekten de, bir görüşe göre, hâkimin her ne kadar yargılama yetkisini bilirkişiye devretmesi yasak da olsa, teknik bir meselenin varlığı karşısında, uyuşmazlığın esası bilirkişi tarafından çözümlenmektedir. Böyle bir durumda hâkim, esas itibariyle, ancak, bilirkişi tarafından yerine getirilen çalışmanın niteliği üzerinde bir değerlendirmede bulunabilmektedir[23].

(2008), s. 197, dn. 126. Diğer taraftan Fransız hukuku bakımından ifade edilen bazı hususlar da dikkat çekicidir. Örneğin bu hukuk sisteminde bilirkişi incelemesine, asliye mahkemeleri (*Tribunal de grande instance*) tarafından daha sık başvurulduğu, buna karşılık, daha basit uyuşmazlıkların görüldüğü derece mahkemeleri (*tribunal d'instance*) ve bünyesinde uzman hâkimlerin görev yaptığı ticaret ve iş mahkemelerinde bilirkişi incelemesine başvuru oranının daha az olduğu dile getirilmektedir (genel olarak bkz. Devèze, Cozian ve Petitjean (1991), n^{o} 541, s. 202). Benzer hususlar İsviçre hukuku bakımından da ifade edilmektedir (bkz. Bettex (2006), s. 235 vd). Aslında burada mesele, uzmanlık mahkemelerinin ve uzman hâkimlerin bilirkişi incelemesine başvuruda oynadığı rol kadar, hâkimlerin uzmanlık bilgisine sahip olması, hatta hâkim yardımcılarının varlığı durumunda bilirkişi incelemesinden sarfı nazar edilip edilemeyeceğiyle de ilgili bir konudur. Ayrıca bkz. aşa. *Birinci Bölüm, 1.3.2.3*.

[20] Nitekim bkz. ve karş. bkz. H. Konuralp (2001). Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları ve bilirkişilik. *Bilirkişilik sempozyumu. Samsun, 9-10 Kasım 2001*. Ankara: TBB, ss. 489 – 510, s. 502 vd. Bu hususa, ifade ettiğimiz şekilde işaret eden bir Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararı için bkz. Mantovanelli/Fransa, 8/1996/627/810.

[21] Boularbah (2009), s. 8.

[22] Bkz. Konuralp (2001), s. 503.

[23] Bkz. ve karş. Konuralp (2001), s. 503; Boularbah (2009), s. 7, 8; Bovey (2011), s. 113. Ancak Fransız öğretisinde ifade edildiği gibi, hemen her teknik konuda bilirkişi incelemesinden yararlanılması, bir yandan "gerçeği" teknik bir meseleye indirgeme, ikisini özdeş algılama ve nihayetinde uyuşmazlığın hâllini bu teknik meselenin sonucuna bırakma riskini ortaya çıkarmaktadır (Lagarde (2010), s. 6). Ancak

Bu çerçevede hâkimler, kural olarak, diğer ispat araç ve yöntemlerine başvurma imkânına sahip kalmaya devam etmektedir. Ancak, uyuşmazlığın konusu olan vakıalar teknik bir nitelik arz ettiği yahut bu yönü önemli oldukça, bu uyuşmazlığın çözümü, bilirkişi incelemesinin sadece sınırlarını çizen ve onun işleyişini gözeten dava sürecinden ziyade, kendisini bilirkişi incelemesinde bulmaktadır[24].

Bununla birlikte, belli tip uyuşmazlıklar bakımından gelinen noktada kaçınılmaz gözüken bu durumun, optimist bir bakış açısıyla, bir diğer yandan olumlu olduğunu da ifade etmemiz mümkün olabilir. Zira, bir uyuşmazlık hakkında eksik bilgiye dayalı karar vermek yerine, bilginin gücüne bağımlı kalarak karar vermiş olmak, aslında hâkimi daha bağımsız kılmaktadır[25].

Bilirkişilik faaliyetinin usûlî gelişimi bakımından tartışmak istediğimiz *ikinci* aslî *mesele* ise, *hâkim ile bilirkişi arasındaki ilişki ve bilirkişinin hukukî niteliğindeki dönüşüm* noktasında kendisini göstermektedir. Esasen, bahsetmeye çalıştığımız dönüşüm dâhilinde, bilirkişilik teorisi bakımından, hâkim ve bilirkişinin rolü karşılıklı rollerinin belirlenmesinde, mevcut olandan farklı bir yaklaşım geliştirmenin gerekli olmadığı görüşündeyiz. Özel ve teknik bilginin geldiği seviye, hâkimin hukuku bildirmek, yani davanın esası hakkında karar vermek konusundaki tekelini etkilememiştir. Diğer taraftan, bugün hâlâ – aksi yönde bir eğilimin varlığına rağmen – "modern" medenî usûl hukukunun hâkim fikri, adaletin bir kamu hizmeti olduğudur[26]. Nitekim, bunun da sonuçlarından bir tanesi, hâkimin davayı yürütme ödevidir. Eş söyleyişle, tasarruf ilkesi bir kenara bırakılacak olursa, usûlü yöneten hâkimdir[27].

Hem davanın yönetimi hem davanın esası hakkında karar vermek, hâkimin tekelinde olunca, bilirkişinin yapacağı yegâne şey, daha sonra serbestçe değerlendirilecek, bir diğer söyleyişle hâkimi bağlamayacak olan bir görüş sunmaktan

---

ne olursa olsun, bu durum, hâkimin bilirkişi görüşünü değerlendiremeyeceği anlamına gelmemektedir. Nitekim bu konudaki açıklamalar için bkz. aşa. *Üçüncü Bölüm, 2.3.1* vd.

[24] Bkz. Boularbah (2009), s. 8. *Konuralp* alternatif uyuşmazlık çözüm yolları ile bilirkişilik faaliyetini bir arada değerlendirmekte olduğu çalışmasında buna temel olarak kira bedelinin tespiti ve kamulaştırma davalarını, idarî yargı bakımından ise sınav değerlendirmesine itiraz davalarını örnek olarak göstermektedir (bkz. Konuralp (2001), s. 503). Şüphesiz bu örnekleri sınırlı sayıda düşünmemek gerekmektedir.

[25] Bkz. B. Aras (2008). Türk hukukunda bilirkişilik ve yeni Hukuk Muhakemeleri Kanun tasarısının getirdiği düzenlemeler. *Legal Hukuk Dergisi, S. 65,* ss. 1613 – 1652, s. 1613, 1614. Ayrıca bkz. ve karş. Aşçıoğlu (2001), s. 28 vd.

[26] Genel olarak bkz. Pekcanıtez, Atalay ve Özekes (2010), s. 43 vd. Ayrıca bkz. Guinchard (1995), s. 70.

[27] Guinchard (1995), s. 70.

ibarettir[28]. Bu itibarla bilirkişi, aslında var oluş sebebini, görüşünü açıkladığı, kendisine bilgi sağladığı güçte, yani hâkimde bulmaktadır[29]. Bu karşılıklı ilişki içerisinde her seferinde, bilirkişinin yetkilerini, hâkime göre sınırlandırmak yoluyla doğru bir şekilde ayırmak gerekmektedir[30].

Bu yaklaşım karşısında, bilirkişinin hâkime bağlı, hatta bağımlı olduğunu ifade etmek mümkündür. Ne var ki, hâkimin bilgi sahibi olmadığı yerde[31], Bu veya benzer bir bakış açısı, hangi normla güvence altına alınırsa alınsın, uygulama gerçekliğinde kanımızca bir anlam ifade etmemektedir[32]. Fakat ne olursa olsun, bilirkişilik faaliyetinin geçirdiği bu dönüşüm, onun giderek uyuşmazlıkların çözümünde daha önemli bir rol ve önem taşımasının söz konusu olması, ister istemez bilirkişinin niteliğinde de bir dönüşümü beraberinde getirmektedir.

Gerçekten de Kıta Avrupa'sı ekseninde bilirkişiliğin gelişim sürecini ele aldığımızda, bilirkişinin fonksiyonlarının uzunca bir süre tanığın fonksiyonundan ayrılamadığı yönünde tespitlere rastlamaktayız[33]. Bununla beraber söz konusu fonksiyonların birbirinden ayrılması yönündeki çabalar, tarihi gelişim içerisinde ve bu gelişimin bir neticesi biçiminde kendini ciddi şekilde gösterebimiştir.

Gerek İsviçre gerek Fransız hukukuna baktığımızda, başlangıçta bilirkişinin bir tanık gibi değerlendirilmesi gerektiği düşüncesinin hâkim olduğunu görmekteyiz. Ne var ki, çeşitli nedenlerle ilk ayrıştırma çabaları Fransa'da, daha 16. Yüzyıldan itibaren başlamıştır[34]. Esas tartışmalar ise, bilirkişi incelemesinin gerçek anlamıyla önem taşımaya başladığı 19. Yüzyıl ortalarında cereyan etmiştir. Bu dönemde özellikle Fransız hukukunda çeşitli yazarlar, tanığın işlevleri ile bilirkişininkilerin birbirine karıştırılmaması gerektiğini ifade etmektedir. Burada vurgulanan temel mesele, *tanık*

---

[28] M.A. Frison-Roche (1995). La procédure de l'expertise. *L'expertise, (éd.: M. A. Frison-Roche ve D. Mazeaud),* Paris: Dalloz, ss. 87 – 103, s. 88; Bettex (2006), s. 19.

[29] Encinas de Munagorri (2003), s. 687.

[30] Frison-Roche (1995), s. 88.

[31] Bkz. M. Özekes (2009). Adil Yargılanmaya Tehdit: Bilgisiz Hâkim ve Avukat. *İstanbul Barosu-Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojik Bakışlar IV Sempozyumu, İstanbul / 25-29 Ağustos, Teksir Hâlinde*, s. 6 vd.

[32] Nitekim bir Fransız hukukçunun dile getirdiği gibi, hukukî donanım yönünden zayıf ve kendisine inancı da az olan bir hâkim karşısında, bilirkişinin rolünün kolayca ağır basması mümkündür (bkz. Testu (1995), s. 4).

[33] Bkz. Leclerc (2005), n° 46, s. 45 vd.; Bettex (2006), s. 9 vd.

[34] Kral Blois ordonansı henüz o tarihlerde dahi bu konuda önemli bir gelişme sağlamıştır. Yine de genel olarak bakıldığında Fransız devrimi öncesinde, bir hususun gerçekliğinin bilirkişi görüşü vasıtasıyla ortaya konulması, tanık beyanıyla ispat kategorisine dâhil edilmektedir. Bu anlamda "tek tanık varsa, tanık yoktur" (*Testis unus, testis nullus*) kuralı, belirtilen dönemde bilirkişiler bakımından da geçerli olmaktadır (bkz. Leclerc (2005), n° 51, 52.

beyanının geçmişi söyleme amacında ve kaçınılmaz olarak sınırlı olmasına, eksikliklerinin giderilemeyeceğine karşın bilirkişi incelemesinin *genel olarak bir büyüteç olduğu*dur. Nihayetinde kimi yazarlar, meseleyi, bilirkişinin statüsünün tanığınkinden farklı olmadığı şeklinde göz önüne alarak incelemekteyken, öğretinin diğer kısmı bilirkişiyi hâkim yardımcısı olarak görerek bilirkişi incelemesinin bir ispat türü oluşturmasını reddetmiştir. Bununla birlikte yine belirtilen bir diğer husus, 19. Yüzyılda kimi yazarların nitelik konusunda herhangi bir görüş belirtmeyerek, bilirkişinin yaptığı işin niteliğine göre değerlendirmede bulunduklarıdır[35]. İsviçre hukukunda da konuya ilişkin yasal bir düzenlemenin bulunmadığı dönemlerde, kimi yazarlar tanıklara uygulanan hükümlerin aynen bilirkişilere de uygulanması fikrini dile getirmişlerdir. Ancak bu bakış açısından zaman içerisinde vazgeçilmiştir[36].

Bugün gelinen noktada bilirkişinin bir hâkim yardımcısı olduğu konusunda bir tereddüt bulunmamaktadır[37]. Ne var ki bu husus, Kıta Avrupa'sı hukukunun kendine özgü yapısının da bir sonucudur. Buna karşılık mücadeleci, bir diğer deyişle taraf egemenliğinin egemen olduğu *adversarial* sistemin uygulandığı Anglo-Amerikan hukukunun yapısı içerisinde, aşağıda takip eden paragraflarda gelişim süreci bakımından ayrıca dikkat çekmeye çalıştığımız üzere, esas olan, bilirkişinin davanın taraflarınca seçilmesi vakıasıdır.

Usûlî gelişim çerçevesinde üzerinde durulması gereken *üçüncü konunun* ise, *bilirkişilik konusunda ortak problemlerin tespiti ve reform çalışmalarının hedefi* olduğu düşüncesindeyiz. Bilirkişi incelemesine ve daha üst bir yapı olarak bilirkişiliğe yönelik olarak, genellikle aynı veya benzer sıkıntıların dile getirildiğini görmekteyiz. Ancak elbette bu meselelerin ele alınış biçimi ve derecesi, bahsedilen sorunun bir hukuk sisteminden diğerine ve önemine göre değişmektedir.

Ne olursa olsun bunlar genel hatlarıyla, iyi ve uzman bir kimsenin bilirkişi olarak tayin edilmesi, bu itibarla bilirkişinin nasıl seçileceği, bu anlamda bilirkişinin bir ön seçime tâbi tutulup tutulmayacağı; şayet bu olacaksa bunun ne şekilde gerçekleştirileceği; yine yukarıda aktardığımız gibi bilirkişi incelemesine gereğinden fazla, hatta aşırı şekilde başvurulması, bilirkişi süresi ve bu sürenin yargılama hukukuna etkisi ve bilirkişi incelemesinden doğan masraflardır. Nihayet diğerleri kadar önemli ve

[35] Ayrıca Leclerc (2005), n° 51, 52.
[36] Bettex (2006), s. 9 vd.
[37] Bkz. aşa. *Birinci Bölüm, 1.3.2.1.*

kapsayıcı bir mesele de, özel, teknik ve bilimsel bilgi karşısında hâkimin ne şekilde hareket edeceği, bilirkişinin sunduğu bilgiyi ne şekilde değerlendirebileceği ve yargılama yetkisinin bilirkişilere devri tartışmalarıdır[38].

Diğer taraftan bilirkişi(lik) etiğine ilişkin meseleler de bu problemlere ilişkin özel bir yer teşkil etmektedir. Gerçekten de, 2008 yılında adlî yargıda yolsuzluğu konu edinen bir çalışma kapsamında, İstanbul Barosu bünyesinde görev yapan avukatlarla bir anket yapılmış; verilen yanıtlarda avukatların yaklaşık %95'inin adlî yargıda yolsuzluk yapıldığı inancında olduğu tespit edilmiştir. Bilirkişiler, yargısal faaliyetle ilişkili organ ve kişiler arasında, bu beyanlar dâhilinde, yolsuzlukta dördüncü sırada yer almaktadır[39].

Nitekim bilirkişiliğe ilişkin yapılan reform çalışmalarına baktığımızda da, özellikle bu sayılan hususların üzerinde durulduğunu, ana hedefin hem nitelikli bilirkişiye sahip olmak, hem bu nitelikli bilirkişinin yargılama sürecinin "gereğinden fazla" uzamasına yol açmadan görüşünü sunmasını sağlamak ekseninde olduğunu, bilirkişi ücret ve giderlerinin özellikle yüksek olduğu kimi hukuk düzenleri bakımından yine bu çerçevede yargılama masraflarının azaltılmasının amaçladığını görüyoruz. Tüm bunlar ise, söz konusu reformların aslında, yargılamanın etkinliğini sağlamak konusundaki olumlu veya olumsuz çabaların bir parçası olduğunu düşündürmektedir.

Nihayet son olarak, *bilirkişi incelemesi sürecinde yargısal temel haklara riayet gerekliliğinin belirgin hâle gelmesi* üzerinde de kısaca durmak istiyoruz. Kıta Avrupa'sı hukuklarında bilirkişi incelemesinin, gerek iç hukuk gerek Avrupa İnsan Hakları

---

[38] Örneğin Fransız hukuku bakımından 1974 yılında yürürlüğe giren Medenî Usûl Kanunu önceki dönem bakımından ifade edilen hususlar, Türk hukukuna hiç de yabancı değildir. Bu anlamda bilirkişi incelemesinin amacından saptığı, ortada ileri sürülen iddiayı ispata elverişli bir delil yokken, bunun yokluğunu gidermeye hizmet ettiği, bilirkişi incelemelerinin yavaşlığından kötü niyetli şekilde istifade edildiği, nihayet hâkimlerin davanın hallini bilirkişilere bıraktığı dile getirilmektedir (genel olarak bkz. Solus ve Perrot (1991), n^{o} 895, s. 758;). Ancak tartışmalar hiç şüphe yok ki Medenî Usûl Kanunu yürürlüğe girdikten sonra da devam etmiştir. Belçika hukuku bakımından ayrıca bkz. Boularbah (2009), s. 8.

[39] Bkz. H. Ökçesiz (2001). *İstanbul Barosu çevresi adli yargıda yolsuzluk araştırması.* İstanbul: Ekol, s. 44, 45. Nitekim yazarın çalışmasından aynen aktaracak olursak, "*(bilirkişilerin de yolsuzluk ilişkisi kurduklarına ilişkin soruya (soru: 68) avukatların %12.8'i 'evet, ama nadiren', %34.6'sı 'evet, bazen', %48.3'ü 'evet, çok duyuluyor' biçiminde yanıt verirken, %4.3'ü 'hayır, hiç duymadım' şıkkını seçmiştir. Bunların yolsuzluk ilişkisinde aracılık ettikleri ve işbirliği yaptıkları savı da yüksek bir onanma düzeyine sahip görünüyor. 'Evet, ama nadiren' diyenler, %13.9, 'evet, bazen' diyenler, %40.4, 'evet, çok duyuluyor' diyenler %35.5 iken, 'hayır, hiç duymadım' diyenlerin oranı %10.2'dir. Bilirkişilerin günümüz adli yargı gerçeğinde kendilerine tanınan rolün, avukatların taşıdıkları bu kanaatin gösterdiği çizgide, ne denli vahim sonuçlara yol açabileceğini burada ifade etmek gerekir".* Ökçesiz (2008), s. 64, 65. Çalışmamızın ilerleyen aşamalarında etik konusunu, bilirkişinin ödevleri bağlamında ayrıca değerlendirmeye çalışacağız. Bkz. Aşa. *Üçüncü Bölüm, 1.2.1.2.*

Mahkemesi uygulaması bakımından[40], yargısal temel haklar bağlamında ele alınan bir mesele hâline gelmeye başladığını görmekteyiz[41]. Bu itibarla, bilirkişi bir hâkim yardımcısına dönüştüğü ölçüde, inceleme sürecinde yargısal temel haklar, ayrıca gözetilmesi gereken birer meseleye bürünmektedir.

Nihayet bu gelişim içerisinde *Kıta Avrupası hukukunda taraf bilirkişiliği konusunda yeni yaklaşımların* söz konusu olduğunu ifade edebilmekteyiz. Esas itibariyle Anglo-Amerikan hukuku bakımından söz konusu olan taraf bilirkişiliği, Kıta Avrupası hukukunda da eskiye göre daha fazla tartışılmakta, hatta bu eğilim neticesinde medenî usûl kanunlarında kendisine karşılık bulabilmektedir.

Taraf bilirkişisinin ne olduğunu ve Türk hukukunun yanı sıra bazı yabancı ülke hukuklarındaki görünümünü, aşağıda bilirkişi kavramına ilişkin açıklamalarımız çerçevesinde ele alacağız[42]. Bu nedenle burada mesele üzerinde ayrıntısıyla durmuyoruz. Ancak şunu ayrıca ifade etmek isteriz ki, bu etkileşim, salt Kıta Avrupası hukuku bakımından değil, Anglo-Amerikan hukuku bakımından da söz konusudur. Bu anlamda özellikle İngiliz hukukunda mahkeme tarafından tayin edilen bilirkişi tarafından yerine getirilen faaliyetin etkinliğinin artırılması yönünde, Lord Woolf reformları çerçevesinde çeşitli çabalar bulunmaktadır[43].

---

[40] Bu konuda özellikle bkz. Mantovanelli/Fransa davası, 8/1996/627/810.

[41] Bu konuda meselenin ispat hakkıyla olan ilişkisi bakımından bkz. aşa. *İkinci Bölüm, 1.6.2*; usûl ekonomisi ve özellikle makul sürede yargılanma ile olan ilişkisi bakımından bkz. aşa. *İkinci Bölüm, 1.4* ve *1.5* ile *Üçüncü Bölüm, 1.2.1.4*.

[42] Bkz. aşa. *Birinci Bölüm, 1.2.3*. Taraf bilirkişisinin hukukî niteliği konusunda ayrıca bkz. *1.3.2.2*.

[43] Bunlardan ilki, *tek ve müşterek bilirkişi (single joint expert)* müessesesinin düzenlenmiş olması (bkz. CPR, 35, 7), ikincisi ise, bir tür "teknik müşavir" veya "mahkeme müşaviri" olarak ifade edebileceğimiz *assessor* müessesesinin de reform öncesi döneme göre daha fazla ön plâna çıkmasıdır. Her iki konu da son derece geniş olmakla birlikte, şu kadarını ifade edebiliriz ki, esasında Lord Woolf, reformlar çerçevesinde bilinen anlamda mahkeme bilirkişiliği müessesesini ihdas etmeyi amaçlamış; ne var ki buna karşı avukatların güçlü bir direnç göstermesi üzerine, neticede sağlanan uzlaşmanın bir ürünü olarak tek ve müşterek bilirkişilik ortaya çıkmıştır (bkz. D. Dwyer (2008). *The judicial assessment of expert evidence.* New York: Cambridge University Press, s. 307. Ayrıca bkz. Woolf (1995), n^{o} 23.19). Taraf bilirkişisi ile mahkeme tarafından tayin edilen bilirkişi arasında ara bir formül görünümünde olan tek ve müşterek bilirkişilik bakımından belki de en önemli husus, bunların Anglo-Amerikan medenî usûl hukuku geleneğine yabancı olup, esas mesele bu değişikliklerin İngiliz bilirkişilik sistemini Kıta Avrupa'sında egemen olan sisteme yaklaştırmış olmasıdır (bu konuda ayrıca bkz. Loughlin ve Gerlis (2004), s. 465; Dwyer (2008), s. 309 vd.; S. Burn ve B. Thompson (2006). Single Joint Expert. *Experts in the civil courts* (Ed.: Sir L. Blom-Cooper). London: Oxford University Press, s. 57, 58, n^{o} 5.02). Mahkeme müşavirliği konusunda ise, *Woolf* tarafından kaleme alınan raporlarda, müşavirlerin teknik meselelerde hâkimi "eğitmek" amacıyla görev yapacağı hususuna açıklık getirilmiştir. Gerçekten de İngiliz hukukunda mahkeme müşavirlerinin hâkimi aydınlatma ve diğer yandan onu eğitme işlevi gördüğü kabul edilmektedir (genel olarak bkz. Dwyer (2008), s. 315; L. Blom-Cooper, (2006). Assessors. *Experts in the civil courts. (Ed.: L. Blom-Cooper).* New York: Oxford University Press, ss. 113 – 117, s. 117, n^{o} 8.11).

Nihayet, bilirkişilik faaliyetinin usûlî gelişimi dışında, bilirkişilik faaliyeti üzerindeki tartışmalar, onun aynı zamanda *kurumsal yönünü* de ilgilendirmektedir[44]. Bu nedenle, kısa da olsa, bilirkişilik faaliyetinin *kurumsal gelişimi* bakımından bazı hususları dile getirmek ve tespitlerde bulunmak istiyoruz.

Bu konuda Avrupa'da, özellikle 1990'lardan sonra, bilirkişilik faaliyetinin kurumsallaşması konusunda önemli adımların atıldığını görmekteyiz. Avrupa ölçeğindeki bu gelişim, tarihsel olarak Kıta Avrupa'sının siyasî ve iktisadî gelişimiyle ilgili bulunmaktadır[45]. Nitekim, 20. Yüzyıl öncesinde bilirkişilik kurumları oluşmaya başlamış, bilirkişiliğin kurumsallaşması, geçtiğimiz yüzyıl boyunca gelişimini sürdürmüştür. Bu anlamda 1990'lara kadar, bilirkişiler farklı hukuk düzenleri içerisinde, farklı isimler altında bir araya gelmişlerdir[46].

Nihayet 1990'lı yıllardan itibaren bilirkişiliğin kurumsal gelişiminin bugünkü noktasına dönüşümü hızlanmış bulunmaktadır. Gerçekten de 1990'larda, özellikle ekonomik sıkıntılar çerçevesinde, gerek yargısal gerek idarî gerekse özel düzeyde, bilirkişiliğin masraflı bir usûl olması karşısında, çeşitli hukuk düzenlerinde bilirkişi incelemesine başvurunun sınırlandırılması biçiminde bir eğilimin ortaya çıkması, bilirkişi olarak görev yapan uzmanları, çıkarlarını korumak amacıyla bir birlik kurma çabasına yönlendirmiştir[47]. Yani, esasen bilirkişi birliklerinin altında yatan temel nedenin ekonomik olduğu yönünde bir tespitte bulunmak kanımızca yanlış

---

[44] Y. Karayalçın (2001), Tartışmalar. *Bilirkişilik sempozyumu, Samsun, 9-10 Kasım 2001,* ss. 481, 482, s. 481.

[45] J. Donio (2008). L'expertise européenne son histoire et ses histoires. *Revue Experts, 78,* ss. 73 – 75, s. 73.

[46] Nitekim On dokuzuncu yüzyılın sonunda Bismarck döneminde Almanya'da ve yine Yirminci Yüzyıl başında Hollanda ve Belçika'da resmî bilirkişilik konusunda çeşitli adımlar atılmıştır. Almanya'da Bismarck'ın iki emirnamesiyle, eyaletler arasındaki ticaret konusu malların değerleri ve bunların vergilendirilmesinde görev yapmak üzere değerlendirme bilirkişiliği müessesesi ihdas edilmiştir. Yine Hollanda ve Belçika'da "belediye hâkimleri" (*les échevins*) tarafından içinde uzmanların da yer aldığı özel mahkemeler oluşturulmuştur (Donio (2008), s. 74). Ancak bilirkişiliğin kurumsallaşması bakımından önemli bir adım o dönem Alman hukukunun etkisi altındaki İspanya'da henüz 1930 yılında kurulan "*İspanyol Kazaî Bilirkişiler Cemiyetidir* (*Associacion Española de los Peritos judiciales tasadores*). Bunu 1950'lerde Fas, Fransız ve Almanlar tarafından bir sivil toplum örgütü biçiminde oluşturulan "*Uluslararası Bilirkişi ve Danışman Cemiyetleri Federasyonu*" (CIDADEC) (*Confédération internationale des associations d'experts et de conseils)* takip etmiştir (Donio (2008), s. 74). Diğer taraftan Fransız ve Alman bilirkişileri tarafından "*Kabul Edilmiş Avrupa Bilirkişileri Derneği"* AEXEA (*Association des experts européens agréés)* kurulmuştur. Bunun yanı sıra bir takım farklı girişimler daha söz konusu olmuş, ancak kâh sektörel düzeyde, kâh belli bir alanla sınırlı kalmıştır (Donio (2008), s. 74). Nihayet Fransa'da 1971 yılında yürürlüğe giren Kanun, bilirkişilik faaliyetini kurumsal bir hâle getirmiştir. Bu metin, bilirkişiliğin bir meslek, aslî bir faaliyet olmadığına işaret edilmesi bakımından da önem taşımaktadır (Donio (2008), s. 74).

[47] Donio (2008), s. 74, 75.

olmayacaktır. Nitekim bu birlikler, bilirkişilerin inisiyatifiyle oluşmaktadır. Bu sürecin sonunda 1998 yılında Almanya'da "Avrupa Bilirkişi Cemiyetleri Kuruluşu" *Euroexpert*[48] kurulmuştur. Bu organizasyon varlığını hâlihazırda sürdürmektedir[49].

Burada, söz konusu kurumsal oluşumların işlevinin önem taşıdığı düşüncesindeyiz. Nitekim, bu kuruluşların, bilirkişilik faaliyetinin etkin bir şekilde yürütülmesi amacına hizmet ettiğini söylemek mümkün olsa da, bunlar esas itibariyle bilirkişilerin menfaatlerini de gözetmekte, bu anlamda bilirkişilerin ücreti, statüsü ve benzeri noktalarda bilirkişiler lehine bir işlev üstlenmektedir[50]. Ancak, özellikle Avrupa Birliğinin hemen her ülkesinde oluşturulan bilirkişi dernek ve birliklerinin bilirkişilik faaliyetinin belli bir düzen ve disipline kavuşmasında etkisi olduğunu ifade edebiliriz.

Buna karşılık Türk hukuku, her ne kadar bu gelişmelere, bunları geç dönemlerde tartışmakla birlikte, çok yabancı kalmış olmasa da, yaklaşımı nihayetinde mesafeli, hatta olumsuz olmuştur. Bu konuda en önemli girişimlerden birisi, hiç şüphe yok ki, 2001 tarihli "*Türkiye Hakem ve Bilirkişi Odaları Birliği Kanun"* taslağıdır. Adalet Bakanlığı tarafından hazırlanan taslakta, hakem ve hakem-bilirkişiler ile birlikte, bilirkişiler odalarının, bu odaların bir araya gelmesiyle bir odalar birliğinin ve nihayet bunların kuruluşu, işleyiş ve denetimi ile organlarının seçimine ilişkin usûllerin düzenlenmesi amaçlanmıştır[51].

Ne var ki, söz konusu taslak çok çeşitli eleştirilerin konusunu oluşturmuştur. Bu anlamda, bilirkişiliğin bir meslek olmadığı, ancak bir oda yapılanmasının bilirkişiliğin bir meslek olarak kabulü noktasında bir eğilimin oluşmasına hizmet edeceği, diğer taraftan bilirkişilik ile hakemlik faaliyetinin birbirinden farklı olması karşısında iki ayrı kurumun bir arada düzenlenmesinin uygun olmayacağı dile getirilmiştir[52]. Buna karşılık, öğretide özellikle *Yılmaz,* tasarıya yönelik çeşitli eleştirileri ifade etmekle birlikte, bilirkişi listelerinin oluşturulması bağlamında meseleyi ele almakta ve diğer

---

[48] "*The Organisation for European Expert Associations"*.

[49] Özellikle bu çalışmada da faydalandığımız çeşitli toplantı metinleri ve kuruluş hakkında ayrıca bilgi için bkz. www. euroexpert.org.

[50] Bkz. Donio (2008), s. 75.

[51] Taslak metin için bkz. *14 Mayıs 2001 tarihli toplantı* (2001), s. 61 vd.; *Bilirkişilik sempozyumu* (2001), s. 551 vd.

[52] Bkz. *14 Mayıs 2001 tarihli toplantı* (2001), Özellikle bkz. *Birsel'in* görüşü için, s. 6; *Arslan'ın* görüşü için, s. 10 vd.; *Kalpsüz'ün* görüşü için s. 12 vd. Ayrıca bkz. ve karş. Ç. Aşçıoğlu (2004). Bilirkişi odalarının kurulması çözüm olabilir mi? *Madencilik bülteni,* Aralık, ss. 24 – 25; Çiçekli (2008), s. 508, 509.

taraftan oluşturulacak odaların, bilirkişilik faaliyetinin disipline edilmesi bakımından sağlayabileceği faydaya işaret etmektedir[53].

Nihayet, Türk hukukunda bilirkişiliğin kurumsal yönü bağlamındaki çabaların ağırlıklı olarak Türkiye Mimar ve Mühendis Odaları Birliği ve bu Birlik bünyesindeki odalar tarafından gerçekleştirildiğini görmekteyiz. Nitekim, Hukuk Muhakemeleri Kanunu öncesindeki dönemde, TMMOB ve Birlik bünyesindeki odalar tarafından bilirkişi listelerinin oluşturulması amacıyla hazırlanan Yönetmelikler, diğer yandan Birlik bünyesinde gerçekleştirilen eğitim faaliyetleri, kanımızca önemli birer adım meydana getirmektedir[54].

1.2. Bilirkişi ve Bilirkişi İncelemesi Kavramları

1.2.1. Genel olarak

Bilirkişi incelemesinin ve bilirkişinin yargılama içerisinde taşıdığı önem arttıkça, bu kavramların izahı da doğal olarak zorlaşmakta, ancak daha ötesi, bunların kapsam ve içerikleri belli ölçüde belirsizleşebilmektedir. Bu nedenle, söz konusu kavramların içini tam olarak doldurabilmemiz için, bilirkişilik faaliyetinin gelişimine yönelik olarak yukarıda yapmış olduğumuz açıklamaların; aynı şekilde, takip eden başlıklar altında ele almaya çalışacağımız üzere, zikredilen kavramların ayırt edici özelliklerinin, bu başlık altında yer vermeye çalışacağımız hususlar ile bir arada değerlendirilmesi gerektiği kanısındayız.

Öte yandan, bilirkişilik faaliyeti, hukukçular tarafından geleneksel olarak sadece yargılamadaki boyutuyla ele alınan bir kavram olagelmiştir. Bir başka deyişle, yargısal bir niteliğe sahip bulunmayan, yargılama dışı bilirkişilik, hukukçuların ilgi alanının dışında kalan, genellikle değinilmeyen bir mesele olup, şüphesiz bu yaklaşımı da normal kabul etmek gerekmektedir. Zira, gerçekten de, bilirkişilik denildiği zaman akla ilk gelen, mahkemeler nezdinde cereyan eden, yani yargısal bilirkişiliktir[55]. Buna karşılık son yıllarda, bilirkişiliğin yargısal boyuta sıkışmış bir kavram olmamasından

---

[53] *14 Mayıs 2001 tarihli toplantı* (2001), s. 16 vd. Ayrıca bkz. Yılmaz (2001), s. 542 vd., s. 549, 550.

[54] Bu konudaki açıklamalarımız için ayrıca bkz. aşa. Özellikle *İkinci Bölüm, 3.3.2* ve *3.4.6.*

[55] Nitekim bkz. bu hususa aynı şekilde işaret eden, L. Dumoulin (2007). *L'expert en justice.* Paris: Economica, s. 3; C. Restier-Melleray, (1990). Experts et expertise scientifique. Le cas de la France. *Revue française de science politique, 4,* ss. 546–585, s. 551.

hareket eden bazı yabancı hukukçular, bilirkişi incelemesi kavramını, sadece hukuk özelinde değil, fakat birbirinden farklı disiplinler bakımından bir arada tartışmaktadır[56]. Bu anlamda, bilirkişi incelemesi, yargısal, kamusal (idarî) ve özel bilirkişilik olmak üzere üçlü bir ayrım altında ele alınmaktadır. Burada sadece söz konusu tartışmaların varlığına işaret etmek istediğimizden, bu hususlar üzerinde ayrıca durmayacağız[57].

Ancak sadece şu hususu dile getirmek isteriz ki, her üç bilirkişilik faaliyeti bakımından yönelinen amaç ve kurallar farklı olsa da, bunların temel felsefesi aynıdır. Nitekim, öğretide sorgulanan dikkat çekici bir husus, yargısal bilirkişilik faaliyetinin, özellikle kamusal bilirkişilik faaliyetleri bakımından, bunlara başvuru, itiraz ve sunulan görüşün değerlendirilmesi süreçlerinde bir model teşkil edip edemeyeceğidir[58].

Nihayet, asıl konumuz olan yargılama hukuku bakımından meseleyi ele almak istediğimizde, bilirkişi ve bilirkişi incelemesi kavramları açısından şu aşamada

---

[56] Belli bir kısmından tezimizde de yararlandığımız ve siyaset biliminden tarihe kadar çeşitli alanlar bakımından meseleyi inceleyen bu çalışmaların genel bir listesi için bkz. R. Encinas de Munagorri ve O. Leclerc. (2009) *Théorie du droit et expertise: conclusion prospective sur les apports de l'analyse juridique.* Expertise et gouvernance du changement climatique. (Éd: R. Encinas de Munagorri). Paris: L.G.D.J., s. 200, dn. 2, 3 ve 4; L. Dumoulin (2007). *L'expert dans la justice*. Paris: Economica, s. 4, dn. 1 – 12; O. Leclerc. (2005) *Le juge et l'expert. Contribution à l'étude entre droit et la science.* Paris: L.G.D.J., s. 4 – 9; R. Encinas de Munagorri ve O. Leclerc, (2010). *Les apports de la théorie juridique à la délimitation de l'expertise. Réflexions sur le lien de droit.* Aux frontières de l'expertise. (Éd.: Y. Bérard ve R. Crespin), Rennes: Presses Universitaires de Rennes, coll. "Res Publica", s. 1, dn. 1 ve 2.

[57] Kısaca ifade etmek gerekirse, çalışmamızın asıl konusunu oluşturan, bilirkişiliğin yargısal yönüyle kast edilen, yargısal bir süreç içerisinde söz konusu olan, yargı kararının alınması sürecinde ihtiyaç duyulan özel ve teknik bilgi sebebiyle başvurulan bilirkişilik faaliyetidir. Bu bakımdan kural olarak, bilirkişi incelemesine bir devlet yahut tahkim mahkemesi tarafından başvurulmuş olması arasında, nihayet incelemenin söz konusu olduğu aşama (delil tespiti, kanun yolu vb.) bir fark bulunmamaktadır. Ancak burada önemli olan, temel yaklaşım aynı olsa da, bilirkişiliğe ilişkin yeknesak bir usûlün bulunmadığıdır (bkz. Encinas de Munagorri ve Leclerc (2009), s. 203, 204. Ayrıca bkz. Leclerc (2006), s. 5 vd., n^{o} 4; Dumoulin (2007), s. 4 vd.; Encinas de Munagorri ve Leclerc (2010), s. 1 ve 2). Buna karşılık kamusal bilirkişilik ile kast edilen şey, idarî bir kararın alınması sırasında söz konusu olan bilirkişilik faaliyetidir. Bilirkişi tarafından gerçekleştirilecek inceleme, bir kamu otoritesi tarafından yerine getirilecek bir kamu hizmeti nedeniyle gündeme gelebileceği gibi, ortada kamunun incelemesine sunulacak bir inceleme de bulunabilir. Bilirkişiliğin bu yönünün, temellerini daha çok Anglo-Amerikan hukukunda bulduğu dile getirilmektedir (genel olarak bkz. Leclerc (2006), s. 6 – 8; Encinas de Munagorri ve Leclerc (2009), s. 205 ve 206; Encinas de Munagorri ve Leclerc (2010), s. 1 ve 2). Bu kavram esasında Türk hukukuna da yabancı değildir (örneğin BİGŞ m. 22 gereğince müteahhitçe yapılan işlerin kontrolü, yine aynı şekilde ÇED Yönetmeliği m. 10 hükmü uyarınca kamuya teşhir edilen incelemeler kanımızca bu kapsamdadır. Ayrıca bkz. ve karş. TMMOB Bilirkişi Yönetmeliği m. 1). Nihayet özel bilirkişilik ise, özel, kişisel (örneğin ticarî) bir kararın alınması sürecinde söz konusu olmaktadır. Uygulamada özellikle sigorta şirketleri tarafından eksperlere yaptırılan risk ve kaza değerlendirmelerinin bu kapsamda olduğu ifade edilmektedir (genel olarak bkz. C. B. De Chassy, B. Peckels ve J. Hureau (2000). L'expert: Essai de classification, le point de vue français. *Revue experts.* 47, s. 38; J. Hureau ve B. Peckels (2006). Expertises et experts en France, essai de définitons et de classifications. *Revue experts.* 70, s. 5; Encinas de Munagorri ve Leclerc (2009), s. 206; B. Bettex (2006). *L'expertise judiciaire. Étude de droit fédérale et de procédure civile vaudois.* Berne: Staempfli, s. 5).

[58] Bu konuda bkz. Leclerc (2005), s. 8, 9, n^{o} 5; M. A. Hermitte (1997), L'expertise scientifique à finalité politique, réflexions sur l'organisation et responsabilité des experts, *Justices,* 8, ss. 79 – 103, s. 80 vd.

yanıtlamamız gerektiğini düşündüğümüz soru, bu kavramların hangisinden yola çıkmamızın daha uygun olduğudur. Öyle ki, Türk hukukunda bilirkişilik faaliyetinin geleneksel olarak, *bilirkişi incelemesi* kavramından ziyade, *bilirkişi* kavramından yola çıkılarak, onun başlangıç noktası alınması suretiyle incelendiğine şahit olmaktayız. Bir diğer söyleyişle, öğretide genellikle önce bilirkişi tarif edilmekte, bilirkişi incelemesinin unsurları ise, Kanunda ona ilişkin olarak öngörülen usûl etrafında açıklanmakta, buna karşılık bilirkişi incelemesinin ne olduğuna yönelik ayrı bir tanım kural olarak, verilmemektedir. Türk öğretisinde genel eserlere hâkim olan[59] bu yaklaşım, konuyu bir bütün olarak ele alan makalelerin bir kısmında[60] ve yine bilirkişiliği tüm yönleriyle ele alan az sayıdaki monografik çalışmada[61] da kendisini göstermektedir. Buna karşılık, bilirkişi incelemesinin izahında, bizzat bilirkişi incelemesinin kendisinden, onun tanımından yola çıkan çalışmaların sayısı bir hayli azdır[62].

Esasen bilirkişiliğe ilişkin tartışmalarda, bilirkişilerin sahip olması gereken nitelik, uyulması gereken etik kurallar ve bununla ilişkili hususlar, önemli bir ağırlığa sahiptir. Gerek bu vakıalar gerek geleneksel olarak bilirkişiyi tanıkla karşılaştırmak eğiliminin uzunca dönem egemen olması karşısında, bilirkişilik faaliyetinin yahut daha özel olarak bilirkişi incelemesinin, bilirkişinin kendisi üzerinden sorgulanagelmiş olması şaşırtıcı

---

[59] Örneğin bkz. ve karş. B. Kuru (2001). *Hukuk muhakemeleri usûlü, C. III.* İstanbul: Beta, s. 2621 vd.; B. Kuru, R. Arslan ve E. Yılmaz (2011). *Medenî usûl hukuku.* (21. Bası). Ankara: Yetkin, s. 440 vd.; H. Pekcanıtez, O. Atalay ve M. Özekes (2010). *Medenî usûl hukuku.* (9. Bası). Ankara: Yetkin, s. 485; Y. Alangoya, K. Yıldırım ve N. Deren-Yıldırım (2009). *Medenî usûl hukuku esasları.* (7. Bası). İstanbul: Beta, s. 358; İ. E. Postacıoğlu (1975). *Medenî usûl hukuku dersleri.* (6. Bası). İstanbul: İ.Ü. Yayınları, s. 652; N. Bilge ve E. Önen (1978). *Medenî yargılama hukuku* (3. Bası). Ankara: A.Ü.H.F. Yayınları, s. 538; S. Ş. Ansay (1957). *Hukuk yargılama usûlleri* (6. Bası). Ankara: AÜHF, s. 268; İ. H. Karafakih (1952). *Hukuk muhakemeleri usûlü.* Ankara: AÜSBF, s. 210, 211. Ayrıca karş. H. Konuralp (2009). *Medenî usûl hukuku.* (2. Bası). Eskişehir: Anadolu Ü. Yayınları, s. 164, 165; S. Üstündağ (2000). *Medenî yargılama hukuku.* (7. Bası). İstanbul: Nesil Matbaacılık, s. 740.

[60] Örneğin bkz. ve karş. K. Yıldırım (2004). Bilirkişi delilin mukayeseli hukuk ve Türk hukukundaki durumu. *Prof. Dr. Bâki Kuru Armağanı.* Ankara: Türkiye Barolar Birliği, ss. 833 – 841, s. 833 vd. R. Arslan (1989). Bilirkişilik uygulaması ve Yargıtay'ın bu uygulamaya etkisi. *YD, C. 15/1 – 4,* ss. 156 – 184, s. 157; Ç. Aşçıoğlu (2001). Bilirkişilik kavramı ve görev sınırları. *Bilirkişilik sempozyumu, 9 – 10 Kasım 2001, Samsun.* Ankara: Türkiye Barolar Birliği, ss. 25 – 207, s. 29; S. Deliduman (2007). Türk ve Alman hukukunda bilirkişilik. *Medenî usûl ve icra – iflâs hukukçuları toplantısı, ii – iii, Eskişehir 2003 – 2004.* Ankara: Türkiye Barolar Birliği, ss. 259 – 317, s. 263.

[61] Bkz. ve karş. M. Tanverdi (1991). *Medenî usûl hukukunda bilirkişilik.* İstanbul: Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi, s. 27 vd.; Y. Deryal (2010). *Türk hukukunda bilirkişilik.* (3. Bası). Ankara: Seçkin, s. 41. Nihayetinde bu yaklaşım uygulayıcılara yönelik olarak kaleme alınan eserlerde de farklı değildir. Örneğin bkz. H. Köroğlu (2001). *Türk mahkemelerinde bilirkişilik ve bilirkişi kurumları.* Ankara: Seçkin, s. 31.

[62] Örneğin bkz. ve karş. N. Berkin (1961). *Tatbikatçılara medenî usûl hukuku rehberi.* İstanbul: Filiz Kitabevi, s. 839. Ayrıca bkz. ve karş. M. Oytan (1993). Türk ve Fransız hukukunda bilirkişi uygulaması, keşif, delil tespiti, anket uygulaması ve sahteciliğin ileri sürülmesi. *Türk İdare Dergisi, Y. 65/398, Mart,* ss. 45 – 93, s. 51.

olmamaktadır. Nitekim bilirkişi incelemesini bilirkişi tanımından yola çıkarak incelemeye başlamak, bir şekilde faaliyetin merkez noktasına *bilirkişiyi* almak anlamına gelmektedir.

Ne var ki, burada farklı bir yaklaşım geliştirerek, bilirkişilik faaliyetinin merkezine bizzat bilirkişi tarafından gerçekleştirilecek olan incelemenin kendisini almak bize daha doğru gözükmektedir. Bu noktada bir an için, bilirkişilik faaliyetinden bahsedildiğinde bilirkişinin veya bilirkişi incelemesinin tanımlanması arasında, sonuç bakımından bir fark bulunmadığının ileri sürülmesi mümkün olabilirse de, meseleye geleneksel olandan farklı bir bakış açısı geliştirmek istememizin iki ana sebebi bulunmaktadır:

Birinci olarak, bilirkişi sıfatının, kendisinin görevlendirildiği karar alma sürecinden bağımsız bir kullanım alanı bulunmamakta, diğer bir deyişle uzman olduğu varsayılan bir kimsenin, bilirkişi sıfatına sahip olması için, bir bilirkişi incelemesinde bulunması amacıyla görevlendirilmesi gerekmektedir. Yani, ortada bir bilirkişi incelemesi yoksa bilirkişi de yoktur. İkinci sebep ise, delil veya ispat aracı olması bakımından da, esas tartışılması gerekenin bilirkişi değil, bilirkişi incelemesi ve nihayet bu inceleme sonucunda sağlanan görüş olmasından kaynaklanmaktadır. Burada bize göre bir hâkim yardımcısı olan bilirkişinin bir delil olup olmadığını tartışmanın, keşif icrasını değil de keşfi icra eden hâkimin yahut tanığın beyanını değil de, tanığın kendisinin delil fonksiyonunu tartışmaktan farklı bir tarafı bulunmamaktadır.

Bu açıklamalar çerçevesinde tercihimiz, ilk olarak bilirkişi, bilirkişi incelemesi ile bilirkişilik terimlerini, gerek çeşitli hukukî metinlerde gerek öğretide kullanılan diğer bazı terimlerle birlikte, karşılıklı olarak değerlendirdikten sonra, öncelikle çalışmamızın asıl konusunu oluşturan bilirkişi incelemesi kavramı ve onun tanımı üzerinde durmak yönündedir. Daha sonra ise, bilirkişi kavramını ele almaya çalışacağız[63].

1.2.2. Terminoloji

Bilirkişilik faaliyeti bakımından *bilirkişi, bilirkişi incelemesi ve bilirkişilik* terimleri bir arada bulunmakta, hatta bunlar zaman zaman birbirlerinin yerine kullanılabilmektedir.

[63] Sırasıyla bkz. aşa. *Birinci Bölüm, 1.2.2, 1.2.3* ve *1.2.4.*

İlk olarak bilirkişi terimi, yargılama hukukunda yerleşmiş bir görünüm arz etmektedir. Ne var ki, Hukuk Muhakemeleri Kanununun yürürlüğe girdiği ana kadar, "bilirkişi" terimi, bilirkişiliği "ehlivukuf" başlığı altında düzenleyen Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanununun 275 ve devamındaki maddelerinde sahip olduğu yeri, aslen Arapça kökenli iki sözcük olan "ehl*(-)*i vukuf" ve "ehl*(-)*i hibre" ile paylaşmıştır[64]. Daha doğrusu bu durum bir paylaşımdan öte, 1926 yılında yürürlüğe giren 1086 sayılı Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanununda, özellikle 1981 tarihli 2494 sayılı Kanunun, HUMK m. 275 ve 281 hükümlerini değiştirerek, ehlivukuf ve ehlihibrenin yerine bilirkişi sözcüğünü açıkça zikretmesinin bir sonucudur[65]. Nihayet Hukuk Muhakemeleri Kanununun yürürlüğe girmesiyle birlikte, birden fazla terimin bir arada yer alması durumu sona ermiş, bir yeknesaklık sağlanabilmiştir[66].

Bununla birlikte ağırlıkla İslâm hukuku etkisi altındaki Osmanlı hukukundan miras kalan ehlivukuf ve ehlihibrenin yerine bilirkişinin kullanılmaya başlanmış olması, bahsedilen Kanun değişikliklerinden çok önceye rastlamaktadır. Cumhuriyet döneminden itibaren 1950'lerin ortasına kadar yapılan çalışmalarda esas olarak "ehlivukuf"un esas alındığını görmekle birlikte[67], özellikle 1940'lı yılların ortasından başlayarak bilirkişi tabirinin, ya tek başına veya ehlivukuf ve ehlihibre ile birlikte

---

[64] Bu konuda ayrıca genel olarak bkz. N. Bilge ve Ergun Önen (1978). *Medenî Yargılama Hukuku. (3. Bası).* Ankara: A.Ü.H.F., s. 537, 538 ve dn. 1; S. Ş. Ansay (1957). *Hukuk Yargılama Usûlleri* (6. Baskı). Ankara: A.Ü.H.F., n^{o} 136, s. 268; İ. H. Karafakih (1952). *Hukuk Muhakemeleri Usûlü Esasları.* Ankara: A.Ü.S.B.F., n^{o} 185, s. 210, 211. Ayrıca bkz. H. Pekcanıtez (2007). Hukuk Muhakemeleri Kanun Tasarısı'nın tanıtımı. *Medenî usûl ve icra-iflâs hukukçuları toplantısı V, Ankara 8-9 Eylül 2006.* Ankara: TBB Yayınları, ss. 3 – 31, s. 7; H. Konuralp (2007). 1. Oturum (Tartışmalar). *Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukukçuları Toplantısı, II – III (Eskişehir, 2003 – 2004),* Ankara: Türkiye Barolar Birliği, s. 340, 341.

[65] İlginç bir husustur ki, kanun koyucu 2494 sayılı Kanunla yapılan değişikler esnasında Kanunda bilirkişi sözcüğünü kullanmışken, bundan yaklaşık dört sene sonra 1985 yılında 3156 sayılı Kanunla Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanununun 278. Maddesinin üçüncü fıkrasını değiştirirken ehlivukuf terimini muhafaza etmiştir. Buna karşılık 2003 yılında 5020 sayılı Kanunla HUMK m. 286 hükmüne eklenen ikinci fıkrada yine bilirkişi sözcüğü tercih edilmiştir.

[66] İfade etmek gerekir ki, aynı husus Türk Medenî Kanunu bakımından da söz konusu olmuştur. 4721 sayılı Kanunla Türk Medenî Kanununun yürürlüğe girmesinden önceki dönemde, 743 sayılı MK m. 133, 359, 418 ve 596 hükümlerinde ehlihibre, ehlivukuf ve resmî muhammin terimleri yer almaktayken (bkz. Bilge ve Önen (1978), s. 538 dn. 1), yeni Türk Medenî Kanunu m. 409 ve 436 hükümlerinde bilirkişi tabiri tercih edilmiş; bununla birlikte TMK m. 40, 133, 165, 409, 436 ve 474 hükümlerinde resmî bilirkişi raporuna karşılık gelecek şekilde "resmî sağlık kurulu (raporu)" ifadesinin kullanılması yoluna gidilmiştir.

[67] Örneğin, M. R. Belgesay (1944). Ehlivukuf mütalâsının ilmî Değeri ve kanunî ispat kuvveti. *İHFM, 3 – 4,* s. 543 – 548; İ. H. Karafakih (1955). Hukuk usûlüne dair çıkan bir eser münasebetiyle, ehlivukufluğu kabul mecburiyeti ve taraf yemininin mahiyeti. *İBD, 2,* s. 86 – 91; Karafakih, (1952), s. 210 vd. (Ancak ayrıca bkz. s. 211); L. Musluoğlu (1957). Ehlivukufların rey beyan etmeleri ve rapor. *ABD, 2 – 3,* s. 71 – 76.

kullanılmaya başlanır olduğuna tanık oluyoruz[68]. Aynı değişim Yargıtay kararlarına da yansımıştır[69]. Kanımızca bilirkişinin ehlivukuf ve ehlihibrenin yerini almaya başlama zamanının 1940'lar olması tesadüfî değildir. Zira bu, Türkçeleştirme hareketlerinin tepe noktasına ulaştığı ve 1945 Anayasasının yürürlüğe girdiği dönemdir[70]. Nitekim 1930'larda başlayan bu süreç içerisinde, tam olarak ilk ve kim tarafından ne zaman kullanıldığını şu an için bilememekle birlikte, bilirkişi teriminin bu dönemdeki Türkçeleştirme hareketinin bir ürünü olduğu ve takip eden süre zarfında bir hukukî kavram olarak benimsendiği düşüncesindeyiz.

Bu noktada ise karşımıza bilirkişilik artık ne denli yerleşmiş bir kavram olursa olsun, ehlivukuf ile ehlihibrenin etimolojik olarak neyi ifade ediyor oldukları ve bilirkişinin bu ikisini karşılayıp karşılamadığı sorusu çıkmaktadır. Usûl hukukçuları yakın zamanlara kadar bu sorunun üzerinde ayrıntılı olarak durmamışlardır. Ehlivukuf – ehlihibre ayrımı III. Medenî Usûl ve İcra – İflâs Hukukçuları Toplantısında, tebliğler üzerine yürütülen tartışmalar esnasında yöneltilen bir soru üzerine gündeme gelmiştir[71]. Bu tartışmada *Konuralp*, ehlihibrenin teknik, ölçme ve değerlendirmeyi ifade ediyor olmasına karşılık, ehlivukufun daha genel anlamda bilgiyi ifade ettiğine ve bu ikisinin aynı şey olmamasına rağmen, bilirkişiliğin her ikisinin yerine ikame edilmiş olmasına dikkat çekmiştir[72]. Yine bu ayrıma değinen az sayıdaki usûl hukukçusundan biri olan *Karafakih* de, *H. Berki*'ye atıf yaparak, "(a)lelade bilgi verene ehlivukuf, fen ve ihtisas sahibine ehli hibre denileceğine dair bir tefrik yapan" yazarlardan bahsetmektedir[73].

---

[68] Örneğin, M. R. Belgesay (1946). Bilirkişi raporları. *İl. Huk. D. 12,* s. 112 – 114; M. Oral (1946). Bilirkişi. *Huk. İçt. D., 6 – 7,* s. 8 – 11; İ. H. Baltacıoğlu (1956). Yazı incelemeleri ve bilirkişiliği. *Muk. Huk. Der. 5,* s. 3 – 6; Ş. Altay (1957). Bilirkişi mütalâsı ve hâkim. *AD, 8,* s. 732 -736; Ansay (1957), n^{o} 136, s. 268 vd.; İ. E. Postacıoğlu (1970). *Medenî usûl hukuku esasları,* İstanbul: İ.Ü.H.F., s. 548 vd.

[69] Yargıtay'ın 1930'lu yıllarda verdiği kararlarda ehlivukuf terimi kullanılmaktayken (örneğin, HGK, 14.12.1932; 4. HD, 17.4.1930; 3. HD, 9.10.1930; 3. HD, 25.6.1940, E. 5398. Kararlar için bkz. N. Erol (1969). *Hukukta deliller ve ikamesi.* Ankara: Doğuş, s. 86 – 88), 1940'ların ortasından itibaren bilirkişi terimi tercih edilmeye başlanmıştır. Bununla birlikte her iki terim yekdiğerinin yerine uzun bir süre kullanılagelmiştir (HGK, 2.4.1947, 54/15; HGK, 16.11.1949, 4-121-46/65; HGK, 4.1.1951, 7976/55; 5. HD, 27.11.1950, 4374/3978 HGK, 23.11.1949 83/119. Bu kararlar ve ayrıca diğer başka kararlar için bkz. Erol (1969), s. 88 vd.).

[70] Bu konuya ilişkin olarak bkz. C. Eroğul (1994), Anayasa ve tüze dilinin türkçeleştirilmesi. *AÜSBFD, (49) 3 – 4, Prof. Dr. Yılmaz Günal'a armağan,* s. 119 – 148, özellikle s. 134 – 138.

[71] Bkz. *Usûl Toplantısı, II – III* (2007). 1. Oturum, Tartışmalar, s. 341, 342.

[72] (2007). 1. Oturum, Tartışmalar. *Usûl Toplantısı, II – III,* s. 342.

[73] Bkz. H. Berki (1948). *Hukuk mantığı ve tefsir'*den aktaran*,* Karafakih (1952), n^{o} 185, s. 211. Öte yandan İslâm ve Osmanlı hukukunu konu edinen çalışmalarda, bundan farklı içerikte ve ilgi çekici ayrımlarla da karşılaşıyoruz. Gerçekten de bu konuda yapılmış az sayıdaki çalışmalardan bir tanesinde, lonca üyeleri arasından seçilen ve kadı tarafından berat almakla resmen göreve başlayan, bir tür atanmış/resmî bilirkişi olarak ifade edilebilecek ehlihibre ile resmî olarak atanmamakla beraber, uzman olarak bilinen ve bilgilerine başvurulan ve fiilî bilirkişi olarak tanımlanan (yani sürekli görev yapmayıp

Nihayet, ehlihibre ve ehlivukuf arasındaki ayrımın, hem bir tür kayıtlı, resmî bilirkişi – kayıtlı olmayan bilirkişi ayrımı olduğu, hem de diğer yandan bu ayrımda ehlihibrenin bir tür teknik bilirkişiye, bir teknisyene yahut profesyonele; ehlivukufun ise bir konuda bilgi sahibi olan, bu anlamda uzmanlığı kabul edilen ve bu nedenle istisnaî olarak kendisine başvurulan bir üçüncü kişiye karşılık geldiği söylenebilir[74]. Ne var ki bu ayrım, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanununun kimi maddelerinde ehlihibre kullanılırken, diğer maddelerde neden ehlivukufun kullanılıyor olduğu sorusuna bir yanıt verememektedir[75].

Bilirkişinin, sözcük olarak kapsayıcı görünümüne karşın, ehlivukuf ve ehlihibre arasındaki nüansı tam olarak karşılayabildiğini söylemek çok doğru olmayacaktır. Ancak ne olursa olsun şu hususu da teslim etmek gerekir ki, uygulamada terimin kendisine dair açık bir sıkıntı da bulunmamaktadır. Nihayet, Hukuk Muhakemeleri Kanununda da sadece bilirkişi teriminin kullanılması sonucunda bir yeknesaklık sağlanmış durumdadır.

Esasında meselenin hukukî nitelik, ayırt edici özellikler ve bilirkişilik türleri ile ilgili olması karşısında, aşağıda onun üzerinde farklı boyutlarıyla ayrıca durmuş olmakla birlikte, burada ilkesel olarak belirtmek istediğimiz husus şudur: Bilirkişi, uzman, eksper veya teknik danışman terimlerinden hangisi kullanılırsa kullanılsın, asıl olan, bilirkişi tarafından yerine getirilen faaliyet ve bu faaliyet neticesinde ortaya konulan görüştür. Bilirkişi, farklı bir Kanun hükmünde uzman, bir diğer uygulamada eksper veya herhangi bir yargısal süreçte teknik danışman olarak adlandırılabilir, verdiği görüş bilirkişi görüşü veya uzman görüşü olarak nitelendirilebilir.

Farklı süreçlerde farklı terimlerin kullanılıyor oluşu, yapılan işin her zaman farklı bir nitelikte olduğu anlamına gelmemektedir. Ancak, yargılama hukuku bakımından "*bilirkişi*" terimi kanımızca ve kural olarak, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda genel çerçevesi çizilmiş olan, orada gösterildiği şekilde tayin olunan ve yine söz konusu Kanunda yer alan hükümler doğrultusunda görevini yerine getiren kimseye karşılık

---

kendilerine başvurulduğu zaman bilirkişilik yapan) ehlivukuf ayrımından söz edilmektedir (bkz. N. Abacı (2002). Osmanlı dönemi bilirkişilik uygulamaları üzerine bir araştırma. *UÜ, Fen-Edebiyat F., SBD, (3) 3,* ss. 75 – 84, s. 77 vd.).

[74] Bu ayrımdan hareketle özellikle 743 sayılı Medenî Kanuna göz attığımızda, söz konusu Kanun döneminde resmî sağlık raporunu gerektiren hâllerde ehlihibrenin kullanılma amacı daha net olarak ortaya çıkıyor görünmektedir. Bkz. 743 s. Medenî Kanun, m. 133 ve 359.

[75] Nitekim yürürlükten kalkmış olan 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usûlü Kanununda da bilirkişiyi ifade etmek üzere sadece ehlihibre teriminin (daha sonra yapılan değişiklikler sonucunda bilirkişi terimi ile birlikte) kullanıldığını görüyoruz.

gelmektedir. Bu yapı içerisinde Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 293. maddesi çerçevesinde görüş alınan kimselerin yerine getirdiği faaliyet, her ne kadar bir tür bilirkişilik faaliyeti olsa da, gerek kişi gerek görev bakımından, her iki bilirkişiliğin hukukî çerçevesinin farklı olması nedeniyle, bunların mutlaka "özel" bilirkişi veya "taraf" bilirkişisi olarak ifade edilmelerinin yerinde olacağı kanısındayız[76].

Bilirkişi incelemesi ile *bilirkişilik* ise, görünürde eş anlamlı sözcüklerdir. Nitekim bilirkişi incelemesi, bir inceleme yöntemine karşılık gelmektedir. Bu terimi kanımızca aynı zamanda biraz daha kapsayıcı olarak, bilirkişi tarafından sunulan görüşü de içerecek şekilde kullanmak mümkündür. Buna karşılık aynı açıklamanın bilirkişilik terimini ifade etmek bakımından bir miktar sınırlayıcı olduğu düşüncesindeyiz. Zira bilirkişilik, tek başına bilirkişi incelemesini içerdiği gibi, hukukta isimden isim türeten eklerin kullanıldığı pek çok diğer kavram gibi[77], yerine getirilen faaliyetin kurumsal boyutuna, yani müesseseye de karşılık gelmektedir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu, biraz yukarıda da dile getirdiğimiz üzere, 1086 sayılı Kanundaki *ehlivukuf* (bilirkişi) terimi yerine, bilirkişi incelemesi terimini tercih etmiştir. Bu terimin kullanılması kanımızca isabetli olmuştur. Zira "bilirkişi incelemesi" terimi, bir bütün olarak, her ne kadar geniş anlamıyla bilirkişilik müessesesine yönelmese de, bilirkişiye başvurudan, onun yerine getireceği işlemlerin tamamlanmasına kadar olan belli bir usûle işaret etmekte, bu yönüyle de esas olana, yani "inceleme" vakıasına vurgu yapmaktadır.

1.2.3. Bilirkişi incelemesi kavramı ve tanım

Bilirkişi incelemesinin salt özel hukuk yargısına özgü bir tanımı bulunmamaktadır. Bir başka deyişle, bilirkişi incelemesi konusunda verilen veya verilebilecek olan her tanım, gerek hukuk yargısı gerek ceza yargısı ve pek tabii ki idarî yargı (ve vergi yargısı) bakımından da aynı şekilde geçerli olacaktır. Diğer yandan bu tanım, bilirkişi incelemesinin büründüğü görünüm biçimleri bakımından da esaslı bir farklılık arz etmemektedir. Bilirkişilik konusunda hangi ayrım veya ayrımlar tercih

[76] Nitekim İsviçre hukukunda taraf bilirkişilerini (özel bilirkişileri) ifade etmek için expert privé (özel bilirkişi), Fransız hukukunda da bunların seçilme biçimine göre expert amiable (dostane bilirkişi) ve expert officieuse (yarı resmi bilirkişi) terimleri tercih edilmektedir.
[77] Örneğin, nişanlılık, kayyımlık ve benzeri kavramlar.

edilirse edilsin, verilecek olan tanıma hâkim olan hususlar değişmemektedir. Burada yalnızca incelemenin niteliği bakımından tanıma içkin hususlar kapsamında bir daralma yahut genişlemeden söz edebiliriz.

Bu itibarla bilirkişi incelemesi, çözümü uzmanlık bilgisini gerektiren bir vakıa meselesi hakkında, bilirkişi sıfatıyla mahkeme tarafından yahut taraflarca tayin edilen kimse tarafından gerçekleştirilen ve amacı salt teknik bir görüş vermekten ibaret olan bir inceleme ve aydınlatma yöntemidir[78].

Bilirkişilik faaliyetinin içeriğine göre ilk olarak teknik, daha sonra ise incelemenin düşünsel yönü ön plândadır. Örneğin, bir babalık davasında gerçekleştirilen DNA incelemesi yahut bir inşaatın fiziksel durumunun tespitinde bu teknik inceleme hususu öne çıkmaktayken, teknik bir takım tahliller veya maddî bir takım vakıa tespitleri neticesinde sonuçlar çıkarılması ve değerlendirmelerde bulunması, bilirkişi incelemesinin düşünsel, fikirsel tarafını oluşturmaktadır. Bu itibarla bilirkişi tarafından yerine getirilen inceleme, konu ve nitelik bakımından farklılıklar arz edebilmektedir. Bilirkişi incelemesi kimi zaman salt bir tespitten ibaret olabildiği gibi, kimi hâllerde ciddî bir takım tahliller, bir süreç neticesinde ortaya bazı sonuçları koymak, kimi zaman bu sonuçlardan doğan ancak yine vakıa alanı ile sınırlı kalacak değerlendirmelerde bulunmak şeklinde kendisini göstermektedir. Hatta kimi hâllerde bu sadece bir uzmanlık bilgisinin aktarımı niteliğine de bürünebilmektedir.

Her halükârda bir özel bilgi aktarımından söz ederken, hâkimde bulunmayan bir bilginin aktarılmasından bahsetmekteyiz. Burada hukukî ve hukuk dışı bilginin karşılaşması, yargısal gerçeğin ortaya konulabilmesi için bilimsel gerçekten yararlanılması söz konusudur.

Nitekim buradaki temel mesele, bahsedilen faaliyetlerden hangisi yerine getirilirse getirilsin, bunun ancak hâkimde mevcut olmayan bir uzmanlık bilgisi vasıtasıyla gerçekleştirilmesi ve bir karar alma sürecini aydınlatmaya yönelmesidir. Bu ölçüte karşılık gelen her türlü faaliyet, bilirkişi ister hâkim ister taraflarca seçilmiş olsun; ister

---

[78] Bkz. ve karş. P. Mestre (1937). *Les experts. Auxiliaires de la justice civile.* Paris: Sirey, s. 3; Habscheid (1981), s. 438; Hertzog ve Retail (1951), s. 9, 10; Jeuland (2004), s. 206; Bettex (2006), s. 6; P.-A. Belvaux (1954). *Théorie et pratique de l'expertise judiciaire* (3e éd.). Bruxelles: Les Éditions Comptables, Commerciales et Financières, s. 7. Bkz. ve karş. Castella (1992), s. 10; G. Closset-Marchal (1994). Considérations générales sur l'expertise. *L'expertise (dir.: J. Gillardin ve P. Jadoul).* Bruxelles: Larcier, ss. 7 – 23, s. 7, 8. Bilirkişi incelemesinin kanunda öngörülen ve geniş anlamda bilirkişi incelemesi içerisinde yer alan diğer yöntemlerin yanı sıra tali bir yöntem addedildiği Fransız hukukunda verilen benzer tanımlar için ayrıca bkz. ve karş. Redon (2010), no 16, s. 7.

dar, ister geniş kapsamlı olsun, bir bilirkişi incelemesi addedilir. Bu açıdan bilirkişi incelemesini, en yalın hâliyle ve bilirkişi tarafından sağlanacak görüşü de içerecek biçimde, "*bir karar vermekle görevli* (hâkimi) *aydınlatmaya yönelmiş bir usûl"* şeklinde tanımlamak da mümkün olabilmektedir[79].

Nihayet tüm bu tanımlar çerçevesinde, bilirkişilik kavramını karakterize eden iki temel ölçüt bulunduğu sonucuna varabilmekteyiz. Bunlardan ilkini *usûl,* ikincisini ise, *talep* veya *emir* biçiminde dile getirmek mümkündür[80]. Burada usûl ifadesiyle murat ettiğimiz husus, yargısal karar alma sürecidir. Buna karşılık talep (veya emir) ölçütü ise, bilirkişi incelemesinin muhatabı, yani bu incelemeye başvuran mahkeme yahut özel bilirkişiden görüş almak amacıyla talepte bulunan taraf ile bilirkişi arasındaki hukukî bağı kurmaktadır. Öte yandan bu yapı içerisinde iki başka hususun da ön plâna çıktığı kanısındayız:

Bunlardan ilki, hâkimin ihtiyacı olabilecek bir hukukî bilginin ona sağlanması sürecinin de aslında teorik olarak bilirkişilik faaliyetinin kapsamında değerlendilebileceğidir. Özellikle görüşümüz, taraflarca başvurulan uzman mütalaalarının bu kapsamda olduğu yönündedir. Ancak bilirkişi incelemesine bir hâkim tarafından başvurulması faraziyesinde, *iura novit curia* ilkesinin ve onun Hukuk Muhakemeleri Kanununa yansıdığı hâllerin varlığı karşısında, yabancı hukuk kuralları, eski hukuk ile örf ve âdet hukuku istisna olmak üzere, hukukî mesele, bilirkişilik faaliyetinin konusunu oluşturmaya elverişli değildir[81].

İkinci husus ise, bilirkişi incelemesinin konusu ile ilişkilidir. Geleneksel olarak bilirkişi incelemesinin bir vakıa "meselesi" hakkında oluşu, bilirkişi görüşünü *somut* bir vakıaya hasretmektedir. Diğer bir söyleyişle bilirkişi incelemesi için üzerinde inceleme yapılacak bir konu bulunmalıdır[82]. Ne var ki bu yaklaşım, teorik de olsa hâkimin sadece belli bir uzmanlık bilgisi, bir tecrübe kuralı hakkında, bilirkişiden, daha sonra vakıa meselesi dâhilinde somutlaştırılabilecek olan bir bilgiyi yahut tecrübe kuralını edinmesini dışlamaktadır[83].

---

[79] Bkz. bize bu bakış açısını sunan yazarlardan R. Encinas de Munagorri (2003). Expert et expertise. *Dictionnaire de la culture juridique (Ed.: D. Alland ve S. Rials)*. Paris: PUF, s. 686.
[80] Bkz. Encinas de Munagorri ve Leclerc (2009), s. 203; Encinas de Munagorri ve Leclerc (2010), s. 2.
[81] Bu konuda özel olarak bkz. aşa. *Birinci Bölüm, 2 vd.*
[82] Bkz. F. Bohnet (2005). *Code de procédure civile neuchâtelois.* Bâle: Helbing & Lichtenhahn, s. 427, n° 8.
[83] Nitekim bu anlamda sorgulanmaya ihtiyaç gösteren bir diğer müessese, hâkime bir vakıa meselesi hakkında somut bir inceleme sunmaktan ziyade, davanın genel bağlamı hakkında hukukî veya hukuk dışı

Bilirkişi incelemesine bakış açısı bakımından hukuk yargısı ile diğer yargılama usûlleri arasında bazı nüanslar bulunmaktadır. Bununla birlikte çalışma konumuzu bilirkişi incelemesinin hukuk yargısındaki görünümü oluşturduğundan açıklamalarımızı buna ilişkin hususlarla sınırlı tutmaktayız[84]. Nihayet, son olarak, bu başlık altında bilirkişi incelemesini düzenlemek konusundaki yaklaşım ve ilgili düzenlemelerin kapsamı üzerinde durmak istiyoruz.

Bilirkişi incelemesini düzenlemek konusunda temelde iki ayrı yaklaşım biçiminin varlığından söz etmemiz mümkündür. Buna göre, bazı hukuk sistemleri bilirkişiliğe ilişkin kısa ve ayrıntıdan uzak bir takım düzenlemelerde bulunmayı tercih etmektedir. İsviçre Federal Medenî Usûl Kanunu, kısa ve ayrıntıdan uzak bir düzenlemeye örnek gösterilebilir[85].

---

bilgi sağlayan "mahkeme dostu", yani evrensel bir kullanıma sahip Latince deyişiyle *amicus curiae'*dır (bkz. aşa. *Birinci Bölüm, 1.3.2.3.1*).

[84] Diğer taraftan ceza yargılamasında bilirkişi incelemesine yönelik hâkim yaklaşımın hukuk yargılaması bakımından söz konusu olandan farklılık arz etmediğini görmekteyiz. Bu anlamda medenî usûl hukukçularının önemli bir kısmı gibi ceza hukukçuları da, bilirkişilik faaliyetini ve ayırt edici özelliklerini genellikle bilirkişi kavramı üzerinden yola çıkarak açıklama yolunu tercih etmektedir (ceza yargılaması hukukunda bilirkişilik hakkında konuyu tüm yönleriyle ele alan bir monografik çalışma olarak bkz. N. Gürelli (1967). *Türk ceza muhakemesi hukukunda bilirkişilik.* İstanbul: Cezaevi Matbaası, s. 7, n^{o} 4 vd. Ayrıca konuyu CMK ile getirilen değişiklikler doğrultusunda ele alan bazı makalelerde yer alan açıklamalar için bkz. Dülger (2007), s. 660, 661; A. K. Yıldız (2006). Ceza muhakemesi hukukunda bilirkişilik. *EÜHFD, C. X, S. 3 – 4.* ss. 273 – 345; B. Dönmez (2007). Yeni CMK'da bilirkişi kavramı. *DEÜHFD, C. 9, Özel Sayı.* ss. 1145 – 1177, s. 1145, 1146). Burada ceza yargılaması öğretisinde de yazarların önemli kısmının çoğu kez bilirkişinin ve onun sağladığı raporun niteliğini birbirinden ayırt etmek suretiyle değerlendirmelerde bulunmakta oluşları dikkat çekicidir. Nitekim bilirkişinin bir hâkim (ve Kanunun açıkça öngördüğü durumlar bakımından savcı) yardımcısı olduğu noktasında ceza hukukçuları açısından kural olarak bir tereddüt bulunmamaktadır (genel olarak bkz. V. Ö. Özbek (2006). *Ceza muhakemesi hukuku.* Ankara: Seçkin, s. 634; Yıldız (2006), s. 276, 277; Y. Ünver ve H. Hakeri (2009). *Ceza muhakemesi hukuku.* Ankara: Adalet, s. 231; E. Yurtcan (2004). *Ceza yargılaması hukuku.* (11. Bası). İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 274. Karş. N. Centel ve H. Zafer (2008). *Ceza muhakemesi hukuku.* (5. Bası). İstanbul: Beta, s. 264, 265, Dönmez (2007), s. 1145. Ayrıca bkz. ve karş. Gürelli (1967), s. 9, n^{o} 6, özellikle s. 10 ve devamındaki açıklamalar).

İdarî (ve vergi) yargılama hukukunda ise, İdarî Yargılama Usûlü Kanununun 31. maddesinin açık atfı sebebiyle bilirkişilik konusunda Hukuk Muhakemeleri Kanununun 266. ve devamındaki hükümleri uygulanmaktadır (genel olarak bkz. Ş. Gözübüyük ve G. Dinçer (1999). *İdarî yargılama usûlü.* (2. Bası). Ankara: Turhan, s. 769, n^{o} 60 vd.; E. Öz (2010). Vergi yargısında bilirkişilik. *TAAD, S. 3,* ss. 75 – 92, s. 76 vd.). Aslında 2007 yılında Başbakanlığa gönderilen İdari Yargılama Usûlü Kanunu Tasarısı, bilirkişilik faaliyetini yeniden ve ayrıca düzenlemektedir. Ne var ki söz konusu tasarı idarî yargıda istinaf yoluna ilişkin çalışmalar çerçevesinde yeniden ele alınması amacıyla geri çekilmiştir (T.C. Adalet Bakanlığı Kanunlar Genel Müdürlüğü tarafından yapılan açıklama için bkz. http:// www.kgm.adalet.gov.tr/uck/uck.html. (son erişim tarihi Mayıs 2011).

[85] Gerçekten de, bilirkişilik müessesesi, bilirkişi-tanıklık (bkz. Art. 175 CPC Suisse) ve hakem-bilirkişiliğe (bkz. Art. 189 CPC Suisse) ilişkin iki düzenleme (bu kavramlardan ilki için bkz. aşa. *Birinci Bölüm, 1.3.2.1* ve *1.3.3.2*) bir kenara bırakılacak olursa Federal Medenî Usûl Kanununun sadece altı maddesinde, genel hatlarıyla düzenlenmiş bulunmaktadır. Bu yaklaşım İsviçre öğretisinde bazı yazarlarca eleştirilmekte ve uygulamaya Federal Mahkeme içtihatlarının yön vereceğine dikkat çekilmektedir (bkz. P.-Y. Bosshard (2008). La réglementation de la preuve par expertise dans le projet de Code de procédure civile suisse. *RSPC,* 3, ss. 333 – 338, s. 338).

Buna karşılık bazı sistemler ise, tersine, müesseseyi ayrıntılı bir şekilde ele almayı tercih etmektedir. Hatta bunun yanı sıra söz konusu olan bir diğer husus da, bazı hukuk düzenlerinde, bilirkişiliğin medenî usûl kanunlarının yanı sıra diğer bazı pozitif metinlerin de konusunu oluşturmakta olduğudur. Buna ilişkin olarak, Fransız hukukunu, gerek Medenî Usûl Kanunundaki düzenlemeler gerek bilirkişiliğe ilişkin diğer Kanun ve Kararnamelerin bulunması bakımından, örnek olarak gösterebilmekteyiz[86].

Nihayet Hukuk Muhakemeleri Kanununu bakımından ise, kanun koyucu, belli bazı konular bakımından ayrıntılı bir düzenleme biçimini benimsemiştir. Nitekim bilirkişi incelemesi, zikredilen Kanunun 266 ilâ 287. maddelerinde düzenlenmektedir. Ne var ki doğrudan bilirkişi incelemesine işaret eden hükümler, bu sayılanlarla sınırlı değildir. Gerçekten de, keşif icrasına ilişkin düzenlemeler (m. 288 – 292) arasında yer alan ve "*soybağı tespiti için inceleme*" başlığını taşıyan HMK m. 292 hükmü de, genel olarak keşfe katlanma yükümlülüğü bağlamında bir konu olsa da, gerek bu soybağının tespiti için yapılacak olan kan veya doku incelemesinin, bir bilirkişi incelemesi şeklinde gerçekleşecek olması, gerek bu kan veya doku örneğinin alınmasının, aslında bilirkişinin hâkim kararıyla vücut bulacak bir yetkisi şeklinde değerlendirilebilecek olması itibariyle yine bilirkişi incelemesini doğrudan ilgilendirmektedir.

Hukuk Muhakemeleri Kanununda bilirkişi incelemesine ilişkin hükümlerin tümüne birden bakıldığı vakit, özellikle bilirkişinin sorumluluğuna ilişkin düzenlemelere, kanun koyucunun çok geniş yer verdiğini görmekteyiz. Gerçekten de, bilirkişinin Türk Ceza Kanunu bakımından kamu görevlisi niteliği vurgulandıktan sonra (m. 284), sorumluluk mekanizmasının üç maddede ele alınması uygun görülmüştür (m. 285, 286, 287). Nitekim kanun koyucunun bilirkişinin hukukî sorumluluğuna verdiği

---

[86] Nitekim bilirkişi incelemesi, delil ikamesine ilişkin fasılda, tahkikat yöntemleri arasında ele alınmakta ve "*bir teknisyen tarafından icra edilen tahkikat incelemeleri*" (*mesures d'instruction exécutée par un technicien*) başlığı altında, konuya ilişkin genel hükümler, bilirkişiliğin basit görünüm biçimleri olarak da ifade edilebilecek vakıa tespitleri ve danışman görüşü ve nihayet dar ve teknik anlamda bilirkişi incelemesine ilişkin hükümler olmak üzere (bu konudaki açıklamalarımız için bkz. aşa. *İkinci Bölüm, 2.1.1*), toplam elli üç maddede düzenlenmiş bulunmaktadır (bkz. Art. 232 – 284-1, C. pr. civ.). Öte yandan doğrudan bilirkişi incelemesini düzenlememekle birlikte, soruşturma, hâkimin kişisel belirlemeleri gibi tüm tahkikat yöntemleri bakımından genel hüküm niteliğindeki 143 ilâ 178. maddeler de bilirkişi incelemesi konusunda uygulama alanı bulmaktadır. Nitekim Fransız hukukunda tahkikat inceleme yöntemleri, hâkim tarafından yerine getirilenler ve bir teknisyen tarafından yerine getirilenler olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Hâkim tarafından yerine getirilen tahkikat inceleme yöntemleri, tahkikat inceleme yöntemleri ile bilirkişiliğe (bir teknisyen tarafından yerine getirilen tahkikat incelemelerine) ilişkin hükümler arasında düzenlenmiştir. Bunlar genel olarak hâkimin kişisel belirlemeleri (*vérifications personnelles du* juge), tarafların açıklamasına başvurulması (*comparution personnelle des parties*) ve nihayet üçüncü kişilerin açıklamalarının alınmasıdır (*recueil les déclaration des tiers*).

önem, ilgili maddeler hakkındaki gerekçelerden de anlaşılabilmektedir[87]. Bu yapı karşısında, ilgili hükümlerin, bilirkişilik faaliyetini bir düzene kavuşturmak amacını taşımakla birlikte, 1086 sayılı HUMK dönemindeki uygulamaya karşı, belli bir tepkiyi içinde barındırdığı kanaatindeyiz.

Nihayet bilirkişi incelemesi kavramı bakımından üzerinde durulabilecek olan son bir mesele, bilirkişi incelemesinin görünüm biçimleridir. Burada kısa da olsa, bu görünüm biçimleri bakımından kapsayıcı bir sınıflandırmanın söz konusu olup olamayacağını sorgulamak istiyoruz. Bazı yabancı ülke hukuklarında bilirkişiliğin değişik ayrımlara tâbi tutulduğunu görmekteyiz. Bu bağlamda özellikle Fransız ve İsviçre öğretisinde yer alan bazı çalışmalarda bilirkişilik temel olarak, bilirkişinin hâkim yahut taraflarca tayin edilmiş olmasına veya bilirkişi incelemesinin zamanına göre sınıflandırılabilmektedir[88]. Buna karşılık Türk hukukunda, bilirkişilik faaliyetini inceleme konusuna göre sınıflandıran bazı çalışmalar dışarıda tutulacak olursa[89], genel olarak bilirkişilik faaliyetinin niteliksel anlamda birbirinden farklı bir içeriğe sahip olabileceğine dikkat çekilmekle birlikte[90], şimdiye kadar kimi akademik tartışma ve tebliğler dışında bilirkişilik faaliyetinin niteliği bakımından yapılacak bir sınıflandırmanın tartışmaya açıldığından bahsetmek güçtür[91]. Bu konuda şu hususları dile getirebileceğimiz kanısındayız:

---

[87] Söz konusu gerekçeler için bkz. Budak (2012), s. 367 vd. Diğer taraftan özellikle bilirkişilerin yükümlülükleri tek tek sayılmakta (m. 275, 276, 277), bilirkişilerin tayininin kural olarak sadece adli yargı adalet komisyonu nezdinde tutulacak olan listelerden gerçekleştirileceği hükme bağlanmakta (m. 268) ve nihayet bilirkişinin tayininde Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanununun sisteminden ayrılarak bu konuda, hukukî dinlenilme hakkının gereği olarak tarafların da görüşlerinin alınması kaydıyla, söz sahibinin mahkeme olduğunun vurgulanmaktadır.

[88] Genel olarak bkz. Bettex (2006). *L'expertise judiciaire. Étude de droit fédérale et de procédure civile vaudois.* Berne: Stampfli, s. 13 vd.; C. Diaz (2008). *Le guide des expertises judiciaires.* Paris: Dalloz, n° 0.11 vd., s. 1 – 3; V. Vigneau (2008). Cas particuliers d'intervention des sachants. *Droit de l'expertise (Ed.: T. Moussa).* Paris: Dalloz, n° 212.11 vd., s. 58 vd. Ayrıca bkz. A. Garapon (ed.) (2007). Incertitude et expertise : l'expertise française sous le regard international. *Séminaire risques, assurances, responsabilités 2004 – 2005 : le traitement judiciaire de l'incertitude* http://www.courdecassation.fr/IMG/File/pdf_2007/conf_de_consensus/bibliographie/consensus_garapon_incertitude_expertise.pdf (Erişim tarihi: 21.11.2010), s. 1.

[89] Örneğin bkz. H. Köroğlu (2001). *Türk mahkemelerinde bilirkişilik ve bilirkişi kurumları.* Ankara: Seçkin Yayınları, s. 31 – 153.

[90] Örneğin bkz. Pekcanıtez, Atalay ve Özekes (2009), s. 464; Alangoya, Yıldırım ve Deren-Yıldırım (2006), s. 386; Üstündağ (2000), s. 740.

[91] Bkz. (2007). Birinci Oturum – Tartışmalar. *Medenî Usûl ve İcra – İflâs Hukukçuları Toplantısı II – III,* s. 333 vd.; M. Özekes (2008). Bilirkişinin konumu ve karşılaştırmalı bir bakış. *TMMOB Bilirkişilik Sempozuyumu'*nda sunulan bildiri (teksir hâlinde), s. 6.

Genel olarak bilirkişi incelemesinin, inceleme konusunu oluşturan meseleye, diğer bir söyleyişle, *uzmanlık dallarına* göre[92] yahut incelemeye başvurunun *ihtiyarî* veya *zorunlu* olmasına göre bir tasnife tutulması gerektiğinden söz edilebilir. Ancak bu ayrımların yeterince işlevsel olamayacağı kanısındayız[93]. Zira, *uzmanlık dallarına* göre yapılacak bir ayrım, pratik ihtiyaçlara yanıt verebilecek olsa da, bu dallar arasındaki uygulama farklılığı, her zaman bilirkişilik faaliyetinin içerik olarak birbirinden farklı olması sonucuna yol açmamaktadır. Kullanılan metotlar farklı olabilir; ancak yapılan iş temelde bir vakıayı tespit etmek yahut buna dair değerlendirmelerde bulunmak noktasında birleşmektedir[94]. *Zorunlu – ihtiyarî* bilirkişi incelemesi ayrımı da ayrıca değerlendirilmesi gereken bir meseledir. Ne var ki, bir hususun zorunlu bilirkişi incelemesine dâhil edilmesi bakımından objektif bir ölçüt bulunmamaktadır. Bu anlamda, burada bir yeknesaklıktan bahsedilemez. Nihayet bilirkişiliğin zorunlu olması, yerine getirilen incelemenin nitelik ve sonucunu değiştirmemektedir[95].

Kanımızca buradaki sınıflandırmanın, bilirkişiye tevdi edilen görevin niteliğine, görevin verildiği koşullara, yani onun zamanına ve nihayet bilirkişiye atfedilen statüye göre yapılması mümkündür[96]. Buna göre bilirkişi incelemesinin görünüm biçimlerinin, esas olarak üçlü bir ayrım altında değerlendirilebileceği kanısındayız.

Nitekim öncelikle her bilirkişi incelemesi aynı kapsam ve nitelikte değildir. Bu çerçevede bir ayrıma gidilerek, bir uzman tarafından gerçekleştirilecek vakıa tespitlerinin, bilirkişi incelemesiyle amaçlanandan farklı olduğu, bununla birlikte bilirkişi incelemesinin *geniş anlamda* bir parçasını oluşturduğu, buna karşılık bilirkişi incelemesinin kimi görünümlerinde ise, faaliyetin, farklı bir içeriğe bürünerek belli bir

---

[92] Bu anlamda tıbbî bilirkişilik, hesap bilirkişiliği, psikiyatrik bilirkişilik, kamulaştırma bilirkişiliği, imza ve yazı bilirkişiliği böyle bir ayrımın içeriğini oluşturabilir. Diğer yandan bu ayrıma paralel bir şekilde uyuşmazlık konusunun kendisinin esas alınması suretiyle de bir ayrıma gidilebilir: Kadastro davasında bilirkişilik, orman davalarında bilirkişilik, trafik kazalarından doğan davalarda bilirkişilik ve benzerleri, bu tür bir ayrım içerisinde zikredilebilecek birer bilirkişilik türü meydana getirmektedir.

[93] Benzer şekilde bkz. ve karş. Fransız hukuku bakımından benzer şekilde Conférence de consensus (2007). *L'expertise judiciaire civile.* http://www.cecaam.org/DOCUMENTS/ consensus_expertises_tc.pdf (Erişim tarihi: 17.11.2010), s. 19. İsviçre hukuku bakımından ise, J.-B. Zufferey (2008). L'expert: clé des procédures dans l'immobilier et la construction. Des catégories générales aux problèmes concrets. *CFPG, Vol. 39, Perizie guidiziarie.* Lugano: Rossa, s. 17-51, http://www.unifr.ch/droitadministratif/pdf/Expertise .pdf (Erişim tarihi: 17.11.2010), s. 21.

[94] Ancak burada vurgulanması gereken husus, bu neviden bir sınıflandırmanın, özellikle bilirkişinin faaliyet alanlarının belirlenmesinde, bilirkişinin seçimi ve tayini konusunda faydalanılacak uzmanlık dalları ve buna ilişkin bilirkişi listelerinin oluşturulmasında çok temel bir yer tutmakta olduğudur (bu konuda bkz. aşa. *İkinci Bölüm, 3.4.1*).

[95] Bu konuda bkz. aşa. *İkinci Bölüm, 1.8.2.*

[96] Bkz. ve karş. Zufferey (2008), s. 21.

takım yorum ve değerlendirmeleri içermekte olduğunu ifade edebilmekteyiz. Bazı yabancı ülke hukuklarında, pozitif düzenlemelerin konusunu oluşturan bu meseleyi, aşağıda bilirkişiye tevdi edilen görevin görünüm biçimleri etrafında ele alacağız[97].

Bilirkişi incelemesinin ikinci olarak, ona başvurma zamanına göre de ayrıma tâbi tutulabileceği görüşündeyiz. Nitekim bilirkişi incelemesine kural olarak davanın esastan görülmesi sırasında başvuruluyor olsa da, bir bilirkişiden görüş alınması, esas hakkındaki yargılamadan önce talep edilen bir geçici hukukî koruma tedbiri talebi vesilesiyle de söz konusu olabilmektedir. Yine bilirkişi incelemesine kanun yollarında, istinaf aşamasında başvurulması da mümkündür. Şüphesiz her iki aşamada da bilirkişi incelemesine bir mahkeme kararı neticesinde başvurulmakla birlikte, bunlar arasında amaç, usûl ve kapsam yönünden farklılıklar bulunmaktadır. Nitekim farklı yargısal aşamalarda bilirkişi incelemesine başvuruyu, aşağıda bilirkişi incelemesine başvuru koşulları çerçevesinde değerlendirmeye çalışacağız[98].

Nihayet sınıflandırmanın son ayağını, köklerini iki temel yargılama kültür ve sistemi, yani Kıta Avrupası ve Anglo-Amerikan hukuk sistemleri arasındaki ayrılıkta bulan mahkeme bilirkişisi – taraf bilirkişisi ayrımı meydana getirmektedir. Bu ayrımın merkezinde yer alan kavram bilirkişi olup, sınıflandırma bilirkişinin "kimin", yani hâkimin mi, yoksa tarafların mı bilirkişisi olduğuna göre gerçekleştirilebilir. Nitekim bilirkişilik faaliyetinin bu görümünü de, aşağıda bilirkişi kavramı etrafında açıklamaya çalışacağız[99].

1.2.4. Bilirkişi kavramı ve tanım

Yukarıda bilirkişi incelemesi kavramına ilişkin açıklamalarımız sırasında, bilirkişi incelemesini karakterize eden ölçütlerden ilkinin usûl, yani bir karar alma süreci,

---

[97] Bkz. aşa. *İkinci Bölüm, 2.1.2.*

[98] Bkz. aşa. *İkinci Bölüm,* özellikle, *1.9* ve *1.10.* Bu noktada bir diğer mesele bilirkişiye başvurunun bazı özel durumlara münhasır olarak bir icra takibinde, iflâs tasfiyesi yahut konkordato gibi prosedürler çerçevesinde de gündeme gelebilmekte oluşudur. Ancak bu aşamada söz konusu olabilecek bilirkişilik faaliyetleri ilk ikisinden farklı olarak kendine has bazı özellikleri bünyesinde barındırmaktadır. Bu farklılık kendisini çeşitli noktalarda göstermektedir. Her şeyden önce bilirkişi bir mahkeme değil, icra dairesi veya yerine göre takip yahut tasfiye sürecinde görevli olan organ (örneğin iflâs idaresi) tarafından tayin edilmektedir. İcra dairesi, her ne kadar burada bilirkişi görüşünü değerlendirecek olsa da, bu rapora yahut raporun alınma biçimine ilişkin olarak takibin taraflarınca ileri sürülen bir husus söz konusu olursa, bu, bilirkişiyi görevlendiren organ olan icra dairesi tarafından değil, icra mahkemesi tarafından ele alınmaktadır.

[99] Nitekim bkz. aşa. *Birinci Bölüm, 1.2.4.*

ikincisinin ise, talep (emir) olduğunu dile getirmiştik[100]. İşte yargısal karar alma süreci çerçevesinde, bilirkişi sıfatıyla kendisine başvurulan uzman, bilgi sahibi, ancak karar verme yetkisine sahip olmayan bir kimse biçiminde karşımıza çıkmaktadır. Buna karşılık hâkim bu yetkiye (*imperium*) sahiptir. Ne var ki, o da karar verilecek vakıa meselesi hakkında yeterli bilgi sahibi olmadığı gerçeğiyle karşı karşıya kaldığında, görüş almak amacıyla bir uzmana başvurmak durumundadır. Burada genel itibariyle başvurulan uzman, nesnel bir takım değerlendirme vasıtalarını sağlamaktadır[101]. Bu yapı içerisinde bilirkişiyi, "*bir kararın sorumluluğunu üzerinde taşımakta olan üçüncü bir kişinin yardımcısı"* olarak ifade etmemiz mümkündür[102].

Nitekim bu tanımı medenî usûl hukuku bağlamında açmak istediğimizde, bilirkişinin kim olduğu veya kim olması gerektiğinin, üzerinde az çok uzlaşılan meselelerden biri olduğunu görmekteyiz. Medenî usûl kanunlarında, kural olarak bilirkişinin açık bir tanımına yer verilmediğinden bilirkişi tanımlanırken çoğu kez ona verilen görevden, bir başka deyişle gerçekleştireceği incelemenin konusundan hareket edilmektedir. Farklı medenî usûl hukuku öğretilerinde ortaya konulan tanımlar arasında aşağıda dikkat çekmeye çalışacağımız bazı nüanslar haricinde ciddî bir farklılığın söz konusu olduğunu söylemek güçtür.

Örneğin, ilk olarak Türk ve İsviçre medenî usûl hukuk sistemleri bakımından bu tanımlar son derece klasik ve yerleşmiş durumdadır. Bilirkişi incelemesine başvuruyu düzenleyen, gerek Hukuk Muhakemeleri Kanununun 266[103] gerek İsviçre Federal Medenî Usûl Kanununun 183. maddelerinde[104], bilirkişi açıkça tanımlanmadığından, bilirkişi incelemesinin konusuna ilişkin olarak, geçen yüzyıldan beri değişmeyen anlayışın esas alındığını ifade edebiliriz. Buna göre bilirkişi, Kanunda kullanılan ifadelerden yola çıkıldığında en yalın hâliyle "*bir davada çözümü hâkim tarafından bilinmeyen özel ve teknik bilgiyi gerektiren hâllerde, mahkemece oy ve görüşüne başvurulan üçüncü kişi"* şeklinde tanımlanmaktadır[105]. Bu tanım aslında genel

---

[100] Bkz. *yuk. 1.2.3.*

[101] Bkz. Dumoulin (2007), s. 50.

[102] R. Castel (1998). Savoirs d'expertise et production de normes. *Normes juridiques et régulation sociale (Ed.: F. Chazel ve J. Commaile)*. Paris: L.G.D.J, s. 177'den aktaran Dumoulin (2007), s. 50.

[103] Aynı şekilde bkz. yürürlükten kalkan 1086 sayılı HUMK m. 275.

[104] Yürürlükte oldukları dönemde kantonlar nezdindeki usûl kanunları bakımından da durumun farklılık arz etmediğini söylemek mümkündür. Örneğin bkz. ve karş. Vaud için Art. 220 CPC/VD; Nöşatel için Art. 268 CPC/N; Art. 57 PCF; Friburg için Art. 249 CPC/FR.

[105] Bkz. ve karş. Kuru (2001), s. 2621, 2622; S. Tanrıver (2002). *Bilirkişinin hukukî statüsü, yükümlülükleri, yetkileri ve sorumluluğu.* Ankara: Yetkin, s. 29, 30; Postacıoğlu (1975), s. 652; İ. H.

çerçeveyi çiziyor olsa da, bilirkişi incelemesinin konusunu tam olarak ortaya koyamamaktadır.

Nitekim, diğer bazı tanımlarda inceleme konusunun, daha doğru bir ifadeyle bilirkişinin yerine getirdiği faaliyetin nitelik itibariyle üç ayrı genel görünüm biçiminin, kendisine yer bulduğunu görmekteyiz. Bilirkişi incelemesinin bu görünüm biçimleri ve bundan hareketle verilen tanımlardan esinlenmek suretiyle bilirkişinin, yerine getireceği faaliyetin en basitinden, karmaşığına doğru sırayla, *sahip olduğu özel ve teknik bilgi vasıtasıyla bir vakıayı tespit etmesi, bir vakıa meselesine ilişkin olarak hâkimde eksik olan bilgiyi sağlaması veya o vakıa meselesi hakkında inceleme ve değerlendirmelerde bulunması amacıyla kendisine başvurulan kimse* olarak tanımlamak mümkün olabilmektedir[106].

Kendi yaklaşımımızı da aktarmaya çalıştığımız bu tanımlarda, dikkat edilecek olduğu üzere, bilirkişinin içinde görev yapacağı süreçten ziyade, sağlayacağı bilginin niteliği ve o bilginin sunumu hususları ön plândadır. Nitekim farklı hukuk sistemlerinde yukarıda aktarılanlarla kural olarak aynı içerikteki tanımlarla karşılaşmaktayız. Örneğin, Fransız hukukunda da bilirkişi veya bilirkişi incelemesi Kanunda tanımlanmış

Karafakih (1952). *Hukuk muhakemeleri usûlü esasları.* Ankara: A.Ü.S.B.F., s. 210, 211, n^{o} 185; Bilge ve Önen (1978), s. 538; Kuru, Arslan ve Yılmaz (2012), s. 429; Aşçıoğlu (2001), s. 29; Arslan (1989), s. 157; S. Taşpınar (2001). Bilirkişi ücreti. *Bilirkişilik sempozyumu, 9 – 10 Kasım 2001, Samsun.* Ankara: Türkiye Barolar Birliği, ss. 347 – 394, s. 351; Deliduman (2007), s. 263.

[106] Bkz. ve karş. "*Bilirkişi, tecrübe prensipleri konusunda hâkimde eksik olan bilgiyi veren ve bu tecrübe prensiplerine dayanarak sabit bir olaydan sonuçlar çıkaran veya kendi özel bilgisine dayanarak uyuşmazlık konusu olayları tespit eden kişidir"* Pekcanıtez, Atalay ve Özekes (2010), s. 493. Karş. "*bilirkişi uzmanlık alanındaki özel bilgisiyle vakıaların mahkeme tarafından anlaşılmasını sağlayan veya mahkemenin bilgi alanına girmeyen tecrübeleri mahkemeye sunan kimsedir."* M. Guldener (1979). *Schweizerisches Zivilprozessrecht* (3. Aufl.). Zurich: Schulthess, s. 347. Karş. "*bilirkişi, sahip olduğu özel veya teknik bilgi nedeniyle hususî bir alanda vakıa tespitleri, vakıaya yönelik inceleme ve değerlendirmelerde bulunması ve daha sonra bunları kendisini tayin eden kişi veya kişilere sunması için seçilen veya görevlendirilen kimsedir."* J.-M. Cottier (1986). L'architecte comme expert, en cas de défaut de l'ouvrage. *Droit de l'architecte (Ed.: P. Tercier ve P. Gauch).* Fribourg: Fribourg University Press, ss. 363 – 374, s. 365, n^{o} 1343. Diğer taraftan Türk hukuku bakımından ayrıca bkz. ve karş. Alangoya, Yıldırım ve Deren-Yıldırım (2009), s. 358. Aynı şekilde bkz. Ansay (1960), s. 268, n^{o} 136; Üstündağ (2000), s. 740. İsviçre hukuku bakımından ayrıca bkz. ve karş. W. J. Habscheid (1981). *Droit judiciaire privé suisse.* (2^{e} éd.). Genève: s. 438; J. Castella (1992). Le juge et l'expert, Modalités de leur collaboration. *Mélanges en l'honneur de Louis Lombard.* Genève: Sociéte de contrôle fiduciaire, ss. 9 – 20, s. 11; J.-B. Zufferey (2008). L'expert: clé des procédures dans l'immobilier et la construction. Des catégories générales aux problèmes concrets. *CFPG, Vol. 39, Perizie guidiziarie.* Lugano: Rossa, ss. 17 – 51, http://www.unifr.ch/droitadministratif/pdf/ Expertise.pdf (33 s.) (Son erişim tarihi: Nisan 2011), s. 2; D. Hofmann ve C. Lüscher (2009). *Le code de procédure civile.* Bern: Staempfli, s. 95; F. Bohnet (2005). *Code de procédure civile neuchâteois commenté.* Bâle: Helbing & Lichtenhahn, s. 425, n^{o} 1; X. Koeb (2008). Spécifités de l'expert judiciaire en Suisse dans les domaines de la construction et de l'immobilier. *Revue Experts, N^{o} 81,* s. 49, n^{o} 1.1. Nitekim bu mesele esasen hâkimin bilirkişi incelemesinin kapsam ve içeriğinin belirlenmesi aşamasında kanımızca ayrı bir öneme sahiptir. Bu konuda bkz. aşa. *İkinci Bölüm, 2.1.2.2 ve takip eden alt başlıklar.*

değildir[107]. Bu hukuk sisteminde bilirkişi, genel olarak hâkimde mevcut olmayan ve hükmünü verebilmesi için zorunlu olan bilgiyi sağlaması amacıyla tahkikat incelemelerinde bulunmak üzere, gerek tarafların talebi, gerek hâkim tarafından re'sen görevlendirilen kimse, bir teknisyen şeklinde ifade edilmektedir[108].

Ancak bilirkişi hangi ayrım altında irdeleniyor veya yerine getirdiği görev nasıl nitelendiriliyor olursa olsun, bilirkişinin tanımı tüm bu usûller bakımından ortaktır. Bilirkişinin yaptığı "iş", temel olarak salt bir tespitle sınırlı kalabilmekte veya bilirkişi bu tespitin ötesine geçip bir vakıadan sonuçlar çıkarabilmektedir. Bununla birlikte incelemenin kapsam ve niteliği bakımından söz konusu olan bu farklılık, bilirkişinin kim olduğu veya taşıması gereken özellikler konusunda da temelde bir ayrılık yaratmamaktadır. Bilirkişi sıfatı, teknik, bilimsel yahut uyuşmazlık konusu ile ilişkili özel bir uzmanlığa sahip olmak etrafında biçimlenmektedir[109]. Bilirkişinin yapması gereken şey, hâkime dava hakkında karar verebilmek için gerekli olan bilgiyi sağlamak, bunların *neden* ve *nasıl* olduğunu belirtmekle sınırlıdır[110]. Nihayet bilirkişi kendisine biçilmiş olan bu rolün sınırlarını aşamaz[111].

Bilirkişinin tanımı kadar, bilirkişinin hangi nitelikleri taşıması gerektiği, konuyu ele alan yazarların önemli bir kısmı tarafından gündeme getirilen bir konudur. Nitekim konuyu açmaya çalıştığımızda, aslında "uzman" kavramının kendisinden yola çıkmamız ve bundan sonra onu yargısal faaliyetteki işlevine bağlamamız gerektiğini görmekteyiz. Bu çaba ekseninde bilirkişi geniş anlamıyla, temelde bir vakıa meselesi hakkında düşüncesini sunan, tecrübeli[112] veyahut tecrübe veya uygulamayla bir ustalık sahibi

---

[107] "*Hâkim, bir teknisyenin görüş ve bilgisine ihtiyaç duyulan bir vakıa meselesi hakkında, vakıa tespitleri (des constatations), danışman görüşü (une consultation) veyahut bir bilirkişi incelemesi (une expertise) vasıtasıyla kendisini aydınlatması aamcıyla herhangi bir kimseyi görevlendirebilir"* (C. pr. civ., art. 232).

[108] Örneğin bkz. G. Yanamadji Tolnguedji (1992). *L'expert judiciaire dans le procès civil.* Poitiers: Thèse de doctorat en droit, s. 4; P. Hertzog ve L. Retail (1951). L'expertise devant les juridictions civiles. *Principes et cadres juridiques de l'expertise judiciaire (Dir.: L. Retail).* Paris: Sirey, s. 9.

[109] Bkz. Dumoulin (2007), s. 17.

[110] A. Lorieux (1995). L'expertise et le jugement. *L'expertise (éd.: M. A. Frison-Roche ve D. Mazeaud)* Paris: Dalloz, ss. 123 – 129, s. 123; Dumoulin (2007), s. 8.

[111] Dumoulin (2007), s. 8. Bu sınırlardan kast edilen ise pek tabii ki, bilirkişinin hukukî mesele hakkında görüş bildiremeyecek olmasıdır. Bu konuyu aşağıda, bilirkişi incelemesinin konusu bakımından vakıa ile hukuk ayrımı etrafında tartışmaya çalışmaktayız. Bkz. aşa. *Birinci Bölüm, 2* ve takip eden alt başlıklarda yer alan açıklamalar.

[112] Testu (1995), s. 3; R. Encinas de Munagorri (2007). Pour une théorie juridique de l'expertise. *Revue experts. N^{o} 77,* ss. 7 – 9, s. 8, 9.

kimsedir[113]. Dikkat edilecek olursa, burada aslında ideal olan duruma işaret edilmektedir. Bu ideal durum içerisinde, bilirkişi sıfatının, kıyaslanabilir olana değil, en iyi olana ait olması gerekmektedir[114].

Nihayet Fransız hukukçu *Leclerc*'in ifadesiyle, bilirkişi tanımında iki nitelik göze çarpmaktadır: Bir taraftan, bilirkişinin sergilemekte olduğu kabiliyet pratik (uygulamalı) bir ustalıktan ileri gelmektedir. Diğer taraftan ise, bilirkişinin seferber ettiği bilgi aracısız, doğrudan bir bilgi olup, kendisine başvurulduğu an için vazgeçilmezdir[115]. İşte bu niteliklere sahip bir uzman, sahip olduğu bilgi sayesinde ayırt edilen ve seçilen kimse, pek çok alanda rol oynayabilir, görüşüne başvurulabilir; buradaki "alanın" mutlaka bir dava süreci olması gerekmemektedir.

Ancak, burada ifade edilen bu ideal durumdan daha önemli olan nokta, kanımızca, uzman ve bilirkişi kavramlarının içerdiği anlamların her zaman örtüşmesine gerek olmadığıdır[116]. Nitekim, uzman ve bilirkişi arasındaki nüansı da içerecek şekilde, esas meselenin şu olduğu düşüncesindeyiz: Hangi uzmanlık faaliyetinden yahut bilirkişilikten söz edilirse edilsin, bilirkişinin mevcudiyeti için alınacak bir karar söz konusu olmalıdır. Daha açık bir söyleyişle ortada bir karar alma süreci bulunmalıdır ki, bir bilirkişilik faaliyeti söz konusu olup da bilirkişi "o sürecin" içinde yer alabilsin. Bu anlamda, herhangi bir kimsenin sahip olduğu bilimsel veya teknik bilgi yahut doğrudan taşınan veya o kimseye atfedilen uzman sıfatı, bahsedilen kimsenin bilirkişi olması için yeterli değildir. Bilirkişi olarak adlandırılmak için, bilirkişi sıfatıyla görevlendirilmek gerekmektedir[117].

Bir üst paragrafta dile getirmeye çalıştığımız hususlarla bağlantılı bir diğer önemli mesele de şudur: Bilirkişi sıfatı, belli bir kimsenin sahip olduğu bilgi sayesinde, yine belli bir usûl çerçevesinde hâkim tarafından tayin edilmekle kazanılacağından,

---

[113] Bettex (2006), s. 5; E. Jeuland (2004). Expertise. *Dictionnaire de la justice.* Paris: PUF, ss. 503 – 510, s. 506.

[114] A. Compte-Sponville (2008). Philosophie de l'expertise. *Revue Experts.* N° 78, s. 1; Bettex, s. 5.

[115] Leclerc (2005), n° 37, s. 38.

[116] Encinas de Munagorri (2003), s. 688. Yani temel olarak bilirkişi olabilmek için uzman sıfatına sahip olmak aranan bir koşulken, her uzmanın bilirkişi olması şart değildir. Ayrıca bkz. ve karş. D. Lamethe (2009). Approches philosophique, linguistique et sociologique des experts. *Les experts: auxiliaires ou substitutes du juge? Colloque du 5 décembre 2008.* Paris: Société de législation comparé, ss. 25 – 49, s. 39. Buna karşılık İngiliz diline baktığımızda "*expert*" ile hem uzmanın, hem bilirkişinin kastedildiğini de görmekteyiz (bkz. Lamethe (2009), s. 40, 41).

[117] Bkz. ve karş. Konuralp (2007), s. 320, 321; Encinas de Munagorri ve Leclerc (2009), s. 203. Şüphesiz bu kararlar birbirinden farklı amaçlar güdebilir: Bu yerine göre bir uyuşmazlığı önleyen, hatta bir sulhu gerçekleştiren ve nihayet bir ihtilafı halleden bir karar olabilir (bkz. Encinas de Munaggori (2007), s. 8, 9; Encinas de Munagorri (2003), s. 686; Jeuland (2004), s. 506).

bilirkişiliğin bizatihi kendisi bir meslek değildir[118]. Bilirkişiliğin bir meslek olmadığı, esas itibariyle teorik bir tartışmadan öte, bilirkişilik pratiğini, hatta bilirkişilik etiğini ilgilendiren bir konudur. Nitekim yargılama süreci içerisinde "bilirkişi" olmak, bir meslek olmadığı kadar, içeriği piyasa koşullarında belirlenen bir sıfat görünümüne de bürünemez[119].

Nihayet, bilirkişi kavramı geniş anlamıyla, hâkimin sahip olmadığı ve uyuşmazlığın çözümü bakımından gerekli gördüğü teknik bilgileri kendisine sağlaması amacıyla, yargısal bir kararla tayin edilen kimselerin tümünü kapsamaktadır. Bu anlamıyla, salt teknik bir analizde bulunan kimseler değil, fakat aynı zamanda sadece bir vakıayı tespit eden veya danışmanlık yoluyla bir görüş bildiren kimseler de geniş anlamıyla bilirkişi kavramının içerisinde yer almaktadır[120].

Nitekim bilirkişi hakkında, bu yaklaşım çerçevesinde yapmış olduğumuz açıklamalar, bilirkişinin tanımının *taraflarca tayin edilen bilirkişileri* de kapsayıp kapsamadığı sorusunu tartışmamıza imkan tanımaktadır. Zira ister Anglo-Amerikan hukuk kültüründeki deyişiyle "uzman tanık", ister "taraf bilirkişisi", ister "özel bilirkişi", ister Hukuk Muhakemeleri Kanununun 293. maddesindeki ifadesiyle "uzman" şeklinde ifade edilsin, bugün artık Anglo-Amerikan hukuk geleneğinde olduğu kadar, Kıta Avrupası hukuku da, taraf bilirkişisi kavramına yabancı kalmamaktadır.

Türk hukukunun, meseleye yaklaşımı itibariyle bu konuda güzel bir örnek teşkil ettiği kanısındayız: Önceden beri, 1086 sayılı Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanununda

---

[118] L. Cadiet ve E. Jeuland (2006). *Droit judiciaire privé* (5e éd.). Paris: Litec, no 612, s. 395; S. Guinchard (1995). L'expertise judiciaire civile: L'expert, le juge et les parties. *L'expertise, (éd.: M. A. Frison-Roche ve D. Mazeaud).* Paris: Dalloz, ss. 69 – 81, s. 70. Encinas de Munagorri (2003), s. 689. Meseleye farklı açından yaklaşan *Boulez'ye* göre ise, bilirkişiliğin hem bir meslek sıfatıyla yapılmıyor oluşu, hem de bu işlev bakımından tekel niteliğinde olmama, onun mahkeme yardımcısı olarak kabul edilmesine engeldir (no 101, s. 9).

[119] Bkz. Encinas de Munagorri (2003), s. 689. Yine bilirkişi kavramının bu yönüne ilişkin olarak dile getirilen hususlar için ayrıca bkz. (2001). Toplantı tutanağı birinci oturum. "*Bilirkişi ve hakem odaları birliği" – "İstanbul'da milletlerarası tahkim merkezi kurulması" hakkında Adalet Bakanlığı tarafından hazırlanan kanun taslakları (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü'nde bu kanun taslakları hakkında 14 mayıs 2001 tarihinde yapılan toplantı).* Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, ss. 1 – 35, *M. T. Birsel'in* bu yöndeki açıklamaları için bkz. s. 5 – 7; aynı şekilde *T. Kalpsüz'ün* açıklamaları için, s. 12, 13.

[120] Yanamadji Tolnguedji (1992), s. 4. Aşağıda bilirkişi incelemesinin konusunu oluşturan özel ve teknik bilginin içeriği hakkında ayrıca duracak olmakla birlikte (bkz. aşa. *Birinci Bölüm, 2.4*), kısaca ifade etmek uygun olur ki, bilirkişi tarafından sağlanacak görüşün teknik niteliği her ne kadar ön plânda olsa da (genel olarak bkz. Leclerc (2005), no 9, s. 14, 15; Jeuland (2004), s. 504, 505; J. Boulez (2006). *Expertises judiciaires* (14e éd.). Paris: Delmas, no 101, s. 9; J. Héron ve T. Le Bars (2006). *Droit judiciaire privé* (3e éd.). Paris: Montchrestien, no 1093), bilirkişi incelemesinin her zaman bilimsel veya teknik bir bilgiyi içerme zorunluluğu bulunmayıp, her tür uzmanlığı, meslekî bilgiyi bünyesinde bulundurabilir (bkz. Jeuland (2004), s. 505).

düzenlenmiş olmamakla birlikte, Kanunda düzenlendiği şekliyle bilirkişinin, yani mahkeme bilirkişisinin dışında kalan, davadan önce veya dava sırasında taraflarca alınan ve mahkemeye sunulan raporlar yahut görüşleri karşılamak üzere, uzman görüşü (yahut uzman mütalaası) terimi kullanılagelmektedir. Nitekim bu kullanım, Hukuk Muhakemeleri Kanununda da karşılık bulmuştur. Kanun koyucu Hukuk Muhakemeleri Kanununda uzman görüşünü ayrı bir başlık altında düzenlemek suretiyle, onun mahkeme tarafından tayin edilen bilirkişiden farklı niteliğe sahip bir süje olduğuna, aynı şekilde incelemesinin ve raporunun niteliğinin de onunla aynı olmadığına işaret etmek istemiştir (bkz. m. 293).

Bununla birlikte HMK m. 293 anlamında tayin edilen uzmandan bahsederken, kavramsal olarak tercihimiz, "*uzman tanık*" yerine "*taraf bilirkişi*"sini kullanmak yönündedir. Zira uzman tanık (expet witness) kavramının altında yatan şey, Anglo-Amerikan hukuku bağlamında, sözlülük ilkesinin gereği olarak yargılamaya katılan üçüncü kişilerin beyanlarının ve bu anlamda bilirkişilerin beyanlarının, bir tanık beyanı gibi değerlendirilmesinden kaynaklanan bir hususturdur[121]. Bu itibarla buradaki esas karşıtlık kanımızca mahkeme tarafından tayin edilen bilirkişi – bir tarafın uzman tanığı değil; mahkeme tarafından tayin edilen bilirkişi – taraf bilirkişisi (yahut özel bilirkişi) arasındadır. Nitekim yukarıda da farklı hukuk sistemleri bakımından dile getirdiğimiz üzere, Kıta Avrupası hukuku bakımından çalışmamız çerçevesinde değerlendirmeye çalıştığımız yabancı ülke hukuklarında, kendi sistem ve mahkemeler uygulamaları dâhilinde söz konusu olan özel bilirkişileri veya bunlar tarafından yerine getirilen incelemeyi kastetmek üzere kullanılan terim, "uzman tanık"tan ziyade, taraf bilirkişisidir (taraf bilirkişiliği yahut özel bilirkişilik)[122].

---

[121] Bkz. Konuralp (2007), s. 352, 353.

[122] Nitekim bilirkişilik konusundaki hâkim anlayışın sonucu olarak İsviçre, Fransız ve Belçika hukuklarında mahkeme tarafından tayin edilen bilirkişinin yerine getirdiği faaliyeti ifade etmek üzere yargısal bilirkişilik (*expertise judiciaire*) terimi kullanılmaktadır. Nitekim bu terimin kullanılması sayesinde onu dava sırasında taraflarca veya dava dışında özel olarak başvurulan bilirkişi tarafından gerçekleştirilen *özel* bilirkişilikten (*expertise privée*) ayırmak da mümkün olmaktadır (genel olarak İsvçre hukuku için bkz. Bettex (2006), s. 13, 14; Castella (1992), s. 12; Belçika hukuku için bkz. O. Mignolet (2009). *L'expertise judiciaire.* Bruxelles: Bruylant, s. 39 – 41. Fransız hukuku için bkz. Leclerc (2005), s. 7 vd.). İspanyol hukukunda da bunun farklı olmadığını görmekteyiz (bkz. M. G. Castellon (2009). Indépendance et autorité de l'expert. *Expertise civile et procès équitable en Europe.* Paris: IEEE, ss. 20 – 23, s. 21). Bu çerçevede bir diğer mesele, terim bakımından uzman tanığın İngilizce karşılığı olan "expert witness"da yer alan "*expert*" sözcüğünün, bu dil bakımından hem uzman kavramına, hem bilirkişiye karşılık gelmesidir. Ne var ki Kıta Avrupası hukuku bakımından "bilirkişi (uzman) tanık" kavramıyla murat edilen şey, esas itibariyle özel ve teknik bilgiye sahip olan bir kimsenin, uyuşmazlık konusu

Nihayet *taraf bilirkişisi* nedir sorusunun yanıtını, kanımızca aslında ilk tanıma bir ekleme yapmak suretiyle vermek mümkündür: Bu da söz konusu uzmanların gerçekleştirdikleri teknik içerikteki incelemeyi yahut sağladıkları görüşü, taraflardan birinin talebi üzerine gerçekleştiriyor olmalarıdır. Hiç şüphe yok ki bu kimseler tarafından sağlanan görüşünün değeri tartışmalıdır. Nitekim bunların bağımsızlık ve tarafsızlıklarının tartışmalı olmasından doğan bu durum, aslolanın Kıta Avrupası hukuku bakımından, yargılama içerisindeki yetkilerinin kısıtlı olması sonucunu doğurabilir. Ancak burada tercih edilen sistem ne olursa olsun, bahsedilen hususlar, yani görüşün değerlendirmesinde alınan kriterler, hâkim yardımcılığı ve bu bakımdan yetkilerle donatılmak hususları ve bunların etrafında dönen tartışmalar, kanımızca taraflarca tayin edilen uzmanların da birer bilirkişi olduğu gerçeğini değiştirmemektedir.

Nitekim taraflarca tayin edilen özel bilirkişi tarafından yerine getirilen incelemenin üzerinde de ayrıca durmak gerektiği kanısındayız. Hukuk Muhakemeleri Kanununun 293. maddesinde düzenlenen uzman görüşünün bir tür "özel bilirkişilik" faaliyeti olarak yeri, kapsam ve niteliği çalışmamızın farklı başlıklarında ele alacak olduğumuz bir konudur[123]. Bu konuda şimdilik şu kadarını ifade edelim ki, uzman görüşünün alınması, bir diğer söyleyişle özel bilirkişi incelemesi, bilhassa mahkeme tarafından tayin edilen bilirkişi tarafından sunulan görüşün tartışılabilmesi açısından önemli bir katkı sağlama imkânını sunmaktadır. Bu itibarla "*geleneksel*" bilirkişi incelemesi açısından ayrı bir öneme sahip olup, temelde bundan bağımsız bir konu değildir.

Nihayet son olarak birkaç cümleyle taraf bilirkişisinin bazı yabancı ülke hukuklarındaki yeri üzerinde duracak olursak, ilk olarak İsviçre hukukunda taraf bilirkişisi kavramı bilinmekte ve uygulama alanı bulmaktadır[124]. Bu sistem dâhilinde de, gerek bir bilirkişiden görüş almak konusundaki tercih gerek bilirkişinin seçimi, tamamen ilgili tarafın kendi inisiyatifinde olan bir hususdur[125]. Kendi tayin edeceği bir bilirkişiden görüş almak isteyen taraf, bunu davadan önce veya davanın açılmasından

---

vakıaya aynı zamanda tanık olmuş olmasıdır ki, bu meseleyi aşağıda bilirkişinin ayırt edici özellikleri bağlamında değerlendirmekteyiz (bkz. aşa. *Birinci Bölüm, 1.3.2.1*).

[123] Nitekim taraf bilirkişisinin hukukî niteliği konusunda bkz. aşa. *Birinci Bölüm, 1.3.2.2.* Taraf bilirkişisi tarafından sağlanan görüşün hükümdeki yeri ve değeri konusunda bkz. aşa. *Üçüncü Bölüm, 2.4.2.*

[124] Genel olarak bkz. Castella (1992), s. 12; Bettex (2006), s. 14; Koeb (2008), s. 3; Hohl (2001), C. I, s. 198, n^{o} 1051 vd.

[125] Ayrıca bkz. Zufferey (2008), s. 5.

sonra gerçekleştirebilmekte, bunun için mahkemenin ayrıca iznine ihtiyaç bulunmamaktadır. Nitekim, taraf bilirkişisi taraflardan biri tarafından olduğu kadar, her iki tarafça ortak olarak da tayin edilebilmektedir[126].

İsviçre Federal Medenî Usûl Kanununun, gerek Ön Tasarısı gerek Haziran 2008 tarihli Tasarısında, federal kanun koyucu taraf bilirkişiliğine yer vermiştir (AP/CPC Suisse, art. 182; P/CPC Suisse, art. 185a). Ne var ki, daha sonra projenin incelenmesi sürecinde, özellikle Kantonlar tarafından getirilen eleştiriler sonucunda bu hükmün Kanuna alınmasından vazgeçilmiştir[127]. Bu olumsuz tercihte taraf bilirkişiliğine genel olarak bir taraf beyanı, bir iddia vasfının tanınmakta olmasının da etkisi bulunmaktadır[128]. Bununla birlikte, taraf bilirkişiliği müessesesi bir ispat aracı olarak düzenlenmiş olmasa da, bu durum onun yasaklandığı anlamına da gelmemektedir[129].

Öte yandan Fransız hukukunda, taraf bilirkişisinin çeşitli görünüm biçimleri bulunmaktadır. Bunlardan ilki Türk hukukunda doğrudan uzman görüşüne karşılık gelen gayrıresmî bilirkişilik (*expertise officieuse*), diğeri ise, dostane bilirkişilik (*expertise amiable*) biçiminde ifade edebileceğimiz yöntemler çerçevesinde başvurulan bilirkişi incelemesidir. Gayrıresmî bilirkişilikte, uzmanın taraflardan biri mucibince görevlendirilmesi söz konusudur. Bu görevlendirme, davadan önce bir rapor istenmesi biçiminde olabileceği gibi, görülmekte olan bir dava sırasında da, teknik bir yardım alınması amacıyla da gerçekleştirilebilmektedir[130]. *Dostane bilirkişilik* müessesesiyle

---

[126] Castella (1992), s. 12 vd. Elbette bu yaklaşım zaman içerisinde bugünkü durumuna gelmiştir. Örneğin Friburg İstinaf Mahkemesinin 1973 yılında verdiği bir kararda, taraflardan birine teknik görüş veren mimarların ne tanık, ne bilirkişi niteliğine sahip oldukları ifade edilmektedir (bkz. CA, 19.9.1973 (FR), *RFJ,* 1973, s. 76).

[127] Bkz. Hofmann ve Lüscher (2009), s. 97; Lukic (2008), s. 6933; Bohnet (2008), s. 68.

[128] Bohnet (2008), s. 68.

[129] Taraflar, üçüncü kişi tarafından bir vakıa hakkında yapılmış bulunan incelemeyi, bir belge sıfatıyla mahkemeye ibraz edebilirler (CPC Suisse, art. 177). Bu şekilde ibraz edilmiş olan bir belge tarafça ileri sürülen iddia niteliğinde, bu iddiaların kabul edilebilirlik koşulları çerçevesinde geçerli olmaya devam etmektedir. Buradaki mesele, bu tür bir bilirkişi incelemesinin, yargısal temel hakların ve özellikle hukukî dinlenilme hakkının unsurlarının inceleme sırasında gözetilmiyor olması ve zaten niteliği gereği, buna da gerek olmaması açısından mahkeme tarafından tayin edilen bilirkişinin yerine getireceği incelemeden ayrılmaktadır (bkz. Hofmann ve Lüscher (2009), s. 98).

[130] Genel olarak bkz. M. Redon (2011). Mesures d'instruction confiées à un technicien. *Rép. pr. civ. Dalloz,* n° 17, s. 7; R. Genin-Méric (1995). Mesures d'instruction exécutées par un technicien. Les trois modalités de l'intervention du technicien. *JurisClasseur Procédure civile.* Fasc. 662, n° 54, s. 10; V. Vigneau (2008). Cas particuliers d'intervention des sachants. *Droit de l'expertise (Dir.: T. Moussa).* Paris: Dalloz, ss. 58 – 65, n° 212.11, s. 58, 59. Görevlendirilen bu kimse, aynen HMK m. 293'te yer verilen uzman gibi, mahkeme tarafından tayin edilen bilirkişinin raporuna karşı kendi teknik raporunu hazırlar ve bu rapor mahkemeye sunulur (Vigneau (2008), n° 212.11, s. 58, 59). Ancak bu teknik yardımcının (*assistant technique*), HMK m. 293'te yer verilen uzmandan önemli bir farkı, kendisine taraf vekili ile birlikte, bilirkişi tarafından yerine getirilen faaliyete iştirak etme ve bilirkişiye soru yöneltme hakkının tanınıyor olmasıdır (bkz. C.pr.civ., art. 161, al. 1) (bkz. Redon (2010), n° 17, s. 7).

murat edilen ise, özel bilirkişinin veya bilirkişilerin her iki tarafın ortak kararıyla seçilmesidir[131]. Bu müessese ilk bakışta hakem-bilirkişiliğe benzer bir görünüm arz etmektedir. Ancak ondan farklı yönü, tarafların kural olarak, dostane bilirkişinin sunduğu görüşle bağlı olmamalarıdır. Bununla birlikte taraflar, dostane bilirkişiliğe ilişkin olarak aralarında yapmış oldukları sözleşmeye bağlayıcılığa ilişkin bir şart koyabilirler[132]. Diğer yandan dostane bilirkişinin, mahkeme tarafından tayin edilen bilirkişi gibi tarafların hukukî dinlenilme hakkına[133] riayet etmesi gerekmektedir[134].

Nihayet İtalyan hukukunda ise, birebir çevirisiyle "resmi teknik danışmanlar"ın (*consulenta tecnico d'ufficio*) yanında yer alan taraf bilirkişileri, "tarafların teknik danışmanları" (*consulenta tecnico di parte*) şeklinde adlandırılmakta ve bir arada bulunmaktadır.

1.3. Bilirkişinin ve Bilirkişi İncelemesinin Hukukî Niteliği

1.3.1. Genel olarak

Yukarıda bilirkişi kavramı üzerinde dururken de ifade ettiğimiz gibi, bilirkişi incelemesinin genellikle bilirkişi kavramının merkez alınarak incelemeye tâbi tutulması, bilirkişi incelemesinin hukukî niteliğinin tespitinde de etkisini göstermektedir. Türk hukukunda pek çok yazar meseleye bu çerçeveden yaklaşmakta ve konuyu ilk etapta bilirkişinin bir delil mi, yoksa bir hâkim yardımcısı mı olduğu ikilemi içerisinde tartışmaktadır[135].

Oysa, bilirkişinin "hâkim yardımcısı" olarak kabulü ile yerine getirdiği incelemenin ve sunulan görüşün hukukî niteliği, birbirinden farklı konulardır. Bu itibarla aşağıda ikili bir ayrımda bulunarak önce bilirkişinin niteliği ve ayırt edici özellikleri ile bu çerçevede tartışılan diğer bazı kavramlar üzerinde duracağız[136]. Daha

---

[131] Redon (2010), n° 20, s. 7 vd.; Genin-Méric (1995), n° 54, s. 10.
[132] Bkz. Redon (2010), n° 21 ilâ 24, s. 8.
[133] Fransız hukuku bakımından ifade ediliş biçimiyle vicahî yargılama ilkesine (*Principe du contradictoire)*.
[134] Cass. Civ., 1er, 11.3.2003, n° 01-01.430 (zikreden Vigneau (2008), n° 212.12, s. 59, dn. 5.
[135] Örneğin bkz. ve karş. Tanverdi (1991), s. 30; Arslan (1989), s. 164; Önder (1968), s. 524; Yıldırım (2004), s. 834. Bu ikilem bazı yabancı hukuklarda da karşımıza çıkmaktadır. Örneğin İspanyol hukuku bakımından bkz. Castello (2009), s. 21.
[136] Bkz. aşa. *Birinci Bölüm, 1.3.2.*

sonra ise, meseleyi bilirkişi incelemesinin kendisi ve bu inceleme neticesinde sunulan görüş bakımından ele almaya çalışacağız[137].

1.3.2. Bilirkişinin hukukî niteliği

1.3.2.1. Genel olarak mahkeme tarafından tayin edilen bilirkişinin hukukî niteliği

Bilirkişi, genel olarak, adlî kamu hizmetine katkı sağlayan bir üçüncü kişi, bir tür adalet yardımcısı; yaptığı işin niteliği gereği, özel olarak bir hâkim yardımcısıdır. Ona atfedilen bu nitelik, pek çok yabancı ülke hukuku bakımından açık şekilde ifade edildiği kadar[138], Türk hukukunda da çok önceden beri dile getirilen bir husustur[139]. Bir dönem bilirkişi – hâkim arasındaki ilişkinin bir vekâlet ilişkisi olduğu görüşü dile getirilmiş, ancak 20. Yüzyılın ortalarına doğru hâkim yardımcısı fikri yerleşmeye başlamıştır[140]. Öte yandan bilirkişiyi nitelendirmek bakımından *hâkime yardımcı olan* gibi ifadeler

---

[137] Bkz. aşa. *Birinci Bölüm, 1.3.3.*

[138] Örneğin bkz. Fransız hukuku bakımından J. Carbonnier (1962). *Droit civil. T. I. Introduction à l'étude du droit et droit des personnes.* Paris: PUF, s. 74; Mestre (1937), s. 4; Motulsky (1969), s. 13; Savatier (1967), n° 175, s. 245. "*Bilirkişi hâkimin hizmetindedir. Hâkimin temsilcisi değil, onun "teknik yardımcısıdır".* M. Caratini (1984). De quelques propositions tendant à l'améliorer l'expertise judiciaire. *Gaz. Pal.,* doctr., s. 219. Ayrıca bkz. R. Genine-Méric (1995). Mesures d'instruction exécutées par un technicien. Intervention du technicien dans l'instruction du litige. *JurisClasseur Procédure civile. Fasc. 660,* n° 6, s. 4; V. Perruchot-Triboulet (2005). Le nouveau statut des experts judiciaires. *Recueil Dalloz,* s. 3045 *(www.dalloz.fr).* Hatta İtalyan hukukunda, İtayan Medenî Usûl Kanununun Birinci Kitabının Üçüncü Başlığı, "*Bilirkişiler (teknik danışmanlar – consulenti tecnico), adli muhafizlar ve diğer adlî yardımcılar"*dır. İsviçre hukuku bakımından Bettex (2006), s. 76; J. O. Piguet (2011). Le choix de l'expert et sa récusation: le cas particulier des assurances sociales. *REAS,* ss. 127 – 138, s. 128; Bovey (2011) s. 97. Ayrıca bkz. ATF 127 I 73 consid. 3f/bb (Bettex (2006), s. 76; TF 4A_478/2008, 16.12.2008, consid. 4.1 (nakleden Hofmann ve Luescher (2009), s. 95). Alman hukuku bakımından bkz. F. Baab (2007). L'expertise judiciaire civile en droit allemand. *Conférences de consensus sur l'expertise judiciaire civile http://www.courdecassation.fr/ colloques_activites_ formation_4/2007_2254/ civile_droit_10910. html (son erişim: 1.9. 2012),* s. 4; Pinchon (2002), s. 15.

[139] Genel olarak bkz. ve karş. Karafakih (1952), s. 212; Yıldırım (2004), s. 835, 836; Aşçıoğlu (2001), s. 29. Aksi yönde Üstündağ (2000), s. 742, 743. Ayrıca karş. Tanrıver (2002), s. 44. Yazar bilirkişinin statüsünü *kamu görevi yapan bir kamu görevlisi genel çerçevede de resmî kimliği bulunan bir görevli* biçiminde değerlendirmektedir

[140] Bu konuda bkz. L. Retail (1954). *Code annoté de l'experstise et de l'arbitrage.* Paris: Sirey, s. 5, dn. 8. Nitekim Nancy İstinaf Mahkemesinin 19. Yüzyılın sonlarında vermiş olduğu bir kararda bilirkişi "*sıradan bir vekil,* (ve bu görevin) *vekil olabilecek herhangi bir kimseye tevdi edilebil*(eceği)" ifade edilmektedir (CA Nancy, 9.2.1886, *D. 1887,* 2, 25. Zikreden Leclerc (2005), n° 394, s. 303, dn. 144). Hâkim yardımcısı kavramını Fransız hukukunda ilk kullanan yazar *Mestre'*dir (1937), s. 1 vd. Nitekim ayrıca bkz. Leclerc (2005), n° 396, s. 305.

kullanılsa da[141], bu terimler arasında murat edilen husus bakımından bir faklılık yoktur. Bununla birlikte *hâkim yardımcısı* teriminin Türk öğretisinde özellikle son yirmi yıllık süreç içerisinde yerleştiğini söylememiz mümkündür[142].

Bilirkişiyi bir hâkim yardımcısı olarak kabul etmeye götüren iki temel gerekçe bulunmaktadır. Bunlardan ilki, bilirkişi incelemesinin hâkimin re'sen başvurabildiği bir yöntem olması, ikincisi ise bilirkişi incelemesinin, bir diğer deyişle genel itibariyle bilirkişi tarafından yerine getirilen faaliyetin işlevidir[143]. İfade edilen bu hususlar çerçevesinde bilirkişi, vakıa meselesinin taşımakta olduğu özellikten kaynaklanan zorunluluk neticesinde, hâkimin bir yardımcısı, hatta bir tür çalışma arkadaşı işlevini üstlenmektedir[144]. Bu, kendisini özellikle tahkikat çerçevesinde gerçekleştirilen işlemlere bilirkişinin katılmasıyla göstermekte ve bilirkişi bir tür mahkemeye yardımcı organ biçimine bürünmektedir[145]. Gerek bilirkişinin bu görünüm biçimi gerek yerine getirilen faaliyetin niteliği gereği, aşağıda ayrıca açıklamalarda bulunacağımız üzere, bilirkişinin tarafların vekili veya bir tür taraf delili (pek tabii ki sunduğu rapor bakımından) olduğu yönündeki görüş, kanımızca eski anlamını yitirmiştir[146].

Ne var ki, bu noktada iki husus ön plâna çıkmaktadır. Bunlardan ilki, bizzat "hâkim" veya "mahkeme yardımcısı"nın kendisinin Türk hukuku bakımından içerik ve sınırları bakımından net bir kavram olmayışıdır. İkincisi ise, hiç şüphe yok ki, bilirkişinin ne tür bir hâkim yardımcısı olduğudur:

---

[141] Arslan (1989), s. 157. Onu takiben Aşçıoğlu (2001), s. 29. Ayrıca bkz. Deliduman (2007), s. 265; Ulukapı (2001), s. 292.

[142] Yargıtayın açıkça bu terimi kullanmamakla birlikte, bilirkişinin hâkime yardımcı olma niteliğine işaret eden kararları bulunmaktadır. Örneğin yakın tarihli bir kararda dile getirildiği gibi, *"...tayin olunan bilirkişinin kendi uzmanlığı ile ilgili alanda hakime yardımcı olması asıldır..."* bkz. 13. HD, 11.1.2012, 328/47 (*LegalBank*). *Aşçıoğlu,* hâkime yardımcı olan kişi yerine, hâkim yardımcısı teriminin kullanılmasını sakıncalı görmektedir. Yazara göre, bu tür bir nitelendirme yargı yetkisinin devredilemeyeceğine işaret eden Anayasanın 9. madde hükmüne aykırıdır. Ne var ki, burada yazarın "hâkime yardımcı olan kişi" ifadesini, bilirkişiye daimi bir nitelik vermekten kaçınmak, onun geçiciliği ve istisnailiğine işaret etmek amacıyla kullandığını düşünsek dahi, kanımızca yetki devri riski, ister genel geçer bir nitelik atfedilsin, ister edilmesin her zaman söz konusu olup, bu kullanılan kavrama bağlı bir husus olmadığı düşüncesindeyiz. Kaldı ki, takip eden paragraflarda da açıklamaya çalışığımız üzere, bilirkişinin hâkim yardımcısı olma vasfı, yerine getirilen faaliyete işaret etmekte olup, zaten görevlendirilmesindeki usûl ve diğer hususlardan kaynaklı olarak, *geçici* bir hâkim yardımcısı konumundadır.

[143] Ayrıca bkz. Leclerc (2005), n° 393 vd., s. 302; Arslan (1989), s. 157, dn. 2.

[144] İsviçre hukuku bakımından Castella (1992), s. 11. Fransız hukuku bakımından Leclerc (2005), n° 393, s. 302; M. Caratini (1985). Experts et expertise dans la légistalion française. *Gaz. Pal.,* 22.1, doctr., s. 43.

[145] Castella (1992), s. 11.

[146] Fransız hukuku bakımından ayrıca bkz. ve karş. R. Genine-Méric (1995a). Mesures d'instruction exécutées par un technicien. Eléments d'un statut du technicien auxiliaire du juge. *JurisClasseur Procédure civile. Fasc. 661,* n° 2, s. 2, 3.

Hâkim yardımcısı kavramının kullanılması bakımından esas sorun, Türk hukukunda bu kavramın, genel bir düzenlemenin konusunu oluşturmamasıdır. Onun pozitif bir karşılıktan yoksun olması ve bu çerçevede bir sınıflandırmanın bulunmayışı, bir tür hâkim yardımcısı olarak kabul ettiğimiz bilirkişinin, hâkim yardımcılığı kavramı içerisindeki konumunu belirginleştirmeyi veyahut diğer hâkim yardımcılarından ayırt edici özelliklerini vurgulamayı da belli ölçüde zorlaştırmaktadır. Bu açıdan kanımızca ilk olarak hâkim yardımcısı kavramının kendisi üzerinde durmak gerekmektedir. Nitekim hâkim veya daha geniş çerçevede mahkeme yahut adalet yardımcısı kavramı ile murat edilen şey, temelde, hâkim olmayan ve fakat adlî kamu hizmetine doğrudan veya dolaylı olarak iştirak eden, bu faaliyetleriyle mahkemeye ve taraflara katkı sağlayan kimselerdir[147].

Elbette bu tanım son derece geniş bir grubu kapsamaktadır. Örneğin bu kavramın yerleşmiş olduğu Fransız hukukunda, avukatlar, mahkeme yazı işleri görevlileri (*huissiers*), hatta noterler genel itibariyle birer adalet yardımcısı olarak kabul edilmektedir[148]. Nitekim özellikle mahkeme görevlileri bu sistemde bir hâkim yardımcısı olarak vakıa tespitlerinde bulunmak da dâhil olmak üzere önemli görevler üstlenmektedir[149]. Benzer düzenlemelere Alman hukukunda da rastlamaktayız[150].

Burada hâkim yardımcılığı müessesesinin üzerinde ayrıntılı şekilde durmayacak olmakla birlikte[151], konumuz açısından önemli olan, bilirkişilerin, diğer adalet yardımcılarından ayırt edici özellikleridir. Nitekim, bilirkişi, mahkemeye sunduğu yardımı *dışarıdan* sağlamaktadır. Yerine getirdiği faaliyetin süreklilik arz etmemesi

---

[147] Genel olarak bkz. R. Perrot (2004). *Institutions judiciairies (11e éd.).* Paris: Montchrestien, no 402 vd.; Bourgeois, Julien ve Zavaro (1999), no 23, s. 31 vd.; Cornu (2009), Leclerc (2005), no 396, s. 306. Nitekim meslekten hukukçu olmayan uzmanların, mahkemede görev yapması, burada dile getirmekte olduğumuz hâkim yardımcılığı kavramından ayrı bir yerde durmaktadır. Bu konudaki açıklamalarımız için bkz. aşa. *İkinci Bölüm, 1.7.*

[148] Ayrıca bkz. Mestre (1937), s. 4. Yine Fransız hukukunda üçlü bir ayrım söz konusudur. Bu ise hâkim yardımcıları taraflarca sağlanan ve kamu görevlisi (Adalet Bakanlığı) olan yahut olmayan biçimindedir. Bkz. Perrot (2004), no 402; J. Vincent, S. Guinchard, G. Montagner ve A. Varinard (2003). *Institutions judiciaires (7e éd.).* Paris: Dalloz, no 555; Leclerc (2005), no 396, s. 306.

[149] Genel olarak bkz. S. Abbou ve B. Nicod (2004). Huissier de justice. *Rep. pr. civ. Dalloz,* no 237, s. 26 vd. Son ifade ettiğimiz mesele bakımından ise ayrıca bkz. aşa. *İkinci Bölüm, 2.1.1.2.*

[150] Özellikle bkz. N. Meriç (2012). Alman hâkim yardımcılığı kanunu. *MİHDER,* C. 7, S. 20, ss. 13 – 42, s. 14 vd.

[151] Ancak şunu da ifade etmek isteriz ki mesele, Türk hukuku bakımından özellikle, hukukî konularda bilirkişi incelemesine gidilmesi yönündeki eğilimin önüne geçilebilmesi açısından ayrıca tartışılması gereken bir konudur. Bkz. aşa. *Birinci Bölüm, 2.3.2.4.*

karşısında, bilirkişi, adli kamu hizmetine *geçici* olarak iştirak eden ve fakat yargısal bir faaliyet gerçekleştirmeyen kimse şeklinde ifade edilmektedir[152].

Gerçekten de, diğer hâkim ve daha geniş olarak adalet yardımcılarıyla karşılaştırıldığı vakit, bilirkişinin görevinin devamlılığı, önemli bir farklılıktır. Bilirkişi, ister bir listeye kayıtlı olsun ister liste dışından tayin edilsin, sahip olduğu bu sıfatı sadece görevi boyunca taşır. Bu itibarla bilirkişi, *geçici* bir hâkim (mahkeme) yardımcısıdır[153]. Örneğin, Türk hukuku bakımından, bilirkişi dışında bir mahkeme nezdinde görev yapan uzmanlardan bahsetmek istediğimizde, aile mahkemeleri uygulamasında karşımıza çıkan, pedagog, psikolog ve sosyal çalışmacıları örnek göstermemiz mümkündür. Söz konusu uzmanlar, kendilerine tevdi edilen görev çerçevesinde bir inceleme gerçekleştirebilmekte ve benzer bir takım görevleri üstlenebilmektedir. Bu yönüyle, bahsedilen uzmanların işlevsel bakımdan, bilirkişiye benzer bir görev üstlendiklerini ifade etmek mümkün olabilir[154]. Hatta söz konusu uzmanlar ile bilirkişi arasındaki sınır kimi zaman bunların atanması usûlü itibariyle belirsizleşebilmektedir[155]. Ancak Aile Mahkemeleri Kanunu'nun 5. maddesi, bu kimselerin kural olarak, belli koşullara sahip kimseler arasından seçilerek, daimi şekilde görev yapacaklarını düzenlemektedir. Bilirkişi bakımından ise böyle bir süreklilikten bahsedilemez[156].

---

[152] Bkz. G. Roussel ve P. Hertzog (1955). *Le traité-formulaire de l'expertise judiciaire (7e éd.).* Paris: Librairies techniques, s. 15; D. Garreau (1988). L'expert judiciairie et le service public de la justice. *D., chron.,* s. 88; Leclerc (2005), n° 396, s. 306; Bourgeois, Julien ve Zavaro (1999), n° 39, s. 26; Genine-Méric (1995a), n° 2, s. 3).

[153] Bourgeois, Julien ve Zavaro (1999), n° 42, s. 31; Genine-Méric (1995), n° 134, s. 22.

[154] Bu yönde bkz. S. Baktır (2003). *Aile mahkemeleri.* Ankara: Yetkin, s. 68.

[155] Burada eklemek gerekir ki, mahkemelerde bu kimselerin atanmaması yahut öngörülen uzmanlık dalından başka bir alanda uzmana ihtiyaç duyulması hâlinde, bir kamu kuruluşunda çalışan veyahut serbest meslek icra eden bir kimseden yararlanılması mümkündür (AMK m. 5). Bu faraziyede bahsedilen kimselerin tayini, bilirkişi incelemesine ilişkin hükümler dairesinde gerçekleştirilmektedir. Son dile getirilen husus bakımından bkz. Baktır (2003), s. 60. Ayrıca bkz. İ. Ercan (2007). Aile mahkemesinde uyuşmazlıkların sulh yoluyla çözümlenmesi. *Prof. Dr. Yavuz Alangoya için armağan.* İstanbul: Alkım, ss. 63 – 102, s. 92. Öte yandan bkz. ve karş. Çocuk mahkemeleriyle ilgili olarak ÇMK m. 30, 4 ve 5. Bu hüküm uyarınca çocuk mahkemeleri nezdinde görev yapan bir uzmanın bulunamaması hâlinde, sosyal hizmet kurumlarında faaliyet gösteren resmi veya gönüllü kurumlar görevlendirilebilecek kimselerin bir listesini vermektedir. Mahkeme bunları inceledikten sonra listeye kaydetmektedir (bkz. Bourgeois, Julien ve Zavaro (1999), n° 42, s. 31. Bu yönde Paris İstinaf Mahkemesinin bir kararı için ayrıca bkz. CA Paris, 10.10.1977, *D.* 1978, s. 410. Zikreden Genine-Méric (1995a), n° 1, s. 2).

[156] Bununla birlikte, meseleyi bilirkişilik faaliyetinin süreklilik arz etmesinden ayırmak gerekmektedir. Nitekim öğretide *Tanrıver'in* dile getirdiği üzere, bilirkişilik görevi, süreklilik arz eden bir husustur. Bu durum, görevin kamusal niteliğinden kaynaklanmaktadır. Açıklamalar için bkz. Tanrıver (2002), s. 35 vd.

Bilirkişiliğin hâkim yardımcısı olma vasfını geçici olarak sağlaması, onun bir meslek olmayışıyla da ilgilidir[157]. Gerçekten de bilirkişi, taşıdığı sıfatı, bir diploma, mesleki tecrübe yahut herhangi diğer bir özellik nedeniyle kazanmamaktadır. Sayılan bu nitelikler, sahibine esas itibariyle bir *uzman* sıfatını bahşetmektedir. Bu anlamda, bir listeye kayıtlı olmak dahi, kayıtlı olan kimseye doğrudan bir bilirkişi statüsü sağlamamaktadır[158]. Nitekim bilirkişi, yargısal bakımdan, yalnızca ve yalnızca, ihtiyaç duyulan vakıa meselesi nedeniyle bahsedilen uzmana mahkeme tarafından başvurulmasıyla kazanılan bir niteliktir. Bu husus, HMK Bilirkişi Yönetmeliğinden de anlaşılabilmektedir[159].

Diğer yandan, bilirkişinin hâkim (mahkeme) yardımcılığı niteliğinin, listede kayıtlı olduğu süreden bağımsız, geçici bir karakter taşıması ve bu çerçevede onun diğer hâkim yardımcılarından ayrılması, kamusal bir görevi yerine getirmenin sonuçlarının da, görevi sürdüğü müddetçe doğmasına yol açmaktadır[160]. Nitekim, bilirkişinin yerine getirdiği görev itibariyle kamu görevlisi olduğu, Türk Ceza Kanununda da vurgulanmaktadır (bkz. m. 284)[161]. Hatta Fransız hukukunda, bu geçiciliğin bir sonucu olarak, hâkim yardımcılarının taraf olduğu davalarda, bu kimselerin faaliyetlerini icra ettikleri yer mahkemesinin de yetkili olduğu yönündeki hükmün (C.pr.civ, art. 47), bilirkişiler bakımından uygulanmayacağı kabul edilmektedir[162].

Nihayet, bilirkişinin geçici bir hâkim yardımcısı olması, onun hâkimle olan ilişkisi kadar, diğer hâkim yardımcılarıyla, taraflarla ve onların vekilleriyle olan ilişki bakımından da kendisini göstermektedir. Burada özellikle bilirkişilik etiğine ilişkin kurallar gündeme gelmektedir. Bu faslı aşağıda ayrı bir başlık altında ele almayı uygun

---

[157] Bourgeois, Julien ve Zavaro (1999), n° 42, s. 31.

[158] Meselenin bu yönüyle de ayrıca tartışılması mümkündür. Bir listeye kaydolmanın sonuçları bakımından ayrıca bkz. aşa. *İkinci Bölüm, 2.2.3.1.*

[159] HMK Bilirkişi Yönetmeliğinin 4. Maddesinde yer alan bilirkişi tanımının da bu yönde olduğunu ifade edebiliriz: "*Bilirkişi, çözümü; uzmanlığı, özel veye teknik bilgiyi gerektiren hallerde, oy ve görüşünü sözlü ya da yazılı olarak vermesi için başvurulan gerçek kişi veya kuruluşları...*"

[160] Onun hâkim yardımcılığının geçici nitelikte olması, nitelik üzerinde yaşanacak tereddütlerin de giderilmesi bakımından anlamlıdır. Örneğin, öğretide *Taşpınar,* bilirkişinin bir hâkim yardımcısı olarak kabulü hâlinde, bu yaklaşımın onu mahkemenin daimi bir oganı durumuna getireceği, bunun ise, yasal hâkim ilkesiyle bağdaşmayacağı gibi, hâkimler üzerinde kontrol edilemeyecek gizli bir etki yaratacağı görüşündedir. Bu itibarla yazar, bilirkişinin bağımsız bir dava süjesi olarak düzenlenmesi gerektiği fikrindedir (bkz. S. Taşpınar (2001). Bilirkişi ücreti. *Bilirkişilik sempozyumu, Samsun, 9-10 Kasım 2001.* Ankara: TBB Yayınları, ss. 347 – 394, s. 355, 356).

[161] Bu konudaki açıklama ve değerlendirmeler için ayrıca bkz. Tanrıver (2002), s. 37 vd.

[162] Bkz. Bourgeois, Julien ve Zavaro (1999), n° 42, s. 31. Bu yönde Paris İstinaf Mahkemesinin bir kararı için ayrıca bkz. CA Paris, 10.10.1977, *D.* 1978, s. 410. Zikreden Genine-Méric (1995a), n° 1, s. 2.

görmekteyiz[163]. Buna karşılık şu an için, hâkim ile bilirkişi arasındaki ilişki üzerinde kısa da olsa durmak istiyoruz:

Bilirkişi, varoluş sebebini, bir görüş sunduğu ve yardımcı olduğu otoritede, yani hâkimde bulmaktadır. Burada hâkimin özel ve teknik bilgiye ihtiyaç duyması ve bu bilginin uyuşmazlığın çözümünde belirleyici bir niteliğe sahip olması, durumu değiştirmemektedir[164]. Hâkimin, bilirkişiye karşı bir "otoriteye" sahip oluşu, görevin kamusal karakterinin bir gereğidir[165]. Nihayetinde bilirkişi, bir hâkim yardımcısı olarak, uzmanlık bilgisine sahip olmayan hâkim için, ister bir vakıa tespiti ister bu vakıaları değerlendirmek ve sonuçlar çıkarmakla görevlendirilsin, bu yetki özünde hâkime aittir[166].

Öte yandan bu noktada tartışılması gereken bir diğer meselenin hâkim ve bilirkişi arasında olması gereken işbirliği olduğu kanısındayız. Gerçekten de, bilimsel gelişmenin geldiği noktada, ne bilimin kendisi bir kesinlik iddiasında bulunabilecek ne de hâkimler, hukuk dışı bilimsel, teknik veya özel bilgiye sahip olmakla yükümlü tutulabilecektir. Bu yüzden, bilirkişi ve hâkimin işlevsel bakımdan birbirini tamamladığını ifade etmek mümkündür[167]. Bu durum karşısında, bilirkişi ile hâkim arasında işbirliği ihtiyacı doğmaktadır. Öte yandan bilirkişi "hâkimin gözüdür" ifadesi, bilirkişiyi hâkim ile yakınlaştırmaktadır[168]. Ancak bu işbirliğinde dahi işin özü aynı

---

[163] Bilirkişinin bağımsızlığı, tarafsızlığı ve uyması gereken diğer etik kurallar hakkındaki açıklamalarımız için bkz. Aşa. *Üçüncü Bölüm, 1.2.1.2.*

[164] Nihayetinde bilirkişinin işlevi, hâkime bir bilgi aktarmak, ona yardım etmektir. Buna karşılık hâkimin işlevi ise, bir karar vermektir. Bu bağlamda hâkim hukuku bildirmekle yükümlü olduğu gibi, aynı zamanda emretme (*imperium*) yetkisine de sahiptir. Bkz. Munagorri ve Leclerc (2010), s. 210. Ayrıca bkz. Arslan (1989), s. 157.

[165] Frison-Roche (1995), s. 103; Guinchard (1995), s. 72. Öyle ki bu yapı, bilirkişi incelemesinin başından sonuna kadar kendisini göstermektedir. Nitekim daha önce de ifade ettiğimiz gibi, bilirkişi incelemesinin hükümde belirleyici bir etkisinin bulunması, bilirkişi raporunun hâkimi bağlaması nedeniyle değil, bilirkişinin uzmanlık bilgisi nedeniyledir (ayrıca bkz. ve karş. Vouilloz (2009), s. 829. Nitekim bu konuda bkz. aşa. *Üçüncü Bölüm, 2.4.1*). Öte yandan bilirkişi, kendisine tevdi edilen bu görevi yerine getirebilmek için, her ne kadar bazı yetkilerle donatılmış da olsa, bu yetkileri tek başına kullanabilme imkânına sahip değildir. Bilirkişi kendisine yöneltilecek sorular, gerçekleştireceği incelemenin kapsamının belirlenmesi ve bu incelemede kullanacağı her türlü malzemeyi (belgeleri, belli bir yerde fiilen gerçekleştirecek olduğu incelemeyi, tarafların yahut üçüncü kişilerin beyanlarını) elde etmesi için bir hâkim kararına ihtiyaç duymaktadır (bkz. HMK m. 275 ve 278) (Bu konuda bkz. aşa. *Üçüncü Bölüm, 1.2.2*). Nihayet bilirkişinin hâkime olan bağlılığının bir diğer görünümü ise, onun seçiminde ve görevinin belirlenmesinde kendini göstermektedir (bkz. aşa. *İkinci Bölüm, 2.1.2* ve *3.5*).

[166] Bkz.ve karş. Tanverdi (1991), s. 111; Tanrıver (2002), s. 34.

[167] Bkz. Jeuland (2004), s. 504. Ayrıca bkz. A. Pütz (2000). Liberté et expertise; approche empirique; le juge et l'expertise. *Revue Experts,* No: 47 (http://www. lexisnexis.com/us/Inacademic), s. 1 vd.

[168] Encinas de Munagorri (2002), s. 384. Encinas de Munagorri (2003), s. 687.

kalmaktadır: Bilirkişinin, geçici olarak kamusal bir hizmet yürütüyor olması, onu hâkimin görevi olan yargılama faaliyetinin bir ortağı hâline getirmemektedir[169].

Yani buradaki temel çelişki, bilirkişinin karar veren durumuna gelmesi durumunda artık bilirkişi olmaktan çıkacak olmasıdır. Bu bakımdan uzman kimselerin mahkemede hâkim yanında oturmaları, bunlar *sadece* bir "görüş" verdikleri sürece bilirkişi olarak kabul edilmelerini gerektirir. Aksi durumun kabulünde, yani bilirkişilerin hâkimle birlikte karar mekanizmasında yer almaları, hükmün bunlar ve hâkim tarafından müzakere edilerek oluşturulması hâlinde, bu kimseler uzman kimliklerini koruyacak olmakla beraber artık bilirkişi olarak nitelendirilebilmeleri söz konusu değildir.

Burada değinmek istediğimiz son bir konu, bilirkişinin bir hâkim yardımcısı addedilmesinin, müessesenin hukukî niteliği üzerinde tartışmalara yol açmış olmasıdır. Temel mesele, bilirkişinin bir hâkim yardımcısı olarak kabulü hâlinde, onun nasıl ispat vasıtası olarak değerlendirilebileceği noktasındadır[170]. Bu konuda bilirkişinin bir hâkim yardımcısı olarak kabulünün, onun bir *taraf* delili olarak nitelendirilmesine engel olduğu ifade edildiği gibi[171], bilirkişinin hem bir delil hem bir hâkim yardımcısı olduğu fikri de savunulabilmektedir[172].

Her şeyden önce belirtmek isteriz ki, Türk kanun koyucusu Hukuk Muhakemeleri Kanununun bilirkişi incelemesine ilişkin hükümlerinin başlığını *"bilirkişi incelemesi"* olarak ifade etmekle zaten, bu hususta neyin esas alınması gerektiğini ortaya koymuş durumdadır. Bununla birlikte, kısaca dile getirecek olursak, bilirkişi, bir süje olarak, hâkim yardımcısı fonksiyonunu yerine getirebilir. Ne var ki, bilirkişi bir delil olabilmek bakımından temsilî bir niteliğe sahip değildir[173]. Burada konu, kanımızca salt bir ifade biçiminden daha fazlasını ilgilendirmektedir. Bilirkişinin bir hâkim yardımcısı olması, onun tarafından yerine getirilen faaliyetin bir ispat aracı olduğu gerçeğini dışlamamaktadır. Her iki nitelik, ilki şahsa, ikincisi ise bilirkişi

---

[169] Guinchard (1995), s. 73.
[170] Bu mesele bakımından bkz. ve karş. Yıldırım (2004), s. 835 vd.
[171] Örneğin İsviçre Federal Mahkemesinin vermiş olduğu bir kararda bu noktaya değinilmekte, bilirkişinin bir taraf delilinden (*moyen de preuve des parties*) ziyade bir hâkim yardımcısı olduğu görüşü dile getirilmektedir. Bkz. ATF 97 1971 I 3 (zikreden Castella (1992), s. 11). Yine İspanyol hukuku çerçevesinde dile getirilen bir görüş, bilirkişinin bir hâkim yardımcısı değil, taraf delili olduğudur (bkz. Castello (2009), s. 21).
[172] Yıldırım (2004), s. 835 vd. Alman hukukunda cereyan eden tartışmalar bakımından ayrıca bkz. Deliduman (2007), s. 265, 266.
[173] Ayrıca bkz. ve karş. Atalay (2009), s. 135; Mestre (1937), s. 6.

incelemesi ve bu kapsamda sunulan görüşe ait olmak üzere bir arada bulunmaktadır[174]. Esas olan, yani bir delil olarak temsili niteliğe sahip olup olmadığı tartışılacak olan şeyler, yerine getirilen inceleme ve sunulan görüş açısından olduğuna göre, burada bilirkişinin taraflarca tayin edilip edilmediğinin, başka bir ifadeyle, onun (görüşünün) bir taraf delili addedilebilecek olma faraziyesinin de kanımızca bir önemi bulunmamaktadır.

1.3.2.2. Bazı özel durumlar

1.3.2.2.1. Bilirkişinin tanıktan ayırt edici özellikleri ve bilirkişi-tanık ile yöresel bilirkişi kavramları

Bilirkişi kavramı açıklanırken, bilirkişinin ayırt edici özelliklerini, onu tanık ile karşılaştırarak ortaya koymak yönünde geleneksel bir yaklaşım bulunmaktadır. Bu yaklaşım şaşırtıcı değildir. Zira yukarıda da açıklamaya çalıştığımız üzere, bilirkişiliğin gelişimi, bir yönüyle onun tanıktan farklı bir süje hâline dönüşme sürecini de içinde barındırmaktadır[175]. Gerek bu dönüşüm süreci gerek her iki süjenin uyuşmazlık konusu vakıa hakkında bir bilgi sunmaları, bir açıklamada bulunmaları karşısında, bilirkişinin yargılamadaki işlevinin, hâkimden olduğu kadar tanıktan da net bir şekilde ayırt edilebilmesi çabası çoğu çalışmada kendisini göstermektedir[176].

Esasında bilirkişi gerçekten de tanık gibi davada menfaati olmayan, fakat bir vakıa meselesi hakkında açıklamada bulunan bir üçüncü kişi konumundadır. Öte yandan ne tanığın beyanı, ne de bilirkişinin sunduğu görüş veya rapor, hâkim için bağlayıcı niteliktedir. Aynı şekilde her ikisi de, kendilerine yöneltilen soruları hakikate uygun şekilde yanıt verme yükümlülüğü altındadır (bkz. ve karş. m. 271, f. 1; 285 ile m.

[174] İsviçre hukuku bakımından benzer şekilde bkz. Bettex (2006), s. 10. Ayrıca bkz. aşa. *Birinci Bölüm, 1.3.3.1.*

[175] Bkz. yuk. *Birinci Bölüm, 1.1.*.

[176] Örneğin Türk hukuku bakımından bkz. ve karş. Pekcanıtez, Atalay ve Özekes (2011), s. 518; Kuru, Arsşan ve Yılmaz (2012), s. 440; Üstündağ (2000), s. 742; Alangoya, Yıldırım ve Deren-Yıldırım (2011), s. 358; Postacıoğlu (1975), s. 653; Berkin (1981), s. 841; Karafakih (1952), s. 212. Fransız hukukunda Mestre (1937), s. 5 vd.

256)[177]. Bununla birlikte kanaatimiz, bilirkişi ve tanığın yargısal işlevlerinin usûl hukukunun, bilhassa bilirkişi incelemesinin geldiği noktada, kural olarak, birbirinden kolayca ayırtedilebileceği yönündedir. Bu anlamda meseleye ilişkin tartışmalar en azından Türk hukuku özelinde artık eski anlamına sahip bulunmamaktadır.

Gerçekten de, tanık beş duyu vasıtasıyla, sadece vakıa hakkında edindiği (gördüğü veya duyduğu) hususları hâkime bildirirken, bilirkişi, o vakıaları uzmanlık bilgisi vasıtasıyla değerlendirir ve yerine göre sonuçlara varır[178]. Bu itibarla tanığın beyanı vakıanın cereyan ettiği anda bununla doğrudan veya dolaylı temasına dayanmaktadır. Oysa bu tesadüfilik bilirkişi bakımından söz konusu değildir. Bilirkişi, vakıa ile ancak hâkim tarafından görevlendirildiği durumda karşı karşıya gelir. Nitekim tanığın vazgeçilmezliği, bilirkişinin vazgeçilebilirliği biçiminde ifade edilen mesele de tam da bundan kaynaklanmaktadır. Vakıa artık bir sefer gerçekleştiği için, tanık beyanının konusunu oluşturan, tanık olunan vakıa tekrar canlandırılamaz. Oysa aynı vakıa hakkında birden fazla bilirkişi incelemesi yaptırılması pekâlâ mümkündür[179].

Tanık mahkeme için tesadüfî olduğu kadar, kamusal bir sorumluluğun gereğini yerine getirmektedir. Bu nedenle kamusal bir görevi icra ettiğinden söz edilemez. Bu itibarla tanık bir hâkim yardımcısı olmadığı gibi[180], bilirkişiden farklı olarak herhangi bir yetkiyle donatılması da söz konusu olamaz.

Tanık reddedilemez. Bunun iki nedeni söz konusudur. Birincisi, vakıa ile tesadüfî olan ilişkisi, ikincisi ise, bizzat taraflarca gösterilmesidir. Öte yandan Hukuk Muhakemeleri Kanununun 255. maddesi, tanığın davada yararının bulunması durumunda beyanının doğruluğunun şüphe yaratması bakımından, bunun ispatına imkan tanımaktaysa da (bkz. m. 255), bu husus ret müessesesinden farklıdır. Zira gerçekten de, tanığın vazgeçilmeziliği karşısında, taraf ile tanık olarak bilgisine başvurulan kimse arasındaki yakınlık, onun beyanının ne şekilde değerlendirileceği konusunda bir ölçüt olabilirse de, tanık bakımından bir tür ret sebebi oluşturmaz[181]. Nitekim tanığın herhangi bir yetki ve ödevle donatılmadığı bu yapı içerisinde, onun reddedilmeyecek

---

[177] İsviçre hukuku bakımından karş. Art. 168, 181, CPC Suisse. Yine son meseleye ilişkin olarak İsviçre hukuku bakımından Hofmann ve Lüescher (2009), s. 95.

[178] Ansay (1957), s. 269, 270. *Karafakih*'e göre bilirkişi tanıktan farklı olarak adeta *hükmeder* (bkz. (1952), s. 212).

[179] Genel olarak bkz. ve karş. Ansay (1957), s. 270; Karafakih (1952), s. 212.

[180] Castella (1992), s. 11. Nitekim *Üstündağ* da bazı Alman hukukçularının tanığı bir hâkim yardımcısı olarak gördüklerini ancak bu fikrin eleştirildiğini dile getirmektedir. Bkz. Üstündağ (2000), s. 742.

[181] Bu husus tanık bakımından ancak tanıklıktan kaçınma sebebi oluşturabilir (bkz. HMK m. 247, 248).

oluşu da doğaldır. Buna karşılık bilirkişi olarak görev yapabilmenin olmazsa olmaz koşulu, onun hâkimler kadar bağımsız ve tarafsız olmasıdır.

Tanık ve bilirkişi arasındaki niteliksel ayrım verdiği bilginin niteliğinden de kaynaklanmaktadır. Bilirkişi hâkime Hukuk Muhakemeleri Kanunundaki ifadesiyle "özel ve teknik" bir bilgi sağlamaktadır (m. 266). Yani bilirkişi incelemesi genel bir takım değil, salt özel ve teknik bilgiyi gerektiren ve içeren vakıa meselelerini konu edinebilmektedir. Oysa tanık beyanının çerçevesi temelde bundan farklı olup,.tanığın sadece kişisel olarak doğruladığı vakıaları konu edinebilmektedir.

Aktardığımız bu hususlar dâhilinde, bilirkişi ve tanığın işlevlerinin birbirinden kolayca ayırt edilebileceğini söyleyebilirsek de, bilirkişilik faaliyetine ilişkin bazı pozitif düzenlemelerde, tanık beyanına ilişkin hükümlere işaret edildiğini de dikkate almamız gerekmektedir. Nitekim Hukuk Muhakemeleri Kanununun 270. maddesi, bilirkişilik görevini kabul yükümlülüğünün içeriğine işaret ettikten sonra, tanıklıktan kaçınma sebeplerinin bilirkişiler bakımından geçerli olduğunu ifade etmektedir[182].

Bu noktada *tanık-bilirkişi (yahut bilirkişi-tanık)* kavramı üzerinde de kısaca durmak gerektiği kanısındayız. Bu gereklilik, tanık ve bilirkişilik niteliklerinin belli vakıa meseleleri bakımından örtüşmesinin mümkün olmasından kaynaklanmaktadır. Nitekim bu mesele, öğretide bilirkişi – tanık (*témoin-expert/Sachverständige Zeuge*) kavramı altında tartışılmaktadır[183]. Bu kavramın İsviçre Federal Medenî Usûl Kanununda, bilirkişiliğe ilişkin değil, fakat tanık beyanına ilişkin hükümler arasında (bkz. Art. 166 – 173, CPC Suisse) kendisine pozitif bir karşılık bulduğunu görmekteyiz (bkz. Art. 172, CPC Suisse)[184]. Ancak burada zikredilen müesseseyi karşılayan terim, her ne kadar Anglo Amerikan hukukunda kullanılan anlamıyla bilirkişi – tanık (*uzman tanık/ expert witness*) ile aynı olsa da bu ikisinin içeriği birbirinden farklıdır.

İsviçre Federal Medenî Usûl Kanununun 172. maddesine göre mahkeme, dava konusu vakıaları değerlendirmek amacıyla özel bilgiye sahip bir tanığı sorgulayabilir. Örneğin, meydana gelen bir trafik kazasında olay yerinde bulunan bir doktorun, hem

---

[182] Bilirkişilik görevini kabul yükümlülüğü bakımından özellikle bkz. aşa. *İkinci Bölüm, 2.2.5.6*'da yer alan açıklamalar.

[183] Genel olarak bkz. Bettex (2006), s. 21; Castella (1992), s. 12; Reymond (2008), s. 65; Karafakih (1952), s. 212; Ansay (1957), s. 270; Bilge ve Önen (1978), s. 541.

[184] Diğer taraftan Alman Medenî Usûl Kanunu (dZPO § 414) ve İsviçre Zürih Kantonu Medenî Usûl Kanunu (ZPO/ZH § 165) da meseleyi açıkça düzenlemektedir. Nitekim Fransızcada kullanılan *témoin-expert* terimi de, onun Almanca karşılığının (*sachverständige Zeuge*) çevirisiyle ortaya konulmuştur (Bettex (2006), s. 21).

kazaya tanık olması hem yaralanan bir kimseyi tedavi etmek amacıyla olaya dâhil olması bakımından, durum bu şekildedir[185].

Bununla birlikte tanık-bilirkişi, vakıaya tanık olması nedeniyle bilirkişiden ziyade tanık niteliğini korumaya devam etmektedir. Ne var ki, bu konuda öğreti ve pozitif düzenlemelerin ortak bir yaklaşımı benimsemediğini görmekteyiz. Nitekim, konuya ilişkin ilk yaklaşım mahkemenin bu kimseleri bilirkişi değil, tanık sıfatıyla dinleyeceği olup[186], İsviçre Federal Medenî Usûl Kanununun meseleyi düzenleme biçimi de bu çerçevededir[187]. Buna karşılık ikinci yaklaşım, özel bilgilere sahip tanığın, bilirkişi olarak dinlenebileceği yönündedir[188]. Hangi yaklaşımın tercih edildiğinin başlıca sonucu kendisini, tanık-bilirkişinin reddinin mümkün olup olmadığında göstermektedir. İsviçre ve Türk öğretisinde tanık-bilirkişinin bir tanık olarak dinlenilmesini benimseyen yazarlar da, onun tarafsızlığının garanti edilemeyecek oluşuna dikkat çekmektedir[189].

Bu noktada tartışılabilecek bir başka husus ise, bir tarafça tayin edilen uzmanın (özel bilirkişinin) tanık gibi dinletilme riskidir. Friburg istinaf mahkemesi, eski tarihli bir kararında, tarafça tayin edilen teknik uzmanların bir tanık gibi dinletilemeyeceğine dikkat çekmektedir[190]. Nitekim, bir diğer kararda da, bir bilirkişi tanığa teknik nitelikteki bir meselenin yöneltilmesinin, onu bir bilirkişi olarak saymaya denk geldiği, bunun da redde ilişkin kuralların uygulanmasına imkân tanıdığı ifade edilmektedir[191].

Kanımızca, uyuşmazlık konusu vakıaya ilişkin beyanda bulunan kimse, beyanda bulunurken sahip olduğu uzmanlık bilgisinden yararlansa dahi, tâbi olduğu usûl ve beyanının değeri bakımından tanık statüsünde değerlendirilmelidir. Bununla birlikte, Hukuk Muhakemeleri Kanununun 272. maddesinde, daha önce tanık olarak dinlenilen bir kimsenin bilirkişi olmasına engel bulunmadığı düzenlenmiştir. Esasen bu düzenleme

---

[185] İsviçre hukukunda bazı yazarlar, tanık-bilirkişinin geçici korumalar bakımından belli bir işleve sahip olabileceğini ileri sürmektedir (bkz. Reymond (2008), s. 65; Vouilloz (2009), s. 842; Vouilloz (2009a), s. 585). Yukarıda ve takip eden paragraflarda bahsettiğimiz koşulları sağladığı sürece bu pek tabii ki mümkündür. Ancak burada bir kez daha, bahsedilen usûllerde, özellikle fikri ve sınai haklar bakımından söz konusu olan geçici koruma tedbirlerinde belli bir işleve sahip özel bilirkişi görüşleri ile burada söz konusu olan bilirkişi-tanık kavramlarını birbirinden özenle ayırt etmek gerektiği düşüncesindeyiz (nitekim geçici koruma tedbirleri çerçevesinde özel bilirkişi görüşlerinin işlevi bağlamında bkz. aşa. *İkinci Bölüm, 1.1.7*'de yer alan açıklamalarımız).

[186] Bettex (2006), s. 21; Castella (1992), s. 12;

[187] Yine dZPO § 414 ve ZPO/ZH § 165 litt. B. Abs. 3'de, tanıklığa ilişkin hükümlerin uygulanacağı öngörülmektedir. Ayrıca bkz. Bettex (2006), s. 21.

[188] Federal Medenî Usûl Kanunu öncesi dönemde Vale Kantonu Medenî Usûl Kanununun meseleyi ele alış biçimi bu doğrultudadır (bkz. Art. 193, CPC/VS).

[189] Bettex (2006), s. 21, 22; Castella (1992), s. 12.

[190] CA, 10.9.1973, *RFJ,* 1973, s. 76.

[191] ATF 94 I 417 = *JdT* 1970 I 383.

biçimi, yukarıda aktardığımız hususlarla örtüşmemektedir. Zira, tanık konumundaki bir kimsenin, daha sonra bilirkişi olarak tayini, Kanunda açıkça ret sebebi olmayacağı öngörülmüş olsa dahi, tarafsızlığı konusunda bir tartışmaya sebebiyet verebilecektir[192]. Bu nedenle olması gereken hukuk bakımından görüşümüz, vakıaya tanık olan kimselerin, bir uzmanlık bilgisine sahip olmaları faraziyesinde, bunların yine tanıklık hakkındaki hükümler çerçevesinde beyan ve görüşlerinin alınması doğrultusundadır. Bu çerçevede zikredilen 272. madde hükmünün ilgili kısmının buna uygun şekilde yeniden formüle edilmesi ve tanıklığa ilişkin hükümler arasında yer verilmesi, kanımızca daha doğru olacaktır.

Yerel (yahut yöresel) bilirkişiler: Bu noktada, belli durumlarda bilirkişi tarafından mahkemeye sunulan bilginin niteliğinin, tanık ve bilirkişi arasındaki sınırı belirsizleştirdiğinden söz edebilir miyiz? Bu, özellikle belli bir yörede yaşayan kimselerin, o yöre sınırları dâhilinde söz konusu olan uyuşmazlık konusu vakıa hakkında bilgilerine başvurulması faraziyesinde karşımıza çıkmaktadır:

Uygulamada belli bazı taşınmaz davaları bakımından, bir yerde (taşınmazın bulunduğu veya bu taşınmazın civarı) uzun yıllardan beri oturmak, bu bağlamda, somut olarak "yaşlı olmak" ve "yöreyi bilmek" şeklinde tezahür eden kimi nitelikler, belirli kimselerin vakıa meselesi (örneğin zilyetlik, orman sınırı vb.) konusunda yerel bilirkişi olarak tanımlanması için yeterlidir. Nitekim, Yargıtayın buna işaret eden çeşitli kararları söz konusudur[193]. Aynı şekilde yerel örf ve adetin, örneğin ticarî kuralları bilen kimselerin de, bu çerçevede düşünülmesi mümkün olabilir mi? Örneğin, Nöşatel Kanton Mahkemesi vermiş olduğu bir kararda, bir ticari teamül kadar müşteri alışkanlıklarının tanıklar vasıtasıyla ispat edilebileceğini ifade etmektedir[194].

Kanımızca, yukarıda saydığımız örneklerde söz konusu olan faaliyetin tanıklıktan ziyade, bilirkişilik kapsamında olduğunu ve Yargıtay uygulamasında ortaya çıkan "yöresel bilirkişi" kavramının yerinde bir tercih olduğunu kabul etmek gerekir. Zira, gerek orman sınırı gerek yerel ticari teamül gibi meselelerde, yöresel bilirkişi tarafından

---

[192] Bu konuda ayrıca bkz. Bilirkişinin tarafsızlığı özelinde bkz. aşa. *Üçüncü Bölüm, 1.2.1.2.2.*

[193] Yerel bilirkişi kavramını ve içeriğini konu edinen pek çok karar bulunmaktadır. Örneğin genel olarak bkz. 20. HD, 1.10.2007, 11241/11598; 14. HD, 20.6.2003, 3527/5152; HGK, 21.5.1997, 7-5/438 (*KBİBB*); Bu konuya aşağıda bilirkişi tarafından sunulan özel ve teknik bilginin kapsam ve içeriği bakımından ayrıca değinmekteyiz. Bkz. aşa. *Birinci Bölüm, 2.5* ve takip eden alt başlıklarda yer alan açıklamalar. 16. HD, 7.2.2012, 244/912 (*LegalBank*).

[194] Bkz. TC (*Nöşatel*) VIII 51 (Bohnet (2005), s. 427, 428, n^{o} 11).

sunulan bilgi, niteliği ve içeriği bakımından tartışılabilirse de tesadüfî değildir. Bu ise onu, aynı vakıa meselesi hakkında başvurulan tanık beyanından ayırmaktadır[195].

1.3.2.2.2. Özel olarak taraf bilirkişisinin (m. 293 bakımından uzmanın) hukukî niteliği

Taraf bilirkişisinin Ceza Muhakemeleri Kanunundan sonra, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununda da "uzman görüşü" kavramı altında yasal bir düzenlemeye kavuşması (m. 293), onun "asıl bilirkişi" olma niteliğini hâlâ koruyan mahkeme bilirkişisinin yanı sıra, çalışmamızın farklı aşamalarında değerlendirilmesini kaçınılmaz kılmaktadır. Burada ise, salt onun nitelik ve statüsüne ilişkin bazı tespit ve değerlendirmelerde bulunmakla yetiniyoruz[196].

Mahkeme tarafından tayin edilen bilirkişi ile mahkeme arasındaki kamu hukuku karakterli ilişkinin aksine, taraf bilirkişisi, diğer bir deyişle uzman görüşü sağlayan özel bilirkişi (m. 293) ile yardımcı olduğu taraf arasında, özel hukuk karakterli, sözleşmeye dayanan bir ilişki bulunmaktadır. Ortada bir sözleşmesel ilişki mevcut olmakla birlikte, bilirkişilik sözleşmesi özel olarak, ne Türk hukukunda ne de İsviçre, Fransız veya Alman hukuklarında açıkça düzenlenmiş durumdadır. Bu itibarla bilirkişilik sözleşmesi genelde farklı sözleşme türleri kapsamında değerlendirilmekte ve niteliği buna göre tayin olunmaktadır.

Yine bu noktada ifade etmek gerekir ki, Türk hukukunda eskiden beri belli bir uygulama alanına sahip olsa da, taraflara bir görüş (mütalaa) sağlayan kimseler ile taraflar arasındaki *ilişkinin hukukî niteliği*, usûl hukuku öğretisinde buna ilişkin özel bir çalışmanın veyahut bir Yargıtay kararının konusunu, tespit edebildiğimiz ölçüde, henüz oluşturmuş değildir. Nitekim öğretide Hukuk Muhakemeleri Kanunu tasarısının

---

[195] Nitekim yakın tarihli bir Yargıtay kararı kanımızca buna iyi birer örnek teşkil etmektedir. Örneğin, "... *mahkeme, davada tanık dinlemeksizin keşifte mahalli bilirkişilerin zilyetlik konusunda verdiği bilgi ile yetinerek hüküm kurulmuştur. Bu tür davalarda iktisabı sağlayan zilyetliğin ispatı gerekir. Zilyetlik maddi olaylardandır. Maddi olaylar, ancak tanık ile ispat edilebilir. Mahkeme zilyetlik araştırmasında mahalli bilirkişilerin verdiği bilgi ile yetinerek hüküm vermiştir*..." 8. HD, 9.4.2012, 6412/2627 (*LegalBank*). Yine benzer bir meselede gerek yöresel bilirkişilerin gerek tanıkların keşif icrası sırasında birlikte dinlenildiklerine işaret eden 8. HD, 12.4.2012, 6621/2731; .8. HD, 2.2.2012, 4322/469 (*LegalBank*).

[196] Bu anlamda aşağıda farklı aşamalarda taraf bilirkişisi kavramını, hem sunacağı görüşün değeri bakımından mahkeme tarafından tayin edilen bilirkişinin görüşü ile birlikte tartışmaya, hem yine bilirkişi incelemesinin yerine getirilmesi bakımından gösterdiği özellikleri bağlamında ele almaya çalışacağız. Bu çerçevede bkz. Aşa. *Üçüncü Bölüm, 1.2* ve takip eden alt başlıklarda yer alan açıklamalar; nihayet bu görüşün değerlendirilmesi noktasında *Üçüncü Bölüm, 2.4.4.*

hazırlanmasından sonraki süreçte, yalnızca *Pekcanıtez* ve onu takiben genel eserlerinde *Pekcanıtez, Atalay* ve *Özekes,* taraf ve bilirkişi arasında bir eser sözleşmesi bulunduğunu belirtmekte ve bilirkişinin ek bir takım yükümlülükler üstlenmesi hâlinde vekâlet veya hizmet sözleşmesinden bahsedilebileceğine işaret etmektedirler[197]. Öte yandan Türk hukukunda konu, ayrıntılı bir şekilde ve sadece maddî hukuk yönüyle, başka bir deyişle yargılama dışı bilirkişilik faaliyetleri açısından tartışılmış ve bazı tespitlerde bulunulmuştur[198].

Gerek Türk gerek İsviçre, Fransız ve Alman hukuklarında, özel bilirkişi ile taraf arasındaki sözleşmenin bir eser sözleşmesi niteliğinde olduğu genellikle kabul edilse de, bu konuda bir mutabakat bulunmayıp, onun eser sözleşmesinin yanı sıra vekâlet, hatta hizmet yahut telif hakkı sözleşmesi biçimine de bürünebileceği belirtilmektedir[199]. Bununla birlikte, hangi sözleşme türünün kapsamında kabul edilirse edilsin, bilirkişilik sözleşmesi, ivazlı ve karşılıklı edimleri içeren bir sözleşme olup, diğer tüm sözleşmeler bakımından söz konusu olan geçerlik koşullarına tâbidir[200]. Ancak şüphesiz buradaki mesele, özel bilirkişi ile yapılan sözleşmenin hangi hâl ve koşullarda bir eser sözleşmesinin konusunu oluşturduğu, hangi hâllerde diğer sözleşme türleri bağlamında değerlendirilmesi gerektiği ve bunun sonuçları noktasında toplanmaktadır. Bu sonuçlar ilk başta bilirkişinin taahhüt ettiği sonuç ve ödev ile sorumluluklar bakımından kendisini gösterir gibi dursa da, aslında bilirkişinin bağımsızlık ve tarafsızlığı gerekliliğiyle de doğrudan doğruya ilişkilidir.

---

[197] Bkz. H. Pekcanıtez (2009). Özel uzman (bilirkişi) görüşü ve değerlendirilmesi. *Prof. Dr. Saim Üstündağ'a armağan.* Ankara: Adalet Yayınevi, ss. 397 – 418, s. 403.; Pekcanıtez, Atalay ve Özekes (2011), s. 528.

[198] Bkz. Z. D. Tarman (2005). *Bilirkişilik sözleşmesinin hukukî niteliği ve bilirkişinin üçüncü kişiye karşı olan sorumluluğu.* İstanbul: Yüksek Lisans Tezi, İ.Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü, özellikle ss. 27 – 77.

[199] Genel olarak Türk hukuku bakımından sayılan sözleşme türlerinin tümünü zikreden Pekcanıtez, Atalay ve Özekes (2011), s. 528; Pekcanıtez (2009), s. 403. Tarman (2005), s. 27 vd. (Yazarın Alman hukukuna yönelik açıklamaları için aynı yer, dn. 76 vd.). İsviçre hukuku bakımından genel olarak bkz. Bettex (2006), s. 15; X. Koeb (2008). Spécifités de l'expert judiciaire en Suisse dans les domaines de la construction et de l'immobilier. *Revue experts, n^{o} 81,* ss. 49 – 51, s. 51; P. Gauch (1999). *Le contrat d'entreprise (adaptation française par. B. Carron).* Zurich: Schulthess, s. 105, n^{o} 331 vd.; P. Tercier (2002). Le point sur la partie spéciale du droit des obligations. *SJZ, 98,* ss. 304 – 308, s. 305 vd.; Zufferey (2008), s. 22 vd.; M.-A. Renold (2010). Le droit de l'art et des biens culturels en droit Suisse: questions choisies. *RDS, Vol. 129, II,* ss. 137 – 220, s. 176 vd. Fransız hukuku bakımından genel olarak bkz. Leclerc (2005), s. 302, n^{o} 394 vd. ayrıca s. 305, dn. 153; Munagorri ve Leclerc (2010), s. 4 vd; R. Encinas de Munagorri (2007). Pour une théorie juridique de l'expertise. *Revue experts, n^{o} 77,* ss. 7 – 9, s. 8; R. Encinas de Munagorri (2002). Quel statut pour l'expert? *RFAP, n^{o} 103,* ss. 379 – 390, s. 388; H. Slim (2011). La responsabilité des experts. *Lamy, Droit de la responsabilité (Dir.: D. Mazeaud),* n^{os} 440-1 – 440-69, n^{o} 440-27; J. Bigot (2007). Expertise d'assurances. *RGDA, n^{o} 4,* s. 822.

[200] Genel olarak bkz. R. Ghueldre (2011). L'expertise. *Lamy, Assurances (Dir.: J. Kullmann),* n^{o} 4799 – 4810, n^{o} 4806.

Nitekim, ilk olarak İsviçre hukukunda Federal Mahkeme, yakın tarihli bir kararda bilirkişilik sözleşmesinin hukukî niteliğine yönelik bazı tespit ve değerlendirmelerde bulunmaktadır[201]. Buna göre, şayet bilirkişi incelemesinin *sonucunun* doğruluğu, diğer bir deyişle hakikate uygunluğu, objektif bir takım ölçütlere göre belirlenebilir durumdaysa, bilirkişi burada bir sonuca ulaşmayı taahhüt edebilecek durumdadır. Bu itibarla, bilirkişilik sözleşmesine eser sözleşmesine ilişkin hükümler uygulanacaktır. Buna karşılık, bu sonuçları objektif ölçütler vasıtasıyla değerlendirme imkânı yoksa, Federal Mahkeme, incelemenin sonucunun da taahhüt edilemeyeceği sonucuna varmaktadır. Bu faraziyede ise vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümler uygulama alanı bulacaktır[202].

Bu karar öğretide, Federal Mahkemenin böyle bir ayrımda bulunmak suretiyle, bilirkişilik sözleşmesinin niteliğinin belirlenmesinde, vekâlet sözleşmesinin uygulanmasına ayrıcalık tanıdığı gerekçesiyle eleştirilmektedir[203].

Meselenin özel bilirkişinin *bağımsızlığı* ile ilişkili olan yönünün ise, daha çok Fransız hukukunda tartışıldığını görmekteyiz. Gerçekten de bilirkişilik sözleşmesinin vekâlet sözleşmesi kapsamında değerlendirilip değerlendirilmemesi gerektiği Fransız hukukunda da çeşitli tartışmaların konusunu oluşturmuştur. Gerçi, Fransız içtihatlarında çok önceden beri bilirkişilik sözleşmesinin bir eser sözleşmesi niteliğinde olduğu kabul edilmektedir[204]. Bununla birlikte sınırlı da olsa, bilirkişi kendisini tayin eden ve

---

[201] Bkz. ATF 127 III 328, *JdT 2001 I 254*.

[202] Bir üst dipnotta kararın künyesini verdiğimiz somut olayda, Federal Mahkeme, bir taşınmazın satış değerinin belirlenmesinin, sonucunun önceden objektif olarak belirlenemeyecek bir değerlendirme meselesi oluşturduğunu, bu nedenle vekâlet sözleşmesinin hükümlerinin uygulanması yönünde karar vermiş, diğer taraftan bilirkişilik görevini üstlenen davalı şirketin bu sözleşme hükümlerine aykırı hareket etmediği sonucuna varmıştır.

[203] Bettex (2006), s. 15. Zira taraflarca özel bir bilirkişi incelemesine başvurulan hâllerin önemli bir kısmında incelemenin sonucunun önceden objektif ölçütlere göre belirlenebilmesi mümkün değildir. (bkz. Bettex (2006), s. 15, 16; Tercier (2002), s. 306, 307. Ayrıca bkz. Gauch (1999), s. 105, n^{o} 332). Örneğin bir hukukî mütalaa veren hukuk profesörünün görüşünü, hem objektif bir takım verilere, hem de kendi kişisel hukukî deneyiminden kaynaklanan sübjektif bir takım unsurlara dayandırmasında durum bu şekildedir. Aynı durum tıbbî bilirkişiler bakımından da geçerlidir (bkz. ve karş. Tercier (2002), s. 306). Öte yandan bir görüşe göre, bilirkişinin kendisine yöneltilen sorular hakkında açıklamada bulunması, bu soruları açık ve anlaşılır bir şekilde yanıt vermesi, yine kullandığı metodu objektif olarak ortaya koyabilmesi ve belirlenen vakıaların gerçeğe uygunluğu, yine bilirkişinin açıklamalarının inceleme konusundaki güncel gelişmelere uygunluğu (örneğin bu anlamda hukukî mütalaada mevcut içtihatların takip edilmiş olması) durumunda objektif olarak belirlenebilirlikten söz edilebilir (Gauch (1999), s. 105, n^{o} 332). Buna karşılık zikrettiğimiz karardan yola çıkan diğer bazı yazarlar ise, bilirkişi incelemesinin sonucunun belirlenebilip belirlenemeyeceğine göre, eser yahut vekâlet sözleşmesinin söz konusu olacağını, bilirkişinin sorumluluğuna uygulanacak hükümler dâhilinde dile getirmekle yetinmişlerdir (Örneğin bkz. Zufferey (2008), s. 22, 23; Koeb (2008), s. 51; Renold (2010), s. 176, 177).

[204] Bkz. CA Rouen, 13 févr. 1930, *RGAT 1930.544*; CA Poitiers 2^{e} ch., 9 avr. 1930, *RGAT 1930.544*; CA Nancy, 2^{e} ch., 28 oct. 1930. Daha yakın tarihli CA Paris, 9 juill. 1980, *RGAT 1980.190*; CA Rouen, 19

sunduğu rapordan yararlanan tarafın vekili biçiminde de görülebilmiştir[205]. Hatta çok eski bazı mahkeme kararları da bilirkişiyi, – mahkeme bilirkişisini de kapsayacak şekilde – bir vekil olarak nitelendirmektedir[206].

Ancak vekil, hem vekâlet verenin açık talimatına uymakla (TBK m. 505), hem de üstlendiği iş ve hizmetleri vekâlet verenin haklı menfaatlerini gözeterek sadakat ve özenle yürütmekle yükümlüdür (TBK m. 506). Bu sayılan iki özellik, bilirkişilik sözleşmesinin bir vekâlet sözleşmesi olarak tercih edilebilirliğini ortadan kaldırmaktadır. Zira görülecek olduğu üzere, böyle bir faraziyede bilirkişi, tamamen kendisinden görüş isteyen tarafa tâbidir. Oysa bilirkişinin bağımsızlığı salt mahkeme bilirkişisi değil, fakat aynı zamanda taraf bilirkişisi açısından da varlığı aranan bir unsurdur. Ancak burada vekâlet ilişkisinin doğası sebebiyle bilirkişinin bağımsızlığı unsurundan da artık söz edebilmek mümkün olmamaktadır[207].

Esasen aynı durum, kural olarak hizmet sözleşmesi bakımından da geçerlidir. Bu sözleşmeyi karakterize eden özelliklerden biri, işçinin işverene karşı olan ekonomik bağımlılığıdır[208]. Bilirkişilik sözleşmesinin bir hizmet sözleşmesi biçiminde kabul edilmesi faraziyesinde, işin niteliği gereği, bazı teknik konularda bilirkişi bağımsızlığını korusa da[209], diğer taraftan hem işverenin talimatlarına uymak durumda olup, ona karşı aynı zamanda sadakat yükümü altındadır (TBK m. 396). Bu durum şüphesiz yerine getirilen bilirkişilik faaliyeti bakımından, bilirkişinin bağımsızlığı konusunda tereddüt yaratacaktır[210].

Nihayet, tüm bu açıklamaları bir arada değerlendirdiğimizde, taraf ile bilirkişisi (özel bilirkişi) arasındaki ilişkinin niteliğini eser sözleşmesi olarak kabul etmek, bize de

---

mai 1987, *Gaz. Pal. 1987, II, J.517*; Cass. 3e civ., 2 mars 1983, *Lamyline 81.15.232* (zikredenler Bigot (2007), s. 822; Slim (2011), nº 440-30; Ghueldre (2011), nº 4806).

[205] A. Lefevre (1913). *L'expertise devant les juridictions civiles.* Caen: Doktora Tezi, Université de Caen, s. 79 (Leclerc (2005), s. 302, nº 394, dn. 141'den yapılan atıfla).

[206] CA Nancy, 9 févr. 1886, *D. 1887, 2,* s. 25 (zikredenler Leclerc (2005), s. 303, nº 394; Munagorri ve Leclerc (2010), s. 6, dn. 28.

[207] Munagorri ve Leclerc (2010), s. 6, 7; Leclerc (2005), s. 303, nº 394; Munagorri (2002), s. 388; Munagorri (2007), s. 8; Slim (2011), nº 440-33; Ghueldre (2011), nº 4806. Öte yandan vekâlet sözleşmesi söz konusu olduğu vakit, vekil müvekkil adına hukukî işlemlerde de bulunabilir ki (TBK m. 504, II), bu durum bilirkişinin faaliyeti ile bağdaşmamaktadır (Fransız hukuku bakımından Leclerc (2005), s. 304, nº 395). Ayrıca vekil müvekkil namına işi yerine getireceğinden, müvekkil, bilirkişinin raporuyla bağlı hâle gelmektedir (Munagorri ve Leclerc (2010), s. 6; Slim (2011), nº 440-33; Ghueldre (2011), nº 4806). Nihayet bilirkişinin kusuru hâlinde bundan aradaki ilişki gereği tarafın da sorumlu olması söz konusu olabilecektir (Munagorri ve Leclerc (2010), s. 7).

[208] Ghueldre (2011), nº 4806.

[209] Bu konuda bkz. Slim (2011), nº 440-34; Ghueldre (2011), nº 4806.

[210] Bkz. Munagorri ve Leclerc (2010), s. 5, 6;

uygun gözükmektedir. Gerçekten de, Türk Borçlar Kanununun 470. maddesinde ifade edildiği gibi eser sözleşmesi, *yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir.* Bilirkişi ister taraflardan biri, ister her ikisi tarafından tayin edilsin, bir eseri (sonucu), bunun karşılığında taraf yahut taraflar belli bir bedeli ödemeyi taahhüt etmektedirler. Bu yönüyle bilirkişilik sözleşmesi, eser sözleşmesine uygun bir örnek teşkil etmektedir[211].

Bilirkişilik sözleşmesinin bir eser sözleşmesi olarak kabul edilmesindeki en önemli gerekçelerden biri, yüklenicinin işi, sipariş verenden *bağımsız* olarak meydana getiriyor oluşudur. Bilirkişi, tarafça (iş sahibi tarafından) tayin edilen süre içerisinde görüş veya raporunu hazırlamak zorundadır (bkz. TBK m. 473). Ancak bunun haricinde meslekî faaliyeti içerisinde kendisine tevdi edilen görevi, iş sahibinin talimatlarından bağımsız olarak, serbestî içerisinde yerine getirir[212].

Bu görüşü kabule sevkeden bir diğer husus da, bilirkişinin ortaya çıkardığı sonuçla iş sahibinin bağlı olmayışıdır (bkz. TBK m. 475, eBK m. 360)[213]. Aynı şekilde işin niteliği gereği taraf, diğer deyişle bilirkişilik sözleşmesi bakımından iş sahibi, kendisine sunulan raporu kullanmak, kullanmamak veyahut buna ek bir takım hukukî sonuçları eklemek konusunda da tamamıyla serbesttir.

Ancak, bilirkişilik sözleşmesinin bir eser sözleşmesi olarak kabulü bakımından eser kavramından ne anlaşılması gerektiği, hassas bir durum meydana getirmektedir. Ne olursa olsun, artık bu konudaki tartışma ve uygulamalarda gelinen noktada, eser maddi varlığı olan bir şey olabildiği gibi, fikrî bir ürün de pekâlâ eser olarak kabul edilmektedir[214]. Somut olarak bir mimar yahut mühendis bilirkişinin, yine aynı şekilde spesifik bir konuda mütalaa sunan bir hukukçunun verdiği görüş de bu anlamda eser kavramının kapsamı dâhilindedir.

---

[211] Fransız hukukunda bu yönde Leclerc (2005), s. 305, n° 395, dn. 153; Munagorri ve Leclerc (2010), s. 4. Ayrıca bkz. Slim (2011), n° 440-27; Ghueldre (2011), n° 4806. İsviçre hukukunda aynı şekilde bkz. Bettex (2006), s. 15; Gauch (1999), s. 105, n° 331. Alman hukukunun yaklaşımının da aynı yönde olduğunu nakleden Pekcanıtez (2009), s. 403, dn. 29.

[212] Bkz. Leclerc (2005), s. 305, n° 395, dn. 153; Munagorri ve Leclerc (2010), s. 4; Tarman (2005), s. 49; Slim (2011), n° 440-27; Ghueldre (2011), n° 4806.

[213] Pekcanıtez (2009), s. 403; Munagorri ve Leclerc (2010), s. 4; Bigot (2007), s. 822.

[214] Bu konudaki tartışma ve açıklamalar için bkz. Tarman (2005), s. 49 vd. İsviçre hukuku bakımından bilirkişilik sözleşmesi çerçevesinde Zufferey (2008), s. 22; Fransız hukuku bakımından aynı çerçevede Slim (2011), n° 440-27. Nitekim Fransız Temyiz Mahkemesi de verdiği bir kararda, çalışmanın fikrî bir nitelikte olmasının eser sözleşmesi tanımını dışlamadığını belirtmektedir (Cass. 3e civ., 28 févr. 1984, n° 82-15.550; *Gaz. Pal. 1984, II*, s. 628. Nakleden Slim (2011), n° 440-27).

Bu noktada, özellikle teknik veya hukukî bir görüşün sağlanması bağlamında, meselenin danışmanlık sözleşmesinden de titiz bir şekilde ayırt edilmesi gerektiğini ifade etmemiz gerekir. Şüphesiz, bir yargılama sürecinden tamamen bağımsız olarak, kişisel yahut ticarî bir kararın alınması sürecinde bilirkişi olarak tayin edilen kimseden karara konu olan meseleye ilişkin fikrini sunması istenmişse, mantıken burada bir danışmanlık sözleşmesi gündeme gelecektir[215]. Ancak danışmanlık sözleşmesi ile eser sözleşmesi arasındaki yakınlığa karşın, eser sözleşmesinden farklı olarak burada bir *sonuçtan* ziyade bir *bilginin sağlanması* ön plândadır[216]. Buna karşılık yargılama içerisinde taraf bilirkişisinin görüşü, mahkemeye uyuşmazlık konusu vakıa hakkında ister teknik yahut hukukî konuda bir bilgi, ister içeriği itibariyle uyuşmazlık konusu vakıaya ilişkin ispat araçlarını değerlendirme imkânını sağlamış olsun, burada kanımızca her halükârda, bilirkişinin raporu, görüşü, değerlendirmesi, yani ortaya konan bir sonuç söz konusudur. Görüşümüz, hiç şüphe yok ki, hukukî konuda bir mütalaa sunulması bakımından bir an için tereddüt yaratabilir. Ancak bunda dahi kanaatimiz, hukukî mütalaanın, soyut bir hukukî bilginin aktarılmasından ibaret olmadığı, somut uyuşmazlık bakımından çeşitli tartışmalar neticesinde, elle tutulur belli bir takım değerlendirmeleri içerdiği, ortaya somut bir "sonuç" koyulduğu ölçüde, bir eser kapsamında kabul edilmesi gerektiği yönündedir.

Nihayetinde, özel bilirkişinin görüşü, yani eser sözleşmesi açısından sonuç, her halükârda bir raporda, özel bilirkişinin görüşü mahkeme tarafından sözlü olarak alınsa dahi, tutanakta tecessüm etmektedir[217]. Bu nedenle mahkeme açısından bilirkişi tarafından, onun nezdinde gerçekleşen faaliyetin gösterebileceği nitelik farklılığı, taraf ve bilirkişi arasındaki ilişkinin hukukî niteliğini de farklı olarak değerlendirmeyi kanımızca gerektirmemektedir[218].

---

[215] Fransız hukuku bakımından bu çerçevede Leclerc (2005), s. 305, n° 395, dn. 153. İsviçre hukuku bakımından karş. Gauch (1999), s. 105, n° 333.

[216] Munagorri ve Leclerc (2010), s. 4. Danışmanlık sözleşmesine ilişkin olarak ayrıca bkz. S. Çörtoğlu Koca (2007). Danışmanlık sözleşmesinin esasına uygulanacak hukuk. *GÜHFD, C. XI, S. 1 – 2,* ss. 233 – 257, s. 237, 238.

[217] Bkz. ve karş. Koeb (2008), s. 51.

[218] Karş. Leclerc (2005), s. 305, n° 395, dn. 153. Yazar böyle bir faraziyede de danışmanlık sözleşmesinin kabul edilebileceğini ifade etmektedir.

1.3.2.2.3. Amicus curiae (mahkeme dostu)

Türk hukukunda *amicus curiae* kavramının, esas itibariyle hukukî meselede bilirkişi incelemesine başvurulması çerçevesinde gündeme getirildiğini görmekteyiz. Bu bağlamda, karmaşık bir hukukî mesele ile karşı karşıya kalan hâkimin, bir *amicus curiae*'dan, Türkçe karşılığıyla *mahkeme dostundan* yararlanmasının mümkün olup olamayacağı sorusu çeşitli vesilelerle gündeme getirilmiştir[219]. Amicus curiae müessesesini, ayrıntılı bir değerlendirmeye tâbi tutmak, çalışmamızın kapsamını aşmaktadır. Bu nedenle, müessesenin işlev ve niteliği bakımından kısa bazı açıklamalarda bulunduktan sonra, onun Türk hukuku bakımından uygulanabilirliğini sorgulamak istiyoruz[220].

Amicus curiae, İngiliz hukukunda doğmuş, daha sonra önce Kuzey Amerika hukuklarında, sonrasında ise uluslararası hukukta kabul edilmiş, nihayet kısmen de olsa Kıta Avrupası hukukunda Fransız hukuku özelinde tanınmış bir müessesedir[221].

Bu müessesenin klasik ve modern olmak üzere, iki farklı işlevi bulunmaktadır. Klasik işlevi içerisinde amicus curiae, mahkeme tarafından karmaşık bir hukukî meselede veya davanın tarafları dışında, toplumun genelini veya belli grupların menfaatlerini ilgilendiren meselelerde görüşüne başvurulan bir kimsedir[222]. Buna karşılık onun modern işlevi ise, kendisini yine belli bir takım grupların menfaatini

---

[219] Bkz. S. Öztek (1989), Fransız Hukukunda Bilirkişilik. *Mukayeseli Hukukta Bilirkişilik ve Sorunları, Yargıtay'ın Kuruluşunun 125. Yılı,* ss. 45 – 56, s. 47, 48. Bkz. Konuralp (2007), s. 344 ve devamındaki tartışmalar. Ayrıca bkz. Çiçekli (2008), s. 497. Ayrıca bkz. 2001 yılında Samsun'da gerçekleşen Bilirkişilik Sempozyumu'nda hukukî konuda bilirkişilik etrafında geçen tartışmalar sırasında, Karayalçın (2001), s. 258; Karayalçın ve Yongalık (2008), s. 181, 182. Öte yandan kullanılan terim bakımından karşılaştırmalı hukukta genel eğilim, "mahkeme dostundan" ziyade, *amicus curiae*'nın kullanılması yönündedir Nitekim bu konuda bkz. J.C. Woog ve Y. Laurin (2005). Amicus curiae. *Rép. pr. civ. Dalloz., V,* n° 2). Öte yandan karşılaştırmalı hukukta bu müesseseye yer veren düzenlemelerin bir kısmında terim açıkça zikredilmekte (örneğin, Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi Kuralları (SCR) m. 37; Amerika Hukuk Enstitüsü ve Özel Hukukun Birleştirilmesi için Uluslararası Enstitü (ALI/UNIDROIT) – Uluslararası Medenî Usûl İlke ve Kuralları m. 13), kimisinde ise, amicus curiae'ya işaret edilmekle birlikte, üçüncü kişinin müdahalesi, müdahale talebi veya üçüncü kişinin katılımı gibi terimler de kullanılmaktadır (örneğin, Kebek Medenî Usûl Kanunu (C.p.c. Québec) m. 211; AİHS m. 36; AİHM İç Tüzüğü m. 44; Kuzey Amerika Serbest Ticaret Anlaşması (NAFTA) m. 1128.

[220] Konuyu farklı yönleriyle tanıtmaya çalıştığımız bir çalışma için bkz. B. Toraman (2012). İtibar bilirkişiliği ve yargısal lobicilik arasında bir müessese olarak "Amicus Curiae" (Mahkeme Dostu). *MİHDER,* C. 8, S. 22, ss. 161 – 197, s. 162 vd.

[221] Müessesenin gelişimi hakkında bkz. ayrıca bkz. S. Menétrey (2010). *L'amicus curia, vers un principe commun de droit procédurale?* Paris: Dalloz, n° 22, s. 22 vd.; J.-C. Woog ve Y. Laurin (2005). Amicus curiae. *Rép. pr. civ. Dalloz,* V, n° 7; R. Encinas de Munagorri (2005). L'ouverture de la Cour de cassation aux amici curiae. *RTD Civ.,* s. 88 vd. (*www.dalloz.fr).*

[222] İngiliz, Fransız, Kanada Yüksek Mahkemesi ve Kebek hukuklarında durum bu şekildedir. Müesseseye başvurunun zikredilen sistemlerde, bir çocuğun korunması, taşıyıcı annelik yahut nafakadan anayasal bir meseleye kadar geniş bir çerçevede söz konusu olabilmektedir.

korumak amacıyla, bir görüş sunmak için mahkemeye başvuru talebinde bulunmasında göstermektedir[223].

Gerek onun bu ikili işlevi gerek mahkemeye sağladığı görüşün içeriği, müessesenin niteliğinin belirlenmesinde de etkili olmuştur. Mahkeme tarafından bir amicus curiae'ya başvurulması faraziyesinde genel yaklaşım, onun bir bilirkişi olmadığı yönündedir[224]. Zira, amicus curiae, hukukî bir konuda görüş sunabildiği gibi, bunu gerçekleştirmese dahi, sağladığı görüş, taraflar arasında uyuşmazlık bulunan somut bir vakıa meselesini değil, tersine davanın geneli ve ilişkili olduğu sosyal, toplumsal veya bilimsel konuları içermektedir. Ancak, mahkemeye salt bir görüş (bir uzmanlık bilgisinin) sağlanmasının bilirkişiliğin genel teorisi bakımından uygunluğu, öte yandan, bu bilgiyi sağlayan kimsenin, belli üst düzey bir takım nitelikleri barındırması karşısında, amicus curiae, bir itibar bilirkişisi olarak da ifade edilebilmektedir[225]. Onun diğer görünüm biçimi bakımından ise, amicus curiae'nın belli grupların menfaatini korumak amacıyla davaya katılması karşısında, bir tür yargısal lobicilik faaliyetinde bulunmakta olduğu görüşü yaygınlaşmıştır[226].

Bu kısa açıklamalar çerçevesinde Türk hukuku bakımından, onun uygulanabilirliği ne ölçüdedir? İlk olarak Hukuk Muhakemeleri Kanununun 266. maddesi, açık şekilde hukukî konularda bilirkişi görüşü alınmasını yasaklamaktadır[227]. Kanımızca bu maddenin muhatabı, salt ilk derece mahkemeleri değil, bölge adliye mahkemesi ve nihayet Yargıtay'dır. Ne var ki, meseleyi burada daha geniş bir çerçevede düşünmek gerekmektedir.

Nitekim, amicus curiae, karşılaştırmalı hukukta karşımıza çıkan örneklerden yola çıktığımızda, somut bir vakıa meselesine ilişkin olarak, onun hukukî değerlendirmesini yapan, bir sözleşmeyi yorumlayan, sözleşmesel veya bir haksız fiilden doğan ilişki çerçevesinde tarafların karşılıklı hak ve yükümlülüklerini tayin eden, kusur oranlarını belirleyen, miras paylaşımında oranları belirleyen bir kimse değildir. Bu nedenle amicus

---

[223] Amerika Birleşik Devletleri ile Kanada hukukunda ve nihayet uluslararası hukukta bu görünüm biçimine rastlamaktayız. Bu konuda ayrıca bkz. Menétrey (2010), n° 58, s. 49 vd. Patent ve marka hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıklar, göç, su hakları, yerli Amerikalılar hakkındaki uyuşmazlıklar bu çerçevede sayılabilecek örnekler arasındadır.

[224] Bkz. CA Paris, 21 juin – 6 juillet 1988, *Gaz. Pal.,* 1988.2.700. Ayrıca bkz. ve karş. Menétrey (2010), n° 93, s. 77. Woog ve Laurin (2005), n° 23; Leclerc (2005), n° 429, s. 335, Cornu ve Foyer (1996), s. 288.

[225] Nitekim bkz. D. Mazeaud (1995). L'expertise de droit à travers l'amicus curiae. *L'expertise (Dir.: M.-A. Frison-Roche ve D. Mazeaud)*. Paris: Dalloz, ss. 109 – 121, s. 111; Leclerc (2005), n° 429, s. 335.

[226] Genel olarak bkz. Encinas de Munagorri (2005), s. 88.

[227] Bu konudaki açıklama ve değerlendirmelerimiz için bkz. aşa. *Birinci Bölüm, 2.1* vd.

curiae, aslında hukukî konuda bilirkişi incelemesine başvurulmasının veya söz konusu yasağı dolanmanın bir yol veya yöntemi değildir.

Amicus curiae tarafından sağlanan hukukî görüş, somut hukukî meseleden ziyade, pozitif düzenlemelerde açıklık bulunmayan bir hukukî meseleyi, hatta ilkeyi içermelidir[228]. Nitekim burada sağlanan görüş, uygulamada daha sonra karşılaşılacak meseleler bakımından da yol gösterici olmalıdır.

Hiç şüphe yok ki, burada akla Türk Medenî Kanununun 1. maddesinin üçüncü fıkrası gelmektedir. Gerçekten de, hâkimin karar verirken bilimsel görüşlerden yararlanacak, hatta davayı aydınlatma ödevi çerçevesinde bir ölçüde bunu gerçekleştirmek zorunda olması, amicus curiaenın Türk hukuku bakımından uygulananabilirliği yönünde kanımızca önemli bir argümandır.

Nihayet, bu uygulamanın aslında Türk hukukuna yabancı olmadığı görüşündeyiz. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulunun 1989 yılında vermiş olduğu bir içtihadı birleştirme kararı, kanımızca tipik bir amicus curiae uygulamasıdır[229]. Somut olayda hukukî mesele, ceza yargılaması sırasında gündeme gelen, imzalı boş bir kâğıdın anlaşmaya aykırı şekilde doldurulduğu vakıasının tespitinde, serbest delil sisteminin mi yoksa senede karşı senetle ispat kuralının mı uygulanacağıdır. Genel Kurul raportörü, inceleme sırasında *S. Erman*, *N. Kunter, B. Kuru, E. Özgen* gibi hukuk profesörlerinden görüş istemiştir. Sunulan görüşler üzerine, Genel Kurul, aynı istikametteki kimi içtihatları[230] ve *Kuru*'nun görüşünü takip etmiş ve ceza mahkemesinin bu faraziyede hukuk mahkemesinde uygulanacak olan usûl, yani senetle ispat kuralıyla bağlı olacağına karar vermiştir. İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu, somut olayda, karmaşık bir hukukî mesele bakımından saygın ve tanınmış hukukçulardan görüş almıştır. Üstelik kurul, hukuk profesörlerinin önemli kısmının verdiği görüşle kendini bağlı tutmamış ve farklı gerekçeyle farklı bir karara ulaşmıştır.

Ancak, amicus curiaenın bu işlevi, onun kural olarak hem istisnaî hem de esasen kanun yolları aşamasında başvurulabilecek bir müessese olduğunu ortaya koymaktadır. Bununla birlikte, şayet söz konusu mesele salt üst düzey bir uzmanlık bilgisinin, bilimsel veya toplumsal, sunulması ise, burada kanımızca herhangi bir sınırlandırma söz konusu olmaksızın, yargılamanın her aşamasında, bahsedilen nitelikleri taşıyan bir

---

[228] Bu konuda özellikle bkz. Mazeaud (1995), s. 114 vd.
[229] İBGK, 24.3.1989 T., 1988/1 - 1989/2, (*KBİBB*) (RG 05.02.1990, sa. 20424).
[230] İBK 2.4.1941 T., 19/12; CGK 19.3.1986 T., 464/126; 9. CD, 24.9.1985 T., 3520/3982 (*KBİBB*).

kimseye başvurulması mümkündür. Nitekim bu son faraziyede, aslında yerine getirilen faaliyet, tipik bir bilirkişi incelemesi olarak da nitelendirilebilecektir.

1.3.3. Bilirkişi incelemesinin hukukî niteliği

1.3.3.1. Genel olarak

Bilirkişi incelemesi ve görüşü bakımından tartışılması gereken şey, bunun bir delil yahut geniş anlamda bir ispat aracı olup olmadığıdır. Kanımızca, bilirkişi incelemesi ve bilirkişi tarafından sunulan görüşün hukukî niteliğinin, bilirkişi süjesinden ayrı değerlendirilmesi gerekmektedir. Aksi yönde bir yaklaşım geliştirmenin, incelemenin hukukî niteliğinin belirlenmesinde yeterli olmadığı görüşündeyiz. Burada iki temel gerekçemiz bulunmaktadır. Bunlardan *birincisi,* yukarıda da dile getirdiğimiz üzere, bilirkişi kavramı[231], temsililik niteliğinden yoksun olması nedeniyle, bir delil olarak adlandırılmaya elverişli değildir[232]. Bu itibarla, öğretide kimi zaman karşılaşılan "*bilirkişi delil*" biçiminde tezahür eden terim[233] ile murat edilen, kanımızca her ne kadar bilirkişi tarafından sağlanan "delil" yahut inceleme veya görüş olsa da, ifade bu yönüyle yanıltıcı olabilmektedir. Bilirkişinin bir süje olarak vasfının, hâkim yardımcısı olmaktan ibaret oluşu karşısında, bahsedilen terimin bu şekilde kullanılmasının yerinde olmadığı düşüncesindeyiz.

İkinci olarak, Türk hukuku bakımından bilirkişi incelemesine ilişkin hükümlerin, Hukuk Muhakemeleri Kanununda, yürürlükten kalkan Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu döneminde olduğu gibi, ispat ve delillere ilişkin kısımda, tanık beyanından sonra gelecek şekilde düzenlemesi yolu seçilmiştir[234]. Nitekim kanun koyucu, bilirkişinin "*oy ve görüşünün*" diğer "*delillerle*" birlikte serbestçe değerlendirileceğini düzenlemekle (bkz. HMK m. 282), aslında bu konudaki tercihini de göstermiş

---

[231] Bkz. yuk. *Birinci Bölüm, 1.3.2.1.*

[232] Bkz. Atalay (2009), s. 135. Ayrıca bkz. ve karş. Atalı (2011), s. 148. Karş. Bettex (2006), s. 10, dn. 30.

[233] Örneğin bkz. K. Yıldırım (2004). Bilirkişi delilin mukayeseli hukuk ve Türk hukukundaki durumu. *Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı.* Ankara: TBB, ss. 833 – 841, s. 833 vd.

[234] Bu yaklaşım benzer şekilde İsviçre Federal Medenî Usûl Kanunu bakımından da söz konusudur. İsviçre hukukunun farklı yönü, İsviçre kanun koyucusunun bilirkişi incelemesine ilişkin hükümlere keşif icrasından (inspection) sonra yer vermekte oluşudur.

olmaktadır. O hâlde burada esas alınması gereken *inceleme* ve bu inceleme kapsamında sunulan *görüştür*.

Ancak, burada hangi tercihte bulunursa bulunulsun, bilirkişi incelemesi birbirinden farklı görünüm biçimlerine bürünmekte, bilirkişiye tevdi edilen görev bir vakıa tespitinden, kapsamlı bir inceleme ve değerlendirmeye kadar değişik hususları konu edinebilmektedir. Bu nedenle, bilirkişi, ister hâkim yardımcısı olarak hâkime ait bir takım fonksiyonları yerine getirsin ister bu konuda taraflarca görevlendirilsin, yargılama faaliyetine sunduğu nihaî katkı, onun kimin tarafından görevlendiriliyor olması değil, yerine getirilen faaliyetin temel yapısı, bu faaliyetin görünüm biçimleri ve nihayet, faaliyet neticesinde ortaya konulan hususlar bakımından sorgulanmalıdır[235]. Bu sorgulamayı gerçekleştirebilmek için ise, ilk olarak, bilirkişi incelemesinin hukukî niteliği üzerindeki görüşler hakkında kısa bazı açıklamalarda bulunduktan sonra, kendi yaklaşımımız çerçevesinde meseleyi tartışmayı uygun buluyoruz.

Bilirkişi incelemesinin niteliği konusunda ifade edilen hususlar, iki noktada toplanmaktadır. Bu iki nokta arasındaki ayrılık, hukuk düzenlerinin meseleyi ele alış biçimi nedeniyle ortaya çıkabildiği gibi, aynı hukuk sistemi bakımından değerlendirmede bulunan yazarlar da, birbirinden farklı görüşler ifade edebilmektedir.

İlk görüş, bilirkişi incelemesini, doğrudan doğruya, *bir delil, yani bir ispat aracı* addetmektedir. Türk medenî usûl hukukunda, Hukuk Muhakemeleri Kanunu öncesi dönemde, tartışmalar özellikle bilirkişi kavramı üzerinde yoğunlaşıyorsa da, öğretinin bir kısmı bilhassa inceleme ve bilirkişi tarafından sağlanan görüşe işaret etmektedir[236]. Öte yandan İsviçre hukukunda da, bilirkişi incelemesi, genellikle bir ispat aracı olarak kabul edilmektedir[237]. Bununla birlikte İsviçre hukukunda, konuya ilişkin genelde

---

[235] Karş. Bettex (2006), s. 11.

[236] Örneğin bkz. medenî usûl hukuku bakımından delil olanın bilirkişi raporu olduğunu ifade etmekle, doğrudan görüşe işaret eden Atalı (2011), s. 149. Ayrıca bkz. Belgesay (1944), s. 544. Buna karşılık rapor ile birlikte genel olarak bilirkişiliği bir delil addeden Ö. Ulukapı (2001). Bilirkişi raporu ve bilirkişi raporunun delil değeri. *Bilirkişilik sempozyumu. Samsun, 9-10 Kasım 2001.* Ankara: TBB Yayınları, ss. 291 – 315, s. 292 vd., 306, 307; Kılıçoğlu (1986), s. 647; Ancak karş. Atalay (2009), s. 135. Nitekim biraz yukarıda ifade ettiğimiz gibi, kanun koyucu da, Kanunun 282. maddesinde, bilirkişi görüşünün diğer delillerle birlikte değerlendirileceğine vurgu yapmaktadır.

[237] Bkz. ve karş. Bettex (2006), s. 10, 11; J. Castella (1992). Le juge et l'expert, Modalités de leur collaboration. *Mélanges en l'honneur de Louis Lombard.* Genève: Sociéte de contrôle fiduciaire, ss. 9 – 20, s. 9; A. Morin (2011). Responsabilité de l'expert dans un procès civile. *La preuve en droit de la responsabilité civile (Ed.: C. Chappuis ve B. Winiger).* Zurich: Schulthess, ss. 53 – 70, s. 63 vd.; D. Esseiva ve J.-B. Zufferey (2009). L'arbitrage et la médiation dans les procédures de marchés public et privés. *Droit de la construction,* ss. 44 – 50, s. 46; Vouilloz (2009a), s. 583; N. Jeandin (2011). Incidences des nouvelles règles de procédure sur le procès en responsabilité civile. *La preuve en droit de*

fazlaca bir açıklamada bulunulmadığını görmekteyiz. Açıklamada bulunan yazarlar ise, bilirkişilik faaliyetinin vakıanın ispatı amacına yöneldiğini ifade etmekle yetinmektedir[238].

İkinci görüş ise, bilirkişi incelemesinin *tahkikat kapsamında başvurulan bir inceleme* ve özellikle *bir delil ikame yöntemi* olduğu yönündedir. Bu yaklaşım esasen Fransız hukuk sisteminin meseleyi ele alış biçiminin bir sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır. Nitekim bu hukuk sisteminde bilirkişi incelemesinin hukukî niteliği, diğer tahkikat inceleme yöntemleri arasında ve Fransız Medenî Kanununda sayılan deliller (*ispat şekilleri – modes des preuves)* karşısında ele alınmaktadır[239]. Bu yapı içerisinde bilirkişi incelemesi, geleneksel olarak bir delil değil, fakat bir bilgilendirme yahut inceleme yöntemi biçiminde tanımlanmaktadır[240].

Ancak Fransız hukukçuları da, bu yaklaşım çerçevesinde, inceleme kapsamında aktarılan görüşün niteliğini, bu anlamda ispat aracı olmak fonksiyonunu dışlamamaktadır. Gerçekten de, onun Fransız Medenî Usûl Kanununda genel olarak delillerin ikamesi faslında yer alıyor olmasından kaynaklı olarak, bilirkişi tarafından gerçekleştirilen bu inceleme yöntemi de, hukukî niteliği itibariyle, *bir adlî delil ikamesi yöntemi şeklinde* değerlendirilmektedir[241]. Yine, Fransız ve Belçika hukukunda bazı yazarlar da, bilirkişi incelemesini *özgün bir ispat türü* olarak nitelendirmektedir[242].

---

la responsabilité civile (Ed.: C. Chappuis ve B. Winiger). Zurich: Schulthess, ss. 71 – 94, s. 79, 82; G. Bovey (2011). Le juge face à l'expert. *La preuve en droit de la responsabilité civile (Ed.: C. Chappuis ve B. Winiger).* Zurich: Schulthess, ss. 95 – 116, s. 96, 97; Burnand (2004), s. 89.

[238] Bettex (2006), s. 10. Yazar burada nitekim bilirkişinin bir hâkim yardımcısı, bilirkişi incelemesinin ise bir delil olduğunu ifade etmektedir. Ayrıca bkz. ve karş. yuk. *Birinci Bölüm, 1.3.2.1.*

[239] Fransız hukukunda klasik anlamda ispat araçları yani deliller genel olarak Fransız Medenî Kanununda düzenlenirken (Art. 1341 vd., C.civ. français), delillerin ikamesi, Medenî Usûl Kanununda yer almakta (bu konudaki açıklamalar için ayrıca bkz. Konuralp (2008), s. 14), nihayet bilirkişi incelemesine de, tahkikat inceleme yöntemleri (*mesures d'instruction*) arasında yer verilmektedir. Ayrıca bkz. ve karş. Leclerc (2005), n° 350, s. 268 vd.; J. Ph. Levy (1981). Les classifications des preuves dans l'histoires du droit. *La preuve en droit (Ed. Ch. Perelman ve P. Foriers).* Bruxelles: Bruylant, ss. 27 – 58, s. 54 vd.; Jeuland (2004), s. 506; Diaz (2008), n° 04.11, s. 20; Rousel ve Hertzog (1955), s. 9; Héron ve Le Bars (2006), n° 1079, s. 857.İtalyan hukukunda ise, benzer şekilde, bilirkişi Medenî Usûl Kanununda hâkim yardımcıları arasında düzenlenmekte (bkz. Art. 61 vd., C.p.c.), onun tarafından yerine getirilen inceleme ise, yine Fransız hukukunda olduğu gibi delil ikamesine ilişkin hükümler arasında kendisine yer bulmaktadır (bkz. Art. 191 vd., C.p.c.).

[240] Ayrıca bkz. Bourgeois, Julien ve Zavaro (1999), n° 149, s. 90.

[241] Örneğin bkz. Leclerc (2005), n° 355, s. 272 vd.; J. Devèze, M. Cozian ve M. Petitjean (1991). *Contentieux et expertise (2e éd.).* Paris: Litec, n° 540, s. 201; Janville (2004), n° 735, s. 450; Cadiet ve Jeuland (2006), n° 572, s. 371; Diaz (2008), n° 04.11, s. 20. Nitekim bu hukuk sistemini takiben Belçika öğretisinde de bu yaklaşımın dile getirildiğini görüyoruz (örneğin bkz. Closset-Marchal (1994), s. 9, 10). Buna karşılık bahsedilen hukuklar bakımından özel olarak bilirkişi tarafından sağlanan görüş üzerinde de durulmaktadır. Nitekim bilirkişi raporunun ispat değerinin bir belirti (emareden) (*valeur indicative*) ibaret olduğu da dile getirilmektedir. Örneğin bkz. R. De Briey ve B. Petit (2009). Le déroulement de

İkinci görüşün, arada bazı nüanslar bulunmakla birlikte, Türk ve İsviçre hukuklarında, fakat meseleyi ceza hukuku bağlamında ele alan yazarlar tarafından da dile getirildiğini görmekteyiz[243]. Nitekim buna göre, bilirkişi incelemesi bir delil elde etme, delile ulaşma (hatta bir delili değerlendirme) yöntemidir[244]. Bununla birlikte ceza hukukçuları, kimi hâllerde[245] bilirkişi raporunun bir ispat aracı niteliğine büründüğü de ifade edebilmektedir. Bu çerçevede bilirkişi raporu, incelemenin niteliğine göre bazen hem bir değerlendirme aracı, hem bir delil teşkil edebilmektedir[246]. Ancak ceza yargılaması hukukçuları arasındaki hâkim yaklaşım çerçevesinde, delil olan şeyin, bilirkişi incelemesi sonucunda ulaşılan, tespit edilen ve değerlendirilen veriler olduğunu ifade etmek mümkündür[247].

Nihayet bu konuda bizde oluşan kanaat de, ne bilirkişi incelemesinin ne de görüşünün tek başına bir delil olduğu yönündedir. Bu görüşümüzü somutlaştırabilmek için, meseleyi ispat hukukuna ilişkin temel bazı kavramlar çerçevesinde değerlendirmemiz gerekmektedir.

Nitekim ispat, "*bir önermenin doğruluğu hakkında kanaat verilebilmesi için bir nedenselliğin ortaya konulması*"[248] anlamına gelmektedir. Bu anlamda ispata yönelik

---

l'expertise. *L'expertise judiciaire: des reforms aux pratiques (Dir.: J.-Fr. Van Drooghenboeck ve R. De Briey).* Waterloo: Kluwer, ss. 37 – 87, n° 51, s. 67. Öte yandan İsviçre hukukunda *Vouilloz* da, bilirkişi incelemesinin bir ispat aracı olduğunu ifade etmekle beraber, onun keşif gibi bir aydınlatma aracı olduğu hususunu da eklemektedir.

[242] Bkz. Fransız hukuku bakımından M. Aydalot (1987). *L'expertise comptable judiciaire.* Paris: PUF, s. 12 (T. Janville (2004). *La qualification juridiques des faits, T. II.* Paris: PUF, n° 735, s. 450, dn. 2'den naklen). Ayrıca bkz. Cadiet, Normand ve Amrani-Mekki (2010), n° 259, s. 857 vd. Belçika hukuku bakımından bkz. Mignolet (2009), n° 1, s. 39.

[243] Genel olarak bkz. ve karş. Öztürk ve Erdem (2008), s. 486; Centel ve Zafer (2008), s. 264, 265. *Centel* ve *Zafer* ayrıca bilirkişi incelemesini, keşif ile birlikte "belirti delilleri" altında mütalâa etmektedir (bkz. s. 262). Ayrıca bkz. Özbek (2006), s. 642; Ünver ve Hakeri (2009), s. 232 vd.; Yıldız (2006), s. 277, 278; Dönmez (2007), s. 1148 vd.; Dülger (2007), s. 672 ve dn. 27'de anılan yazarlar. Toplu bir bakış için ayrıca bkz. Y. Öntan (2011). *Ceza muhakemesi hukukunda bilirkişilik.* Ankara: Yüksek Lisans Tezi, AÜSBF, s. 10 vd., yazarın bilirkişi görüşünün bir delil teşkil etmediği istikametinde vardığı sonuç için bkz. s. 14. İsviçre hukukunda da, *Piquerez,* bilirkişi incelemesinin "*dar anlamda bir delil değil, fakat bir delil değerlendirme aracı"* olduğunu ifade etmektedir. Bkz. G. Piquerez (2006). *Traité de procédure pénale suisse.* Zurich-Bâle-Genève: Schulthess, s. 791. Nitekim bu görüş, bir önceki görüş gibi, bir inceleme yöntemine işaret ediyor olması bakımından dikkat çekicidir.

[244] Ayrıca bkz. "*...Bilirkişi düşüncesi delil değildir. Delil hakkında bir açıklamadır. Bir başka anlatımla delillerin değerlendirilmesi vasıtasıdır. Delil, bilirkişinin incelemesi gerekli olan şeydir..."*1. CD, 1.3.1991, 391/559 (*LegalBank*).

[245] Örneğin otopsi yahut vücutta alkol incelemesi yapılması gibi.

[246] Bkz. Gürelli (1967), s. 18, 19. Ayrıca bkz. ve karş. *243 nolu* dipnotta anılan yazarlar.

[247] Buna ilişkin olarak bkz. Centel ve Zafer (2008), s. 265; Özbek (2006), s. 635; Yıldız (2006), s. 269. Ayrıca bkz. Ceza Muhakemesi Kanununun 64. maddesinin gerekçesi: "*Bilirkişiliğin kendisi bir delil olmamakla birlikte, bilirkişi incelemesi sonucu elde edilen delil, iz, eser ve emare delildir"*

[248] Konuralp (1999), s. 8. Ayrıca bkz. ve karş. Mouralis (2011), n° 1, s. 5; X. Lagarde (1994). *Reflexions critiques sur le droit de la preuve.* Paris: L.G.D.J., n° 48, s. 80, 81.

faaliyet, bir şeyin yahut bir kabulün gerçek olduğunun gösterilmesine hizmet etmektedir[249]. Mesele hukukî bakımdan değerlendirildiğinde de bu tanım değişmemekte, ancak buradaki mesele, hâkimin bir vakıa iddiasının gerçekliği konusunda ikna edilmesi söz konusu olmaktadır[250]. Nihayetinde ispat faaliyetinde, hâkime üzerinde değerlendirmelerde bulunup, bir kanaate varacağı çeşitli vasıtalar sağlanmaktadır. Öte yandan, ispat faaliyeti, kimi zaman doğrudan, kimi zaman ise dolaylı şekilde gerçekleşmektedir[251]. Nitekim, bilirkişi incelemesine geldiğimizde de, müessese uygulama alanını, uyuşmazlık konusu vakıanın ispatına yönelik faaliyet esnasında bulmaktadır[252]. Bu bağlamda bilirkişi incelemesinin, senet, tanık beyanı ve keşif icrası ile birlikte, gerek doğrudan gerek dolaylı ispat[253] faaliyetinde söz konusu olması pekâlâ mümkündür[254]. O hâlde bilirkişi incelemesinin ispat faaliyetindeki yeri bakımından bir tereddüt yoktur.

---

[249] Mouralis (2011), n° 1, s. 5. Ayrıca bkz. buna muhtemel göstermeyi de ekleyen J. Carbonnier (1962). *Droit civil. T. I.* Paris: PUF, s. 156; M. Planiol ve G. Ripert (1954). *Traité pratique de droit civil français (2e éd.).* Paris: L.G.D.J., s. 156.

[250] Bu anlamda hukukî bakımdan ispat ile murat edilen şey yargısal ispat olup (Mouralis (2011), n° 1, s. 5; Konuralp (2008), s. 2), ona ilişkin genel geçer bir tanımlamayı öğretide *Atalay* şu şekilde vermektedir: "*(Y)argılama sürecinde taraflarca iddia edilen veya hâkimce re'sen gözetilecek olan ve talep konusunu düzenleyen, uygulanacak hukuk normunun koşul vakıalarını karşılamaya elverişli somut vakıa iddialarının doğruluğu konusunda hâkimde kanaat uyandırmak üzere yapılan faaliyeti ifade eder".* O. Atalay (2009). Delil kavramı üzerine. *Halûk Konuralp anısına armağan, C. I.* Ankara: Yetkin, ss. 129 – 138, s. 129. Ayrıca bkz. Carbonnier (1962), s. 156; Planiol ve Ripert (1954), s. 156. Öte yandan hukukî bakımdan ispat kavramının hâkimi ikna etmeye yönelik bir faaliyet olduğu konusunda bkz. ve karş. Postacıoğlu (1975), s. 527; Konuralp (1999), s. 9; Umar ve Yılmaz (1980), s. 2; R. Savatier (1967). *La théorie des obligations.* Paris: Dalloz, n° 175, s. 245; P. Foriers (1981). Introduction au droit de la preuve. *La preuve en droit (Ed. Ch. Perelman ve P. Foriers).* Bruxelles: Bruylant, ss. 7 – 26, s. 17; Başözen (2010), s. 12. Ayrıca bkz. Kuru (2001), s. 1966 vd.; Pekcanıtez, Atalay ve Özekes (2011), s. 419 vd.; Alangoya, Yıldırım ve Deren Yıldırım (2011), s. 293 vd.; Cadiet, Normand ve Amrani-Mekki (2010), n° 250, s. 835.

[251] Öğretide genel kabul gören yaklaşım dâhilinde, doğrudan ispat, uyuşmazlık konusu vakıanın, doğrudan ve aracısız şekilde, söz konusu vakıaya uygulanabilir inandırıcı vasıtalarla ortaya konulmasıdır. Dolaylı ispat ise, bu faaliyetin emarelerle gerçekleştirilmesidir. Genel olarak bkz. ve karş. Mestre (1937), s. 2; Yıldırım (1990), s. 121; Atalay (2001), s. 7; Başözen (2010), s. 17. Ayrıca bkz. Konuralp (2009), s. 19.

[252] Bkz. Mestre (1937), s. 2 ve 3. Ayrıca bkz. Konuralp (2007), s. 320.

[253] Burada kastettiğimiz emarenin yan vakıayı ispata elverişli bir vasıta olmakla birlikte özel ve teknik bilgiyi gerektirmesi hâlidir. Öte yandan emarenin hukukî niteliği konusundaki farklı görüş ve tartışmalar için bkz. Yıldırım (1990), s. 121; O. Atalay (1999). *Emare ispatı.* Manisa BD, ss. 7 – 22, s. 9 vd.; Konuralp (1999) s. 19.

[254] Bkz. Mouralis (2011), n° 507, s. 68. Ayrıca bkz. ve karş. Atalay (2001), s. 7; Atalay (2009), s. 130. Buna karşılık öğretide savunulan bir görüşe göre, doğrudan ispat ile dolaylı ispat faaliyeti arasındaki ayrım, hâkimin söz konusu ispat vasıtalarını doğrudan, bir aracı olmaksızın ele alıp almadığına, salt kendi otoritesi altında gerçekleşip gerçekleşmediğine yapılmalıdır (bkz. Mestre (1937), s. 2 vd.) Bu görüşü savunan *Mestre,* geçen yüzyılın ortalarına doğru kaleme aldığı çalışmasında, bilirkişi, hâkimin iddia edilen vakıayı kavramasına ve değerlendirmesine imkân sağlayacak bir uzmanlık bilgisini aktarmakla yetindiği sürece bunun doğrudan ispat, buna karşılık, hâkimin bir yerde inceleme yapılması ve tespit edilen hususları aktarmakla görevlendirmesi durumunda hâkimin bu konudaki yetkisini bilirkişiye

Buna karşılık, ikinci temel kavram olan *delil* bakımından mesele nasıl değerlendirilmelidir? Klasik tanımıyla delil, ispat için başvurulan araçtır[255]. Burada ilk dile getirmemiz gereken şey, bir hususun delil olarak adlandırılmasının, her şeyden önce onun *temsilî* bir niteliğe sahip bulunmasına bağlı olduğudur. Burada "*temsil*" edilen "*şey*", geçmişte yaşanmış olan uyuşmazlık konusu vakıadır. Buna göre, delil, temsilî niteliği sayesinde ileri sürülen vakıa iddiasının gerçekleşmiş olduğu konusunda hâkime kanaat verici olmalıdır[256]. İkinci mesele ise, delilin güvenilir olmasıdır[257]. Bilirkişi incelemesi bakımından güvenilirlik, sağlanan özel ve teknik bilginin niteliği bakımından tartışılacak bir hususdur[258]. Buna karşılık bilirkişi incelemesinin tek başına temsilî bir niteliği kanımızca yoktur. Burada temsili niteliği olan şey, yani delil, bilirkişi incelemesinin kendisi değil, bilirkişi incelemesinin konusunu oluşturan bir malzeme, belge, taşınmaz, DNA ve benzeri hususlardır[259]. Bu nedenle bilirkişi, ister bir tespitte ister bir sonuç çıkarma faaliyetinde bulunsun, incelemenin kendisi bakımından amaç, kural olarak delili elde etmeye yöneliktir.

Bilirkişinin sağladığı görüş bakımından da ulaştığımız sonuç aynıdır. Bilirkişinin görüşü veya raporu da, tek başına bir delil vasfına sahip değildir[260]. Zira, hâkim, bilirkişinin tespit ettiği veya fikrî değerlendirmelerinden elde edilecek bilgi neticesinde vakıayı ve diğer delilleri değerlendirebilecek konuma gelmektedir[261]. Bilirkişi raporu, esas itibariyle bir delil değilse de, bu raporun içerisinde delil olarak nitelendirilebilecek

---

devretmiş olduğu ve bunun dolaylı ispat kapsamında değerlendirilmesi gerektiği görüşünü dile getirmektedir (Mestre (1937), s. 3, 5). Ancak doğrudan – dolaylı ispat, faaliyetin asıl (uyuşmazlık konusu) veya yan (komşu) vakıalara ilişkin olmasına göre belirlendiğinden bu görüşe katılmak mümkün gözükmemektedir. Diğer yandan, hâkim bilirkişiyi kendisinin yer almadığı bir inceleme ile görevlendirse dahi, bilirkişinin kendisine sunmuş olduğu tespit ve sonuçlar dâhilinde, iddia edilen vakıanın sabit olup olmadığına karar veren son tahlilde yine hâkimdir.

[255] Bkz. ve karş. Konuralp (2008), s. 5; Bilge ve Önen (1978), s. 492. Türkçenin bu bağlamda zengin kabul edilebilecek yönü, gerek faaliyet, gerek faaliyette kullanılan araç ve nihayet faaliyetin amacına ulaşması durumunda, farklı kavramların kullanılmasına imkân tanımakta olmasıdır. Gerçekten de, ispat faaliyetinde kullanılan araçlar genel olarak "delil" şeklinde ifade edilirken, bir hususun ispatlanmış olması, onun yargısal bakımdan sübut bulması, sabit olması anlamına gelmektedir. Nitekim sabit olma, sübut bulma, ispatlanmış olmaktan gelmektedir. Ayrıca bkz. Atalay (2009), s. 129, 130. İspat ve delil sözcükleri arasındaki ayrımın İngilizcede de *proof* ve *evidence* biçiminde tezahür etmesi bakımından bkz. Konuralp (2008), s. 5, dn. 13.

[256] Nitekim bu niteliğin esas itibariyle belge ve tanık beyanında olduğu konusunda bkz. Konuralp (2008), s. 10; Ansay (1957), s. 269, 270.

[257] Konuralp (2008), s. 10.

[258] Bkz. aşa. *Üçüncü Bölüm, 2.3.1.*

[259] Bkz. Konuralp (2008), s. 12.

[260] Nitekim bkz. Atalay (2009), s. 135. Aksi yönde Atalı (2011), s. 148.

[261] Atalay (2009), s. 135; Mestre (1937), s. 5, 6. Bu yazarlar, davada çekişmeli vakıa ile teması olmayan, vakıayı yansıtma, onu temsil özelliği bulunmayan bilirkişinin dar anlamda delil olarak değerlendirilmesinin mümkün olmadığını ifade etmektedir. Nitekim bkz. yuk. *Birinci Bölüm, 1.3.2.1.*

hususlar pekâlâ bulunabilmektedir. Bir başka deyişle delil olan, rapor değil, raporda yer alan hususlardır[262]. Nihayet bilirkişinin değerlendirmeleri, inceleme çerçevesindeki maddî bulguları ortaya koymakla sınırlıdır. Örneğin, bir çalışmanın gereği gibi yapılıp yapılmadığı, bir senetteki imzanın, ilgili kişiye ait olup olmadığının tespiti vb. Başka bir söyleyişle bilirkişi bu bulgulardan ortaya çıkan hukukî sonuca dair bir fikir beyan edemez. Diğer taraftan bilirkişi her ne kadar, incelemesinin bir parçası olarak üçüncü kişileri dinleyebilecek olsa dahi, bunlar tarafından dile getirilen açıklamaların değeri konusunda bir görüş bildiremez. Zira bahsedilen hususlar delillerin değerlendirilmesine ilişkin bir mesele olup, tamamen hâkime aittir[263]. Bu durum karşısında bilirkişi görüşü, tek başına bir beyan; raporu ise, tek başına adi bir belge niteliğinde olup, temsili niteliğe haiz olan hususlar, o görüş ile birlikte sunulan malzemeye, şayet bu görüş yazılı olarak sunulduysa, mahkemeye sunulan bilirkişi raporuna içkindir.

Bir diğer husus, bilirkişinin salt bir uzmanlık bilgisini (veya özel yahut meslekî bir tecrübe kuralını) aktarmakla yetinmesi faraziyesinde, hâkime sağlanan bu bilgi, bir diğer deyişle tecrübe kuralı da, delil niteliğine sahip değildir. Tecrübe kuralı veya uzmanlık bilgisi, sadece hâkime delilleri değerlendirmek konusunda elverişli bir imkân sağlar[264]. Zira somut uyuşmazlık bakımından ispatı, aslında daha doğru bir ifadeyle sübut bulması gereken vakıa, kural olarak, tek başına söz konusu tecrübe kuralı yahut aktarılan bilgi değildir. Tersine, vakıanın iddia edilen şekilde olup olmadığı, bu bilginin uygulanması neticesinde belli olacaktır.

Ancak burada, mahkemeye sunulan görüşü de kapsayacak şekilde bilirkişi incelemesinin hukukî niteliği konusunda bir tercihte bulunmamız gerekmektedir. Buna ilişkin bir tercihte bulunurken, *ispat yöntemi* ve *ispat aracı* kavramlarının üzerinde, ayrıca durmak gerektiği düşüncesindeyiz. Her iki kavram ile kastedilen, ilk bakışta deliller gibi gözükmekteyse de, ispat yönteminin biraz daha geniş bir içeriğe sahip olduğunu kanısındayız. Nitekim, vakıaların veya hukukî işlemlerin ispatına hizmet eden her türlü şey, nihayet taraflarca bu amaçla sunulan her türlü ispat malzemesi, aslında ispat aracı veya yöntemiyle murat edilen hususlar arasındadır. Ancak genel olarak ispat faaliyetinin yol ve tarzına ilişkin olan ispat yöntemi kavramını, buna dâhil olan yol ve

---

[262] Karş. Taşpınar (2001), s. 356.
[263] Ayrıca bkz. Bourgeois, Julien ve Zavaro (1999), n^{o} 149, s. 90.
[264] Ayrıca bkz. Taşpınar (2001), s. 356, 357; Yıldırım (1990), s. 117. Nitekim bunların vakıa ile hukuk ayrımı arasında yeri bakımından bkz. aşa. *Birinci Bölüm, 2.3.2.2.*

biçimlerin tümünü kapsayacak şekilde *geniş anlamda;* diğer yandan delil ve delil elde etme kavramlarına karşılık gelen unsurları ifade etmek üzere ise, ispat aracı kavramını düşünmek ve değerlendirmek mümkün olmalıdır[265].

Bu anlamda ispat yöntemi ve aracı kavramları arasındaki ince sınıra rağmen, bilirkişi incelemesini, kural olarak tahkikat aşamasında gerçekleşen ve bilirkişinin gerçekleştirdiği tespitler sonucunda hâkime uyuşmazlık konusu vakıa hakkında bir değerlendirmede bulunma imkânını sunan, teknik veya fikrî bir inceleme, hatta bilgi elde etme yöntemi olarak ifade etmemiz mümkündür[266]. Bu itibarla bilirkişi incelemesi, bir inceleme yöntemi olarak, her ne kadar dar anlamda bir ispat aracı, yani bir delil olarak nitelendirilmeye elverişli değilse de, delili elde etme ve onu değerlendirme imkânını sağlamaya yöneldiğine göre, onu geniş anlamda bir ispat aracı olarak nitelendirmemiz gerekecektir.

Bu ispat aracı, zamansal bakımdan kural olarak, taraflar arasında uyuşmazlığın doğmasından sonra kendisini göstermektedir. Bu itibarla, bilirkişi incelemesi, gerçekten de belge gibi önceden oluşturulan bir ispat aracı değildir. Bilirkişi incelemesinin söz konusu olabilmesi için yargısal bir süreç gerekmektedir. Bu anlamda bilirkişi incelemesi, önceden oluşturulmuş bir delil değildir[267]. Aynı şekilde bilirkişinin vakıa ile olan ilişkisi, bu vakıa gerçekleştiği anda, bir tanık bakımından olduğu gibi, tesadüfî de değildir. Bilirkişi incelemesi, *a posteriori* bir ispat aracıdır[268].

Varılan bu sonuç, onun keşif icrasıyla birlikte re'sen başvurulan bir inceleme yöntemi olarak düzenlenmiş olmasını da, kanımızca daha anlamlı kılmaktadır. Zira son tahlilde, bilirkişi incelemesi bir ispat vasıtasıyla karşılaştırılacaksa, bu tanık beyanından ziyade, keşif icrası olmalıdır[269]. Zira, bilirkişi incelemesi, bir eşya, belge, hatta bir

---

[265] Nitekim Fransızcada, ispat yöntemine (veya yoluna) karşılık gelen, *mode de preuve* kavramı ile esas itibariyle bir ispat aracının (yani *moyen de preuve*) ikamesi biçiminin anlaşılması bakımından bkz. Cadiet, Normand ve Amrani-Mekki (2010), n° 250, s. 836. Ayrıca bkz. ve karş. G. Cornu (2009). *Dictionnaire juridique (8e éd)*. Paris: Quadrige/PUF, s. 601. İspat yöntemi, daha çok, ispat faaliyetinde uygulanan usûle karşılık gelmektedir. Bu anlamda, doğrudan – dolaylı ispat, asıl ispat – karşı ispat, tam ispat – yaklaşık ispat gibi kavramlar ile murat edilen ispatın yöntemi olmaktadır.

[266] Bkz. ve karş. Bourgeois, Julien ve Zavaro (1999), n° 149, s. 90; Cadiet, Normand ve Amrani-Mekki (2010), n° 250, s. 236.

[267] Bkz. Cadiet, Normand ve Amrani-Mekki (2010), n° 259, s. 857 vd. Ayrıca bkz. Carbonnier (1962), s. 156.

[268] Carbonnier (1962), s. 156.

[269] Bkz. ve karş. Dumoulin (2007), s. 118, 119; Vouilloz (2009a), s. 583; Konuralp (1999), s. 10 – 12.

kimse üzerinde gerçekleştirildiğinde, teknik olarak keşif icrasına benzer bir işlev söz konusu olmaktadır[270].

Ancak burada bilirkişi incelemesinin niteliği konusunda hangi görüş tercih edilirse edilsin, bu tercihin sonuçlarının genel itibariyle teorik düzeyde kaldığını düşünüyoruz. Zira, onu bir delil veya delil elde etme yöntemi yahut geniş anlamda bir ispat aracı addetmek, bilirkişi tarafından sunulan görüşün, aktarılan bilginin veya yapılan tespitin mahkeme tarafından ne şekilde değerlendirileceği konusunda bir değişiklik yaratmamaktadır[271]. Gerçekten de, hemen tüm medenî usûl hukuku düzenlemeleri bakımından ortak olan husus, bilirkişi görüşünün hâkimi bağlamadığı, yani bu görüşün hâkim tarafından serbestçe değerlendirildiğidir[272].

1.3.3.2. Benzer kurumlarla karşılaştırılması

Bu başlık altında ilk olarak, bilirkişi incelemesini, benzer bir müessese olan hakem-bilirkişilik karşısında ele alacağız. İkinci olarak ise, bilirkişilik faaliyetinin bazı yabancı ülke hukuklarında, alternatif uyuşmazlık çözüm yolları ve noterlik faaliyeti çerçevesinde tartışılıyor olması karşısında, bu tartışmalar üzerinde duracak ve bazı değerlendirmelerde bulunmaya çalışacağız.

İlk olarak, hakem-bilirkişilik faaliyetini, hem mahkeme tarafından tayin edilen bilirkişi hem Hukuk Muhakemeleri Kanununun 293. maddesinde düzenlenen uzman görüşü, yani taraf bilirkişiliği bakımından ele almak gerektiği kanısındayız:

Hakem-bilirkişilik[273] müessesesinin niteliği öğretide tartışmalıdır. Esasen bizim açımızdan bu konudaki tartışmaları yeniden irdelemek çalışmamızın kapsamında yer

---

[270] Bu hâllerde bilirkişi, hâkim yardımcısı sıfatıyla, hâkimin gözü ve kulağı olarak, bir şeyi yerinde incelemekte, uyuşmazlığın çözümü için gerekli her türlü bilgiyi toplamakta, uyuşmazlık konusu vakıanın genel görünümünü, neden ve sonuçlarını hâkime sunmaktadırBkz. Dumoulin (2007), s. 118, 119. Bu bağlamda bilirkişinin asıl olarak yerine getirdiği görev gereğince, bir şey üzerinde inceleme yapması söz konusu olabildiği gibi, onun hâkim tarafından da bir keşif icrası vesilesiyle, sahip olduğu uzmanlık bilgisi nedeniyle de görevlendirilmesi mümkündür (ayrıca bkz. m. 288).

[271] Fransız hukuku bakımından aynı şekilde bkz. ve karş. Cadiet, Normand ve Amrani-Mekki (2010), n 250, s. 836.

[272] Bu konuda bkz. aşa. *Üçüncü Bölüm, 2.3.1* ve devamındaki açıklamalar.

[273] Hakem-bilirkişilik kavramının iki yönü bulunmaktadır. Bu faaliyet öncelikle, tarafların aralarındaki bir vakıa meselesi yahut hukukî ilişki hakkında, kendilerini bağlayıcı nitelikte tespitlerde bulunması veya bir görüş sunması için, uzmanlık bilgisine sahip bir üçüncü kişiyi görevlendirmelerine imkân tanıyan özgün bir usûlî müessese (genel olarak bkz. *Message relatif au code de procédure civile suisse* (2006), s. 6933. Aynı şekilde J.-B. Zufferey (2011). L'expertise, l'expertise-arbitrage et le témoignage-expertise. http://www.unifr.ch/droita dmi nistratif / assets/files/Doc_cours/CI_procedure/Cours10/Expertise

almamaktadır. Bununla birlikte, bizi ilgilendirdiği ölçüde, birkaç cümleyle konu üzerinde duracak olursak, hakem-bilirkişilik sözleşmesinin hukukî niteliği bakımından üç görüş öne çıkmaktadır. Birincisi sözleşmenin maddî hukuk, ikincisi usûl hukuku karakterli olduğu ve nihayet üçüncüsü ise, karma nitelikte olduğu yönündedir[274].

Bu anlamda, maddî hukuk teorisini savunan yazarlar, meseleyi daha çok hâkimin delilleri serbestçe değerlendirmesi ilkesi çerçevesinde ele almaktadır[275]. Buna karşılık Türk[276] ve İsviçre öğretisinde[277] yine belli ölçüde taraftar sahibi olan görüş, hakem-bilirkişilik sözleşmesinin bir usûl hukuku sözleşmesi, hatta doğrudan bir ispat sözleşmesi olduğu yönündedir[278].

_arbitrage.pdf (Son erişim: 30 Ağustos 2011), s. 3. Ayrıca bkz. ve karş. Bettex (2006), s. 16; Yeşilırmak (2011), s. 24, 28; D. Brown-Berset ve M. Scherer (2007). III. Les modes alternatifs de règlement des différends: état des lieux. *Journées suisse du droit de la construction*. Fribourg: Institut pour le droit suisse et international de la construction, ss. 268 – 278, s. 276), öte yandan diğer yönü itibariyle, bahsedilen görevin yerine getirilmesi için taraflar arasında yapılan bir sözleşme (hakem-bilirkişilik sözleşmesi) biçiminde tanımlanabilmektedir (nitekim hakem-bilirkişilik sözleşmesinin tanımı konusunda bkz. J. Thorens (1968). L'expertise-arbitrage en droit suisse et en droit allemand. *SJ,* ss. 601 – 612, s. 602; Taşpınar (2001), s. 142; M. Schöll (2006). Réflexions sur l'expertise-arbitrage en droit suisse. *Bulletin de l'Association suisse de l'arbitrage (ASA).* ss. 621 vd., s. 621; Yeşilırmak (2011), s. 28; Vouilloz (2009a), s. 584.

[274] Bu görüşlerin leh ve aleyhindeki argümanların, başta bazı temel yargılama ilkeleri, delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesi ile tasarruf ve taraflarca hazırlama ilkeleri, diğer taraftan, müessesenin pozitif düzenlemelerde ne şekilde ele alındığı yahut etki ve sonuçları bakımından hangi müessese çerçevesinde değerlendirilebileceği çerçevesinde ortaya konulduğunu görmekteyiz. Bu görüşler bakımından toplu bir bakış için bkz. N. Deren-Yıldırım (1994). Hakem-bilirkişi sözleşmesinin hukukî mahiyeti ve delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesinin vazgeçilmezliği. *İÜHFM, C. LIV, S. 1-4,* ss. 321 – 330, s. 321 vd.; Taşpınar (2001), s. 143 vd.; Thorens (1968), s. 603 vd.; Bettex (2006), s. 18, 19.

[275] Genel olarak bkz. İsviçre hukukunda Thorens (1968), s. 608. *Habscheid,* kitabının Fransızca versiyonunda maddî hukuk görüşünü savunmakta (bkz. Habscheid (1981), s. 551, 552), buna karşılık kitabının daha sonra kaleme aldığı Almanca versiyonunda usûl sözleşmesi olduğunu ifade etmektedir (W. Habscheid (1990). *Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisaitonsrecht.* 2. Aufl., Basel & Frankfurt: Helbing & Lichtenhahn, s. 520'den nakleden Bettex (2006), s. 18, dn. 67). Türk hukukunda bkz. bu görüşü dile getiren Deren-Yıldırım (1994), s. 328. İsviçre Federal Mahkemesi kararlarında da hakem-bilirkişilik sözleşmesinin geleneksel olarak bir maddî hukuk sözleşmesi olarak kabul edildiğini görüyoruz. Örneğin bkz. "*...Hakem-bilirkişilik maddî hukuka ilişkin bir sözleşmedir...*" ATF 17.11.2008, 4A_438/2008; ATF 5.7.2011, 4A_254/2011 (*Swisslex*). Buna göre sözleşme ve etkisi temellerini, tarafların dava konusu hakkında sahip oldukları yetkide bulmakta, bu vesileyle hâkimin delilleri takdir yetkisi de ortadan kalkmamış olmaktadır. Bkz. Thorens (1968), s. 608; Deren-Yıldırım (1994), s. 328.

[276] Bkz. Yeşilırmak (2010) , s. 29 ve orada anılan yazarlar.

[277] Bu hukuk sistemi bakımından bkz. Guldener (1979), s. 598. Yazar açıkça ispat sözleşmesi görüşünü dile getirmektedir. Ayrıca bu görüşte olan diğer bazı yazarlara işaret eden Bettex (2006), s. 18, dn. 69.

[278] Yürürlükten kalkan 1086 sayılı Kanunda olduğu gibi, Hukuk Muhakemeleri Kanununda da, hakem-bilirkişiliği düzenleyen bir hüküm bulunmamaktadır. Böyle bir düzenlemenin yokluğu, yazarların hakem-bilirkişilik sözleşmesini genellikle münhasır bir delil sözleşmesi, yani bir usûl sözlemesi olarak kabul etme sonucuna yönlendirmiştir. Nitekim bu yaklaşımın altında yatan neden de, hakem-bilirkişilik sözleşmesinin varlığı hâlinde, tarafların bir başka delil göstereyemecek oluşlarıdır. Toplu bir bakış için bkz. Yeşilırmak (2011), s. 29 ve başta Kuru (2001), C. III, s. 2899; Pekcanıtez, Atalay ve Özekes (2011), s. 477 olmak üzere bkz. aynı sayfa dn. 74'de işaret edilen yazarlar. Ayrıca bkz aynı yönde M. Atalı (2011). *Medenî usûl hukuku.* Eskişehir: Anadolu Ü., s. 132. Diğer taraftan İsviçre Federal Medenî Usûl Kanununda da müessesenin açıkça düzenlenmekte olması da, bu anlamda dikkat çekicidir. Ne var ki bu

Nihayet Türk hukuku, hakem-bilirkişilik konusunda açık bir düzenlemeye sahip bulunmasa da, bu sözleşmenin karma karakterine vurgu yapan görüşün de önemli olduğu düşüncesindeyiz[279]. Buna göre hakem-bilirkişilik faaliyetinin ortaya konulması ve hakem-bilirkişi raporunun değerlendirilmesi usûl hukukuna, buna karşılık, hakem-bilirkişilik sözleşmesinin şartları ve geçersizliği konusu, maddî hukuka ilişkindir[280]. Nitekim, meselenin hem sözleşmesel boyutuna, hem de onun bir inceleme yöntemi olduğu vakıasına işaret etmesi karşısında, hakem-bilirkişilik sözleşmesinin karma bir nitelik taşıdığı yönündeki görüş bize de makul gözükmektedir[281].

Nihayet, bilirkişilik ve hakem bilirkişilik arasındaki ortak ve farklı noktalar da, kanımızca bu görüş çerçevesinde kolayca belirlenebilmektedir: İlk olarak, hakem-bilirkişi tarafından yapılan tespit yahut sunulan görüşten farklı olarak, bilirkişi incelemesi taraflar ve mahkeme için, hiçbir surette bağlayıcı değildir. Nitekim aynı husus, taraflarca tayin edilen bir uzman, özel bilirkişi tarafından yerine getirilen inceleme bakımından da aynıdır[282].

Konu bakımından ise hakem-bilirkişilik faaliyeti, bir vakıa meselesi kadar hukukî bir meseleyi de konu edinebilir. Buna karşılık bilirkişi incelemesinin konusunu hukukî bir meselenin oluşturması mümkün değildir (bkz. m. 275). Bilirkişi incelemesi, HMK m. 275'te işaret edilen şartlar var olduğu müddetçe, konu bakımından her tür davada başvurulabilecek bir inceleme yöntemiyken, kişisel haklara ilişkin meselelerde hakem-bilirkişiliğe başvurulamaz[283]. Nihayet, hakem bilirkişi reddedilemez[284]; öte yandan mahkeme, hakem-bilirkişinin vermiş olduğu görüşe müdahale edemez. Bir diğer deyişle

---

durumun varlığı, yani salt bir meselenin usûl yahut maddî hukuka ilişkin bir kanunda düzenleniyor olması ona düzenlendiği alanda bir nitelik atfedebilmek için yeterli değildir (bkz. Bettex (2006), s. 19).

[279] Bu konuda özellikle bkz. Taşpınar (2001), s. 149 vd.; Bettex (2006), s. 18, 19.

[280] Bettex (2006), s. 19.

[281] Nitekim hakem-bilirkişiliğe tamamen bir maddî hukuk niteliği atfetmek, onun usûlî bir müessese, özel olarak bir ispat aracı olmaması karşısında hakem-bilirkişi tarafından yerine getirilecek inceleme sırasında hukukî dinlenilme hakkına riayet zorunluluğunu ortadan kaldırabilir. Buna karşılık, tek başına usûl hukuku görüşünün savunulması ise temeldeki sözleşmenin niteliği bakımından tartışma yaratır niteliktedir.

[282] Bkz. Bettex (2006), s. 19. Ancak bu durum, hakem-bilirkişi kararlarına karşı tarafların herhangi bir yola başvuramayacakları anlamına da gelmemektedir. Hakem-bilirkişiliğin işlevi bağlamında İsviçre öğretisinde *Vouilloz,* bir delil tespiti gibi, hakem-bilirkişi tarafından sunulan görüş sayesinde, davayı kazanma şansı bulunmadığını gören tarafın dava açmaktan veya sürdürmekten sarfınazar edebileceğini ifade etmektedir (bkz. Vouilloz (2009a), s. 584.

[283] Bkz. Vouilloz (2009a), s. 585.

[284] Vouilloz (2009a), s. 585. Ancak bu durum, raporun tarafsız bir şekilde hazırlanması zorunluluğunu ortadan kaldırmamaktadır (nitekim bkz. CPC Suisse, art. 189, al. 3).

mahkemenin rapor üzerineki yetkisi, kendi tayin ettiği bilirkişi tarafından sunulan görüşe göre son derece sınırlıdır[285].

Hakem bilirkişilik sözleşmesinin şart ve geçerliğinin maddî hukuka ilişkin olması, Türk hukuku bakımından uzman görüşünü (diğer deyişle taraf bilirkişiliğini) akla getirse de[286], her iki müessese bakımından ciddî farklılıklar bulunmaktadır. Benzerliklerden ilki, her ikisinde de (*hakem*/*taraf*) bilirkişiler(*i*) ile bunları tayin eden taraflar arasındaki ilişki borçlar hukuku hükümlerine göre gerçekleştirilmektedir. Bu anlamda, bilirkişi incelemesinin kapsamı ve usûlü konusundaki tercih, taraflara aittir. Taraf bilirkişisince yerine getirilen incelemenin, aynen hakem-bilirkişilikte olduğu gibi, bir olgu (vakıa) meselesi kadar, hukukî meseleyi de konu edinebilmesi ise, diğer bir benzerliktir[287].

Ne var ki bu iki müessese arasında ciddi farklılıklar bulunmaktadır. Gerçekten de, taraf bilirkişiliğinden farklı olarak hakem bilirkişilikte, tek bir taraf değil, hukukî ilişkinin her iki tarafınca, önceden hakem-bilirkişiliğe başvuru konusunda ortaya konulan bir ortak irade ve yine bu ortak irade neticesinde bilirkişinin görüşünün bağlayıcı olarak kabul edilmesi söz konusudur[288]. Buna karşılık, taraf bilirkişisinin (uzmanın) görüşü, kural olarak bir delil kabul edilmemekte, davanın taraflarından birince ileri sürülen iddia kapsamında sunulan bir belge biçiminde değerlendirilmektedir[289].

İkinci olarak, alternatif uyuşmazlık çözüm yolları[290] ile bilirkişilik faaliyeti birlikte anıldığında bir tereddüt doğması normaldir. Zira geleneksel olarak iki müessese

---

[285] Hakem bilirkişilik sözleşmesinin içeriği bakımından sadece açıkça hakkaniyete, ağır derecede eşitliğe aykırı, keyfi ve yetersiz olması durumunda, yine yanlış, hatalı bir fiilî duruma dayanması hâlinde karşı konulabilir. Bkz. Vouilloz (2009a), s. 585.

[286] Uzman (özel bilirkişi) ile taraflar arasındaki ilişkinin hukukî niteliği konusunda bkz. yuk. *Birinci Bölüm,* 1.3.2.2.2.

[287] Bu ayrım konusunda bkz. aşa. *Birinci Bölüm, 2* ve devamındaki alt başlıklarda yer alan açıklamalar.

[288] İsviçre hukukunda bu farklılığa işaret eden Schöll (2006), s. 629.

[289] Taraf bilirkişisi (m. 293 anlamında uzman) tarafından sunulan görüşün ispat değeri konusunda bkz. aşa. *Üçüncü Bölüm, 2.4.2.*

[290] Alternatif uyuşmazlık çözümlerinin, yabancı hukuk sistemlerinde, özellikle Anglo-Amerikan hukukunda eski ve köklü bir geçmişe sahip olmasına karşın Türk hukuku bakımından nispeten yeni bir kavram olduğunu söylemek mümkündür. Bu konudaki genel açıklamalar için bkz. Konuralp (2001), s. 492 vd.; S. Sarısözen (2011). *Uyuşmazlıkların alternatif çözüm yolları ışığında avukatlık hukukunda uzlaştırma.* Ankara: Yetkin, s. 51 vd. Nitekim alternatif uyuşmazlık çözüm yolları ile ilgili akademik çalışmaların ve tartışmaların da özellikle 1990'lardan itibaren yaygınlaştığını görmekteyiz. Gerek bu bağlamda, gerek konunun kendisi hakkında geniş açıklama için bkz. M. Özbek (2004). *Alternatif uyuşmazlık çözümü.* Ankara: Yaklaşım, s. 83 vd., s. 116 vd. Ayrıca bkz. Konuralp (2001), s. 495. Bu bağlamda yapılan ilk düzenleme şüphesiz 2001 yılında Avukatlık Kanununa eklenen 35/A maddesiyle getirilen *uzlaştırma* müessesesidir (Avukatlık Kanunu m. 35/A bağlamında uzlaştırma müessesesi için

arasında birlikte anılmaya engel olacak temel farklılıklar mevcuttur. İlki, devlet yargısına alternatif olarak, tarafların karşılıklı anlaşmaları suretiyle bir mahkeme kararına ihtiyaç duymaksızın bir uyuşmazlığın çözümünü hedeflemekteyken, ikincisi, bir vakıa meselesi hakkında bilgi sağlamakla sınırlıdır[291]. Başka bir deyişle, bilirkişinin bir arabulucu yahut uzlaştırıcı anlamında bir işlevi bulunmamaktadır. Bilirkişi mahkemeye bir görüş bildirir; söz konusu görüş tarafları veya hâkimi bağlamadığı gibi, hâkim tarafından kısmen veya tamamen reddedilebilir.

Temel yaklaşım bu olmasına rağmen, bilirkişiye tarafları uzlaştırma görevinin tevdi edilebilip edilemeyeceğinin, bazı yabancı ülke hukuklarında tartışıldığını ve kimi pozitif düzenlemelerin de, olumlu veya olumsuz, konusunu oluşturduğunu görmekteyiz. Nitekim ilk yaklaşım, bilirkişilik görevinin bu çerçevede değerlendirilebileceği yönünde olup, Belçika hukukunda bilirkişi, görevi kapsamında tarafları uzlaşmaya da teşvik etmek zorundadır. Buna göre, Belçika Yargılama Kanunu, bilirkişinin tarafları uzlaştırmaya çalışması, bu yönde girişimde bulunması gerektiğini tereddüte yer bırakmayacak şekilde düzenlemektedir (bkz. CJ, art. 977)[292]. Buna karşılık Fransız hukukunda ise, bilirkişinin tarafları uzlaştırmak yolunda bir faaliyete girişmesi Fransız Medenî Usûl Kanununun 240. maddesinde açık bir şekilde yasaklanmış bulunmaktadır.

Burada bir hukuk düzeninde bunun tanınırken, hatta bilirkişiye bir ödev olarak yükleniyorken, bir diğerinde bunun tersine bir düzenlemenin bulunuyor olması dikkat çekicidir. Aslında bilirkişi incelemesinin taraflar arasında bir uzlaşma veya sulhü teşvik

---

genel olarak bkz. Konuralp (2001), s. 494, 495; Sarısözen (2011), s. 100 vd.). Ne var ki bu müessesenin uygulaması son derece sınırlı kalmış; bundan beklenen fayda sağlanamamıştır (ayrıca bkz. Sarısözen (2011), s. 294 vd.). Nitekim müessese üzerine yapılan tartışmalar ve çeşitli akademik çalışmaların ertesinde, yargısal bir gerçeklik ve ihtiyaç olduğu gerekçesiyle (bkz. http://www.kgm.adalet.gov.tr/tbmmkom/ arabuluculuk.pdf.) Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu hazırlanmış ve kabul edilmiştir.

[291] J.-J. Israel (2001). L'expert et la médiation en matiere administrative – l'expert peut-il désigné en qualité de médiateur?", *L'expertise devant le juge administratif – Mission, rôle et responsabilité de l'expert, Colloque du 12 décembre 2001*. Paris: Revue Experts, ss. 109 – 111, s. 109. Ayrıca bkz. ve karş. Konuralp (2001), s. 495 vd.; Sarısözen (2011), s. 120, 121. Diğer yandan yabancı hukuk öğretisinin bir kısmında rastladığımız husus, bilirkişi incelemesinin tahkimle de karşılaştırılmasıdır. Burada tahkimde görev alan kimseler gibi bir uzman olan bilirkişinin yerine getirdiği faaliyetin bir hükümle taraflar arasındaki uyuşmazlığı çözmeyi amaçlamadığı, bilirkişinin tahkim mahkemesinde görev alanlardan farklı olarak kendi yetki ve görevi hakkında karar verme yetkisine sahip olmadığı; nihayet bilirkişinin sadece maddi vakıa tespitlerinde bulunmak veya hâkime teknik konuda bir görüş vermekle görevlendirildiği hususlarına vurgu yapılmaktadır (örneğin bkz. G. Closset-Marchal (1994). Considérations générales sur l'expertise. *L'expertise (dir.: J. Gillardin ve P. Jadoul).* Bruxelles: Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, ss. 9 – 23, s. 10).

[292] İtalyan hukukuna baktığımızda da uzlaştırma yolunun, bilirkişinin, bu hukuk sistemindeki ifade biçimiyle, mahkeme tarafından görevlendirilen *teknik danışmanın* görevlerinden biri olduğunun kabul edildiğini görüyoruz. Bkz. M. Conte (2005). *Le prove civili*. Milano: Giuffrè Edittori, s. 436, n^{o} 17.4. vd.

edebileceği noktasında dile getirilen hususlar, özellikle Fransız ve Belçika hukuklarında çok da farklı değildir. Nitekim bahsedilen ülke hukuklarında bilirkişi incelemesinin başlangıcından itibaren, inceleme süreci boyunca söz konusu olacak toplantılarda, bilirkişinin taraflar ve onların vekilleri ile bir araya gelmesinin, nihayet elde edilen tespitlerin bu kimselere bildirilmesinin davanın taraflarını aralarında belli bir çözüme, bu anlamda bir sulhe yaklaştırdığı genel olarak kabul görmektedir[293].

İki müessese arasındaki ilişki bağlamında tartışılmış bir diğer konu ise, bilirkişiliğin bizatihi kendisinin belli bazı hâllerde bir alternatif uyuşmazlık çözümü işlevini taşıyıp taşıyamayacağıdır. Esasen konu burada bir kez daha, bilirkişi incelemesinin sonuçları itibariyle bir sulh anlaşmasına veya uzlaşmaya tarafları teşvik edebileceği faraziyesiyle de ilgilidir. Bununla birlikte, kurumsal bakımdan böyle bir işlevin açıkça tanınıp tanınamayacağı noktasında mesele, öğretide ilk olarak *Konuralp* tarafından 2001 yılındaki *Bilirkişilik Sempozyumunda* tartışmaya açılmıştır[294].

Yazar, genel olarak bilirkişi görüşünün hükme ağırlıklı şekilde etkili olduğu, yani belirleyici olduğu bazı uyuşmazlık türleri, bu anlamda kira bedelinin tespiti, kamulaştırma bedeline itiraz edilmesi hâlleri bakımından, bunların alternatif uyuşmazlık çözümüne tâbi kılınabileceği görüşünü dile getirmektedir[295].

Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının teorisi etrafında yapılabilecek böyle bir tartışma, bu tür bir eğilimin ve buna yönelik olarak getirilebilecek düzenlemelerin hukuk uygulaması bakımından getirebileceği faydalar bakımından anlamlı kabul edilebilir[296]. Ne var ki, böyle bir faraziyede, somut uyuşmazlık bakımından normal şartlar altında bilirkişi olarak tayin edilebilecek bir uzmana böyle bir fonksiyonun yüklenmesi durumunda, uzman kişi bir karar vermekle, daha açık bir deyişle yargılama

---

[293] Bkz. ve karş. Belçika hukuku bakımından, Mignolet (2009), n^{o} 109, 110, s. 132, 133. Fransız hukuku bakımından, Rousseau ve De Fontbressin (2008), s. 199; Redon (2011), n^{o} 519, s. 66.

[294] H. Konuralp (2001). Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları ve bilirkişilik. *Bilirkişilik sempozyumu.* Samsun, 9 – 10 Kasım 2001, Ankara: TBB, s. 489 vd.

[295] Konuralp (2001), s. 503. Öte yandan, kamulaştırmadan kaynaklı uyuşmazlıkların devlet mahkemelerinden ziyade, bağımsız komisyonlar tarafından mal değerinin takdiri gibi yollarla çözülmesi konusunda önerilerin bir başka çalışma vesilesiyle daha sonra da dile getirildiğini görmekteyiz (bkz. Elveriş, Jahic ve Kalem (2009), s. 64).

[296] Nitekim gerçekten de, uyuşmazlığın alternatif bir şekilde çözülmesi çabası içerisinde, tarafları uzlaştırma yahut arabulucu görevini üstlenen kimsenin, ilgili vakıa meselesi hakkında uzman olmasının, aynı vakıa meselesi bakımından devlet mahkemesine başvurulmamasının yarattığı olumlu etkilerin yanı sıra, bu yargılamada ayrıca bilirkişi incelemesine başvurulmasından ve nihayetinde bu incelemenin ortaya çıkardığı giderler, masraflar ve nihayet zaman kaybından da tarafları kurtarabildiği de ifade edilebilmektedir. Bu konuda ayrıca bkz. G. Ildır (2004). Alternatif uyuşmazlık çözümü ve hak arama özgürlüğü. *Prof. Dr. Bâki Kuru armağanı.* Ankara: TBB, ss. 385 – 401, s. 389.

fonksiyonunu gerçekleştirmekle görevlendirilmiş olacaktır. Meselenin bu yönü, onu bilirkişilik faaliyetinden ayrı bir yerde değerlendirmeyi gerektirmektedir[297].

Nihayet *üçüncü ve son olarak, noterlik faaliyeti* ve bilirkişilik de, ilk bakışta bir arada anmaya elverişli gözükmemektedir. Bununla birlikte, bazı yabancı hukuk düzenlerinde rastladığımız, kimi uyuşmazlık ve işlerde normalde bilirkişiye tevdi edilebilecek olan bir görevin bir noter tarafından yerine getirilmesi biçimindeki bazı düzenleme ve uygulamalar, öte yandan Türk hukukunda Noterlik Kanununun 61. maddesi bağlamında söz konusu olan vakıa tespitlerinde bulunulması hâlleri, üzerinde durmaya değer birer mesele meydana getirmektedir.

İlk olarak, Fransız hukukunda ve İsviçre Federal Medenî Usûl Kanunu öncesinde Vaud Kanton hukukunda rastladığımız noterlere ait bilirkişi incelemesi (expertise notariale) ve bu çerçevede bilirkişi-noter (notaire-expert) olarak ifade edilen kavramlar üzerinde birkaç cümleyle de olsa durmak istiyoruz:

Noterler bahsedilen sistemlerde geleneksel işlevleri haricinde çeşitli şekillerde görevlendirilebilmektedir. Örneğin, Fransız hukukunda bir malın değerinin belirlenmesi gereken her durumda noterin bu amaçla görevlendirilebildiğine dikkat çekilmektedir[298]. Ancak burada diğer hâllere göre daha ön plânda olan ve tartışılan konulardan birincisi genellikle boşanma davalarında malvarlığı rejiminin tasfiyesinde (C. civ. français, art. 255, al. 9, 10; CPC/VD, art. 373), ikincisi ise, mirasçılar arasında açılan paylaştırma davalarında, noterlerin bilirkişi olarak görevlendirilmesi biçiminde ortaya çıkmaktadır (CPC/VD, art. 570)[299].

Nitekim, noterin boşanma davalarındaki işlevi bakımından özellikle Fransız hukuku karşılaştırmalı hukuk açısından dikkat çekicidir. Bu işlev iki şekilde söz konusu

---

[297] Gerçekten de, uzman, bir karar vermekle görevlendirildiği noktada, bilirkişi vasfını kaybetmektedir. Bkz. Encinas de Munagorri ve Leclerc (2009), s. 210, 211.

[298] Örneğin kamulaştırmada, kira hukukunda vs… Bkz. Diaz (2008), n° 42.62, s. 133.

[299] Bu konu Fransız hukukunda takip eden paragraflarda da yararlandığımız çeşitli çalışmalarda ele alınmış bulunmaktadır. Genel olarak bkz. J.-C. Brault (2002). Le notaire expert. *Répertoire du notariat Défrenois*. N° 18, s. 1115, 37597, n° 1 vd.; O. Gazeau, H. Lemaire ve F. Vancleemput (2010). Rôles du notaire. *JurisClasseur Notarial Formulaire.* V° Divorce, Fasc. 100, özellikle n° 32 vd. Héron ve Le Bars (2006), n° 1085-1; P.-J. Claux ve S. David (2008). Divorce: le notaire nommé expert au cours de la procédure. *Répertoire du notariat Défrenois*. N° 13, s. 1413, 38799, n° 1 vd.; A. Depondt (2006). Réflexions sur le rôle du notaire dans le nouveau divorce. *Répertoire du notariat Défrenois*. N° 23, s. 1815, 38494. Diğer taraftan İsviçre (Vaud Kantonu) hukukundaki uygulama hakkında *Bettex'in* doktora tezinde açıklamalara rastlamaktayız. Bkz. Bettex (2006), s. 25, 26. Diğer yandan mirasçılar arasındaki paylaştırma davalarında noterlerin işlevi konusunda hususî bir çalışma olarak ayrıca bkz. D. Tappy (2005). L'expertise notariale dans les procès en partage: passé, présent, avénir. *Mélanges de l'association des notaires vaudois. (éd: F. Bainchi)*. Zurich: Schulhess, ss. 121 – 135, s. 121 vd.;

olmaktadır. İlk olarak Fransız Medenî Kanununun 255. maddesinin dokuzuncu fıkrası uyarınca, aile mahkemesi hâkimi (*le juge des affaires familiales*), bir noter de dâhil olmak üzere nitelikli herhangi bir kimseyi iki hususta, bir envanter düzenlemesi ve/veya malvarlığı rejiminin tasfiyesi bakımından, tarafların karşılıklı çıkarları doğrultusunda önerilerde bulunması amacıyla görevlendirebilmektedir (bkz. C. civ. français, art. 255, al. 9)[300]. İkinci hâl ise Fransız Medenî Kanununun 255. maddesinin onuncu fıkrasında öngörülmüş olup biraz daha ilginçtir. Zikredilen madde uyarınca aile mahkemesi hâkimi – bu sefer Kanunda açıkça zikredilerek – bir noteri paylaşılacak hususların belirlenmesi ve malvarlığı rejiminin tasfiyesine ilişkin bir proje hazırlamakla görevlendirebilmektedir (bkz. C. civ., art. 255, al. 10). Bu madde karşısında noterin, hem bir bilirkişi hem bir uzlaştırmacı statüsünde olduğu ifade edilmektedir[301].

Noter bilirkişilik olarak ifade edilen faaliyetin ikinci görünümü, Vaud Kanton hukukunda miras paylaşımında tarafları uzlaştırmak ve mirastan doğan ortaklığın dostane bir çözüm yoluyla giderilmesini sağlamak; bu olmadığı takdirde, uyuşmazlıkta bilirkişi sıfatıyla görev yapmak biçiminde karşımıza çıkmaktadır[302]. Noterlere bu nev'iden bir görevin tevdi edilmesi, genel olarak kullanılan "bilirkişi-noter", "noter-teknisyen" ve "noter-bilirkişilik" terimleri bir tarafa, yerine getirilen görevin niteliğinin sorgulanmasına yol açmıştır[303]. Bu anlamda, öğretide dile getirilen husus, bilirkişi ve noter arasındaki benzerliğin, yerine getirdikleri görev bakımından olduğudur[304]. İki faaliyet arasındaki farkı ortaya koymak bakımından ifade edilen bir diğer husus da, noterlerin bilirkişi sıfatıyla görev yaptıkları takdirde hukukî konuda da görüş

[300] Ancak notere bu bahsedilen görevlerden hangisi tevdi edilmiş olursa olsun, burada asıl amaç, hâkimi boşanma davasının olası sonuçları hakkında bilgi sahibi kılmak, özellikle yoksulluk nafakasıyla alakalı olarak karar verebilmesi için onu aydınlatmaktır. Nitekim noter bu doğrultuda çözüm önerilerini içeren bir rapor hazırlamalıdır (bkz. Gazeau, Lemaire ve Vancleemput (2010), n° 33, 34; Depondt (2006), s. 1815). Bu faraziyede noter bir teknisyen olarak adlandırılmakta ve statüsel bakımdan bilirkişiye benzetilmiş olup, görevini yerine getirirken bilirkişinin tâbi olduğu sınırlara tâbidir (bkz. Gazeau, Lemaire ve Vancleemput (2010), n° 36).

[301] Gazeau, Lemaire ve Vancleemput (2010), n° 52. Aksi fikirde Depondt (2006), s. 1815. Aslında alternatif uyuşmazlık çözüm yolu ile bilirkişi incelemesi arasındaki ilişki faslında aktardığımız üzere, Fransız Medenî Usûl Kanununun 240. maddesi, bilirkişiye tarafları uzlaştırma görevinin verilmesini yasaklamıştır. Bu itibarla noterlerin biraz aşağıda değerlendirmeye çalıştığımız bilirkişi rolünden farklı olarak üstlenmekte olduğu uzlaştırmacı rolü ayrıca önem taşımaktadır.

[302] Bkz. Bettex (2006), s. 26; Tappy (2005), s. 130. Ne var ki Federal Medenî Usûl Kanununda Vaud Kantonuna özgü bu müesseseye karşılık gelen bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bununla birlikte bazı İsviçreli hukukçular, hâkimin Federal Kanunda açık bir düzenleme olmasa dahi noterleri yine de bilirkişi sıfatıyla tayin edebileceği görüşünü dile getirmektedir (bkz. Tappy (2005), s. 134, 135).

[303] Burada noter tarafından gerçekleştirilecek olan bu nev'iden faaliyetlerde bilirkişiliğe ilişkin hükümlerin kıyas yoluyla uygulanacağı öngörülmüştür Nitekim Vaud Kantonu medenî usûl hukuku bakımından bkz. Bettex (2006), s. 26.

[304] Bkz. Bettex (2006), s. 26, dn. 105.

bildirebilmekte olmalarıdır[305]. Son olarak, böyle bir faaliyet sırasında noterin de reddedilebileceği dile getirilen bir başka noktadır[306].

Bir diğer mesele ise, bu sefer Türk hukuku bağlamında, Noterlik Kanununun 61. maddesinde düzenlenmiş bulunan noterler tarafından yerine getirilen vakıa tespitleridir. Türk hukukunda meseleye ilişkin bakış açısı, noter tarafından yerine getirilen vakıa tespitlerinin delil tespiti niteliğinde olmadığı yönünde olsa da, bu durum, bahsedilen tespitlerin ispat faaliyetinde kullanılamayacağı, serbestçe değerlendirilemeyeceği anlamına gelmemektedir[307]. Gerçekten de, bir an için noterlik faaliyetinin işlevinin ispat faaliyeti bakımından ifade edilen işlevle bağdaşmayacağı görüşü ileri sürülebilirse de, noterliğe ilişkin olup da işlevi bu şekilde sınırlandıran bir genel ilke veya kuraldan bahsedilemeyeceği gibi, karşılaştırmalı hukukta noterlere tevdi edilen bilirkişilik görevleri de göz önüne alındığı vakit, meselenin aslında sadece bir tercih sorunu olduğu anlaşılmaktadır. Bu anlamda kanaatimiz, noterler tarafından yerine getirilen vakıa tespitlerinin de, bilirkişiler tarafından yerine getirilenler kadar, ispat gücüne sahip olduğu yönündedir.

2. Bilirkişi İncelemesinin Konusu ve Sınırları

2.1. Genel Olarak

Bilirkişinin görev alanı konusundaki geleneksel yaklaşım son derece açıktır. Buna göre bilirkişi incelemesinin konusunu sadece bir vakıa meselesi oluşturabilir. Bu nedenle, hâkim hukukî mesele hakkında bir bilirkişiden görüş isteyemeyeceği gibi, bilirkişi de hukukî bir mesele hakkında görüş bildiremez.

Ne var, ki bu yaklaşım ilk bakışta son derece basit ve açık gözükse de, meselenin teorik ve uygulamadaki görünümü, bunun aslında böyle olmadığını bize göstermektedir. Bu nedenle, bilirkişinin sadece vakıa meselesi hakkında görevlendirilebileceğini, buna karşılık hukukî konularda bilirkişiden görüş alınamayacağını ifade etmek ve bu itibarla

---

[305] Bkz. Bettex (2006), s. 26, nitekim yukarıda aktardığımız İsv. Federal Mahkemesi Kararında bu hususa da dikkat çekilmektedir; Tappy (2005), s. 130.
[306] Bettex (2006), s. 26.
[307] Özellikle bkz. S. Tanrıver (2010). İşlevsel açıdan noterlik kurumuna yeni bir vizyon kazandırılmasına yönelik bazı düşünceler. *Medenî usûl ve icra-iflâs hukukçuları toplantısı VIII. Abant 9 – 10 Ekim 2009.* Ankara: TBB Yayınları, ss. 495 – 521, s. 509, 510.

tartışmayı salt hukukî konularda bilirkişiliğin mümkün olup olamayacağı ile sınırlandırmak, bilirkişi incelemesinin konusu bakımından değerlendirmede bulunabilmek adına bize yeterli görünmemektedir. Sonuç olarak, burada bahsettiğimiz ayrım etrafında, bir takım hususların, bilirkişi incelemesi bağlamında tartışılması gerektiği düşüncesindeyiz.

Bu nedenle, ilk olarak yargısal altlama faaliyeti ve bu faaliyette bilirkişinin yeri[308], ertesinde ise kavramsal olarak vakıa ile hukuk ayrımı üzerinde durmak istiyoruz. Nitekim, bilirkişinin görevinin sınır sorununu, bu ayrım çerçevesinde, meseleye ilişkin temel ilkeler, pozitif metinler ve uygulama etrafında tartışmamız gerekmektedir. Nihayet tüm bunların sonunda vakıa ile hukuk ayrımı içerisinde bilirkişi incelemesinin konusu dâhilinde, kendi yaklaşımımızı da içeren bir değerlendirmede bulunmamız mümkün olabilecektir[309].

Bilirkişi incelemesinin konusu bağlamında üzerinde durulması gereken son bir konu ise, özel ve teknik bilgi kavramı, özel ve teknik bilginin niteliği ve içeriği ile bu bilginin yargılama bakımından taşıdığı önemdir. Bu konuyu da, bağımsız bir alt başlık altında değerlendirmeye çalışacağız[310].

2.2. Yargısal Altlama Faaliyeti Bakımından Bilirkişi İncelemesinin Yeri

2.2.1. Genel olarak yargısal altlama faaliyeti ve amacı

Genel olarak altlama veya bir diğer ifadesiyle tasım kavramı, son derece eski bir geçmişe sahip olup[311], temelde iki öncül ve bir sonuçtan meydana gelen tümdengelimsel bir çıkarım biçiminde tanımlanmaktadır[312]. Nitekim söz konusu faaliyet üç katî

---

[308] Bkz. aşa. *Birinci Bölüm, 2.2.*
[309] Bkz. aşa. *Birinci Bölüm, 2.3.*
[310] Bkz. aşa. *Birinci Bölüm, 2.4.*
[311] Tasım kavramı ilk olarak *Aristo* tarafından, "*içerisinde belli şeylerin ortaya konularak, bu ortaya konan şeylerden bir başkasının, bunların böyle olması açısından kaçınılmaz olarak sonuçlandığı bir 'uslamlama'"* biçiminde tanımlanmıştır. Bkz. Aristotoles (1998). *Birinci çözümlemeler (Çev.: A. Houshiary).* Ankara: Dost, nº 24b, s. 18 vd.
[312] Bkz. A. Cevizci (2005). *Felsefe sözlüğü.* İstanbul: Paradigma, s. 1596; R. Audi (ed.) (1999). *The Cambridge dictionary of philosophy.* Cambridge: Cambridge University Press, s. 894. Zaman içerisinde, tasım faaliyetinin genel olarak ikiye (veya üçe) ayrıldığı kabul edilmiştir. Bunlar, kategorik (catégorique) ve kategorik olmayan yani varsayımsal (hypothétique) ve ayrık öncüllü (disjonctif) tasımdır. Ancak bu bahsedilen tasım türleri arasında çalışma konumuzu ilgilendirecek olanı, kesin veya başka bir ifadeyle *kategorik tasım faaliyeti*dir. Öte yandan varsayımsal tasım, öncüllerin ve sonucun da varsayımsal olduğu,

önermeden oluşmaktadır: Bunlar biri büyük, diğeri küçük olmak üzere iki önerme (öncül) ve nihayet bu önermelerden (öncüllerden) doğan bir sonuçtan ibarettir. İşte bu tasımın geçerliliği, içeriğindeki önermelerin (öncüllerin) mantık kurallarına bağlılığı ile sağlanmaktadır. Zira bu mantıkî bağlanma sayesinde, varılan sonucun yanlış olması imkânsız hâle gelmektedir. Yine iki negatif öncülden bir sonuç ortaya çıkmayacağı gibi, iki pozitif öncülden de negatif bir sonuç doğmayacaktır[313].

Aristo mantığının ve sonrasında tasım teorisinin hukuk dünyasındaki etkisi son derece önemli olmuştur. Genel kabul gördüğü üzere, yargılama sonucunda hükme ulaşma çabası, esas itibariyle mantıksal bir tasım çalışmasıdır[314].

Gerek hukuk gerek ceza yargısı ve gerek idarî yargı bakımından karar, hâkim tarafından dava boyunca gerçekleştirilen ve giderek derinleşen fikrî bir sürecin ürünüdür[315]. İşte bu fikrî süreç bakımından tasım yahut altlama, hâkim tarafından gerçekleştirilen bir tür usavurma, bir diğer söyleyişle doğru bilinen yahut doğruluğu kabul edilen önermelerden hareketle bir sonuca varma, bir akıl yürütmedir[316]. Yani bu anlamda yargısal karara ulaşılması, bahsedilen usavurma neticesinde sağlanmaktadır[317].

Ne var ki bilimsel altlama faaliyeti, bir tür kesinlik gücüne, hatta kudretine sahipken, yargısal faaliyet, bilimsel faaliyetten farklı olarak, "muhtemel" önermelere dayanan ve bu "muhtemel" önermelerden muhtemel bir sonuca varan diyalektik bir altlama faaliyetini içermektedir[318]. Bu bağlamda yargısal altlama faaliyetinde yer alan büyük önerme, altlama bakımından uygulanacak hukuk kuralından ibarettir. Küçük önerme ise, hukuk kuralının uygulanması için zorunlu bir veya birden fazla koşul vakıaya karşı gelen ve mahkemece sabit görüldüğü takdirde bağlayıcı olacak olan somut

---

ayırıcı tasım ise, büyük önermenin ayrım (ayırıcı), diğerinin ise alternatiflerden birinin olumsuzu olup, bir diğer alternatife karar vermeye imkân veren küçük önerme olduğu tasım yöntemidir (bkz. Leclerc (2005), n° 96, s. 79, dn. 42; Cevizci (2005), s. 1596; Audi (1999), s. 894;).

313 Bkz. Audi (1999), s. 894, 895; Leclerc (2005), n° 96 dn. 43. Ayrıca bkz. Cevizci (2005), s. 985.

314 Bkz. Ö. Sivrihisarlı (1978). *Hukuk yargılamasında maddi hukuka ilişkin temyiz nedenleri ve yargıtay denetiminin kapsamı*. İstanbul: İÜHF, s. 19 vd.; Leclerc (2005), n° 97, s. 80 vd.; B. Gürdoğan (1967). *Özel hukuk alanında maddi hukuk ve yargılama usûlü yönünden yargıcın takdir hakkının yargıtayca denetlenmesi, deneme.* Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, s. 8 vd.; M. Göksu (2009). Hukuk yargılamasında vakıa ve hukuk. *Halûk Konuralp Anısına Armağan.* Ankara: Yetkin, ss. 323 – 350, s. 338 ve 339; Özekes (2008), s. 2 vd.

315 Dalbignat-Deharo (2004), n° 36, s. 49. Ayrıca bkz. Alangoya (1979), s. 7.

316 E. Jeuland (2004). Syllogisme judiciaire. *Dictionnaire de la justice (Dir.: L. Cadiet).* Paris: PUF, ss. 1269 – 1272, s. 1269.

317 Bkz. Göksu (2009), s. 338; Leclerc (2005), n° 98, s. 80.

318 Dalbignat-Deharo (2004), n° 23, s. 35.

vakıaları kapsamaktadır[319]. İşte bunlardan, dedüksiyon (çıkarım) olarak da ifade edilen[320] tasım sonucu ortaya çıkmaktadır: Yani tasım neticesinde, belirlenen (somut) vakıalara hukuk kuralı tarafından ön görülen sonucun uygulanıp, uygulanmayacağı tespit edilmiş olmaktadır[321].

Peki, bu faaliyet kronolojik olarak ne şekilde gerçekleşecektir? Esas itibariyle klâsik bir örnek olmakla birlikte Türk Borçlar Kanununun 49. maddesini (eBK m. 41) burada zikretmeye değer görmekteyiz: "*Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür".* Bir haksız fiil nedeniyle açılmış bulunan tazminat davasında hâkim tarafından yapılması gereken çalışma, haksız fiil ile zarar arasında bir nedensellik bağı olup olmadığını belirlemektir. Ancak bunu belirlemek için öncelikle vakıaları, daha açık bir söyleyişle zikredilen 49. madde hükmündeki koşul vakıaları karşılayan somut vakıaları ortaya koymak gerekmektedir. Somut vakıaların ortaya konulması ise delil ikamesi faaliyetini gündeme getirmektedir. Nihayet daha sonra bu vakıaların hukukî bir kategori içerisine dâhil edilmesi, yani altlama faaliyeti söz konusu olmaktadır. Bu ise, kendisini, sabit görülen somut vakıaların bir haksız fiil oluşturduğunun hâkim tarafından belirtilmesi, yani vakıaların hukukî nitelendirilmesi şeklinde gösterir[322].

Hükme ulaşırken gerçekleştirilecek olan faaliyet üç aşamadan oluşmaktadır. Hâkimin yapacağı şey, uygulanacak hukuk normunu tespit etmektir[323]. Bu yerine göre bir kanun maddesi veya ilkesel bir gerekçe şeklinde somutlaşır[324]. Yukarıda belirttiğimiz gibi, tespit edilen hukuk normunun koşul vakıalarının yargılamaya getirilen somut vakıalar tarafından karşılanıp karşılanmadığı yani yargılamaya ithal edilen maddî vakıaların ispatlanmış olup olmadığı incelenir. Burada sözü edilen husus, hüküm gerekçesinde vücut bulmakta[325]; nitekim hâkim bu faaliyet neticesinde hüküm sonucu olarak ifade edilen bir çözümü ortaya koymaktadır.

---

[319] Bkz. Leclerc (2005), n° 98, s. 80; Sivrihisarlı (1978), s. 20 ve 21; Jeuland (2004), s. 1269.
[320] Jeuland (2004), s. 1269.
[321] G. Marty (1929), *La distinction du fait et du droit. Essai sur le pouvoir de contrôle de la Cour de cassation sur les Juges du fait*. Paris: Thèse université de Toulouse, s. 12. Ayrıca bkz. bu yazarı takiben Türk hukukunda Sivrihisarlı (1978) s. 19, 20; Fransız hukukunda Leclerc (2005), n° 98, s. 80.
[322] Ayrıca bkz. Jeuland (2004), s. 1271; Göksu (2009), s. 338 – 340; Sivrihisarlı (1978), s. 20 ve 21.
[323] Alangoya (1978), s. 7; Göksu (2009), s. 338.
[324] Jeuland (2004), s. 1271.
[325] Bkz. Jeuland (2004), s. 1271; Alangoya (1978), s. 7.

Yargısal tasımdan beklenen sonucu alabilmek, küçük önerme ile gerçeğin örtüşmesine bağlıdır[326]. Fransız hukukçu *Motulsky'ye* göre, hâkim (davada ortaya konulan) vakıaların, hukuk kuralının *dinamosu* olduğunu ortaya çıkartırsa, söz konusu hukuk kuralı etkilerini meydana getirecektir. Yazara göre, bu bir karşılaştırma sürecidir: bir araya gelen vakıalardan hukukî bir sonuç doğmazsa, ileri sürülen iddianın reddi gerekir[327]. Yani haksız fiil örneğine döndüğümüzde, akıl yürütmenin gerçekleştirilmesi, somut vakıalara ilişkin delil ikame faaliyetinin başarısına bağlıdır[328].

Meseleye klasik bakış açısı, yukarıda ifade ettiğimiz çerçevede olmakla birlikte, öğretide dikkat çekilen bir diğer husus, tasım faaliyetinin, hâkimin akıl yürütmesinin bir tür sağlaması, başka bir deyişle onun *yeniden inşası* olduğu yönündedir[329]. Bu görüşe göre, hâkim genellikle öncelikle ulaşmak istediği çözümden başlamakta, daha sonra beklenen sonuca ulaşmasına imkân tanıyacak olan hukuk kuralına varmaktadır[330]. Bu anlamda yargısal tasım faaliyetinin, yargısal karara bir meşruiyet kazandırma yöntemi olduğu da – gerekçenin oynadığı önemi reddetmeksizin – savunulabilmektedir[331].

2.2.2. Yargısal altlama faaliyetinde bilirkişi incelemesinin yeri ve önemi

Yukarıda yapmış olduğumuz açıklamalardan çıkan sonuç, yargısal tasımın, kaynağını akıl süzgecinden geçirme (usavurmada) bulan bir anlayışı yansıtmakta olduğudur[332]. Bu yaklaşım çerçevesinde, bilirkişi incelemesinin yeri nedir sorusunun cevabını vermek mümkündür.

Nitekim bilirkişi incelemesi, kural olarak, tasımdaki küçük önermenin hazırlanması aşamasında rol oynamaktadır[333]: Tasım faaliyetinin tüm basamaklarında esas görevli ve bu basamaklar arasındaki bağlantıyı kurup çözüme gidecek olan hâkimdir. Ne var ki hukuk kuralının uygulanmasını sağlayan somut vakıaların ortaya

---

[326] Leclerc (2005), n° 98, s. 81.
[327] H. Motulsky (1948). *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé.* Paris: n° 62 – 63, s. 115 (Leclerc (2005), n° 98, s. 81, dn. 54'den verilen atıfla).
[328] Ayrıca bkz. Göksu (2009), s. 339; Gürdoğan (1967), s. 10, 11.
[329] Jeuland (2004), s. 1271.
[330] "*...(Y)argısal tasım, tümdengelim yoluyla varılacak bir sonucun değerini sınamak için kullanılır...*" Jeuland (2004), s. 1271.
[331] Jeuland (2004), s. 1272.
[332] Bu konuda ayrıca bkz. Ç. Aşçıoğlu (2001). Bilirkişi kavramı ve görev sınırları. *Bilirkişilik Sempozyumu, Samsun 9 – 10 Kasım 2001*, Ankara: TBB, ss. 25 – 107, s. 61.
[333] Özekes (2008), s. 4; Leclerc (2005), n° 99, s. 81; Janville (2004), n° 736, s. 451.

koyulması, bu vakıaların özel ve teknik niteliği gereği, bazen güç bir durum arz etmektedir. İşte bu aşamada hâkimde varolan eksiklik, bilirkişi tarafından giderilmektedir. Ancak bilirkişi, burada doğal olarak küçük önermenin içeriğini oluşturacak olan ve kurallarına uygun şekilde davaya ithal edilmiş vakıaları objektif bir şekilde açıklamakla yetinmektedir. Bir diğer deyişle bilirkişi, küçük önermeyi hâkimin anlamasını, algılamasını sağlamaktadır. Zira bundan sonrası, küçük önermenin büyük önerme ile ilişkisi ve sonuca gitmek hâkimin işidir. Nitekim hâkim, görevi gereği, bilirkişi tarafından tespit edilmiş olan maddî vakıanın veya buna ilişkin değerlendirmeden sonra, onun hukukî bakımından *nitelendirilmesi* faaliyetini gerçekleştirecektir[334].

Bu genel ilke aslında son derece anlaşılır ve basittir. Ne var ki karmaşık bir davada, tasım faaliyetinin küçük önermesi de karmaşık bir nitelik arz edebilir. Öte yandan aşağıda bilirkişiye tevdi edilecek olan görevin içeriği bakımından dikkat çekmek istediğimiz üzere[335], bilirkişi görevini ifa ederken salt özel bilginin aktarılmasına indirgenemeyecek olan bir takım değerlendirme unsurlarını da hesaba katabilir veyahut bu konuda görevlendirilebilir. Hukukî meselenin de ötesinde, bilirkişinin bir takım değerlendirme ve nitelendirmelerde bulunması, onun ne ölçüde küçük önermenin sınırları dâhilinde kalabildiği bağlamında hassas bir mesele arz etmektedir[336]. Bu meseleyi aşağıda bilirkişinin görev sınırlarının belirlenmesindeki güçlükler çerçevesinde değerlendirmeye çalışacağız[337].

2.3. Bilirkişi İncelemesinin Konusu ve Sınırları Bakımından Vakıa ve Hukuk Ayrımı

2.3.1. Genel olarak vakıa ve hukuk ayrımı

2.3.1.1. Vakıa

Vakıa kavramı üzerinde durmadan önce, terim bakımından kısa bir değerlendirmede bulunmanın uygun olacağı düşüncesindeyiz. Vakıa terimi Arapça

[334] Bkz. Jeuland (2004), n° 99, s. 81; Janville (2004), n° 736, s. 451.
[335] Bkz. aşa. *İkinci Bölüm, 2.1.1.*
[336] Ayrıca bkz. Sivrihisarlı (1978), s. 20, ayrıca bkz. s. 24, 25.
[337] Bkz. aşa. *Birinci Bölüm, 2.3.2.2.*

kökenli olup, öz Türkçe karşılığı olgudur. Ne var ki öğretide[338] ve mahkeme kararlarında[339] yerine göre olgu, yerine göre vakıa, kimi zaman ise olay sözcükleri kullanılmakta; bu konuda bir yeknesaklık bulunmamaktadır. Aynı durum Türk Medenî Kanunu ile Hukuk Muhakemeleri Kanununu bir arada ele aldığımızda da söz konusudur. Gerçekten de, özellikle Türkçeleştirme çabasının kendisini yoğun bir şekilde hissettirdiği[340] Türk Medenî Kanununda, olgu sözcüğü tercih edilmişken[341], Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısını hazırlayan komisyon, tercihini vakıa sözcüğünden yana kullanmıştır[342].

---

[338] Bu konuda medenî usûl hukuku öğretisinin önemli bir bölümünün tercihinin, olgudan ziyade vakıa terimini kullanmak yönünde olduğunu görüyoruz. Örneğin bkz. Pekcanıtez, Atalay ve Özekes (2011), s. 328; Bilge ve Önen (1978), s. 438; M. Özekes (2009). Dava dilekçesinde hukukî sebep bildirmek zorunludur. *Halûk Konuralp anısına armağan.* Ankara: Yetkin, ss. 745 – 781, s. 751, 752, dn. 4; Ayrıca bkz. vakıalar bütününü hayat olayı biçiminde ifade eden Alangoya, Yıldırım ve Deren-Yıldırım (2009), s. 222, 223. Karş. N. Meriç (2011). *Medenî yargılama hukukunda tasarruf ilkesi.* Ankara: Yetkin, s. 99 vd. Ayrıca bkz. Alangoya (1979), s. 3 vd; Monografiler ve konuya ilişkin diğer çalışmalar bakımından bkz. olgu terimini tercih eden Sivrihisarlı (1978), s. 18; Ç. Aşçıoğlu (2001). Bilirkişilik kavramı ve görev sınırları. *Bilirkişilik sempozyumu. 9-10 Kasım 2001 Samsun.* Ankara: TBB Yayınları, ss. 25 – 107, s. 28 vd. Vakıa terimini tercih eden Konuralp (2009), s. 9 (ancak bkz. H. Konuralp (2001). Medenî usûl hukukunda duruşma safhası ve delillerin değerlendirilmesi (KKTC hukuku ve Türk hukuku bakımından karşılaştırmalı inceleme. *TC – KKTC karşılaştırmalı hukuk sempozyumu.* Ankara, s. 120 (Göksu (2009), s. 324'den naklen)); M. K. Yıldırım (1990). *Medenî usûl hukukunda delillerin değerlendirilmesi.* İstanbul: Kazancı, s. 114. Buna karşılık bazı yazarlar ise olay terimini tercih etmektedir. Örneğin bkz. B. Umar ve E. Yılmaz (1980). *İspat yükü.* İstanbul: Kazancı, s. 1 ve bu yazarları takiben Başözen (2010), s. 12. Kimi yazarlar ise vakıayı olgu ve olay şeklinde yorumlamaktadır. Örneğin bkz. R. Arslan (1989). Bilirkişilik uygulaması ve bu uygulamaya Yargıtay'ın etkisi. *YD, Özel sayı. C. 15, S. 1 – 4,* ss. 155 – 183, s. 155; "*'Vakıa' tabiri, 'olgu' veya 'olay' olarak da söylenebilir".* E. Yılmaz (2010). *Medenî yargılama hukukunda ıslah* (2. Bası). Ankara: Yetkin, s. 144, 145.

[339] Bu konuda yargı kararlarına yönelik bazı veritabanlarında "vakıa", "olgu", "hukuk" ve "bilirkişi" terimlerini kullanarak arama yapmakla yetindiğimizde dahi, özellikle yakın tarihli kararlarda bile terim bakımından bir yeknesaklığın bulunmadığını görmekteyiz. Ancak bununla birlikte çoğu kez sadece tek başına olgunun, "*…Yerel mahkemenin kısmi davada tespit edilen olguları…"* HGK, 18.4.2007, 15-126/210 (*LegalBank*); olgu kadar sık olmamakla birlikte yine tek başına vakıanın, "*…'taraflarca hazırlama'…ilke(si) gereğince…vakıaların ve bunların delillerinin…"* 3. HD, 21.11.2005, 10168/12132 (*LegalBank*); yahut her ikisinin bir arada "*…Bir inanç (içtihat) ayrılığından söz edebilmek için sorunun olgu (vakıa) değil hukukî nitelikte olması gerekir…"* YİBGK, 14.12.1992, 1/5 (*LegalBank*), hatta aynı kararda farklı paragraflarda her iki terime birden yer vererek, "*…somut olayda olduğu gibi… maddi olguya ilişkin olarak… davanın dayanağı olan bütün vakıaları"* HGK, 10.6.2010, 2-227/324 (*LegalBank*) kullanıldığını görmekteyiz.

[340] Nitekim bu konuda bkz. Türk Medenî Kanununun Genel Gerekçesi.

[341] Nitekim bkz. TMK m. 6, 7, 183, 184, 284, 339.

[342] Örneğin TMK m. 6 hükmünde ispat yükü konusunda "*olguların varlığı"* ifadesi kullanılırken, ispat yükü kuralını Hukuk Muhakemeleri Kanununa taşıyan 190. madde hükmü, "*iddia edilen vakıaya"* ifadesine yer vermektedir. Ayrıca bkz. HMK m. 25, 29, 57, 106 vb.; ayrıca ispata ilişkin kısımda örnek olarak HMK m. 187, 188 vd. Yine de zikredilen Hukuk Muhakemeleri Kanununun kimi maddelerinin gerekçesinde olgu sözcüğünün kullanılmış olması da bu anlamda dikkat çekicidir. Örneğin bkz. "*…Hâkim getirilen olayın olgularının, vakıalarının soyut hukuk normunun unsurlarını…"* HMK m. 25 hükmünün gerekçesinden; "*…hâkim, olayın ve hukukî uyuşmazlığın olgusal ve hukukî boyutlarını gerekli olduğu ölçüde…"* HMK m. 32 hükmüne ilişkin hükümet gerekçesinden (m. 36) vb.

Burada her iki terimin de öğreti ve uygulama bakımından kabul görmesine rağmen, ifade ediliş biçimi itibariyle olguyu olaydan ayırt etmek, vakıayı vak'adan ayırt etmekten şüphesiz daha kolay görünmektedir. Ancak yine de burada asıl olan husus, vakıa veya olgu, hangisi söz konusu olursa olsun, zikredilen terimlerle, olay kavramının değil, bu iki kavramla murat edilen anlamın esas alınıyor olmasıdır[343]. Bu itibarla bireysel tercihimiz kavramın Türkçe karşılığının kullanılması yönünde olsa da, kanun koyucunun Hukuk Muhakemeleri Kanunundaki tercihi karşısında, çalışmamızın genelinde olduğu gibi, bu ayrım ve ayrımın bilirkişilik bağlamında önem ve yerine ilişkin yapmaya çalıştığımız değerlendirmelerde vakıa terimini kullanmaktayız.

Elbette bu ayrım bakımından, vakıanın ne anlama geldiği ve onun vak'adan (olaydan) ne şekilde ayırt edileceğini açıklayabilmemiz gerekmektedir: *Vakıanın,* gerek hukukun geneli gerek ispat hukuku bağlamında, içeriğinde birden fazla anlamı barındırmakta olan bir kavram olduğunu görüyoruz. Buna göre vakıanın esası, belli bir zaman ve mekânda veya sadece belli bir zaman zarfında gerçekleşmiş olan, bir "*olay*", bir "*nitelik*", bir "*bağıntı*" veya bir "*durum*" olmasıdır. Ancak vakıa aynı zamanda bir önermeye karşılık gelen bir oluşum veya tespit edilmiş ve bilimsel incelemeye elverişli bir olay veyahut oluşum süreci içinde olan veya bir başka şeyin emaresi olarak gözlemlenen bir olay biçiminde ifade edilmektedir[344]. Vakıalar gerçek (reel), maddî veya manevî bir takım unsurlar olabilir. Bu unsurlar, doğurdukları etkiye göre bir arada yer alabilirler. Bu bağlamda her vakıa bir veya birden fazla vakıanın sonucu olabileceği gibi, tek başına etki doğurabilmektedir[345]. Öte yandan, öğretide ayrıca kullanılan bir başka kavram olan *hayat olayı*nın da, esas itibariyle *maddî* vakıa kavramına karşılık geldiği kanısındayız[346]. Zira, bir vakıa, hukukî bir sonuç doğurduğu andan itibaren,

---

[343] Bu noktaya Türk Medenî Kanunundaki değişiklikler, özellikle ispat yüküne ilişkin HMK m. 190 ile yürürlükten kalkan 6. madde bağlamında dikkat çeken H. Konuralp ve E. Tercan (2003). Türk Medenî Kanunu'nun başlangıç hükümleri ile kişiler hukuku hükümlerinin medenî usûl ve icra iflâs hukuku açısından değerlendirilmesi. *Medenî usûl ve icra – iflâs hukukçuları toplantısı – I, Eskişehir 9-10 Kasım 2002.* Eskişehir: Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi, ss. 3 – 37, özellikle s. 15.

[344] Bkz. Cevizci (2005), s. 1259; M. N. Çankı (1955). *Büyük flesefe lûgatı, II. Cilt.* İstanbul: Aşıkoğlu, s. 14. Nitekim bkz. kavramı ispat teorisi bakımından aynı şekilde tarif eden O. Atalay (2001). *Medenî usûl hukukunda menfi vakıaların ispatı.* İzmir: DEÜHF, s. 57; M. Göksu (2011). *Hukuk yargılamasında elektronik delil.* Ankara: Adalet, s. 103, 104; H. L. Ho (2008). *A philosophy of evidence law. Justice in the search for truth.* New York: Oxford University Press, s. 7; Göksu (2009), s. 326.

[345] Bkz. T. Le Bars (1997). *Le défaut de base légale en droit judiciaire privé.* Paris: L.G.D.J., n^{o} 117, s. 154.

[346] Dava sebebi olan vakıalar bakımından bu yönde bkz. Üstündağ (2000), s. 527, 528. Aksi görüşte bkz. Meriç (2011), s. 100.

hukuku ilgilendiren, hukukî bir vakıa hâline gelmekle birlikte, bu gerçekleşmediği sürece, bir ham (*brute*), diğer bir söyleyişle hukuk dışı, bir maddî vakıadır[347].

Bu son husus dışında, vakıa kavramının yanı sıra anılan *olay*, yani *vakada* bir devamlılık bulunmamaktadır. Burada belli bir zaman ve yerde meydana gelen, olmuş, diğer bir söyleyişle ortaya çıkmış, dikkat çekmiş, olup bitmiş bir şey söz konusudur[348].

Vakıa ile vaka arasındaki ayrım yabancı dillerde aynı şekildedir. Nitekim vakıa İngilice "*fact",* Fransızca "*fait*" ve nihayet Almanca "*Tatsache*" iken, bu durum bize terimsel düzeyde benzer bir ayrımın söz konusu olduğunu göstermektedir. Nihayet olay sözcüğü, bahsedilen dillerde aynı sırayla "*event", "événement*" ve nihayet "*ereignis* yahut *Tatbestand"* şeklinde ifade edilmektedir[349].

Buna karşılık, bazı Türk hukukçularının vakıa yerine olay terimini tercih etmiş olmaları veyahut bu ikisini bir arada kullanıyor olmaları da dikkatle değerlendirilmelidir. Gerçekten de "İspat Yükü" isimli çalışmalarında, *Umar* ve *Yılmaz,* kavramın Almanca karşılığını olay biçiminde yorumlamaktadır[350]. Bu durumun bize meseleyi ayrıca tahlil etme zorunluluğunu yüklediği düşüncesindeyiz[351]. Ancak bunu bir kenara bıraktığımızda, vakıa ve vak'aya ilişkin şu hususları dile getirmemiz mümkün gözükmektedir:

Öncelikle mesele ispat hukuku bakımından değerlendirildiğinde tek başına "olay" kavramının, ispatın konusunu tam olarak karşılayamadığı görüşünü taşıyoruz. Mesele,

---

[347] Bkz. ve karş. Meriç (2011), s. 100. Bu anlamda yazar hayat olayını açıklarken "*...(d)ış dünyada gerçekleşen bir olgu, hukukî bir sonuca bağlı olmaksızın da vardır. Örneğin, birinin diğerine bir mektup yazması, bir hukukî sonuca bağlı değildir ve fakat bir hayat olayıdır. Bu mektubun bir hakaret içermesi ya da bir icabı barındırması durumunda ise mektup hukuken önemsenecek ve sonuçlarına ilişkin ortaya çıkacak uyuşmazlık konularından dava konusunun bir unsuru olan hayat olayı şeklinde değerlendirilebilecektir"* görüşünü dile getirmektedir.

[348] Bkz. Cevizci (2005), s. 1259; Çankı (1955), s. 14.

[349] Bkz. Çankı (1955), s. 14 vd.; Cevizci (2005), s. 1259. S. Üstündağ (1967). *İddia ve müdafaanın değiştirilmesi yasağı.* İstanbul: İstanbul Üniversitesi, s. 32, dn. 34b; Özekes (2009), s. 752, dn. 4; Karş. Yılmaz (2010), s. 144.

[350] Umar ve Yılmaz (1980), s. 1. Ayrıca bkz. Başözen (2010), s. 12.

[351] Ne var ki olgu, vakıa, olay veya vak'aya olan bakış açısı, her zaman aynı seviyede ol(a)mamaktadır. Gerçekten de, Türk Medenî Kanununa ilişkin Adalet Komisyonu çalışmalarında yaşanan bir tartışmanın bu konuda son derece ilginç bir örnek teşkil ettiğini ifade etmek istiyoruz. Mesele Adalet Komisyonunda *Prof. Dr. T. Akıntürk* ile İstanbul milletvekili *N. Ilıcak* arasında cereyan eden bir diyalogda kendisini göstermektedir: "*…H. S. Türk: ..(O)lgu sözcüğü vakıalardır…yani iddia ettiği şeyi ispatla yükümlü olduğu şeyin konusu vakıalardır…*

T. Akıntürk: …Her iddia ve savunma bir olguya, bir vakıaya dayanır…

A. N. Ilıcak: …Vaka deyin o zaman olgu yerine. Ben olguyu anlamıyorum… Olgunun vakayla aynı anlama geldiğini sizden duyuyorum. Olgu başka bir şey.

T. Akıntürk: Efendim, vakıa… Vakıa olgu, vaka olaydır.

A. N. Ilıcak: Hiçbir lisan böyle süratle değişmez. Öğrensinler biraz tahsille. Böyle şey mi olur canım." Tartışmanın tümü için bkz. Konuralp ve Tercan (2003), s. 12, dn. 6.

vakıanın, vak'adan kapsayıcı olmasından biraz daha farklı bir anlam ifade etmektedir. Yukarıda vakıanın tanımını verirken, işaret etmeye çalıştığımız gibi, vakıa kimi zaman bir "durum" biçiminde kendisini gösterebilmektedir. Örneğin hastalık, kıskançlık veya delilik bu anlamda birer vakıadır[352]. Yine vakıa bu sefer kendisini bir süreç biçiminde de gösterebilir. Örneğin bir tehdidin hâli hazırda devam etmesi veyahut aşama aşama kendisini gösteren bir zehirlenme vakıası böyle bir süreç kapsamında değerlendirilebilir[353]. Nihayet vakıa kendisini gerçeklemiş bir şey, bir olay biçiminde de göstermektedir. Örneğin bir kavga, iki aracın çarpışması yahut bir bıçaklama bu kapsamdadır[354]. Ancak bu sınıflandırmalar tahdidi değildir. Nitekim bu sınıflandırmaya dâhil olan bazı unsurlar, aralarında bazı nüanslarla ifade edildiği gibi[355], yine hukuk bakımından karşılığı olan başka bir takım sınıflandırmalar da dile getirilebilmektedir[356].

Ne olursa olsun burada anlamsal bakımdan olay (vak'a) ile vakıa bir yönüyle iç içe gibi gözükse de, nihayet merkez kavramın, gerek genel anlamda ispat hukuku gerek özel olarak bilirkişi incelemesi açısında olay (vak'a) değil, vakıa kavramı olduğu sonucuna varmaktayız[357]. Bu noktada ifade edilmesi gereken son bir husus, maddî yahut hukukî fiil kadar, bir hukukî işlemin kendisi, bir sözleşmenin yapılması, bu sözleşmenin ifası ve benzeri hususların da, vakıa kavramının içeriğine dâhil olduğudur[358].

2.3.1.2. Hukuk ve vakıadan ayırt edilmesi sorunu

Her koşulda varolana karşılık gelen vakıa, bu özelliğiyle, onu olması gerekeni bildiren hukuktan ayırmaktadır. Ancak hukuk kavramını tüm boyutlarıyla irdelemek, bu çalışmanın sınırları dâhilinde kalkışılabilecek bir husus değildir. Ne var ki vakıa ile hukuk ayrımı içerisinde bilirkişi incelemesinin yerini konumlandırabilmek için, bu

---

[352] Bkz. Ho (2008), s. 7; Göksu (2009), s. 326.
[353] Ho (2008), s. 7.
[354] Ho (2008), s. 7; Göksu (2009), s. 326.
[355] Örneğin bkz. *Çankı,* 1955 tarihli felsefe sözlüğünde, hadise ile vakıa kavramlarını bir arada anmakta, bunu vak'adan ayırmaktadır. Örneğin kuyruklu yıldızın gökyüzünden geçmesi bir hadise ve vakıadır. Vak'a ise, kendisini zaman yahut yerden ziyade öneminde göstermektedir (bkz. Çankı (1955), s. 14. Ayrıca kavga vakıasını hadise olarak nitelendirmesi bakımından karş. Göksu (2009), s. 326.
[356] Örneğin öğretide *Gürdoğan* bu anlamda dörtlü bir ayrıma gitmektedir: *Dış – iç vakıalar; geçmişe ait vakıalar – hâle ait vakıalar; müspet vakıalar – menfi vakıalar;* nihayet *yargılama dışı vakıalar – yargılama sırasında* veya *yargılamadan doğan vakıalar* (bkz. B. Gürdoğan (1956). Temyiz mahkemesinin kontrolü bakımından vakıa ve hukuk. *SBFD.* C. XI/3, ss. 258 vd., s. 260 – 262 (Göksu (2009), s. 326'dan naklen)).
[357] Aynı yönde Özekes (2009), s. 752, dn. 4.
[358] Örneğin bkz. B. Kuru (2006). Hukuk usûlünde dava sebebi. *Makaleler.* İstanbul: Arıkan Matbaası, ss. 215 – 246, s. 219.

ayrımın bir tarafında yer alan hukuk kavramını da, en azından bu ayrımla murat edilen çerçevede doğru bir şekilde ifade edebilmemiz gerekmektedir.

Hukuk kavramının genel bir tanımını veren *Bilge,* diğer yandan bu kavramı dörtlü bir ayrım altında değerlendirmeyi tercih etmektedir[359]. Buna göre hukuk, pozitif hukuk olarak yürürlükte bulunan hukuk kurallarının tümü; ideal hukuk olarak, olması gereken; objektif ile sübjektif hukuk ayrımında kurallar bütünü ve bireysel haklar ve nihayet olan ve olması gereken hukuku belli bir yöntem dâhilinde ele alan ve açıklayan hukuk bilmidir[360].

Aslında bu değerlendirme çerçevesinde bilirkişinin yerinin ne olmadığı açık görünebilmektedir. Gerçekten de hukukun arz ettiği bu görünüm bakımından, somut bir uyuşmazlığa ilişkin olarak bilirkişiye, ne uyuşmazlık konusu vakıaya uygulanacak pozitif hukuk kurallarının araştırılması, ne de bu vakıa meselesi bakımından ortaya çıkan hukukî problemin hukuk bilmi etrafındaki araştırma ve yöntemler çerçevesinde değerlendirilmesi görevinin verilebilmesi gerekir.

Ancak burada son olarak vakıa ile hukuk ayrımındaki sınır sorununun genel çerçevesinden de bahsetmemiz gerekmektedir. Nitekim bu ayrıma yönelik geleneksel tartışmalar, kendisini ilk olarak temyiz mahkemesinin denetim yetkisinde göstermektedir. Buna göre temyiz mahkemesinin denetim yetkisi hukukî alanla sınırlı olup, ilk derece mahkemelerinin vakıa meselesi hakkında yapmış oldukları değerlendirme, bu denetimin kapsamı dışında kalmaktadır[361]. Ayrımın ikinci ayağı ise, bu sefer ilk derece mahkemesinde gerçekleşen ispat faaliyetiyle ilgili olarak, ispatın konusuyla ilgilidir. Nitekim, Hukuk Muhakemeleri Kanununun 187. maddesinin ilk fıkrasında da açıkça ifade edildiği gibi, ispatın konusunu taraflar arasında uyuşmazlık

---

[359] Bkz. N. Bilge (2003). *Hukuk başlangıcı. Hukukun temel kavramları ve kurumları (17. Bası).* Ankara: Turhan, s. 13, özellikle 26 vd.

[360] Bkz. Bilge (2003), s. 26 ilâ 29.

[361] Bu konuda genel olarak bkz. Sivrihisarlı (1978), s. 19 vd.; B. Gürdoğan (1967). *Özel hukuk alanında maddî hukuk ve yargılama usûlü yönünden yargıcın takdir hakkının denetlenmesi.* Ankara: Ajans-Türk, s. 1 vd., 26 vd. Öte yandan ayrıca bkz. Fransız hukuku bakımından G. Marty (1929). *La distinction du fait et du droit. Essai sur le pouvoir du contrôle de la Cour de cassation sur les Juges du fait.* Paris: Sirey, s. 14, 64 vd.; Th. Le Bars (1997). *Le défaut de base légale en droit judiciaire privé.* Paris: L.G.D.J., s. 110 vd.; J. Boré ve L. Boré (2008). *La cassation en matière civile (4e éd.).* Paris: Dalloz, no 60.01 vd., s. 247 vd. Belçika hukuku bakımından F. Rigaux (1967). *La nature du contrôle de la cour de cassation.* Bruxelles: Bruylant, s. 75 vd.; J.-G. Van Drooghenbroeck (2004). *Cassation et juridiction. Iura dicit curia.* Bruxelles: Bruylant, no 8, s. 21 vd., s. 25 vd. İsviçre hukuku bakımından H. Schüpbach (1961). *Le recours en cassation, spécialement en procédure civile neuchâteloise.* Lausanne: Henri Jaunin, s. 119 vd. Ayrıca bkz. bu tartışmaları bilirkişilik özelinde ele alan Leclerc (2005), no 113, s. 92, 93.

hâlinde olan (çekişmeli) vakıalar oluşturmaktadır[362]. İkinci hususun bilirkişi incelemesini de kapsamına aldığı konusunda bir tereddüt yoktur.

Nihayet buradaki mesele, vakıa alanının nerede bittiği ile hukukî alanın nerede başladığıdır. Somutlaştıracak olursak, hukuk kuralının ifadesi, çözümlenmesi ve yorumlanmasına ilişkin her türlü husus, hukukî meseleye ilişkinken, taraflar arasındaki anlaşmazlıktan sonra açık ve kabul edilmiş olan vakıalara dair her türlü değerlendirme vakıa alanına dâhildir[363]. Ancak yine de bu ayrımı gerçekleştirmek, her zaman basit olamayabilmektedir[364].

Ayrımın gerçekleştirilmesi konusundaki belirsizliklerin varlığına rağmen, bir görüş, bu sınırların belli, somut bir şekilde çizilebilmesi mümkün, hatta kolay olduğu yönündedir[365]. Ne var ki, bunun aksini savunan görüş taraftarları, vakıa ile hukukun birbirinden tam olarak ayırt edilmesinin mümkün olamayacağını, bu nedenle bu ikisi arasında, özellikle tecrübe kuralı gibi, bazı ara kavramlara başvurulmasının zorunlu olduğunu dile getirmektedir[366]. Meselenin genel görünümü bu olmakla birlikte, genellikle temyiz mahkemesinin denetim yetkisi dâhilinde gündeme getirilen bu

[362] Nitekim bu doğrultuda dile getirilen husus, *iura novit curia* ilkesi gereğince hâkimin hukuku kendiliğinden uygulamakla yükümlü olduğu, bu nedenle ispatına gerek olmadığıdır. Bu konuda genel olarak bkz. ve karş. Umar ve Yılmaz (1980), s. 19 vd.; Pekcanıtez, Atalay ve Özekes (2011), s. 419, 420; Alangoya, Yıldırım ve Deren-Yıldırım (2011), s. 306; Umar (2011), s. 513; Yıdırım (1990), s. 114 vd.; Lagarde (1994), n° 49, s. 81; Başözen (2010), s. 13

[363] Bu konuda ayrıca bkz. H. Motulsky (1991). *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé (réed. 1948)*. Paris: Dalloz, s. 156. Ayrıca bkz. Lagarde (1994), n° 49, s. 81, 82.

[364] Nitekim özellikle kanun yolu denetiminde meseleye bakış açısı, aktardığımız bu hususlarla her zaman örtüşmemektedir. Bu açıdan vakıa ile hukuk ayrımına Temyiz Mahkemesinin (Türk hukuku bakımından Yargıtayın) her zaman beklenen önemi vermediği yönündeki tespitler örtüşmektedir. Nitekim bkz. Gürdoğan (1967), özellikle s. 59, 60; Göksu (2009), s. 337, 338. Ayrıca bkz. Leclerc (2005), n° 113, s. 93; Rigaux (1967), s. 77 vd. Burada denetim yetkisinin içeriği, hatta Türk hukuku bakımından istinaf yolunun fiilen yürürlüğe gir(e)memiş oluşuna ilişkin meseleler bir tarafa (nitekim Türk hukuku bakımından meselenin salt bundan ibaret olmadığına işaret eden Göksu (2009), s. 338), son tahlilde bu denetim bakımından Fransız öğretisinde varılan sonuç, bir hususun vakıa alanına dâhil olup olmadığını belirleyen şeyin, aslında temyiz mahkemesinin kendisi; bir diğer söyleyişle, temyiz mahkemesinin üzerinde denetim gerçekleştirmeye karar verdiği alanın hukukî alan olduğu biçimindedir. Bkz. Marty (1929), s. 186; Leclerc (2005), n° 114, s. 93 ve 94; Lagarde (1994), n° 49, s. 81, 82.

[365] Özellikle bkz. Motulsky (1991), n° 138 vd.; Boré ve Boré (2008), n° 937, s. 223 vd.; Le Bars (1997), n° 145, s. 110 vd.

[366] Özellikle bkz. Rigaux (1967), s. 75 vd. Ayrıca bkz. Schüpbach (1961), s. 121 vd.; Marty (1929), s. 363. Hatta bu noktada dile getirilen bir görüş, bu ayrımın hiçbir surette işlevsel olmadığı, bu itibarla aslında varolmadığı noktasındadır (bkz. R. Martin (1974). Le fait et le droit ou les parties et le juge. *JCP,* I, s. 2625, n° 43; R. Martin (2000). Principes directeurs du procès. *Rép. pr. civ. Dalloz,* n° 63, s. 9). Öte yandan Yargıtay denetiminde özellik gösteren sorunların önemli kısmının bu ayrıma saf biçimde bağlı kalınarak çözülemeyeceği yönünde bkz. Sivrihisarlı (1978), s. 24.

sınırların, bilirkişi incelemesi özelinde belirlenmesini, bu ayrım bakımından söz konusu olan diğer bazı ara kavramlar ile birlikte aşağıda ayrıca ele alacağız[367].

2.3.2. Bilirkişi incelemesi bakımından vakıa ve hukuk ayrımının önemi

2.3.2.1. Bilirkişi incelemesinin sınırlarına ilişkin genel yaklaşım: Hukukî konuda bilirkişi incelemesine başvuru yasağı

Bilirkişi incelemesinin sınırları konusundaki geleneksel yaklaşım uyarınca, hukukî konuda bilirkişi incelemesine başvurulması, bilirkişilik faaliyeti ile bağdaşmamaktadır[368]. Bu yaklaşımın altında yatan temel gerekçe, hâkimin hukuku bildiği varsayımı olup, bu gerekçeye, hukukî konuda bilirkişi incelemesine başvuru yasağına aykırı davranılması hâlinde ortaya çıkacak sonuçlar eşlik etmektedir ki, bu da esas itibariyle yargılama yetkisinin bilirkişiye devri problemi ile ilişkilidir:

Hâkim hukuku bilir ilkesinden yola çıktığımızda, iyi bilinen Latince ifadesiyle *iura novit curia*, hâkime somut uyuşmazlık bakımından geçerli hukuk kuralını bulup kendiliğinden uygulamak zorunluluğunu genel bir hukuk kuralı biçiminde yüklemektedir. Bu ilke Hukuk Muhakemeleri Kanununun 33. maddesinde, "hâkim Türk hukukunu re'sen uygular" şeklinde ifade edilmektedir. Ancak bahsedilen ilkeye içkin husus, sadece hâkimin hukuku kendiliğinden uygulaması olmayıp, aslında diğer taraftan da, hukukî alanın veyahut meselenin onun tekelinde olduğudur. Uyuşmazlık konusu hakkında uygulanacak olan hukuk kuralınının seçimi ve bunun yorumlanması hâkime ait bir görevdir[369]. Bu ilke, vakıa ve hukuk ayrımı içerisinde, hâkimin bilirkişiyi hangi

---

[367] Bkz. aşa. *Birinci Bölüm, 2.3.2.2.*

[368] Türk hukuku bakımından genel olarak bkz. Kuru (2001), C. III, s. 2789; Karafakih (1952), s. 211; Üstündağ (2000), s. 740; Bilge ve Önen (1979), s. 539; Pekcanıtez, Atalay ve Özekes (2011), s. 519, 520; Alangoya, Yıldırım ve Deren-Yıldırım (2011), s. 359; Aşçıoğlu (2001), s. 28 vd., 74 vd.; Ulukapı (2001), s. 292, 293. Ayrıca bkz. Şahin (2001), s. 197 vd. Burada bazı yazarların meseleye ilişkin temel felsefeyi ifade etmekle beraber çelişkili ifadeler kullandıklarını da görebiliyoruz. Örneğin *Kılıçoğlu* hukukî konularda bilirkişi incelemesine başvurulamaz dedikten hemen sonra, belirli bir hukuk dalında uzman olan bir avukatın, hukukî bilginin özel bilgi kapsamında değerlendirilebilip değerlendirilemeyeceğini tartışmaksızın, bu anlamda bilirkişi tayin edilmesinin mümkün olduğunu dile getirebilmektedir (bkz. Kılıçoğlu (1986), s. 645). Hukukî konu hakkında bilirkişi incelemesine başvurulamayacağına ilişkin olarak genel açıklamalar için ayrıca bkz. İsviçre hukuku bakımından Bettex (2006), s. 65; Fransız hukuku bakımından Janville (2004), n° 736, s. 451, 452; Leclerc (2006), n° 86, 87 vd., s. 70, 71 vd.; Belçika hukuku bakımından Closset-Marchal (1994), s. 10.

[369] Nitekim taraflar, bu ilkenin gereği olarak, ne davada uygulanacak hukukî sebebi göstermek ne de somut vakıaya karşılık gelen hukuk kuralını ispat yükü altındadır. Genel olarak bkz. Üstündağ (2000), s.

konuda görevlendirebileceği ve aynı şekilde, bilirkişinin hangi konuda açıklama yapabileceğinin sınırlarını çizmektedir. Bilirkişi nitelendirme ve değerlendirmelerde bulunabilir. Ancak, bu salt vakıa alanı ile sınırlıdır. Bu anlamda iddia edilen vakıanın hukukî nitelendirmesi yahut bunların hukukî çerçevede yorumlanması hâkime ait olduğundan, bu konuda bilirkişi görevlendirilemez[370, 371]. Nihayet, bahsedilen ilkeye bilirkişi incelemesi bakımından atfedilen önem karşısında, öğretide değişik yazarlar, hukukî konuda uzmanlık vakıasına işaret edebilmek, onu vurgulayabilmek amacıyla, hâkimin hukukun bilirkişisi olduğunu dile getirmektedir[372].

İkinci olarak, hukukî konuda bilirkişi incelemesine başvurulması yahut bilirkişi hukukî konuda görüş bildirmişse, bu görüşün kendisine hükümde yer bulması, yargılama yetkisinin devri anlamına gelmektedir[373]. Zira, bilirkişi, özünde yine hâkime

---

463 vd.; Pekcanıtez, Atalay ve Özekes (2011), s. 330; Alangoya (1979), s. 5, 95, 96 (özellikle dn. 6) vd.; Testu (1995), s. 3; C. Jarosson (2007). Les perspectives offerts par l'expertise juridique. *Gazette du Palais,* 28.6.2007, n° 179, s. 74 vd. (http://www.lextenso.fr/weblextenso); Janville (2004), n° 736, s. 452. Hukukî sebebin gösterilmesinin zorunlu olduğu yönünde bkz. M. Özekes (2009). Dava dilekçesinde hukukî sebep göstermek zorunludur. *Halûk Konuralp Anısına armağan.* Ankara: Yetkin, ss. X – X, s. X.

[370] Bir diğer söyleyişle, bir hâkim yardımcısı olan bilirkişinin konusu vakıa, hâkimin konusu ise hukuktur. Bkz. van Drooghenbroeck (2004), n° 53, s. 69. Ayrıca bkz. Karafakih (1952), s. 211; Leclerc (2005), n° 104, s. 85; Janville (2004), n° 736, s. 452. Nitekim söz konusu görev paylaşımına bu sefer, tarafların vakıaları mahkemeye sunmak konusundaki ödevine işaret eden ve esas itibariyle jürili yargılamalar bakımından ifade bulan "*Ad questionem facti respondent juratores; ad questionem juris respondent judices"* (*Vakıa meselesini jüri, hukukî meseleyi hâkim yanıtlar*) (bkz. Göksu (2009), s. 332. Ayrıca bkz. Bettex (2006), s. 65; Leclerc (2005), n° 104, s. 85) ve ve ayrıca "*da mihi factum dabo tibi ius"* ilkeleri eşlik etmektedir. Zikredilen ilkelerde yer alan ilk önermeye karşılık gelecek şekilde bilirkişi, salt vakıa sorunlarına yanıt vermektedir.

[371] Şüphesiz bu noktada taraflarca hazırlama ilkesi gündeme gelmektedir (nitekim bkz. Göksu (2011), s. 104, 105). Gerçekten de hukuk yargısında, kamu düzenine yahut yararına ilişkin hâller bulunmadığı sürece, dava malzemesinin, yani vakıa ve delillerin kural olarak taraflarca hâkimin önüne getirilmesi gerekmektedir. Bu getirilen vakıalar, hâkim tarafından uyuşmazlığın çözümünde kullanılmaktadır (bu konuda genel olarak bkz. Y. Alangoya (1979). *Medenî usûl hukukunda vakıaların ve delillerin toplanmasına ilişkin ilkeler.* İstanbul: İÜHF, s. 9 vd. Ayrıca bkz. Pekcanıtez, Atalay ve Özekes (2011), s. 247, 248 vd.; Alangoya, Yıldırım ve Deren-Yıldırım (2009), s. 203; Bilge ve Önen (1979), s. 293 vd.; Üstündağ (2000), s. 239 vd. Ayrıca bkz. Solus ve Perrot (1991), n° 92; Héron ve Le Bars (2006), n° 226, 227). Ancak, ister taraflarca hazırlama ilkesi gereği hâkim ve taraflar arasındaki rol dağılımı bahsedilen şekilde gerçekleşsin ister kendiliğinden araştırma ilkesi geçerli olsun, bu durum bilirkişinin vakıa alanı içerisinde kalmasından başka bir konu meydana getirmektedir (karş. Leclerc (2005), n° 82, s. 69. Nitekim son atıfta bulunduğumuz yazar, bilirkişinin vakıa alanında kalmasını, hukuk yargısı bakımından bu rol dağılımı içerisinde açıklamaktadır ki kanımızca böyle bir yaklaşımın bahsettiğimiz bu hususlar nedeniyle yanıltıcı olabileceği düşüncesindeyiz).

[372] Genel olarak bkz. Arslan (1989), s. 163, 164; Jarosson (2007), s. 74; Janville (2004), n° 736, s. 452.

[373] Genel olarak bkz. Normand (1981), s. 258; Jarosson (2007), s. 74. Nitekim Yargıtay da aynı noktayı açık şekilde vurgulamaktadır. "(HUMK m. 275 (HMK m. 266) hükmünde) *...hakimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgi ile çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişi dinlenemiyeceği belirtilmiştir...hukuki konularda bilirkişiye başvurulamayacağında ilmi görüşlerle yargı kararları arasında tam bir beraberlik bulunduğu da gerçektir...Değinilen bu kurallara uyulmaması, yargı yetkisinin bilirkişiye devri sonucunu doğurur ki, böyle bir yetki hakime verilmiş değildir. Bununla da kalınmaz, bilirkişiye gereksiz başvurulmasıyla Anayasanın "Davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması, yargının görevidir" şeklindeki 141/son maddesi ile HUMK.nun bu konularda*

ait bir yetki olan, vakıaları tespit ve kimi hâllerde bu vakıalar bakımından bazı değerlendirmelerde bulunulmasını, sahip olduğu uzmanlık bilgisi sayesinde, hâkime yardımcı olmak, onun bu vakıaları anlayıp, yorumlayıp, hukukî bakımdan değerlendirebilmesi için kullanmaktadır[374]. Oysa, bilirkişi bir hukukî mesele hakkında görevlendirildiğinde, onun aslında bir şekilde uyuşmazlığı çözmekle görevlendirildiğini söylemek dahi mümkündür[375]. Nitekim mesele bu yönüyle ele alındığında, hâkimin yargılama yetkisini devretmiş olmasının sonucu, aslında hâkimin davaya bakmaktan kaçınmasından başka bir şey değildir[376]. Bilirkişinin hukukî konuda görevlendirilmesinin, yargılama yetkisinin devri olarak kabulü, konunun Anayasal boyutunun da zikredilmesini gerektirmektedir. Gerçekten de, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 9. maddesi, yargılama yetkisinin ancak bağımsız mahkemelerce kullanılabileceğini hükme bağlamış olup, hukukî konuda bilirkişiye başvurmak bu kural ile de çelişmektedir[377].

Meseleye ilişkin bu genel yaklaşımın modern medenî usûl hukuklarına yansıması aslında birbirinden çok büyük bir farklılık arz etmemektedir. Ne var ki hukuk sistemlerinin bakışı kural olarak aynı olsa da, kanunî düzenlemelerde farklılıklar bulunabilmektedir.

Nitekim yürürlükten kalkan 1086 sayılı Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanununun konuya ilişkin 275. maddesinin ilk hâli, mehaz Nöşatel Medenî Usûl Kanunu ile birlikte (art. 246, aCPC/N), bu yasağı açıkça zikretmemektedir. Ancak, hukukî konularda bilirkişi görüşüne başvurma yasağının açıkça zikredilmesi için 1981 yılını beklemek gerekmiştir. Nitekim o yıl 2494 sayılı Kanunla, bilirkişinin görev alanını düzenleyen HUMK m. 275 hükmüne, "*(h)âkimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukukî bilgi ile çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişi dinlemez*" cümlesi eklenmiştir[378]. Bu

---

hakime "mükellefiyet" yükleyen 77. maddesi hükmü mahkemece ihlal edilmiş olunur…" 15. HD, 14.3.1997, 466/1360 (*LegalBank*).

[374] Nitekim bilirkişinin genel olarak işlevi ve onun hukukî niteliği bakımından bkz. yuk. *Birinci Bölüm, 1.2.4* ve *1.3.2.1*.

[375] Nitekim Fransız Medenî Usûl Kanununun 240. maddesiyle bilirkişiye tarafları uzlaştırma görevinin verilmesinin yasaklanmış olmasının altında yatan temel felsefenin bu olduğu konusunda bkz. Jarosson (2007), s. 74. Bu konuda ayrıca bkz. Yuk. *Birinci Bölüm, 1.3.3.2.2.*

[376] Bkz. Jarosson (2007), s. 74. Ayrıca bkz. ve karş. Karayalçın ve Yongalık (2008), s. 181.

[377] Ayrıca bkz. Tanverdi (1991), s. 42 vd.

[378] Öte yandan Nöşatel'de 1925 tarihli Medenî Usûl Kanunu 1991 yılında değişmekle birlikte, eski Kanunun 246. maddesine karşılık gelen 268. Maddede bu anlamda herhangi bir değişiklikte bulunulmamıştır. Nitekim Nöşatel Medenî Usûl Kanununun 268. maddesi, mahkemenin çözümü özel veya teknik bilgiyi gerektiren meseleler hakkında karar vermesi gereken durumlarda, bilirkişi

düzenlemenin eski Kanun dönemindeki uygulamaya etkisi ve ne denli işlevsel olabildiği aşağıda ayrıca ele değineceğimiz bir konudur.

Hukuk Muhakemeleri Kanununun 266. maddesi ise, kanun koyucunun, vakıa ile hukuk ayrımı içerisinde bilirkişi incelemesinin sınırlarının çizilmesi bakımından temelde aynı yaklaşımı koruduğunu göstermektedir. Zikrettiğimiz madde, eskiden olduğu gibi, hem genel kuralı vermekte ve bilirkişinin görev alanını çizmekte, hem ikinci bir cümle vasıtasıyla bu görev alanının sınırlarını vurgulamaktadır. Ancak eski Kanundan farklı olarak, bilirkişinin görev alanı tayin edilirken, bu görevin aynı zamanda "*çözümü hukuk dışında"* bulunan hâllere münhasır olduğunun, ilk cümlede bir kez daha zikredilmesi ihtiyacı duyulmuştur. Bu ifadede saklı olan bir diğer husus ise, niteliği ne olursa olsun, hukukî bilginin özel ve teknik bilgi kapsamında değerlendirilemeyecek olmasıdır[379]. Ancak kanun koyucu bununla da yetinmemiş, bilirkişi görüşünün sunulmasına ilişkin HMK m. 279 hükmünün son fıkrasında, bilirkişinin ne yazılı ne de sözlü açıklamalarında hukukî değerlendirmede bulunabileceğine, bir kez daha işaret etmiştir.

Diğer taraftan inceleyebildiğimiz yabancı medenî usûl kanunlarının birçoğunda hukukî konuda bilirkişi incelemesine başvurma yasağının *açıkça* düzenlenmemiş olması dikkat çekicidir. Elbette bu yasağın zikredilmemesi, bu sistemlerde hukukî konunun bilirkişi incelemesine elverişli olduğu anlamına gelmemektedir[380]. Nitekim ilk olarak İsviçre Federal Medenî Usûl Kanununun konuyu ele alan 180. Maddesinin ilk fıkrasında, sadece, bilirkişiye talep üzerine veya re'sen başvurulabileceğinin ifade

---

incelemesinin söz konusu olacağına işaret etmekle yetinmektedir (bkz. art. 268, CPC/N). Bu süreç hakkında ayrıca bkz. Arslan (1989), s. 16.

[379] Nitekim bkz. öğretide Medenî Usûl ve İcra – İflâs Hukukçuları Toplantısının üçüncüsündeki konuşmasında bu hususa dikkat çeken, H. Pekcanıtez (2007). Birinci oturum. 1 Ekim 2004 (10:30-12:45). *Medenî usûl ve icra-iflâs hukukçuları toplantısı II – III. Eskişehir, 3 – 5 Ekim 2003, 1 – 2 Ekim 2004.* Ankara: TBB Yayınları, ss. 257-258, anılan sayfalar. Ayrıca bkz. E. Yılmaz (2012). *Hukuk muhakemeleri kanunu şerhi.* Ankara: Yetkin, s. 1183. Nihayet HMK m. 266 hükmünün gerekçesinde de bu yaklaşım açıkça ifade edilmektedir: "*... hukukî bilginin de, özel bilgi kavramının kapsamı içerisinde mütalaa edilip bilirkişilik kurumunun kapısının aralanmaya çalışılması yönünde bir eğilimin belirmesi nedeniyle, 270 inci maddede* (Burada kastedilen HMK m. 266 hükmüdür)*, özel bilgiye işaret edilirken, açıkça 'hukuk bilimi dışında' şeklinde bir vurgu yapılmasına ihtiyaç duyulmuştur".* Gerekçe metni için bkz. Budak (2011), s. 289.

[380] Örneğin Belçika temyiz mahkemesi, hâkimin yargılama yetkisinin devri bağlamında, hukukî konularda bilirkişi görüşüne başvurma yasağını kamu düzenine ilişkin bir husus kabul etmektedir (Cass. 12.12.1985, *Pas.,* 1986, I, 254 ; Cass., 7.5.1987, *Pas.,* 1987, I, 523 ; Cass. 14.9.1992, *Pas.,* 1992, I, 1021. Zikreden Closset-Marchal (1994), s. 12, dn. 2; van Drooghenbroeck (2004), n^{o} 53, s. 69, dn. 149). Ayrıca bkz. Bettex (2006), s. 65 vd.

edildiğini görüyoruz (bkz. Art. 180, CPC Suisse)[381]. Durum İtalyan ve Alman medenî usûl kanunları bakımından da genel olarak farklılık göstermemektedir[382]. Bu örnekleri çoğaltmamız mümkündür[383].

Buna karşılık, Türk hukukuna en benzer düzenleme Fransız Medenî Usûl Kanununda yer almaktadır. Nitekim zikredilen Kanunun 232. maddesi, bilirkişiye (vakıa tespitçisine, danışmana veya dar anlamda bilirkişiye) genel olarak bir vakıa meselesi hakkında başvurulacağını işaret etmektedir (bk. Art. 232, C. pr. civ.). Daha sonra Fransız hukuku bakımından söz konusu olan bilirkişilik türleri açısından genel hüküm niteliğindeki 238. maddenin üçüncü fıkrasında, bilirkişinin hukukî konularda görüş açıklayamayacağı ifade edilmektedir (bkz. Art. 238, al. 3, C. pr. civ.). Bu maddenin Hukuk Muhakemeleri Kanununun 266. maddesinden farkı, formülasyonun hukukî konuda bilirkişi incelemesine başvurulamayacağı değil, bilirkişinin hukukî konuda görüş bildiremeyeceği biçiminde olmasıdır[384]. Ne var ki, aynı hususun bu sefer HMK m. 279 fıkra 4 hükmünde düzenlenmesi karşısında, bu farklılık da ortadan kalkmaktadır. Kanımızca bu yasak hangi şekilde ifade edilirse edilsin, ifade ediliş biçimi, bahsedilen yasağın niteliğinde bir farklılık yaratmamaktadır. Zira söz konusu yasağın muhatabı, hem hâkim hem bilirkişidir[385].

Esasen bu noktada, Türk ve Fransız kanun koyucularının meseleyi özel olarak zikretme ihtiyacı duyması karşısında, Fransız Medenî Usûl Kanunundaki değişiklikler öncesinde yapılan bazı tartışmalarda işaret edilen hususların, Türk hukuku bakımından da ilgi çekici olduğunu düşünüyoruz. Nitekim, Fransa'da bir dönem avukatlar arasından seçilen bilirkişilere genel bir inceleme görevi verildiği, avukatların bilirkişi sıfatıyla tahkikat faaliyetini yürüttükleri, tanıkları dinledikleri, özel ve teknik bilginin

---

[381] Yukarıda zikrettiğimiz Nöşatel Kantonu Medenî Usûl Kanunu dışında da, diğer bazı Kanton düzenlemelerinde de sadece görev konusunun zikredilmesi ve diğer bazı koşulların ifade edilmesiyle yetinildiğini görüyoruz. Örneğin Vaud Kantonu için bkz. Art. 220, CPC/VD.

[382] İtalyan Medenî Usûl Kanununun meseleye ilişkin 61. maddesinin ilk fıkrasında hâkimin özel ve teknik bilgiye sahip bir veya birkaç bilirkişiden yardım alacağı ifade edilmekte, ancak bu yasaktan söz edilmemektedir (bkz. Art. 61, c.p.c.). Aynı şekilde Alman Medenî Usûl Kanununun 404. paragrafında da bu yasaktan bahsedilmemektedir (bkz. dZPO, § 404).

[383] Örneğin Belçika Yargılama Kanunun 962. Maddesi, bilirkişilerin teknik bir konuda görevlendirilebileceğine işaret etmektedir (bkz. Art. 962, CJ). Ayrıca Yargılama Kanununun 11. maddesi de hâkimlerin yargılama yetkilerini devredemeyeceğine açıkça vurgu yapmaktadır (ayrıca bkz. Closset-Marchal (1994), s. 12; van Drooghenbroeck (2004), n° 53, s. 69). Son olarak İspanyol Medenî Usûl Kanununun 335. maddesi de uzun bir hüküm olup, burada bilirkişi incelemesinin konusunu oluşturabilecek özel ve teknik bilgi kapsamındaki hâller tek tek sayılmaktadır (Art. 335, LEC).

[384] Ayrıca bkz. Konuralp (2007), s. 322.

[385] Nitekim bilirkişinin görev sınırlarının aşılması bağlamında dile getirdiğimiz hususlar bakımından bkz. aşa. *Birinci Bölüm, 2.3.2.3.1.*

kapsamında olmamakla birlikte faiz ve nafaka gibi konularda değerlendirmelerde bulundukları dile getirilmektedir[386]. Fransız hukukunda hâkimler, kimi zaman yargılama yetkisinin devri niteliğindeki bu uygulamayı inkâr etmiş; kimi zaman ise, kabul etmekle birlikte bunun kaçınılmaz olduğunu ifade etmişlerdir[387]. Hatta öyle ki, Fransa'da hukukî konuda bilirkişi incelemesine başvuru, iş yükünün yoğunluğu, dava sayısındaki aşırılık, hatta taraflarca sağlanan dava malzemesinin yetersizliği gibi gerekçelerle açıklanmaya çalışılmıştır[388].

Aktardığımız bu hususların, Fransız kanun koyucusunu, bilirkişinin hukukî konuda görüş bildiremeyeceği hükmünü düzenlemeye sevk etmesi doğaldır. Ancak ne olursa olsun, Türk kanun koyucusunun, tam olarak üç yerde bu yasağı zikrediyor olması da ayrıca anlamlıdır. İlk olarak, Türk kanun koyucusunun düzenleme biçimi, hukukî konuda bilirkişi incelemesine başvuru yasağına açık ve net biçimde Kanunda yer verilmesi bakımından önemlidir. Buna karşılık aynı fikirde olmayan *Umar,* bahsedilen değişikliği, kanun koyucunun "*çok yerinde bir tutumla, 'hukuksal sorunlar hakkında bilirkişiye başvurulamaz' diye bir mutlak yasaklama getirmekten geri"* durduğu biçiminde değerlendirmektedir[389]. Öte yandan *Umar*, kanun koyucunun bu düzenleme biçiminin bir "yanlışlık" olduğu ve "*çözümü hukuk dışında*" ifadesinin, maddenin ikinci fıkrasıyla birlikte düşünüldüğü vakit bir çelişkiyi doğurduğu görüşündedir[390].

Esasen biz, zikredilen hükümlerin bu yönde yorumlanmasına katılamıyoruz. Kanımızca hâkimlik mesleğinin gerektirmiş olduğu genel ve hukukî bilgiyle murat edilen hususun anlaşılması gereken, hangi karmaşıklık düzeyinde olursa olsun, hukuk "biliminin" tümüdür. Bu yaklaşım biçimi, uygulama bakımından sorgulanabilir[391]; ancak bu durum, maddenin farklı şekilde yorumlanması bakımından elverişli değildir.

Burada son olarak, *taraf bilirkişilerinin,* yani HMK m. 293 uyarınca bir görüş sağlayan *uzmanların* durumunu da sorgulamamız gerekmektedir. Bahsettiğimiz yapı

---

[386] Bu konuda özellikle bkz. M. Raynaud (1964). Les experts. *Les délégations judiciaires en matière civile et commerciale, Colloque de l'Institut d'Etudes Judiciaires, 26 – 27 avril 1963*. Paris: Dalloz ss. 31 vd., s. 40.
[387] Raynaud (1964), s. 31.
[388] Raynaud (1964), s. 43.
[389] Bkz. B. Umar (2011). *Hukuk Muhakemeleri Kanunu şerhi.* Ankara: Yetkin, s. 756; B. Umar (2007). Hukuk Muhakemeleri Kanun Tasarısı'na katkı. *Medenî usûl ve icra-iflâs hukukçuları toplantısı V. Ankara, 8-9 Eylül 2006.* Ankara: TBB Yayınları, ss. 87 – 129, s. 111.
[390] Bkz. ve karş. Umar (2007), s. 111; Umar (2011), s. 757.
[391] Bkz. aşa. *Birinci Bölüm, 2.3.2.3.2.*

içerisinde, bilirkişi incelemesinin vakıa alanı ile sınırlandırılması, kanımızca sadece mahkeme tarafından tayin edilen bilirkişiler bakımından söz konusudur.

Esasen bir hukukçu, tercihen ilgili alanda akademik uzmanlığı bilinen bir akademisyen yahut o alandaki bilgisiyle tanınan ve uzmanlığı hukukçular arasında genel kabul görmüş bir avukat tarafından hazırlanan ve hukukî mütalaa olarak adlandırılan raporlardan yararlanılması, hem Türk hem bazı yabancı ülke hukuklarında bilinen ve başvurulan bir yöntemdir[392]. Bu usulün, hâkimlerin bağımsızlığını ihlâl edip etmediği ve bu anlamda Ceza Kanunu bakımından bir suç teşkil edip etmediği hususları da sorgulanmış olup, buna verilen yanıt genellikle olumsuzdur[393]. Nitekim konu hakkında görüş bildiren yazarlar, söz konusu mütalâaların, hukukî konuda bilirkişi görüşüne başvurulamayacağı yasağına aykırı olmadığı yönünde görüş bildirmektedir[394].

Esasında, bahsedilen uzmanların hukukî konularda bir görüş sunmaları imkânına sahip olmalarının, mahkeme bilirkişileri bakımından bir çelişki yarattığı düşüncesini savunmak mümkün olabilir. Ne var ki kanun koyucu, meseleyi doğrudan ele aldığı HMK m. 293 hükmünde, uzman görüşlerinin konusunu bu şekilde sınırlandırmaya gerek görmemiştir. Bunun kanımızca iki nedeni bulunmaktadır. İlk olarak, bir hâkim yardımcısı olan mahkeme bilirkişisinden farklı olarak, taraf bilirkişilerinin esas fonksiyonu, görüş hazırladıkları tarafa yardımcı olmak ve bu sayede, bilirkişi tarafından sunulan raporu hükümden düşürmek veya genel olarak ileri sürülen vakıa iddialarını kuvvetlendirmektir. Nitekim ilkine bağlı olan ikinci husus, bunlar tarafından sunulan görüşlerin ispat değerinin, bir vakıa iddiasına eş kabul edilmesi, olsa olsa bu iddialar kapsamında sunulan ve bu görüşleri içeren bir belge, bir teknik not şeklinde kabul edilmesidir[395]. Hâkimin bu uzmanlar tarafından sunulan görüşü dikkate alması ve değerlendirmesi, kural olarak, taraf beyanlarının dikkate alınması ve değerlendirilmesinden farklı değildir. O hâlde, bir uzman tarafından hukukî görüş sunulmasının, mahkeme bilirkişisine bu görevin verilmesinden farklı olarak, yargılama

[392] Örneğin Türk hukuku bakımından özellikle bkz. Karayalçın ve Yongalık (2001), s. 163 vd.; Ş. Narbay ve İ. Özbay (2005). Türk hukukunda hukukî mütalâanın önemi ve niteliği. *BATİDER,* C. XXIII, S. 2, ss. 117 – 146, s. 117 vd. Ceza yargılaması bağlamında bkz. Ünver (2008), s. 39. İsviçre hukukunda bunu dile getiren Zufferey (2008), s. 10; Fransız hukukunda bkz. Jarosson (2007), s. 74.

[393] Nitekim bkz. Narbay ve Özbay (2005), s. 122 vd., özellikle bkz. 129 – 133. Ayrıca bkz. Karayalçın ve Yongalık (2001), s. 164 ve aynı sayfa dn. 13'te yer alan 11. Hukuk Dairesinin, 24.3.1989 tarih ve 7125/6364 sayılı Kararının karşı oyu hakkında yapılan açıklamalar.

[394] Genel olarak bkz. Karayalçın ve Yongalık (2001), s. 164; Narbay ve Özbay (2005), s. 129, 130 vd.; Ünver (2008), s. 39; Zufferey (2008), s. 10.

[395] Hukukî mütalâa özelinde bkz. Narbay ve Özbay (2005), s. 118. Taraf bilirkişisinin genel olarak hükümdeki yeri ve ispat değeri açısından bkz. aşa. *Üçüncü Bölüm, 2.3.2.*

yetkisinin devri biçiminde kabul edilmesi, kanımızca söz konusu olmamalıdır. Ancak aynı şekilde, uzmanların hukukî konuda görüş bildirebilmesi de, mahkeme bilirkişilerine bu görevin verilmesi için bir gerekçe olarak da kabul edilmemelidir.

2.3.2.2. Bilirkişi incelemesinin sınırlarının belirlenmesindeki güçlükler ile somut bazı mesele ve örnekler

Bilirkişinin görev sınırlarının belirlenmesinin, uyuşmazlıkların birçoğunda aslında büyük bir güçlük arz etmediğini ifade edebiliriz. Nitekim, bu başlığımızın son kısmında, buna ilişkin bazı örnekler vermeye çalışacağız. Ancak, bilirkişi incelemesinin konusu bakımından gerçekleştirilecek bir tartışmayı, sadece hukukî bir meselede bilirkişiye başvurulması veya bilirkişinin hukukî meselede görüş açıklamasıyla sınırlandırmamak gerekmektedir. Zira, Kanunun 266. maddesinin içeriği ne kadar açık olursa olsun, vakıa ile hukuk ayrımı bakımından söz konusu olan tereddütler, kendisini bilirkişi incelemesinin sınırlarının belirlenmesi bakımından da gösterebilmektedir[396].

Çalışma konumuz dâhilinde vakıa ile hukuk ayrımına ilişkin olup da, bilirkişi incelemesi bakımından üzerinde durulması gereken tartışma ve değerlendirmelere, kanımızca, ilk olarak, *hukukî konuda bilirkişi incelemesine başvurunun istisnalarından* başlamak uygun olacaktır. Bundan sonra, bilirkişinin görevi bakımından vakıa ile hukuk arasındaki sınırların belirsizliğini, *tecrübe kurallarının* bu belirsizliğin giderilmesinde yeterince işlevsel olup olmadığı ve nihayet vakıaların *nitelendirilmesi* noktalarında değerlendirmemiz ve buna göre bir sonuca varmamız gerekmektedir.

*Hukukî konuda bilirkişi incelemesine başvurunun istisnaları*ndan söz ettiğimizde, *yabancı hukuk, örf ve âdet hukuku* ve *eski hukuku* zikretmek gerekmektedir[397]. Aslında Hukuk Muhakemeleri Kanununun 187. maddesi bakımından, ispatın konusunu sadece çekişmeli vakıalar oluşturabilir[398]. Buna "*kural olarak*" ifadesini eklemek gerekir mi?

---

[396] Örneğin bkz. Fransız hukukunda Leclerc (2005), s. 69; İsviçre hukukunda ise Bettex (2006), s. 66; Bovey (2011), s. 97. Türk hukukunda bazı yazarlarca bilirkişilik bağlamında vakıa ile hukuk ayrımı arasındaki sınırların belirlenmesinde yaşanan güçlüklere dikkat çekilmiş olmakla birlikte, meselenin kapsamlı bir tartışmanın henüz konusunu oluşturmadığını görmekteyiz. Meselenin bu yönüne dikkat çeken yazarlar arasında bkz. ve karş. Çiçekli (2008), s. 497. Ayrıca bkz. ve karş. Aşçıoğlu (2001), s. 74.

[397] Ayrıca bkz. ve karş. Tanverdi (1991), s. 46 vd.

[398] Buna karşılık İsviçre ve İspanyol Medenî Usûl Kanunlarında ispatın konusunu oluşturan hususlara, örf ve âdet hukuku ile yabancı hukukun da dâhil edildiğini görüyoruz (bkz. CPC Suisse, art. 148, al. 3; LEC, art. 281, al. 2).

Hemen ifade edelim ki, HMK Bilirkişi Yönetmeliğinin bilirkişi listeleri bakımından *uzmanlık alanlarının belirlenmesini* konu edinen 5. maddesinin, üçüncü fıkrasında açık şekilde bahsedilen alanların bilirkişi listelerinde kendisine yer bulabileceği düzenlendikten sonra, bu alanların bilirkişi incelemesine elverişli olduğu noktasında bir tereddüt yaşanmaması gerekmektedir. Ancak yine de, taşıdıkları önem gereği, burada özellikle yabancı hukuk ile örf ve âdet hukuku üzerinde kısaca durmak istiyoruz[399].

İlk istisna olan *yabancı hukuk* bağlamında meseleyi ele aldığımızda, her şeyden önce hukukî konuda bilirkişi incelemesine başvuru yasağı ile murat edilenin, Türk hukuku olduğunu vurgulamak uygun olacaktır. Nitekim kanun koyucu da, Hukuk Muhakemeleri Kanununu kaleme alırken hâkimin hukuku görevinden ötürü uygulayacağı ilkesini, "*hâkim Türk hukukunu re'sen uygular"* biçiminde ifade etmiştir[400]. Şüphesiz burada Türk hukukuna vurgu yapılmasından, dava içerisinde üzerinde uyuşmazlık bulunan yahut uyuşmazlığın çözümü bakımından hâkimin ihtiyaç duyacağı her türlü diğer hususu, vakıa alanına dâhil kabul etmek gibi bir anlam çıkarmamak gerekmektedir. Nitekim, MÖHUK m. 2 hükmü de, hâkimin yabancı hukuk kuralını re'sen uygulamak durumunda olduğuna işaret etmektedir.

Burada ilk olarak ifade etmek gerekir ki, vakıa ile hukuk ayrımı dâhilinde, yabancı hukuk, hukukî alana dâhil bulunmaktadır[401]. Onun davada ele alınış biçimi bakımından vakıa ile hukuk ayrımının yetersiz kaldığı ifade edilebilir. Ancak, inceleme

---

[399] *Tanverdi* ise, doktora çalışmasında, bu meselelerin üzerinde gayet ayrıntılı şekilde durmayı tercih etmiştir (bkz. Tanverdi (1991), s. 46 vd.). Öte yandan, eski hukuk ile murat edilen, esas itibariyle Cumhuriyet devrimi Kanunları öncesi düzenlemelerdir (genel olarak bkz. Tanverdi (1991), s. 71 vd.). 21. Yüzyılın ilk çeyreğine yaklaştığımız bu dönemde, hâkimin eski hukuk ile alâkalı bir hukukî konuyla karşılaşması, her ne kadar istisnaî nitelikte olsa da, mümkündür. Nitekim, yürürlükte olmamakla birlikte, söz konusu meselenin hukukî alana dâhil olduğu tartışmasız olsa da, bu konuda bilgi sahibi olması, özellikle eski yazıyı bilmek gibi bir zorunluluğu olmayan hâkimin, bir bilirkişiden yardım alması kaçınılmazdır (ayrıca bkz. Tanverdi (1991), s. 72).

[400] HUMK'un yürürlükte olduğu dönem bakımından bkz. ve karş. Tanverdi (1991), s. 46, 47. Ayrıca bkz. C. Akil (2008). Hâkimin hukuku kendiliğinden uygulama ilkesi. *AÜHFD,* C. 57, S. 3, ss. 1 – 32, s. 3 vd., s. 18 vd.;

[401] Bkz. Sivrihisarlı (1978), s. 42 vd.; Tanverdi (1991), s. 46; Schüpbach (1961), s. 148, 149 vd.; Oudin (2005), n^{o} 14. Ayrıca bkz. temyiz denetimi bakımından Kuru (2001), s. 4535; Postacıoğlu (1975), s. 723. Karş. Üstündağ (2000), s. 836. Fransız hukukunda yabancı hukuk uzunca bir dönem, vakıa alanına dâhil kabul edilmiş (bu konudaki açıklamalar için ayrıca bkz. Schupbach (1961), s. 154; Rigaux (1967), s. 123; Ferrand (2006), n^{o} 108, s. 36 vd.; Mouralis (2011), n^{o} 119, s. 23; Sivrihisarlı (1978), s. 43), ancak 90'lı yıllardan itibaren bu yaklaşım değişmiştir. Bugün artık genel olarak yabancı hukukun hukukî alana dâhil olduğu görüşü kabul görmektedir (nitekim bkz. Cass. Civ. 1er, 13.1.1993, *Rev. Crit. DIP,* 1994, s. 78 (Oudin (2005), n^{o} 14'den naklen); P. Mayer ve V. Heuze (2007). *Droit international privé.* Paris: Dalloz, s. 132 vd.). Ancak yine de, öğretinin bir kısmı, yabancı hukukun ispat faaliyetinin konusunu oluşturması karşısında, onun vakıa alanına ilişkin olduğu görüşünde ısrar etmektedir (bkz. Lagarde (1994), n^{o} 153, s. 258, 259). İsviçre öğretisinde, malvarlığına ilişkin davalarda yabancı hukukun bir vakıa meselesi teşkil ettiği yönünde bkz. Vouilloz (2009), s. 831; Hofmann ve Lüscher (2009), s. 79.

konumuz açısından buradaki mesele, onun hukukî alana dâhil olmasına rağmen bilirkişi incelemesinin konusunu oluşturabilmesi noktasındadır.

Nitekim, MÖHUK m. 2 hükmünde açıkça ifade edildiği gibi, taraflar hâkime söz konusu yabancı hukukun tespitinde yardımcı olacaklardır. Diğer yandan, gerektiğinde yabancı hukuku uygulamak, hâkimin görevi gereği gerçekleştirmesi gereken bir husus olduğuna göre, söz konusu yabancı hukuk kuralının içeriği bakımından, gerçek anlamda bir ispat yükünden bahsetmemiz mümkün değildir. Burada ispat yükü, ancak somut uyuşmazlık bakımından ilgili yabancı hukuk kuralının uygulanması gerektiği şeklindeki vakıa iddiası bakımından söz konusu olabilir[402]. Bu itibarla, yabancı hukukun içeriğinin tespiti bakımından gerçekleştirilecek olan faaliyet de, gerçek anlamda bir ispat faaliyeti değildir[403]. Aslında buradaki temel gerekçe son derece açık ve bir o kadar da basittir. Hâkimin aldığı formasyonun Türk hukuku ile sınırlı olması nedeniyle, o yabancı kuralın kapsam ve içeriğini bilmesi, kendisinden beklenemez. İşte hâkimin bu anlamda her türlü bilgi kaynağına ve şüphesiz bilirkişi incelemesine başvurabilmesinin altında yatan neden de budur[404]. Hâkimin yabancı hukuk kuralını, somut uyuşmazlığa uygulaması, ancak bundan sonra söz konusu olabilecektir. Bu yüzden, yabancı hukuk alanında bilirkişi incelemesine başvurulması, hukukî konuda bilirkişi incelemesine başvurulamayacağı ilkesinin açık bir istisnasını meydana getirmektedir[405].

İkinci açık istisna, *yerel ve ticarî örf ve adet kuralları* bakımından karşımıza çıkmaktadır. Yabancı hukuku bakımından olduğu gibi, örf ve âdet hukukunun da, vakıa ile hukuk ayrımı içerisinde hangi alana dâhil olduğu, hukukçuları meşgul eden bir soru olmuştur. Tartışmalar, bunların ispat faaliyetinin konusunu oluşturması ile hâkimin zikredilen kuralları, görevi gereği araştırıp araştırmayacağı noktalarında toplanmıştır. Bu çerçevede, İsviçre ve Fransız öğretilerinde, ticarî ile yerel örf ve âdet kurallarının

---

[402] Bkz. ve karş. E. Nomer ve C. Şanlı (2003). *Devletler hususi hukuku (12. Bası)*. İstanbul: Beta, s. 183; Sivrihisarlı (1978), s. 46; Tanverdi (1991), s. 51 vd. Akil (2008), s. 19; Alangoya, Yıldırım ve Deren-Yıldırım (2011), s. 336; Hofmann ve Lüscher (2009), s. 80; Lagarde (1994), n° 53, s. 259

[403] Nitekim özellikle bkz. Umar ve Yılmaz (1980), s. 20, 21. Aynı şekilde Kuru (2001), s. 1931; Akil (2008), s. 20. Ayrıca bkz. ve karş. Tanverdi (1991), s. 53 vd.; Sivrihisarlı (1978), s. 47 vd.

[404] Bkz. Nomer ve Şanlı (2003), s. 187; Nomer (2009), s. 137; Sivrihisarlı (1978), s. 48, 49; Tanverdi (1991), s. 54 vd.; Akil (2008), s. 21. Fransız hukuku bakımından Jarosson (2007), s. 74; Ferrand (2006), n° 109, s. 37 (aynı yazarın Alman hukuku bakımından bu yönde verdiği bilgiler için n° 48, s. 22). Hâkimin her türlü vasıtaya başvurabileceği konusunda ayrıca bkz. Mouralis (2011), n° 119, s. 23. Ceza yargılaması bakımından ayrıca bkz. Y. Ünver (2008). Türk yargı sistemine bakış. *Adalet Bakanlığı "yargı reformu stratejisi" belgesi gölgesinde yargı reformu sempozyumu.* Ankara: TBB Yayınları, ss. 20 – 74, s. 39.

[405] Aksi görüşte Bettex (2006), s. 70.

vakıa ile hukuk ayrımı arasındaki yeri konusunda farklı yaklaşımlara rastlamaktayız. Bir görüş, bunların tümünü vakıa alanına dâhil kabul etmek[406], bir diğer görüş, bunları bir ayrıma tâbi tutarak, yerel örf ve âdeti hukukî alana, buna karşılık ticarî olanları ise vakıa alanına ilişkin kabul etmek doğrultusundadır[407]. İsviçre hukukunda, örf ve adetin ispatın konusunu oluşturduğu açıkça kabul edildiği için (CPC Suisse, art. 148, al. 3), bunların, vakıa ile hukuk arasında melez bir niteliğe sahip ve ispatın konusu bakımından vakıa oldukları da dile getirilmektedir[408]

Örf ve âdet hukuku, her ne kadar kanun koyucunun yazılı şekilde açıklanan bir iradesine dayanmıyorsa da, onun uygulanması ve bu uygulamanın zorunlu olduğuna ilişkin kanaatin varlığı, bu kuralların kabulü için yeterlidir[409]. Bu anlamda, söz konusu tamamlayıcı hukuk kaynağının da, vakıa alanına dâhil olduğunu ifade etmek, doğru olmayacaktır[410].

Ne olursa olsun, örf ve âdet hukuku, bilirkişi incelemesinin konusunu oluşturabilmektedir[411]. Öğretide örf ve âdetin hukukî alana dâhil olmakla birlikte, ispat faaliyetinin konusunu oluşturacağı fikrine karşılık[412], hâkimin bu kuralları da görevi gereği uygulaması gerektiği yönünde görüşler de dile getirilmektedir[413]. *Umar* ve *Yılmaz'ın* ifade ettiği gibi, hâkimin örf ve âdet kurallarının tümünü bilmesi

---

[406] Federal Mahkemenin görüşü bu doğrultudadır. Bkz. ATF 90 II 302, *JdT* 1965 I 120 (zikreden Bettex (2006), s. 67, dn. 321, nitekim yazar da aynı görüşte olduğunu ifade etmektedir); J.-M. Reymond (2008). Les conditions de recevabilité, la litispendance et les preuves. *Le projet de Code de procédure civile fédérale (Ed.: S. Lukic)*. Lausanne: CEDIDAC, ss. 27 – 71, s. 56. Ayrıca bkz. bu yazarın aynı yer, dn. 120'de zikrettiği ATF 86 II 256 , *JdT* 1961 I 134.

[407] Bkz. H. Deschenaux (1948). *La distinction du fait et du droit dans les procédures de recours au tribunal federal*. Fribourg: Librairie de l'Université, s. 41 vd.; Vouilloz (2009), s. 831. Diğer yandan, Fransız hukukunda da, örf ve âdet hukukunun hukukî alana dâhil olduğunu ifade eden *Mouralis,* sözleşmesel teamüllerin ise, vakıa alanında olduğunu dile getirmektedir (Mouralis (2011), n° 120, s. 24). Teamüllerin, örf ve âdet hukukundan ayırt edilmesi gereği konusunda ayrıca bkz. R. Serozan (2004). *Medenî hukuk. Genel bölüm.* İstanbul: Vedat, s. 86. Bilirkişilik özelinde bkz. Tanverdi (1991), s. 65 vd.

[408] Vouilloz (2009), s. 831.

[409] Bu nedenledir ki zaten bunlar, tamamlayıcı birer hukuk kaynağıdır. Nitekim bkz. K. Oğuzman ve N. Barlas (2012). *Medenî hukuk (18. Bası)*. İstanbul: Vedat, s. 108 vd., s. 112 vd.; H. Hatemi (2011). *Medenî hukuk'a giriş (5. Bası)*. İstanbul: Vedat, s. 75. Ayrıca bkz. ve karş. J. G. Akipek ve T. Akıntürk (2002). *Türk medenî hukuku. Yeni Medenî Kanuna uyarlanmış başlangıç hükümleri, Kişiler hukuku.* İstanbul: Beta, s. 12, 13; Serozan (2004), s. 84 vd.

[410] Nitekim Türk hukuku bakımından özellikle bkz. Tanverdi (1991), s. 64; Sivrihisarlı (1978), s. 36 vd. Ayrıca bkz. ve karş. Umar ve Yılmaz (1980), s. 21 vd.; Ansay (1957), s. 350; Karafakih (1952), s. 257.

[411] Nitekim Türk hukukunda genel olarak bkz. Umar ve Yılmaz (1980), s. 21 – 23 ; Tanverdi (1991), s. 64 vd.; Alangoya, Yıldırım ve Deren-Yıldırım (2011), s. 336; Deryal (2011), s. 112; Oğuzman ve Barlas (2012), s. 109. İsviçre hukuku bakımından bkz. Bettex (2006), s. 67; Reymond (2008), s. 56.

[412] Bkz. Umar ve Yılmaz (1980), s. 22, 23; Kuru (2001), s. 1967; Bilge ve Önen (1978), s. 24. Ayrıca bkz. Akil (2008), s. 23, 24. Ayrıca bkz. Mouralis (2011), n° 123, s. 24.

[413] Sivrihisarlı (1978), s. 38; Tanverdi (1991), s. 64 vd.; Alangoya, Yıldırım ve Deren-Yıldırım (2011), s. 335; Akil (2008), s. 24, 25.

beklenemez[414]. Ancak kanımızca bu husus, söz konusu kuralları, vakıa alanına indirgemeyi de gerektirmemektedir. Burada *Tanverdi'nin* haklı olarak ifade ettiği gibi, hâkim, bu kuralları görevi gereği bulmak ve uygulamakla yükümlüdür. Ancak, pek tabii ki, bunların içeriğini bilmesi kendisinden beklenemeyeceğinden, başvuracağı yol, diğer bilgi edinme araçlarıyla birlikte bilirkişi incelemesi olacaktır[415]. O hâlde, örf ve âdet hukuku, hâkim hukuku bilir kuralının bir istisnası değildir. Bununla birlikte, onun hukukî alanda bilirkişi incelemesine başvurulamayacağı kuralının bir istisnası olduğundan şüphe etmemek gerekmektedir.

Yukarıda bahsettiğimiz istisnalardan sonra, sorgulanması gereken bir husus ise, *tecrübe kuralı* kavramının, bilirkişi incelemesinin konusu bakımından vakıa ile hukuk arasındaki sınırların belirlenmesinde ne ölçüde işlevsel olabildiği sorunudur. Genel olarak tecrübe kuralı kavramı, vakıa ile hukuk ayrımı arasında bir ara kavram, hatta bu ikisi arasındaki belirsizlik karşısında başvurulan kavram niteliğindedir. Kavram başta Alman hukuku olmak üzere, İsviçre, İtalyan ve Belçika hukuklarında tartışılmış ve gelişimine katkıda bulunulmuştur. Bunlar, gerek bilimsel ve teknik gerek yaşam tecrübelerinden doğan kurallar bütünüdür. Bilimsel-teknik tecrübelerin ve yaşam tecrübelerinin, bir tecrübe kuralı niteliğini kazanması, onun genelleşmesine ve bu bağlamda soyut bir kural niteliğine bürünmesiyle birlikte, genel bir kabule ulaşmasına bağlıdır[416].

Vakıa ve hukuk ayrımının içerisinde, tecrübe kuralları da aslında ilk başta belirlenmesi güç bir alan işgal etmektedir. Nitekim bunlar, ne vakıa, ne de hukukî alana dâhildir. Yani, aslında burada bir hukukî davranış biçimine de işaret edilmemektedir. Bu çerçevede tecrübe kuralının bu ikisi arasında gri bir alanda yer aldığı ifade edilmektedir[417].

Buradaki esas mesele de, tam da bu noktadan kaynaklanmaktadır. Zira, tecrübe kuralları veya ilkeleri, hukukun vakıaya uygulanmasında dikkate değer bir etkiye sahip

[414] Umar ve Yılmaz (1980), s. 22, 23.
[415] Bkz. Tanverdi (1991), s. 68 vd.
[416] Tecrübe kuralları hakkında genel olarak bkz. Sivrihisarlı (1978), s. 85 vd.; Tanverdi (1991), s. 73 vd.; Yıldırım (1990), s. 115 vd.; Başözen (2010), s. 158 vd.; Arslan (1989), s. 163; Marty (1928), s. 158 vd.; Rigaux (1961), n^{o} 175, s. 112 vd.; Van Drooghenbroeck (2004), n^{o} 21, s. 33, 34 vd. Buna karşılık vakıa ile hukuk ayrımı arasındaki belirsizliği sıkça dile getiren Fransız hukukçularının önemli bir kısmı, tecrübe kuralı kavramına çok da fazla ilgi göstermemiştir. Bu konuda özellikle bkz. Rigaux (1961), n^{o} 63, s. 97 vd; T. Ivainer (1998). *L'interprétation des faits en droit.* Paris: L.G.D.J., s. 15 vd. Ayrıca bkz. Boré ve Boré (2008), n^{o} 60.03, s. 249.
[417] Bkz. Sivrihisarlı (1978), s. 86; Tanverdi (1991), s. 78 vd.; Marty (1928), s. 159; Deschenaux (1948), s. 43.

olup, söz konusu kuralların çeşitiliği, bu konuya ilişkin bir incelemeyi bilhassa zorlaştırmaktadır. Bu anlamda tecrübe kuralı, kendi içerisinde farklı kategoriler altında değerlendirilmektedir[418]. Ancak, bu noktada öğretide *Tanverdi'nin* işaret ettiği gibi, tecrübe kurallarının bir kısmı, bir bilirkişi incelemesinin konusunu oluşturabilirken, bir kısmı ise, bunun kapsamı dışında kalmaktadır[419]. Nitekim yazar, tecrübe kurallarının tümünün değil, bunlardan meslekî ve bilimsel olanların bilirkişi incelemesine konu olabileceğini ifade etmektedir[420]. O hâlde, bilirkişinin, mahkemeye bir tecrübe kuralını aktarmakla görevlendirileceğini genel bir kural biçiminde ifade etmek, yanlış değilse de, eksik olacaktır. Zira, altlama faaliyetinde kullanılan bu kuralların bir kısmını, genel nitelikleri gereği hâkimin bilmesi gerekmektedir. Hukuk Muhakemeleri Kanununun 266. maddesinde de ifade edildiği gibi, genel bir bilgi, yani tecrübe kuralı için, bilirkişi incelemesine başvurulamaz.

Öte yandan bu kuralların bilirkişi incelemesi açısından, vakıa ile hukuk ayrımındaki belirsizlikler bağlamında tereddüt yaratan yönü, bir kez daha, bunların gri bir alanda yer almasından ve uygulamada, bu kuralların, pratik gerekliliklerle, kâh vakıa kâh hukuk alanına dâhil edilmesi çabasından kaynaklanmaktadır. Nitekim, İsviçre Federal Mahkemesinin, tecrübe kurallarının hukukî alana dâhil olduğu yönünde kararları bulunmaktadır[421]. Meselenin bu yönüne, Fransız öğretisinde de dikkat çekilmektedir. Bu anlamda terübe kuralları, vakıa iddiasının ispatı kadar, hukukî nitelendirme faaliyeti sırasında da gündeme gelebilmektedir. Bu da, tecrübe kurallarını bu ayrımın dışında bırakmaktadır[422]. Nihayet, Belçika öğretisinde de ifade edildiği gibi, tecrübe kuralı kavramı işlevsel bakımdan, son tahlilde, vakıa ile hukuk ayrımını daha gözle görülür, elle tutulur hâle getirmektedir[423].

O hâlde, tecrübe kuralları da, bilirkişi incelemesinin konusunu belirlemekte tek başına yeterli ol(a)mamakta, bir başka deyişle, vakıa ile hukuk arasındaki belirsizlikten

---

[418] Bunlar genel olarak, *dil kuralları, hayat tecrübeleri, irade ve düşünce açıklamalarının anlaşılabilmesi için gerekli olan biyolojik ve psikolojik bilgiler, mantık ve usavurma kuralları* ve *teknik bilgiler ile bilimsel kanunların hayat olaylarına (maddî vakıalara) uygulanmasıdır*. Genel olarak bkz. Rigaux (1961), n° 76 s. 114 vd.; Sivrihisarlı (1978), s. 86 vd. Ayrıca bunları daha geniş şekilde ele alan Tanverdi (1991), s. 88 vd.; Başözen (2010), s. 164 vd.

[419] Bkz. Tanverdi (1991), s. 89 dn. 85, s. 94, 95.

[420] Yazarın özel ve meslekî tecrübe kuralı kavramı ve bunun içeriği konusundaki açıklamaları için bkz. Tanverdi (1991), s. 96 vd.

[421] Örneğin bkz. ATF 69 II 202 (*JdT* 1943 I 482, consid. 2); ATF 69 II 421 (*JdT* 1944 I 322, consid. 4). Bkz. her iki kararı da zikreden Reymond (2008), s. 57, dn. 123.

[422] Boré ve Boré (2008), n° 60.03, s. 249.

[423] Van Drooghenbroeck (2004), n° 29, s. 46.

kendisini kurtaramamakta, bu itibarla, tecrübe kuralının içeriğinin, bilirkişi incelemesine başvuru bakımından ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir. Bilirkişi incelemesinin konusunu oluşturabilen, yani *özel ve teknik bilgiyi gerektiren* tecrübe kuralları bakımından, bunlar, herkes tarafından bilinen vakıalar bakımından olduğu gibi ispatın konusunu oluşturmamaktadır. Bir başka deyişle, bir tecrübe kuralının varlığının ispat edilmesi gerekmez[424]. Yani, bu çerçevede hâkimin bilirkişiye, bir tecrübe kuralının aktarılması amacıyla başvurmasındaki amacı, bu tecrübe kuralının ispatı değildir. Zira taraflar arasında uyuşmazlık bulunan vakıanın konusu, söz konusu tecrübe bilgisi değildir. Tersine, bu tecrübe bilgisine söz konusu vakıanın aydınlatılması amacıyla ihtiyaç duyulmaktadır[425].

Sonuç olarak, konuyu diğer bazı yönleriyle de sorgulamaya devam etmemiz gerekmektedir. Bu nedenle, geldiğimiz noktada, bilirkişinin görev sınırlarının belirlenmesindeki güçlükleri, belli bazı kavramların taşıdığı *belirsizlikler* ve vakıaların *nitelendirilmesi* çerçevesinde ele almak istiyoruz.

Bunlardan *ilki* bakımından, kusur, temyiz kudreti, hata gibi kavramlardan bahsettiğimizde, söz konusu kavramlar vakıalar dünyasında gerçekleşiyor olmakla birlikte, bunların çerçevesinin hukuk tarafından çiziliyor olması, bilirkişi incelemesinin konusu bakımından kimi zaman tereddüt yaratmaya elverişli bir durum meydana getirmektedir[426].

Ancak vakıa meselesi hakkında yapmış olduğumuz açıklamalarda da dikkat çekmeye çalıştığımız gibi, buradaki vakıa, maddî (*fait brute*), bir diğer söyleyişle hukuku ilgilendirmeyen bir vakıa değildir. Örneğin, "ayırt etme gücünün bulunmadığı vakıasına", taşıdığı niteliği veren hukuktur. Gerçekten de bilirkişi hukuktan bağımsız bir vakıayı açıklamamaktadır. Tersine bu vakıalar, hukuk tarafından anlamlandırılmakta ve belli bir hukukî kategori altında değerlendirilmektedir[427]. İşte böyle bir durum, vakıa

[424] Rigaux (1961), n° 75, s. 112; Umar ve Yılmaz (1980), s. 165 vd.; Reymond (2008), s. 56, 57; Başözen (2010), s. 158, 159.
[425] Bunun bir sonucu olarak, herkes tarafından bilinen vakıalar ile tecrübe kurallarını birbirinden ayırt etmek gerekmektedir. Nitekim tecrübe kurallarında, ilkinden farklı olarak bir sonuca ulaşma, bir dedüksiyon işlemi söz konusudur. Bkz. Rigaux (1961), n° 75, s. 112.
[426] Nitekim bu meseleler sıklıklıkla sorumluluk hukukunda karşımıza çıkmaktadır. Bu yönde bkz. Bovey (2011), s. 97, 98.
[427] Özellikle bkz. Leclerc (2005), n° 119, s. 98, 99. Ayrıca bkz. ve karş. Janville (2004), n° 737, s. 452 vd.

alanında kalınan hâllerin belki tümünde değil fakat bir kısmında hukukî alana müdahalenin, kaçınılmaz olup olmadığı tartışmasını da beraberinde getirmektedir[428].

Ne olursa olsun, konumuz açısından şimdilik şu kadarını ifade etmek isteriz ki, kanımızca bu belirsizliğin ve bunun sonucu olarak bilirkişilik görevinin, hukukî alanı ister istemez kimi hâllerde kapsama riskini barındırmasının altında yatan nedenlerden bir kısmını, kanımızca, *vakıa alanına ilişkin* olan (*olgusal*) kavramların ve bunların çerçevesini çizen *hukukî* kavramların bir arada kullanılıyor olmasında aramak gerekmektedir. Ancak bu durum şüphesiz ki, meselenin aynı zamanda, doğrudan spesifik, karmaşık bir hukukî konuda bilirkişi görüşüne başvurma imkânının tartışmaya açılması zorunluluğunu da ortadan kaldırmamaktadır[429].

Buradaki öncelikli mesele, bilirkişilik görevinin sınırı bakımından hukukî alan kavramından ne anlaşılması gerektiğiyle ilgilidir. Hukuk Muhakemeleri Kanununun 266. maddesine baktığımız vakit, bilirkişinin görevi *hukuk* dışında bir bilgiyi mahkemeye sunmaktır. Aynı yerde kanun koyucu ikinci cümlede bu sefer *hukukî bilgi*ye işaret etmektedir. Yine bu sefer, bilirkişi raporunu konu edinen 279. maddenin son fıkrasında da, bilirkişinin *hukukî değerlendirmede* bulunamayacağının zikredildiğini görmekteyiz.

O hâlde, burada kastedilenin salt hukuk normunun sonuç kısmından daha ötesi olduğunu kabul etmek gerekmektedir. Bir diğer söyleyişle bilirkişinin norma içkin olan yaptırımı zikretmesi veyahut onun uygulanmasına ilişkin bir yorumda bulunması kadar yasak olan şey, kanımızca doğrudan veya dolaylı şekilde hukukî bir içeriği barındıran herhangi bir yorumda bulunmasıdır[430]. Buna ilişkin olarak ayırt etme gücü ve ehliyet ile ilgili bazı örnekler verebileceğimizi düşünüyoruz:

Örneğin, Türk Medenî Kanunu, ehliyetin varlığını ayırt etme gücüne; ayırt etme gücünü (temyiz kudretini) ise, yaş küçüklüğünün, akıl zayıflığının ve diğer bazı hâllerin bulunmamasına bağlamaktadır (bkz. TMK m. 10, 13). Nitekim yakın tarihli bir Yargıtay kararına[431] konu olan bir tapu iptali ve tescil davasında, davacılar tarafından uyuşmazlık

---

[428] Örneğin zilyetlik bir vakıadır. Ancak bu vakıaya hukuken sonuç tanınmakta, ihlâli yaptırıma tâbi olmaktadır. Aynı husus, fuzulî işgal, zina, mirasın taksimi, kadim irtifak hakkı bakımından da aynıdır.

[429] Nitekim bkz. Bu yöndeki sorgulama ve değerlendirme çabamız için ilk mesele bakımından aşa. *2.4.2,* ikinci dile getirdiğimiz mesele bakımından ise, *2.4.3.*

[430] Nitekim Fransız Medenî Usûl Kanununun 238. maddesinin, bilirkişinin *hukuksal düzene* (*ordre juridique*) ilişkin görüş bildiremeyeceğini düzenlemekte oluşu karşısında da, aynı sonuca varılmaktadır. Bkz. ve karş. Janville (2004), n^{o} 737, s. 452.

[431] Bkz. 1. HD, 15.9.2009, 5266/9175 (*Legal Hukuk Dergisi,* 2010/87, s. 928 vd.).

konusu temlik işlemini gerçekleştiren miras bırakanın *hukukî ehliyetinin* bulunmadığını ileri sürülmektedir. Yargıtay 1. Hukuk Dairesi, kararında, ehliyetin tespitinin önemine ve bunun bilirkişi incelemesi de dâhil olmak üzere çeşitli şekillerde ispat edilebileceğine işaret ettikten sonra, ayırt etme gücünün varlığı ve yokluğunun bilirkişi vasıtasıyla belirlenmesi gerektiğini ifade etmiştir. Oysa burada dikkat edilmesi gereken mesele, bir tıbbî bilirkişi incelemesinin konusunu oluşturan ayırt etme gücünün çerçevesinin hukuk tarafından çizilmekte oluşudur.

Yine de bu hukukî kavram, bu sefer, ehliyetin koşul vakıası olarak TMK m. 10 hükmünde ifade bulmaktadır. Örneğin, ayırt etme gücünün varolup olmadığına ilişkin olarak bilirkişi incelemesine gidildiğinde, bu kimsenin ayırt etme gücüne sahip olmadığı tespit edilmiş olmaktadır. Burada tıbbî bilirkişinin görevi esas itibariyle tıbben, bahsedilen akıl zayıflığının bulunup bulunmadığını tespitten ibarettir. Öğretide *Göksu* tarafından verilen bir örnekte, ayırt etme gücünün bulunmadığı, hukuk kuralının koşul vakıası olmakla birlikte, "ayırt etme gücüne sahip olmayan birinin evlendiği" yönündeki tespitin, vakıa hükmünü meydana getirdiğine dikkat çekilmektedir[432]. Ancak dikkat edilecek olursa hem ayırt etme gücü, hem evlenmiş olmak, hukuken karşılığı olan, çerçevesi hukuk tarafından çizilen kavramlardır.

Ne olursa olsun, burada vakıa meselesini oluşturanın, ayırt etme gücünün varlığının koşul vakıalarını oluşturan, sarhoş, küçük olmama, akıl zayıflığının, hastalığının bulunmadığı; buna karşılık, ayırt etme gücünün kendisinin bahsedilen hususların tespiti ile hâkim tarafından değerlendirilecek olan hukukî meseleyi meydana getirdiğini ilk bakışta ifade etmek kanımızca mümkündür[433].

Bununla birlikte Türk Medenî Kanununun pek çok hükmünün akıl hastalığını, ayırt etme gücü gibi hukukî bir çerçeve içinde ele aldığını görmekteyiz (örneğin bkz. TMK m. 133, 145, 147, 165 vb.). Öyle ki akıl hastalığı veya zayıflığı bakımından tespit ve değerlendirmelerin yapılması, aslında doğrudan hukukî bakımdan da bir anlam ifade etmektedir. Zira, bu akıl zayıflığı vakıasına bahsedilen niteliği, yani ayırt etme gücünün olmayışı niteliğini atfeden, tıp ilmi değil hukuktur. Bu itibarla böyle bir faraziyede sınırın belirsizleşmesi doğaldır[434]. Örneğin TMK m. 165 uyarınca akıl hastalığı bir

[432] Bkz. Göksu (2009), s. 340.
[433] Nitekim bkz. Aşçıoğlu (2001), s. 36. Yazar, *Çağa* tarafından verilen bir Federal Mahkeme Kararına atıfla ayırt etme gücünün hukukî meseleye ilişkin olduğunu, buna karşılık akıl hastalığının bir vakıa meselesi meydana getirdiğini ifade etmektedir.
[434] Bkz. ve karş. Aşçıoğlu (2001), s. 36.

boşanma sebebidir. Burada bir kimsenin akıl hastası olduğu bir vakıa meselesidir. Ancak bilirkişi incelemesi için önem taşıyan bir vakıa olarak, akıl hastalığı herhangi bir maddî vakıa değil, hukuk tarafından boşanma sonucunun bağlandığı bir vakıadır[435].

Bununla birlikte akıl hastalığı ve zayıflığına koşul bir vakıa olarak yer vermek, onun çerçevesini hukuk tarafından çizmek, kanımızca onu hukukî mesele olarak değerlendirmeye olanak vermemekten öte, vakıa ile hukuk arasındaki sınırları belirsiz hâle de getirmemektedir[436]. Türk Medenî Kanunu koyucusu, akıl hastalığına çeşitli maddelerde ve madde başlıklarında yer verdiğinde, onu bir hukukî kavram olarak düzenlemiş değildir. Dikkat edilecek olursa zikredilen Kanunun 133 ve 165. maddelerinde, akıl hastalığı ilgili maddelerin başlığında yer almakla birlikte, madde içeriğinde yer alan esas sonuç, evlenmenin geçerli olup olmamasıyla alâkalıdır. Tüm bu hâllerde akıl hastalığı, hukukî bir çerçeveye sahip olsa da, bir *koşul* vakıa kalmaya devam etmektedir.

Farklı içerikte bir örnek olarak, öğretide *Gürelli*, bir yazının hakaret içerip içermediği veya müstehcen nitelikte olup olmadığı konusunda bilirkişi incelemesine başvurulamayacağını belirtmektedir. Buna karşılık bahsedilen olayın, sosyal, sosyo-psikolojik ve psikolojik nitelendirmesi konusunda bilirkişiye başvurulması gerekmektedir. Yazara göre bu anlamda müstehcenlik konusunda halkın utanma duygusunun istismar edilip edilmediğinin tespiti için bilirkişi incelemesine gidilmesi mümkündür[437]. Ancak burada ise, aslında bilirkişinin belli bir duygunun istismar edildiği biçiminde değerlendirmede bulunması karşısında hâkimin yapacağı şeyin, onun hukukî karşılığı olan müstehcenlik nitelendirmesinde bulunmaktan ibaret olduğu da ifade edilebilir.

Nihayetinde bu belirsizlik karşısında da bazı hukukçular, hâkimin bilirkişiye soru yöneltirken nitelendirme konusunda dikkatli davranması gerektiğini ifade etse de[438], belli konular bakımından bu belirsiz sınırların varlığının, bir nitelendirme konusunda da hâkimler için kolay bir faaliyet olamayacağı açıktır. Bu nedenle mesele aslında söz konusu kavramların doğasından kaynaklanmaktadır.

---

[435] Ayrıca bkz. Leclerc (2005), n° 116, s. 94, 95 vd.
[436] Fransız hukuku bakımından karş. Leclerc (2005), n° 116, s. 95 vd.
[437] Bkz. Gürelli (1967), s. 29. Ayrıca nakleden Şahin (2001), s. 200.
[438] Örneğin bkz. Çiçekli (2008), s. 497, 498.

O zaman burada bahsedilen belirsizliği ortadan kaldıracak olan hususun ne şekilde formüle edilmesi gerektiğinin sorgulanması gerekmektedir. Kanımızca ilkesel olarak, verilen tüm bu örnekler, söz konusu ayrımın fiilen gerçekleştirilemeyeceği sonucuna varmak bakımından bize yeterli gelmemektedir. Zira, burada mesele, aslında bazı hâllerde hukukî kavramlar ile vakıalar dünyasından gelen *kavramların*, bunlara hukuk bakımından bir çerçeve tanınması karşısında, eşyanın tabiatı gereği birarada ifade ediliyor, hatta beraber anılmaya elverişli gözüküyor olmasından kaynaklanmaktadır[439]. Hatta bu belirsizlik, kavramın hukuk normunda ifade ediliş biçiminden de doğabilmektedir. Nitekim bir görüşe göre, hukuk normunda yer alan husus, hukukî mesele, yer almayan ise vakıa meselesi addedilmelidir[440].

İşte o hâlde, *vakıaların nitelendirilmesi bakımından* meseleyi değerlendirmek gerekmektedir. Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi[441], bilirkişi, yargısal altlama faaliyetinin küçük önermesinde rol oynamaktadır. Burada bilirkişinin vakıa alanında kalması zorunluğu bakımından bir tereddütümüz yoktur. Ancak, mesele, bilirkişinin salt bir vakıa tespitinde bulunmakla yetinmeyip, bu vakıa hakkında bir değerlendirmede bulunmasında ortaya çıkmaktadır. Nitekim, bilirkişi daima olanı bildirmek, içeriği sunmakla yetinmek zorundadır. Bu içerik üzerine onu hukuk normu bakımından olması gereken ile ilişkilendirmek, hâkimin görevidir[442]. Burada kısa da olsa şu meseleye dikkat çekmemiz gerektiği inancındayız: Hukuk, ortaya bir değer hükmü koymaktadır. Bunun, teorik olarak, bir biçimde, karşısında konumlandırmakta olduğumuz "vakıa" alanından kaynaklanan "hüküm" ise, bir *vakıa* hatta bir *gerçeklik* hükmüdür. İşte hukuk kuralının koşul vakıalarının karşılandığını gösteren ve kuralın uygulanmasını sağlayan da bu vakıa hükmüdür[443]. Örneğin bir eser sözleşmesi gereği kullanılan malzemenin belli bir nitelikte olup olmadığının tespit ve değerlendirilmesi sonucunda ortaya konan sonuç bir vakıa hükmünü meydana getirmektedir. Buna karşılık, sağlanan sonuçlar karşısında eserde ayıp olup olmadığını nitelendirmek, hukukî meseleyi meydana getirmektedir[444].

---

[439] Hukuk ve vakıa kavramı dışında, hukukî kavram ve vakıalar dünyasından gelen (*olgusal*) kavram ayrımı konusunda ayrıca bkz. *Le* Bars (1997), n° 154 vd., s. 117 vd.
[440] Bkz. Le Bars (1997), n° 169, s. 128.
[441] Bkz. yuk *Birinci Bölüm, 2.2.2.*
[442] Karş. Le Bars (1997), n° 169, 170, s. 128, 129.
[443] Bkz. Leclerc (2005), n° 136 vd., s. 111 vd.; Göksu (2009), s. 340.
[444] Örnek bakımından karş. Aşçıoğlu (2001), s. 82, 83; Göksu (2009), s. 340, 341.

Buna karşılık bilirkişi, bir vakıadan sonuç çıkardığında, bahsettiğimiz denklemde nerede durmaktadır? Bu soruya, tespit edebildiğimiz kadarıyla, öğretide sadece Fransız hukukçu *Leclerc* tarafından yanıt verildiğini görüyoruz. Nitekim, bilirkişi bir vakıadan sonuç çıkardığı vakit, vakıalar bakımından bazı değerlendirmelerde bulunmaktadır. Bilirkişi, *bir çocuğun "menfaati"* veya *bir şirketin malî durumunun görünümü* hakkında açıklamada bulunduğunda, aslında, hukukî konuya da temas etmektedir[445]. Bu çerçevede, bilirkişi bilimsel bilgi vasıtasıyla bir değerlendirmede bulunmakla birlikte, onun hukukî bakımdan sınırlarının çizilmesine de katkıda bulunmaktadır[446]. Zira, bilirkişinin görüşünde, sosyal menfaat ve sonuçlar da, rol oynamaktadır. Bu anlamda bilirkişi görüşü, belli meselelerde bir vakıa hükmünün ötesine geçmekte, ister istemez, hukukî alana dâhil bir takım değerlendirmeleri de içerebilmektedir[447].

Ancak, tüm bu güçlüklere rağmen, temel nokta, hukukî konuda bilirkişi incelemesine başvurulamayacağıdır. Bu nedenle, ne olursa olsun, hâkimin vakıa meselesini hukukî meseleden ayırt etmesi gerekmektedir. Vakıa ile hukuk arasındaki sınır dâhilinde, bilirkişi açısından uzmanlık dalına ilişkin kuralların bildirilmesi söz konusuyken, hâkim bunları somut uyuşmazlığa uygulamaktadır[448]. Aşağıda öğretide dile getirilen bazı örnekler çerçevesinde şu ana kadar yapmış olduğumuz açıklamaları, bir ölçüde somutlaştırmaya çalışacağız:

- Bir kaza sonucu ortaya çıkan maluliyet nedeniyle açılan maddî tazminat davasında haksız fiilin koşullarının bulunup bulunmadığının ortaya konulması gerekmektedir. Zarar bakımından tespit edilmesi gereken hususlar (a) kaza neticesinde oluşan maluliyetin derecesi, (b) özel bir takım koşullar nedeniyle zararın azaldığı veya ortadan kalkıp kalkmadığıdır: (a) şıkkı vakıa meselesine ilişkindir. Zira buradaki maluliyet soyut ve teoriktir. Bu durum karşısında hâkimin tıbbî bilirkişiden fiziksel ve pikolojik kabiliyetin azalması karşısında maluliyetin derecesini belirlemesini istemesi gerekmektedir. Buna karşılık (b) şıkkı, yani bahsedilen hususlar dışında özel bir takım koşulların bulunup bulunmadığı ve bu koşullar sonucunda çalışma kapasitesindeki azalmanın varlığına rağmen, zararın azaldığını veya ortadan kalkıp kalkmadığını

[445] Leclerc (2005), n° 221, s. 178 vd. Ön nitelendirme kavramı hakkında ayrıca bkz. Ivainer (1988), s. 157 vd.
[446] Leclerc (2005), n° 222, s. 180.
[447] Leclerc (2005), n° 223, s. 180, 181.
[448] Bkz. ve karş. Bettex (2006), s. 66; Ansay (1956), s. 268; Şahin (2001), s. 199 vd.

bilmek, hukukî meseleyi meydana getirmekte olup, bunun cevabını verecek olan hâkimdir[449].

- Bir kaza neticesinde oluşacak cismanî zarar konusunda kendisini sigorta ettiren kimse, zarara uğradığı takdirde, olağanın dışında gerçekleşen bir şeyin etkili olup olmadığı (a) ve bunun sözleşme kapsamında bir kaza olarak nitelendirilmesi (b) söz konusu olmaktadır. (a) şıkkı burada bir vakıa meselesine karşılık gelmektedir[450]. Buna karşılık (b) şıkkı bakımından ise, bunun kaza olarak nitelendirilmesinin hâkimin işi olduğu ifade edilmektedir[451].

- Yine bir trafik kazası sonucu oluşan zarar nedeniyle açılan tazminat davasında, ortaya çıkan zararı belirlemek, tıbbî bilirkişinin yapacağı bir değerlendirme iken, bu tıbbî değerlendirmeye (örneğin yüzde elli iş gücü kaybına) tazminat bağlamında parasal bir karşılık belirlemek hâkimin görevidir[452].

- Tıbbî sorumluluk davasında, bilirkişinin görevi, meslekî kurallara (tecrübe kurallarına) uygun davranılıp davranılmadığını açıklamaktan ibarettir. Bu anlamda hastanın durumu ve uygulanan işlem vakıa alanına ilişkin olup bilirkişinin görevindedir. Buna karşılık doktorun özen yükümünü ihlâl edip etmediği hukukî alana dâhildir[453].

- Yine bu çerçevede verilebilecek bir örnek olarak, davalının ürünlerine ait ambalajlarda kendi ticaret unvanı ile markasını haksız rekabet oluşturacak şekilde kullandığı iddiasında, tespit edilecek olan hususlar, kullanılan unvan ve işaretlerin, tescilli olanlar ile aynı veya benzer olup olmadığı (a) ve şayet bu böyleyse eylemin haksız rekabet teşkil edip etmediğidir (b). (a) bakımından meselenin bilirkişinin görev sınırları dâhilinde olduğu konusunda bir tereddüt yoktur. Ne var ki bunu haksız rekabet olarak nitelendirmek, yani hukukî nitelendirme faslı, hâkimin görevi kapsamındadır.

- İnşaat sözleşmesinden kaynaklanan bir uyuşmazlıkta, bilirkişi, inşa edilen binanın son durumunu tespit etmek, yapılan işin meslekî standartlara uygun olup olmadığını, bu anlamda eksiklikleri belirlemek, tespit edilen problemlerin kaynağını açıklamak, iyileştirme yöntemlerini ve bunun masrafını ortaya koymaktır. Buna

---

[449] Bkz. Bettex (2006), s. 66.
[450] Örneğin illiyet bağını kesen bir durumun söz konusu olup olmadığı bu kapsamda değerlendirilebilir. Örneğin bkz. HGK, 5.12.2001, 11-1109/1108 ve 11. HD, 2.11.2004, 1608/10733 (zikreden Ç. A. Çelik (*tarih belirtilmemiş*). Karayolu yolcu taşımacılığı zorunlu koltuk ferdi kaza sigortası. *KBİBB* (*www.kazanci.com*)).
[451] Bkz. Ansay (1957), s. 273.
[452] Bovey (2011), s. 98, 99.
[453] ATF 133 III 121 c. 3.1 (Bovey (2011), s. 99'dan naklen).

karşılık, söz konusu eksikliklerin hukukî bakımdan bir kusur meydana getirip getirmediğini belirlemek hâkimin görevidir[454].

2.3.2.3. Vakıa ve hukuk ayrımı bakımından bilirkişi incelemesinde sınırın aşılması ve bunun denetimi sorunu

2.3.2.3.1. Bilirkişi incelemesinin sınırlarının aşılması

Önceki başlıklar altında da zikrettiğimiz gibi, yasak, iki şekilde aşılmaktadır. Bunlardan *birincisi,* hâkimin, bilirkişiyi hukukî bir tespit ve değerlendirmede bulunmakla görevlendirmesidir. *İkincisi* ise, bu sefer bilirkişinin, hukukî tespit yahut değerlendirmelerde bulunmasıdır.

Hukukî mesele hakkında bilirkişi incelemesine başvurulması bakımından ilk olarak ifade etmemiz gereken şey, 1086 sayılı Kanun döneminde, 2494 sayılı Kanunla gerçekleştirilen değişikliklerin, o dönem için beklendiği kadar işlevsel olamadığıdır. Nitekim bu değişiklikten, Hukuk Muhakemeleri Kanunu yürürlüğe girene kadar, mahkemeler hukukî konuda bilirkişi incelemesine başvurma alışkanlıklarını sürdürmüştür. Bu durum, son yirmi – otuz yıllık süre zarfında kaleme alınan çalışmalarda ve çeşitli toplantılarda sunulan tebliğlerde ciddî şekilde eleştirilmektedir[455].

Uygulamada, sözleşmenin yorumundan, somut uyuşmazlığa hangi Kanun hükmünün uygulanacağına kadar, geniş bir yelpaze içerisinde, bilirkişilerin görevlendirilmesi yaygın hâle gelmiştir[456]. Bu konuda gösterilebilecek olan örnekler

---

[454] Bkz. Zufferey (2008), s. 28; Bovey (2011), s. 99.

[455] Bkz. Arslan (1989), s. 167; Çiçekli (2008), s. 496, 497; Aras (2008), s. 1615; Aşçıoğlu (2001), s. 75.

[456] Ayrıca bkz. ve karş. Kılıçoğlu (1986), s. 644; İ. Elveriş, G. Jahic ve S. Kalem (2009). *İstanbul asliye hukuk mahkemelerinde yargılama süreci.* İstanbul: İstanbul Bilgi Ü. Yayınları, s. 71. Hatta bu durum, hukukî bir konuda görevlendirilen kimi hukukçu öğretim üyelerini bu konuda verdikleri görüşleri çeşitli derlemeler hâlinde yayınlamaya da yönlendirebilmektedir. Öte yandan bu tür çalışmalar, Yargıtay'ın bu konudaki tercihinden önce özellikle ilk derece mahkemelerin hangi konularda hukukî bir görüşe ihtiyaç duymakta olduğunun gösterilmesi açısından da önem taşımaktadır. Örneğin bkz. Ş. Yıldız (2009). *Bilirkişi raporları ve hukukî mütalaalar.* İstanbul: XII Levha. Hatta öğretide bazı yazarların yargılama yetkisinin devri konusunda dahi, son derece olumlu ifadeler kullandığına rastlamaktayız.: "*...(B)en, on seneye yakın bir süredir bilirkişilik yapıyorum ve fikrî ve sınaî haklar alanında yapıyorum. Orada senetle ispat zorunluluğu yok ve inanılmaz keyifli bir bilirkişilik söz konusu. Çünkü, tahkikat safhasına kadar gelmiş delilleri değerlendiriyoruz; inanılmaz"*. N. Deren-Yıldırım (2007). Üçüncü oturum, tartışmalar. *Medenî usûl ve icra-iflâs hukukçuları toplantısı V, 8-9 Eylül 2006.* Ankara: TBB, s. 207. Fransız

sınırlı sayıda değildir.

Örneğin: "*Genel Kurul Kararlarının iptalini isteyen davacıların TTK'nın aradığı anlamda esas sermayenin %10'unu sağlayarak azınlık oluşturup oluşturmadığı; ...TTK md. 377'ye göre GK'da bilanço görüşmelerini*(n)*... ertelenmesi talebinde bulunup, bulunmadıkları; Genel Kurulun TTK md. 377 bu azınlık hakkının kullanılmasına rağmen, görüşmeler*(e) *devam edip karar alıp, almadığının… TTK md. 382 gereğince tehiri icra kararı verilip verilemeyeceğinin tespit edilmesi…"*[457]. Nitekim bilirkişiye yöneltilen bu sorular da, bilirkişi raporunun sonuç kısmında "*...mevcut yönetim kurulunun son genel kurul kararın*(da) *alınan yetkilerle donatılmış olarak yeni bir genel kurul kar*(arı) *alınıncaya kadar göreve devam etmesinin sakıncalı olacağını, bu sebeple 31.05.1002 tarihi olağan Genel Kurul toplantısında alınan kararların uygulanmasının, sayın Mahkemenizin hükmüne kadar geri bırakılmasını oybirliği ile uygun görmüştür. Takdir tabiatıyla Sayın Mahkemenize aittir"* hususlarını içermektedir[458].

Somut olayda, davacıların aranan oranda azınlık oluşturup oluşturmadıkları ve görüşmelerin ertelenmesi talebinde bulunup bulunmadıkları konularının, özel bir bilgiyi gerektirmemekle birlikte, birer vakıa tespiti olarak değerlendirilmesi mümkün olabilirse de, esasen hâkim, bir pozitif hukuk kuralının uygulanıp uygulanmayacağı sorusunu bilirkişiye yöneltmiştir. Bu nedenle, hâkimin bilirkişi incelemesine başvurmak suretiyle yargılama yetkisini devretmiş olduğu konusunda, kanımızca bir tereddüt bulunmamaktadır. Nitekim bilirkişi kurulu da *alınan kararların uygulanmasının Mahkeme hükmüne kadar geri bırakılmasını* oybirliği ile uygun görmüştür. Raporun sonuç kısmında yer alan takdirin mahkemeye ait olmasının ifade edilmesi ise, bu hususların varlığı karşısında kanımızca ironiktir.

Yine diğer bazı mahkeme kararlarında da vakıa meselesi ve hukukî mesele bir arada bulunmaktadır. Örneğin ilk derece mahkemesi, görevin konusunu oluşturan hâller arasında hem *mal varlığının, aktif ve pasiflerinin* hem *sermaye artırımı işlemlerini yasaya, esas sözleşme hükümlerine, kamu düzenine aykırı olup olmadığının* ve nihayet

---

hukukunda da hukukî konuda bilirkişi incelemesine başvurunun en tipik örneklerinin, bilirkişilerin sorumluluk tayini için görevlendirilmesi olduğu ifade edilmektedir (bkz. Ferrand (2006), n^{o} 474, s. 123).

[457] Erzurum 1. Asliye Hukuk Mahkemesinin, 1992/342 E., sayılı Dosyasında 19.6.1992 tarihli Ara Kararında yer almaktadır (Yıldız (2009), s. 3, 4. Yazar, bilirkişi raporlarını bir araya getirdiği bu çalışmada sadece tarafların isimlerini kısalttığını ifade etmiş olduğundan, zikredilen mahkeme ve dosya esas numaralarını aynen aktarmakta sakınca görmüyoruz).

[458] 19.6.1992 tarihli Ara Kararı gereği mahkeme sunulan bilirkişi raporunun sonuç kısmından alınmıştır. Bkz. Yıldız (2009), s. 7.

şirketin fesih sebeplerinin gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespitini istemiştir[459]. Bir diğer ilk derece yargılamasında, bilirkişi kurulundan, uyuşmazlık konusu sözleşmenin *yorumlanarak, karşılıklı edimlerin belirlenmesini* talep edilebilmiştir[460].

Bilirkişinin görevlendirilmediği hâlde hukukî mesele hakkında inceleme ve açıklamalarda bulunması da uygulamadaki yargısal alışkanlığın bir diğer sonucu ve görünümüdür[461]. Hâkimler tayin ettikleri bilirkişileri açık bir şekilde hukukî konuda görevlendirmeseler dahi, görevin kapsam ve içeriğini yeterince sınırlandırmıyor oluşları[462], bu sefer bilirkişileri görevlendirilmedikleri hâlde hukukî mesele hakkında açıklamada bulunmaya yönlendirebilmektedir.

Örneğin bir itirazın kesin kaldırılması başvurusu üzerine icra mahkemesi, tayin ettiği bilirkişiye *borç miktarının belirlenmesi* görevini tevdii etmiştir[463]. Ne var ki bilirkişi bununla yetinmeyerek, faizin dürüstlük kuralına aykırı olup olmadığından, taraflar arasındaki delil sözleşmesinin içeriğine kadar pek çok konuda açıklamalarda bulunmuştur[464]. Bir başka bilirkişi raporunda ise bilirkişinin, davalının yetkili mahkeme ve taraf sıfatı hakkında yaptığı savunmasını değerlendirdiğini[465], bir başkasında inanç sözleşmesine ait iddianın varlığının her türlü delille ispatına olanak tanınması yönünde görüş bildirdiğini[466] görüyoruz. Bir diğer bilirkişi raporunda bilirkişi, uyuşmazlık konusu vakıa ile ilgili olarak yapılan işin bir *ticarî iş olduğu* konusunda görüş bildirerek, faiz oranının *temerrüt faizi olarak istenebileceğini* dile getirmiştir[467].

Yine bu çerçevede Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun önüne gelen bir diğer meselede, bilirkişi kendisine tevdi edilen görevin kapsamını aşıp, delillerin

---

[459] Erzurum 3. Asliye Hukuk Mahkemesinin, 2003/47 Esas sayılı Dava Dosyası kapsamında talep edilen bilirkişi raporundan alınmıştır (Bkz. Yıldız (2009), s. 47 vd). Nitekim bilirkişi kurulu da incelemesinin sonucunda *takdiri mahkemeye ait olmak üzere, davalı şirketin feshine ilişkin sebeplerin gerçekleşmediği* sonucuna ulaşmıştır (bkz. Zikredilen dava dosyasına sunulan 11.3.2004 tarihli bilirkişi raporunun sonuç kısmından (Bkz. Yıldız (2009), s. 72).

[460] Erzurum 2. Asliye Hukuk Mahkemesinin 2005/267 Esas sayılı Dava Dosyasına sunulan 15.3.2007 tarihli bilirkişi raporunun "*incelemenin sınırlarının belirlenmesi"* başlıklı kısmından (Bkz. Yıldız (2009), s. 168).

[461] Bilirkişilerin hukukî konuda görüş bildirmelerinin Fransız hukukunda da yaygın olduğu konusunda bkz. Ferrand (2006), n° 474, s. 124.

[462] Bu konuda özellikle bkz. aşa. *İkinci Bölüm, 2.1.*

[463] Örnek için bkz. Aşçıoğlu (2001), s. 100.

[464] Aşçıoğlu (2001), s. 100, 101.

[465] Bkz. Erzincan 1. Asliye Hukuk Mahkemesinin 2000/268 Esas sayılı Dava Dosyası kapsamında mahkemeye sunulan 3.4.2006 tarihli bilirkişi raporundan (Bkz. Yıldız (2009), s. 114).

[466] Bkz. Erzincan 1. Asliye Hukuk Mahkemesinin 2006/161 Esas sayılı Dava Dosyasına sunulan 18.8.2006 tarihli bilirkişi raporundan (bkz. Yıldız (2009), s. 158).

[467] Erzincan 1. Asliye Hukuk Mahkemesinin 2006/75 Esas sayılı Dava Dosyasına sunulan 13.12.2006 tarihli bilirkişi raporunun sonuç kısmından (bkz. Yıldız (2009), s. 165).

değerlendirilmesi faaliyetine girişmiş, bu anlamda, tanık beyanları hakkında görüş bildirmek suretiyle alacağın varlığı hakkında açıklamada bulunmuştur. Nitekim Genel Kurul, direnme kararını bu ve işaret edilen diğer gerekçelerle haklı olarak bozmuştur[468].

Hukukî mesele için *bilirkişi olarak kimlerin görevlendirildiği,* bir başka tartışmanın konusunu oluşturmaktadır. Uygulamaya baktığımızda, hâkimlerin tercihinin, uyuşmazlık konusunun niteliğine göre, kimi zaman hukuk fakültesi öğretim üyeleri, kimi zaman emekli hâkimler, ancak çoğu hâlde avukatlar arasından bilirkişi seçmek yönünde olduğunu görmekteyiz[469].

Esasen hukukî konuda bilirkişi incelemesi, mevcut düzenlemeler karşısında yargılama yetkisinin devri anlamına geldiğine göre, hâkimin sıradan bir miras paylaşımı hakkında, bilirkişi olarak meslekte birkaç senelik bir tecrübesi bulunan bir avukata veyahut marka hukukuna ilişkin karmaşık bir meselede, kıdemli bir öğretim üyesine başvurması arasında, herhangi bir farkın bulunmadığını ifade etmemiz gerekmektedir. Bununla birlikte, kanımızca uygulamada Kanuna aykırı şekilde hukukî mesele hakkında bilirkişi incelemesine başvurulması ayrı, bilirkişi incelemesi neticesinde hâkime güvenilir bir hukukî bilgi sunulması ayrı birer konu meydana getirmektedir[470]. Ancak ne olursa olsun, burada genel bir ölçüt getirmek güçtür[471]. Öte yandan sahip olunan uzmanlık bilgisinin içeriğinden farklı olarak, yerine getirilen meslekî faaliyetin bir sonucu biçiminde avukatların birer taraf vekili olmalarının, tarafsızlık ve objektifliklerini belli hâllerde tartışmalı kılacak olması, bunların birer bilirkişi olarak değerlendirilmesinde esas alınması gereken bir başka konu oluşturmaktadır[472].

---

[468] *"...Somut olayda bilirkişi, tanıkların kesin beyanda bulunmadıklarını, beyanların işvereni bağlayıcı nitelikte olmadığı gerekçesiyle davacının ikramiye alacağı bulunmadığını bildirmiş ve mahkemece bu rapora dayanılarak ikramiye alacağı talebi reddedilmiştir.Ne var ki, delillerin takdiri mahkemeye ait olup, bilirkişinin kendisine verilen görevi aşarak delilleri değerlendirmesi ve buna göre rapor düzenlemesi yukarıda açıklanan kanun hükümlerine aykırı olduğu gibi, hukuki bir sonuç ta doğurmamaktadır. Bu nedenle mahkemenin, davacı vekilinin bilirkişi raporuna itiraz etmemesi nedeniyle davalı yararına usûlü kazanılmış hak oluştuğu yönündeki direnmesi isabetsizdir..."* HGK, 5.2.2003, 9-12/55 (*İBD,* 2004/4, s. 1609 vd.).

[469] Arslan (1989), s. 167; Aşçıoğlu (2001), s. 75; Çiçekli (2008), s. 499.

[470] Bkz. ve karş. Atalay (2001a), s. 180, 181. Bu noktada, bilirkişi olarak görevlendirilen uygulayıcılardan özellikle avukatlar ile akademisyen hukukçular arasında bir ayrımda bulunulması gerektiğinden söz edilebilir mi? Akademisyenler tarafından sağlanan bilgi belli bir uzmanlaşma sürecinin ürünüdür. Bu nedenle belli bir alanda uzun yıllar çalışmak suretiyle uzmanlaşmış yahut akademik çalışma yapmış veya diğer bir eğitim faaliyetine katılmış avukat veya hâkimler ayrı tutulacak olursa, bu bilgi uygulamacı konumundaki bir hukukçu tarafından sağlanan bilgiye göre, objektifliği bakımından hem daha güvenilir, hem evrensel kriterlere daha uygun olduğu ifade edilebilir.

[471] Bkz. Atalay (2001a), s. 180, 181.

[472] Bu konuda özellikle bkz. ve karş. Deryal (2011), s. 107 vd. Aşçıoğlu (2001), s. 76 vd. Akademisyen hukukçular bakımından ise *Aşçıoğlu'nun* daha ileri giderek bunların objektifliklerini yitirme riski

Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile getirilen sistem bakımından, esas itibariyle bilirkişi listelerinin oluşturulması ve düzenlenmesine ilişkin olması gereken ilkeler bağlamında dile getirdiğimiz üzere, HMK Bilirkişi Yönetmeliğinin 5. maddesinin üçüncü fıkrasında, hukukî konularda uzmanlık alanı belirlenemeyeceği açıkça ifade edilmektedir[473].

Nitekim bazı yargı çevrelerinde oluşturulan bilirkişi listelerinin genel olarak bu Yönetmeliğe uygun olduğunu ifade edebiliriz. Örneğin İstanbul 2012 Hukuk Mahkemeleri Bilirkişi Listesinde tespit edebildiğimiz üzere, hukukî konular kural olarak sadece yabancı hukuk, eski hukuk ile örf ve âdet hukukuyla sınırlıdır. Ne var ki, istisnaî de olsa miras hukuku ve iş hukukuna ilişkin olarak da listede bazı bilirkişilerin yer aldığını görebiliyoruz[474]. Ne var ki, geçmişten gelen alışkanlığın bazı yargı çevreleri özelinde bu listelerin oluşturulması noktasında sürdürüldüğünü görmekteyiz. Örneğin Adana listelerinde tazminat, ticaret ve sigorta hukuku[475], buna karşılık Konya listelerinde neredeyse tüm hukuk dallarında[476] bilirkişiler listeye kaydolmuş durumdadır. Bunun ise ne Kanun ne de Yönetmelikle bağdaştığından söz edilebilir.

Yukarıda aktardığımız örnekler neticesinde özellikle Türk hukuku bakımından bir kez daha teslim edilmesi gereken şey, açık pozitif düzenlemelerin varlığına rağmen hukukî konuda bilirkişiliğin yaygın ve kanıksanmış bir vakıa olduğudur. Bunun karşısında kanun yolu denetiminde Yargıtayın nasıl bir tavır takınmakta olduğu, nihayet aynı durumla karşılaşılması faraziyesinde kimi bazı yabancı ülkelerdeki istinaf ve temyiz mahkemelerinin yaklaşımı, ayrıca değerlendirilmesi gereken bir mesele teşkil etmektedir:

---

taşıdıkları ve görüş sunmanın "*bilimsel kimliğin onurunu tartışılır"* hale getirdiğini ifade ettiğini görüyoruz (Aşçıoğlu (2001), s. 76 vd.). Yazar, bu ifadelerine gerekçe olarak iki öğretim üyesinin sunduğu bilirkişi raporu vesilesiyle daha önceki akademik çalışmalarında savunmuş oldukları görüşleri değiştirmelerini örnek olarak göstermektedir (bkz. (2001), s. 77, 78).

[473] Bkz. aşa. *İkinci Bölüm, 2.2.4* ve takip eden alt başlıklarda yer alan açıklamalar.

[474] Bkz. http://www.yasaraslan.com.tr/images/dosyalar /2012%20hmk%20bilirkisi %20listesi%20 kesin.pdf (son erişim: 1.7.2012).

[475] Bkz. http://www.adana.adalet.gov.tr/duyuru_files/2012/2012hmk-bk.pdf (son erişim: 11 Temmuz 2012).

[476] Bkz. http://www.konyabarosu.org.tr/resim/file/2012bilirkisihukuk.pdf (son erişim: 11 Temmuz 2012).

2.3.2.3.2. Bilirkişi incelemesinin sınırlarına kanun yolu denetimindeki yaklaşım ve görev sınırlarının aşılmasının sonuçları

Kanun yolu denetimi sırasında, hukukî konuda bilirkişi incelemesine başvurulmuş olması hâlinde, Yargıtayın istikrarlı bir yaklaşımının bulunduğunu söylememiz güçtür. Gerçekten de Yargıtay daireleri, bazı kararlarında hukukî bir konuda bilirkişi incelemesine başvurulmasını bir bozma sebebi sayar veyahut kararı bu nedenle bozmasa dahi eleştirirken, bazı kararlarında ise, hukukî konuda bilirkişi incelemesine gidilmiş *olmamasının* üzerinde durmakta veya bizatihi başvuruyu teşvik etmekte, hatta bilirkişi incelemesine başvurulmamış olmasını bir bozma sebebi addedebilmektedir. Bu durum bazı yazarlar tarafından bir kısır döngü olarak ifade edilse de[477], esasında bu, kanımızca bazı hukukî meselelerin diğer hukukî meselelerden farklı algılanmasının olağan bir sonucu, diğer bir deyişle bu meselelere ilişkin bir yaklaşım sorunudur. Meseleyi de bu çerçevede ikili bir ayrım altında ele almak bize uygun gözükmektedir.

İlk olarak, Türk hukuku bakımından Yargıtay'ın, kural olarak, bilirkişi incelemesinin kapsamı bakımından vakıa – hukuk ayrımını dikkate almakta olduğunu söyleyebilmekteyiz. Bu noktada özellikle 1980'li yıllarda, kanımızca, bizzat 1981 yılında hukukî konularda bilirkişi incelemesine başvuruyu yasaklayan düzenlemenin 1086 sayılı Kanunun 275. maddesine eklenmesinin de neticesinde, bu konuda son derece dikkat çekici kararlara rastlamak mümkün olabilmektedir.

O dönemden bugüne konuya ilişkin çok fazla sayıda karar bulunmakla birlikte, bunların içeriğini oluşturan hâller bakımından, genel bir tasnif yapmak mümkün olamasa da, Yargıtay, özellikle *manevi tazminatın unsurlarının belirlenmesi*[478], *sözleşmelerin yorumu*[479]*, faize ilişkin meseleler*[480]*, irade sakatlığının tespiti*[481]*,* yine

---

[477] Bkz. H. Şeker (2007). Soykütüğü ile bağı koparılmış bir kurum: Bilirkişilik. *Legal Hukuk Dergisi, Yıl 5, S. 49,* ss. 95 – 101, s. 99. Ayrıca bkz. Çiçekli (2008), s. 498. Ayrıca bkz. ve karş. Yılmaz (2012), s. 1198, 1199.

[478] "*…Borçlar Kanunu'nun 49. maddesinin* (TBK m. 56) *unsurlarının bulunup bulunmadığının belirlenmesi hâkimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukukî bilgi ile çözümlenmesi zorunludur… (M)ahkemenin… emredici kuralı ve hâkimlik mesleğinin ve yargılama işlevinin niteliğini ve amacını gözetmeden hukukî konuda bilirkişi incelemesine giderek, bilirkişi raporunu aynen hükmüne aktarması usûl ve yasaya aykırıdır".* 4. HD, 22.3.1988, 10410/2778 (Arslan (1989), s. 168'den naklen).

[479] Taraflar arasındaki sözleşmenin yorumu hukukî bir meseledir. Bu itibariyle bir sözleşmenin yahut şartnamenin yorumu için bilirkişi incelemesine başvurulamaz "*…taraflar arasındaki uyuşmazlık özel şartnamedeki hükümlerin yorumuna ilişkin olup hukukîdir. Bu yorumu mahkeme kendisi yapacaktır".* 15. HD, 19.10.1977, 1722/1914 (Arslan (1989), s. 169'dan naklen).

[480] Faize ilişkin olan meseleler, geniş bir yelpaze meydana getirmektedir. Yargıtay'a göre faiz oranının fahiş olup olmadığı hâkimin genel ve hukukî bilgisiyle çözümlenebilecek bir konudur. Bu anlamda

sözleşmeler bakımından *haklı sebebin varlığı*[482] gibi hâllerde bilirkişi incelemesine başvurulmuş olmasının Kanuna aykırı olduğuna işaret etmektedir[483].

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 2008 yılında verdiği bir kararıyla hâkimin, bir krediye uygulanan faiz oranının fahiş nitelikte olup olmadığı konusunda bilirkişi incelemesine başvuramayacağını belirtmektedir. "*...Tarım Kredi Kooperatifleri Merkez Birliğinin faiz oranlarına ilişkin genelgeleri dikkate alınarak, kredilere uygulanan faiz oranlarının "fahiş" nitelikte bulunup bulunmadığı yönünde yapılacak bir değerlendirme, hâkimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukukî bilgi ile çözümlenmesi gereken bir konudur. HUMK m. 275 hükmü gereğince bu gibi durumlarda bilirkişi dinlenemez."* HGK, 16.7.2008, 12-508/513 (*Legal Hukuk Dergisi, 2009/73,* s. 151 vd.). Yargıtay'ın aynı yaklaşımı, faizin başlangıç tarihinin ve oranının belirlenmesinde de gösterdiğini görmekteyiz. Nitekim 12. Hukuk Dairesi icra takibine itiraz üzerine başvurulan itirazın kaldırılması talepleri hakkında verilen kararların temyiz incelemelerinde faiz oranının belirlenmesinin *basit bir hesaplamayla* mümkün olduğu ve bu konuda bilirkişi incelemesine gidilemeyeceği yönünde görüş bildirmektedir. *"...Somut olayda bononun vade tarihinden takip tarihine kadar talep edilebilecek işlemiş faiz miktarının hesaplanması ve takip tarihinden sonrası için işleyecek faiz oranının belirlenmesi hâkimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukukî bilgi ile ve basit bir hesaplama ile mümkün olup çözümü özel ve teknik bir bilgiyi gerektirmemektedir. Mahkemece anılan konuda bilirkişi incelemesine karar verilmesi… yukarıda açıklanan yasa hükümlerine uygun değildir…"* 12. HD, 4.11.2008, 16023/19124 (*BBD, S. 86,* s. 127). Yine aynı dairenin bir başka kararında da işaret edildiği üzere, ödeme emrinde *faiz başlangıç tarihinin ve oranının gösterilmemesine ilişkin itirazların* da yine genel ve hukukî bilgi vasıtasıyla çözümlenmesi mümkündür. *"Mahkemece 'faiz oranının takipte istenen %48'den daha az olduğu ve faizin başlangıç tarihinin belirtilmediğine' ilişkin borçlu itirazlarının, yukarıda açıklanan fıkra hükmü gereğince hâkimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukukî bilgi ile çözümlenmesi mümkün olan nitelikte bulunduğundan, bilirkişi ücreti yatırılmadığından bahisle bu hususstaki şikayetin esası incelenmeksizin, anlaşmazlığa çözüm getirilmeden, HUMK'nun 388/son maddesi hükmüne aykırı olarak 'faiz oranına itirazın icra müdürlüğünce yeniden düzenlenmesine' şeklinde muallak ifadelerle sonuca gidilmesi doğru görülmemiştir."* 12. HD, 28.11.2006, 19203/22379 (T. Uyar (2004), *İcra ve iflâs kanunu şerhi, C.,* Ankara: 2. Bası, Feryal, s. 14656). Aktardığımız bu kararların bir kısmında, faiz miktarının hesaplanmasının da bu kapsamda değerlendirilip değerlendirilemeyeceğine ilişkin bazı veriler bulmak mümkündür. Nitekim 2008 tarihli Hukuk Genel Kurulu kararının içeriğinde, ilk derece mahkemesinin bozma üzerine direnme kararı verdiği Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 16.10.2007 tarih ve 18116/18881 sayılı Kararında, "*(s)omut olayda…* (borca) *itirazda hesaplama hatasından söz edilmeyip sadece istenilen faiz oranının fahiş olduğu iddia edildiğine göre bu hususun hâkim tarafından denetlenip sonuçlandırılması mümkündür"* ifadesine rastlamaktayız. Bir başka deyişle, Yargıtay üstü kapalı da olsa faizin miktarının hesaplanması ile bunun fahiş olup olmadığına ilişkin itirazları birbirinden ayırmaktadır. Nihayetinde Hukuk Genel Kurulu zikrettiğimiz kararda bu konuya dair bir açıklamada bulunmamaktadır. Bununla birlikte Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, yine yukarıda aktardığımız 4.11.2008 tarihli kararında kambiyo senedinin vade tarihinden takip tarihine ve bu tarih itibariyle, faiz oranının yanı sıra işleyecek faiz miktarının da hâkim tarafından belirlenebileceğine açıkça işaret etmektedir.

[481] Örneğin, hile iddiasının tespiti için bilirkişi görüşüne başvurulamaz. "*…Somut olayda davalının eşinden para gizlemek için bono imzalattırıldığı iddia edilmiş olup, bu iddianın yukarıda tanımı yapılan hile unsurlarını içermediğinin kabul olanağı yoktur. Mahkemece aksi yazılı belge ile kanıtlanamayan bonoların bedelsizliğine ilişkin davanın reddine karar vermek gerekirken yazılı gerekçe ile davanın kabulüne karar verilmesi doğru olmadığı gibi HUMK'nın 275. maddesinin 2. cümlesinde hâkimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukukî bilgi ile çözümlemesi mümkün olan konularda bilirkişi dinlenemez denilmektedir. Hile iddiasının varlığının tespiti hukukî bilgiyi gerektiren bir husus olup bu husus bilirkişi düşüncesine terk edilemez. Mahkemece bilirkişi görüşüne başvurulması ve bilirkişi raporundaki görüşün hükme dayanak yapılması da isabetli görülmemiştir…"* 19. HD, 21.5.2004, 9583/6036 (Oskay, Koçak vd. (2007), C. II, s. 1842 vd.).

[482] Gerçekten de, bir sözleşmenin feshinde haklı sebeplerin bulunup bulunmadığı hukukî bir mesele olduğundan, bu konuda bilirkişi incelemesine gidilememesi gerekir. Nitekim Yargıtay'ın farklı daireleri de kural olarak sözleşme türleri arasında herhangi bir farklılık göstermeksizin, toptan satıcılık sözleşmesinden ("*Davalı idarenin toptan satıcılık sözleşmesinin 19. maddesindeki fesih düzenlemesine uymadan ve davacıya herhangi bir süre vermeden, sözleşmeye aykırılık nedenlerini de belirtmeden 5.1.2001 tarihinde sözleşmeyi fesih etmesinin haksız olduğunun tesbitinde bir isabetsizlik*

Görev sınırlarının aşılmasının sonuçları bakımından, Hukuk Muhakemeleri Kanununun 266. maddesinde yer alan açık ifadeye rağmen, hukukî konuda bilirkişi incelemesine başvurulmuş olmasının bir yaptırıma tâbi olup olmadığı, diğer bir deyişle bunun mutlak bir bozma sebebi oluşturup oluşturmadığı belirsizdir. Gerçekten de Yargıtay, genel ve hukukî bir konuda bilirkişi incelemesine başvurulmuş olmasını kimi zaman doğrudan bir bozma sebebi olarak kabul etmektedir[484]. Ne var ki bazı hâllerde, hukukî bir konuda görüş istenmesini hükme etkili bir usûle aykırılık addetmemekte, kararı doğru bulduğu takdirde sadece bu aykırılığa işaret etmekle yetinmektedir[485].

Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanununun yürürlükte olduğu dönemde, öğretide hukukî konularda bilirkişi görüşüne başvurulmasının mutlak bozma nedeni kabul edilmesi gerektiği görüşünün dile getirildiğini görmekteyiz[486]. Gerçekten de, Kanunun 266. maddesinin ifadesinin HUMK m. 275 hükmüne göre, daha ısrarlı ve açık bir düzenlemeyi barındırması ve hükmün amacı bir arada düşünüldüğünde, hukukî konuda

---

bulunmamaktadır. Ancak 2494 sayılı yasayla değişik HUMK.nun 275. maddesinde "Hâkimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukukî bilgi ile çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişi dinlenemeyeceği" hükme bağlanmıştır. Bu hükmün konuluş amacı adaletin çabuk, doğru ve ucuz gerçekleşmesi yanında bilirkişilik müessesenin olması gerektiği gibi işlemesini sağlamaktır. Somut olayda yerel mahkeme 22.5.2001 tarihli ara kararıyla sözleşme ve mevzuat uyarınca ihalenin feshini gerektirecek haklı sebepler olup olmadığı yolunda bilirkişi görüşüne başvurulmasını kararlaştırmıştır. Oysa bu hususlar tamamen hâkimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukukî bilgi ile çözümlenmesi mümkün konulardır". 19. HD, 27.9.2002, 1567/6116 (T. Uyar (2004). *İcra ve iflâs kanunu şerhi. C. IV*. Ankara: Feryal, s. 6674 vd.)), iş sözleşmesinin feshine kadar (*"Somut uyuşmazlıkta davacının davranışlarından kaynaklanan haklı yada geçerli nedenle iş sözleşmesinin feshi konusunda mahkemece hukukçu bilirkişiden rapor alınmış ise de, mahkeme hâkiminin genel hukuk bilgisi ile çözümlenmesi mümkün olan bu konuda bilirkişi dinlemesi yönüne gitmesi anılan usûl kuralına aykırıdır".* 9. HD, 7.5.2007, 1489/14258 (İ. Günay (2008). *İş davaları.* Ankara: Yetkin, s. 1270)) pek çok farklı sözleşme türünde feshe gerekçe gösterilen haklı sebep vakıasının varlığı veya yokluğunun tespitinde bilirkişiden görüş istenemeyeceğine işaret etmektedir.

[483] Nihayet, yayın yoluyla kişilik hakkına bir saldırının varlığı konusunda da hukukçu bilirkişiye gidilemeyecektir. Bkz. 4. HD, 13.11.2008, 791/14005 (*Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi, 2009/18,* s. 374 vd.). Yine Fransız Temyiz Mahkemesinin, mülkiyetin kime ait olduğunun tespiti konusunda bilirkişiye gidilemeyeceği yönündeki bir kararı için bkz. Cass. civ. 21.4.1958, *D*. 1958. 432, *RTD civ*. 1958. 451, Zikreden Ferrand (2006), n° 474, s. 123.

[484] Bkz. daha önce de zikredilen HGK, 16.7.2008, 12-508/513 (*Legal Hukuk Dergisi, 2009/73,* s. 151 vd.). Ayrıca "*...iddianın hukukî niteliği saptandıktan sonra sadece zarar tutarı için bilirkişiden rapor alınması gerekir... yerel mahkemenin kararının bozulması gerekmiştir".* 11. HD, 8.3.1988, 8773/1392 (Arslan (1989), s. 168).

[485] "*…Mahkemece sözü edilen ilkelere aykırı biçimde bilirkişi incelemesi yaptırılması isabetli değil ise de kurulan hüküm yönünden bu husus sonuca etkili görülmeyerek eleştirilmekle yetinilmiş ve sonucu itibariyle doğru olan hükmün onanması gerekmiştir."* 19. HD, 27.9.2002, 1567/6116 (Uyar (2004), C. IV s. 6674 vd.); "*Somut olay, hâkimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukukî bilgi ile çözümlenebileceğinden bilirkişi incelemesi usûle aykırıdır. Bu usûl hatasına değinmekle yetinmek gerekmiştir."* 4. HD, 5.10.2006, 11035/10349 (*YKD, 2007/7,* s. 1266, 1267). Ayrıca bkz. 4. HD, 11.11.1983, 8875/9339; 15. HD, 19.10.1977, 1722/1914 (Zikreden Arslan (1989), s. 169).

[486] Örneğin bkz. S. Tanrıver (2008). Hukuk yargısının temel sorunları ve bu bağlamda alınması gereken önlemler. *"Adalet Bakanlığı yargı reformu stratejisi" belgesi gölgesinde yargı reformu sempozyumu.* Ankara: TBB Yayınları, ss. 201 – 230, s. 227.

bilirkişi incelemesine başvurulması bir mutlak bozma (ve bunun yanı sıra mutlak istinaf[487]) sebebi teşkil etmelidir. Zira, yargılama yetkisinin bu şekilde bilirkişiye devredilmiş olması karşısında, kanımızca bunun ayrıca verilen hükme etkili olup olmadığını araştırmaya gerek bulunmamaktadır. Ne var ki, uygulamada mahkemeleri hukukî konuda bilirkişi incelemesine sevk eden sebeplerde herhangi bir değişiklik olmadığı sürece[488], Yargıtayın mevcut yaklaşımını sürdürmesi de şaşırtıcı olmayacaktır[489].

Bu konuda Fransız Temyiz Mahkemesinin genel yaklaşımının da hukukî konuda bilirkişi incelemesine gidilmiş olmasını genellikle bir bozma sebebi addetmek şeklinde olduğunu görüyoruz. Nitekim Fransız Temyiz Mahkemesinin kimi kararlarında böyle bir durumda uyuşmazlığın bilirkişi tarafından çözülmekte olduğuna işaret edilmektedir[490].

Burada tartışmaya açık bir diğer konu, hâkim tarafından hukukî konuda bilirkişi incelemesine başvurulması hâlinde, hâkimin hukukî sorumluluğunun gündeme getirilip getirilemeyeceğidir. Nitekim bu yönde olumlu görüşlerin de ifade edildiğini görüyoruz[491]. Esasen Hukuk Muhakemeleri Kanununun 46. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinde ifade edildiği gibi, hâkimin *farklı bir anlam yüklenemeyecek kadar açık ve kesin bir kanun hükmüne ayırı karar vermesi*, onun sorumluluğunu gerektiren hâllerden bir tanesini meydana getirmektedir[492]. Burada kanun koyucunun

---

[487] Mutlak istinaf sebepleri bakımından ayrıca bkz. Akkaya (2009), s. 190 vd.

[488] Bu konuda ayrıca bkz. aşa. *Birinci Bölüm, 2.3.2.4.*

[489] Nitekim Hukuk Muhakemeleri Kanununun yürürlüğe girmesinden sonra verilen kimi kararlarda bu yönde bir eğilimin varlığını sürdürdüğünü görüyoruz. Örneğin Hukuk Genel Kurulunun kararına konu olan bir meselede, ilk derece mahkemesi, taraflar arasındaki sözleşmenin "*genel ve hukuki bilgiye göre yorumlanarak davalı tarafından tazmini gereken miktarın uzman bilirkişi raporuna gerek görülmeden mahkemece ayrıntılı olarak hesaplandığı ve hesaplama yönteminin şablon olarak gösterildiği, yine H.U.M.K.un 77. maddesine göre yargılamada fazla gider yapılmaması gerektiği, en basit ve en ucuz şekilde mahkemece tazmini gereken miktarın kendi hesaplama yöntemi ile hesaplandığı, bozma ilamının usul ve yasaya uygun olmadığı"* gerekçesiyle direnme kararı vermiş; Hukuk Genel Kurulu ise, satış şartnamesinde yer alan faiz oranlarının teknik bilgiyi gerektirdiği gerekçesiyle kararı bozmuştur. Bkz. HGK, 5.10.2011, 19-481/595 (*KBİBB*; *LegalBank*).

[490] Örneğin bkz. Cass. Soc., 17.12.1974, *Bull. Civ.,*V, n° 618; Cass. Civ., 3e, 1.12.1993, *D.* 1994, s. 11; Cass. Civ., 3e 19.12.1983, *Bull. Civ.,* III, n° 268 (ve diğer bazı kararlar için bkz. Leclerc (2005), n° 88, s. 72, 73). Bununla birlikte, Temyiz Mahkemesi vermiş olduğu bir kararda, hukukî konuda bilirkişi incelemesine başvuran istinaf mahkemesinin, değerlendirme unsurlarını muhafaza ettiği, bu itibarla yargılama yetkisini devretmiş sayılamayacağını belirtmektedir. Bkz. Cass. Civ. 1e 29.2.1975, *Bull. Civ.,* I, n° 147 (Leclerc (2005), n° 197, s. 161).

[491] Nitekim bu yönde bkz. ve karş. Aşçıoğlu (2001), s. 74, 75.

[492] Nitekim bu sebebin söz konusu olması için hâkimin kasıtlı veya menfaat karşılığı bu şekilde davranmış olması da aranmamaktadır. Kanun hükmüne açık aykırılık, sorumluluk sebebinin doğması için yeterlidir. Genel olarak bkz. Yılmaz (2012), s. 467, 468. Ayrıca bkz. Pekcanıtez, Atalay ve Özekes (2011), s. 156, 157.

murat ettiğinin salt maddî hukuk hükümleri olmadığı düşüncesindeyiz. Öte yandan Yargıtay Hukuk Genel Kurulu tarafından verilen bir kararda, bilirkişi incelemesine başvurunun hâkimin takdirinde olduğu, bu bakımdan başvurulmasının hâkimin sorumluluğunu gerektiren bir hâl olarak değerlendirilemeyeceği belirtilmektedir[493]. Nitekim bilirkişi incelemesine başvurup başvurmamaktan farklı olarak, hukukî konuda bilirkişi incelemesine başvurmak konusunda hâkimlerin herhangi bir takdir yetkisi bulunmamaktadır. Olması gereken hukuk bakımından, hukukî konuda bilirkişi incelemesine başvurulması kanımızca hâkim için bir sorumluluk sebebi olmamalıdır. Ancak, söz konusu düzenlemelerin bu hâliyle, sorumluluk mekanizmasının işletilmesi için elverişli olduğu kanısındayız.

Görev sınırlarının aşılması bakımından ikinci mesele ise, bu sınırların *bilirkişi tarafından* aşılması durumunda ortaya çıkacak sonuçlardır. Hâkim görevlendirmediği hâlde, bilirkişi sunduğu görüşte, hukukî değerlendirmelere yer vermekteyse (bkz. m. 279, f. 4), kanımızca hâkimin iki şekilde davranması mümkün olabilir. İlk olarak hâkim yalnızca vakıa meselesi hakkındaki değerlendirmeleri dikkate alır ve görüşünü buna göre oluşturabilir[494]. İkinci olarak ise, bilirkişi raporunu bir bütün olarak dikkate almaz, bu faraziyede yeniden bilirkişi incelemesine başvurmak yolunu tercih edebilir.

Esasen buradaki kanaatimiz, bilirkişi her ne kadar hukukî değerlendirmelerde de bulunsa, şayet raporda yer alan teknik tespit ve değerlendirmeler hâkim açısından yeterli derecede ikna ediciyse, raporun bütünün göz ardı edilmesine gerek bulunmadığı yönündedir. Zira son kertede hâkim bilirkişi tarafından gerçekleştirilen hukukî değerlendirmeleri dikkate almadığı sürece, yargılama yetkisini devretmiş de olmayacaktır[495].

Diğer taraftan, bilirkişiye ne tür bir yaptırımın uygulanabileceği de ayrıca tartışılabilir. Kanunda bilirkişinin listeden çıkartılması yaptırımı, bilirkişilik görevinin

---

[493] Bkz. HGK, 14.2.2007, 13-80/64 (Yılmaz (2012), s. 472, 473).

[494] Bettex (2006), s. 66.

[495] Fransız hukuku bakımından bkz. Leclerc (2005), n° 93, s. 77; Redon (2011), n° 264, s. 37; Ferrand (2006), n° 474, s. 124. Nitekim Fransız Temyiz Mahkemesinin yaklaşımı, bilirkişinin sınırlarını aşarak hukukî bir konuda görüş sunması durumunda bunun tek başına raporun iptali için yeter bir gerekçe olmadığı yönündedir. Örneğin bkz. Cass. Civ. 1e, 7.7.1998, *Bull. Civ.,* I, n° 239 (zikreden Ferrand (2006), n° 474, s. 124) ; Cass. Soc., 30.7.1952, *Bull. Civ.,* V, n° 685 (Leclerc (2005), n° 93, s. 77, dn. 35). Ayrıca bkz. Cass. Civ. 1e, 29.2.1975, *Bull.Civ.*I, n° 147 (zikreden Leclerc (2005), n° 198, s. 161). Ayrıca bkz. S. Öztek (2001). Tartışmalar. *Bilirkişilik sempozyumu, Samsun 9-10 Kasım 2001.* Ankara: TBB Yayınları, ss. 395 – 398, s. 396.

verilen süre içerisinde tamamlanmamış olması hâli bakımından öngörülmüştür[496]. Bununla birlikte olması gereken hukuk bakımından aynı yaptırımın, hukukî konuda görüş açıklamakta olan bilirkişiler bakımından da uygulanması gerektiğinden bahsedilebilir mi? Buna olumsuz yanıt vermekteyiz. Zira görevin belli bir süre içerisinde gerçekleştirilmemesine bir yaptırım bağlanmasıyla korunan menfaat, taraflar bakımından yargılamanın makul bir süre içerisinde sonuçlandırılmasıdır. Ne var ki aynı menfaatin zikrettiğimiz hâl bakımından da söz konusu olduğu düşüncesinde değiliz.

Ne var ki, hukukî konuda bilirkişi incelemesine başvurulması bakımından Yargıtay hukuk daireleri arasında var olan yaklaşım farklılığı, hassas bir mesele meydana getirmekte olup, ayrıca üzerinde durulmalıdır[497]. Nitekim kimi Yargıtay hukuk daireleri, açık bir şekilde, görev sınırlarının aşılmasına farklı biçimlerde imkân tanımaktadır. Bu durumun, ilgili hukuk dairesinin görev alanına giren ve esas itibariyle bilirkişi incelemesinin konusunu oluşturan konuların içeriğinden kaynaklandığını söylememiz mümkündür. Burada da açık bir tasnifte bulunmak güç olsa da, tespit edebildiğimiz ölçüde bazı hukukî konular, diğerlerine göre ön plâna çıkmaktadır.

Bunların başında, *fikrî ve sınaî haklar hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıklar* gelmektedir[498]. Ancak Yargıtay kimi zaman, bu yaklaşımın tam tersi yönünde bir takım kararlar verebilmektedir[499].

İkinci olarak Yargıtay, *kusur* konusunda bilirkişiye başvurulmasını sonucu açık belli durumların dışındaki hâllere hasretmekte, fakat bu açık ve belirli hâllere ilişkin ayrı bir değerlendirmede de bulunmamaktadır[500].

---

[496] Bkz. aşa. *Üçüncü Bölüm, 1.2.1.4.*

[497] Ezcümle Arslan (1989), s. 170. Buradaki somut örnekleri özellikle yakın tarihli kararlar arasından sunmaya çalışmaktayız. Bunun yanı sıra aynı veya benzer içerikte diğer örnekler için genel olarak bkz. Şahin (2001), s. 204; Yılmaz (2012), s. 1189 vd.; Kuru (2001), s. 2650 vd.

[498] Örneğin bkz. HGK, 28.3.2007, 11-154/168; 11. HD, 6.11.2008, 3913/1209; 11. HD, 20.3.2011, 4466/3209 (*LegalBank*).

[499] Örneğin 11. Hukuk Dairesi her ne kadar çok yakın tarihli olmasa da vermiş olduğu bir kararda, tasarıma iktibas yoluyla tecavüz hakkında bilirkişi incelemesine başvurulmasına gerek olmadığına işaret etmektedir. 11. HD, 24.6.1997, 2738/5042 (zikreden C. Suluk (2003). *Tasarım hukuku.* Ankara: Seçkin, s. 529, dn. 219).

[500] Örneğin, "*Sonucu açık ve belli durumlar ayrık olmak üzere, trafik kazalarında kusur ve hasarın saptanması da uzman bilirkişiler aracılığıyla yapılmalıdır. Bu durumda uzman olmayan avukat ve adli tabip bilirkişiden hasar ve kusur konusunda alınan… rapor geçerli değildir… Raporlar arasında çelişki giderilmediği gibi, davacı sürücü de %92 promil alkollü olup, kazanın oluşunda alkolün bir etkisinin olup olmadığı da tartışılmamıştır. O hâlde yapılacak iş, olayın oluş şekli, trafik kaza tespit tutanağı, araçların çarpışma noktaları ve ekspertiz raporuna göre kusur ve hasar raporlarındaki çelişkinin giderilmesi, davacı sürücünün aldığı alkol derecesinin doğrudan doğruya trafik kazasına etkisinin bulunup bulunmadığı konusunun araştırılması için aralarında Nöroloji uzman doktor bilirkişisinin de bulunacağı Karayolları Genel Müdürlüğü veya İTÜ Karayolları Kürsüsü gibi konusunda uzman kurumlardan*

Üçüncü bir hukukî mesele, *gabinin unsurlarının varlığının* tespitidir. Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin özellikle banka ve müşteri arasında uygulanan faiz oranlarından kaynaklanan uyuşmazlıklardaki yaklaşımı ilgi çekicidir.[501]

Nihayet karşımıza çıkan bir diğer hâl, *iş hukuku uyuşmazlıkları*dır. Yargıtay Kanununun 14. maddesi uyarınca iş ve sosyal güvenlik hukukundan kaynaklanan ve iş mahkemeleri tarafından verilen hükümlerin temyiz incelemesini gerçekleştirmekle görevli Yargıtay 9 ve 10. Hukuk Dairelerinin iş hukukunun farklı alanlarından kaynaklanan uyuşmazlıklar bakımından hukukî konuda bilirkişi incelemesine izin verdiği, hatta hukukçu bir bilirkişiden görüş alınmamasını bozma nedeni addettiğini görmekteyiz[502]. Bu yaklaşım 1970'li ve 1980'li yıllarda da aynıdır. Örneğin Yargıtay 10. Hukuk Dairesi, 1978 ve 1985 yılında vermiş olduğu kararlarda, bilirkişinin incelemesini gerçekleştirirken iş güvenliği mevzuatını ve konuya ilişkin diğer pozitif metinleri göz önünde bulundurarak karar verilmesi gerektiğini belirtmektedir[503].

Yukarıda işaret etmeye çalıştığımız bu somut hâllerden daha önemli olan husus, kanımızca bu kararlarda kullanıldığını gördüğümüz bazı formüllerdir. Gerçekten de,

---

seçilecek bilirkişi kurulundan rapor alınarak, sonucuna göre hüküm kurulması gerekirken, eksik inceleme ile karar verilmesi doğru görülmemiştir". 17. HD, 14.5.2007, 1255/1628 (*YKD, C. 34, 2008/5,* s. 924). Aynı şekilde 17. HD, 28.9.2009, 2380/5766 (*YKD, 2010/1,* s. 91 vd.); 17. HD, 13.6.2005, 7201/6432; 17. HD, 18.10.2010, 7896/8470 (*KBİBB*).

[501] Burada, karşılıklı ivazlar arasında bir dengesizlik olup olmadığı, varsa bunun gabin hâlinden kaynaklanıp kaynaklanmadığı, nihayet somut uyuşmazlıklar bakımından gabinin varlığından bahsedilebilip bahsedilemeyeceği konusunda banka kayıtları üzerinde bir ekonomist, bir bankacı ve fakat bunların yanı sıra borçlar hukuku konusunda uzman bir öğretim üyesinden bilirkişi raporu alınması gerektiğini belirtilmektedir. Nitekim bkz. 19. HD, 30.9.2004, 772/9413; 19. HD, 25.1.2005, 4853/205. Kararların eleştirisi için bkz. Şeker (2007), s. 98, dn. 9, ayrıca s. 99. Yazar bu uygulamayı *hastalık saçan bir örnek* olarak nitelendirmektedir.

[502] Nitekim tüm diğer sözleşmeler bakımından olduğu gibi bir iş hukuku sözleşmesinin yorumunun ve etkilerinin hukukî alana dâhil olduğu noktasında bir tereddüt yoktur. Ne var ki, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi yakın tarihli bir kararında, toplu iş sözleşmesi hükümlerinde öngörülen ücret artışlarının gerçekleştirilip gerçekleştirilmediği ve sözleşmenin son ermesinden sonra söz konusu artışların elverişliliğine ilişkin vermiş olduğu yeni tarihli bir kararda, hem bahsettiğimiz konuda *iki hukukçu* ve bir istatistik uzmanından görüş alınması gerektiğini belirtmiş, hem bunun gerçekleştirilmemiş olmasını bir bozma sebebi kabul etmektedir. "*…Taraflar arasında temel uyuşmazlık, ücret artışlarının toplu iş sözleşmesi hükümleri uyarınca tam olarak yapılıp yapılmadığı ve 31/12/2004 tarihinde süresi sona eren toplu iş sözleşmesinin art etkisi noktasında toplanmaktadır… Mahkemece istek konusu döneme ait toplu iş sözleşmeleri getirtilmeli, ücret artışının öngörüldüğü dönemlere ait enflasyon oranları belirlenmeli buna göre bilirkişi raporu alınmalıdır… Mahkemece, iki hukukçu ve bu işlerden anlayan Türkiye istatistik uzmanından oluşan bilirkişi heyetinden, denetime elverişli şekilde rapor alınmalı(dır)…"* 9. HD, 19.1.2010, 48194/432 (*Prof. Dr. Bâki Kuru Arşivi).*

[503] "*… (B)ilirkişi incelemesinde işgüvenliği mevzuatının bu arada da hususiyle yapı işlerinde işçi sağlığı ve güvenliği Tüzüğü hükümlerinin gözönünde bulundurulmasını sağlamak ve bundan sonra karar vermek…"* 10. HD, 13.10.1978, 5531/4555; "*(M)ahkeme…bu tür işlerde iş güvenliği mevzuatına göre işverence ne gibi önlemlerin alınması gerektiğini – gene bu mevzuat belirtilerek – saptayacak ve… mevzuata uyulup uyulmadığını belirleyecektir. Bu yönde oluşturulmamış bir bilirkişi incelemesi yeterli sayılamaz".* 10. HD, 21.10.1985, 4787/5604 (Arslan (1989), s. 170'den naklen).

kimi zaman hukukî konuda bilirkişi incelemesine başvurulmasını yahut çok doğru bir ifade olmadığını düşünmekle birlikte, *teknik bilirkişiler*in yanında bir hukukçu bilirkişinin tayin edilmesini haklı göstermek veya en azından Kanuna aykırı göstermemek için, kullanılan iki formül özellikle dikkat çekicidir. Bunlardan ilki "*hukukî değerlendirmeye yardımcı olmak üzere",* ikincisi ise, "*bilirkişilere yardımcı olmak üzere"* biçimindedir[504].

Aslında meseleye bir başka açıdan bakıldığında, Yargıtay'ın hukukçu bilirkişilere bu yaklaşımıyla bir tür *de facto* hâkim yardımcısı olma vasfını tanıdığını da ifade etmek, çok da fazla ileri gitmek olmayacaktır. Zira gerçekten de hukukçu bilirkişinin buradaki *yardım işlevi* ikili bir görünüm arz etmektedir. Bir taraftan hâkime hukukî konuda bir takım değerlendirme unsurlarını sağlamak, diğer taraftan hukukî dile yabancı teknik bilirkişiler tarafından hazırlanan raporun, hâkim tarafından anlaşılır bir şekilde kaleme alınmasını sağlamaktır[505]. Ne var ki bu fiilî durum ve bundan elde edilen fayda, zikrettiğimiz formüllerde somutlaşan bu yaklaşımın Hukuk Muhakemeleri Kanununun 266. maddesine aykırı olduğu vakıasını değiştirmemektedir.

Burada son olarak, kimi Yargıtay kararları dâhilinde karşımıza çıkan, hâkimin bir kere bilirkişi incelemesine başvurulmasına karar verdikten sonra, bu kararından dönüp uyuşmazlığı genel ve hukukî bilgiyle çözemeyeceği şeklinde somutlaşan yaklaşım üzerinde durmak istiyoruz. Bu bağlamda, özellikle Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin bazı kararlarında, ilk derece mahkemesinin bilirkişiden teknik bilgi içeren bir rapor elde ettikten sonra, ortada söz konusu rapora yönelik bir itiraz olsun olmasın, bahsedilen kararından dönerek uyuşmazlığın çözümünün hâkimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukukî bilgiyle çözümlenebileceği yönünde bir yaklaşımın kabul edilemeyeceği görüşü dile getirilmektedir[506]. Bu yaklaşım, her ne kadar teknik bir bilgi gerektiren hâllerde bilirkişi incelemesine başvurunun kaçınılmazlığı açısından haklı görülebilirse de, "bilirkişi incelemesine başvurduktan sonra bundan dönülemeyeceğinin" genel bir ilkeymişçesine kabulüne katılabilmemiz mümkün değildir. Zira bilirkişi incelemesini gerektiren özel ve teknik bir vakıa meselesinin varlığı ayrı şey, hâkimin bundan geri

---

[504] Örneğin, *"...mahkemece öncekiler dışında seçilecek makine mühendisi, elektrik mühendisi ve yorumda yardımcı olmak üzere bir hukukçudan oluşturulacak bilirkişi kurulu marifetiyle mahallinde keşif yapılarak..."* 15. HD, 18.9.2007, 4403/5430 (*YKD,* 2008/10, s. 1983 vd.).

[505] Nitekim öğretide kimi yazarlar Yargıtay'ın bu yaklaşımını benzer gerekçelerle olumlu bulmaktadır. Örneğin bkz. Şahin (2001), s. 204.

[506] Bkz. 11. HD, 12.10.2005, 11968/9614 (*Legal Hukuk Dergisi,* 2005/36, s. 4234 vd.); 11. HD; 21.6.2007, 6560/9485 (*İBD,* C. 81, 2007/6, s. 2762 vd.).

dönemeyeceği başka şeydir. Şayet, uyuşmazlık konusu vakıanın değerlendirilmesi, gerçekten de genel ve hukukî bilgi vasıtasıyla mümkünse, hâkim pekâlâ bundan dönebilir. Bunun tersine bir kabul, HMK m. 266'da kabul edilen temel ilkeye ve aynı zamanda usûl ekonomisi ilesine aykırı olacaktır.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin değindiğimiz kararlarının hatalı yönü de, tam da bu noktada, söz konusu hususu, özel ve teknik bir bilginin gerekiyor olmasından değil de, geri dönülemeyecek olanın bilirkişi incelemesi olduğunu belirtmesi ve bunu bir ilkesel duruş haline getirmesidir. Nihayetinde böyle bir husus ara kararlarından her zaman, gerekçesini de göstermek kaydıyla dönülebileceğine de aykırı olmaktadır. Burada raporun sunulmuş olması, kanımızca farklı bir sonuca varmayı gerektirmemektedir.

2.3.2.4. Hukukî konularda bilirkişi incelemesine başvurulmasının değerlendirilmesi

Öncelikle bilirkişi incelemesinin kapsam ve içeriği bakımından egemen olan ve pozitif yapıda kendisine karşılık bulan temel önermenin altını bir kez daha çizmek istiyoruz: Bilirkişi incelemesinin konusunu sadece bir vakıa meselesi oluşturabilir. Buna karşılık hukukî meseleyi tespit etmek, değerlendirmek ve kanun hükmünü uygulamak hâkimin görevidir.

Bu önerme ne kadar geçerli, ne kadar işlevsel ve hatta ne kadar gerçekçidir? Yukarıda farklı başlıklar altında dile getirdiğimiz gibi, bu yasak pek çok konuda ihlâl edilmekte, kanun yolu denetiminde ise, özellikle Yargıtay uygulaması çerçevesinde bazı hukukî meseleler bakımından bizzat hukukçu bir bilirkişinin tayin edilmesi gerektiği gerekçesiyle ilk derece mahkemelerinin hükmü bozulabilmektedir. Burada ilk plânda, hukukî konuda bilirkişiye gidilmesini mutlak bir bozma sebebi addetmenin bu sorunu çözebileceği dile getirilebilir[507]. Ne var ki burada esas olan, Kanunda murat edilen hususun salt hukukî konuda hâkimin bilgi alması mı, yoksa bu hukukî bilgi doğrultusunda karar vermesi midir? Bir diğer çözüm ise, bilirkişi incelemesi hakkındaki

[507] Bkz. yuk. *Birinci Bölüm, 2.3.2.3.1.*

kararı, esas hakkında verilecek karar beklenmeden, hemen o anda bir denetime tâbi kılmaktır[508].

Şüphesiz bahsedilen çözümler hukukî konuda bilirkişi incelemesine başvuru konusunda caydırıcı olabilirse de, kanımızca mesele, gerek yasağın esnetilme imkânının bulunup bulunmadığı gerek hukukî konuda bilirkişi incelemesinin önüne geçebilecek diğer bazı önlemler etrafında değerlendirilmelidir.

Hukukî konuda bilirkişi incelemesine başvuru yasağının esnetilmesi imkânının bulunup bulunmadığı konusunda bir tercihte bulunabilmek için, mahkemeleri bu şekilde hareket etmeye sevk eden sebepler üzerinde öncelikle durulmalıdır. Bu sebeplerden ilki, esasen uygulamanın, ikincisi ise, hukukî meselenin yapısıyla ilgilidir.

*Uygulamanın iç yapısından kaynaklanan sebepler*den yola çıktığımızda, hukukî konuda bilirkişi incelemesine başvurulması konusunda ileri sürülen en yaygın gerekçe, ilk derece mahkemeleri nezdindeki iş yoğunluğudur. Bu gerekçe kimi zaman öğretide[509], kimi zaman ise bizzat hâkimler tarafından da dile getirilmektedir[510]:

"...(İ)ş yükü daha az olsa idi bilirkişiye giden dosya sayısı da daha az olurdu. İş yükü çok olduğunda mahkeme kendi halledebileceği dosyaları dahi bilirkişiye yollamaktadır çünkü hâkimin vakti yoktur..."

Bir Kanunun uygulanması kanımızca salt yerel maddî koşullarla değerlendirilemeyecekse de, hâkimlerin iş yükü, dosya sayısı, hâkimlerin seçimindeki ölçütler, bunların istihdamına yönelik politika ve eğitimleri, meselenin dikkate alınması gereken önemli bir yönünü oluşturmaktadır.

Ancak yargılamanın maddî koşullarından bağımsız olan gerekçe, *hukukî meselenin yapısından kaynaklanan sebepler*dir. Nitekim bilim ve teknik, geliştiği ölçüde, etkisini sosyal yaşam üzerinde göstermekte ve bu durum doğal olarak hukuku da doğrudan doğruya etkilemekte, onu düne göre daha teknik, daha karmaşık bir biçime evriltmektedir. Böyle bir yapı içerisinde bir genel mahkeme hâkiminin, aslında deyim yerindeyse bir pratisyene dönüştüğünü söylememiz de mümkün olabilir. Ne var ki hâkimin önüne gelen hukukî uyuşmazlık, bu konuda uzmanlığı gerektiren karmaşık bir görünüm arz edebilmektedir.

---

[508] Bkz. aşa. *İkinci Bölüm, 2.3.*

[509] A. Kılıçoğlu (1986). Yargıda bilirkişilik çıkmazı. *ABD, S. 5,* ss. 643 – 680, s. 644; Aşçıoğlu (2001), s. 39, 40, 75.

[510] Bir İstanbul hâkimiyle yapılan mülâkattan. Bkz. Elveriş, Jahic ve Kalem (2009), s. 23, dn. 28.

Öğretide konuyu ele alan yazarların ilk plânda vurguladıkları husus, her hâkimin yanıtını bilmesi gereken hukukî meseleler bakımından bilirkişi incelemesine başvurulmasının yasak olmasının yerinde olduğu biçimindedir[511]. Bununla birlikte bir hâkimin *"şimdiki dünya gerçeğinde hukukun bütün dallarında ortaya çıkacak uygulama sorunlarının çözümünü isabetle teşhis edecek derecede her dalda üstat olmasının imkânı var mıdır(...)?"*[512] sorusu sorulmakta; buna "*her alanda, 'hâkimlik mesleğinin gerektirdiği hukukî bilgi'ye sahip olması"*nın genel olarak mümkün olmadığı[513] biçiminde yanıt verilebilmektedir. Gerçekten de, hâkimin yargılama yetkisini devri konusundaki yasak tartışmasız dahi olsa, burada kimi hukukî meselelerin, karmaşık görünümü bakımından ihtirazi bir kayıt konulmasının elverişli olduğu sorgulanabilir[514].

Nitekim öğretide hukukî konuda bilirkişi incelemesinin uygunluğu veya en azından bunun kaçınılmaz olduğu yönünde görüş dile getiren yazarlar, genellikle Türk Medenî Kanununun 1. maddesinde ifade edilen hâkimin bilimsel içtihatlardan yararlanacağı hükmüne dikkat çekmektedir[515]. Kanımızca bilimsel görüş almak biçiminde tezahür eden faaliyeti de kural olarak bilirkişilik kapsamında değerlendirmek gerekir. Zira bir bilirkişi incelemesinin konusunu oluşturan bilgi herhangi bir bilgi olabilir. Burada bilirkişilik faaliyeti bakımından esas mesele, bunun bir karar alma süreci içerisinde aydınlatılmaya ihtiyaç duyan, somut bir vakıa meselesi hakkında olup olmadığıdır. Özellikle somut bir hukukî mesele hakkında görüş istenmişse, bu kanımızca bilirkişi incelemesidir. Fakat hukukî meseleyi konu edinmektedir. Buna karşılık mahkeme tarafından istenen görüş, bir somut vakıa vesilesiyle dahi olsa, somut vakıa meselesine karşılık gelen hukukî meseleyi irdelemekten ziyade, o hukukî meselenin genel yapısına, anlaşılışına, ona ilişkin yaklaşımlara ilişkinse, bir diğer söyleyişle, hukukî meselenin genel bağlamını konu ediniyorsa, kanımızca bilimsel mütalaanın söz konusu olduğundan bu faraziyede bahsedebiliriz[516].

---

[511] Bkz. Umar (2007), s. 111.
[512] Umar (2011), s. 757. Ayrıca bkz. Umar (2007), s. 111, 112.
[513] Karayalçın ve Yongalık (2008), s. 181.
[514] Fransız hukuku bakımından benzer şekilde bkz. ve karş. Janville (2004), n° 737, s. 452, dn. 2.
[515] Genel olarak bkz. Atalay (2001a), s. 181, 182; Karayalçın ve Yongalık (2008), s. 181. Bu yazarların bir kısmının dile getirdiği üzere burada teknik anlamda bir bilirkişilik faaliyetinden değil, fakat bir bilimsel görüşten yararlanmaktan bahsedilebilirse de, ayrı bir mekanizmanın bulumayışı karşısında burada bilirkişi incelemesine ilişkin hükümlerin uygulanması söz konusu olacaktır (bkz. Atalay (2001a), s. 182).
[516] Karş. Atalay (2001a), s. 182. Ayrıca Nitekim davanın genel bağlamı etrafından açıklamalarda bulunulması, biraz aşağıda üzerinde durmakta olduğumuz bir diğer müesseseyi, *amicus curiae*'yı gündeme getirmektedir (bkz. yuk. *Birinci Bölüm, 1.3.2.2.3*).

Ancak buradaki en önemli sorun, kanımızca bir hukukî meselenin teknik karmaşıklık derecesinin, bir diğerinden hangi ölçütlerin esas alınması suretiyle ayırtedilebileceğidir. Bu anlamda değerlendirme vasıtasını sağlamak ile uyuşmazlık konusundaki çözüme işaret etmek arasındaki fark nerede başlamakta, nerede bitmektedir? Nitekim burada *bir düzenlemenin yeni olması; henüz bu hukuksal düzenleme bakımından yerleşmiş yargısal içtihatların bulunmaması*[517] örnek olarak gösterilebilmektedir.

Esasen bu tartışmalar çerçevesinde, hâkimin hukukî konuda bilgi eksiğini kapatma imkânının sağlanması gerektiği yönünde kanımızca bir tereddüt yoktur. Zira buradaki aslî mesele, hukukî nitelendirmenin hâkim tarafından yapılmasıdır. Şayet verilen bilgi, belli bir hukuk alanının ilkelerine ilişkin genel içerikte bir bilgiyse, tek başına uyuşmazlık konusu vakıa hakkında nitelendirme içermediği sürece, yargılama yetkisinin devri de söz konusu olmayacaktır. Ancak bu açıdan da tüm hukukî meseleleri kapsayacak net bir ölçüt koyabilmek, kanımızca mümkün değildir[518].

Bu noktada nihayet usûl hukukunun gelişimi içerisinde, örf ve âdet hukuku ile yabancı hukuk bir kenara bırakılacak olursa, tespit edebildiğimiz bazı uygulama ve düzenlemelerin hukukî konuda görüş alınması vakıasına örnek teşkil ettiğini görüyoruz. Nitekim bunlardan ilki Roma hukukunda bir dönem hâkimlere, bir hukukî mesele hakkında imparatora görüş sorma ve bu vesileyle onun konuya yaklaşımını öğrenme imkânının tanınmış olmasıdır[519]. İkincisi ise, Fransız hukukunda henüz 1806 tarihli Medenî Usûl Kanunu yürürlüğe girmeden önce kabul edilen ve söz konusu Kanun döneminde var olan (aC.pr.civ., art. 429, al. 1), ticaret mahkemelerindeki hakem-raportör uygulamasıdır. Buna göre hakem-raportörler, tarafları dinleyebilmekte, bunları uzlaştırmaya çalışabilmekte ve nihayet bu gerçekleşmezse, görüş bildirebilmektedirler. Burada söz konusu olan hukukî bir görüş olmasından ötürü önemlidir[520]. Aslında bu örnekler kanımızca hukukî meselede bilirkişilik faaliyetinden daha farklı bir içeriğe sahiptir. Gerçekten de ilkinde hukukî görüşü sunulan kimse alelade bir hukukçu değildir, ikincisinde ise, mahkeme nezdinde görev yapan bir kimse söz konusudur.

---

[517] Örneğin bkz. Umar (2007), s. 111 ve 112'de yazarın banka sahiplerine karşı açılan iflâs davaları ile ilgili olarak vermiş olduğu örnek çerçevesinde yaptığı açıklamalar.

[518] Nitekim uzmanlık gerektiren hukukî meselelerin bir pozitif düzenlemede sınırlı sayıda sayılmasının yaratacağı güçlükler bir tarafa, bir hâkim açısından alelade kabul edilebilecek bir meselenin, bir başka hâkim için farklı değerlendirilmesi pekâlâ mümkündür.

[519] Bkz. Jarosson (2007), s. 74.

[520] Bkz. Jarosson (2007), s. 74.

Bu örneklerden sonra mesele bir kez daha karmaşık bir nitelik arz eden hukukî bir mesele hakkında, hâkime açıklamalarda bulunacak, burada uygulanacak hukuk normunu göstermeyecek fakat gerekli hukukî değerlendirme vasıtalarını sağlayacak bir kimseye ihtiyaç duyulması vakıasında düğümlenmektedir. Bir hukukî meselenin, diğerine göre niteliğini teknik yahut karmaşık kabul etmek, bu anlamda belli bir sınıflandırmaya tâbi tutmak ve bu hâller bakımından bilirkişi incelemesine başvurunun önünü açmaktan ziyade, somut vakıa meseleleri karşısında hukukî çözüme ulaşmak zorunda olan hâkime, yöntem ve sınırları önceden belirlenmiş bir mekanizma tanımak bize daha doğru gözükmektedir. Bu mekanizmalar, hem hâkimdeki hukukî bilgi eksiğini gidermeli hem de yargılama yetkisinin devri sonucunu doğurmamalıdır.

Buradaki, belli uyuşmazlıklarda itibar bilirkişisi olarak da ifade edilen *amicus curiae* müessesesinin Türk hukuku bakımından tartışılarak, işlevsellik kazandırılması olabilir[521]. Ancak bu müessesenin istisnai niteliği karşısında ilk derece yargılaması bakımından farklı bir takım mekanizmaların söz konusu olması gerektiği dile getirilebilir.

Bunlardan ilki, *uzmanlık mahkemelerinin yaygınlaştırılmasıdır.* Esasen öğretide bilirkişilik özelinde bu çözüm yönteminin sıklıkla, hâkimler bakımından uzmanlaşmanın yaygınlaştırılması ve uzmanlık (özel) mahkemelerin uygulama alanının genişletilmesinin sıklıkla dile getirildiğini görmekteyiz[522]. Uzman hâkimlerin varlığı, spesifik hukuk dallarında bilirkişiye başvurunun önüne geçebilirse de, bu mahkemeler o alandaki ihtiyacın göz önüne alınması suretiyle belli yargı çevrelerinde kurulmaktadır. Bu itibarla, uzmanlık mahkemesinin konusuna giren bir uyuşmazlığın, davanın açıldığı yargı çevresinde o mahkemenin henüz kurulmaması sebebiyle, asliye hukuk mahkemesi tarafından, uzmanlık mahkemesi sıfatıyla görülmesi ve söz konusu spesifik hukuk sorunuyla karşılaşılması da pekâlâ mümkündür.

Bu noktada daha kapsayıcı bir çözüm, mahkemede sürekli görev yapacak olan adlî hizmet uzmanlığının, veya hâkim yardımcılığı kurumunun düzenlenmesidir. Nitekim bu uzmanların, bir *geçici* hâkim yardımcısı olarak görev yapan bilirkişilerden

[521] Bu konudaki açıklamalarımız için bkz. yuk. *Birinci Bölüm, 1.3.2.3.2.*
[522] Örneğin bkz. Karayalçın ve Yongalık (2008), s. 181; Çiçekli (2008), s. 496; M. Taşkın (2010). *Meslek dışı (halktan) hakimler.* Ankara: Adalet, s. 220 vd., 223 vd.

en önemli farkı, görevlerinin sürekliliğinde ve belli yargısal işlemlerde bulunabilmelerinde kendisini göstermektedir[523].

Burada esas itibariyle iki ayrı tercihte bulunulabilecektir. Bunlardan ilki, mevcut mahkeme yazı işleri müdürlerinin seçimlerinde ve formasyonlarında bazı değişikliklere gitmek ve bu kimselere, hâkime ait bazı yargısal işlemlerde bulunma görevini tevdi etmektir[524]. İkincisi ise, bunlardan bağımsız olarak, adlî hizmet uzmanlığı müessesesini oluşturmaktır. Bunlardan ikincisi, her ne kadar Türk hukukunda henüz pozitif bir düzenlemenin konusunu oluşturmamışsa da bu konuda çeşitli girişimlerde bulunulduğunu görüyoruz[525].

Nitekim genel olarak hâkim yardımcısı olmakla birlikte, bir tür adlî uzman olan bu görevlilere, bazı yabancı ülke hukuklarında da rastlamaktayız[526]. Kısaca bahsetmek gerekirse, Fransız hukukunda hâkim yardımcısı olarak kabul edilen süjeler arasında yer alan mahkeme zabitleri (*huissiers de justice*) bunlardan biridir. Fransız hukukunda mahkeme zabitleri, esasen hukuk ve ona eş kabul edilen diğer fakülte mezunları arasından sınav yoluyla seçilmekte ve bir staj süresine müteakip görev yapmaya başlamaktadır[527]. Bunlar esas itibariyle bazı yargısal işlemlerde bulundukları gibi, haciz işlemlerini gerçekleştirmekle de görevlidir. Ancak, bunların karşılaştırmalı hukuk bağlamında bize ilgi çekici gelen görevlerinden bir tanesi, mahkeme zabitlerinin tarafların talebi üzerine veya mahkemenin görevlendirmesiyle vakıa tespitlerinde bulunmalarıdır[528].

2.4. Bilirkişi İncelemesinin Konusu Olarak Özel ve Teknik Bilgi

Bir önceki başlık altında üzerinde tespit ve değerlendirmelerde bulunmaya çalıştığımız üzere, bilirkişi incelemesinin konusunu bir vakıa meselesinin oluşturduğu noktasında herhangi bir tereddüt yoktur. Ne var ki, bilirkişi incelemesinin konusunu

---

[523] Ayrıca bkz. yuk. *Birinci Bölüm, 1.3.2.1.*
[524] Nitekim bu yöndeki açıklamalar için bkz. Pekcanıtez, Atalay ve Özekes (2011), s. 171.
[525] http://www.dha.com.tr/haberdetay.asp?tarih= 08.10.2012 &Newsid= 354128& Categoryid=1 (son erişim tarihi: 4 Ekim 2012).
[526] Alman hukukundaki hâkim yardımcıları konusunda, bkz. N. Meriç (2011). Alman hâkim yardımcılığı kanunu. *MİHDER,* S. 20, C. 7, ss. 13 – 42 s. 13 vd.
[527] Genel olarak bkz. G. Gondouin ve S. Rouxel (2006). *Les institutions juridictionnelles.* Grenoble: PUG, s. 139.; S. Abbou ve B. Nicod (2004). Huissier de justice. *Rép. pr. civ. Dalloz,* V, n^{o} 1 vd., s. 3 vd.
[528] Bu konudaki açıklamalarımız için bkz. aşa. *İkinci Bölüm, 2.1.1.2.*

oluşturmakta olan vakıa meselesi, üzerinde uyuşmazlık olan herhangi bir vakıa meselesi değil, çözümü hâkimin sahip olmadığı, özel ve teknik bir bilgiye ihtiyaç gösteren bir vakıa meselesi olmalıdır. Nitekim bu başlık altında, ilk olarak söz konusu özel ve teknik bilginin kapsam ve içeriği ile ikinci olarak, bu bilginin ayırt edici özellikleri ve işlevi bağlamında konunun genel bir çerçevesini çizmeye çalışacağız.

İlk olarak, aslında kanun koyucu Hukuk Muhakemeleri Kanununun meseleye ilişkin 266. madde hükmünü kaleme alırken, özel ve teknik bilgiye işaret etmekle yetinmiş olsa da, madde gerekçesinde, söz konusu bilgiden anlaşılması gerekene de değinmektedir. Nitekim, madde gerekçesine göre, özel bilgiden anlaşılması gereken "*belirli bir bilim dalının araştırıp ortaya koyduğu bilgi";* teknik bilgi ise, "*pozitif bilimlerin verilerini uygulamaya yeterli bilgi",* fakat aynı zamanda, "*teknik standartlar"*dır[529].

Kanunun 266. maddesinin gerekçesinde dile getirilen hususlar, bilginin özellikle hukuk dışı olmasına da işaret edilmiş olması bakımından yol gösterici bir işleve sahiptir. Bununla birlikte kanımızca bahsedilen bilgi türlerinin üzerinde biraz daha geniş bir şekilde durmak mümkün ve gereklidir.

Özel bilgi bakımından mesele, kavramın çok geniş bir alanı kapsamakta oluşundan kaynaklanmaktadır. Gerçekten de burada sabit, durağan bir özel bilgi tanımı vermek pek ihtimal dâhilinde gözükmemektedir. Zira bir hukuk sistemi bakımından özel bilgi, içinde bulunulan toplumun genel gelişim düzeyiyle alakalı bir konudur. Bu bağlamda kavram da söz konusu düzeye göre değişken bir nitelik arz etmektedir[530]. Özellikle özel bilginin bu değişken vasfı, bu bilginin her zaman, bir bilim dalının araştırıp ortaya koyduğu bilgi olup olmadığı konusunu da kanımızca tartışmalı kılmaktadır. Burada özel bilgi bakımından önemli olan, onun mutlaka bir bilim dalının araştırıp ortaya koyduğu bilgi olması değildir, bu durum şüphesiz söz konusu olabilir. Ancak deneysel (ampirik) bir bilginin de, özel bilgi kapsamında mülahaza edilmesi mümkündür[531]. Hatta öyle ki, uygulamada belli taşınmaz davaları bakımından, belli bir yerde uzun yıllardan beri oturmak dahi, somut olarak "yaşlı olmak" ve "yöreyi bilmek" şeklinde tezahür eden bazı nitelikler, belirli kimselerin vakıa meselesi (örneğin zilyetlik,

[529] HMK m. 266 hakkındaki hükûmet gerekçesi için bkz. Budak (2011), s. 288, 289. Ayrıca bkz. Arslan (1989), s. 162 vd.; Tanrıver (2002), s. 33 dn. 1; Şahin (2001), s. 207, 208; Yılmaz (2012), s. 1183.
[530] Bkz. Bettex (2006), s. 76. Aynı zamanda oradan yapılan atıfla H. Rapin (1911). *De l'expertise criminelle spécialement en droit vaudois.* Lausanne: Thèse de doctorat, s. 18.
[531] Ayrıca bkz. Bettex (2006), s. 76.

orman sınırı vb.) konusunda yerel bilirkişi olarak tanımlanması için yeterli olmaktadır[532]. Yaşlı olmayı bilirkişinin şahsına ilişkin bir nitelik, yöreye ilişkin bilgiyi özel bilgi olarak kabul etsek de, buradaki "özel" bilginin bilimsel yahut deneysel bir bilgi niteliğinde olmadığı açıktır.

Bu çerçevede kanımızca sorulması gereken soru, özel bilgi her zaman teknik bir içeriği sahip olamasa da, bilimsel ve teknik bilginin, her halükârda özel bilginin kapsamı içinde değerlendirilebilecek bir husus olduğunu ifade etmenin mümkün olup olmadığıdır. Bu soruya yanıt verebilmek için teknik bilgi kavramı üstünde de bir miktar durmak gerekmektedir.

Teknik bilginin, niteliği itibariyle "özel bilgi"den daha tutarlı bir kavram olduğunu görmekteyiz. Nitekim, teknik kavramı hakkındaki tanımlar son derece zengin bir içeriğe sahiptir: "*Sanat, bilim, meslek dalında kullanılan yöntemler";* Somut bir takım "*bilimlerden elde edilen verileri uygulama"*, "*yol, beceri, yöntem"*[533]. Onun "bilgi"nin önünde kullanılan sıfat hâli ise bir miktar daha açıklayıcıdır: *Sanat, bilim, sanayi kurallarına ait olan, nazari bilginin uygulaması biçiminde değerlendirilen sınai* (bilgi)[534]. Nihayet kavramın Latince karşılığı olan "technicus" ile de murat edilen, bir sanat sahibi, bir uzman olmaktır[535].

Kavram konusunda verilen açıklamalardan doğan ilk önemli sonuç, kanımızca şudur: "Teknik" sözcüğünün salt yerleşmiş kullanımına karşılık gelen, bilimlerin verilerini uygulama yeterli bilgi ve teknik standartlardan ibaret olmadığı, aynı zamanda, sanat kavramının günlük kullanımına da karşılık gelen bir maharet ve hüneri de içine aldığıdır[536]. Bu bağlamda kanımızca, bir teknik yahut tıbbî standart ne kadar teknik kavramının içindeyse, heykeltıraşlığa, hatta özel bir meslek alanına, örneğin çiçekçiliğe ilişkin bir bilgi de o ölçüde teknik bilgi kavramının içine dâhildir.

Ancak, teknik bilgiden söz edildiği vakit, onun bilimsel bilgiden ayırt edici özelliğinin de vurgulanması gerekmektedir. Temel ayrım teknik bilginin, bilimin, bilimsel ve teorik bilginin uygulamasına yönelik olmasıdır. Bilimin amacı, bilgiye

---

[532] Yerel (yöresel) bilirkişi kavramı hakkında ayrıca bkz. yuk. *Birinci Bölüm, 1.3.2.3.1.*

[533] Bkz. TDK Sözlüğü (http://www.tdk.gov.tr/index.php?option= com_gts&arama=gts&guid= TDK . GTS.4f7aeb142df817.01364465 Son erişim: 3.4.2012).

[534] Bkz. Çankı (1958), C. III, s. 304.

[535] Bkz. Leclerc (2005), s. 14, dn. 54. Ayrıca bkz. Çankı (1958), C. III, s. 304; O. Hançerlioğlu (2000). *Felsefe sözlüğü (12. Bası)*. İstanbul: Remzi Kitabevi, s. 403.

[536] Nitekim bkz. Çankı (1958), s. 304.

ulaşmakken, teknik bakımından asıl olan üretim ve uygulamadır[537]. Bu bağlamda, bilirkişi incelemesinin konusunu, kural olarak uygulayımsal bir bilginin oluşturması doğaldır. Gerçekten de, bilirkişi çözümü uzmanlığını gerektiren teknik bir vakıa meselesi hakkında görevlendirildiğinde, pratik bir amaç için sahip olduğu bilimsel bilgiyi ortaya koyar[538].

Nihayetinde bilirkişi incelemesinin konusunu oluşturan bilgi, esas itibariyle teknik bilgiye karşılık geliyor gözükmektedir. Ne var ki, teknik bilgi, bilimsel bilgi olmadan izah edilemeyeceği gibi, bilimsel araştırmaların da çoğu kez uygulama bilgisinin bir sonucu olarak ortaya çıkmakta olduğunu dile getiren bazı yazarlar, bu ayrımın tam anlamıyla açık olmadığı görüşünü dile getirmektedir[539].

Bununla birlikte uygulamaya baktığımız vakit, bilimsel veya teorik bir bilginin gerekli olduğu hâllerde dahi biraz yukarıda zikrettiğimiz gibi, kural olarak, uyuşmazlığının çözümü bakımından soyut değil, bu teorik yahut bilimsel bilginin somut olay bakımından ortaya konulmasına ihtiyaç duyduğunu görmekteyiz[540]. Ancak açıkça bilimsel bilginin uygulaması değil, bizatihi bu bilginin kendisi etrafında bir tartışma söz konusu da olabilir. Özellikle somut bir takım teknik incelemelerin değil de, bilirkişinin fikrî bir faaliyette bulunduğu hâllerde, ihtiyaç duyulan şeyin, daha çok, bilimsel bilginin uygulanmasının değil de, bu bilginin kendisi veya yorumlanması gibi gözüktüğü

---

[537] Bkz. Hançerlioğlu (2006), s. 403; S. H. Bolay (2009). *Felsefe doktrinleri ve terimleri sözlüğü (10. Bası)*. Ankara: Nobel, s. 337.

[538] Örneğin tıbbi bir meselede yahut inşaat hukukundan kaynaklanan bir uyuşmazlıkta mesele tam da bu şekildedir. Ayrıca bkz. Leclerc (2005), n^{o} 9, s. 14.

[539] Bkz. bu görüşte olan Leclerc (2005), n^{o} 9, s. 14 ve ayrıca dn. 54.

[540] Örneğin Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin vermiş olduğu bir karar bu anlamda dikkat çekicidir. Kararda önemli olanın genel bilimsel bilgi değil, onun somut olay bakımından değerlendirilmesi hususuna işaret edilmektedir: *"...Bilirkişiler de, dava konusu istasyondaki ölçümlerin yönetmelikteki limitlerin altında olduğunu; ancak... uzun sürede insan sağlığı için tehlike yarattığını ve yerleşim yerlerine uzakta kurulması gerektiğini belirtmişlerdir. Verilen şu bilimsel açıklamalar itibariyle tek başına ölçüm sonuçlarının düşük olması, zarar doğurmayacağı anlamına gelmez...Davalılar tarafından somut olayla ilgili bulunan raporların aksini belirttiği iddiasıyla sunulan bilimsel düşünceler genel bir nitelik taşıyıp, doğrudan somut olayla ilgili bulunmadığı gibi, bu konuda aksi düşünceleri içeren görüşler olarak düşünülmemelidir. Bu bakımdan davalıların sunduğu yazılardaki belirlemeler genel bir nitelik taşıyıp somut olaya özgü bir içerik taşımadığından bunlara da itibar edilmemesi doğrudur."* 4. HD, 29.1.2004, 16434/971 (*LegalBank*). Ayrıca bkz. "*...hususları da somut ve bilimsel verilerlere uygun olarak açıklanmak..."* 3. HD, 20.9.2004, 9285/9395 (*LegalBank*). Kimi kararlarda ise, Yargıtayın teknik ve bilimsel kavramlarını birbiri yerine kullandığı düşüncesindeyiz: "*dava konusu parselin toprak yapısı, çevresi, taşınmaz üzerindeki bitki örtüsü, ağaç cinsi ve sayısı, kapalılık oranı, hâkim bitki örtüsü detaylı şekilde bilirkişilere incelettirilerek taşınmazın eğimi münhaniler ve eğim ölçer aletler yardımıyla bilimsel yöntemler ile belirlenmiş olup... orman bütünlüğünü bozan orman içi açıklığı veya boşluğu olup olmadığı hususunda orman bilirkişi kurulundan bilimsel veriler bulunan rapor alınmış..."* HGK, 2.5.2007, 20-237/237 (*LegalBank*).

düşüncesindeyiz. Örneğin, Yargıtay'ın bazı kararlarında dile getirdiği hususların bu anlamda dikkat çekici olduğu kanısındayız[541].

İhtiyaç duyulan bilginin kimi zaman, bir uygulama bilgisinden fazlasını oluşturması, kimi zaman ise, yukarıda dile getirdiğimiz üzere yerel bilirkişilik kavramı gibi bir hususun, özel bilgi kavramı içerisinde değerlendirilebilmesi karşısında, kanun koyucunun meseleyi salt teknik bilgiyle sınırlandırmaması, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanununun 266. maddesinde, bunu özel bilgi ile birlikte anmış olmasının yerindeliği kanımızca bir kez daha kendisini göstermektedir.

Ancak böyle bir yapı içinde özel bilgi kavramı ile murat edilen husus, kanımızca, salt bilginin kapsamından biraz daha öteye geçmektedir. Özellikle kanun koyucunun 266. maddede ısrarla vurguladığı gibi, bilginin hukuk dışı olması burada belirleyici bir hususdur. Bu anlamda, özel bilginin kapsayıcılığının, bir arada yer alan, iç içe geçmiş iki yönü bulunduğu sonucuna varmaktayız. Birincisi, bilirkişinin niteliğinin değerlendirilmesi bakımından, onun bilgisinin niteliği, daha farklı bir deyişle, hukukî bilgi istisna olmak üzere, ne tür bir bilgi olduğu, bilirkişi incelemesi bakımından aslında önemli değildir[542]. Bilirkişinin sahip olduğu bilgi, teknik, bilimsel, sanatsal, deneysel, yöresel, kısacası, hâkimin ihtiyaç duyduğu herhangi bir bilgi olabilir.

İşte tam da bu noktada, özel bilgi bakımından ikinci mesele kendisini göstermektedir. Buna göre, özel bilginin hukuk dışılığına vurgu yapılmasıyla, onun, hukuk karşısında konumlandırılması söz konusu olmaktadır. Bilginin özel olması, ilk başta hukuk dışı bir bilgi olmasından ileri gelmekte[543]; nitekim bunu, yine Kanunun ifadesiyle bu özel bilginin genel bilgiyi, daha doğrusu ortalama bir insanın sahip olduğu

---

[541] Örneğin *"Davacı vekili, davalı kuruluşun müvekkilinin yazdığı "…" adlı bilimsel eserinden yararlanarak geliştirilip uyguladığı projelerle İstanbul'un su olanaklarını artırdığını ileri sürerek, FSEK'nun 70/3, 68. maddeleri uyarınca… talep ve dava etmiştir… üç ayrı bilirkişi raporu alınmıştır. Bunlardan sonuncusu… davacının önerilerinin özgün ve bilimsel değer taşıdığı yönünde görüşler içermektedir. Ancak, bozmadan sonraki ikinci bilirkişiler kurulundan bir mühendis öğretim üyesi ayrık raporund…farklı sonuca varmış bulunmaktadır… bilirkişilerin yarıdan fazlası davacının bilimsel çalışmalarının, yeni ve özgün öneriler içermediği, çok daha önceden bilinen tasarımların yinelenmesinden ibaret olduğu görüşündedirler…"* 11. HD, 21.3.2002, 10697/2574 (*LegalBank*). Yine bir hukuk genel kurulu kararına konu olan olayda, ilk derece mahkemesi tarafından görevlendirilen bilirkişiler eserin bilimsel bir eser niteliğinde olup olmadığı konusunda değerlendirmelerde bulunmuştur. "*…Bilirkişiler kitabın bilimsel bir eser olmayıp, anonim bilgiler içeren bir başucu kitabı olduğunu belirtmekte ve bu tür yayınlarda herkese ait fikirler olması nedeni ile dünyadaki uygulamalarda olduğu gibi atıf yapılmasına gerek olmadığını belirtmekte esasen kitapta yer alan görüşlerin …'un kendisine ait kişisel ve orijinal görüşleri olmadığı belirtilmektedir."* Bkz. HGK, 10.5.2006, 4-230/288 (*LegalBank*).

[542] Leclerc (2005), n^{o} 9, s. 14.

[543] Ayrıca bkz. Leclerc (2005), n^{o} 244, s. 199 vd.

bilgiyi aşması gereği takip etmektedir[544]. Nihayet, burada artık hâkimin takdir yetksinin sınırları dışında iki başka soru daha gündeme gelmektedir: İlki, hâkimin bu özel bilgiye sahip olması hâlinde, bilirkişi incelemesine başvurmaktan imtina edip edemeyeceğidir. İkincisi ise, bilirkişinin bu bilgiye ne ölçüde sahip olduğu veya uyuşmazlık konusu vakıanın niteliği bakımından, ilgili uzmanlık alanında genel çerçevede bilgiye sahip olan bir kişinin yeterli olup olmadığı veyahut mutlaka bu konuda daha yüksek seviyede uzmanlık sahibi bir kimseye başvurulmasının gerekip gerekmediğidir. Her iki mesele de takip eden İkinci Bölümde değerlendirmeye çalışacağımız hususlar arasında yer almaktadır[545].

[544] Ayrıca bkz. Bettex (2006), s. 78.

[545] İlk mesele için bkz. aşa. *İkinci Bölüm, 1.7.* İkinci mesele ilk başta tayin edilecek bilirkişilerin uzmanlık bilgilerinin değerlendirilmesini, daha sonra ise, bilirkişinin ilgili uyuşmazlık konusu vakıa ile ilgili uzmanlığa sahip kimseler arasından değerlendirilmesini, nihayet bunların yanı sıra, dolaylı da olsa, bir vakıa için tek mi yoksa birden fazla bilirkişiden oluşan bir kurula mı başvurulması gerektiği meselelerini ilgilendirmektedir. Bu anlamda sırasıyla bkz. aşa. *İkinci Bölüm, 3.3.3 ; 3.5.3. ve 3.5.4.*

İkinci Bölüm

Bilirkişi İncelemesine Başvuru ve Bilirkişinin Görevlendirilmesi

1. Bilirkişi İncelemesine Başvurulması ve Hâkimin Takdir Yetkisi

1.1. Genel Olarak

Bilirkişi incelemesine başvurulmasını gerektiren veya imkân taşıyan genel koşulların ne olduğu konusunda, bir kez daha Hukuk Muhakemeleri Kanununun 266. maddesinden yola çıkmaktayız. Zikredilen maddede bu koşullar, genel olarak, çözümü gereken "*hukuk dışında bir mesele*nin" varlığı ve söz konusu meselenin "*özel ve teknik bilgi*yi" gerektiriyor olması şeklinde ifade edilmektedir. Görüldüğü üzere, Hukuk Muhakemeleri Kanunu, bilirkişi incelemesinin koşullarını basit bir şekilde formüle etmektedir. Salt bu maddenin lafzından yola çıkıldığı vakit, ortada bir vakıa meselesinin bulunması ve bu vakıa meselesinin özel ve teknik bilgiyi gerektiriyor olması, bilirkişi incelemesine başvurulması için yeterli gözükmektedir.

Ancak, kanun koyucu, 268. maddede her ne kadar bu iki koşulun varlığı hâlinde hâkim bilirkişi incelemesine başvururur demekteyse de, diğer bazı koşulların da, bu sayılan ikisiyle birlikte var olduğu düşüncesindeyiz.

Bu anlamda, esasen ifade etmek istediğimiz husus, bilirkişi incelemesine başvurunun, uyuşmazlık konusu vakıa meselesinin niteliği bakımından *mümkün*, *uygun* ve aynı zamanda *yerinde* olması gereğidir[546]. Bu itibarla, Kanunun ispat hakkını düzenleyen 189. maddesinde ifade edildiği gibi, ispat faaliyetinde hangi araç yahut yoldan yararlanılırsa yararlanılsın, bu araç ve yollar Kanunda belirtilen usûl ve süreye uygun şekilde ibraz edilmeli, hukuka aykırı yoldan elde edilmemeli, nihayet Kanunun sınırlarını çizdiği ölçüde o vakıanın ispatında kullanılmaya elverişli bir nitelik arz etmelidir. Diğer yandan, uyuşmazlık konusu vakıalar bakımından, tarafların bunları somutlaştırma yükü ve bu yükün gereği ayrıca dikkate alınmalıdır (bkz. m. 194).

[546] Nitekim bu sadece bilirkişi incelemesi değil, ister taraflarca getirilsin ister hâkim tarafından re'sen başvurulsun, tüm ispat araçlarına başvurulması bakımından da geçerli olan bir husustur. Bu konuda ayrıca bkz. P. Schweiser (F. Bohnet, J. Haldy, N. Jeandin ve diğerleri) (2011). *Code de procédure civile commentée.* Basel: Helbing Lichtenhahn, n^{o} 11, s. 628.

Nihayet, son olarak delil ikame yükünün gereğinin yerine getirilmiş olup olmadığının da özellikle belli bazı ispat araçlarına hâkim tarafından re'sen başvurulabilmesi bakımından önem taşıdığı kanısındayız[547].

İspat faaliyetine ilişkin bu genel ilkeler ışığında, bilirkişi incelemesinin elverişliliği bağlamında ön plâna çıkan hususlardan ilki, bilirkişi incelemesine yargılamanın hangi aşamasında başvurulacağıdır. Öte yandan, bilirkişi incelemesinin bu aşamada diğer ispat araçlarının yanında elverişliliği de, kanımızca tüm bu araçlar arasında bir hiyerarşik ilişki bulunup bulunmadığı etrafında sorgulanmalıdır. Türk delil sisteminin eklektik yapısından kaynaklı olarak[548] meseleyi iki aşamada ele almak istiyoruz. Buna göre konuyu ilk olarak, takdiri delil ile kesin delil ayrımı arasında; ikinci olarak ise ise bilirkişi incelemesinin konusunu oluşturmaya elverişli vakıa meseleleri çerçevesinde değerlendirmeye çalışacağız[549].

Bir diğer mesele ise, bilirkişi incelemesinin talî (ikincil) bir niteliğe sahip olmasıyla ilgilidir. Bu bakımdan sorgulanması gereken, daha önceden aynı, hatta benzer bir vakıa meselesine ilişkin olarak bilirkişi incelemesine başvurulmuş olup olmadığının inceleme kararının alınmasında oynadığı işlevdir[550].

Tarafların incelemeye başvurudaki rolünün de ele alınması gerektiği düşüncesindeyiz. Bu rol kendisini ilk olarak, tarafların ispat faaliyetine verdikleri katkı, bu anlamda dava malzemesini sunmaları, daha sonra onların ispat hakkı, nihayet bilirkişi incelemesine ilişkin masraf ve giderlerin yatırılmasında göstermektedir[551].

Diğer taraftan, davanın bir uzmanlık mahkemesinde görülmesinin yahut hâkimin kendisinin ilgili vakıa meselesi hakkında özel bilgiye sahip olmasının, bilirkişi

---

[547] Hatta bu meselenin, Fransız hukukunda ayrı bir düzenlemenin konusunu oluşturduğunu görmekteyiz. Nitekim Fransız Medenî Usûl Kanununun 146. maddesi uyarınca, taraflardan birinin delil ikamesindeki eksikliklerini/ yetersizliklerini örtmek amacıyla bir tahkikat inceleme yöntemine başvurulamaz (bkz. Art. 146, C. pr. civ.).

[548] Bu eklektik yapıyla murat ettiğimiz husus, Türk hukuku bakımından hem kanunî hem serbest delil sisteminin, nitekim bu sistemlerin sonucu olarak delillerin değerlendirilmesi bakımından bunların kanuniliği ve delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkelerinin bir arada bulunduğudur. Meselenin Türk hukukundaki görünümüne yönelik açıklamalar için özellikle bkz. Konuralp (2008), s. .... Burada özellikle çalışma konumuzun kapsamı dışında kaldığından bahsedilen sistemleri ayrıca bir tahlile tâbi tutmaktan kaçınmaktayız. Ancak yine de, bilirkişi incelemesi ile diğer ispat araç ve yöntemleri arasındaki ilişki bakımından bahsedilen sistem tercihlerinin sonuçlarına takip eden paragraflarda değinmeye çalıştığımız hususlar bağlamında işaret etmeye çalışmaktayız.

[549] Bkz. aşa. *İkinci Bölüm, 1.2*, *1.3* ve *1.4.*

[550] Bkz. aşa. *İkinci Bölüm, 1.5.*

[551] Bkz. aşa. *İkinci Bölüm, 1.6.*

incelemesine başvurunun değerlendirilmesinde nasıl bir işleve sahip olduğunun da, kanımızca ayrıca sorgulanması gerekmektedir[552].

Hâkim, yukarıda, önceki başlıklar altında aktarmaya ve tartışmaya çalıştığımız vakıa ile hukuk ayrımı bağlamında, önüne gelen meselenin bilirkişi incelemesine elverişli olup olmadığını her halükârda değerlendirmeli, daha sonra, bu meselenin özel veya teknik bilgiyi gerektirip gerektirmediği konusunda karar vermelidir[553]. Özellikle bu son noktada, hâkimin bilirkişi incelemesine ilişkin takdir yetkisinin sınırları gündeme gelmektedir. Burada ana kural, hâkimin bilirkişi incelemesine başvuru koşullarını serbestçe takdir edeceğidir. Yani, bilirkişi incelemesine başvurulması kural olarak, ihtiyarîdir. Ne var ki bu takdir yetkisi, hem kanun koyucu tarafından hem mahkemeler uygulamasında sınırlandırılmaktadır. Bu nedenle aşağıda, bahsedilen takdir yetkisinin sınırlarını ayrıca ele almaya çalışacağız[554].

Nihayet tüm bunlardan sonra, esas hakkındaki yargılamadan önce başvurulan geçici koruma tedbiri yargılaması ve söz konusu tedbirler çerçevesinde ve son olarak kanun yolları aşamasında, özellikle istinaf yargılamasında bilirkişi incelemesine başvurulması üzerinde duracağız[555].

Ancak tüm bu hususlardan evvel, hâkimin davayı aydınlatma ödevi bakımından bazı hususlara kısaca dikkat çekmek istiyoruz. Nitekim bu ödev çerçevesinde hâkim, hukuk davası taraflara ait bir konu olsa da, belli hâllerde delil ikamesini re'sen emredebilmektedir. Bu yetki, re'sen araştırma ilkesinin uygulandığı davalarda tartışmasız hâle gelmektedir. Bu anlamda bilirkişi incelemesine başvurulması konusunda, kural olarak davada taraflarca hazırlama yahut kendiliğinden araştırma ilkesinin uygulanması arasında bir farklılık bulunmadığını ifade etmek mümkündür (ayrıca bkz. m. 266)[556].

Nitekim belli bazı hâllerde, hâkimin delil ikame faaliyetine müdahil olmaktan, onu yönlendirmekten başka bir çaresi bulunmamaktadır. Bilirkişilik özelinde, çözümü özel ve teknik bilgiyi gerektiren bir meselede, teorik olarak taraflar bir bilirkişi incelemesine başvurulmasını talep etmiş olmasalar dahi, hâkim burada delil ikame yükünü ilgili taraf

---

[552] Bkz. aşa. *İkinci Bölüm, 1.7.*
[553] Bkz. yuk. *Birinci Bölüm, 2.3* ve *2.4.*
[554] Bkz. aşa. *İkinci Bölüm, 1.8.*
[555] Bkz. aşa. *İkinci Bölüm, 1.9* ve *1.10.*
[556] Ayrıca bkz. O. Atalay (2001a). Bilirkişinin seçimi ve zorunlu bilirkişilik. *Bilirkişilik sempozyumu. Samsun 9-10 Kasım 2001.* Ankara: TBB Yayınları, ss. 174 – 189, s. 175, 176.

üzerinde bırakıp, vakıanın ispatsız kalmış olduğu gerekçesiyle ispat yükü üzerinde olan taraf aleyhine karar vermekle yetin(e)meyecek, HMK m. 266 hükmünün bir gereği olarak bilirkişi incelemesine başvuracaktır.

1.2. Bilirkişi İncelemesinin Zamanı

Hukuk Muhakemeleri Kanununun bilirkişi incelemesine ilişkin hükümlerinde bilirkişi incelemesine davanın hangi safhasında başvurulabileceği veyahut buna ilişkin bir sınırlandırmanın söz konusu olup olmadığı noktasında açık bir hüküm bulunmamaktadır. Örneğin, bu konuda Fransız hukukunun konuya ilişkin hükümlerine baktığımızda, bir ayrımda bulunulduğunu, vakıa tespitleri ve danışman görüşüne başvurulması biçiminde tezahür eden yöntemlere, uzlaştırma aşamasında ve hatta karar müzakerelerinde dahi başvurmak imkânının usûl kanununda açıkça düzenlendiğini öngörmekteyiz (bkz. Art. 250, al. 1; art. 257, al. 1, C. pr. civ.). Buna karşılık Fransız kanun koyucusu, dar anlamda bilirkişiliğe ilişkin hükümleri kaleme alırken, aynı hususu zikretmekten kaçınmıştır. İlk etapta bu tercihin bilirkişi incelemesinin bu sistemde sadece karmaşık vakıa meselelerine hasredilme amacı karşısında bilinçli olduğunu düşünmek mümkün olabilir[557]. Ancak yine de, bahsedilen yolların yanı sıra zikredilen aşamalarda bilirkişi incelemesine başvuruyu engelleyen açık bir düzenleme de söz konusu değildir[558].

Nitekim Hukuk Muhakemeleri Kanununun bilirkişi incelemesine ilişkin hükümlerinde, inceleme zamanına doğrudan işaret eden bir hüküm bulunmaması, bu konuya ilişkin bir boşluk bulunduğu anlamına gelmediği gibi, bilirkişi incelemesine başvurunun, esas itibariyle tahkikat aşamasında elverişli olduğu konusunda da, kanımızca bir tereddüt yoktur. Zira, iddiaların ve savunmaların incelendiği, taraflarca ileri sürülen ve ibraz edilen delillerin bir değerlendirmeye tâbi tutulduğu, nihayet hâkimin özel ve teknik bilgi gerektiren bir vakıa meselesi ile karşı karşıya kalıp,

[557] Fransız hukukunda da dile getirildiği gibi, bilirkişi incelemesi ancak dava dosyasının tümünün bir incelemeye tâbi tutulmasından sonra, mümkün olabilecek bir yöntemdir. Bkz. Boulez (2009), n° 502, s. 77.

[558] Nitekim bkz. bu yönde Redon (2011), n° 344, s. 47. Yazar öte yandan gerek iş yargılaması bağlamında Fransız İş Kanunu (bkz. Code du travail, R. 1454-14, 3°), gerek iş kazaları ve meslekî hastalıklara ilişkin söz konusu olabilecek davalar bakımından Fransız Sosyal Güvenlik Kanununda (bkz. Code de la sécurité sociale, R. 142-37) bu imkânın tanınmakta olduğuna dikkat çekmektedir (Redon (2011), n° 163, s. 26).

elindeki dava malzemesiyle bu vakıa meselesinin çözümünün mümkün olamayacağı kanaatine vardığı aşama da budur[559].

Buna karşılık ön inceleme aşamasının, uyuşmazlık konusu vakıaların tespitine, ondan ötesi henüz davanın başında, dava şartları ve ilk itirazların incelenmesine yönelik olmasından dolayı (bkz. m. 140), kural olarak, bilirkişi incelemesine başvurulmasına elverişli olmadığı kanısındayız. Ne var ki burada da, HMK m. 140 hükmünün ikinci fıkrası gereği, hâkim tarafları sulhe teşvik eder ve bu faaliyet çerçevesinde taraflar bilirkişi incelemesine başvurmak konusundaki arzularını dile getirirlerse, istisnaî olarak mahkemenin buna başvurması mümkün olabilir. Bu ihtimale, taraflardan birinin ehliyetinin tartışma konusu yapıldığı bir hâlide ekleyebiliriz. Ancak bu faraziyeleri bir kenara bırakacak olursak, kanımızca bilirkişi incelemesi, ancak tarafların dilekçeler aşamasında karşılıklı şekilde ileri sürdükleri iddia, savunma ve ispat araçları çerçevesinde yapılan bir incelemeden sonra söz konusu olabilecektir[560].

1.3. Takdirî Delil – Kesin Delil Ayrımında Bilirkişi İncelemesinin Yeri

Bu ayrım dâhilinde bilirkişi incelemesinin yeri hakkında açıklamalarda bulunurken, ilk olarak bu yöntemin kendisinin, temsilî bir nitelikten yoksun olması nedeniyle tek başına bir delil olmaktan ziyade, kendisini çoğu kez bir bilgilen(dir)me, ancak bunun yanı sıra, yargılama taşıdığı işleve göre geniş anlamda bir ispat aracı biçiminde gösterdiğini bir kez daha ifade etmek istiyoruz[561].

Bununla beraber, bilirkişi incelemesinin hukukî niteliğine ilişkin olarak hangi bakış açısı getirilirse getirilsin, söz konusu faaliyet bakımından değişmeyen şey, kesin deliller ile takdiri deliller ayrımına yer veren Türk ispat sisteminin bu yapısı içerisinde,

---

[559] Hukuk Muhakemeleri Kanununun 146. maddesi de bu duruma işaret etmektedir: "*Mahkeme,...delillerin incelenmesinden sonra, davanın... aydınlandığını anlarsa...tahkikatın bittiğini...bildirir"*. Nitekim, tahkikat aşaması da şeklî tahkikat işlemleri ve maddî tahkikat işlemleri şeklinde ikili bir ayrıma tâbi tutulmaktadır (ayrıca bkz. Pekcanıtez, Atalay ve Özekes (2011), s. 373. Ceza yargılaması bakımından bkz. ve karş. Şahin (2001), s. 195.

[560] Nitekim bkz. Pekcanıtez (2007), s. 23, 24.

[561] Nitekim ona başvurunun delilleri elde etmeye, incelemeye ve bunlardan sonuç çıkarmaya yöneliyor olması, kanımızca onu geniş anlamda bir "ispat aracı" olarak adlandırmak için yeter bir gerekçe sağlamaktadırBkz. yuk. *Birinci Bölüm, 1.3.3.1.*

ona başvurunun, bir diğer söyleyişle bilirkişi incelemesinin kullanım alanının sınırlarıdır[562].

Gerçekten de, genel itibariyle kanunî delil ile delil serbestisi sistemlerinin bir arada bulunduğu Türk ispat hukukunda, ispat araçları bakımından temel ayrım, hukukî işlemler ve fiillere ilişkin ileri sürülen iddiaların ne şekilde ispat edileceği konusunda karşımıza çıkmaktadır[563]. Senetle, yani kesin delillerle ispat zorunluluğunun kapsamına dâhil edilen hukukî vakıalar, hukukî işlemlerden ibarettir[564].

Kesin delillerle ispat zorunluluğunun istisnası olan hâllerde, ispat faaliyetinin her türlü ispat aracı vasıtasıyla gerçekleştirilmesi mümkün olup, bir delil başlangıcının

---

[562] Bu noktada kanımızca ifade etmenin uygun olacağı bir diğer husus, bilirkişinin görevinin sınırlarıyla da ilgili olarak kendisini göstermektedir. Bir delilin, belli bir vakıa meselesi hakkında ispata elverişli olup olmadığının tespiti, tamamen hâkimin görev alanında kalan bir hususdur. Nitekim bu husus Hukuk Muhakemeleri Kanununun ispat hakkını ele alan 189. maddesinde açık bir şekilde ifade edilmektedir. Bu itibarla bilirkişinin görevi gereği kendisine tevdi edilen dosya kapsamında yer alan tanık yahut taraf beyanlarını, somut vakıa bakımından sadece senetle ispatın mümkün olduğu yönünde bir gerekçeyle dikkate almamak gibi bir yetkisi bulunmamaktadır. Bkz. Fransız hukuku bakımından da benzer bir açıklama için, Bourgeois, Julien ve Zavaro (1999), n^{o} 149, s. 90.

[563] Nitekim Türk medenî usûl hukukunda ana kural, belli bir miktarı aşan hukukî işlemler hakkında ileri sürülen iddiaların ancak kesin deliller (senet, yemin yahut kesin hüküm; bkz. HMK m. 200 vd.; 225 vd. ve 303.) vasıtasıyla ispat edilmesi, buna karşılık Kanunda öngörülen miktarın altında kalan hukukî işlemlerde veya senetle ispat zorunluluğunun istisnası olan hâllerde ve nihayet hukukî fiiller bakımından takdiri ispat araçlarıyla ispatın mümkün olmasıdır (bkz. HMK m. 200, 202 ve 203)Cumhuriyet öncesi dönemde de söz konusu olan, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu döneminde devam eden bu yaklaşım, Hukuk Muhakemeleri Kanununun hazırlandığı süreçte de kanun koyucu tarafından sürdürülmüştür. Kesin delillerle ve fakat özellikle senetle ispat zorunluluğu ve bunun istisnaları hakkında özellikle bkz. İ. E. Postacıoğlu (1964). *Şehadetle ispat memnuiyeti ve hudutları.* İstanbul: İÜHF, s. 11 vd.; M. Yavaş (2009). *Senetle ispat ve senede karşı senetle ispat kuralları ile bu kuralların istisnaları.* Ankara: Turhan, s. 33 vd.; H. Konuralp (2008). *Medenî usûl hukukunda yazılı delil başlangıcı (Tıpkıbasım).* Ankara: Yetkin, özellikle s. 17 vd.; Kanun koyucunun Hukuk Muhakemeleri Kanununu hazırlarken, hukukî işlemler bakımından müesseseyi neden muhafaza etmeyi tercih ettiği yönündeki açıklamalar için bkz. H. Pekcanıtez (2006). Genel olarak hukuk muhakemeleri kanunu tasarısı. *HPD.* S. 8, ss. 69 – 79, özellikle s. 76, 77. Senetle ispat zorunluluğundan anlaşılması gereken şey, nasıl kesin delille ispat zorunluluğu ise, tanıkla ispat yasağından anlaşılması gereken şey de takdiri delillerle ispat yasağıdır (genel olarak bkz. Göksu (2011), s. 121. Fransız hukukundaki senetle ispat kuralının istisnaları bakımından aynı şekilde F. Ferrand (2006). Preuve. *Rép. pr. civ. Dalloz,* n^{o} 211, s. 63 vd.)

[564] Hukukî işlemin kapsamına giren hususların neler olduğu, bunların hangi ispat araçları vasıtasıyla ispat edilebileceğinin belirlenmesi bakımından önem taşımaktadır. Ne var ki bu kavramın ayrıca ele alınması, çalışma konumuzun kapsamını bir hayli aşmaktadır. Bu nedenle sadece konumuzu ilgilendirdiği yönüyle, meseleye ilişkin temel bazı hususları aktarmakla yetinmek durumundayız. Bu bağlamda hukukî işlem kavramından anlaşılması gereken şey, hukukî sonuç doğurmaya yönelik irade beyanıdır. Bu konuda genel olarak ve ayrıca özellikle senetle ispat zorunluluğu bağlamında bkz. Yavaş (2009), s. 185 vd.; Postacıoğlu (1964), n^{o} 25, s. 38 vd. Ayrıca bkz. M. Özekes (2010). *Temel hukuk bilgisi.* Ankara: Yetkin, n^{o} 132, s. 159; R. Serozan (2005). *Medenî hukuk. Genel bölüm.*İstanbul: Vedat, n^{o} 14, s. 235 vd. Nitekim hukukî işlemin meydana getirilmesinde delilin önceden oluşturulmasının kural olarak mümkün olması, işlem güvenliğinin sağlanması, hâkime güvensizlik gibi nedenler, tarihsel olarak senetle ispat zorunluluğunu meydana getirmiştir. Bkz. Konuralp (1999), s. 9, 10 vd.; M. Göksu (2011); *Hukuk yargılamasında elektronik delil.* Ankara: Adalet, s. 120 vd.; Yavaş (2009), s. 56 vd.; Postacıoğlu (1964), s. 18 vd.; N. M. Berkin (1950), Senetle ispat mecburiyeti ve kaidenin istisnaları. *İÜHFM, C. XVI, S. 3 – 4,* ss. 799 – 821, s. 805.

varlığı hâlinde tanık dinlenmesi zorunlu bir unsur olmayıp, diğer ispat araçlarından yararlanılabilmektedir[565]. Sonuç itibariyle takdiri delillerle ispatın mümkün olması hâlinde, hukukî işlemin kendisine yahut ifasına ilişkin bir meselenin özel ve teknik bilgiyi gerektirmesi koşuluyla, bilirkişi incelemesine başvuru da pekâlâ söz konusu olabilmektedir.

Buna karşılık, kesin delillerle ispat zorunluluğunun varlığı hâlinde, bilirkişi incelemesi kural olarak elverişsiz bir ispat aracıdır. Bu anlamda kanun koyucu, hukukî işlemler bakımından ispat araçları arasında bir eşitsizlik yaratmakta; bu durum, bilirkişi incelemesinin bu tip hâller bakımından tâli bir fonksiyona sahip bulunmasına yol açmakta ve bir tür hiyerarşik ilişkiyi meydana getirmektedir[566]. Nitekim Hukuk Muhakemeleri Kanununun 189. maddesinde de işaret edildiği üzere, bu ilişki çerçevesinde delilin caiz olup olmadığı, hâkimin re'sen gözetmesi gereken bir konudur (m. 189, f. 3 ve 4).

Kesin delillerle ispatı gerektiren hâllerin varlığında, bilirkişi incelemesi kendisine, kuralın istisnaları söz konusu olmadığı sürece, ancak taraflar arasında uyuşmazlık bulunan hukukî işlemin kesin delille ispatından sonra, davanın çözümü bakımından önem taşıyan diğer bir takım yan vakıaların özel ve teknik bilgiyi gerektirmesiyle sınırlı olarak yer bulmaktadır.

Taraflar arasındaki uyuşmazlık, hukukî işlemin bir unsuruna yönelik olduğunda, bu da kesin delille ispat zorunluluğunun kapsamındadır. Bu anlamda hukukî işlemden doğan borcun sona erdirilmesi önemli bir mesele meydana getirmekte olup, ifanın ispatının kesin delille gerçekleştirilmesi gerekmektedir[567]. İfanın ispatı konusunda

---

[565] Konuralp (1999), s. 144, 145 vd. Öte yandan ticarî işlemler bakımından kural olarak delil serbestisi prensibinin egemen olduğu Fransız hukuku bakımından da, salt tanık beyanının değil, her türlü ispat aracının uyuşmazlık konusu vakıayı ispata elverişli olduğu noktasında da bir tereddüt bulunmamaktadır. Esasen Fransız hukukçuları burada elverişli olan delil türlerini sayarken öncelikle belge, senet, tanık beyanı, karineler, ikrar, yemin ve ticarî defterlerden söz etmektedir. Genel olarak bkz. L. Grynbaum (2002). Preuve. *Rép. com. Dalloz,* n° 64, s. 12 vd.; Ferrand (2006), n° 217, s. 64, n° 237, s. 67 vd. Ancak bir tahkikat inceleme yöntemi (*mesures d'instruction)* olarak kabul edilen bilirkişi incelemesine de bu çerçevede başvurulması elbette mümkündür. Bkz. Grynbaum (2002), n° 58, s. 11; Ferrand (2006), n° 244, s. 68. Ayrıca bkz. Yavaş (2009), s. 328.

[566] Karş. Meseleye İsviçre hukukunda delillerin serbestçe değerlendirilmesi bakımından işaret eden ve bu çerçevede senetle ispat kuralının bulunmadığı bu sistemde ispat araçları arasında bir eşitliğin bulunduğu vakıasına dikkat çeken Schweizer (Bohnet, Haldy, Jeandin ve diğerleri) (2011), n° 17, s. 632, 633.

[567] Yavaş (2009), s. 194 vd.; Kuru (2001), C. II, s. 2205 vd.; Postacıoğlu (1964), s. 67; Alangoya, Yıldırım ve Deren-Yıldırım (2009), s. 385. Yargıtay kararına konu olan bir olayda ilk derece mahkemesi vermiş olduğu hükmü, ifa vakıasını tam olarak göstermeyen bir takım belgeler üzerinde yaptırılan bilirkişi incelemesi üzerine kurmuş; Yargıtay 19. Hukuk Dairesi ise bunu ödeme iddiasının ispatı bakımından yeterli görmemiştir. 19. Hukuk Dairesi diğer taraftan, ispat yükü üzerinde olan tarafın yazılı

aslında kural olarak bir tartışma bulunmaması gerekmekle birlikte (m. 200)[568], Yargıtayın yaklaşımı, hukukî işlem gereği ifa edilecek miktarın ne olduğu konusunda bir ayrımda bulunulması gerektiği yönündedir. Aslında burada hangi sözleşme türü söz konusu olursa olsun, ana kural, sözleşmeden doğan bedelin kesin delille ispat edilmesidir[569]. Durum eser sözleşmeleri bakımından da kural farklılık arz etmemekteyken[570], Yargıtay, iş bedelinin sözleşmede kararlaştırılmadığı hâllerde TBK m. 481 (eBK m. 366) hükmüne dayanarak, bedelin bilirkişi incelemesi doğrultusunda belirleneceğine işaret etmektedir[571].

Bu hâller bir kenara bırakılacak olursa, kesin delille ispat kurallarının istisnalarının söz konusu olduğu hâllerde, değerlendirilmesi gereken şey, genel kurallar dâhilinde, vakıa meselesinin taşıdığı özellikler doğrultusunda bilirkişi incelemesine başvurunun koşullarının bulunup bulunmadığından ibarettir. Ne var ki, burada da özellik gösteren bir nokta, Yargıtay'ın senede bağlanması teamülden olmayan hukukî işlemler bakımından, böyle bir teamülün bulunup bulunmadığı konusunda bilirkişi incelemesine başvurulmasını öngören yaklaşımıdır[572].

Nihayet senetle ispat zorunluluğu, sadece sözleşmenin taraflarını kapsamına almaktadır. Buna karşılık ilgili hukukî işlemin tarafını oluşturmayan kimselerin, ileri

---

delil sunması gerekirken, bilirkişi incelemesinin ancak bundan sonra sunulan bu ve diğer belgeler üzerinde gerçekleştirilebilmesinin söz konusu olabileceğine işaret etmektedir. Bkz. 19. HD, 5.10.2005, 236/9569 (*LegalBank*). Aslında Yargıtay bu kararında, senetle ispatı gereken bir hâlde, ödeme vakıası senette yer alsa dahi, mahkemenin bu konuda ayrıca – senet metinlerinde yer alan miktarlar hakkında – bilirkişi incelemesine başvurabileceğini de ifade etmektedir ki, burada ödeme konusunda hangi teknik bilginin gerekli olduğu hususu kanımızca açık değildir. Şayet ödeme iddiasının senetle ispatı gerekiyorsa, bu konuda kural olarak, ayrıca bilirkişi incelemesine başvurmaya da gerek bulunmamaktadır.

[568] Ancak mesele, hizmet sözleşmeleri konusunda hassasiyet içermektedir. Nitekim bkz. Yavaş (2009), s. 202 vd.

[569] Ne var ki Yargıtay 1960'lı yılların sonunda satım bedelinin hukukî işlemin bir unsuru olmamasından kaynaklı olarak senetle ispat kuralına tâbi olmayacağı yönünde karar verirken (bkz. 4. HD, 7.3.1967, 1856/2110 (Zikreden Kuru (2001), C. II, s. 2210. Ayrıca bkz. Yavaş (2009), s. 200, dn. 860). Nitekim öğretide çeşitli yazarlar haklı olarak satış bedelinin de ancak kesin delille ispat edilebileceği yönünde görüş bildirmektedir (örneğin bkz. Kuru (2001), C. II, s. 2210. Onu takiben Yavaş (2009), s. 200).

[570] Örneğin gerek açıklamalar gerek bu yöndeki kararlar için bkz. Kuru (2001), C. II, s. 2224 vd.

[571] Somut meselede sözleşmenin kapsam ve içeriğinin senetle ispatı gerektiği belirtilmişken "*BK.nun 366. maddesi hükmünce de bedelin karalaştırılmadığı veya kararlaştırılan bedelin ispatedilemediği durumlarda iş bedeli alacağının, işin yapıldığı yıl rayiçlerine göre bilirkişiye hesaplattırılması gerekir"* ifadesi kullanılmıştır (15. HD, 1.12.2003, 5062/5659 (*LegalBank*)).

[572] Yavaş (2009), s. 169. Bu konuda ayrıca bkz. *"...HUMK.nun 288. maddesinde yazılı bulunan tanıkla ispat yasağının istisnaları aynı kanunun 293. maddesinde gösterilmiştir. Bu maddenin 4 numaralı bendi uyarınca hâlin icabına ve iki tarafın durumlarına nazaran senede bağlanması müteamel olmayan muamelelerde tanık dinlenebilir. Olayda tanık dinlenmesini veya dinlenmemesini öngören başkaca kanuni bir hüküm bulunmadığından mahkemece bilirkişi marifetiyle teamül araştırılarak buna göre işlem yapılmasında isabetsizlik yoktur..."* HGK, 21.1.1970, 3-1224/44 (*LegalBank*). Ayrıca bkz. 13. HD, 1.3.2005, 15291/3037; 13. HD, 25.10.2007, 7565/12504; 13. HD, 1.2.2000, 173/525 (*LegalBank*).

sürülen hukukî işlem vakıasının içeriğini yahut aksini, her türlü delille ispatlaması mümkündür[573].

Buna karşılık, *bizzat kesin delilin kendisinin* bilirkişi incelemesinin konusunu oluşturması, ilkinden daha özel bir durumu kapsamına almaktadır. Bu durum, kesin delilin, yani senedin veya senet hükmünde olan elektronik imzalı belgenin bizatihi kendisi üzerinde bir uyuşmazlık bulunması hâline münhasırdır. Nitekim böyle bir hâlin varlığında, örneğin sahtelik iddiası hâlinde, bu vakıa iddiasının kendisi hukukî bir fiile ilişkin olduğundan, böyle bir konuda bilirkişi incelemesine başvurulması pekâlâ mümkün olmaktadır.

Bu çerçevede bir senet altındaki imza inkâr edilmek istendiğinde bu konuda sahtelik iddiasında bulunulması gerekmektedir (m. 208). Gerek bu durum gerek genel olarak senedin sahteliğinin ileri sürülmüş olması hâlinde, mahkeme tarafından yapılması gereken şey, sahtelik iddiasını ileri süren tarafı isticvap etmek, gerekiyorsa ona imza attırmaktır (bkz. m. 211, (1), (a)). Ne var ki hâkimde gereken kanaat uyanmadıysa bu sefer yapılması gereken bilirkişi incelemesine başvurmaktır (m. 211, (1), (b). Adi senetler kadar resmî senetlerin de sahteliğinin de her türlü delille ispat mümkün olduğundan[574], burada da bilirkişi incelemesinden yararlanılabilir.

İkinci husus ise, elektronik imzalı belgeler başta olmak üzere elektronik delillere ilişkindir. İlk olarak kanun koyucu elektronik belgelerin niteliği karşısında senetten farklı olarak burada bir sahtelik iddiasında doğrudan bilirkişi incelemesine başvurulmasını öngörmüştür (bkz. m. 210). Diğer yandan bilirkişi incelemesine başvurulması sadece belgenin kendisine yönelik bir itirazla sınırlı değildir. Elektronik delillerin doğası, bunların toplanması, incelenmesi ve nihayet özellikle güvenilirliği bakımından değerlendirilmesi, bilirkişi incelemesini kaçınılmaz kılmaktadır[575].

---

[573] Bourgeois, Julien ve Zavaro (1999), n^{o} 134, s. 82.

[574] Gerek adi gerek resmî senetler bakımından bkz. Pekcanıtez, Atalay ve Özekes (2011), s. 486 – 488 vd.; Yavaş (2009), s. 135 vd. 169; Üstündağ (2000), s. 644, 648; Alangoya, Yıldırım ve Deren-Yıldırım (2011), s. 331, 332. "*...Sahtecilik iddiasının her türlü delille... ispatı mümkündür...*" 11. HD, 16.3.1995, 367/2016, *YKD,* 1995/6, s. 904 (Alangoya, Yıldırım ve Deren-Yıldırım (2011), s. 337, dn. 33'den naklen). Ayrıca bkz. ve karş. HGK, 5.4.1995, 2-635/270; 16. HD, 11.2.2005, 14631/665; 19. HD, 12.11.1993, 8891/7571 (*LegalBank*).

[575] Bu meseleye ilişkin olarak bkz. M. Erturgut (2004). *Medenî usûl hukukunda elektronik imzalı belgelerin delil olarak değerlendirilmesi.* Ankara: Yetkin, s. 262 vd.; Göksu (2011), s. 174 vd.

1.4. Bilirkişi İncelemesine Elverişli Vakıa Meselesi

Bilirkişi incelemesine başvurunun, incelemeye elverişli vakıa meselesi karşısında elverişliliği ve yerindeliği üzerinde dururken, öncelikle belirtmemiz gereken şey, kesin delillere başvuru zorunluluğunu oluşturan durumlardan farklı olarak, burada artık delil serbestîsinin söz konusu olduğudur. Bu nedenle elverişli tüm ispat araçları arasında, gerek bunlara başvuru gerek değerlendirilmeleri çerçevesinde, bir eşitlik bulunmaktadır. Diğer bir deyişle, vakıa meselesi bilirkişi incelemesine elverişli ise, ispat araçları arasında herhangi bir hiyerarşi yoktur[576]. Bu itibarla hâkim, başka ispat araçlarına başvurmak suretiyle uyuşmazlığı aydınlatma imkânına sahipse, bilirkişi incelemesine başvurmaktan sarfınazar edebileceği gibi, bu yönde gelecek olan talepleri de reddetme imkânına sahiptir.

Buradaki esas mesele, uyuşmazlık konusu vakıa teknik bir içeriğe sahip olduğunda dahi[577], ortada birden fazla ispat yöntem ve aracı birarada bulunmakta ve hatta bunlar mahkemeye ithal edilmişken, bilirkişi incelemesine başvurunun elverişliliğinin değerlendirilmesidir. Esasında bu nitelikteki uyuşmazlıklar bakımından hâkim çoğu kez birden fazla ispat aracına başvurma imkânına sahip olsa da, pek çok vakıa meselesinde bilirkişi incelemesi temel bir işleve sahip bulunmaktadır. Ne var ki, dosya kapsamında yer alan hususlar, hâkimde kanaat uyandırmaya elverişliyse, hâkim kendisine sunulan diğer malzemeden, belgelerden ve benzeri hususlardan karar vermek için kafi bir takım değerlendirme vasıtalarını elde edebiliyorsa[578], kanımızca ne bilirkişi incelemesine başvurmak, ne de bu yönde gelecek bir talebi kabul etmek zorundadır.

---

[576] Nitekim bkz. ve karş. Schweizer (Bohnet, Haldy, Jeandin ve diğerleri) (2011), n^{o} 17, s. 633; C. Gillieron (1946). L'évolution de la preuve pénale. *RPS, 60,* ss. 198, 199 (Y. Burnand (2004). Liberté de la preuve et intime conviction. *Revue jurassienne de jurisprudence,* ss. 89 – 122, s. 92'den naklen).

[577] Nitekim, uyuşmazlık konusu vakıa, özel ve teknik bilgiyi gerektirmiyorsa burada zaten tereddüt etmeyi gerektirecek bir durum söz konusu olmamalı, hâkim eşyanın tabiatı gereği bu şekilde davranmalıdır. Yani, bu durumun özel ve teknik bilgi karşısında bilirkişi incelemesine başvurup başvurmamakla bir ilgisi bulunmamaktadır. Zira zaten somut vakıa, özel veya teknik bilgiye ihtiyaç duymuyorsa, burada bilirkişi incelemesine yer de yoktur. "*…(O)lay, günlük yaşantı içinde çoğunluğun rahatlıkla değerlendirebileceği olağan ve yalın bir niteliğe sahiptir… (H)âkimin, genel kültür ve bilgisinin konuyu çözebileceği her türlü tartışmanın dışındadır"*. 4. HD, 15.9.1983, 6364/7388 (*YKD*, 1984/1, s. 49, 50. Karar için bkz. ayrıca zikreden Arslan (1989), s. 162).

[578] Fransız hukuku bakımından bu yönde Leclerc (2005), n^{o} 363, s. 278, 279; Hertzog ve Retail (1951), s. 97. Ayrıca bkz. ve karş. Ulukapı (2001), s. 292; Şahin (2001), s. 195.

Nitekim böyle bir durumda bilirkişi incelemesinin keyfî şekilde reddedildiğinden de söz edilemeyecektir[579].

Nihayetinde, burada hâkim tarafından izlenmesi gereken yöntem, vakıa meselesi hakkında doğrudan doğruya bilirkişi incelemesine başvurmak yerine, öncelikle sunulan diğer ispat araçlarını değerlendirmek; şayet gerekiyorsa, taraflara diğer bazı araç ve yöntemleri sunma imkânını tanımaktır[580].

Ancak bu, aynı zamanda usûl ekonomisi ilkesi çerçevesinde de bir gereklilik de teşkil eder. Zira buradaki mesele, bilirkişi incelemesinin aynı zamanda uyuşmazlığın çözümü için bir anlam ifade etmesi, bir diğer söyleyişle uygun ve gerekli olmasıdır. Somut olay bakımından bu yöntemin uygunluğunu serbestçe değerlendirecek olan sadece hâkimdir. Şayet taraflar arasında uyuşmazlık hâlinde bulunan vakıa, tarafların karşılıklı hak ve yükümlülükleri yahut benzer hususlar, hâlihazırda başvurulan diğer ispat araç ve yöntemleriyle belirlenmişse veyahut bunların belirlenmesi, bilirkişi incelemesinden daha seri ve daha az masraflı bir yöntemle belirlenebilecek durumdaysa, hâkimin bilirkişi incelemesine başvurmaktan kaçınması gerekmektedir[581].

1.5. Daha Önceden Bilirkişi Görüşü Alınmasının Bilirkişi İncelemesine Başvuruda Etkisi

1.5.1. Delil tespiti yoluyla bilirkişi incelemesine başvurulmuş olması

Burada tartışmak istediğimiz husus, delil tespiti sebebiyle bir geçici koruma tedbirine bürünen bilirkişi incelemesinin değeri ve hükme etkisi, nihayet böyle bir rapor

---

[579] İsviçre hukuku bakımından bu yönde Bohnet (2005), s. 425, n° 2. Bu çerçevede bilirkişi incelemesinin tanık beyanına göre talî nitelikte olduğu yönündeki görüş için bkz. Bovey (2011), s. 97.

[580] Bkz. ve karş. Aşçıoğlu (2001), s. 88. Bu husus delil tespiti kapsamında bir bilirkişi incelemesine başvurulması faraziyesi bakımından da aynı şekildedir (Leclerc (2005), n° 363, s. 279).

[581] Belçika hukuku bakımından bu yönde bkz. Closset-Marchal (1994), s. 12. Ayrıca bkz. Aşçıoğlu (2001), s. 46. Bu gerekliliğe kimi zaman bir bozma kararında da işaret edilmiş olabilir. Örneğin, "*...ancak, yine bu bozma kararına göre keşif ile birlikte ve keşifden önce mahkemenin yaptırması gereken başkaca iş ve işlemlerde vardır ...Orta yerde keşif dışında yapılacak başka işlemler ve toplanacak deliller bulunurken ve toplanacak olan bu delillerin keşif ve bilirkişi incelemesi sırasında değerlendirilmesi gerekir iken sırası gelmediği halde keşif kararı verilmesi, sonucunda da verilen kesin sürede giderlere katlanılmadığından söz edilerek davanın red olunması somut olaya ve yasanın kesin süre ile amaçladığına uygun düşmemiştir. Zira, mahkemelerin görevi önüne getirilen uyuşmazlığı muhtelif nedenlerle çözümsüz bırakmak değil, usûl yöntemine ve usûl ekonomisine uygun, en az sürede ve en az masrafla gidermektir. Düşülen usûlü yanılgı ortaya konan bu ilkelere aykırı olduğundan karar bozulmadır...*" 14. HD, 30.12.2005, 10860/12550 (*LegalBank*).

karşısında yeniden bilirkişi incelemesine başvurmaya gerek olup olmadığına ilişkindir. Bir delil tespiti kapsamında alınan bilirkişi raporunun da diğer delillerle birlikte serbestçe değerlendirileceği konusunda bir tereddüt yoktur (bkz. m. 282). Ancak, inceleme konumuz açısından burada sorgulanması gereken mesele, ona atfedilecek olan değerin, yargılama sırasında alınan bilirkişi raporu ile aynı olup olmadığıdır.

Her şeyden önce delil tespit raporunun dava dosyasının eki olması karşısında (m. 405), buna teorik olarak olumlu yanıt vermek gerekmektedir. Nitekim delil tespiti, ister karşı tarafın huzurunda gerçekleştirilmiş ve bu anlamda karşı taraf (örneğin keşif icrası sırasında) bilirkişiye soru yöneltme imkânına sahip olmuş ister karşı tarafın gıyabında gerçekleştirilmiş olsun, her iki hâlde de itirazda bulunulsa dahi mahkemenin delil tespiti kapsamında alınan bilirkişi raporuna dayanarak hükmünü kurabileceği kabul edilmektedir[582]. Ancak hiç şüphe yok ki, mahkeme rapordan tatmin olmadığı sürece, itiraz olsun olmasın yeni bir rapor almak hakkına sahiptir.

Buna karşılık, Yargıtay'ın meseleye yaklaşımı, tespitin karşı tarafın yokluğunda yapıldığı hâller bakımından farklılık göstermektedir. Kısaca, Yargıtay bu hâllerde, rapora itiraz edilmesini, yeni bir bilirkişi raporu alınması için yeter gerekçe olarak kabul etmektedir[583]. Ancak kimi hâllerde bu şart dahi aranmadan, daha sonra esas hakkındaki yargılama sırasında alınan bilirkişi raporu yerine tespit kapsamında alınan ve itiraza uğramış raporun hükme esas alınması durumunda Yargıtay, ikinci bilirkişi raporunun eksiklik taşıdığı gerekçesiyle yeniden bir bilirkişi incelemesine başvurulması gerektiğine karar verebilmektedir[584]. İlk iki faraziyeden farklı olarak, ilk derece

---

[582] Örneğin Nöşatel Temyiz Mahkemesinin 27.2.1976 tarihli kararı için bkz. Kuru (2001), C. IV, s. 4467; HGK, 19.1.1972, 1-139/23.

[583] *"HUMK'nun 373. maddesi gereğince, delil tespiti yokluğunda yapılmış olan karşı taraf, tespitine itiraz edebilir… İtiraza uğramış ola(n) delil tespiti raporu ise hükme esas alınamaz. O halde mahkemece yeniden deliller mevcut ise mahallinde, değilse dosya üzerinde tespit raporu da değerlendirilerek bilirkişi incelemesi yaptırmak suretiyle, taraf ve Yargıtay denetimine açık, gerekçeli bilirkişi raporu alınmalı, sonucuna göre karar verilmelidir"* . 13. HD, 24.2.2003, 12731/1775; 13. HD, 1.3.2004, 12536/2337. "*…Davalı tarafın mahkeme eliyle yaptırdığı tesbit işlemi, davacı tarafın gıyabında yapılmış ve tesbit raporu, davacının sigortalısı olan şirkete tebliğ edilmesine rağmen, bu şirket tarafından itiraza uğramamıştır. İtiraz etmeme hâli, açık bir kabul anlamı taşımayacağından ve sigortalının halefi olan davacı şirket, açtığı bu davada kusura ve tesbit raporuna itiraz etmiş bulunduğundan mahkemece, ayrıca bilirkişi incelemesi yaptırılarak hasıl olacak sonuç dairesinde karar verilmek gerekirken, tesbit bilirkişi raporuna dayanılarak hüküm tesisi doğru olmamıştır".* 11. HD, 20.1.1994, 2950/230. (*KBİBB*)

[584] "*…Davacı, davalının patlattığı dinamitlerden taşınmazının zarar gördüğünü ileri sürerek, tesbit raporuna göre zararının tazminini istemiştir. Davalı taraf, tesbit raporuna itiraz etmiştir. Mahkemece mahallinde keşif yapılmış, ODTÜ'nde görevli öğretim üyesi maden mühendisi bilirkişi, zararın dinamit patlamasından meydana geldiğini saptamış; ancak, zararın kapsamı ve miktarı yeniden tesbit ettirilmemiştir. Mahkeme, itiraza uğrayan tesbit raporuna göre tazminata hükmetmiştir. Mahkemece yapılacak iş, mahallinde keşif yapılarak uzman bilirkişi veya bilirkişiler eliyle davacının taşınmazındaki*

mahkemesi, tespit yoluyla alınan bilirkişi raporu dışında, dava sırasında bir bilirkişi incelemesine başvurmamış, fakat tespit raporunda yer alan hususların aksi yönünde karar vermişse, uyuşmazlık konusunun niteliği çerçevesinde Yargıtay burada da, tespit raporuyla yetinilmesine değil, doğrudan yeni bir bilirkişi incelemesine başvurulması gereğine işaret etmektedir[585].

Yukarıdaki örnek ve açıklamalardan çıkan sonuç şudur: Uygulama, delil tespiti nedeniyle alınan bilirkişi raporlarına, özellikle bu raporun karşı tarafın yokluğunda alınmış olması hâlinde tali bir nitelik tanımaktadır. Buna göre, bilirkişi raporunun itiraza uğraması durumunda yeniden bir rapor alma zorunluluğu, aslında son derece basit ve anlaşılır bir gerekçeden, incelemenin karşı tarafın yokluğunda yapılıyor olması ve bu anlamda hukukî dinlenilme hakkının sağlanmamış olmasından kaynaklanmaktadır. İlk bakışta salt bu hâlin varlığının, raporda mevcut herhangi bir çelişkiden öte, onun objektifliğinin yeter derecede sağlanabilmesi bakımından yeni bir incelemeyi haklı ve yerinde gösterebileceğinden söz edilebilir. Ancak buna rağmen, yukarıda atıf verdiğimiz 1972 tarihli Hukuk Genel Kurulu kararında vurgulandığı gibi, bilirkişi raporu taşıması gereken özelliklere, tutarlılığa ve ikna ediciliğe sahipse, tek başına bu raporun gıyapta alınmış olması, itiraz hâlinde onun hükme esas alınmasına engel bir sebep meydana getirmemektedir[586]. Böyle bir durum şüphesiz yargılama süresinin kısalmasından, daha

---

zarar miktarını tesbit ettirmekten ibarettir. Mahkemenin eksik inceleme ile itiraza uğrayan tesbit bilirkişi raporuna göre karar vermesi usûl ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir". 4. HD, 7.12.1993, 12356/14195 (*KBİBB*)

[585] "*...Davacı vekili tarafından... yaptırılan tespitte alınan bilirkişi raporunda ise, davalının ürünlerine ait ambalajlarda, kendi ticaret unvanı ile markasını, haksız rekabet oluşturacak şekilde kullandığı bildirilmiş, bu rapora davalı vekili tarafından itiraz edilmiştir. Somut uyuşmazlıkta ise... davalının eylemlerini sürdürdüğü ve davacı markasıyla örtüşen ticaret unvanını, marka izlenimi yaratacak şekilde kullandığı ileri sürülerek, bu nedenle de tazminat talebinde bulunulduğuna göre, mahkemece davacının bu iddiası bilirkişi aracılığı ile incelenmeden eksik incelemeye dayalı olarak... hüküm kurulması doğru olmamış(tır)."* HGK, 9.3.2008, 11-262/260. Kararın tam metni için bkz. *Legal Fikrî ve Sınaî Haklar Dergisi, 2010/23, ss. 681 – 682.*

[586] Bkz. *"Mahkemece delil tespiti yoluyla davalının gıyabında yapılan incelemeye dayanılarak el atmanın önlenmesine karar verilmiştir. Davalı duruşmada delil tespitine itiraz ederek yeniden keşif yapılmasını istemiş olduğuna göre fennî bilirkişi eliyle davacı parseline ait çapın yeniden uygulanması gerekli iken bu yön gözönünde tutulmadan davanın kabul edilmesi yolsuzdur». Mahkeme kararında direnmiştir. HGK kararı: «Davalı, duruşma sırasında yaptığı açıklamada (delil tespitindeki) bilirkişinin ölçü işinde yanıldığını bildirerek mahallinde yeniden ölçü yapılmasını istemiştir… Delil tespiti dilekçesi, buna dair karar ve tespit tutanağı ile bilirkişi raporu davalıya 2.11.1966 gününde tebliğ olunduğu halde, davalı bu kâğıtlara karşı Usûlün 283 üncü maddesinde yazılı olduğu üzere raporun ... noksan ve müphem cihetleri hakkında fen ehlinden izahat alınması hususunda ve bir haftalık süre içinde bir itirazda bulunmadığı gibi, esas dava dilekçesine de cevap vermemiştir. Davalının bu tutumu, tespit raporunun geçersizliği ve hükme esas olmayacağı yönünden süreye bağlı olmaksızın ileri sürebileceği, itiraz imkânını ortadan kaldırmaz ise de, davalının duruşma sırasında tespitin doğru yapılmadığı, fen memurunun yanlış yaptığı, yeniden keşif yapılması icap ettiği şeklindeki beyanında, yanlışlığın nedenlerini açıklayıcı gerekçe bulunmamış ve*

az masraf yapılmasına kadar usûl ekonomisi açısından, olumlu bir takım yan sonuçları da beraberinde getirecektir.

1.5.2. Aynı vakıa meselesi hakkında bir başka davada bilirkişi incelemesine başvurulmuş olması

Bu noktada tarafları aynı olan veyahut farklı olmakla birlikte aynı vakıa meselesi nedeniyle açılmış ve hükme bağlanmış bir davada alınmış olan bilirkişi raporunun varlığı hâlinde, görülmekte olan davada hâkimin, o vakıa meselesi hakkında yeniden bilirkişi incelemesine başvurmaktan sarfınazar edip edemeyeceği sorusu gündeme gelmektedir. Burada özellikle Yargıtay'ın, davanın türü veya davayı gören mahkemenin inceleme yetkisinin kapsamı çerçevesinde birbirinden farklı içerikte kararlarının bulunduğunu görüyoruz.

Konu ilk olarak *rücu davası* çerçevesinde karşımıza çıkmaktadır. Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin bir rücuen tazminat davasının temyiz incelemesi neticesinde vermiş olduğu karara[587] konu olan ilk derece mahkemesi kararında, davalı taraf (işleten) yüzde yüz kusurlu bulunmuştur. Ne var ki, davacı tarafından daha önce sürücü aleyhine açılan davada alınan bilirkişi raporunda işletenin kusuru yüzde otuz olarak belirlenmiş, bu rapor karara esas alınmış ve söz konusu karar da kesinleşmiştir. Bununla birlikte, rücu davasında bilirkişi görüşü alınmamış olması karşısında, 11. Hukuk Dairesi, yeniden bilirkişi incelemesine başvurulması gerektiğini belirtmekle birlikte, ilk davada alınan raporun *güçlü delil* oluşturduğunu, bu nedenle, yeni bilirkişi incelemesinde, önceki raporda yer alan sonuçların da göz ardı edilmemesi gerektiğini dile getirmiştir.

Aktardığımız karar çerçevesinde olmak üzere konu, kanımızca birkaç yönden tartışılmalıdır: Bir kere, hâlihazırda bir bilirkişi raporu, Yargıtay kararında, kanunî bir karşılığı olmamakla birlikte, özellikle esas teşkil ettiği kararın kesinleşmesi karşısında *güçlü delil* olarak nitelendirilebiliyorsa, kanımızca bu raporun tutarlı, açıklayıcı ve ikna edici olduğunu kabul etmek gerektiğinden de bahsedilebilir. Bu niteliklere sahip bir rapor karşısında yeniden bilirkişi incelemesine başvurulması yönündeki bozma kararının usûl ekonomisi ilkesine aykırılık teşkil ettiği düşüncesindeyiz. Ancak bu

---

bu sözleri tetkike değer bir itiraz niteliğinde olmadığından şayanı iltifat bulunmamış bu itibarla da direnme kararının onanması gerekmiştir". HGK 19.1.1972, 1-139/123 (*KBİBB*).

[587] Bkz. 11. HD, 26.6.2006, 7482/7419 (*İBD, C. 81, 2007/1,* s. 286 vd.).

görüşümüz, her iki incelemenin konu ve kapsamının aynı olması (ile böyle bir gerekliliğe) ve şüphesiz o görüşü hükmüne dayanak alan mahkemenin kararının kesinleşmiş olması hâline münhasırdır. Nitekim Yargıtayın olmasa da, bilirkişilik – bakımından kural olarak aynı ilkelerin geçerli olduğu idari yargı bağlamında, Danıştayın bazı kararları bu bakış açımızı destekler niteliktedir[588].

Diğer taraftan kararda, *ilk davada kusur konusunda varılan sonuçlan da değerlendiren, tartışan* bir bilirkişi raporu alınmasından söz edilmektedir ki, burada sorgulanması, tartışılması istenen bir başka bilirkişi raporuysa, bu yaklaşım kanımızca bahsedilen nokta bakımından da tereddüt yaratmaya elverişlidir. Ancak bundan öte, Daire, kesinleşen bir kararda varılan sonuçların değerlendirilmesi ve tartışılmasını dile getirmektedir ki, bunun bizzat kendisi, Dairenin önüne geçmek istediğinin aksine bir çelişki yaratmaya imkân tanıyan bir husustur. Burada olması gereken ifade kanımızca sadece, artık kesin hüküm gücüne sahip ilk karardaki sonuçların *dikkate alınmasından* ibaret olmalıdır[589].

İlgi çekici diğer bazı hususlara ise, *kısmî davada* bilirkişi incelemesine başvurulmuş ve alınan görüşü davanın kabulü hakkında verilen karara esas alınmışsa, kalan bakiye miktar için söz konusu olan yargılamada yeni bir bilirkişi incelemesine başvurulup başvurulmayacağı noktasında rastlamaktayız[590].

---

[588] Nitekim benzer bir mesele Danıştay 6. Dairenin yakın tarihli bir kararına da konu olmuştur. Aynı konuya ilişkin olarak asliye hukuk mahkemesi tarafından başvurulan bilirkişi incelemesi sonucunda elde edilen raporu idare mahkemesi *güçlü delil* olarak kabul etmiş ve bilirkişi incelemesine başvurmamıştır: "*Asliye Hukuk Mahkemesi tarafından yaptırılan bilirkişi incelemesi sonucu düzenlenen… bilirkişi raporunda da söz konusu alanın kültür toprağı olduğu, kumluk, çakıllık, sazlık ve bataklık alanın bulunmadığı ve bu yerde tarım yapıldığının açıkça ortaya konulması karşısında kıyı kenar çizgisinin yeterli inceleme, araştırma yapılmadan tespit edildiği sonucuna varıldığı gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline karar verilmiş"* ancak 3621 sayılı Kıyı Kanununda ve Kıyı Kanununun Uygulanmasına Dair Yönetmelikte kıyı kenar çizgisinin nasıl tespit edileceğine ilişkin kurallara yer verildiğine işaret eden Danıştay Dairesi, *"(d)osyanın incelenmesinden, davacı tarafından dava konusu kıyı kenar çizgisinin Kıyı Kanunu ve İlgili Yönetmelikle öngörülen kurallara uyulmadan tespit edildiğinin ileri sürüldüğü, çözümü özel ve teknik bir bilgiyi gerektiren bu konuda, dava konusu işlemin hukuka uygunluğunun denetlenebilmesi için bilirkişi incelemesi yaptırılması gerektiği"* gerekçesiyle kararı bozmuştur. Bkz. Danıştay 6. Daire, 27.5.2005, 1314/3187 (*DD, 2006/111,* s. 205 vd.).

[589] Ancak bu noktada şu hususu ayrı düşünmek gerekir: İlk açılan ve karar verilen dava henüz derdestken, davalı tarafından bilirkişi incelemesine başvurulması talep edilmişse, rücu davasına sunulmuş bir rapor bulunmakla birlikte ortada, ne bilirkişi incelemesine başvuru hakkında usûl ekonomisi ilkesinden kaynaklanabilecek bir çekince, ne de ne güçlü bir delil söz konusudur. Tersine, burada özel ve teknik bilgiyi gerektiren bir hâlin varlığı karşısında, bilirkişi incelemesine başvuru hem davalı açısından ispat hakkının, hem de HMK m. 266'nın bir gereği olarak karşımıza çıkmaktadır. Kanaatimizce ispat hakkı bu açıdan salt bu karar özelinde değil, tüm başvuru açısından ayrıca sorgulanmalıdır.

[590] Ancak burada yer verdiğimiz hususların, Hukuk Muhakemeleri Kanununun düzenlemeleri çerçevesinde kısmî davada yapılan değişikliklerle birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir. Nitekim, HMK m. 109 hükmü uyarınca, kısmî dava açma imkânı, talep konusunun bölünebilir olmasına ve

İlk olarak, kısmî davada alınan bilirkişi raporunun, ikinci dava bakımından bağlayıcı olmaması ve yeniden bilirkişi incelemesine başvurulabilmesi, ilk davada gerçekleştirilen incelemenin kapsam ve içeriğine bağlıdır. Nitekim kısmî davada başvurulan bilirkişi incelemesinde, taraflar arasında uyuşmazlık bulunan alacak miktarının tamamı değil, fakat sadece kısmî dava vasıtasıyla talep edilen miktarla sınırlı bir inceleme gerçekleştirilmişse, talepte bulunulması hâlinde, ikinci davada, bu sefer uyuşmazlık konusu meselenin tümü bakımından yeni bir bilirkişi incelemesine başvurulabilecektir[591].

Ne var ki, ilk davada kapsam itibariyle uyuşmazlık konusu vakıanın tümü hakkında bir inceleme gerçekleştirilmişse; örneğin ortada bir zarar söz konusuysa ve zararın tümü tespit edilmiş veyahut alacağın tümü belirlenebilmiş durumdaysa, kanımızca meseleyi farklı düşünmek gerekmektedir. Nihayet, ilk davada alınan karar kesinleşmiş ve kesinleşme dâhilinde hükme esas alınan rapor bakımından da bir tartışma bulunmamaktaysa, yeniden bilirkişi incelemesine başvurmaya gerek bulunmadığını ifade etmemiz mümkündür. Yargıtay'ın vermiş olduğu bazı kararlar da bu yaklaşımımızı destekler niteliktedir[592].

---

miktarının taraflar arasında tartışmasız veya açıkça belirli olmaması koşuluna bağlanmıştır. Bu konudaki açıklamalar için özellikle bkz. Pekcanıtez, Atalay ve Özekes (2011), s. 317, 318 vd.; H. Pekcanıtez (2011). *Belirsiz alacak davası (m. 107).* Ankara: Yetkin, s. 68 vd.

[591] "*...Yerleşmiş Yargıtay uygulamasına göre, kısmi davada alınan bilirkişi raporu açılan ikinci davada kesin delil oluşturmaz (HGK 1.11.1974 gün ve 9/199-1132 sayılı kararı). İkinci davada davacının talep etmiş olduğu alacak miktarını kanıtlaması gerekir. Zira açılan ilk davada alacak miktarının o davada istenilen kadar olduğunun kanıtlanması yeterli olup fazlasının kanıtlanması gerekmemektedir..."* 3. HD, 21.9.2004, 7834/9564 (*KBİBB*). Ayrıca bkz. ve karş. HGK, 18.4.2007, 15-126/210 (*Legal Hukuk Dergisi,* 2008/66, s. 1989 vd.).

[592] "*...Özellikle, davalı tarafın kısmi davada verilen son kararı temyizinde bilirkişi raporuna yönelik temyiz itirazları, daha önce hükmüne uyulan bozma ilamları içeriğine göre kesinleştiği ifade edilerek reddedilmiş, karar onanmış; böylece kesinleşen kısmi davada hükme esas alınan rapor davalı yönünden kesinleşmiştir. Davacı ise raporlara itiraz etmemekle burada ortaya konan tazminat miktarı ile kendisini bağlamıştır. Taraflar açısından kesinleşen bu hususların yeniden inceleme konusu yapılması hukuken olanaklı değildir. Zira, kısmi davada alınan raporlar yargısal denetimler sırasında değerlendirilmiş; sonra açılacak davada halledilecek bir yön bırakılmadan raporlarla ilgili ayrıntılı değerlendirmelerle bozma nedenleri ortaya konulmuş; bozma ilamına uyularak ve gerekleri yerine getirilerek oluşturulan mahkeme kararı da bu kesinleşme olgusu da ifade edilerek onanmıştır. Kısmi davadaki raporlara davalı itiraz etmiş; bu itirazlarını temyiz ve karar düzeltme isteklerine de konu etmişse de bunlar Özel Dairece incelenerek sonuçta hükmüne uyulan ilamlar çerçevesinde ve alacağın tamamının miktarını da ortaya koyan ancak taleple bağlı kalarak verilen mahkemenin kabul kararı onanarak kesin hâlini almıştır. Kısmi dava için açıklanan şekilde oluşturulan mahkeme hükmü ve gerekçesi birlikte değerlendirildiğinde toplam alacak miktarının da ortaya konulduğu ancak taleple bağlı kalınarak karar verildiği belirgindir..."* HGK, 18.4.2007, 15-126/210 (*Legal Hukuk Dergisi,* 2008/66, s. 1989 vd.); "*...Taraflar arasında aynı nedenle açılan ilk dava olan ve Özel Dairece onanan mahkemenin 17.12.1997 günlü ve 1994/73-1997/916 sayılı kararında "uzman bilirkişiden alınan aktüel rapor ve ek raporda davacının 1.532.095.904 TL. gelir kaybına uğradığının bildirilmiş" olmasına böylece gerçek zarar miktarını saptayarak hüküm kurmuş bulunmasını gerekçe göstererek önceki kararında direnmiştir... Tarafların*

Nihayet *ceza davasında bilirkişi incelemesine başvurulmuş olması* hâlinde de, Yargıtay, bilirkişiden kusur konusunda bir rapor ile karar verilip, karar kesinleşse dahi, bu raporun hukuk hâkimini kusur yönünden bağlamayacağını belirtmekte ve bu görüş Hukuk Genel Kurulunca da benimsenmektedir[593].

Öte yandan ifade etmek gerekir ki, bir davada alınan bilirkişi raporu, uygulamada, kimi hâllerde daha sonra görülen davada alınan bilirkişi raporunu hükümden düşürmeye elverişli değilse de, iki rapor arasında açık bir takım çelişkiler varsa, bu durum, mahkemeyi söz konusu *çelişkiyi giderme amaçlı* yeni bir bilirkişi incelemesine başvurmaya yönlendirebilmektedir[594].

Son olarak, Yargıtayın bazı meselelerde, bilirkişi incelemesinin kapsam ve içeriği kadar, bilirkişi incelemesine *hangi mahkeme* tarafından başvurulduğunu da dikkate aldığını görüyoruz. Nitekim Yargıtay kararına konu olan bir davada asliye hukuk mahkemesi, hükmünü aynı vakıa ile ilgili olarak daha önce icra mahkemesi tarafından yaptırılmış olan ve mahkemeye sunulan imza incelemesine dayandırmıştır. Yargıtay ise, icra mahkemesinin yetkisinin sınırlı olduğu ve verilen kararın kesin hüküm teşkil etmediği gerekçesiyle, söz konusu imza incelemesinin asliye mahkemesini bağlamadığına kanaat getirmiş ve kararı bozmuştur[595].

---

karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, mahkeme kararında açıklanan gerektirici nedenlere ve özellikle delillerin değerlendirilmesinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre, usûl ve yasaya uygun bulunan direnme kararının onanması gerekir..." Bkz. HGK, 23.2.2000, 11-95/135 (*İBD,* 2000/3, C. 74, s. 856 vd.). "*...dava konusu alacak kesinleşen kısmi dava dosyasındaki bilirkişi raporu ile belirlenmiş ve alacak likit olduğundan davacı lehine icra-inkar tazminatına da hükmedilmelidir..."* 9. HD, 24.9.2001, 15124/14417 (*KBİBB*).

[593] Örneğin bkz. HGK, 4.2.2009, 4-823/50 *(YKD, 2009/35- 7, ss. 1236 vd.).* Ayrıca bkz. söz konusu kararda zikredilen HGK, 12.5.2004, 4-290/289; HGK, 14.12.2005, 10-680/733; 4. HD, 13.3.1980, 1279/3256; 4. HD, 4.4.1983, 2980/3596; 4. HD, 20.11.2000, 7530/10263; 4. HD, 3.4.2002, 12922/4096; 17. HD, 4.7.2005, 8185/7316; 17. HD, 16.10.2006, 4396/7881.

[594] Örneğin: "*davacı-karşı davalı adına tescilli çoklu tasarımların özgün olup olmadığı konusunda mahkemece, içinde tasarım uzmanı olup olmadığı tutanaklardan anlaşılamayan bilirkişi kurulundan rapor alınarak hükme dayanak yapılmış... Ancak, davacı-karşı davalı vekilince, yargılama aşamasında dosyaya sunulan, başka bir dava dosyası ile ilgili fakat, davacının aynı tasarımına ilişkin olduğu anlaşılan başka bir bilirkişi kurulu ise...* (farklı tespitlere yer vermiş olmasına rağmen – B.T.*) mahkemece, hükme dayanak yapılan bilirkişi raporu dosya içerisine alınan ve aynı konuya ilişkin iki rapor arasındaki çelişkiyi giderir yeni bir rapor alınmadığı gibi, esasen davacı-karşı davacı vekilince hükme dayanak yapılan bilirkişi raporuna karşı itirazları da karşılanmamıştır."* HGK, 12.3.2008, 11-234/244 (*İBD, C. 83, 2009/4,* s. 2064 vd.).

[595] "*...Sınırlı yetkili İcra Tetkik Mercii Hâkimliğince alınan bilirkişi raporuyla yetinilerek "davanın reddi" cihetine gidilmiş bulunmaktadır. Sınırlı yetkili, İcra Tetkik Mercii Hâkimliği'nce, imzaya itiraz üzerine verilen kararlar kesin hüküm niteliğinde olmadığı gibi, mercide alınan raporların mahkemeyi bağlayıcı niteliği de yoktur. O halde mahkemece, davalının imza inkarı ile ilgili talebi konusunda HUMK'nun 308. ve 309. maddeleri* (m. 211) *gereğince işlem yapılarak yeniden bilirkişi raporu alınması gerekirken..."* 11. HD, 26.10.2007, 5874/13445 (*Prof. Dr. Bâki Kuru Arşivi).*

Ne var ki, bu yaklaşım istikrar teşkil etmemektedir. Nitekim Yargıtay 10. Ceza Dairesinin, icra mahkemesinin kararının kesin hüküm teşkil etmeyeceğine işaret etmekle birlikte, icra mahkemesi tarafından yaptırılmış olan imza incelemesinin, icra mahkemesinin kararının kanun yolu denetiminden geçerek kesinleşmiş olmasından dolayı, ceza mahkemesini bağlayacağı sonucuna varılmaktadır[596]. Kanımızca da, burarada ilgili Hukuk Dairesinin sonucunun değil, fakat Ceza Dairesi tarafından varılan ikinci sonucun kabul edilmesi gerekmektedir. Zira, icra mahkemesi kararının kesin hüküm teşkil etmemesinin sebebi, mahkemenin *sınırlı* bir inceleme sonucunda karar vermekte oluşudur. Buna karşılık söz konusu inceleme sınırlı olsa dahi, bu, bilirkişi incelemesinin de "sınırlı" bir şekilde yapıldığı anlamına gelmemektedir. Burada bilirkişinin gerçekleştirdiği imza incelemesi, esasen genel mahkeme nezdinde gerçekleşenden farklı bir içerikte değildir[597]. Bu itibarla, söz konusu rapora, aynı mesele bakımından itibar edilmesinde hukuken bir yanlışlık da bulunmamaktadır.

1.5.3. Bozma kararından sonra bilirkişi incelemesine başvurunun elverişliliği

Yargıtay'ın verdiği bozma kararından sonra, ilk derece mahkemesi bu karara uymuşsa, uyma kararıyla bozma kararı lehine olan taraf yönünde usûlî kazanılmış hakkın doğduğu kabul edilmektedir[598]. Bu yaklaşım doğrultusunda Yargıtay, bozma kararından sonra yeniden bilirkişi incelemesi yapılabilmesinin, ancak söz konusu kararın sınırları çerçevesinde ve bozma kararı içeriğinde gösterilen hususlar dâhilinde mümkün olduğunu kabul etmektedir[599]. Nitekim ilk derece mahkemesinin uyma

---

[596] Örneğin bkz. 10. CD, 7.3.2000, 17845/3279 (*YKD,* 2002/4, s. 655 vd.).

[597] Nitekim ayrıca bkz. Ö. Yazar (2011). *İcra ve iflâs hukukunda imzaya itiraz.* Ankara: Yetkin, s. X; T. Ö. Kiraz (200X). *İcra ve iflâs hukukunda itirazın kesin kaldırılması.* İstanbul: XXX, s.

[598] Bkz. İBK, 9.5.1960, 21/9. Bu içtiadı birleştirme kararını takiben mesele hakkında genel olarak bkz. B. Kuru (2006). Usûlî müktesep hak. *Makaleler.* İstanbul: Arıkan, ss. 329 – 341, s. 330; Kuru (2001), C. V, s. 4739; Y. Karayalçın (2006). *Adlî yargıda usûlî müktesep hak.* Prof. Dr. Tuğrul Ansay'a armağan. Ankara: Turhan, ss. 143 – 169, s. 152; Üstündağ (2000), s. 885; Pekcanıtez, Atalay ve Özekes (2011), s. 623; Akkaya (2009), s. 229 vd.

[599] Örneğin, "*...Kazanılmış hak kuralının ihlâl edilmemesi için mahkemece bozma gereğinin tam olarak yerine getirilmesi zorunludur. Somut olayda mahkeme tarafından bozma ilamına uyulduğu halde, yeniden oluşturulacak bilirkişi kurulundan yapılacak keşif sonucu rapor ve gerekirse ek rapor alınmaksızın, daha önce rapor veren bilirkişilerden ek rapor alınarak karar oluşturulması doğru olmamış, kararın bozulması gerekmiştir".* 15. HD, 6.10.2008, 3572/5773 (*İBD, 2010/1,* s. 571); "*...mahkemece... uyulan bozma ilamı doğrultusunda, bilirkişiden tüm alacak kalemlerine... takip öncesi ve sonrası 3095 Sayılı Kanun ile belirlenen faiz oranları uygulanarak hesaplama yapılmasının istenmesi ve alınacak ek rapora göre karar verilmesi gerekirken, 3095 Sayılı Kanun ile belirlenen faiz*

kararından sonra, uyma çerçevesinde gerekli olmadığı hâlde bilirkişi incelemesine yeniden başvurması ve hükmünü buna göre vermesi, kararın bir kez daha bozulması sonucunu doğurabilmektedir[600].

Yargıtay'ın bu yaklaşımı kanımızca usûlî müktesep hakkın anlaşılış biçimi biçimi itibariyle tutarlıdır. Ancak burada meseleyi, yine Yargıtay kararlarında taraflardan birinin bilirkişi raporuna itiraz etmemiş olması hâlinde bilirkişi incelemesinin rapor lehine olan taraf için usûlî müktesep hak doğuracağı yönünde tezahür eden yaklaşımından ayırmak gerekir. Zira bu ikincisinde, bir rapor itiraz etmemiş olmak, ne bu raporun güvenilirliği, ne de ispat değeri bakımından bir anlam taşır. Önemi nedeniyle, meselenin bu (diğer) yönünü, ayrı bir başlık altında değerlendirmeye çalışacağız[601].

1.6. Bilirkişi İncelemesine Başvurulmasında Tarafların Rolü

1.6.1. Tarafların vakıa iddialarını somutlaştırmaları ve delil ikamesi bakımından üzerlerine düşeni yapmış olmaları

Kullandığımız başlıkta biraz uzunca dile getirmek zorunda kaldığımız bu iki meselenin, ayrı bir öneme sahip olduğu kanısındayız. Gerçekten de, Hukuk Muhakemeleri Kanunu, 194. maddesinde iddia ve somutlaştırma yüküne ve bu yük bağlamında sunulacak delillere ilişkin son derece önemli bir düzenlemeyi içermektedir. Buna göre, taraflar dayandıkları vakıaları ispata elverişli şekilde somutlaştırmak; diğer yandan dayandıkları delilleri ve hangi delilin hangi vakıa için sunulduğunu göstermek yükü altındadırlar (bkz. m. 194)[602]:

---

oranlarından başka faiz oranlarına göre hesaplama yapan bilirkişinin raporuna itibar edilerek sonuca gidilmesi isabetsizdir." 12. HD, 6.6.2011, 30057/11787 (*LegalBank*); Ayrıca bkz. 3. HD, 21.9.2004, 7834/9564 (*KBİBB*); 3. HD, 25.10.2005, 11816/10788; 21. HD, 3.10.2005, 9757/8716 (*LegalBank*).

[600] Örneğin, *"...Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 11.06.2003 gün ve 2021-7553 sayılı ilamına uyulmakla davacı yararına usûlî kazanılmış hak gerçekleşmiş olması karşısında bilirkişi raporunda kusurun olmadığının belirlenmesinin somut olay açısından sonuca etkili bulunmamasına göre, mahkemece Borçlar Kanunu 43 ve 44.maddeleri de göz önüne alınarak yeniden bilirkişi incelemesi yapılmaksızın tazminat miktarının belirlenmesi ve gerekirse tazminatın kaldırılabileceği yönünde hüküm kurulması gerekirken, önceki kararda direnilmesi usûl ve yasaya aykırıdır…"* HGK, 1.7.2009, 4-258/310 (*LegalBank*).

[601] Bkz. aşa. *Üçüncü Bölüm, 2.4.1.4.*

[602] Aslında bu mesele, bir kez daha, ispat faaliyetinde hâkim ve tarafların karşılıklı rol ve ödevlerinden bağımsız bir konu değildir. Bu vesileyle ifade etmek gerekir ki, hâkim kural olarak (taraflarca hazırlama

İlk mesele bakımından iddia ve somutlaştırma yükü[603] bağlamında, vakıaların somutlaştırılması, tüm ispat araçları bakımından olduğu gibi, bilirkişi incelemesi bakımından da aynı şekilde varlığı aranan bir hususdur[604]. Nitekim somutlaştırılmamış, sınırları belirsiz basit bir vakıa iddiasında bulunulması, bilirkişi incelemesine başvurmak konusunda yeterli değildir. İsviçre Federal Mahkemesinin henüz 1940'lı yıllarda vermiş olduğu bir kararda bu durum açık bir şekilde ifade edilmektedir[605].

Delil ikamesi faaliyetine tarafların katkıda bulunması bağlamında ise, taraflarca hazırlama ilkesi gereğince dava malzemesinin kural olarak taraflarca mahkemeye getirilmesi gerekmektedir. Ancak kendiliğinden araştırma ilkesinin uygulandığı davalarda, her ne kadar ispat ve delil ikame yükü varlığını korumaya devam etse de hâkimin, ileri sürülen ispat araçlarıyla bağlı olmaksızın gerekli her türlü yönteme

---

ilkesine tâbi olan davalarda) zaten, sadece usûlüne uygun şekilde ileri sürülen veya dosya kapsamında yer alan vakıalarla bağlıdır: *Da mihi facta, dabo tibi jus.* Ayrıca bkz. yuk. *Birinci Bölüm, 2 vd.*

[603] Bu usûlî yük, ispat faaliyetinin tam olarak gerçekleştirilebilmesi, uyuşmazlığın mahkeme tarafından doğru şekilde tespit edilerek yargılamanın yapılabilmesi, ileri sürülen vakıalar bakımından diğer tarafın kendisini savunabilmesi için, vakıa iddiasında bulunan tarafın, bu iddiasını açık ve somut olarak ortaya konulması gereğini ifade etmektedir. HMK m. 194 hakkındaki hükümet gerekçesi için bkz. Budak (2011), s. 224. Kavram hakkındaki açıklamalar için bkz. Atalay (2001), s. 24 vd.; Umar ve Yılmaz (1981), s. 17; Pekcanıtez, Atalay ve Özekes (2011), s. 439 vd.; Hohl (2001), s. 147. Ayrıca bkz. Meseleyi vakıaların eksiksiz şekilde getirilmesi bağlamında ele alan Erdönmez (2010), s. 57 – 59. Karş. T. Muşul (2012). *Medenî usûl hukuku.* Ankara: Adalet, s. 326 vd. Yazarın, konuya ilişkin HMK m. 194 hükmünü zikretmekle birlikte, meseleyi ileri sürülen vakıaların değil, *delillerin somutlaştırılması* başlığı altında değerlendirdiğini görüyoruz. Kanımızca yazarın bu yaklaşımı, Kanunun ifadesiyle tam olarak örtüşmemektedir.

[604] Nitekim bir vakıa ancak somutlaştırıldıktan sonra karşı taraf ve mahkeme tarafından algılanarak hakkında bir tartışmanın yapılması söz konusu olabilir (Pekcanıtez, Atalay ve Özekes (2011), s. 440). İsviçre hukuku bakımından bilirkişilik özelinde ayrıca bkz. Bettex (2006), s. 73 vd.; Bovey (2011), s. 97. Bu anlamda bilirkişi incelemesine başvuru koşulları bakımından bu meseleye Kanunda açıkça işaret edilmemiş olması, bahsedilen 194. maddenin varlığı nedeniyle kanımızca herhangi bir eksiklik meydana getirmemektedir.

[605] Buna göre, bilirkişi incelemesine başvurulmasını isteyen tarafça ortaya konulan, net bir vakıa iddiası değil de basit bir varsayımdan ibaretken, sadece bu vakıayı belirlemeye imkân sağlayacağını umarak bilirkişi incelemesine başvurulmasını Federal Mahkeme uygun görmemektedir. ATF 68 II 136, *JdT* 1942 I 595 (Zikreden Bettex (2006), s. 73). Öte yandan somutlaştırılmaması bir tarafa, iddia edilmemiş bir vakıa hakkında da bilirkişi incelemesine gidilmesi evleviyetle mümkün değildir (bkz. Bettex (2006), s. 73). Nihayet, İsviçre Federal Medenî Usûl Kanununun yürürlüğe girmesiyle artık ortadan kalkmış olsa da, bazı Kanton hukuklarının meseleye yaklaşımlarının da ayrıca aktarmaya değerdir. Örneğin Vaud Kantonu Medenî Usûl Kanununun 220. maddesi, açıkça, bilirkişi incelemesinin yalnızca, vakıa iddiasında bulunulmasının somut, belirli bir şekilde gerçekleştirilmesi hâlinde mümkün olacağını belirtmektedir. Diğer taraftan bahsedilen bu gereklilik Cenevre hukuku bakımından da kabul edilmektedir (bkz. LPC/GE, art. 255. Ayrıca Bettex (2006), s. 74 ve oradan yapılan atıfla Bertossa, Gaillard, Guyet ve Schmid, n. 4, art. 255). Burada bilirkişi incelemesinin elverişliliği bakımından somutlaştırma yükünün, davanın açılmasına sebebiyet veren vakıayı konu edindiği kadar, bir ispat aracının kendisine yönelik bir vakıa iddiasıyla da ilgili olabileceğini de belirtmek gerekir. Bu bağlamda bir tarafça mahkemeye ibraz edilmiş bulunan senedin sahteliği ileri sürülmüşse, aynı şekilde sahtelik konusundaki vakıa iddiası da somutlaştırılmalıdır (Bettex (2006), s. 74).

başvurması kaçınılmazdır[606]. Nitekim her koşulda bilirkişi incelemesi, keşif icrası ile birlikte re'sen başvurulabilecek bir ispat aracı olmaya devam etmektedir (bkz. m. 266 ve 288). O hâlde, en azından ilk bakışta, hâkimin özel ve teknik bilgi ile karşı karşıya geldiğini düşündüğü her konuda bilirkişi incelemesine karar verebileceğini söylemek mümkün gözükebilir.

Ne var ki, delil ikame yükünü taşımasına rağmen, ilgili tarafın bu konuda üstüne düşeni yapmaması ve elindeki ispat araçlarını sunmaması veyahut elinde olmasa (yedinde bulunmasa) dahi bunlara işaret etmemesi hâlinde, varılması gereken sonuç, kanımızca, iddia yükünün gereğini yerine getirilmemesi bakımından olduğu gibidir. Bu itibarla, somut vakıa iddiası bağlamında, herhangi bir malzeme davaya ithal edilmemiş, bir delil ikame edilmemiş yahut buna işaret edilmemişken, hâkimin re'sen bilirkişi incelemesine başvurmaktan kaçınması, bilirkişi incelemesine başvuru sadece bir tarafça talep edilmişse, bu yöndeki talebi geri çevirmesi gerekmektedir[607].

Nitekim, bu konuya ilişkin olarak Fransız hukukuna baktığımızda, meseleye özel bir önem atfedildiğini görmekteyiz. Gerçekten de, Fransız Medenî Usûl Kanununun 146. maddesi, tahkikat inceleme yöntemine (bu anlamda bilirkişi incelemesine) bir tarafın delil ikamesi faaliyetindeki eksikliğini örtmek amacıyla başvurulamayacağını açıkça düzenlemektedir (bkz. Art. 146, C. pr. civ.). Fransız hukukunda, bu maddenin temel felsefesinin ispat yüküne (ve delil ikame yüküne) ilişkin FMUK m. 9 hükmünden kaynaklandığı dile getirilmektedir[608]. Buna göre ispat ve delil ikame yükünü üzerinde taşıyan taraf, bilirkişi incelemesine başvurulmasını, yalnızca hâkimiyetindeki tüm ispat araçlarını mahkemeye sunması veya elinde olmayanları göstermesi, bunlara işaret etmesi koşuluyla talep edebilir[609]. Bu yaklaşımın, yukarıda aktarmaya çalıştığımız hususlar dâhilinde, Türk hukuku bakımından da anlamlı olduğu kanısındayız.

---

[606] Bu konuda ayrıca bkz. Atalay (2001), s. 22.

[607] Fransız hukuku bakımından bkz. Vigneau (2008 *2.2*), n° 221.26, s. 72; Redon (2011), n° 50, s. 11. Karş. Yıldırım (2004), s. 837. Yazara göre, bir tarafın delil ikamesi söz konusu değilken hâkimin re'sen bilirkişiye başvurabilmesi taraflarca hazırlama ilkesine bir istisna teşkil etmektedir. Bu görüşün ifade ettiğimiz hususlar çerçevesinde kabul edilmesi gerekmektedir.

[608] Vigneau (2008 *2.2*), n° 221.26, s. 72.

[609] Vigneau (2008 *2.2*), n° 221.26, s. 72; Redon (2011), n° 50, s. 11. Buna karşılık mesele, esas hakkındaki yargılamadan önce, bir delil tespiti çerçevesinde başvurulan bilirkişi incelemesi bakımından farklılık arz etmektedir. Nitekim Fransız hukukunda meseleyi düzenleyen C. pr. civ, art. 146 hükmünün sadece esas hakkındaki yargılama bakımından söz konusu olduğuna işaret edilmektedir (Cass. Civ., 2e, 10.7.2008, n° 07-15.369, zikreden Redon (2011), n° 348, s. 47).

1.6.2. Bilirkişi incelemesine başvurunun ispat hakkı kapsamında değerlendirilmesi

Burada yanıt aramak istediğimiz soru, tarafların ispat hakkı bağlamında, bir bilirkişi incelemesine başvurulması yönünde bir hakka sahip olup olmadıklarıdır. Bu sorunun yanıtını verebilmek, ispat hakkı kavramının kendisi üzerinde kısa da olsa durmamızı gerektirmektedir[610].

İspat faaliyeti konusunda tarafların sahip olduğu ve taşıdığı hak, yetki, yük ve ödevler, Hukuk Muhakemeleri Kanununun yürürlüğe girmesiyle 1086 sayılı Kanuna göre daha belirgin hâle gelmiş durumdadır. Gerçekten de, hukukî dinlenilme hakkının bir unsuru olarak (bkz. m. 27, II, (b)) tarafların, Kanunda belirtilen usûl ve süreye uymak kaydıyla ispat hakkına sahip olduklarının (m. 189, I) açıkça zikredilmekte oluşu buna iyi bir örnek teşkil etmektedir. Nitekim ispat hakkı[611] kavramı Türk öğretisinde ele alınmakla birlikte, bu kavram, yakın tarihlere kadar birkaç çalışmayla sınırlı düzeyde kalmıştır[612]. İspat hakkının ne olduğu ve kapsamı özellikle iki noktada somutlaşmaktadır. Bunlardan ilki, delillere ulaşma (dar anlamda ispat hakkı), ikincisi ise, delillerin ibrazı bakımındandır[613]. Bu çerçevede ispat hakkını, meşru ve uygun

---

[610] Esasen serbest delil sisteminin sonuçlarından bir tanesi, tarafların başvurabileceği ve bu anlamda hâkim tarafından başvurulmasını isteyebilecekleri ispat araç ve yöntemleri bakımından kural olarak bir sınırlandırmanın bulunmamasıdır. Nitekim hâkim, bir ispat vasıtasını kabul etmediği takdirde, bunun gerekçesini göstermek zorundadır. Ayrıca bkz. Burnand (2004), n° 16, s. 99.

[611] Genel olarak bkz. ve karş. G. Goubeaux (1981). Le droit à la preuve. *La preuve en droit, (éd.: Ch. Perelman ve P. Foriers)*. Bruxelles: Bruylant, ss. 277 – 301, s. 278 vd.; Rousselle (1981), s. 37 vd., özellikle s. 40; Bettex (2006), s. 36; Bergeaud (2007), ss. 30 – 32, n° 24; D. Mougenot (2002). *Droit des obligations. La preuve.* Bruxelles: Larcier, s. 100, n° 31. Ayrıca bkz. ve karş. Özekes (2003), s. 125.

[612] Bu konuda bkz. Türk hukukunda istisnaî olarak konuyu doçentlik tezinde, açıklama hakkı çerçevesinde geniş bir şekilde ele alan Özekes (2004), s. 123 vd. Ayrıca bkz. ve karş. doktora tezinde konuyu değerlendiren Yıldırım (1990), s. 99 vd. Genel eserler arasında ise bkz. Alangoya, Yıldırım, Deren-Yıldırım (2009), s. 300. Ayrıca ispat hakkının sınırlarından biri olarak hukuka aykırı deliller açısından Pekcanıtez, Atalay ve Özekes (2010), s. 444.

[613] Delillerin ibrazından başlayacak olursak bir delil, sadece hâkimde kanaat uyandırmak amacıyla kullanılabildiği takdirde bir anlam taşımaktadır Bkz. Goubeaux (1981), s. 293; Özekes (2003), s. 125; Bergeaud (2007), s. 233, n° 235 vd.; Desprès (2004), s. 126, n° 182; P.-M. Rousselle (1981). *Le droit à la preuve. Étude de droit fédéral et de procédure vaudoise.* Lausanne: Imprimerie Vaudoise, s. 27 vd., s. 46 – 48. Buna karşılık ispat hakkı bağlamında bir delile ulaşmak ise, esas itibariyle tarafların söz konusu delillere sahip olmadıkları, ellerinde bulundurmadıkları durumlarda önem arz etmektedir. Burada ilkinden farklı olarak bir delilin sunulması yahut dikkate alınması değil, fakat elde edilmesi hususunda hâkimden gereğini yapması talep edilmektedir. Bkz. Goubeaux (1981), s. 281 vd.; Bergeaud (2007), s. 239, n° 241 vd.; Desprès (2004), s. 127, n° 181.

niteliğe sahip bir delilin elde edilmesine yönelik talebin (bir ispat talebinin) veya delil takdiminin hâkim tarafından kabulünü talep yetkisi olarak ifade etmek mümkündür[614].

Bu yapı içerisinde ispat hakkı kavramını, *bilirkişi incelemesine başvuru* çerçevesinde değerlendirmeye çalıştığımızda[615], tarafların bir bilirkişi incelemesinden yararlanma konusunda bir hakka sahip olup olmadıkları noktasındaki temel yaklaşım, bilirkişi incelemesine başvurunun elverişliliğinin, hâkimin takdir yetkisinde olduğu; bu nedenle, hâkimin vakıanın aydınlatılması bakımından yeterli dava malzemesine sahip bulunduğu kanısında olduğu ve ret kararını da gerekçelendirebildiği sürece, tarafların bu tür bir hakka sahip olmadıkları yönündedir[616].

Ancak burada ifade etmek gerekir ki, kanun koyucu bazı durumlarda bilirkişi incelemesine başvuruyu zorunlu kılabilmektedir[617]. İspat hakkı bakımından bu mesele, doğrudan doğruya, tarafların uyuşmazlık konusu vakıa hakkında kendilerinin bir ayrıca bir ispat aracını ibraz etme imkânlarının bulunmaması, uyuşmazlığın çözümü bakımından başvurulacak yegâne ispat vasıtasının hâkimin kararıyla elde edilecek olmasında kendisini göstermektedir.

Nitekim Fransız hukukunda meselenin bu yönüne dikkat çekilmektedir. Bu hukuk sisteminde ispat hakkı bağlamında üzerinde en çok tartışılan konu nesep davalarına ilişkin bilirkişi incelemeleri hakkındadır. Bu tip davalarda biyolojik bilirkişi incelemesinin açıkça bir hak olduğu kabul edilmektedir[618]. Öyleki, taraflarca bilirkişi incelemesine başvurulması talep edildiği takdirde bu talep reddedilememektedir[619].

---

[614] Elbette bu husus, bizatihi delili sunmaktan bu sunumun dikkate alınmasına kadar olan bir süreç dâhilinde değerlendirilmelidir. Genel olarak bkz. Bergeaud (2007), s. 346, n° 342. Aynı şekilde Goubeaux (1981), s. 280. İspat hakkının sübjektif hak karakteri ve ayırt edici özellikleri konusunda Bergeaud (2007), s. 47 vd. Alangoya, Yıldırım ve Deren-Yıldırım, ispat hakkını daha çok delillerin serbestçe değerlendirilmesi ile ilişkilendirme eğilimindedir (bkz. Alangoya, Yıldırım ve Deren-Yıldırım (2009), s. 300) Nitekim bunun öncesinde aynı yaklaşım Yıldırım'ın doktora çalışmasında da göze çarpmaktadır (bkz. Yıldırım (1990), s. 100 vd. Bu konuda ayrıca bkz. Rousselle (1981), s. 84 vd.).

[615] Öte yandan mesele, bilirkişi incelemesi sırasında karşı tarafın elinde bulunan belgelerin ve incelenecek diğer hususların elde edilmesi bakımından da tartışılmalıdır. Nitekim bu konuda bkz. aşa. *Üçüncü Bölüm, 1.3.1.*

[616] Fransız hukuku bakımından bkz. Vigneau (2008 *2.2.*), n° 221.24, s. 71; Leclerc (2005), n° 363, s. 279, n° 375, s. 285 vd.

[617] Hatta, bazı durumlarda uygulamada belli bazı hususların özel ve teknik bilgi kapsamında olduğu bu itibarla bilirkişi incelemesine başvurunun zorunluluğu, özellikle yüksek mahkemelerin denetimi sırasında işaret edilen bir durum olarak öne çıkmaktadır. Bu mesele hâkimin takdir yetkisinin sınırlandırılması çerçevesinde ayrıca ele almakta olduğumuz bir başlık oluşturmaktadır. bkz. aşa. *İkinci Bölüm, 1.8.*

[618] Genel olarak bkz. Vigneau (2008 *2.2.*), n° 221.25, s. 72; Vial (2008), n° 23 vd., n°125, 126 vd.; Bergeaud (2010), n° 393, s. 339 vd.; Moury (2009), n° 11.

[619] Bu açıdan talebin ilk derece mahkemesinde yapılması veya ilk derece mahkemesinde bilirkişi incelemesine başvurulması talep edilmemişse, istinaf mahkemesine yapılması arasında bir fark bulunmamaktadır. Vigneau (2008 *2.2.*), n° 221.25, s. 72.

Bununla birlikte Fransız ve İsviçre hukuklarında bu konuda dikkat çekilen bazı hususlar da önem taşımaktadır. Nitekim Fransız hukuku meseleyi ispat hakkı çerçevesinde tanısa da, bu durum, hâkimin başvurulacak yöntemin yerindeliğini ve elverişliliğini değerlendirme imkânını ortadan kaldırmamaktadır[620]. Öte yandan, İsviçre Federal Mahkemesinin vermiş olduğu ilgi çekici bir kararda, şayet davalının anne ile arasında bahsedilen süreçte herhangi bir ilişkinin meydana geldiğini düşündürecek bir emare bulunmuyorsa, bilirkişi incelemesinin reddi gerektiğine işaret edildiğini görüyoruz[621].

Nihayetinde genetik bir incelemenin gerçekleştirilmesi, her durumda bir hak teşkil etmemektedir. Burada kabul edilen husus, vakıa iddiasında bulunanın "başka" bir ispat aracını sunma imkânından yoksun bulunmasıdır. Nitekim, evlatlık ilişkisinin varlığının ispatı her türlü vasıtayla mümkün olduğundan, bu yönde bir hak da söz konusu olmamaktadır[622].

Yine, bir başka örnek olarak, İsviçre hukukunda, açıkça ispat hakkı ile ilişkisi zikredilmemekle birlikte, ücret eşitsizliğine ilişkin davalarda bilirkişi incelemesine başvurulması talebinin reddinin, hukukî dinlenilme hakkının ihlâli anlamına geldiği de dile getirilmektedir[623].

Diğer yandan, bilirkişi incelemesi talebinde bulunan tarafın, henüz bu talep kabul edilerek bilirkişi tayin edilmeden önce, talebini geri alması mümkündür. Buna karşılık tarafların bilirkişi incelemesine başvurulmayacağı yönünde olumsuz bir delil anlaşmasında bulunmaları mümkün olabilir mi? Delil sözleşmesini ele alan Hukuk Muhakemeleri Kanununun 193. madde hükmü, tarafların ispat araçlarını sadece belli bir takım delillerle sınırlandırabileceklerine imkan tanımaktadır. Ancak aynı maddenin ikinci fıkrasında dile getirildiği gibi, bu hakkın ispat hakkının kullanılmasına halel getirmemesi gerekmektedir. Nitekim böyle bir sınırlandırmanın taraflardan birinin ispat hakkına olumsuz etkisinin yanı sıra, bilirkişi incelemesinin hâkim tarafından re'sen başvurulan bir ispat aracı olması karşısında, bu başvuru imkanının bir münhasır delil

[620] Nitekim bkz. Bergeaud (2010), n° 395, 342 vd.
[621] ATF 112 Ia 248, *JT* 1988 I 41. Bohnet (2005), s. 426, n° 7.
[622] Vigneau (2008 *2.2.*), n° 221.25, s. 72.
[623] ATF 117 Ia 262, *JdT* 1993 I 98. Ayrıca bkz. Aubry-Girardin (2005), s. 1070; Bohnet (2005), s. 425, n° 1. Bunun yanı sıra diğer bazı konularda da, örneğin transseksüelliğe ilişkin olarak, bu durumun ancak bir bilirkişi incelemesi vasıtasıyla tespit edilebildiği ispat hakkı çerçevesinde dile getirilmiştir (Cass. Ass. plén. 11.12.1992, n° 91-12.373 (Zikreden)).

sözleşmesiyle başka bir ispat aracının belirlenmesi suretiyle ortadan kaldırılamayacağı görüşündeyiz[624].

Buna karşılık talepte bulunan taraf, bilirkişi incelemesine ilişkin gider ve masrafları yatırmadığı sürece, hâkim incelemeye başvurmaktan sarfınazar edebilir. Ancak bu durum dahi, hâkimin bilirkişi incelemesine re'sen başvurma imkanını ve bu doğrultuda tarafların buna ilişkin gider ve masraflarla karşılaşma ihtimalini ortadan kaldırmamaktadır[625].

Vermiş olduğumuz örnekler bakımından kanımızca dikkat çekici olan şey, ispat hakkının kapsamında yer alan bu hususların, aslında salt özel ve teknik bilgiyi gerektiriyor olması bakımından bir bilirkişi incelemesini de zorunlu kılıyor olmasıdır. Ne var ki bu durum, uygulamada, bilirkişi incelemesinin gerekliliğine işaret eden tüm hususların ispat hakkı bağlamında değerlendirilebileceği biçiminde bir sonuca varmayı da, kanımızca gerektirmemektedir. Ne olursa olsun, hâkimin bu takdir yetkisi, bir keyfilik anlamına gelmemektedir. Bu nedenle tarafların bilirkişi incelemesine başvurulması yönündeki talepleri, ister kabul ister reddedilsin, hâkim bu kararın gerekçesini göstermekle yükümlüdür[626].

Son olarak, esas hakkındaki yargılama dışında bilirkişi incelemesinin ispat hakkıyla olan ilişkisinin, delil tespiti çerçevesinde başvurulan bilirkişi incelemeleri bakımından da ayrı bir özellik teşkil ettiği düşüncesindeyiz. Gerçekten de, bir geçici koruma olarak ispat tedbirine başvurulmasında, genelde bu tedbirin, özelde bu vasıtanın elverişliliğinin değerlendirilmesi, işin ispat hakkına ilişkin yönü göz önüne alınmadığı müddetçe eksik kalacaktır.

Burada ortaya çıkan husus şudur: Belli bir vakıanın ispatı yükünü taşıyacak olan (veya taşıyan taraf) bu vakıayı ispat için gerekli ispat araçlarını elinde bulunduramayabilir veya bunları kullanma imkânından yoksun olabilir. Delil tespiti çerçevesinde bilirkişi incelemesine başvuru, daha sonra ispat yükü, ancak özellikle somut delil ikame yükü altında olacak olan tarafın, bu yükün gereğini yerine

---

[624] Belçika hukukunda taraflara bu imkân Yargılama Kanununun 965. Maddesiyle daha önce tanınmaktayken (ayrıca bkz. Gillardin (1994), s. 140). 2007 yılında yapılan değişiklikler sırasında söz konusu hüküm yürürlükten kaldırılmıştır.

[625] Özellikle taraflarca hazırlama ilkesinin egemen olduğu davalarda, hâkimin gerektiğinde masrafları, o an için hazineden karşılamak suretiyle bilirkişi incelemesine başvurabileceği yönündeki görüşümüz için bkz. aşa. *İkinci Bölüm,* 1.6.3.

[626] Bilirkişi incelemesi hakkındaki karara ilişkin olarak hâkimin gerekçe gösterme yükümlülüğü konusundaki açıklamalarımız için bkz. aşa. *İkinci Bölüm, 2.2.*

getirmesine hizmet etmektedir. Görülecek olduğu gibi, delil tespitine ilişkin hükümler sayesinde ispat hakkının kullanımı, devam eden bir davayla sınırlandırılmamakta, başka bir deyişle delil tespiti müessesesi, bizzat ispat hakkının bir gereği olarak tanınmaktadır[627].

Ancak bu hak elbette sınırsız değildir. Bu sınırlar, delil tespiti bakımından kanımızca genel ve özel sınırlar olmak üzere ikiye ayrılmalıdır. Öncelikle yukarıda da aktardığımız gibi ispat hakkının genel sınırları Kanunda açıkça gösterilmiştir (bkz. m. 189, II ve III). Bunlar bir tarafa, ispat hakkı, bir geçici koruma olarak bilirkişi incelemesine başvuruda sırların korunması gibi sınırlarla da karşı karşıya gelmektedir.

Öte yandan delil tespiti amacıyla bilirkişi incelemesinden yararlanılması, ispat hakkının bir gereği olsa da, buna özel bir şart eşlik etmektedir. Bu da tespit talebinde bulunan tarafın hukukî yararını ortaya koyması gereğidir. Bir diğer söyleyişle, menfaat, salt delil tespiti kapsamında söz konusu olan bilirkişi incelemeleri bakımından, ispat hakkına eşlik eden ve özel olarak aranan bir hususdur[628]. Delil tespiti talebinde bulunan taraf, delilin *hemen* tespit edilmemesi hâlinde kaybolacağını veya ileri sürülmesinin zorlaşacağını ihtimal dâhilinde göstermelidir[629].

Hukukî yararın varlığında kullanılabilecek somut ölçütler bakımından Yargıtay'ın delil tespitinde hukukî yararın varlığını, bazı kararlarında delil tespiti talebinde

---

[627] Bkz. ve karş. J.-L. Mouralis (2011). Preuve (2° règles de preuve). *Rép. civ. Dalloz,* s. 71, n° 539.; Desprès (2004), s. 127, 128, n° 181; Goubeaux (1981), s. 283 vd. Yalnız bu faraziyede dikkat edilmesi gereken şey, ispat hakkının asıl konusunun delil tespiti ve bu anlamda yapılacak bilirkişi incelemesi değil, bu inceleme vasıtasıyla tespit edilecek vakıa yahut delil olduğudur. (Bkz. ve karş. Bergeaud (2007), s. 242, n° 244; Goubeaux (1981), s. 283; Leclerc (2005), n° 363, s. 279).

[628] Hukuk Muhakemeleri Kanununun 400. maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesi, talep sahibinin delil tespiti yaptırmaktaki hukukî yararını haklı göstermesi gerektiğini açık bir şekilde düzenlemektedir (bkz. m. 400, II). Gerek bu cümleden, gerek bunun hemen ardından gelen "*(k)anunda açıkça öngörülen hâller dışında, delilin hemen tespit edilmemesi hâlinde kaybolacağı yahut ileri sürülmesinin önemli ölçüde zorlaşacağı ihtimal dâhilinde bulunuyorsa hukukî yarar var sayılır"* ifadesinden yola çıkarak iki tespitte bulunmamız mümkün olmaktadır. Bunlardan ilki hukukî yararın varlığı konusunda mahkemede uyanacak kanaatin derecesi, ikincisi ise bu yararın hangi ölçütlere göre belirleneceğidir.

[629] Burada, yaklaşık ispat yerine ihtimal dâhilinde bulunmanın (yahut göstermenin) hukukî yararın varlığı bakımından yeterli sayılmasını, özellikle delil tespiti yapılabilmesi için gerekli kanaatin ölçüsünün diğer geçici tedbirlere oranla düşürülmüş olduğu biçiminde yorumlamak gerekmektedir. (İsviçre hukukunda talep sahibinin delil tespitini gerektiren koşulları gerçeğe yakın göstermesi gerektiği konusunda Cottier (1986), n° 1376, s. 371).Nitekim delil tespiti talebinin kabulü için, talepte bulunanın bir ihtiyatî haciz yahut tedbir örneğinde olduğu gibi alacağın varlığına dair bir delil göstermesi söz konusu değildir. Öyle ki, buradaki koruma tedbirinin konusunu ihtiyatî tedbir veya hacizdeki gibi uyuşmazlık konusunun değil, tersine bu uyuşmazlığa ilişkin vakıa veya delillerin tespitinin oluşturması karşısında bu zaten pratik açıdan anlamlı da değildir. Ne var ki Kanunun açık hükmü karşısında ifade ettiğimiz bu son durum, mahkemeye yapılan her talepte, hukukî yararın herhangi bir değerlendirmede bulunmaksızın varsayılacağı anlamını da taşımamaktadır.

bulunmak yerine tespit davası açılmış olması[630] ekseninde tartışmakla birlikte, yakın tarihli bir Genel Kurul Kararında aynen Hukuk Muhakemeleri Kanununun benimsediği doğrultuda ele almış olduğunu görüyoruz[631].

İkinci mesele ise, ilkinin tamamlayıcısı niteliğinde, aslında hukukî yararın hangi vakıalara hasredildiği ve bu anlamda sınırları ile ilişkilidir. Zira burada bir davadan farklı olarak sadece belli vakıaların ve/veya delillerin tespitine yönelmek söz konusu olduğundan bu yararın (menfaatin) içeriği, yani hukukîliği, meşruluğu, doğrudanlığı, doğmuş, güncel ve korunmaya değer olup olmadığı da bu sınırlar içerisinde değerlendirilmelidir[632].

O hâlde Hukuk Muhakemeleri Kanununun 400. maddesinden yola çıkıldığında, bu talebin reddi durumunda (delilin) "kaybolma(sı)" veya "ileri sürülmesinin önemli ölçüde zorlaşması"nın ihtimal dâhilinde olması durumunda hukukî yarar varsayılmaktadır. Kanun koyucu "*hemen*" tespit edilmesi ifadesiyle doğmuş ve güncel bir yarara işaret etmektedir[633]. Ancak bu ifade sonucunda davadan önce söz konusu olan bir bilirkişi incelemesi talebinin kabulünde aranacak ölçütlerden birinin müstaceliyet olduğunu da söylemek pekâlâ mümkün hâle gelmektedir. Bu yaklaşım İsviçre ve Belçika hukuklarında da genel olarak aynıdır[634]. Buna karşılık Fransız

---

[630] Örneğin bkz. 11. HD, 4.4.2002, 266/3130 (*KBİBB*). Ayrıca bkz. 3. HD, 17.4.1967, 2552/2004; 10. HD, 26.4.1976, 8426/2965 ve 9. HD, 24.11.1989, 9839/10271 (kararlar için bkz. B. Kuru ve A. C. Budak (2010). *Tespit davaları (2. Bası)*. İstanbul: XII Levha, s. 269 ve 270).

[631] Gerçekten de Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 10 Şubat 2010 tarihinde vermiş olduğu bir kararda açık bir şekilde "*şimdiden tespit edilmemesi hâlinde ilerde kaybolacağı (yok olacağı) veya gösterilmesi çok güç olacağı tahmin edilen delillerin önceden tespit edilmesinde hukukî yarar"* varlığının kabul edildiğini belirtmiştir. HGK, 10.2.2010, 13-26/73 (*KBİBB*). Dikkat edilecek olursa Hukuk Genel Kurulu, sayılan ölçütler ile birlikte kanaatin salt bir tahminden ibaret kalmasını yeterli görmektedir.

[632] Nitekim mahkemeye sunulan her talep bakımından aslında menfaatin varlığı zorunlu olduğu kadar mahkemece de kendiliğinden araştırılması gereken bir husustur. Burada işaret etmeye çalıştığımız gibi, davada menfaatin unsurları doğrudan bir belirleyici işlev taşımasa da, yine de davada menfaatin nitelikleri, mahkemeye yöneltilen her talep bakımından olduğu gibi Kanunda delil tespitine ilişkin açık bir şekilde aranıyor olması hasebiyle de, aydınlatıcı ve yol gösterici bir içeriğe sahiptir. Davada menfaatin nitelikleri konusunda geniş ve ayrıntılı bilgi için bkz. E. Hanağası (2008). *Davada menfaat.* Ankara: Yetkin Yayınları, ss. 135 – 280.

[633] Geçici koruma talebini hiçbir şekilde bir tespit davasına benzetmek gibi bir düşüncemiz bulunmamakla birlikte, bu yönüyle ikisi arasındaki benzerlik de kanımızca yadsınamaz. Nasıl ki tespit davasında *davacının hukukî durumu güncel (hâlihazır) ve ciddi bir tehlike ile tehdit ediliyorsa*, elbette hukukî ilişki bakımından değil, fakat tespiti arzu edilen vakıa yahut delil bakımından bu tehlike mevcuttur. Aynen onda olduğu gibi, burada da bu tehdit çoğu kez *muhtemel* davalının, yani ihtilafın karşı tarafından kaynaklı olarak ortaya çıkmaktadır (Bkz. ve karş. Hanağası (2009), ss. 247 – 252, özellikle s. 249).

[634] Nitekim İsviçre Federal Medenî Usûl Kanununun 155. maddesinde *delillerin tehlike altında olmasının* (*mise en danger des preuves)* aranıyor oluşu, durumun müstacel bir nitelik arz etmesinin burada da kabul edildiğini göstermektedir (Diğer taraftan Federal Kanundan önceki dönemde de eser ve benzeri sözleşmelerle ilişkili (diğer deyişle maddî hukuktan kaynaklanan) tespit hâlleri haricinde müstaceliyetin

hukukunda, delilin muhafazası veyahut tespiti noktasında müstaceliyet, aslî bir ölçüt olarak kabul edilmemektedir. Fransız hukuku, talebin kabulü için meşru bir gerekçenin varlığını aramaktadır[635].

Nihayet bir delilin muhafazası veya tespiti amacıyla inceleme konusu yapılan vakıalar, o uyuşmazlığın çözümünde rol oynamalıdır[636]. Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun Şubat 2010 tarihli kararında, delil tespiti konusundaki diğer pek çok husus gibi, buna da dikkat çekilmektedir: "*Öncelikle, henüz ikame olunmamış ve fakat ikame olunması düşünülen bir davada delil olarak ileri sürülecek bir vakıa bulunmalıdır. Sonradan ikame edilecek olan dava ile hiçbir alaka ve ilişkisi bulunmayan bir vakıa*" tespit ettirilemez[637].

1.6.3. Bilirkişi incelemesine ilişkin gider ve masrafların yatırılması

Bilirkişi incelemesine başvuru talebi mahkeme tarafından kabul gördüğü takdirde, talepte bulunan tarafın veya tarafların, yerine getirmesi gereken öncelikli yükümlülük, mahkeme tarafından tayin edilen bilirkişinin ücret ve bunun yanı sıra inceleme sırasında gerçekleştirecek olduğu gider ve diğer masraflarının ödenmesidir[638].

---

bir şart olduğu noktasında kural olarak bir tereddüt bulunmadığını söyleyebiliriz. Örneğin bkz. Bettex (2006), s. 13; Bohnet (2005), s. 451; Schmidt (2007), s. 98; Audience du 12 janvier 2006. J.et M.P. c. M. SARL (C/20155/2005) (GE). *SJ 2006 I,* s. 383. Ancak İsviçre bakımından ifade edilen bir diğer husus, mahkemeler uygulamasının davadan önce tespit çerçevesinde bilirkişi incelemesi taleplerinin kabulünü çok sıkı koşullara tâbi tutmadığı yönündedir. Bkz. bunu dile getiren Cottier (1986), s. 371, n° 1378. Belçika hukukunda da tespit ihtiyacının müstacel olması gerektiği konusunda ise genel olarak bkz. Mignolet (2009), s. 74, n° 43; de Leval (2005), s. 202, n° 143; F. Georges (2002). *Rapport belge sure les mesures provisoires.* http://www.ipr.uni-heidelberg.de/studie/nationalrep.htm (son erişim tarihi: 31 Mart 2011), n° 6.6.1.3; J. Englebert (2003). Le référé judiciaire: principes et questions de procédure. *Le référé judiciaire (Ed.: H. Boularbah).* Bruxelles: Jeune Barreau (http://www.procedurecivile.be/index.php?id=66, son erişim tarihi: 31 Mart 2011, ss. 1 – 60), s. 1, n° 1 vd.

[635] Bu konuyu dile getiren çok sayıda çalışma arasında esas olarak bkz. Desprès (2004), s. 168, n° 241. Ayrıca bkz. R. Perrot (2009). L'urgence n'est pas nécessaire. *Revue procédures.* N° 3, comm. 72; N. Contis ve D. Brevot (2010). Le procès civil et les mesures avant dire droit. *La Semaine Juridique Edition Générale n° 45, 8,* n° 1132; H. Vray (2002). À propos de l'article 145 du nouveau code de procédure civile: spécifités et limites du pouvoir des juges des référés d'ordonner une mesure d'instruction in futurum. *Gazette du Palais, n° 87,* s. 39; Héron ve Le Bars (2006), s. 320, n° 399; Couchez (2006), s. 339, n° 339. Hatta uygulamadaki eğilim giderek karşı tarafın haberdar edilmediği durumlarda dahi aciliyetin aranmaması yönündedir. Bu konuda bkz. G. Mouy (2009). Abandon de la condition de l'urgence dans l'ordonnance sur requête probatoire de l'article 145 du code de procédure civile. *Recueil Dalloz,* s. 1455, n° 1 vd.

[636] Desprès (2004), s. 205, n° 299; Vray (2002), s. 39; Chabot (2000), n° 7.

[637] HGK 10.2.2010, 13-26/73 (*KBİBB*).

[638] Nitekim Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu döneminde, bilirkişiye ödenecek miktarın içinde yer alan hususlar, ayrı bir tartışmanın konusunu oluşturmaktaydı (genel olarak bkz. Tanrıver (2002), s. 77

Genel olarak yürürlükten kalkan Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanununun 285. maddesinde ücretin nasıl belirleneceği konusunda herhangi bir kriter bulunmamakta, bunun sadece hâkim tarafından takdir edileceği ifade edilmekteydi. Nitekim bu durum, uygulamada, ücret takdirinde bilirkişiler ve taraflar açısından belli bir sıkıntıya yol açtığı gibi, öğretide de çeşitli eleştirilerin konusunu oluşturmaktaydı[639]. Esasen ücret konusunun belirlenmesi konusunda hâkim olan yaklaşımın, inceleme kapsamında harcanan mesaiye göre, belirli tarifeler bulunsa da, son kertede bunun hâkim tarafından belirlenmesi olduğunu görüyoruz[640].

Kanun koyucu bu konuda, Hukuk Muhakemeleri Kanununda, yürürlükten kalkan Kanuna göre çok daha açık bir düzenleme getirmişse de, ücretin belirlenmesi konusunda hâkimin takdir yetkisini muhafaza etmek yolunu tercih etmiştir. Burada son söz sahibinin hâkim olmasının nedeni, her ne kadar ücret ve giderler taraflarca karşılanacak olsa da, bilirkişinin bir hâkim yardımcısı olması ve kamusal bir görev yerine getirmesidir[641]. Nitekim HMK m. 283 hükmü, bilirkişinin ücretinin emek ve mesaisiyle orantılı bir şekilde belirleneceğini, bunun yanı sıra, inceleme kapsamında yapılacak olan giderlerin ücret tayininde hesaba ayrıca katılacağını öngörmektedir. 6100 sayılı Kanunla getirilen bir diğer önemli yenilik, bilirkişi ücretine ilişkin olarak Adalet Bakanlığı tarafından hazırlanan ücret tarifesinin de burada dikkate alınacak olmasıdır.

Ne olursa olsun, bilirkişi incelemesine ilişkin gider ve masrafların yatırılması konusundaki temel ilke, kanımızca açık bir görünüm arz etmektedir. Mahkeme, taraflardan birinin veya her ikisinin talebi üzerine veyahut re'sen bilirkişi incelemesine başvurulmasına karar verdiği takdirde, ücretin ödenmesini, ortada bilirkişi incelemesi

---

vd. ; Taşpınar (2001), s. 357 vd.). Kanun koyucu, meseleye ilişkin 283. maddeyi, bilirkişinin ücreti ve inceleme sırasında söz konusu olacak olan masrafları içerir şekilde formüle ettiğinden bu konuda artık herhangi bir tereddütün söz konusu olmayacağı kanısındayız.

639 Bu konuda özellikle bkz. Taşpınar (2001), s. 349, 350 vd.; Tanrıver (2002), s. 77, 78 vd.

640 Bilirkişi ücretinin belirlenmesi konusunda yabancı ülke hukuklarında farklı yaklaşımlarla karşılaşabiliyoruz. Nitekim ilk olarak İsviçre hukukunda da bilirkişi ücret ve giderlerini takdir yetkisi hâkime ait olmakla birlikte, genel bir bilirkişi ücret tarifesi bulunmamaktadır. Ancak Kantonlar bazında bazı tarifeler (örneğin tıbbî bilirkişilikler bakımından) söz konusu olabilmektedir (genel olarak bkz. Bettex (2006), s. 291, 291). Nitekim yürürlükten kalkan Nöşatel Medenî Usûl Kanunu bakımından da durum aynı şekildedir (Bohnet (2005), s. 443. Ayrıca bkz. S. Öztek (2001). Tartışmalar (Bilirkişi ücreti). *Bilirkişilik sempozyumu, Samsun 9 – 10 Kasım 2001.* Ankara: TBB, s. 395). Fransız hukukunda ise, ücret yine hâkim tarafından yerine getirilen çalışmanın içeriğine ve süresine göre tayin edilmektedir. Yine bu sistemde, önceden belli bir avans miktarının mahkeme veznesine depo edilmesi söz konusu olmaktadır. Bu sistem bakımından ilgi çekici olan husus, hâkimin, bilirkişi raporunun teslim edilmesinden sonra, ücretin avans olarak yatırılmayan kısmı için, bilirkişiye icrası kabil bir belge vermesidir (C. Pr. Civ, art. 283, al. 3, 4) (genel olarak bkz. Héron ve Le Bars (2006), n° 1098, s. 872 vd., Cadiet ve Jeuland (2006), n° 616, s. 400; Pinchon (2002), s.349 vd.).

641 İsviçre hukuku bakımından bu yönde bkz. Bettex (2006), s. 291.

bakımından bir talep söz konusu ise, talepte bulunan tarafa; buna karşılık bilirkişi incelemesi kararını re'sen almış ise, ispat yükü üzerinde olan tarafa veya her iki tarafa birden yükleyebilmektedir.

Temel ilke bu olmakla beraber, konuya ilişkin bazı hususların ön plâna çıktığını görmekteyiz:

Birinci olarak, Hukuk Muhakemeleri Kanununda bilirkişi ücreti ve bilirkişi incelemesi kapsamında yapılacak diğer giderlerin ne şekilde ödeneceği konusunda özellikle gider avansına ilişkin 120. ve delil avansını düzenleyen 324. maddelerin dikkate alınması ve birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir. Nitekim, gider avansının yatırılması bir dava şartıdır. Bu anlamda henüz dava açıldığı sırada, davacı yargılama harçları ile birlikte, Adalet Bakanlığı tarafından düzenlenecek tarifede gösterilen gider avansını da mahkeme veznesine yatırmak zorundadır[642]. Bu miktar yatırılmazsa, hâkimin yapmak durumunda olduğu şey, davanın açılmamış sayılmasına karar verilmesinden ibarettir.

Diğer taraftan, tüm deliller bakımından yatırılacak avansa ilişkin Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 324 hükmünde açıkça vurgulandığı gibi, taraflardan her biri ikamesini talep ettiği delil için mahkemece belirlenen avansı, verilen kesin süre içinde (bkz. m. 94) yatırmak zorunda olup, bunlar aynı delilin ikamesini birlikte talep etmişlerse, gereken gideri yarı yarıya avans olarak ödemekle yükümlüdür. Nitekim bu hükmün uygulanması da kendisini ön inceleme veya tahkikat aşamasında gösterebilmektedir. Ne olursa olsun, zikredilen düzenlemede, önceden gelen anlayışın kural olarak, muhafaza edildiğini ifade edebiliyoruz (karş. HUMK m. 414)[643]. Ancak 324. madde çerçevesinde bilirkişi incelemeleri bakımından bazı noktalarda değişiklik

---

[642] Mahkeme, söz konusu avansın eksik olması durumunda davacıya eksikliğin giderilmesi için iki haftalık bir kesin süre verir (m. 120).

[643] Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu döneminde, taraflardan birinin bilirkişi incelemesine başvurulması yönündeki talebi hâkim tarafından uygun bulunduğu takdirde, tarafa gerekli giderleri yatırması konusunda süre vermekteydi. Bununla birlikte, söz konusu sürenin kesin nitelikte olduğunun da verilen ara kararında gösterilmesi mümkündü (bkz. 1086 s K. m. 414). Şayet verilen kesin süre zarfında gerekli giderler yatırılmaz, yahut Kanunen verilen ikinci sürenin kesin olmasından kaynaklı olarak bu ikinci kesin sürede söz konusu giderler yatırılmadığı takdirde bilirkişi incelemesi talebinde bulunan taraf, bu talebinden vazgeçmiş sayılmaktaydı (Genel olarak bkz. Kuru (2001), C. III, s. 2654, 2655; S. Taşpınar (2003). Türk hukukunda ve karşılaştırmalı hukukta bilirkişi ücreti. *Ergun Önen'e armağan.* İstanbul: *Yayın evi, ss. XX,* s. 308). Kesin sürenin ne şekilde verilmesi gerektiğine ilişkin prensip mahkemeler uygulamasında da netlik arz etmekteydi: "*...kesin süreye ilişkin verilen ara kararda; bilirkişi ücretinin miktarı ve bu ücretin yatırılması için verilen kesin süreye uyulmamasının hukukî sonuçları açıkça anlatılmamıştır. Kesin süreye ilişkin ara kararı, HUMK'nun 163. maddesine* (m. 94) *uygun değildir…"* HGK, 5.11.2008, 4-655/664 (*İBD, C. 84, 2010/2,* s. 1040 vd.).

yapılarak, mesele daha belirgin hâle getirilmiştir. Örneğin, inceleme konusu vakıa meselesinin niteliği gereği, bilirkişi incelemesi kapsamındaki masrafların öngörülenden fazla olabileceği de kanun koyucu tarafından hesaba katılmış; bu nedenle başta yatırılması gereken miktarın delil ikamesi için gerekli olan avans niteliğinde olacağı güvence altına alınmıştır.

İkinci mesele, ilkine bağlı şekilde, bilirkişi incelemesine ilişkin gider biçiminde belli bir miktarın, henüz yargılamanın başında gider avansı kapsamında dava açan tarafça tahsili noktasındadır. Nitekim 1 Ekim 2011 yürürlük tarihli Hukuk Muhakemeleri Kanunu Gider Avansı Tarifesinin 3. maddesinin ikinci cümlesi, tebligat ve posta masraflarının yanı sıra, keşif, tanık ücreti ve nihayet bilirkişi incelemesine ilişkin olan giderlerin, gider avansı bağlamında tahsil edileceğini belirtmektedir. Bu düzenleme öğretide eleştirilmektedir[644]. Zira gerçekten de, *Tanrıver'in* haklı olarak işaret ettiği gibi bahsedilen düzenleme, Kanunun 120. maddesiyle öngörülen amaçla ilgisi bulunmadığı gibi, hak arama hürriyetine de aykırılık teşkil etmektedir[645]. Diğer taraftan bilirkişi incelemesine mahkeme tarafından başvurulup başvurulmayacağı salt hâkimin takdir yetkisinde olan bir hususken, her türlü uyuşmazlık konusu vakıa meselesi hakkında bilirkişi görüşü alınması, bir yargılamanın olmazsa olmaz unsuruymuşçasına böyle bir düzenleme yapılması, bilirkişi incelemesine ilişkin genel ilkelere de aykırıdır[646].

Konuya ilişkin *üçüncü mesele,* delil avansı kapsamında ödenen miktarın yeterli olmaması hâlinde, bunun ne şekilde elde edileceğidir. Kanunun 324. maddesinde bu konu açıkça ifade edilmiş olmasa da, burada konuya ilişkin genel ilkenin geçerli olacağı kanımızca açıktır. Yani bakiye miktar, bilirkişi incelemesi talebinde bulunan tarafça karşılanacak veya bu durum hâkim tarafından belirlenecektir.

Dördüncü mesele olarak doğrudan bilirkişi incelemesine başvurulması açısından, bilirkişi ücretinin yatırılmaması durumunda bunun sonucu, görülmekte olan davada egemen olan yargılama hukuku ilkesiyle de ilişkili olarak sorgulanmalıdır. 6100 sayılı

---

644 Bkz. S. Tanrıver (2012). 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun revizyonu üzerine bazı düşünceler. *TBB Dergisi, 99,* ss. 16 – 34, s. 25.

645 Bkz. Tanrıver (2012), s. 25.

646 Bu düzenlemenin mahkemeler uygulamasında yarattığı sıkıntı bakımından çeşitli örnekler verilmektedir. Nitekim "*(d)ava açan kadın örneğin bir boşanma davası açıyor ise, boşanmaya ilişkin delilleri de incelenmek suretiyle örneğin bir ya da birkaç bilirkişi tayin edilecek ise ikiyüz elli TL her bir bilirkişi için, tanık sayısının da 5 katı tutarında gider avansı olmak üzere peşin yatırılması gerekmektedir"*. Bkz. S. S. Yılmaz ve N. Aydoğan Kaplan (2012). 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu bakımından kadın. *TBB Dergisi, 99,* ss. 297 – 302, s. 299.

Kanun öncesi dönemde, bilirkişi ücretini verilen kesin süre içerisinde yatırmayan taraf bu talebinden vazgeçmiş kabul edilmekteydi (bkz. 1086 s. HUMK m. 414)[647]. Hukuk Muhakemeleri Kanunu, bu noktada karşı tarafın da söz konusu delilin ikamesinde menfaati olabileceği düşüncesini göz önüne almış ve delil avansı yatırılmadığı takdirde, bu avansın karşı tarafça yatırılabileceğini hüküm altına almıştır.

Ne var ki bu noktada meseleyi hâkim tarafından re'sen bilirkişi incelemesine başvurulmuş olması faraziyesi çerçevesinde de değerlendirmek gerekmektedir. Hukuk Muhakemeleri Kanununun 266. maddesi, bu konuda davada taraflarca hazırlama ilkesinin mi, yoksa kendiliğinden araştırma ilkesinin mi uygulanmakta olduğu bakımından bir ayrımda bulunmamıştır. Bununla birlikte, Hukuk Muhakemeleri Kanununun 325. madde hükmü, kanımızca bu meseleye ilişkin bazı tereddütleri doğurmaya elverişlidir. Zikredilen maddede ifade edildiği gibi, giderin verilen kesin süre zarfında yatırılmaması hâlinde hazineden karşılanacağı, her ne kadar taraflarca hazırlama ilkesine tâbi davalarda re'sen bilirkişi incelemesine başvurulabilse de, yanızca kendiliğinden araştırma ilkesine tâbi davalara özgülenmiş bir husus mudur?

Öğretide bilirkişi incelemesine re'sen de başvurulabiliyor olmasından hareketle, HMK m. 325 hükmünde yer alan, "*(t)arafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyeceği dava ve işler"* ifadesinin çıkartılması gerektiği dile getirilmektedir[648]. Gerçekten de, bilirkişi incelemesi, madem ki re'sen başvurulacak bir inceleme yöntemidir, burada kanımızca davada taraflarca hazırlama veya re'sen araştırma ilkesinin geçerli olması arasında bir fark gözetmemek gerekmektedir. Bu nedenle taraflarca hazırlama ilkesinin geçerli olduğu bir davada da, hâkim tarafından re'sen bilirkişi incelemesine başvurulmasına karşın, taraf veya taraflar belirlenen süre zarfında gerekli ücret ve diğer giderleri yatırmazlarsa, hâkim bu durumda söz konusu masrafları Hazineden (cumhuriyet savcılığı suçüstü ödeneğinden) karşılayabilmelidir. Bu durumda, yine, tüm bu masraflar, davanın sonunda kaybeden tarafça karşılanacaktır. Bu yaklaşımın 266. madde hükmünde amaçlanan hususla bağdaştığı kanısındayız.

Kanımızca tartışılması gereken *beşinci mesele* ise, doğrudan tarafların rol ve yükümlülüğü ile ilgisi bulunmamakla birlikte ücret ve gider konusunun kapsamı içerisinde olması nedeniyle, tayin edilen bilirkişinin, ücret ve giderleri yeterli bulmaması durumunda olan ve olması gereken hukuk bakımından hangi hukukî çareye

[647] Bu konuda ayrıca bkz. Taşpınar (2001), s. 367 vd.
[648] Bkz. Tanrıver (2012), n^{o} 38, s. 31.

başvurabileceğidir. Örneğin, İsviçre hukukunda, bilirkişi ücret ve giderleri hakkında verilen karara karşı bilirkişi veya taraflarca kanun yoluna başvurulmasının mümkün olduğunu görüyoruz (bkz. CPC Suisse, art. 104)[649]. Benzer bir çözüm Fransız hukukunda da benimsenmiştir (C.pr.civ., art. 724)[650]. Türk hukuku bu konuda ne Hukuk Muhakemeleri Kanununda, ne HMK Bilirkişi Yönetmeliğinde, ne de Adalet Bakanlığı tarafından yayımlanan tarifede benzer bir çözüm sunmaktadır. Nitekim bilirkişi ücreti hâkim tarafından tayin edildiğinden bu ücrete tarafların bir itirazı olması durumunda meselenin hâkim tarafından halli gerekmektedir[651]. Buna karşılık, söz konusu ücret miktarına ilişkin olarak doğrudan başvurulabilecek başkaca bir hukukî çare bulunmamaktadır.

Son olarak taraflarca başvurulan özel bilirkişilerin, yani uzmanların (bkz. m. 293) gider ve masraflarına ilişkin bazı hususlar üzerinde kısaca durmak gerektiğini düşünüyoruz. Eşyanın tabiatı gereği, bu taraf bilirkişilerinin ücreti ve diğer giderleri, teknik veya hukukî görüş hazırladıkları tarafça karşılanacaktır. Bununla birlikte, söz konusu gider ve masrafların, ilgili taraf, yargılamanın sonunda haklı çıksa dahi, karşı taraftan bir yargılama gideri olarak tahsil edilmesine kural olarak herhangi bir imkân bulunmamaktadır[652]. Bununla birlikte, belli hâller bakımından *Pekcanıtez,* mahkeme tarafından tayin edilen bilirkişi ücretini aşmayacak şekilde bir ücretin, diğer yargılama giderleri gibi karşı taraftan tahsil edilebileceği görüşündedir[653]. Bu yaklaşımın silahların eşitliği ilkesine de uygun düşeceği kanısındayız. Zira, aksi durumun kabulü hâlinde, ekonomik yönden güçlü olan taraf, tayin edeceği uzmanlar vasıtasıyla çeşitli teknik raporlar almak alarak, mahkeme tarafından tayin edilen bilirkişi raporuna karşı kendi argümanların sunma şansına sahip olabilecektir. Buna karşılık diğer taraf, söz konusu imkândan yoksun kalacaktır.

---

649 Ayrıca bkz. Bettex (2006), s. 2006 vd.; Vouilloz (2009a), s. 583; Jeandin (2011), s. 109; L. Jacquemoud-Rossari (2011). Les voies de recours, L'appel et le recours limité au droit selon le CPC. *Le Code de procédure civile, aspects choisis (Ed.: B. Foex ve N. Jeandin).* Zurich: Schulthess, ss. 111 – 130, s. 117.

650 Ayrıca bkz. Pinchon (2002), s. 359; Cadiet ve Jeuland (2006), n° 616, s. 400.

651 Belçika hukuku bakımından bkz. Closset-Marchal (1994), s. 16, 17.

652 Nitekim bkz. Pekcanıtez (2009), s. 402, 403; Girardin (2005), s. 1066.

653 Pekcanıtez (2009), s. 403.

1.7. Bilirkişi İncelemesine Başvurulmasında Hâkimin Uzmanlık Bilgisinin Rolü

Burada genel olarak hâkimin özel veya teknik bilgiyi gerektiren bir konu hakkında uzmanlık bilgisine sahip olduğu kanısındaysa, bilirkişi incelemesine gitmekten sarfınazar edip edemeyeceği üzerinde durmak istiyoruz. Ancak konu diğer taraftan, belli bir konuda uzman olan kimsenin mahkeme heyetinde görev yapmasıyla da ilgilidir.

Genel olarak Hukuk Muhakemeleri Kanununun 266. maddesi uyarınca hâkimin özel ve teknik bilgiyi gerektiren bir hâlin varlığına kanaat getirmesi durumunda, kural olarak, bilirkişi incelemesinden kaçınamayacağı bir kez daha içinde bulunduğumuz başlık vesileyle kendisini göstermektedir. Gerçekten de, zikredilen maddenin lafzına baktığımızda, hâkimin bilirkişi incelemesine salt söz konusu özel veya teknik bilgi kendisinde bulunmadığı kanaatindeyse başvurabileceği yönünde bir sonuca varmak bize pek de mümkün gözükmemektedir[654]. Mevcut pozitif düzenlemeler dâhilinde bu doğrultuda bir mekanizmanın bulunmaması karşısında, Türk hukuku açısından meseleyi, ancak olması gereken hukuk açısından değerlendirebiliyoruz:

Nitekim Türk hukuk öğretisinde hâkimin, şayet varsa, bilirkişi görüşü almak yerine kendi uzmanlık bilgisinden yararlanabileceği fikrine olumlu yönde yaklaşan görüş, özellikle miktar itibariyle dava konusunun düşük olduğu veya uyuşmazlığın basit olduğu meselelerde, hâkimlerin bilirkişi incelemesine başvurmak yerine, gerekçesini de göstermek koşuluyla kendi uzmanlık bilgilerinden yararlanabilecekleri biçiminde somutlaşmaktadır[655]. Bu bağlamda, özellikle kamulaştırma davalarında, şayet bilirkişi incelemesine veya keşfe ilişkin giderlerin dava konusuna yakın olması durumunda böyle bir yolun uygun olacağı görüşünün dile getirildiğini görmekteyiz[656]. Nihayet bu faraziyede, hâkimin kendi bilgisinden yararlanacağı hususunda tarafların görüşünü alması ve bu yönde davranmasının somut gerekçesini de göstermesi gerekmektedir[657].

Biz bu görüşe topyekûn karşı çıkmamakla birlikte, tereddütle yaklaşıyoruz. Zira, bu faraziyede her şeyden önce, hâkim ve bilirkişi sıfatlarının birleşmesi söz konusu

---

[654] Nitekim mesele, belli bir pozitif düzenlemenin yanı sıra, kanun yolu denetiminde ilk derece mahkemelerinin belli bazı konularda bilirkişi incelemesine başvurmakla zorunlu tutulmasıyla da ilgilidir. Konunun bu yönünü aşağıda hâkimin bilirkişi incelemesine başvurmak konusunda sahip olduğu takdir yetkisinin sınırlandırılması bağlamında değerlendirmeye çalışacağız. Bkz. aşa. *İkinci Bölüm, 1.8.*

[655] Örneğin bkz. Aşçıoğlu (2001), s. 72.

[656] Aşçıoğlu (2001), s. 72, 73.

[657] Aşçıoğlu (2001), s. 73.

olmaktadır ki, bu durum özellikle bilirkişi incelemesi sonucunda verilen görüşün taraflarca tartışılması imkânının sınırlanması ihtimalini barındırdığından kanımızca yerinde bir yaklaşım değildir[658]. Gerçekten de buradaki aslî sorun, kanımızca hâkimin teknik konudaki uzmanlığının hangi ölçütlere göre değerlendirileceğinin belirsiz olmasından kaynaklanmaktadır. Öte yandan, pratik olarak hâkimin söz konusu alanda uzman olduğu varsayılsa dahi, kendi oy ve görüşünü hükmünü vermeden belli edemeyeceğinden, bunu ancak esas hakkındaki kararında dile getirebilir. O hâlde tarafların hâkimin bu kanaatini, esas hakkında karar vermeden tartışma imkânları ortadan kalkmaktadır. Bir diğer söyleyişle bu durum, kural olarak ancak kanun yolu denetiminde tarafların ileri sürmesi hâlinde değerlendirilebilecektir. Nihayet aynı faraziye bakımından dikkate alınması gereken son bir husus da, hâkimde teknik konuda oluşmuş bulunan kanaate karşı, bu kanaat aleyhine olan tarafın, kendi tayin edeceği bir özel bilirkişiden, yani uzmanın sağlayacağı görüşten (m. 293) yararlanma ve söz konusu görüşü çürütme imkânını ilk derece yargılaması bakımından kaybedecek oluşudur.

Diğer taraftan belli bir uzmanlığa sahip bir kimsenin mahkemede görev yapmasıyla ilgili olarak, Türk hukukunda, uzmanlık mahkemelerinin faaliyet göstermesine karşın, hâlihazırda meslek dışı bir hâkimin görev yaptığı bir mahkeme bulunmadığını görüyoruz.

Buna karşılık İsviçre hukukunda meselenin bu yönüyle de tartışıldığını görmekteyiz. Nitekim verilen örneklerden ilki, toplu mahkemeler bakımından, genel itibariyle görev alanı içindeki uyuşmazlık konuları hakkında uzmanlık sahibi bir kimsenin üye olarak görevlendirilmesidir. Burada bahsettiğimiz uzmanlık bilgisinin konusu, tamamen hukuk dışı, özel ve teknik bir bilgidir[659]. Bir uzmanın mahkeme heyetinde görevlendirilmesi durumunda, esas itibariyle bilirkişilik konusunda bulunduğumuz aşamaya kadar yapmaya çalıştığımız açıklamalardan son derece farklı bir durum ortaya çıkmaktadır. Zira her şeyden önce, bilirkişi, davaya yabancı bir üçüncü kişi durumundadır. Bu bağlamda ne mahkeme üyesi, ne de tarafların vekili

---

[658] Bkz. ve karş. Bu hususu delillerin müşterekliği ilkesinin bir gereği olarak değerlendiren Şahin (2001), s. 197.

[659] Bu mesele, Hukuk Muhakemeleri Kanununun 266. maddesinin açık hükmüne rağmen mahkemeler uygulamasında hukukî konuda bilirkişi incelemesine başvurulmasının önüne geçmek bağlamında tartışmaya çalıştığımız amicus curiae, hâkim yardımcılığı ve özellikle uzmanlık mahkemeleri kavramlarından ayrı bir yerde durmaktadır. Zira zikredilen meselelerde esas olan, yargılama sırasında ihtiyaç duyulan ve fakat özellik arz edebilen hukukî bir bilgiye ulaşılması gerekliliğiyle ilgilidir. Bkz. yuk. *Birinci Bölüm, 1.3.2.3.1* ve *1.3.2.3.2.*

konumundadır[660]. Oysa bir uzman, sahip olduğu bilgi nedeniyle belirli bir mahkemede, şüphesiz bir uzmanlık mahkemesinde, görevlendirildiği vakit, müzakerelere katılma yetkisine sahip olmakta ve karar verme yetkisini paylaşmaktadır[661].

İsviçre hukuk öğretisinde bu yöndeki bir yaklaşımın çeşitli faydaları içerdiği ifade edilmektedir. Buna göre, bilirkişi incelemesine başvurmaktan kaynaklanan masraflar ve yargılamanın uzaması riski böyle bir yapı sayesinde büyük ölçüde ortadan kalkmaktadır. Öte yandan, bilirkişi bir hâkimin fonksiyonunu üstlendiğinden, yani onunla birlikte görev yapmakta olduğundan, artık hâkimin yargılama yetkisini bilirkişiye devrettiğinden de söz edilemeyecektir[662]. Nihayet İsviçre Federal Medenî Usûl Kanunu bu anlamda ilgi çekici bir hükmü barındırmaktadır. Nitekim zikredilen Kanunun 183. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca, mahkeme, üyelerinden birinin uzmanlık bilgisine başvurmaya karar verdiği takdirde, tarafları bu konuda görüş bildirmeleri amacıyla bilgilendirmelidir (bkz. CPC Suisse, art. 183, al. 3)[663].

Türk hukuku bakımından meslekten hukukçu olmayan kimselerin, toplu bir mahkemede yer alması Kanunda düzenlenmediği sürece, böyle bir imkânın içeriğini tartışmak çok da anlamlı olamayacaktır. Ancak, bu usûlün, pek çok hâlde fayda sağlayacağı ve belli uyuşmazlıklar bakımından usûl ekonomisi ilkesine de hizmet edeceği kanısındayız.

1.8. Hâkimin Bilirkişi İncelemesine Başvurma Zorunluluğu

1.8.1. Hâkimin takdir yetkisinin zorunlu bilirkişilik yoluyla kanun tarafından sınırlandırılması

Hâkim, bilirkişi incelemesine başvurmak konusunda, kural olarak, usulî bir takdir yetkisine sahiptir. Nitekim bu takdir yetkisi, bilirkişi incelemesine başvuru koşulları çerçevesinde ele almış olduğumuz üzere, bilirkişilik faaliyetinin genel teorisinin bir

[660] Bettex (2006), s. 235.
[661] Bettex (2006), s. 235.
[662] Bettex (2006), s. 235.
[663] Diğer taraftan Federal Medenî Usûl Kanunu yürürlüğe girene kadar, kanton hukukları bazında konu farklı şekillerde gelişmiştir. Örneğin, Vaud Kantonu medenî usûl hukuku bakımından bazı yazarlar, bir uzmanın görev yaptığı bir özel mahkeme faaliyette olsa dahi, bunun bilirkişi incelemesine başvurmaktan sarfınazar etmeye engel bir durum olmadığını dile getirmektedir. Bkz. Bettex (2006), s. 237.

gereğidir. Ne var ki, bu takdir yetkisinin, artan bir seyir içinde çeşitli şekillerde sınırlandırıldığını görmekteyiz.

Bu çerçevede bilirkişi incelemesine başvuru zorunluluğu kimi zaman bir kanun hükmünden, kimi zaman takip eden başlık altında ayrıca ele alacağımız gibi kanun yolları denetiminde, henüz isitnaf kanun yolunun fiilen yürürlüğe girmemiş olduğu Türk hukuk sisteminde, Yargıtay'ın yaklaşımından kaynaklanmaktadır[664]. Öte yandan burada Hukuk Muhakemeleri Kanununun 266. maddesinin, diğer koşullarla birlikte, özel ve teknik bilgiye ihtiyaç duyulması hâlinde hâkime başka bir seçenek sunmaması da önemli bir etkendir.

Esas itibariyle zorunlu bilirkişi incelemesinin görünüm biçimlerini gerek Türk gerek bazı yabancı ülke hukuklarının düzenlemeleri etrafında değerlendirmek istediğimizde, seçilen konular bakımından meseleye yaklaşımın benzerlikler taşıdığını görmekteyiz[665].

Bununla birlikte şüphesiz, hukuk sistemleri arasında bazı nüanslar bulunmaktadır. Örneğin, bilirkişiye tevdi edilen görevin kapsam ve içeriği bakımından açık bir ayrımın söz konusu olmadığı Türk (ve İsviçre) hukukunda, hâkimin elindeki mekanizma zorunlu bilirkişi incelemesidir. Buna karşılık Fransız hukukunda bilirkişilik faaliyetinin ele alınış biçiminden kaynaklı olarak bu hâllerden bazıları, dar anlamda bir bilirkişi incelemesinin değil, fakat zorunlu bir takım vakıa tespitlerinin (*constatations*) konusunu oluşturmaktadır[666]. Aynı şekilde açıkça Kanunda işaret edilmese de kimi Fransız hukukçular hâkimin dar ve teknik anlamda bilirkişi incelemesi yerine belli durumlarda

---

[664] Bkz. aşa. *İkinci Bölüm, 1.8.2.*

[665] Bu çerçevede zorunlu bilirkişi incelemelerinin Türk hukukunda olduğu gibi Fransız, İsviçre, Belçika ve Alman hukuklarında da tartışıldığını ve bazı düzenlemelerin konusunu oluşturduğunu görüyoruz. Genel olarak bkz. *Türk* hukuku bakımından Kuru (2001), C. III, ss. 2624 ve 2625; Atalay (2001a), s. 185 vd; Kuru, Arslan ve Yılmaz (2012), s. 430 vd.; Deryal (2011), s. 146 vd.; Karafakih (1952), s. 213. *Fransız* hukuku bakımından Dumoulin (2007), s. 112, 113; M. Roelants (2007). L'expertise obligatoire: domaines et caractères. http://www.courdecassation.fr/colloques_activites_formation_4/2007_2254/expertise_obligatoire_domaines_caractere_10914.html (son erişim tarihi: 10.9.2012), s. 1 vd.; Boulez (2009), n° 41.17, s. 116; Olivier (2002), n° 41, 42, s. 9; Pinchon ve Millo (2002), n° 555, s. 254, 255; Génin-Meric (1995, fasc. 662), n° 66, s. 11; V. Vigneau (2008). L'expertise en matière civile. *Droit de l'expertise (Dir.: Tony Moussa)*. Paris: Dalloz, n° 2, s. 52 vd., n° 221.25, s. 72; Diaz (2008), n° 41.31, s. 122. *İsviçre* hukuku bakımından Hohl (2001), C. I, s. 197, n° 1045; F.-E. Klein, J. M. Grossen ve H. R. Schupbach (1969). Suisse. *L'expertise dans les principaux systèmes juridiques de l'Europe.* Paris: Éditions de l'Épargne, ss. 393 – 422, s. 406. *Belçika* hukuku bakımından Mignolet (2009), n° 26, s. 62, 63. *Alman* hukuku bakımından Deliduman (2004), s. 268.

[666] Genel olarak bkz. Olivier (2002), n° 39, s. 9; Génin-Meric (1995), Fasc. 662, n° 14, 15, s. 5.

yine vakıa tespitine ve ayrıca danışman görüşüne (*consultation*) başvurabileceğine işaret etmektedir[667].

Bir diğer farklılık ise, bilirkişi incelemesine başvurma zorunluluğuna ilişkin usûl bağlamında karşımıza çıkmaktadır. Örneğin, Türk hukukunda bilirkişi incelemesine başvuru zorunluluğuna işaret eden hükümlerin bir kısmında, doğrudan doğruya hâkime yönelik olarak, onun bilirkişiye başvurması gerektiğinin belirtildiğini görüyoruz[668]. Buna karşılık, bir delil tespitinin konusunu oluşturan kimi hâllerde ise, bu sefer tarafların bu yönde bir talepte bulunmaları gerektiğine işaret edilmektedir[669]. Hiç şüphe yok ki, böyle bir faraziyede hâkim de bilirkişi incelemesine başvurulacağını öngören açık düzenleme karşısında, bu talebi reddetme hakkına sahip değildir[670].

Belli meselelerde hâkimi doğrudan doğruya bilirkişi incelemesine başvurmaya sevkeden bu yaklaşım, diğer bazı yabancı ülke hukuklarında da aynı şekildedir[671]. Bunlar arasında özellikle Fransız hukukunun, meseleyi ele alış biçimi nedeniyle önemli bir örnek oluşturduğunu düşünüyoruz. Bu sistemde talep üzerine bilirkişi incelemesine başvurulması zorunluluğun söz konusu olduğu hâller, hâkimin kendiliğinden bir bilirkişiye başvurmak zorunda olduğu hâllerden daha yaygındır. Buradaki esas mesele, hâkimin kural olarak bilirkişi incelemesine başvurma zorunluğu altında bulunmaması, buna karşılık bir tarafça talep edilmişse, artık başvurmaktan kaçınamayacak olmasıdır[672].

---

[667] Bkz. Solus ve Perrot (1991), n° 959, s. 816.

[668] Örneğin tıbbî konular bakımından işaret edilen ve bir kısmı çekişmesiz yargıya tâbi birer iş olan hâllerde (bkz. TMK m. 165, 409, 436, 474); kamulaştırma davalarında (bkz. Kamulaştırma Kanunu m. 15) bilirkişi incelemesine başvurulması bakımından durum bu şekildedir.

[669] Örneğin eser sözleşmesi bakımından bkz. TBK m. 474; hayvan satımı bakımından bkz. TBK m. 224. Ayrıca bkz. Kuru (2001), C. III, s. 2625; Atalay (2001a), s. 185; Deryal (2011), s.147.

[670] Nitekim bir üst dipnotta zikrettiğimiz hâllerin her ikisi bakımından da bu sonuca varmak mümkündür. TBK m. 474 hükmünde tarafların inceleme yapılmasını isteyebilecekleri belirtilmiştir. Buna karşılık TBK m. 224 hükmünde ise alıcının her ne kadar bilirkişi incelemesi talebinde bulunmaması faraziyesinde satıcının sorumlu tutulamayacağı söz konusuysa da, bunun aynı zamanda alıcı bakımından da bir imkâna işaret ettiğini kabul etmek gerektiği kanısındayız.

[671] Örneğin Fransız hukukunda vasi tayini bakımından bkz. CC français, art. 493-1); taşınmazlara ilişkin muhtelif uyuşmazlıklar bakımından bkz. CC français, art. 824; 1601-2; 1678. Belçika hukuku bakımından ticarî işletmenin devri sırasındaki bilirkişi incelemesi bakımından bkz. CJ, art. 1199; izale-i şüyu talepleri bakımından bkz. CJ, art. 1215, 1216. Nihayet İsviçre hukukunda kısıtlama kararı ve nesebin kurulması bakımından bkz. CC suisse, art. 374, al. 2 ve 254, ch. 2. Son olarak Alman hukukunda hacir kararının verilmesi bakımından dZPO § 645.

[672] Bkz. Boulez (2009), n° 41.16 vd., s. 116, 117. Ayrıca bkz. Dumoulin (2007), s. 112, 113; Solus ve Perrot (1991), n° 959, s. 815, 816. Diğer yandan özellikle gen incelemesi hakkındaki açıklamalar için bkz. G. Vial (2008). *La preuve en droit extrapatrimonial de la famille.* Paris: Dalloz, s. 560, n° 425 vd.; G. Dalbignat-Deharo (2004). *Vérité scientifique et vérité judiciaire en droit privé.* Paris: L.G.D.J., s. 121, 122, n° 128. Nitekim ekseriyeti Fransız Medenî Kanununda olmak üzere buna ilişkin çok sayıda hüküm bulunmaktadır. Özellikle soybağına ilişkin davalarda bilirkişi incelemesine başvurulması taleplerinin

Konu bakımından ise, bilirkişi incelemesine başvuru zorunluluğunun özellikle tıbbî konularda söz konusu olduğunu, daha sonra ise, bunu taşınmazlara ilişkin meselelerin takip ettiğini görüyoruz. Nitekim ilki bakımından akıl hastalığına dayanılarak açılan boşanma davasında (TMK m. 165) bu vakıanın bilirkişi raporu ile tespit edilmesinin zorunlu kılınması[673]; koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması, akıl zayıflığı veya hastalığı nedeniyle kısıtlama kararı ve nihayet daha önceden verilmiş olan vesayet kararının kaldırılması talepleri üzerine hâkimin kural olarak tıbbî bilirkişi incelemesine başvurması gerekmektedir. Bu hâlleri soybağına ilişkin davalarda bilirkişi incelemesine başvurulması takip etmektedir[674].

Taşınmazlar bakımından, ilk olarak kamulaştırma davalarında bilirkişilik gündeme gelmektedir (bkz. ve karş. KK m. 15; Code de l'expropriation français, art. R. 13-28). İkinci olarak özellikle Fransız hukukunda, inşaat hâlindeki taşınmazların satımında[675] veya o yahut bu sebepten ötürü taşınmazın değer tespitinin söz konusu olduğu hâllerde, nitekim taşınmaz satımının iptali talebinde taşınmazdaki hasarın belirlenmesi veyahut miras sebebiyle intikal eden bir taşınmazın mirasçılar arasında ortaklığın giderilmesi yoluyla paylaştırılmasında taşınmazın değerinin tespitinde bilirkişi incelemesine başvuru zorunluluğu söz konusudur[676].

Nihayet ticaret hukuku bakımından da, bir bilirkişinin görevlendirilmesini gerektiren bir çok mesele bulunmaktadır. Bunların bir kısmı, şirketler hukukunu

---

hâkim tarafından reddedilemeyecek olması Fransız öğretisinde ispat hakkı bağlamında da tartışılmaktadır. Bu konuda bkz. yuk. *İkinci Bölüm, 1.6.2.*

[673] Türk hukuku bakımından *Umar,* bu vakıanın sabit olmasının, boşanma sebebinin de gerçekleştiği anlamına geldiğini ve bu itibarla burada bilirkişi incelemesinin işlevini, dava temelinin bir unsuru şeklinde ifade etmektedir. Bkz. Umar (2011), s. 759.

[674] Genel olarak bkz. ve karş. TMK m. 436, 409 ve 474, ayrıca bkz. m. 284; CC suisse, art. 374 al. 2, ayrıca bkz. art. 254, ch. 2; CC français, art. 493-1; dZPO § 645. Bkz. ve karş. Kuru (2001), C. III, s. 2624, 2625, Deryal (2011), s. 146. İsviçre hukuku bakımından ayrıca bkz. Hohl (2001), C. I, s. 197, n° 1045; Klein, Grossen ve Schupbach (1969), s. 406; Fransız hukuku bakımından ayrıca bkz. iki önceki dipnotta zikredilen yazarlar.

[675] Buna göre, işin hitamında taşınmaz mülkiyeti, işin ön görüldüğü şekilde bitirildiğinin resmî senette tespitiyle alıcıya geçer. İşte taraflar arasında bu hüküm bağlamında bir uyuşmazlık çıkması durumunda, işin tamamlanıp, tamamlanmadığı (vakıası)nın tespiti, asliye hukuk mahkemesi başkanı tarafından görevlendirilen kimse (vakıa tespitçisi) tarafından gerçekleştirilmektedir (bkz. Olivier (2002), n° 40, s. 9).

[676] Hepsi için sırasıyla bkz. CC français, art. 1601-2; 1678; 824; taşınmaz değerinin tespiti bakımından ayrıca Belçika hukuku bakımından bkz. CJ, art. 1215, 1216. Fransız hukuku bakımından ayrıca bkz. Roelants (2007), s. 3 vd.

ilgilendirmekteyken[677], bir kısmı ise, özellikle taşıma sözleşmesinden çıkan uyuşmazlıklar bakımından söz konusu olan delil tespitlerinde karşımıza çıkmaktadır[678].

1.8.2. Zorunlu bilirkişiliğin genel çerçevesi

Bir pozitif düzenlemeyle bilirkişi incelemesinin zorunlu olarak öngörüldüğü hâller, Türk hukuku da dâhil olmak üzere genelde usûl kanunlarında değil, maddî hukuka ait düzenlemelerde yer almaktadır. Buradaki sorun, meseleyi belli bir maddî hukuk konusu içerisinde düzenlemekten ziyade, belirli bir ispat aracına, bir usûl kanununda değil de, maddî bir kanunda işaret ediliyor olmasıdır.

Böyle bir düzenleme Fransız hukuku için şaşırtıcı değildir; çünkü bu sistemde ispat türleri geleneksel olarak Medenî Kanun'da yer almaktayken, diğer inceleme yöntemleri Medenî Usûl Kanununda düzenlenmektedir. İsviçre hukuku bakımından da 2011 yılının başına kadar, farklı Kantonlar bakımından farklı usulî düzenlemelerin geçerli olması karşısında zorunlu bir bilirkişi incelemesine federal düzeyde olan Medenî Kanunda yer verilmiş olması son derece doğaldır. Buna karşılık, ne delillerin ve ikamesinin ayrı düzenlendiği, ne de federalizmin benimsendiği Türk hukuku bakımından bu yaklaşımın doğal olduğunu söylemek güçtür. Deliller ve ikame yöntemlerinin tek bir Kanun içerisinde yer alması karşısında, yeknesaklığın sağlanabilmesi ve zorunlu bilirkişi incelemelerinin olabildiğince sınırlı tutulabilmesi için, olması gereken hukuk bakımından bu hâllerin tümüne Hukuk Muhakemeleri Kanununda yer verilmesi gerektiği kanısındayız.

Bilirkişi incelemesinin kanunda zorunlu olarak kabul edildiği hâllere ilişkin temel mesele ilk bakışta hâkimin takdir yetkisi bakımından kendisini göstermektedir. Farklı ülke hukukları bakımından aktarmaya çalıştığımız durumların tümünde, hâkim bilirkişiden görüş alıp almama konusundaki takdir yetkisini kaybetmektedir. Esasen bu hâller bakımından kanun koyucu, meselenin çözümü için özel ve teknik bilginin gerektiğini hatta kaçınılmaz olduğunu, bu meseleyi hâkimin sahip olduğu genel ve hukukî bilgiyle çözemeyeceğini önceden kabul etmekte, bu şekilde de hâkimin bilirkişi

[677] Genel olarak bkz. TTK m. 303, 392, 396.
[678] Genel olarak bkz. TTK m. 788, 990. Ayrıca bkz. TBK m. 224 ve 474. Ayrıca bkz. ve karş. Fransız hukuku bakımından, yine taşıma sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklarda zorunlu bilirkişi incelemesine işaret eden Code de commerce, art. L.133-4, al. 1.

incelemesinin gerekip gerekmediğini değerlendirme imkânını, kural olarak ortadan kaldırmaktadır[679].

Öncelikle koruma veya kısıtlama talepleri yahut taşınmazlara ilişkin kimi konular bakımından karşılaştırmalı hukukta aynı veya benzer hâller ile karşılaşmaktayız. Bu anlamda yukarıda zikrettiğimiz hukuk sistemlerinde akıl hastalığı veya zayıflığının tespitinin başka bir şekilde mümkün olmaması nedeniyle, gerekli incelemenin yaptırılması konusundaki tercih hâkime bırakılmamıştır. Burada tıbbî/ psikiyatrik bilgiye, diğer olası ispat araçları karşısında bir üstünlük tanındığı kanısındayız.

Diğer yandan yukarıdaki örnekten her hukuk sisteminin zorunlu bilirkişi incelemesinin kapsamına alınacak hâller konusunda her zaman aynı tercihlerde bulunduğu gibi bir sonuç çıkarmak da pek mümkün gözükmemektedir. Nitekim kamulaştırma bedeline ilişkin ihtilaf, gerek Türk gerek Belçika hukuklarında, mutlaka bilirkişi incelemesini gerektiren bir mesele olarak öngörülmüş, Türk hukukunda kamulaştırma davalarında kendine özgü bir sistem oluşturulmuştur[680]. Buna karşılık Fransız hukuku ise konuyu farklı bir şekilde ele almıştır. Fransız Kamulaştırma Kanunu (art. R. 13-28) 2005 yılında getirilen değişiklikler öncesinde hâkimin değer tayini konusunda bilirkişi incelemesine başvurmasını açık bir şekilde yasaklamaktayken; bahsedilen değişiklikten sonra hâkime bu imkânı tanımış, ancak bu konuda bir zorunluluk ön görmemiştir. Özetle, önceki sistemde ihtilaf hâlinde esas itibariyle taşınmazın değeri konusunda teknik bir danışman olarak hükûmet komiserine başvurulmaktayken, bu sistem özellikle hakkaniyete uygun yargılama ve tarafların eşitliği ilkesi bağlamında eleştirilere konu olmuş, nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin bir kararının[681] da etkisiyle zikredilen değişiklikler gerçekleştirilmiştir[682].

---

[679] Dumoulin (2007), s. 112; Leclerc (2005), n° 374; Delbignat-Deharo (2004), n° 128, s. 121. Nitekim Yargıtay'ın kimi kararlarından bilirkişi incelemesine başvuruyu zorunlu gördüğü hâllerde dahi, diğer delillere başvuru imkânını en azından zikretmek suretiyle olsa dahi, dışlamadığını görmekteyiz. *"...(Fiil ehliyetiyle ilgili olarak) tarafların gösterecekleri tüm delillerin toplanılması, tanıklardan bu yönde açıklayıcı, doyurucu somut bilgiler alınması, varsa ehliyetsiz olduğu iddia edilen kişiye ait doktor raporları, hasta müşahede kağıtları, film grafilerinin eksiksiz getirtilmesi zorunludur.* 1. HD, 15.10.2008, 8368/10306 (*Legal Hukuk Dergisi, 2009/76,* s. 1199 vd.).

[680] Kamulaştırma davalarında Kamulaştırma Kanununun 15. maddesi gereğince özel bir takım listeler oluşturulması hakkında bkz. aşa. *İkinci Bölüm, 2.2.4.1.1.*

[681] AİHM, 24 Nisan 2003 Yvon/ Fransa, n° 44962/68.

[682] Geniş bilgi için bkz. R. Hostiou (2006). Le commissaire-enquêteur et le commissaire du gouvernement. Expropriation et expertise judiciaire. *AJDI, 6*, ss. 443 – 447 (www.dalloz.fr); H. Heugas-Darraspen (2006). Elargissement du domaine de l'expertise judiciaire par le décret du 13 mai 2005. *AJDI, 6,* s. 447 – 451.

Kanun koyucu zorunlu bilirkişi incelemesinin kapsamına aldığı bazı hâllerde sadece teknik bilgiye işaret etmekle yetinmemektedir. Bir meseleyi zorunlu bilirkişi incelemesinin konusu hâline getirmek ister istemez bilirkişilik sistemine egemen olan anlayışa az veya çok müdahale etmeyi gerektirmektedir. Özellikle, Kamulaştırma Kanunu bakımından bilirkişilerin belirlenmesi ve seçilmesi konusunda söz konusu durum açıkça görülmektedir.

Bu noktada Fransız yazar *Champaud*, bilirkişilik faaliyetinin belli bazı hâller bakımından kaçınılmaz gözükmesinin bir sonucu olarak, zorunlu bilirkişiliklerin sayısının da artmakta olduğunu, kanun koyucunun bunu sağlayacak düzenlemelerde bulunduğunu dile getirmektedir[683]. Buna karşılık Türk kanun koyucusunun bu tür bir yaklaşımı açık bir şekilde benimsediğini savunabilir miyiz? Böyle bir durumda, Türk kanun koyucusunun sadece bilim ve teknikteki gelişmeleri, bazı hâller bakımından zorunlu bilirkişi incelemelerini öngörmeye götürdüğü yönünde bir sav çok da gerçekçi olmayacaktır.

Fransız hukukunda Kanunda belirlenen hâller, Alman hukukunda ise çok daha ileri gidilerek ilkesel düzeyde kabul edilmiş olan, taraflarca talep hâlinde bilirkişi incelemesine başvurma zorunluluğu, zorunlu bilirkişi incelemesi kavramı konusunda Türk pozitif hukukunda var olandan daha farklı bir yaklaşımı göstermektedir. Burada bilirkişi incelemesine başvuru, özellikle ispat hakkı bakımından da üzerine düşünülmesi gereken bir mesele oluşturmaktadır[684].

Bununla birlikte, bilirkişiliğe başvurunun zorunlu olması, bunun inceleme konusu vakıanın niteliğinden gelen bir kaçınılmazlık olduğu anlamına gelmemektedir. Burada kaçınılmazlığı ortaya koyan kanun koyucunun tercihi olmaktadır. Böyle bir tercih çerçevesinde teknik niteliğe sahip olduğu kabul edilen bir konu, zorunlu bilirkişiliğin kapsamına alınırken, aynı tekniklikteki bir diğer mesele bunun dışarısında tutulabilmekte; bu tercihler bir sistemden bir başkasına değişebilmekte, hatta kimi sistemlerde hiç de bulunmayabilmektedir. Bu ayrıma egemen olan sübjektiflik ve yine buna ilişkin bir yeknesaklığın bulunmaması, onun temel bir ayrım olarak ele alınması imkânını ortadan kaldırmaktadır. Nitekim, bilirkişiliğin zorunlu olması, inceleme sonucu verilecek olan görüş veya raporun mahkemeyi bağlayıcı nitelikte olduğu

[683] Bkz. C. Champaud (1995). Société contemporaine et métamorphose de l'expertise judiciaire, *Mélanges en l'honneur de Henri Blaise.* Paris: Economica, ss. 59 – 79.
[684] Nitekim bu konudaki açıklamalarımız için bkz. yuk. *İkinci Bölüm, 1.6.2.*

sonucunu doğurmayacağı gibi, gerek ihtiyarî gerek zorunlu bilirkişi incelemesinde, bilirkişi tarafından yapılan iş, yani gerçekleştirilecek inceleme de, kural olarak aynıdır.

1.8.3. Hâkimin takdir yetkisinin kanun yolu denetiminde sınırlandırılması

Kanun yolu denetiminde Yargıtay tarafından bilirkişi incelemesine başvuru zorunluluğunun öngörülmesi, dayanağını, çözümü özel ve teknik bilgiyi gerektiren hâllerde hâkimin bilirkişi görüşünün alınmasına karar *vereceğine* işaret eden Hukuk Muhakemeleri Kanununun 266. maddesi hükmünde bulmaktadır. Aşağıda aktaracağımız örneklerde, esasen uyuşmazlık konusu vakıa meselesi bakımından, bilirkişi incelemesine başvuru zorunluluğuna işaret eden açık bir Kanun hükmü bulunmamaktadır. Gerçekten de buradaki temel mesele, hâkimin uyuşmazlık konusu vakıanın çözümü için özel ve teknik bilgiye ihtiyaç duyduğuna kanaat getirmişse, bilirkişi incelemesine başvuracak olmasıdır[685]. Ancak bu yapı içerisinde hâkimin sahip olduğu takdir yetkisi, hangi hususun özel ve teknik bilgiyi gerektirdiği konusundadır[686]. Ne var ki Yargıtay uygulaması hâkimin bu takdir yetkisini denetlemektedir[687].

Yargıtay belirli meseleleri, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hususlar olarak değerlendirmekte ve bu hâllerde, hâkimin bilirkişi incelemesine başvurmaktan kaçınamayacağını belirtmektedir. Uygulamada bilirkişi incelemesine başvurunun zorunlu görüldüğü hâlleri genel bir tasnife tâbi tutmak, bu hâllerin tam bir listesini verebilmek kanımızca çok güçtür. Yine de Yargıtay, eski tarihli bir kararında mutlak surette bir bilirkişi incelemesine başvurulması gereken hâller konusunda bir liste sunabilmiştir: Nitekim "*(t)rafik kuralları özel bilgiyi gerektiren ihtisas konusu olduğu gibi, birlikte kusurun tesbiti ve nisbeti ancak bu kurallardan anlayan bilirkişi raporları ile kâbildir. Bir hesap durumunun tetkiki, yazı ve imzanın incelenmesi, tıbbî ve sağlık ile ilgili tesbitler, gayrimenkul kıymet ve kira takdirlerinin münhasıran bilirkişi*

[685] Bu konuda genel olarak bkz. ve karş. Umar (2011), s. 759; Üstündağ (2000), s. 744, 745; Alangoya, Yıldırım ve Deren Yıldırım (2011), s. 360; T. Sengir (1976). Yazı ve imza konusunda mahkemelerde bilirkişi seçimi. *İBD, 1976/9-10,* ss. 51 – 55, s. 51.

[686] Bkz. ve karş. Kuru (2001), s. 2631; Üstündağ (2000), s. 744; Alangoya, Yıldırım ve Deren Yıldırım (2011), s. 360, 361; Arslan (1989), s. 161; Atalay (2001a), s. 185, 186.

[687] Bu konu hakkında ayrıca bkz. ve karş. Kuru (2001), s. 2625 vd.; Atalay (2001a), s. 185 vd. Buna karşılık, hâkimin çözümü özel ve teknik bilgiyi gerektiren bir hâlin varlığı karşısında, bilirkişi görüşüne başvurmak yerine, kendi sahip olduğu bilgiden yararlanması, meselenin ayrıca değerlendirmeye çalıştığımız bir diğer yönünü meydana getirmektedir. Bkz. yuk. *İkinci Bölüm, 1.7.*

incelemesinden geçmesi zorunluluğu vardır"[688]. Bu karar bir tarafa bırakılacak olursa, teknik yönü ön plâna çıkan ve fakat bilirkişi incelemesine başvurulmamış bir çok konuda Yargıtayın ve bazı hâller bakımından İsviçre Federal Mahkemesinin bir bilirkişiden görüş alınması gereğini özel olarak vurguladığını görmekteyiz.

İlk olarak, *tüketici hukukundan* doğan kimi hâller bu çerçevede sayılabilir. Nitekim elektrik kullanımından kaynaklanan ek tüketim bedelinin ödenmesi talebinden[689], kredi kartı kullanımından kaynaklanan[690] ve genel olarak ayıba karşı tekeffülden doğan[691] uyuşmazlıklar teknik bir incelemeyi gerektirmesi nedeniyle örnek olarak gösterilebilir[692].

İkinci olarak, tıbbî konularda, Türk Medenî Kanunu, bir üst başlık altında saydığımız hâller dışında, ehliyetin veya ehliyetsizliğin tespiti bakımından bilirkişi incelemesine başvuru zorunluluğuna açıkça işaret etmiş değildir. Buna karşılık Yargıtay, davanın taraflarından birinin fiil ehliyetinin uyuşmazlık konusu edildiği birçok hâlde, bilirkişiye başvuru zorunluluğuna işaret etmektedir[693].

Bu noktaya hem tıbbî konuların teknik niteliğinden, hem de söz konusu meselelere gerek uyuşmazlığın çözümü, gerek sonuçları itibariyle atfedilen önemden yola çıkılarak varıldığını görmekteyiz. Bir kere gerçekten de, temyiz gücünden, fiil ehliyetinden yoksunluk yahut akıl zayıflığı gibi hâller tartışmasız bir biçimde gerek biyolojik, gerek psikolojik unsurlarla ilişkili olup, bunların tespiti veya değerlendirilmesi için çoğu kez bir uzmanın özel ve teknik bilgisine ihtiyaç duyulmaktadır[694]. Öte yandan Yargıtay, ehliyet konusunun kamu düzeni karakterine ve maddî hukuk bakımından sonuçlarına ve ehliyetin tartışma konusu edildiği hâllerde

---

[688] Bkz. 4. HD, 20.1.1967, 10609/371 (zikreden Sengir (1979), s. 52).
[689] Bkz. 7. HD, 10.11.2009, 3708/5087 (*Legal Hukuk Dergisi,* 2010/85, s. 202 vd.).
[690] Bkz. 11. HD, 19.1.2009, 12425/429 (*YKD,* C. 36, 2010/4, s. 642 vd.).
[691] Bkz. 19. HD, 20.11.2008, 3040/11300 (*YKD,* C. 35, 2009/4, s. 730 vd.).
[692] Ayrıca bkz. 15. HD, 24.6.2008, 1208/4192 (*YKD,* C. 35, 2009/5, s. 918 vd.).
[693] "*…Ayırt etme gücünün nisbi bir kavram olması, kişiye eylem ve işleme göre değişmesi, bu yönde yetkili sağlık kurulundan rapor alınmasını da gerekli kılmaktadır. Esasen Medenî Kanun'un 409/2. maddesi akıl hastalığı veya akıl zayıflığının bilirkişi raporu ile belirleneceğini öngörmüştür. Somut olayda, Elazığ Sulh Hukuk Mahkemesi'nin 24.05.2005 tarih, 121-1114 Karar sayılı ilamı ile Aliye'nin "Bipolar Affektif Bozukluk" tanısı ile TMK'nın 405. maddesi uyarınca hacir altına alınmasına karar verilmişse de, hastalığın başlangıcı kesin olarak saptanmış olmadığı gibi, takibin dayanağı olan bononun tanzim tarihi olan 13.03.2002 tarihi itibariyle de ehliyetli olup olmadığı ve hastalığın seyir şekli belirlenmemiştir. O halde, bozma ilamında değinildiği gibi bononun tanzim tarihi itibariyle Aliye'nin ehliyetli bulunup bulunmadığının tespiti konusunda rapor alınmalıdır…"* HGK, 17.2.2010, 19-97/83 (*Legal Hukuk Dergisi,* 2010/96, ss. 4374 – 4376*)*; 13. HD, 16.9.2003, 6060/10174 (karar metni için bkz. Yılmaz (2012), s. 1186, 1187). Ayrıca bkz. Kuru (2001), s. 2627.
[694] Bkz. 1. HD, 15.9.2009, 5266/9175 (*Legal Hukuk Dergisi,* 2010/87, s. 928 vd.); 1. HD, 2.12.2008, 8398/12665 (*İKİD, 2009/583,* ss. 6545 vd.).

bunun öncelikli olarak incelenmesi gerektiğine de dikkat çekmekte ve nihayetinde bu hâller bakımından hâkimleri bilirkişi incelemesine yönlendirmektedir[695]. Nihayetinde burada bir sınırlama bulunmaksızın, hemen tüm tıbbî konuların bir bilirkişi incelemesinin konusunu oluşturması şaşırtıcı değildir[696].

Üçüncü olarak, karşımıza, belli bir *hesap uzmanlığını* gerektiren hâllerde başvurulan bilirkişi incelemeleri çıkmaktadır. Buna göre, karmaşık bir incelemeyi gerektirdiği sürece, bilanço, defter veya hesaplar üzerindeki incelemelerin, bilirkişi vasıtasıyla gerçekleştirilmesi gerekir[697]. Burada özellikle, Yargıtayın, zorunlu iflâs ve iflâsın ertelenmesi talebi üzerine, gerek şirketin malî durumunun gerek iyileştirme ümidinin, birer teknik mesele olduğu ve bilirkişi incelemesine başvurmanın zorunlu olduğu yönündeki görüşü örnek olarak gösterilebilir. Bunun aksi usûle etkili bir bozma sebebi addedilmektedir[698].

Kira bedelinin tespitinde bilirkişinin yeri konusundaki en önemli karar, 1964 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararıdır. Kararda kira bedelinin, bilirkişiden alınacak rapor üzerine hâkim tarafından belirleneceği öngörülmüştür[699]. Türk Borçlar Kanununun yürürlüğe girmesiyle 6570 sayılı Kanun ortadan kalksa da, kira bedeli konusunda uzlaşma olmaması hâlinde bunun mahkeme tarafından belirleneceği Türk Borçlar

---

[695] "*…Davada, ehliyetsizlik hukukî sebebi yanında muris muvazaası hukukî sebebine de dayanıldığına göre, hukukî ehliyetin kamu düzeni ile ilgili olduğu gözetilerek önemine binaen öncelikle ehliyetsizlik yönünden inceleme yapılması gerekeceği kuşkusuzdur. Ne var ki, mahkemece bu sebep yönünden herhangi bir araştırma, inceleme ve soruşturma yapılmış değildir… (ilgili) ilkelerin ve yasa maddelerinin ışığı altında olaya yaklaşıldığında bir kimsenin ehliyetinin tesbitinin şahıs ve mamelek hukuku bakımından doğurduğu sonuçlar itibariyle ne kadar büyük önem taşıdığı kendiliğinden ortaya çıkar… Hele ayırt etme gücünün nisbi bir kavram olması kişiye eylem ve işleme göre değişmesi bu yönde en yetkili sağlık kurulundan, özellikle Adli Tıp Kurumundan rapor alınmasını da gerekli kılmaktadır."* 1. HD, 15.10.2008, 8368/10306 (*Legal Hukuk Dergisi, 2009/76,* s. 1199 vd.).

[696] Nitekim İsviçre hukuku bakımından da ifade edildiği gibi, sinirsel bir rahatsızlığın varlığı ancak bir bilirkişi incelemesi sonucunda ortaya konabilir. Zira bu mesele tıp bilimine ilişkindir. Öte yandan tıbbî meselelerde, hareket kaybına ilişkin tıbbî bir takım sonuçlar çıkarmak için özel bilgiye ihtiyaç bulunmaktadır (Bohnet (2005), s. 426, n^{o} 6).

[697] Bkz. 13. HD, 6.12.2005, 11780/18059; 11. HD, 21.10.2004, 13396/10151 (karar metinleri için bkz. Yılmaz (2012), s. 1184, 1185). Ancak burada söz konusu olan basit bir takım hesaplamalar ise, bilirkişi incelemesine başvurulmaması gerekmektedir (nitekim bkz. 4. HD, 5.2.2003, 10821/1342. Karar metni için bkz. Yılmaz (2012), s. 1185).

[698] Örneğin bkz. HGK, 14.11.2007, 292/270 (*Prof. Dr. Bâki Kuru Arşivi).*

[699] Bkz. İBK, 18.11.1964, 2/4 (*KBİBB*). Aslında burada esas mesele, 6570 sayılı Kanunun 2 ve 3. maddelerinin Anayasa Mahkemesi tarafından 26.3.1963 tarihli Kararla iptal edilmiş olmasından kaynaklanmaktadır. Nitekim zikredilen İçtihadı Birleştirme Kararı da bu boşluğu doldurma amacını taşımaktadır (Umar (2011), s. 759).

Kanununun 344. maddesinde yer aldığına göre, zikredilen içtihadın da geçerliliğini koruduğunı ifade etmek mümkündür[700].

Nihayet Yargıtay, *hasar miktarının tespiti* bakımından da bilirkişi incelemesine başvuru gereğine işaret etmektedir[701].

Son olarak İsvçre uygulamasında Federal Mahkeme, a*yrımcılık iddiasıyla,* özellikle ücret konusunda kadın ve erkek arasında ayrımcılık yapıldığı iddiasıyla açılan davalarda, bu vakıanın gerçekleşip gerçekleşmediği konusunda bilirkişi incelemesine başvurulması gereğine işaret etmektedir[702]. Federal Mahkeme, *velayet davasında da,* mahkemenin bilirkişi incelemesine başvurmak durumunda olduğunu belirtmektedir[703].

Kanun yolu denetiminde ilk derece hâkimlerinin belli hâllerde bilirkişi görüşü almaya yönlendirilmeleri konusunda, bir kez daha ifade edecek olursak, esas mesele, Yargıtayın teknik bir konuda bilirkişi incelemesi alınmamış olmasının eksikliğine işaret etmesi değil, hangi hususun bir teknik mesele oluşturup oluşturmadığı konusunda hâkimin takdir yetkisine müdahale etmesidir. Bununla birlikte aktarmaya çalıştığımız örnekler çerçevesinde, bu müdahalenin bilirkişi incelemesi özelinde, her zaman olumsuz bir sonuç doğurduğunu ifade etmemiz güçtür. Ancak ne olursa olsun bu durum hemen her konuda, diğer koşullar ve ispat araçları dikkate alınmaksızın, bilirkişi görüşüne başvurulması konusunda bir eğilimin oluşmasına da yol açmaktadır.

---

[700] Nitekim olması gerekenin de bu konuda bilirkişi incelemesine başvurulması olduğu noktasında bkz. Umar (2011), s. 759. Ayrıca bkz. Kuru (2001), s. 2630, 2631.

[701] Örneğin bkz. "*...davalıların hayvanlarının zarar verip vermedikleri, vermişlerse kapsamı belirlenmeli…"* 4. HD, 18.11.1983, 9004/9735; 4. HD, 25.9.1979, 5563/10336 (Arslan (1989), s. 162). Ayrıca bkz. 17. HD, 25.1.2005, 74/182 (karar metni için bkz. Yılmaz (2012), s. 1184. Ancak ifade etmek gerekir ki, tazminat miktarı hâkim tarafından belirlenmesi gereken bir hususdur (nitekim Yargıtay 1930'lu yıllarda tazminat miktarının hâkim tarafından tayin edilebileceğine işaret etmiştir: "*...Tarafların içtimaî mevkiine ve yaşayış tarzlarına ve müddeialeyhin müddeiye ne kadar muavenet etmesi icap ettiği ehli vukufa takdir ettirilmeyip, re'sen yirmi lira takdir kılınmasından dolayı… 'yargıç lüzum görürse bilirkişiye müracaat edeceği ve bu suretle dahi bilirkişi raporiyle mukayyet olmadığı…"* YGK 1939-1940, s. 67, No. 47, Ansay (1957), s. 273'den naklen). Ne var ki, şu an için Yargıtay'a göre, tazminat miktarının tayin ve tespiti, özel ve teknik bilgi gerektiren bir alan olup, bu konuda bilirkişi incelemesine gidilmesi gerekli, hatta bazı hâller bakımımdan zorunludur. "*…(E)crimisil kötü niyetli zilyedin ödemek zorunda olduğu bir miktar tazminat olduğundan, tazminat miktarının tayin ve tespitinin özel ve teknik bilgiyi gerektirmesi nedeniyle HUMK.nun 275. maddesi uyarınca mahkemenin bilirkişi oy ve görüşüne başvurması zorunludur…"* 14. HD, 5.2.2007, 15994/903 (*YKD, C. 34, 2008/5,* s. 910 vd.). Ancak bu yaklaşım HMK m. 266 hükmüne aykırıdır. Nitekim bkz. yuk. *Birinci Bölüm, 2.3.*

[702] Nitekim Federal Mahkemeye göre, böyle bir davada ileri sürülen vakıa karmaşık bir içeriğe sahip olduğundan yerel mahkemenin bilirkişi incelemesine başvuru yönündeki talebi reddetmesi, hukukî dinlenilme hakkının ihlâli anlamına gelmektedir. ATF 117 Ia 262 (Zikreden Aubry-Girardin (2005), s. 1070, dn. 117).

[703] ATF 7 I 95, Bohnet (2005), s. 425, n^{o} 3. Bilirkişinin salt anne ve babanın durumuna ilişkin bir inceleme için değil fakat küçüklerin dinlenilmesi konusunda da görevlendirilmesi gerekebilmektedir Bohnet (2005), s. 425, n^{o} 3.

1.9. Geçici Hukuki Koruma Yargılamasında Bilirkişi İncelemesine Başvurulması

Medenî usûl hukuku bakımından geçici hukukî koruma (bkz. HMK m. 389 – 406; İİK m. 257 – 268[704]) talepleri üzerine yapılacak olan yargılamaya ayırt edici özelliğini veren belli bazı hususlar[705] karşısında, böyle bir yapı içerisinde bir bilirkişi incelemesine başvurunun genel olarak yeri, geçici hukukî koruma yargılamasına ilişkin ilkeler ile bilirkişi incelemesinin bağdaşıp bağdaşmadığı, nihayet farklı bir takım geçici koruma yargılamaları bakımından bilirkişi incelemesinin ne ölçüde mümkün olduğu hususları ayrıca değerlendirilmelidir.

Nitekim, geçici hukukî koruma tedbiri[706] talebi üzerine söz konusu olan yargılama ile genelde ispat araçları, özelde ise bilirkişi incelemesinin ilişkisi bağlamında, bahsettiğimiz yargılamaya ilişkin üç özellik diğerlerinden öne çıkmaktadır: İncelemenin basit ve çabuk şekilde yapılması, gerektiğinde karşı taraf dinlenilmeden karar verilebilmesi ve yargılamada kural olarak yaklaşık ispatla yetinilmesi. İşte bu noktada sorgulanması gereken temel husus, geçici hukukî koruma yargılamasının bu sayılan

---

[704] Ayrıca bkz. TMK m. 169, 195, 332 – 334, 346 – 348, 360, 361, 420; TTK m. 324; İİK m. 179.

[705] Geçici hukukî koruma yargılamasının özellikleri hakkında genel olarak bkz. S. Üstündağ (1981). *İhtiyatî tedbirler [Geçici hukukî himaye (koruma) önlemleri]*. İstanbul: Fakülteler Matbaası, s. 45 vd.; E. Yılmaz (2001). *Geçici hukukî himaye tecbirleri, C. I.* Ankara: Yetkin Yayınları, s. 37, 38; Pekcanıtez, Atalay ve Özekes (2010), s. 671. Yargısal temel haklar, özellikle hukukî dinlenilme hakkı bakımından Özekes (2004), s. 212, 213. Özel olarak *ihtiyatî tedbir* yargılaması hakkında E. Erişir (2010). *İhtiyatî tedbir türleri.* Doktora Tezi, DEÜ Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 166 vd.; Yılmaz (2001), C. I, s. 888 vd.; Pekcanıtez, Atalay ve Özekes (2010), s. 674 vd.; Kuru, Arslan ve Yılmaz (2012), s. 567 vd.; Alangoya, Yıldırım ve Deren-Yıldırım (2006), s. 442, 443; N. Deren-Yıldırım (2002). *Haksız rekabet hukuku ile fikri ve sınai mülkiyet hukukunda ihtiyati tedbirler. 2. Bası.* İstanbul: Alkım Yayınevi, s. 51 vd. *İhtiyatî haciz* bakımından M. Özekes (1999). *İcra ve iflâs hukukunda ihtiyati haciz.* Ankara: Seçkin Yayınları, s. 202 vd.; E. Yılmaz (2001). *Geçici hukukî himaye tedbirleri, C. II.* Ankara: Yetkin Yayınları, s. 1108, 1109; B. Kuru (2004). *İcra ve iflâs hukuku el kitabı.* İstanbul: Türkmen Kitabevi, s. 886, 887; H. Pekcanıtez, O. Atalay ve M. Özekes (2010). *İcra ve iflâs hukuku,* Ankara: Yetkin Yayınları, s. 456, 457; A. Karslı (2010). *İcra hukuku ders kitabı.* İstanbul: Alternatif, s. 671. *Delil tespiti*ne ilişkin açıklamalarımız için bkz. aşa. Bu başlığın altında 3.3.1.2. Diğer geçici hukukî koruma tedbiri talepleri hakkında yapılacak inceleme konusundaki açıklamalar için bkz. Erişir (2010), s. 243 vd.

[706] Geçici hukukî koruma, içerisinde ihtiyatî tedbir türlerinin, ihtiyatî haczin, delil tespitinin, aile hukuku kapsamındaki çeşitli tedbirlerin, iflâsın ertelenmesinin ve diğer pek çok hukuk dalından doğan geçici nitelikteki tedbirlerin yer aldığı bir üst kavramdır. Bu konuda bkz. Yılmaz (2001), C. I, s. 32 vd.; Erişir (2010), s. 4 vd.; Konuralp (2006), s. 246; Pekcanıtez, Atalay ve Özekes (2010), s. 669 vd. Bu kapsayıcılık gereği bir üst kavram olarak kullanılmasının yerindeliğine karşın (bkz. Yılmaz (2001), C. I, s. 171 vd.; Erişir (2010), s. 4 – 6), öğretinin bir kısmında (örneğin bkz. Alangoya, Yıldırım ve Deren-Yıldırım (2009), s. 405 vd.; Kuru, Arslan ve Yılmaz (2009), s. 613 vd.) geleneksel olarak geçici hukukî koruma teriminin yerine ihtiyatî tedbirin kullanılmaya devam edilmesi, özellikle Hukuk Muhakemeleri Kanununun hazırlanmasında, kanun koyucunun tercihini 389 ve devamındaki maddelerin başlığının "Geçici hukukî korumalar" olarak belirlenmesi yönünde kullanması karşısında bu geleneksel anlamı yitirmiştir. Böylece terim bakımından artık bir tereddüt bulunmadığı inancındayız.

özelliklerinin, bilirkişi incelemesine başvuruyu sınırlandırıp sınırlandırmadığı, başka bir deyişle, bilirkişi incelemesinin sadece bu özelliklere aykırı düşmediği ölçüde mümkün olup olmadığıdır:

İlk nokta ispat ölçüsüdür. Geçici hukukî koruma taleplerinin kabulü bakımından aranan ispat ölçüsünün kural olarak, yaklaşık ispat[707] olduğu konusunda bir tereddüt yoktur (örneğin bkz. HMK m. 390/III, 400/II; İİK m. 258/I)[708]. Özetle, bu kanaatin uyandırılması amacıyla kullanılabilecek ispat vasıtaları hususunda kural olarak genel kurallardan ayrılmanın gerekmediği kabul edilmektedir[709]. Nihayetinde geçici hukukî korumalarda ispat ölçüsünün düşürülmüş olması, yine prensipte vakıaların bir kısmının incelenmeyeceği veya hızlı bir incelemeye tâbi tutulacağı anlamına da gelmemektedir[710].

Ne var ki bu son iki kabulden, yani genel ispat kurallarının geçerli olması ve vakıaların kural olarak, genel bir incelemeye tâbi tutulmasından, her seferinde normal bir yargılamada olduğu gibi tüm ispat araçlarına başvurulabileceği anlamını çıkarmak da mümkün değildir. Ancak her şeye rağmen, ispatın derecesi kural olarak yaklaşık da

---

[707] Yaklaşık ispat kavramı ve içeriği konusunda bkz. Pekcanıtez, Atalay ve Özekes (2010), s. 432, 433; O. Atalay (2001). *Medenî usûl hukukunda menfî vakıaların ispatı.* İzmir: DEÜ Yayını, s. 37 vd.; A. Başözen (2010). *Medenî usûl hukukunda ilk görünüş ispatı.* Ankara: Adalet Yayınevi, s. 18, 19, ayrıca s. 138 vd.; Özekes (1999), s. 216 – 224; K. Yıldırım (1990). *Medenî usûl hukukunda delillerin değerlendirilmesi,* İstanbul: Kazancı, s. 39 vd.; Alangoya, Yıldırım ve Deren-Yıldırım (2009), s. 294, 295.

[708] Geçici hukukî koruma tedbirleri bakımından özel olarak Erişir (2010), s. 166 vd. Ayrıca yine bkz. Özekes (1999), s. 216 vd.; Yılmaz (2001), c. I, s. 893 vd.; Deren-Yıldırım (2002), s. 56 vd.; İ. E. Postacıoğlu ve S. Altay (2010). *İcra hukuku esasları, 5. Bası.* İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 869, n^{o} 627, s. 872 vd., n^{o} 628. İsviçre hukukunda ihtiyatî hacizde aranan ispatölçüsüne ilişkin olarak W. Stoffel ve I. Chabloz (2005). Du séquestre. *Poursuite et faillite, (éd.: L. Dallèves, B. Foëx ve N. Jeandin).* Bâle – Genève – Munich: Helbing & Lichtenhahn, ss. 1255 – 1335, s. 1283 vd.; W. Stoffel (2002). *Voies d'exécution.* Berne: Stæmpfli, s. 209, 210; 219, 220. Öğretide gerek ispat kavramını merkez alan, gerek meseleyi geçici hukukî korumalar ekseninde ele alan çalışmalarda işaret edildiği gibi, ispat ölçüsü hâkimdeki kanaatin derecesi ile ilişkili olup (bkz. Yıldırım (1990), s. 39; Başözen (2010), s. 112; Özekes (1999), s. 226; Erişir (2010), s. 166), alelâde bir yargılamada bu kanaatin derecesinin tam olması esasken, bir geçici koruma yargılamasında yaklaşık olması yeterli olmaktadır (bkz. Özekes (1999), s. 216, 217 vd.). İşte bu yaklaşık kanaat derecesine ulaşılması için yürütülmesi gereken ispat türü de yaklaşık ispattır (bkz. Atalay (2001), s. 43; Özekes (1999), s. 217 – 224). Geçici koruma talebinin konusunu oluşturan hakkın (yahut talebin uygulanmasına dayanak teşkil eden sebeplerin) olabilirliği, varlığı hususunda kuvvetli bir kanaat uyandırılması, bu ispat faaliyetinin içeriğini oluşturmaktadır (bu noktada bkz. Özekes (1999), s. 221, 222. Bkz. ve karş. Deren-Yıldırım (2002), s. 68 vd.).

[709] Özekes (1999), s. 226. Bir taraftan mesele özellikle kesin delil – takdirî delil ayrımı etrafında ele alınmaktadır. Bu konuda bkz. Atalay (2001), s. 44, 45.

[710] Bkz. Erişir (2010), s. 166.

olsa, istisnaî olarak konunun taşıdığı nitelik ve önem çerçevesinde, bu kanaatin tam ispat ölçüsünde olması da pekâlâ mümkün olabilmektedir[711].

Diğer taraftan meseleye yaklaşımın, bazı yabancı ülke hukuklarında da benzer şekilde olduğunu görmekteyiz. Örneğin İsviçre hukukunda geçici hukukî koruma yargılamalarında uygulanan basit yargılama usûlünde, delillerin kural olarak derhal ibraz edilebilecek olanlarla sınırlandırılması ilkesi benimsenmektedir[712]. Bununla birlikte İsviçre Federal Mahkemesi yakın tarihlerde vermiş olduğu bir kararda geçici koruma yargılamasında bilirkişi incelemesine de başvurulabileceğini kabul etmektedir[713]. Fransız hukukunda ise geçici hukukî koruma taleplerinde uygulanan ve hukukî dinlenilme hakkının kural olarak ertelenmediği seri yargılama usûlünde (*référé*) hâkimin tüm inceleme yöntemlerine başvurabilmesi mümkün iken, karşı tarafa haber verilmesinin söz konusu olmadığı "talep üzerine emir" (*ordonnance sur requête*) usûlünde de ilkesel olarak bulunan bu serbestî, incelemenin tek taraflılığı ve aciliyeti karşısında sınırlandırılmaktadır[714].

Özetle bilirkişi incelemesinin bir ispat aracı olarak geçici hukukî koruma yargılamalarında yerinin belirlenmesinde, tüm geçici hukukî korumalar bakımından ortak bir takım prensiplerin konulması zor, hatta neredeyse mümkün değildir. Bu noktada öğretide *Deren-Yıldırım*'ın da ihtiyatî tedbirler yönüyle haklı olarak ifade ettiği gibi, geçici korumalarda bilirkişi incelemesinden yararlanılıp yararlanılamayacağı,

---

[711] Erişir (2010), s. 167. Ne var ki buradaki mesele, ne ispat ölçüsüyle sınırlıdır, ne de geçici hukukî korumayla korunmak istenen menfaat ve ondan evvel buna ilişkin yargılamanın basitlik ve ivedilik doğasından bağımsızdır. Gerçekten de, kimi zaman geçici hukukî koruma tedbiri talebi hakkındaki incelemenin, murat edilen korumanın bir an önce sağlanması bakımından basit ve çabuk şekilde gerçekleştirilmesi, bazen tedbirin konusu, bazense hukukî dinlenilme hakkı bakımından bu tedbirlerin sahip olduğu özellik ve önem gereği karşı taraf dinlenilmeden dahi karar verilebiliyor olması, etkisini kullanılacak ispat araçları ve özellikle bilirkişi görüşüne başvurulmasında da gösterebilmektedir. Geçici hukukî koruma taleplerinde uygulanan (m. 316, b. c) geçici hukukî koruma taleplerinde basit yargılama usûlü, ispat araçları konusunda doğrudan bir sınırlama getirmemekte; ancak bu usûlün uygulanmasında geçici hukukî koruma tedbirlerinin niteliğinin de göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Bu konuda bkz. Özekes (1999), s. 202 vd.

[712] Nitekim bu durum serilik (*célérité*) ilkesinin bir gereğidir. Genel olarak bkz. F. Hohl (2002). *Procédure civile, T. II.* Berne: Staempfli, s. 224, n° 2752 vd.; D. Hoffman ve C. Lüscher (2009). *Le code de procédure civile.* Berne: Staempfli, s. 162 vd. Ayrıca bkz. Vouilloz (2009), s. 842, 843; P.-R. Gilliéron (2004). Procédures rapides. *Unification de la procédure civile. Journée en l'honneur du Professeur François Perret (Ed.: R. T. Trindade, N. Jeandin).* Genève-Zurich-Bâle: Schulthess, ss. 91 – 108, s. 102, 103; F. Bohnet (2008). Les procédures spéciales. *Le projet de Code de procédure civile fédérale (Ed.: S. Lukic).* Lausanne: CEDIDAC, ss. 269 – 332, s. 291; Deren-Yıldırım (2002), s. 68

[713] ATF 132 III 83, *JdT 2006 I* 334.

[714] Genel olarak bkz. P. Hoonakker (2006) Le déroulement des procédures. *Droit et pratique de la procédure civile (Dir.: S. Guinchard).* Paris: Dalloz, s. 588, n° 323.74, s. 598, 599, n° 324.41.

çetrefil bir sorun teşkil etmektedir[715]. Bu bakımdan farklı koruma tedbirleri, farklı sonuçlara varılmasını gerektirmektedir:

Kapsam ve görünüm biçimleri itibariyle geçici hukukî koruma tedbirleri arasında öncelikli bir yere sahip olması karşısında konu, ilk olarak *ihtiyatî tedbirler* (m. 389 – 399) bakımından ele alınmalıdır[716].

İlk olarak *nafaka tedbirleri bakımından*[717] söz konusu olan yargılama çerçevesinde, nafaka yükümlüsünün ve alacaklısının sosyal ve ekonomik durumlarının da göz önüne alınması gerekmektedir[718]. Talep hâlinde nafakanın dayandığı sebebe göre bu nafakaya duyulan ihtiyaç vakıasının yahut sosyo-ekonomik durumun ispatı faaliyetinde veya bunun mahkeme tarafından kendiliğinden araştırılmasında, meselenin kural olarak özel veyahut teknik bir bilgiyi gerektirmemesi nedeniyle bilirkişi incelemesine de ihtiyaç bulunmamaktadır[719]. Bununla birlikte Yargıtay, tarafların sahip olduğu taşınmazlardan elde edilebilecek gelir miktarının saptanması veya doğrudan nafaka talebinde bulunan tarafın, diğer tarafa katkısının tespit edilmesi için bilirkişiden görüş alınması yönünde karar verebilmektedir[720].

---

[715] Deren-Yıldırım (2002), s. 70.

[716] İhtiyatî tedbirler, takip edilen amaca yahut etkisine göre teminat, eda ve düzenleme tedbirleri biçiminde bir ayrıma tâbi tutulmaktadır. Bu ayrımda kullanılan ölçütler ve tartışmalar için bkz. Erişir (2010), s. 301 vd. Ayrıca bkz. ve karş. Üstündağ (1981), s. 13 vd.; Yılmaz (2001), C. I, s. 170 vd.; Deren-Yıldırım (2002), s. 80 vd.; Pekcanıtez, Atalay ve Özekes (2010), s. 672; Alangoya, Yıldırım ve Deren-Yıldırım (2009), s. 405.

[717] HUMK m. 101, b. 4 hükmünün aksine, HMK m. 389 hükmünde, ihtiyatî tedbir hâllerinin tek tek sayılmasından kaçınılmıştır. Esasen madde gerekçesinde de genel olarak işaret edildiği gibi (Bkz. A. C. Budak (2008). *Karşılaştırmalı hukuk muhakemeleri kanunu tasarısı.* İstanbul: XII Levha, s. 406), şartların sayılmasından sonra ayrıca tüm ihtiyatî tedbir hâllerine ilişkin genel bir düzenlemenin (1086 s. K. m. 103) yarattığı karışıklık da bu vesileyle ortadan kaldırılmış olmaktadır. Nitekim dayanağını Türk Medenî Kanununun çeşitli hükümlerinde (TMK m. 167, 332, 333) bulan ve eda amaçlı tedbirler arasında kabul edilen nafaka tedbirleri vasıtasıyla sağlanan koruma, henüz esas hakkında hüküm verilmeden belli bir miktar paranın ödenmesi biçiminde kendisini göstermektedir (Bu konuda özellikle bkz. M. Özekes ve E. Erişir (2006). Konusu para alacağı olan geçici hukukî korumaların karşılaştırılması ve değerlendirilmesi. *Mihder, S. 5,* ss. 1235 – 1274, s. 1235 vd.; Erişir (2010), s. 326 vd.).

[718] Genel olarak bkz. A. C. Ruhi (2005). *Nafaka hukuku.* Ankara: 2. Bası, Seçkin Yayınevi, ss. 33 vd., s. 69 – 71; B. Öztan (2000). *Aile hukuku.* Ankara: 3. Bası, Turhan Kitabevi, s. 219, 346 vd.; Yılmaz (2001), C. I, s. 280 vd.

[719] 2. HD, 23.10.1970, 5710/5550 (Yılmaz (2001), C. I, s. 363).

[720] Her iki hâle işaret eden kararlar için bkz. 3. HD, 2.6.2003, 7418/6769; 3. HD, 21.4.2005, 3830/4434 (*KBİBB*). 2. HD, 3.10.2005, 10249/16563 (*KBİBB*). Diğer taraftan Yargıtay'ın nafakanın takdirinde bilirkişi incelemesine cevaz verdiği ölçüde bu raporların değerlendirilmesini de denetlediğini görmekteyiz. Örneğin (nafaka miktarının belirlenmesine ilişkin olarak) "*(t)eknik alanda kazançların günden güne yükseldiği bir vakıadır. Buna rağmen davalının traktör tamirciliğinden evvelce elde ettiği kazancın son zamanlarda azaldığı yolundaki bilirkişi mütalaası yetersiz olup tatminkar gerekçeyi taşımamaktadır"* 2. HD, 29.3.1973, 2039/2004 (Yılmaz (2001), C. I, s. 363). Nitekim Fransız hukukunun yaklaşımının da çok farklı olmadığını görmekteyiz. Fransız Medenî Kanununun 255. maddesi, 2004 yılında yapılan değişiklerden sonra, hâkime geçici önlemler çerçevesinde tarafların karşılıklı menfaatleri bakımından malî durumlarının değerlendirilmesi, bu anlamda envanter düzenlenmesi için uzman bir

Fikri ve sınai mülkiyet hukukundan doğan geçici koruma talepleri hakkındaki yargılamalar bakımından[721] ise, tedbir kararının verilmesinde, hakkın yahut tedbir nedeninin ispatında, özel ve teknik bilgiye ihtiyaç duyulması, konunun niteliği karşısında pekâlâ mümkün olabilmektedir. Bu durum, diğer ispat araçlarıyla birlikte yahut bunlardan bağımsız olarak, bilirkişi incelemesine başvurulmasını da haklı gösterebilmektedir[722]. Öte yandan Alman ve Belçika hukuklarında bu konuda uzman (taraf bilirkişisi) görüşlerinden yararlanılmasının da söz konusu olabildiğine dikkat çekilmektedir[723]. Fransız hukukunda ise, fikrî mülkiyete konu olan tüm haklar için uygulama alanı bulan "el koyma tedbiri" (*saisie-contrefaçon*), geçici tedbirler arasında öne çıkan bir tür ispat tedbiridir[724]. Bilirkişinin buradaki işlevi ise, uyuşmazlığın esasının incelenmesindeki rolü bir kenara bırakılacak olursa, genellikle el koyma tedbiri çerçevesinde bu tedbirde görevli olan mahkeme mübaşirine eşlik etmek biçiminde kendisini göstermektedir[725]. Bununla birlikte Fransız hukukunda da, geçici koruma

---

kimseyi tayin edebilmesine imkân tanımaktadır. Yine, aynı Kanunun 259-3. maddesinin birinci fıkrası gereği, taraflar yargılama sürdüğü müddetçe gerek birbirlerine, gerek mahkeme tarafından tayin edilen bilirkişilere konuya ilişkin belgeleri ibraz yükümlülüğü altındadır. Diğer taraftan öğretide yer alan açıklamalardan nafaka tayini konusunda bu sistemde de bilirkişilere sıklıkla başvurulduğunu görüyoruz (genel olarak bkz. J. Rubellin-Devichi (2010). Divorce.-Preuves. *JurisClasseur Procédure civile.* ss. 57 - 59, n^{o} 119).

[721] TTK m. 61; FSEK m. 77; 556 s. KHK m. 76 – 78; 551 s. KHK m. 151 – 153; 554 s. KHK m. 63 – 65; 555 s. KHK m. 34 – 36.

[722] Deren-Yıldırım (2002), s. 70.

[723] Alman hukuku için bkz. Deren-Yıldırım (2002), s. 71- 73; U. Fritze (1997). Durchsetzung von Rechten des geistigen Eigentums: Verfahren und Sanktionen. *Exercice des droits de propriété intellectuelle, Procédure et sanctions. Rapports des Groupes, (Ed.: J. D. Meisser).* Zurich: AIPPI, ss. 29 – 57, s. 35;. Belçika hukuku için bkz. Rapport du Groupe belge (1997). *Exercice des droits de propriété intellectuelle, Procédure et sanctions. Rapports des Groupes, (Ed.: J. D. Meisser).* Zurich: AIPPI, ss. 110 – 115, s. 111.

[724] Özellikle 2007 yılında bu alanda yapılan değişiklikler çerçevesinde yürürlüğe giren diğer geçici koruma tedbirlerine karar verilebilmesi için, hak sahipliğinin ve var olan tehlikenin gerçeğe yakın (*vraisemblance*) olması, yani yaklaşık ölçüde ispatı aranmaktadır. Bkz. CPI Art. 342-2, 521-6, 615-3, 623-27, 716-6, 722-3. Nitekim Fikrî Mülkiyet Kanunundaki değişiklikler sonrasında yapılan çalışmalarda Fransız hukukçuları da, tedbir yargılamasında mahkemenin karar vermesinden önce, gerçeğe yakınlık ölçüsündeki ispat derecesine işaret etmektedirler. Genel olarak bkz. O. Mandel (2009). Le nouvel arsenal de lutte contre la contrefaçon. *Revue propriété industrielle, n^{o}2, étude 4,* n^{os} 51 – 64, özellikle n^{o} 56 ve 57; C. Steinitz ve J. F. Gaultier (2009). Avantages du système français au sein de l'Union européenne: les mesures provisoires et conservatoires (2e volet). *Revue propriété industrielle, n^{o} 9, étude 19,* n^{o} 13 – 16; J. Schmidt-Szalewski (2007). La détérmination des conséquences civiles de la contrefaçon selon le projet de loi de lutte contre la contrefaçon. *Revue propriété industrielle, n^{o} 11, étude 22,* n^{o} 4.

[725] Bkz. CPI Art. 521-4, 522-1, 615-5, 622-7, 623-27-1, 716-7, 722-4. Bu konuda bkz. Mandel (2009), n^{o} 65 vd.; X. Buffet Delmas D'Autane ve L. Morelli (2008). De quelques évolutions importantes en matière de preuve de la contrefaçon. *Revue propriété industrielle, n^{o} 11, étude 24,* n^{o} 62 vd.; Deren-Yıldırım (2002), s. 97, dn. 173.

yargılamasında bilirkişi incelemesine başvurunun, bu yargılama ile fazla uyuşmadığı hususuna dikkat çekilmektedir[726].

İsviçre hukukunda ise, gecikmeye yol açacak delillerin geçici koruma yargılamasında ikamesinin kabulü kural olarak söz konusu olmasa da[727], fikrî mülkiyet hukukundan doğan tedbir yargılamasında, üyeler arasında bir uzmanın bulunduğu Zürich ve Bern ticaret mahkemeleri istisna olmak üzere[728], kural olarak bir bilirkişi incelemesine başvurulabileceği kabul edilmektedir[729]. Nihayet İtalyan hukuk uygulamasında da bu tür geçici koruma yargılamalarında bilirkişi incelemesine başvurunun mümkün olduğunu görüyoruz[730].

Bu noktada Türk hukuku açısından, *Deren-Yıldırım'ın* dikkat çekmekte olduğu "kısa ekspertiz" raporlarından ne anlamamız gerekmektedir? Yazar, bunların olabildiğince kısa zamanda hazırlanan, hatta sözlü dahi verilebilecek olan raporlar olduğunu ifade etmektedir[731]. Gerçekten de Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun bilirkişi raporunun teslim edileceği sürenin üç ayı geçemeyeceğine ilişkin olan 274. maddesinin birinci fıkrasından hareketle, mahkemenin işin niteliği gereği daha kısa bir süre belirlemesi ve yine 279. maddenin birinci fıkrası uyarınca bu görüşün sözlü olarak da alınmasının pekâlâ mümkün olması gerekir.

---

[726] Bkz. M. Moncheny, P. Cousin, X. Buffet Delmas ve diğerleri (1997). Procédure et sanctions. *Exercice des droits de propriété intellectuelle, Procédure et sanctions. Rapports des Groupes, (Ed.: J. D. Meisser)*. Zurich: AIPPI, ss. 175 – 203, s. 181, 182.

[727] Hohl (2002), s. 226, n° 2765, 2766; Gilliéron (2004), s. 102, 103.

[728] U. Bugnion (1997). Verfahren und Sanktionen. *Exercice des droits de propriété intellectuelle, Procédure et sanctions. Rapports des Groupes, (Ed.: J. D. Meisser)*. Zurich: AIPPI, ss. 313 – 329, s. 320.

[729] Hatta Federal Mahkemenin yeni tarihli bir kararında ifade edildiği üzere Kanton mahkemesi kimi hâllerde bilirkişiye başvurmaktan da kaçınamaz: "*(B)ir ifadenin ne anlama geldiği o konudaki teknik literatüre müracaattan sonra anlaşılamamışsa, bünyesinde uzmanların bulunmadığı bir mahkeme, bir bilirkişinin yardımı olmaksızın, hak sahipliği konusunda karar veremez… Bu durum, İhtira Beratları Hakkında Federal Kanunun 77. maddesinde (art. 77, LBI) öngörülen ihtiyatî tedbirler bakımından da aynıdır. Bu usûllerde de ispat araçlarını sınırlandıramayacak olan hâkim, aynı şekilde uyuşmazlık konusu hakkında bir bilikişiye başvurabilir"* (ATF 21.9.2005, 4P.145/2005, *SJ 2006 I,* ss. 233 – 235, s. 234. Ayrıca bkz. F. Dessemontet (2006). Droit des brevets. Aperçu de jurisprudence, extraits et résumés d'arrêts du Tribunal fédéral. *JdT,* ss. 334 – 338, s. 334 vd.). Zikredilen karardan ayrıca anlaşılabildiği üzere, Mahkeme tarafından tayin edilen bilirkişi haricinde bir uzman görüşüne başvurulması İsviçre hukukunda söz konusu olan geçici koruma yargılamaları bakımından da mümkün olmakla birlikte, uzman tarafından verilen teknik görüş veya rapor, mahkeme bilirkişisi tarafından sağlanan rapora göre tali niteliktedir. Ayrıca bkz. Deren-Yıldırım (2002), s. 70, 71 ve dn. 342; Bugnion (1997), s. 320.

[730] Bu sistemde de her ne kadar iddiayı gerçeğe yakın gösteren unsurlar geçici koruma kararının verilebilmesi için yeterli olsa da, bazı mahkemeler tarafından, aykırılığın ve hak sahipliğinin varlığı konularında bilirkişi incelemesine başvurulmaktadır. Genel olarak bkz. Steinitz ve Gaultier (2008), n° 86.

[731] Deren-Yıldırım (2002), s. 71.

Haksız fiilden doğan tazminat talepleri kapsamındaki eda tedbirleri bakımından (TBK m. 76), Türk Borçlar Kanununun 76. maddesi hükmü[732] gereğince eda tedbirinin sağlanabilmesi için, zararın varlığını gösteren çeşitli rapor ve belgeler yeterli olabilecek olmakla birlikte, keyfiliğin ve ortaya çıkabilecek diğer zararların da önüne geçilmesi açısından[733], gerek zararın, gerek ekonomik durumun değerlendirilmesinde hâkimin bilirkişi görüşüne başvurmasının pekâlâ mümkün olduğu düşüncesindeyiz[734].

Nihayet *ihtiyatî haciz yargılaması bakımından* ise, ihtiyatî hacizde söz konusu olan para alacağının pek çok hâlde belirlenebilir bir nitelik taşıyor oluşu[735] ivedi karar verme gereği[736] ile beraber değerlendirildiğinde, kural olarak bilirkişi incelemesine ihtiyaç duyulmayacağını ifade etmemiz mümkündür. Diğer taraftan bu çerçevede bir bilirkişi görüşünün alınmasına da, tespit edebildiğimiz ölçüde, öğretide pek temas edilmemektedir[737]. Esasında bu durum şaşırtıcı değildir. Zira alacağın likit olduğu hâller başta olmak üzere, alacağın ve ihtiyatî haciz sebebinin varlığı, ortada kural olarak özel

---

[732] Bu düzenleme, haksız fiilden doğan tazminat talepleri açısından, henüz esas hakkında karar verilmeden önce geçici ödemeye imkân tanımaktadır. Bu konuda bkz. Erişir (2010), s. 357 vd.

[733] Bu konudaki öneriler için bkz. Erişir (2010), s. 359, ayrıca bkz. s. 167.

[734] Benzer şekilde Fransız hukukunda da kural olarak geçici tedbirler için söz konusu olan seri yargılama usûlünde de (*référé*), geçici bir ödeme kararına karar verilebilmektedir (*référé-provision*) (genel olarak bkz. J. Vuitton ve X. Vuitton (2006). *Les référés.* Paris: Litec, n° 57 vd., s. 18 vd., n° 1306 – 1330, s. 223 – 227; Cadiet ve Jeuland (2006), n° 631, s. 409 vd. Özellikle n° 634, s. 412, 413). Nitekim Fransız Temyiz Mahkemesinin verdiği kimi kararlardan, haksız fiil nedeniyle oluşan zararlardan ötürü söz konusu olan geçici ödeme taleplerinin incelenmesinde, bazı hâllerde tıbbî bilirkişi incelemesine başvurulabildiği de anlaşılmaktadır (örneğin bkz. Cass. civ. 2., 13.1.1988, n° 84-16850, *JurisData: 1988-000396*; Cass. civ. 1., 14.5.1996, n° 94-13.313, *JurisData: 1996-001844*; Cass. civ. 2., 17.6.1990, n° 88-615, *Bulletin civil 1990 II, n° 12, s. 6*).

[735] Alacağın ihtilaflı olması da ihtiyatî hacze engel teşkil etmemektedir. Açıklamalar için bkz. Özekes (1999), s. 108, 109; N. Berkin (1962). *İhtiyati haciz.* İstanbul: Hamle Matbaası, s. 23.

[736] İvedi karar verme gereğinin ihtiyatî hacizde taşıdığı önem ve genel olarak buna ilişkin yargılama usûlü için Türk hukuku bakımından özellikle bkz. Özekes (1999), s. 202 vd. Ayrıca bkz. Berkin (1962), s. 53; Pekcanıtez, Atalay, S. Özkan ve Özekes (2010), s. 456, 457; A. Deynekli ve M. Saldırım (2005). *Öğretide ve uygulamada ihtiyati haciz.* Ankara: Turhan, s. 41 vd. Hatta öyle ki, hâkim her ne kadar karşı tarafı dinleyip dinlememekte serbest de olsa, ihtiyatî hacizden beklenen etkinin sağlanabilmesi adına, sahip olduğu yetkiyi borçlu bakımından hukukî dinlenilme hakkının ötelenmesi yönünde kullanabilir (Özekes (2004), s. 213 vd.). İsviçre hukukunda ise hâkime bu neviden bir takdir yetkisi dahi tanınmamıştır; ihtiyatî haciz kararı, karşı taraf dinlenmeksizin verilmektedir (bkz. A. Brogli (2003). *La procédure sommaire en droit des poursuites.* Lausanne: Chabloz, s. 163 – 165; A. Favre (1967). *Droit des poursuites.* Fribourg: Éditions universitaires Fribourg, s. 364; Stoffel ve Chabloz (2005), s. 1291; Stoffel (2002), s. 219; K. Yıldırım ve N. Deren-Yıldırım (2009). *İcra hukuku.* İstanbul: 4. Bası, Beta. S. 322, 323. Ayrıca bkz. ATF 116 III 111 (karar için bkz. *JdT 1992 II,* ss. 151 – 160)).

[737] Nitekim, öğretide ihtiyatî haciz yargılaması sırasında özellikle alacağın varlığının ispatı konusunda kullanılabilecek deliller, genellikle senetle ispat – takdiri delillerle ispat ayrımı ve alacağın varlığı konusunda sunulacak olan belgelerin ne şekilde incelemeye tâbi tutulacağı, bir delil başlangıcının yaklaşık kanaati uyandırmaya elverişli olup olmadığı gibi hususlar etrafında tartışılmaktadır. Özekes (1999), s. 224 – 226; Postacıoğlu ve Altay (2010), s. 873, n° 628; Stoffel ve Chabloz (2005), s. 1283; Brogli (2003), s. 168; Deynekli ve Saldırım (2005), s. 42; Yıldırım ve Deren-Yıldırım (2009), s. 323.

veya teknik bilgiyi gerektiren bir hâl bulunmayacağından, bilirkişiden görüş alınmaksızın pekâlâ tespit edilebilir.

Bununla birlikte Yargıtay bazı kararlarında açıkça bilirkişi incelemesine işaret etmekte, kimi zaman ise üstü kapalı şekilde bilirkişi incelemesine başvurunun mümkün olduğunu kabul etmektedir[738].

İhtiyatî haciz yargılamasında kullanılabilecek ispat araçları bakımından tartışılan bir diğer konu, daha önce delil tespitine ilişkin kurallar dâhilinde alınmış bir bilirkişi raporunun ihtiyatî haciz yargılamasında kullanılabilip kullanılamayacağıdır. Nitekim böyle bir imkâna olumlu yaklaşmak gerekir. Örneğin bir ticarî defter üzerinde delil tespiti yaptırılmış olması veyahut bir trafik kazası sonucu başvurulan delil tespiti çerçevesinde alınan bir bilirkişi raporu, ihtiyatî haciz kararının verilmesine dayanak teşkil edebilmektedir[739]. Buna karşılık Yargıtay delil tespiti kapsamında alınmış olan bilirkişi raporunun borçlu tarafından tartışılmasına imkan vermemektedir[740]. İncelemeye ilişkin kuralların temelde aynı olması karşısında bu yaklaşıma katılamamaktayız.

Nihayet yargılama sırasında söz konusu olan nafaka tedbiri talepleri bir kenara bırakılacak olursa, özellikle henüz dava açılmadan talep edilen geçici korumaların değerlendirilmesinde, önceden delillerin tespiti kapsamında alınan bilirkişi raporlarının önemli bir işleve sahip olduğunu görüyoruz. Tedbir yargılamasının kendisi, özellikle ivedi karar verilerek tedbirden beklenen faydanın, bu anlamda sürpriz etkisinin sağlanması için her zaman bir bilirkişi incelemesine elverişli ol(a)mamaktadır. İşte bu

---

[738] Nitekim Yargıtay 19. Hukuk Dairesi iki kararında, borçlusu aynı olan iki ayrı ihtiyatî haciz talebi hakkında verilen ret kararlarını bozmuş ve "*ihtiyati haciz talep edilen alaca*(ğın)*... ipotek limitinden fazla*" olup olmadığına ilişkin olarak bir bilirkişi kurulundan rapor alınması gerektiğini belirtmektedir. Bkz. 19. HD, 30.12.2004, 9783/13392; 19. HD, 30.12.2004, 9792/13394 (*KBİBB*). Bir diğer kararında ise 19. Hukuk Dairesi, ihtiyatî haciz yargılaması sırasında alınan bilirkişi raporunda yer alan borcun kaynağı konusunda ortaya çıkan çelişkinin giderilmesi için yeniden bir bilirkişi incelemesine ihtiyaç duyulduğunu belirtmiş, açıkça olmasa da bu incelemeyi uygun görmüştür. Bkz. 19. HD, 24.11.2005, 10424/11581 (*KBİBB*).

[739] Özekes (1999), s. 226 (S. Olgaç ve H. Köymen (1965). *Kazaî ve ilmî içtihatlarla Türk İcra ve İflâs Kanunu.* İstanbul: *YY,* s. 1160, dn. 3'e de atıfla); Postacıoğlu ve Altay (2010), s. 873, n^{o} 628; Deynekli ve Saldırım (2005), s. 44.

[740] Somut olayda ilk derece mahkemesi kaçak elektrik kullanımı nedeniyle vermiş olduğu ihtiyatî haciz kararını, borçlunun yaptırdığı delil tespitinde kaçak kullanımın mümkün olmadığının belirtilmiş olmasına dayanarak, itiraz üzerine kaldırmıştır. 19. Hukuk Dairesi ise, "*borçlunun ihtiyatî haczin dayandığı sebeplere… itiraz*" edebileceği ancak "*tespit raporuna dayanarak… işin esasına çözecek şekilde karar verilmesi*"nin isabetli olmadığı gibi bir gerekçeyle kararı bozmuştur. Bkz. 19. HD, 30.12.2004, 9992/13397 (Deynekli ve Saldırım (2005), s. 42, 43, dn. 87). İlginçtir aynı Hukuk Dairesi, aynı gün verdiği ve yukarıda aktardığımız diğer kararlarında ilk derece mahkemesinin meselenin "yargılamayı gerektirdiği" gerekçesini uygun görmeyerek kararları bozmuşken, nitelik itibariyle çok da farklı olmayan, fakat ihtiyatî haciz talebinden farklı olarak bunun itirazının incelenmesine yönelik bir meselede böyle bir karar alabilmiştir.

noktada, delil tespiti yoluyla elde edilmiş olan bir rapor, tedbir talebinin kabulü konusundaki haklılığı ve/veya aciliyeti haklı gösterebilecektir. Hatta mahkeme öncelikle delillerin tespitine karar verip hemen akabinde ihtiyatî tedbire dahi karar verebilir. Nitekim bazı Yargıtay kararlarından da bunun mümkün olduğu anlaşılmaktadır[741].

1.10. Kanun Yolları Aşamasında Bilirkişi İncelemesine Başvurulması

1.10.1. Fiilen yürürlükte olan kanun yolu sisteminde

İstinaf kanun yolu her ne kadar Kanunda düzenlenmiş olmakla birlikte, bölge adliye mahkemeleri henüz göreve başlamadığı için[742], meseleyi ilk olarak temyiz ve karar düzeltme aşamaları bağlamında tartışmamız uygun olacaktır. Nitekim, temyiz aşamasında bilirkişi incelemesine başvurulabilir mi sorusuna kural olarak olumsuz yanıt vermek gerektiği düşüncesindeyiz. Zira temyiz aşamasında Yargıtay'ın ana işlevi, derece mahkemeleri tarafından verilen kararların hukukî denetimidir[743]. Temyiz denetiminde vakıalar yeniden ele alınmaz. Kararın yürürlükteki hukuka uygun olup olmadığı denetlenir. Bir vakıa meselesinin yeniden ele alınmayacağı bir durumda, bilirkişi incelemesine de yer yoktur[744]. Nitekim karşılaştırmalı hukukta da yaklaşım genel olarak bu şekildedir[745].

Aynı durum, karar düzeltme aşaması bakımından da farklılık gözetmemektedir. Zira, karar düzeltme aşamasının işlevi, verilen Yargıtay kararının, belli şartlar dâhilinde bir kez daha gözden geçirilmesinden ibaret olup, bu aşama bakımından da bilirkişi incelemesine yer yoktur.

---

[741] "*Mahkemece, tesbit dosyasında verilen ihtiyati tedbir kararının asıl dava açılmadığı için ortadan kalktığı ve…*" 3. HD, 8.2.2001, 728/1277; *"...davalının teslim etmesi gereken ancak teslim etmediği malların ihtiyati tedbir kararı ile yediemine teslim edildiğini… (D)elil tespiti sonunda malların müvekkilinin deposunda bırakılmaya(r)ak davacının isteği ile yediemine teslim edildiğini…*" 11. HD, 13.10.2003, 7833/9202 (*KBİBB*).

[742] Bkz. aşa. *İkinci Bölüm, 1.10.2.*

[743] Temyiz denetiminin kapsamı hakkında geniş bilgi için bkz. Ö. Sivrihisarlı (1978). *Hukuk yargılamasında maddî hukuka ilişkin temyiz nedenleri ve Yargıtay denetiminin kapsamı.* İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, s. 3 vd.

[744] Ezcümle M. Özekes (2011). *Sorularla Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na göre medenî usûl hukukunda yeni kanun yolu sistemi (istinaf ve temyiz) (2. Bası).* Ankara: TBB, s. 138; Vigneau (2009a), n^{o} 223.11, s. 82.

[745] Kıta Avrupası hukuk sistemleri bakımından toplu bir bakış için bkz. Perrot (1969), s. 51.

Ancak, Yargıtay'ın da karmaşık bir hukukî mesele ile karşı karşıya kalması mümkündür. Böyle bir durumda ilgili hukuk dairesi şüphesiz bilimsel görüşlerden yararlanabileceği gibi ilgili uzmanlık dalında faaliyet gösteren bir kimseye de başvurabilir. Nitekim Yargıtay uygulamasında da bunun örnekleri çok sık rastlanılmamakla beraber mevcuttur. Bu faraziyeyi, *amicus curiae,* yani "mahkeme dostu" denilen müessesenin Türk hukukundaki bir görünüm biçimi olarak kabul ettiğimizden, yukarıda söz konusu müesseseye ilişkin açıklamalarımız çerçevesinde ayrıca ele almış durumdayız[746].

1.10.2. İstinaf kanun yolunun fiilen uygulanması hâlinde

Bizi ilgilendiren yönüyle, istinaf aşamasının bilirkişi incelemesiyle alâkası kendisini iki şekilde göstermektedir: Bunlardan ilki, bölge adliye mahkemesi tarafından, hem ilk derece mahkemesince başvurulan bir bilirkişi incelemesinin yerindeliğinin, ancak ondan daha baskın şekilde incelemenin niteliği ile değerine yönelik olarak mahkemenin takdir yetkisinin denetlenmesidir. İkinci olarak ise, bölge adliye mahkemesi tarafından gerçekleştirilecek inceleme kapsamında bizzat bilirkişi incelemesine başvurulması söz konusu olabilmektedir. Nitekim bu ikili görünüm, istinaf kanun yolunun temel karakteristiğinden kaynaklanmaktadır: İstinaf, *öncelikle* "ilk derece mahkemesi tarafından verilmiş olan bir kararın yeniden gözden geçirilmesine" ve "gerekirse tahkikat işlemlerinin yeniden yapılmasına" olanak tanıyan bir kanun yoludur[747].

Yerindelik, nitelik ve değer konusundaki takdir yetkisinin denetimi, iki farklı şekilde vücut bulmaktadır. Bazı hukuk sistemlerinde bilirkişi incelemesine başvuru kararına karşı belli şartlar dâhilinde istinaf yoluna başvurma imkânı bulunmakta olup, bu mesele çalışmamızda bilirkişi incelemesine başvurulması hakkındaki karara karşı

---

[746] Bkz. yuk. *Birinci Bölüm, 1.3.2.3.1.*

[747] Bahsedilen konu hakkında bkz. H. Konuralp (2008). İstinafta kamu düzeni kavramı. *Medenî usûl ve icra – iflâs hukukçuları toplantısı vi. Medenî usûl hukukunda kanun yolları ve arabuluculuk tasarısı. İzmir – Çeşme, 19 – 20 Ekim 2007 (Ed.: M. Özekes).* Ankara: Türkiye Barolar Birliği, ss. 133 – 150, s. 134; Konuralp (2009), s. 179; M. Özekes (2008). *Sorularla medenî usûl hukukunda yeni kanun yolu sistemi.* Ankara: Türkiye Barolar Birliği, s. 8, 9; E. Yılmaz (2005). *İstinaf.* Ankara: Yetkin, s. 21. İstinaf kanun yolunun temel özellikleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. T. Akkaya (2009). *Medenî usûl hukukunda istinaf.* Ankara: Yetkin, s. 62, 63, 76 vd.; C. Akil (2010). *İstinaf kavramı.* Ankara: Yetkin, özellikle temyiz kanun yoluyla arasındaki fark bakımından ss. 203 – 218. Diğer taraftan bkz. Kuru, Arslan ve Yılmaz (2012), s. 593 vd.; Alangoya, Yıldırım ve Deren-Yıldırım (2009), s. 508 – 509.

hukukî çareler çerçevesinde ele almaya çalışacağız. Bilirkişi incelemesine atfedilen nitelik ve değer ise, ilk derece mahkemesinin esas hakkındaki kararının denetlenmesi, daha özel olarak delillerin takdirinin denetlenmesi bakımından ele alınan bir konu dur[748].

Bu hususlar bir kenara bırakılacak olursa, istinaf kanun yolunda bilirkişi incelemesinin elverişliliği, daha en başta, istinaf yargılamasının konusuyla ilgilidir. Zira, istinaf konusunda, dar veya geniş, hangi sistemin tercih edilmiş olduğundan bağımsız olarak[749], bu aşamada vakıalar yeniden ele alındığı ölçüde, bilirkişi incelemesine başvuru da, pek tabii ki bilirkişi incelemesini gerektiren diğer koşullar ile birlikte, kural olarak mümkündür[750].

Nitekim ilk olarak bazı yabancı ülke hukuklarına baktığımızda, bu imkânın çok açık şekilde tanındığını görüyoruz. Örneğin Belçika hukukunda istinaf aşamasında bilirkişi incelemesine talep üzerine başvurulabildiği gibi hâkim re'sen de bilirkişiden görüş alınmasına karar verebilir[751]. Yine Fransız hukuku da bu açıdan ilgi çekici bir örnek teşkil etmektedir. Öncelikle, hâkimin ihtiyaç duyduğu sürece tahkikat inceleme yöntemlerinden birine yargılamanın herhangi bir aşamasında başvurabileceği, bu konuya ilişkin genel hükümler arasında açıkça yer almaktadır (bkz. C. pr. civ., art. 144). Bu çerçevede, gerekli koşullar var olduğu müddetçe istinaf mahkemesi, ilk derece mahkemesiyle aynı hususlar dâhilinde bir bilirkişi incelemesine başvurabilmektedir[752].

---

[748] İlk mesele bakımından bkz. aşa. *İkinci Bölüm, 2.3*; bilirkişi görüşünün değerlendirilmesi konusuna kanun yolu denetimindeki yaklaşım için bkz. aşa. *Üçüncü Bölüm, 2.4*.

[749] Tam istinaf – dar (sınırlı) istinaf ayrımı ve Türk hukukunun tercihi konusunda genel olarak bkz. Akkaya (2009), s. 96 vd., s. 102 vd.; Akil (2010), s. 52 – 54, 258 vd., 261 vd.,; Alangoya, Yıldırım ve Deren-Yıldırım (2009), s. 508, 509.

[750] Bkz. ve karş. R. Perrot (1969). La décision qui ordonne l'expertise. *L'expertise dans les principaux systèmes d'Europe.* Paris: Editions de l'Epargne, ss. 49 – 59, s. 51.

[751] Bkz. G. Closset-Marchal (1999). Belgium. *Recours against judgements in the European Union.* The Hague-London-Boston: Kluwer Law International, ss. 49 – 70, s. 57, 58; Mignolet (2008), s. 70, n^{o} 36. Hatta Belçika Yargılama Kanununda (Code judiciaire) yapılan değişiklikler öncesinde zikredilen Kanunun 989. maddesi, istinaf mahkemesine alelade bilirkişi incelemesine başvuru haricinde duruşmada sözlü görüş sunması amacıyla bir bilirkişi tayin etme imkânını da ayrıca tanımaktaydı. Yargılama Kanununda 2007 yılında yapılan reform sonrasında bahsedilen imkân, ilk derece mahkemelerini de kapsayacak şekilde hâlen mevcuttur. Genel olarak bkz. O. Mignolet (2007). Nouveautés en matière d'expertise: le régime général de l'expertise, modifié par la loi du 15 mai 2007 et la saisie en maitère de contrefaçon, modifié par la loi du 10 mai 2007. *Nouveautés en matière d'expertise et de propriété intellectuelle (Dir.: P. Jadoul & A. Strowel).* Bruxelles: Larcier, ss. 9 – 90, s. 20; P. Henry ve B. De Cocquéau (2002). L'expertise en matière immobilière. *L'expertise (Dir.: J. Van Compernolle & B. Dubuisson).* Bruxelles: Larcier, ss. 111 – 159, s. 115, 116.

[752] Héron ve Le Bars (2006), n^{o} 1055, s. 838; Boulez (2006), s. 83, n^{o} 516; B. Travier ve F. Watremet (2005). Procédure devant la cour d'appel. *Rép. pr. civ. Dalloz.* s. 30, n^{os} 153, 154; O. Salati (2007). Mise en état. *Rép. pr. civ. Dalloz.* s. 29, n^{o} 127; Genin-Méric (1995), n^{o} 60, s. 11.

Bu bağlamda ilk derece aşamasında bilirkişi incelemesine hiç başvurulmamışken, istinaf mahkemesi buna gerek görebileceği gibi, ilk derece aşamasında başvurulan bir incelemenin varlığına rağmen yeniden bir inceleme yaptırılması söz konusu olabilir[753]. Yine de Fransız hukukunda istinaf aşamasında bilirkişi incelemesine ilk derece yargılamasına oranla daha az başvurulmaktadır[754]. Karşılaştırmalı hukuk açısından dikkat çekici olarak bir husus, inceleme konusunun niteliği haklı gösterdiği müddetçe, ilk derece mahkemesinde ileri sürülen vakıalara Kanunda gösterilen istisnalar çerçevesinde o vakıalarla bağlantılı yahut aynı amaca yönelmiş bir takım ek vakıa iddialarının ileri sürülmüş olup olmamasının bilirkişi incelemesine başvuruda önem taşımıyor olduğudur[755].

Nihayet Türk hukukunun yapısı içerisinde de istinaf aşamasında, belli koşullar dâhilinde genelde ispat araçlarına, özelde ise bilirkişi incelemesine başvurmanın mümkün olduğunu ifade edebiliriz[756]. Nitekim, burada bilirkişi incelemesinin elverişliliği bakımından ilk olarak Hukuk Muhakemelerinin 357. maddesinin son fıkrası üzerinde durulabilir. Buna göre, ilk derece mahkemesinde usûlüne uygun olarak gösterildiği hâlde reddedilen veya mücbir sebep nedeniyle gösterilmeyen delillerin bölge adliye mahkemesince incelenmesi mümkündür. Nitekim bu düzenleme, istinafın, mahkemenin hatalı usûl işlemlerini denetlenmesi amacına da hizmet etmektedir[757].

Gerçekten de, ilk derece mahkemesi, özel ve teknik bilgiyi gerektiren bir vakıa meselesinin varlığına rağmen, bilirkişi incelemesine başvurmaktan kaçınmış[758] veyahut başvurmuş olmakla birlikte, gerek nitelik gerek içerik açısından hükme esas alınması için yeterli unsurları içermeyen bir bilirkişi raporuna yönelik itirazların varlığına rağmen, ek bilirkişi raporu yahut yeni bir bilirkişi incelemesine başvurulması yönündeki

---

[753] Diaz (2008), n° 41.55, s. 125; Vigneau (2009a), n° 223.11, s. 82; Bourgeois, Julien ve Zavaro (1999), n° 161, s. 98.

[754] M. Raynaud (1964). "Les experts". *Les délégations judiciaires en matiere civile et commerciale, Colloque de l'Institut d'Etudes Judiciaires, 26 – 27 avril 1963.* Paris: Dalloz, ss. 31 vd., s. 36.

[755] Örneğin bkz. CA Paris, 19.9.1994, *Bull. avoués* 1994.3.100 (Nakleden Travier ve Watremet (2005), s. 30, n° 153; aynı şekilde Salati (2007), s. 29, n° 127).

[756] Nitekim meselenin ceza muhakemesi boyutu da ilgi çekicidir. Bu konuda genel olarak bkz. ------- (2007). *Ceza muhakemesinde istinaf el kitabı.* Ankara: T.C. Adalet Bakanlığı, özellikle s. 116 vd.

[757] Buna ilişkin olarak bkz. Alangoya, Yıldırım ve Deren-Yıldırım (2009), s. 513, 514.

[758] Bkz. Akkaya (2009), s. 292; M. Özekes (2008). *Sorularla medenî usûl hukukunda yeni kanun yolu sistemi.* Ankara: Türkiye Barolar Birliği, s. 70, 71.

talebi reddetmiş olabilir. Bu faraziyelerden her ikisiyle de karşılaşılması Türk yargılama pratiği bakımından şaşırtıcı olmayacaktır[759].

Bir diğer husus, istinaf kanun yoluna, hem gözden geçirme hem de ilk derece mahkemesi tarafından gerçekleştirilen tahkikatta söz konusu olan eksikliklerin tamamlanması açısından gerekiyorsa yeniden tahkikat yapabilme imkânının içkin olması nedeniyle, usûlüne aykırı bir bilirkişi raporu söz konusu ise, bölge adliye mahkemesi bu faraziyede, hiç şüphe yok ki özel ve teknik bilgiye ihtiyaç duyulması durumunda, yeniden bilirkişi incelemesine başvurabilir[760]. Burada usûle aykırılığı olabildiğince geniş yorumlamak, onu bilirkişinin seçiminden inceleme sırasında mahkeme yahut bizzat bilirkişi tarafından yargısal temel hakların ihlâl edilmiş olmasına kadar geniş bir çerçevede ele almak uygun olur.

Öte yandan istinaf aşamasında kural olarak yeni dava malzemesi getirilemez; bu anlamda bölge adliye mahkemesi kural olarak ilk derece mahkemesince yapılan vakıa tespitleriyle bağlıdır. Bu bağlılığın aslında olumlu da bir sonucu olarak bölge adliye mahkemesi, ilk derece mahkemesinde, hatta delil tespiti aşamasında alınmış bir bilirkişi raporunu pekâlâ verecek olduğu karara esas alabilir[761]. Ancak bu malzemenin temininde veya vakıaların tespitinde mahkeme tarafından hata yapılmış olabilir. Böyle bir durumda bahsedilen yasağın uygulanmayarak, vakıaların hatalı ve eksik tespit edilmesine neden olan hataların bölge adliye mahkemesi tarafından düzeltilmesi gerekmektedir[762]. Bu çerçevede kendi içinde tutarsız olan bir bilirkişi raporu karşısında, yeniden bir bilirkişi incelemesine başvurulması mümkündür. Nitekim bölge adliye mahkemesi her halükârda ilk derece mahkemesinin hükmüne esas aldığı ve hatalı bir bilirkişi raporunun aksine karar verme imkânına sahiptir. Fakat bunun için yeniden bir bilirkişi raporunun alınması, söz konusu çelişkinin giderilmesi açısından mümkün ve gereklidir[763].

---

[759] Diğer taraftan bilirkişi raporuna itiraz ve bu itiraz üzerine yahut re'sen ek rapor veya yeni bir bilirkişi incelemesine başvurulması hakkında bkz. Aşa. Üçüncü Bölüm, 2,2.

[760] Bkz. ve karş. Akkaya (2009), s. 255; Alangoya, Yıldırım ve Deren-Yıldırım (2009), s. 513, 514. Ayrıca bkz. Bourgeois, Julien ve Zavara (1999), n° 161, s. 98.

[761] Nitekim Fransız hukukunda da, seri yargılama (référé) sırasında alınan bir bilirkişi raporu usûlüne uygunsa, istinaf aşamasında mahkemenin bu rapordan yararlanabileceği konusunda bkz. Cass. 2e civ., 21.6.1962, *Bull. civ. II,* n° 541 ve Cass. com. 5.5.1965, *D.* 1966. Somm. 4 (zikreden M. Redon (2010). Mesures d'instruction confiées à un technicien. *Rép. immo. Dalloz.* s. 71, n° 566).

[762] Bkz. Akkaya (2009), s. 286; Akil (2010), s. 308; Alangoya, Yıldırım ve Deren-Yıldırım (2009), s. 514.

[763] Akkaya (2009), s. 271, 286. Fransız hukuku bakımından Bourgeois, Julien ve Zavaro (1999), n° 161, s. 98.

Diğer taraftan burada ana mesele, incelemenin yeni bir vakıaya hasredil(e)meyecek olmasıdır. Bu nokta biraz hassas bir nitelik taşımakla birlikte bir o kadar da basittir: Bilirkişi incelemesi, istinaf aşamasında ilk defa ileri sürülen bir iddianın ispatı için değil, fakat ilk derece mahkemesinde, tartışılmış veya tartışılmamış, kabul edilmiş yahut edilmemiş olsun, hâli hazırda ileri sürülmüş bir vakıanın yeniden ele alınması sırasında gündeme gelebilecektir.

Bu çerçevede bölge adliye mahkemesi tarafından başvurulan bilirkişi incelemesi ilk etapta uyuşmazlık konusu vakıa hakkında yeni bir görüş sağlama işlevine sahiptir. Ancak bunun yanı sıra istinaf aşamasında alınan bilirkişi raporunun, aynı zamanda ilk derece mahkemesi tarafından daha önce alınan raporun, hatta taraflarca sunulan uzman görüşlerinin niteliğinin değerlendirilmesi işlevini de üstleneceğini ifade etmek kanımızca uygun olacaktır[764].

Son bir mesele, mahkemenin kendiliğinden bilirkişi incelemesine başvurabilip başvuramayacağı noktasındadır. Esasen bu husus, temelde ilk derece yargısından çok bağımsız bir görünüm taşımamaktadır. Hâkimin davayı aydınlatma ödevi (m. 31) istinaf aşamasında yürütülen yargılama içerisinde de söz konusu olmaya devam etmektedir. Bu ödev çerçevesinde, bölge adliye mahkemesi, re'sen bilirkişi görüşünün alınmasına karar verebilir. Nitekim bu hususu Hukuk Muhakemeleri Kanununun 357. maddesinin ilk fıkrasında yer alan "re'sen göz önünde tutulacaklar" ifadesinden çıkarmak da mümkündür. Ancak incelemenin istinaf sebepleriyle bağlılığı gereği karşısında, istinaf yoluna başvuran tarafın dilekçesinde, ilk derece mahkemesindeki vakıa tespitlerinin eksik veya hatalı olduğunu dilekçesinde ileri sürmesi gerekmektedir[765].

Öte yandan mahkemenin re'sen başvurma yetkisi açısından, kamu düzenine ilişkin hâllerde bölge adliye mahkemesinin istinaf dilekçesinde gösterilen sebeplerle bağlı olmaksızın, incelemesini gerçekleştireceğine ilişkin Hukuk Muhakemeleri Kanununun 355. maddesinin de bilirkişi incelemesi açısından tartışılmasının uygun olduğu düşüncesindeyiz. Zira bu hükmün incelemenin kapsamına olan etkisi, kanımızca bilirkişi incelemesine başvuru imkânını da bu etkiye bağlı olarak önemli ölçüde artıracaktır.

---

[764] İstinaf aşamasında alınan bilirkişi raporunun bu işlevi Belçika hukuku bakımından da dile getirilmektedir. Bu konuda bkz. Henry ve De Cocquéau (2002), s. 115, 116. Bir bilirkişi raporunun genel olarak daha önce alınan bir başka raporun güvenilirlik ve niteliğinin değerlendirilmesi için kullanılması hakkında ayrıca bkz. Aşa. Üçüncü Bölüm, 2.2.1.4.

[765] Bkz. Akkaya (2009), s. 184.

Kamu düzeni, sınırları çok belirli olmamakla birlikte, gerek medenî usûl öğretisinde, gerek Yargıtay kararlarında sıkça kullanılan bir kavramdır. Ne var ki, *Konuralp'in* ifadesiyle söz konusu 355. maddede yer alan bu düzenlemeyle ilgili kavrama Türk usûl hukukunda ilk defa bu kadar önemli bir kanunî ölçüt niteliği atfedilmiştir[766].

Bu bağlamda mesele kısaca şu şekilde açıklanabilir: Esas olarak istinaf aşamasında sebebe bağlılık ilkesi egemenken, kamu düzenine aykırılık hâlinde, bölge adliye mahkemesi, istinaf dilekçesinde gösterilen sebeplerle bağlı kalmaksızın, re'sen tespit ettiği hususları inceleme konusu yapabilir[767]. Somutlaştırmaya çalışırsak, genel olarak kamu düzenine ilişkin kabul edilen kişiler ve aile hukukundan doğan davalarda, doğrudan doğruya iflâs davalarında ve iflâsın ertelenmesi veya konkordato gibi geniş anlamda yeniden yapılandırma usûllerinde, hatta iş veya tüketici hukukundan kaynaklanan hâllerde, bölge adliye mahkemesi, gösterilen sebeple bağlı olmadan inceleme yapabilecektir[768].

Böyle bir durum, istinaf aşamasında gerçekleştirilecek olan incelemenin kapsamını genişletecektir. Hatta bu etki nedeniyle kamu düzenine aykırılık ölçütünden yola çıkılması da öğretide eleştirilmiştir[769]. Nitekim kapsamda gerçekleşecek bu genişleme, kanımızca etki ve sonucunu doğrudan doğruya bilirkişi incelemesine başvuruda da gösterecektir. Bu açıklamalar neticesinde görüşümüz, kamu düzenine ilişkin bir istinaf sebebi çerçevesinde gerçekleşecek olan istinaf incelemesinin kapsamında, bölge adliye mahkemesinin, hiçbir tereddüt bulunmaksızın, çözümü özel ve teknik bilgiyi gerektiren bir hâl varsa, ilk derece mahkemesince başvurulmuş olsun olmasın, yeni bir bilirkişi incelemesine re'sen başvurabileceği, buna herhangi bir engel bulunmadığı yönündedir.

---

[766] Bkz. H. Konuralp (2008). İstinafta kamu düzeni kavramı. *Medenî usûl ve icra – iflâs hukukçuları toplantısı vi. İzmir, 19 – 20 Ekim 2007.* Ankara: Türkiye Barolar Birliği, ss. 133 – 150, s. 134.
[767] Konuralp (2008), s. 146, 147.
[768] Konuralp (2008), s. 147.
[769] Nitekim *Konuralp* kamu düzenine aykırılık ölçütünden hareket edilmesini eleştirmektedir. Bkz. Konuralp (2008), s. 148.

2. Bilirkişi İncelemesi Hakkındaki Karar

2.1. Bilirkişinin Görevinin Kapsam ve İçeriğinin Belirlenmesi

2.1.1. Bilirkişinin görevinin kapsam ve içeriği (konusu) bakımından görünüm biçimleri

2.1.1.1. Ayrımın genel çerçevesi ve bazı yabancı ülke hukuklarında yeri

Başlığımızda bilirkişilik görevinin görünüm biçimleri olarak ifade ettiğimiz bu ayrımın *genel çerçevesi,* bilirkişinin mahkemeye katkısının farklı şekillerde söz konusu olmasına dayanmaktadır. Bir diğer söyleyişle, hâkimin bilirkişiye tevdi ettiği görev, uyuşmazlık konusu vakıanın niteliğine veya kendisinden beklenen katkının derecesine göre birbirinden farklı kapsam ve içeriklere bürünebilmektedir. Aslında kapsam ve içerik bakımından tipik, yeknesak bir bilirkişilik faaliyetinden söz edilemeyeceği, hâkim tarafından verilen görev kapsamında faaliyetin birden fazla hâli bünyesinde barındırdığı bilinen bir husustur. Nitekim bilirkişinin işlevi ve bu doğrultuda görevinin kapsam ve içeriği farklı şekillerde formüle edilebilirse de temelde şu iki hususta ibarettir:

- (Sahip olduğu özel ve teknik bilgi sayesinde, uyuşmazlık konusu) *bir vakıayı tespit etmek* veya
- *Bir vakıa hakkında değerlendirmelerde bulunmak, ondan sonuç çıkarmak.*

Esasen bu hususlar aynı zamanda incelemedeki kronolojik sıraya da karşılık gelmektedir. Zira, vakıa iddiaları üzerine gerekleştirilecek faaliyet, öncelikle söz konusu vakıaların tespiti noktasındadır[770].

Nitekim, bazı yabancı ülke hukukları, zikrettiğimiz bu hususlara bilirkişinin görevi bakımından pozitif düzenlemelerde açıkça yer vermektedir. Belçika ve İspanya Medenî Usûl Kanunları buna örnek olarak gösterilebilir[771]. Öte yandan, açıkça dar anlamda bilirkişiliğe yönelik olmasa da, müesseseyi (geniş anlamıyla) üçlü bir ayrım

[770] Ayrıca bkz. J. Moury (2009). Les limites de la quête en matière de preuve: expertise et jurisdictio. *RTD Civ.* s. 665 vd. (*www.dalloz.fr*), n° 11.

[771] Belçika: "*Hâkim… vakıa tespitlerinde bulunması veya teknik konuda bir görüş vermesi amacıyla bilirkişileri görevlendirebilir"* C. jud., art. 962; İspanya: "*…(v)akıaların değerlendirilmesi… veya bunların gerçekliği konusunda taraflar…* (kendileri tarafından tayin edilen.- *B.T.) bilirkişinin vardığı sonuçları sunabilir veya… mahkemeden bilirkişi raporunun alınması talebinde bulunabilir…"* LEC, art. 335, 2.

altında değerlendiren Fransız hukuku da bu yönüyle ilginç bir örnektir[772]. Buna karşılık İsviçre ve Alman düzenlemelerinde belirtilen hususlar açıkça zikredilmemektedir[773]. Nihayet, Türk kanun koyucusu ise, *oy* ve *görüş*e, bir diğer deyişle vakıalardan çıkarılan sonuç ve değerlendirmeye vurgu yapmaktadır[774].

Bununla birlikte meselenin ilk bakışta teorik bakımdan az çok yerleşmiş olduğunu söylememiz mümkündür. Bu bağlamda Türk ve bazı yabancı hukuk öğretilerinde, "vakıa tespiti" ve "vakıaların değerlendirilmesi – vakıalardan sonuç çıkarılması" işlevine bir üçüncüsünü eklemek suretiyle bilirkişi incelemesinin üç ayrı hâli bünyesinde barındırdığı dile getirilmektedir. Bu hâller, *hâkime sahip olmadığı özel bilgiyi (bir tecrübe kuralını) aktarmak; sahip olunan özel bilgi vasıtasıyla bir vakıayı tespit etmek* ve nihayet*, sahip olunan özel bilgi vasıtasıyla bir vakıa meselesi hakkında değerlendirmelerde bulunmak* biçiminde formüle edilmektedir[775].

Diğer taraftan bilirkişinin geleneksel bakımdan bir tanık konumunda olduğu Anglo-Amerikan hukukunda da, mesele hem onun alelâde bir tanıktan ayırt edilmesi hem görevinin kapsamı çerçevesinde değerlendirilmektedir[776]. Bilirkişinin *tanıklığı* uzmanlık bilgisi sayesinde bir vakıa meselesini tespit biçiminde gerçekleşebileceği

---

[772] "*Hâkim… herhangi bir kimseyi… vakıa tespitleri, danışmanlık veya bilirkişi incelemesi vasıtasıyla kendisini aydınlatması amacıyla görevlendirebilir."* C. pr. civ., art. 232.

[773] Bkz. ve karş. CPC Suisse, art. 183; dZPO § 403, § 404a ve bilirkişi tanıklık hakkında § 414.

[774] Bkz. ve karş. HMK m. 266.

[775] Türk medenî usûl hukuku öğretisinde bu ayrımın ilk defa *Tanverdi* tarafından doktora tezinde kullanıldığını (bkz. Tanverdi (1991), s. 104 vd.), daha sonra genel eserlerde ve monografilerde de yer bulduğunu görmekteyiz. Bilirkişilik konusunda yakın tarihlerde değerlendirmelerde bulunan yazarların önemli kısmı bu hususları birbiri arasında önemli bir farklılık olmaksızın aktarmaktadır. Hepsi yerine bkz. ve karş. Tanrıver (2002), s. 33 vd.; Üstündağ (2000), s. 740; Pekcanıtez, Atalay ve Özekes (2011), s. 510; Alangoya, Yıldırım ve Deren-Yıldırım (2009), s. 358. Ayrıca bkz. Ansay (1957), s. 268. Ayrıca bkz. ve karş. Bettex (2006), s. 7 vd.; D. Tiwisina (2005). *Sachverständigenbeweis im deutschen und englischen zivilprozess.* Göttingen: V&R unipress, ss. 73 vd.; L. Rosenberg, K. H. Schwab ve P. Gottwald (2004). *Zivilprozessrecht.* München: 26. Aufl. Beck, s. 836 vd., n^{o} 1 vd.; H. Nagel (2003). Deutschland. *Beweis – Preuve – Evidence (Dir.: H. Nagel ve E. M. Bajons).* Baden-Baden: Nomos, ss. 95 – 129, s. 124, 125. Bazı yazarlar temel işlevi özel bilgi sağlamak, bir vakıayı tespit etmek ayrımı altında ele almaktadır. Örn. Mestre (1937), s. 4.

[776] İngiliz hukukunda On sekizinci yüzyıla kadar, bir tanığın vakıa meselesi hakkında görüş bildirmesi kabul edilmemektedir. Ne var ki, bu kabulün *bilirkişi tanıklar* hakkında uygulanmasının yarattığı güçlük, bunlar bakımından yaklaşımın değişmesine yol açmıştır. Genel olarak bkz. Dwyer (2008), s. 78 vd.

gibi[777], bilirkişi vakıa meselesi hakkında görüş bildirebilir veya bunlardan sonuç çıkartabilir[778].

Başta Kıta Avrupa'sı öğretisinde dile getirilenler olmak üzere, kısaca aktardığımız bu yaklaşımların bilirkişi incelemesinin kapsam ve içeriği bakımından yapılabilecek yahut en azından tartışılabilecek bir kategorik ayrım konusunda önemli bir bakış açısı sunduğu kanısındayız. Ne var ki bunu tartışmadan önce üstünde durulması gereken iki husus daha bulunmaktadır:

Öncelikle öğretide bu ayrımın önemine dikkat çekiliyor olmakla birlikte, meselenin daha çok bilirkişi incelemesine ihtiyaç duyulan hâller yahut incelemenin konusu bağlamında ele alınageldiğini[779]; hatta kimi zaman doğrudan bilirkişinin tanımını verebilmek adına da kullanılabildiğini görmekteyiz[780]. Öte yandan konuyu biraz daha derinlemesine ele alan yazarlar da bu hâllerin tümünün aynı hukukî rejime tâbi olmasını sorgulamamakta, daha ziyade ayrımda yer alan hususları, bunların hükmün inşasındaki, bu anlamda tasım faaliyetindeki yeri bakımından tartışmaktadır[781]. Nihayetinde bu ayrıma yaklaşım kural olarak aktarmaya çalıştığımız çerçevede kalmaktadır.

Hatta İsviçre hukukunda *Bettex* tarafından savunulan görüşe göre, bilirkişi incelemesini bu nev'iden bir ayrıma tâbi tutmanın önemi teorik olarak inkâr edilemez olsa da, uygulamada çok da ciddî bir faydası bulunmamaktadır. Yazar, bu görüşüne gerekçe olarak, ortaya konan bu hâller arasında bir ayrımın yapılmasının çoğu kez güç olduğunu, diğer taraftan her üç hâl bakımından uygulanacak hükümlerin de zaten aynı olduğunu göstermektedir[782].

Yazarın bu yaklaşımı bizi *ikinci bir hususu* sorgulamaya sevk etmektedir. Gerçekten de ister bir vakıa tespiti, ister bir vakıadan sonuç çıkartılması biçiminde ifade

---

[777] Bilirkişi burada *vakıanın tanığı (witness of fact)* konumundadır. Anglo-Amerikan hukuku bakımından bkz. P. McNeil (2006). Expert reports. *Experts in the civil courts (Ed.: L. Blom-Cooper).* New York: Oxford University Press, ss. 77 – 102, s. 78, 79.

[778] Genel olarak bkz. J. F. Matson, S. F. Daou ve J. G. Soper (2004). *Effective expert witnessing.* Boca Raton: CRC Press LLC, s. 7, 8; D. A., Bronstein, (2007). *Law for the expert witness.* 3rd ed., Boca Raton, FL: CRC Press, s. 69.

[779] Örn. Bettex (2006), s. 7; Tiwisina (2005), s. 73 vd.; Rosenberg, Schwab ve Gottwald (2004), s. 836, 837, n^{o} 3 vd.; Alangoya, Yıldırım ve Deren-Yıldırım (2009), s. 358.

[780] Örn. Üstündağ (2000), s. 740; Pekcanıtez, Atalay ve Özekes (2011), s. 510.

[781] Bkz. Tanverdi (1991), s. 104 – 113. Nitekim yazar diğer yandan yerine getirilen işlev çerçevesinde faaliyetin ispat aracı olma yönünü de sorgulamaktadır. Ayrıca bkz. Tiwisina (2005), s. 73, 74. Yargısal tasım faaliyetinde vakıa ile hukuk ayrımı bağlamında tecrübe kuralının yerine ilişkin olarak bkz. yuk. *Birinci Bölüm, 2.3.2.1.*

[782] Bettex (2006), s. 8.

edelim, bilirkişinin mahkemeye katkısı geleneksel olarak onun sözlü veya yazılı şekilde sunacağı bir görüşten ibarettir[783]. Öte yandan bilirkişiliğin genel teorisi bakımından hâkim için ne bir vakıa tespitinin, ne de vakıa hakkında yapılacak değerlendirmenin bağlayıcı olduğundan bahsedebiliriz[784].

Ancak bu yapının varlığına rağmen, sormak istediğimiz soru şudur: İster *konu*, ister *kapsam* ve *içerik* şeklinde ifade edelim, gerçekten de bilirkişi incelemesinin nitelik itibariyle birbirinden farklı bir görünüm arz ettiği hâllerin tümü bakımından aynı hukukî rejime tâbi bulunması, bir diğer deyişle tüm bilirkişilik hâlleri bakımından aynı hükümlerin uygulanması ne derece anlamlıdır?

Bu soru Türk hukukunda ilk defa *Konuralp* tarafından *Bilirkişilik Sempozyumunda* (Samsun, 2001), alternatif uyuşmazlık çözüm yolları ve bilirkişilik arasındaki ilişki bağlamında gündeme getirilmiştir[785]. Fakat esas olarak konunun tartışmaya açılması yazarın *Medenî Usûl ve İcra – İflâs Hukukçuları Toplantısı*'nın üçüncüsünde sunduğu tebliğ vesilesiyle olmuştur[786]. Temel mesele, basit bir bilirkişilik faaliyeti ile son derece karmaşık ve uzmanlık gerektiren bir bilirkişi incelemesini aynı hükümlerle çözme zorluğundan kaynaklanmaktadır[787].

Ancak dikkat edilecek olursa, yukarıda başta ifade etmiş olduğumuz ayrıma bu yönden yaklaşabilmek için bir ölçütü ayrıca ve açıkça ön plâna çıkarmamız gerekmektedir. Bunu ise, bilirkişi incelemesinin taşıdığı "karmaşıklık derecesi" şeklinde ifade etmemiz mümkündür[788].

Aslında bu karmaşıklık derecesi ölçütü, bahsettiğimiz geleneksel ayrımın içeriğiyle her koşulda örtüş(e)memektedir[789]. Fakat ne olursa olsun ayrımın temelindeki mantık bakımından bu son husus, varmak istediğimiz sonuçlar bakımından çok da ciddî bir farklılık yaratmamaktadır. Zira, hâkimin uyuşmazlık hakkında karar verebilmesi için

---

[783] Bkz. ve karş. H. Motulsky (1969). Notions générales. *L'expertise dans les principaux systèmes juridiques de l'Europe.* Paris: Éditions de l'Épargne, ss. 13 – 33, s. 16, 17.

[784] Ancak burada bir an için salt özel bilginin aktarılması faraziyesini kenara bırakacak olsak dahi, aşağıda ayrıca ele aldığımız üzere vakıa tespiti ile vakıanın nitelendirilmesi işlemi arasındaki teorik sınırın tespitinin son derece güç olması, kimi zaman bu ayrımın kendisinin gerekliliğini dahi kanımızca tartışmalı kılabilecek bir hususdur.

[785] Bkz. Konuralp (2001), s. 502 vd.

[786] Bkz. Konuralp (2007), s. 319 vd.

[787] Konuralp (2007), s. 327.

[788] Nitekim Fransız hukukunda inceleme konusunun karmaşıklığının, Kanunda bilirkişilik türleri konusunda getirilen ve aşağıda yeri geldikçe hakkında ayrıca açıklama ve değerlendirmelerde bulunduğumuz ayrımın yanı sıra, doğrudan dar anlamdaki bilirkişi incelemesi bakımından da bir ölçüt olarak tartışıldığını görmekteyiz. Bu konuda bkz. Conférence de consensus (2007), s. 19.

[789] Karş. Bettex (2006), s. 8.

ihtiyaç duyduğu özel ve teknik bilgi yahut bu bilgiye dayalı değerlendirmelerin niteliği veya karmaşıklığı, her zaman aynı derecede değildir. Bu itibarla, bilirkişiden de her zaman kapsamlı ve ayrıntılı bir takım incelemelerde bulunması da beklenmemektedir. Hâkim, bilirkişinin detaylı bir incelemenin yanı sıra basit bir tespitte bulunmasıyla veya salt bir bilimsel yahut teknik görüş sunmasıyla da yetinebilir[790]. Bunu bazı örnekler çerçevesinde somutlaştırmaya çalışacak olursak:

Evlilik dışı hayat sürüldüğü biçimindeki bir vakıanın tespiti, yerel veya ticari bir teamül niteliğindeki bir tecrübe kuralının ne olduğunun öğrenilmesi yahut maddî hasarla sonuçlanan bir haksız fiil bakımından ortaya çıkan zararın sebepleri ve miktarının ortaya konulması amacıyla başvurulan bilirkişi incelemesinin; yine bir kira bedelinin bilirkişi vasıtasıyla tespiti ile babalık davasında yaptırılan dna incelemesinin aynı şey olmadığı kanımızca açıktır. İşte bu bakımdan getirilebilecek tüm ölçütleri bir arada değerlendirmek de bu ayırıma uygun bir şekilde yaklaşma imkânını bize sağlayacaktır.

Diğer taraftan bilirkişi incelemelerinin kapsam ve içerik itibariyle farklılık arz etmesi, etkisini çeşitli şekillerde göstermektedir. Burada ilk akla gelen, incelemenin kapsam ve içeriğine göre bilirkişide aranan uzmanlığın derecesinin ve bilirkişinin vermiş olduğu görüşün hükmün oluşmasındaki yerinin bilirkişi incelemesinin kapsamı neticesinde belirleniyor oluşudur. Buna ek olarak incelemenin taşıdığı tekniklik ve karmaşıklık düzeyinin, bilirkişi incelemesinin süresi ve bilirkişi incelemesinin ortaya çıkardığı masraflar ile doğrudan ilişkili olduğunu da ifade etmek gerekmektedir[791].

Ayrımın kimi yabancı ülke hukuklarındaki görünümü bağlamında, Fransız ve kısmen Belçika hukuk sistemlerinde, Türk, İsviçre ve Alman hukuklarının aksine, temelinde bilirkişi tarafından yerine getirilen görevin aynı olmadığından hareket edilmekle birlikte, bu ayrımı pozitif düzenlemelere yansıtan farklı bir bakış açısının bulunduğunu görüyoruz.

Öncelikle Fransız hukukunda 1975 tarihinden beri yürürlükte olan Medenî Usûl Kanunu öncesi dönemde, Türk hukukunda şu anki yapıya benzer şekilde bilirkişilik

---

[790] Bkz. R. Genin-Meric (2010). Mesures d'instruction exécutée par un technicien. Les trois modalités de l'intervention du technicien. *JurisClasseur Procédure civile. Fasc. 662,* n° 1, s. 3. Ayrıca bkz. Dumoulin (2007), s. 117.

[791] Bu son noktaya ilişkin olarak Fransız hukukçuları karmaşıklığa ek olarak, ölçülülüğü de bilirkişilik faaliyetinin sınıflandırılmasında bir ölçüt olarak tartışmaktadır. Bu konuda bkz. Conférence de consensus (2007), s. 19, 20.

faaliyeti hakkında tek bir usûl bulunmaktadır (anc. C. pr. civ., art. 302 – 323). Kanunun yapısı içerisinde bilirkişilik, davanın çözümü maksadıyla uzmanlık bilgisi gerektiren vakıa tespitlerinde bulunma ve bu tespitleri mahkemeye aktarması için bilgi sahibi kimseleri görevlendirmekten ibaret bir usûl olarak kabul edilmektedir[792]. Ne var ki bu usûl, eski Medenî Usûl Kanunundaki düzenleme ve uygulama biçimi bakımından yargısal gerçekliğe uygun olmadığı gerekçesiyle çeşitli eleştirilerin konusunu oluşturmuştur[793]. Nihayetinde, 17 Aralık 1973 tarihli Kararnameyle yürürlükten kalkan kuralların yerine Fransız kanun koyucusu bilirkişi incelemesini, yanına yeni bir takım yöntemler de eklemek suretiyle tekrardan düzenlemiştir[794].

Nitekim Fransa'da yeni Medenî Usûl Kanununun yürürlüğe girmesiyle, bilirkişilik faaliyetinde hâkimin daha etkin bir rol oynamasına, bu anlamda, gerek bilirkişi incelemesine başvuruda gerek bu incelemenin icrası sırasında, önceki Kanun dönemine göre ona daha geniş yetkilerin tanınmasına çalışılmıştır. Diğer taraftan, burada temelde bilirkişinin görev alanının salt özel ve teknik bilgi gerektiren bir vakıa alanıyla snırlandırılması ve bilirkişi incelemesine aşırı şekilde başvurunun önüne geçebilmek amacıyla, bilirkişilikten kapsam itibariyle daha dar, biraz daha basit inceleme yöntemleri öngörülmüştür[795].

İlk bakışta Fransız sistemi aşağıda yer verdiğimiz alt başlıklar itibariyle yukarıda aktardığımız ayrımla birebir örtüşür gibi görünse de, bu ikisi arasında ayrımın algılanışından kaynaklı bazı farklılıklar da mevcuttur. Ne olursa olsun, Fransız tecrübesi kapsam ve nitelik bakımından söz konusu olan teorik ayrımın hayata geçirilebilmiş

---

[792] Bkz. Vincent ve Guinchard (1987), n° 1270, s. 971.

[793] J. Normand (1981). Remarques sur l'expertise judiciaire au lendemain du nouveau Code de procédure civile. *Mélanges dédiés à Jean Vincent.* Paris: Dalloz, ss. 255 – 271, s. 255.

[794] Fransız kanun koyucusunu bu nev'iden bir ayrıma ve sistem değişikliğine götüren sebepler üzerinde kısaca durmak istiyoruz. Bu sebepler Türk hukuk uygulaması bakımından tartışılan hâllerden çok da farklı değildir. Özellikle hâkimlerin iş yükünün artması karşısında bilirkişi incelemesine başvuruda ciddî bir artış yaşanması, fakat bu hâllerin önemli kısmının aslında bilirkişi incelemesini gerçek anlamıyla gerektirmemesi, bu sebeplerin başında gelmektedir. Nihayet bilirkişi incelemesine bu denli başvuru, yargılama süresini uzatmakta, ancak daha önemlisi, bilirkişiye tevdi edilen görevler karşısında yargı yetkisinin devri (delegasyonu) sonucunu doğurmaktadır. Bu konuda genel olarak bkz. Normand (1981), s. 255, 256; Vincent ve Guinchard (1987), n° 1211, s. 972. Nitekim her ne kadar Fransa'da 1944 yılında yapılan reformlar sırasında bilirkişi incelemesinin sadece teknik konuları içerebileceği hüküm altına alınmış olsa da bu tür bir değişiklik yeterli olmamış, masrafların azaltılması ve yargılamanın serileştirilmesi ile etkinleştirilmesi ihtiyacı Fransız kanun koyucusunu daha kapsamlı değişikliklere yönlendirmiştir. Genel olarak bkz. Vincent ve Guinchard (1987), n° 1211, 1212, s. 972; Normand (1981), s. 256; Leclerc (2005), n° 8, s. 11; Closset-Marchal (1994), s. 11. Bilirkişilik faaliyetinin usûlî gelişimi bakımından meseleye ilişkin tartışmalar hakkındaki açıklamalarımız için ayrıca bkz. yuk. *Birinci Bölüm, 1.1.*

[795] Vincent ve Guinchard (1987), n° 1215, 1216, s. 974, 976; Normand (1981), s. 256.

olması bağlamında dikkate değer bir örnek meydana getirmektedir. Buradaki ayrım, net bir şekilde bilirkişi tarafından yerine getirilen faaliyetin karmaşıklık ölçüsüne göre gerçekleştirilmektedir[796].

Bu çerçevede Fransız Medenî Usûl Kanunu, bilirkişilik faaliyetine, bu hukuk sistemindeki ifadesiyle bir teknisyen tarafından yerine getirilecek tahkikat incelemelerine toplam kırk üç madde ayırmıştır (bkz. C. pr. civ., art. 232 – 284-1)[797]. Diğer taraftan burada Fransız Medenî Usûl Kanununun 147. maddesi ayrı bir önem taşımaktadır. Söz konusu hüküm, hâkime, uyuşmazlığın çözümü için kâfi gelip de daha basit ve az masraflı olacak yöntemin tercih edilmesi zorunluluğunu yüklemektedir (bkz. C. pr. civ., art. 147). Bu hüküm, Fransız kanun koyucusunun usûl ekonomisi ilkesine verdiği değer bakımından dikkat çekicidir. Nihayet, hâkim bu inceleme yöntemlerinden birini seçmişken, daha sonra, bu inceleme sırasında edindiği bilgiler neticesinde inceleme yöntemini değiştirebilmekte yahut onun kapsamını genişletip daraltabilme yetkisine sahiptir (bkz. C. pr. civ., art. 148 ve 149).

1975 yılında yürürlüğe giren Kanun, bilirkişilikle ilgili hükümler bakımından zaman zaman değişikliğe uğrasa da, getirilen ayrımın esasına dokunulmamıştır. Yapılan değişiklikler daha çok bilirkişinin seçimi ve tayinini konu edinmiştir[798]. Fransız hukukunda söz konusu olan yöntemlerin her birinin konusu farklı olmakla birlikte tâbi bulundukları hukukî rejim az çok aynıdır[799].

---

[796] Genel olarak bkz. Genin-Méric (2010), n° 2, s. 3; M. Redon (2011). Mesures d'instruction confiées à un technicien. *Rép. pr. civ. Dalloz*. n° 8.

[797] Fransız kanun koyucusu ilk on yedi maddede genel hükümler altında, tüm yöntemler hakkında ortak düzenlemelere yer vermiş, daha sonra üç başlık altında bu yöntemlere ilişkin özel düzenlemeleri ayrıca belirtmeyi tercih etmiştir. Basitinden en karmaşığına göre bunlar, vakıa tespitleri (constatations), danışmanlık (consultation) ve nihayet dar ve teknik anlamıyla bilirkişi incelemesidir. Kanun koyucunun tercihi farklı yöntemleri farklı kavramlarla ifade etmek yönünde olsa da, uygulamada tüm bu yöntemler için bilirkişi incelemesi terimi yaygın şekilde kullanılmaya devam etmektedir (bu son husus hakkında ayrıca bkz. Conférence de consensus (2007), s. 14). Ancak bu ayrım bakımından dikkate alınması gereken hükümler yukarıda sayılanlarla sınırlı değildir. Gerçekten de Fransız hukukunda bilirkişilik faaliyeti, diğer deyişle teknisyene tevdi edilen tahkikat inceleme yöntemleri, daha genel bir yapının Medenî Usûl Kanununun 143. maddesinden itibaren düzenlenen ve genel prensipler ile farklı inceleme yöntemlerini içeren *tahkikat incelemelerinin* (*mesures d'instruction*) bir parçasını oluşturmaktadır. Nitekim zikredilen Kanunun 143 ilâ 178. maddeleri, tüm tahkikat incelemeleri hakkındaki genel hukukî rejimi içermektedir. Bunun yanı sıra 179 ilâ 183. maddeler hâkim tarafından gerçekleştirilecek olan incelemelere (*vérifications personnelles du juge*), 184 ilâ 198. maddeler, tarafların mahkemeye izahat vermek amacıyla mahkeme huzuruna çıkmasına (*comparution personelle des parties*) ve nihayet 199'dan 230. maddeye kadar olan hükümler soruşturma (*enquête*) usûlüne ayrılmıştır.

[798] Örneğin genel olarak bkz. O. Leclerc (Çev. B. Toraman) (2010). Bilirkişiliğe ilişkin reformlar, sınırlı gelişmeler ve kaçırılan fırsatlar. *Prof. Dr. Bilge Umar'a armağan, DEÜHFD, C. 11, Özel Sayı.* İzmir: DEÜ Yayınları, ss. 309 – 324.

[799] Cadiet ve Jeuland (2006), s. 394, n° 610.

Birkaç cümleyle de olsa Belçika hukuk sistemine baktığımızda, burada da benzer kaygıların benzer yaklaşımlara yol açtığını görüyoruz. Bu ülke hukukunda da bilirkişi incelemesine aşırı derecede başvurulması, inceleme süresinin uzunluğu, bilirkişilik faaliyetinin denetlenmesindeki yetersizlik ve incelemenin yol açtığı masraflar uzun zamandan beri eleştiri konusu olmaktadır. Nitekim özellikle 2007 yılında Belçika Yargılama Kanununda (Code judiciaire) yapılan kapsamlı değişikliklerle de bahsedilen hususlarda iyileştirmenin sağlanması amaçlanmıştır[800].

Bu değişiklikler çerçevesinde Belçika kanun koyucusu, gerek bilirkişi incelemesine alternatif gerek basitleştirilmiş bir takım bilirkişilik yöntemlerini, ön plâna çıkarmaya çalışmıştır. Ne var ki Fransız hukukunda olduğu gibi bilirkişilik konusunda Kanunda açık bir ayrımda bulunulmasından kaçınılmış, hâkim için önceden de varolan bazı imkânların bir miktar daha belirgin hâle getirilmesiyle yetinilmiştir[801]. Belçika hukukunda masraflı ve zaman alan bir yöntem olan bilirkişi incelemesi yerine daha başka inceleme yöntemlerine başvurulması gereği özellikle usûl ekonomisi ilkesi çerçevesinde dile getirilmektedir[802].

---

[800] Gerek önceki Kanun döneminde yapılan reform çalışmalarının yetersizliği, gerek bahsedilen bu sıkıntılar ve reform ile amaçlanan hususlar noktasında genel olarak bkz. Souris (2010), s. 22 – 24; Mignolet (2007), s. 11; Mignolet (2009), s. 44 vd.

[801] Aslında aşağıda ayrıca görüleceği üzere sunulan Belçika hukuku bakımından zikrettiğimiz imkânların bir kısmını, Fransız hukukunda mevcut olan sistemin aksine, Türk hukuku karşısında orijinal addedebilmemiz, ne 1086 sayılı Kanun ne Hukuk Muhakemeleri Kanunu bakımından mümkündür. Ancak söz konusu hukuk sistemi bakımından gösterilen çabanın, doğrudan doğruya, bilirkişilik bakımından mevcut olan ayrımların gözle görülür hâle getirilmesi ve hâkimler bakımından alelâde bilirkişi incelemesine sınırlı da olsa alternatifler yaratılması yönünde olması, bu sistemi karşılaştırmalı hukuk bakımından kanımızca önemli kılmaktadır. Diğer taraftan bu değişikliklere neden olan bilirkişi incelemesine aşırı başvuru, yargılamada makul sürenin aşılması ve masraflar gibi etkenler de Türk hukukuna yabancı değildir. Nitekim Belçika hukukunda buna ilişkin dikkat çekilen noktalar da özellikle meselenin Türk hukuk sistemi bakımından değerlendirilmesi bakımından zikretmeye değerdir.

[802] Belçika'da bazı ilk derece mahkemeleri daha az masraflı olması nedeniyle mümkün mertebe öncelikle bizzat keşif icra etmeyi tercih etmeketedir (Örn. Première Instance Nivelles, 17.1.1997, Zikreden P. Souris (2010). *Manuel d'expertise judiciaire.* Bruxelles: Créadif, s. 27, dn. 36). Diğer taraftan yine bazı ilk derece mahkemeleri bilirkişi incelemesine başvurmadan önce tarafların ellerindeki tüm belge ve varsa tespitleri istemesi ve bunların hâlâ geçerli ve güncel olup olmadığı bakımından değerlendirmesi gerektiğine, bu tür belgelerin yokluğu hâlinde, bilirkişi incelemesine başvurunun uygun olacağına işaret etmektedir. (Örn. Première Instance Tournai, 4.12.1993, Zikreden Souris (2010), s. 26, 27 ve dn. 35). Aslında dikkat edilecek olursa bahsedilen yerel mahkeme kararları, ispat araçlarına, pek tabii ki bu bağlamda bilirkişi incelemesine de, nasıl bir sıra çerçevesinde başvurulması gerektiği ile de ilişkilidir. Nitekim bu konudaki açıklamalarımız için bkz. yuk. *İkinci Bölüm, 1.2,* ayrıca *1.4*.

2.1.1.2. Bilirkişinin bir vakıa tespitiyle görevlendirilmesi

Hâkim, bilirkişiyi sahip olduğu özel ve teknik bilgi vasıtasıyla bir vakıayı tespit etmekle görevlendirebilmektedir. Burada temel olarak öne çıkan birkaç nokta bulunmaktadır: Bunlardan ilki, vakıa tespitinden ne anlaşılması gerektiği olup, önce bu meselenin genel çerçevesini çizmek istiyoruz[803]. İkinci olarak ise, vakıanın tespiti ile vakıanın değerlendirilmesi yahut bir vakıadan sonuç çıkartılması arasındaki sınır üzerinde duruyoruz.

Vakıa tespitinin genel çerçevesi: Vakıa tespiti, geniş anlamıyla, bir şeyin veya bir yerin ne hâlde olduğunu ortaya koymak yahut bir vakıanın varlığını göstermekten ibaret olan bir işlem, bir fikrî faaliyettir[804]. Öte yandan Fransız hukukçu *Cornu,* bu sayılanlara bir fiilî durumu objektif şekilde *nitelendirmeyi* de eklemektedir[805].

Doğrudan bilirkişilik bakımından ele alındığı vakit, vakıa tespitinde bilirkişi için bir vakıayı yalnızca tespit etmek veya doğrulamak söz konusudur. Buna karşılık bilirkişi herhangi bir şekilde o vakıayı *değerlendirmemektedir*[806]. Bu noktada bazı Fransız hukukçuları vakıa tespitleri usûlü (*constatations*) vesilesiyle bilirkişinin (*Fransız hukukundaki terimle teknisyenin*) yerine getirdiği faaliyetin niteliği gereği, işlevsel bakımdan aslında hâkimin gözü konumunda olup, onun yerine görmekle görevlendirildiğine işaret etmektedir[807]. Bir başka deyişle, bilirkişinin yerine getirdiği görev, somut vakıanın bir tür fotoğrafını çekmekten ibarettir[808]. Bilirkişi, davada ileri sürülen vakıa unsurları hakkında kişisel olarak bilgi edinmekte ve edindiği bu bilgiyi doğru ve tarafsız bir şekilde mahkemeye sunmaktadır[809].

Temelde bilirkişinin bir vakıa tespitinde bulunmakla görevlendirilmesi, onun sahip olduğu özel veya teknik bilgi sebebiyledir. Zira bunların başka türlü

---

[803] Diğer yandan *vakıa* kavramının kendisi, burada ele aldığımız ayrımın ötesinde bilirkişi incelemesinin sınırları, özellikle vakıa – hukuk ayrımı bakımından üzerinde ayrıca durmakta olduğumuz bir kavramdır. Bu konuda bkz. yuk. *Birinci Bölüm, 2.3.1* vd.

[804] Bkz. ve karş. Montagnier ve S. Guinchard (2010). *Lexique des terms juridiques.* Paris: 17e éd., Dalloz (Redon (2011), no 9'dan naklen); G. Cornu (2009). *Vocabulaire juridique.* Paris: 4e éd., PUF, s. 221. Ayrıca bkz. Franses-Magre (1975), s. 321.

[805] Cornu (2009), s. 221.

[806] Bkz. ve karş. Bettex (2006), s. 7; Tiwisina (2005), s. 77. Ayrıca bkz. ve karş. Rosenberg, Gottwald ve Schwab (2004), Rn. 7, s. 838; Tanverdi (1991), s. 104, 105.

[807] Örn bkz. Héron ve Le Bars (2006), s. 865, no 1090; Vigneau (2006), s. 147, no 241.12.

[808] Vigneau (2006), s. 147, no 241.12; Genin-Méric (2010), no 7, s. 4; Franses-Magre (1975), s. 321.

[809] Genin-Méric (2010), no 7, s. 4.

gözlemlenebilmesi ve tespiti mümkün değildir[810]. Bir vakıa tespiti suretiyle bilirkişi incelemesine birbirinden çok farklı örnekler verebilmemiz mümkündür[811]:

- *Tıbbî konularda:* Psikolojik inceleme yoluyla aklî bir rahatsızlığın veya genel olarak bir hastalığın; bir bacağın diğerinden daha kısa olduğunun; bir trafik kazasının mağdurunun sağlık durumunun; veteriner tayin edilmesi yoluyla hayvandaki hastalığın tespiti vb. Yine kan veya gen incelemesi yoluyla babalık tespiti de bu kapsamdadır.
- *İnşaat hukukunda:* Örneğin bir bodrumda su sızıntısının olup olmadığı, inşa edilen eserin genel durumunun tespiti vb.
- *Haksız fiilerde:* Örneğin bir trafik kazası vesilesiyle açılan tazminat davasında, gerek araçtaki hasarın, gerek sürücünün belli bir hızın üzerinde gidip gitmediğinin tespiti vb.
- *Malî konularda:* Örneğin aciz hâlinin veya borca batıklığın tespiti yahut taraflar arasındaki malî ilişkinin tespiti vb.

Şüphesiz bu vakıa tespitlerinde bulunmak da, bilirkişiye tevdi edilen diğer tüm görevler gibi, temelde hâkime ait bir görevdir. Ne var ki, bu gözlem ve tespitlerin uzmanlık bilgisini gerektirmesi, hâkim tarafından yerine getirilme imkânını (deyim yerindeyse) ortadan kaldırmaktadır. Ancak bir vakıa tespiti her zaman özel ve teknik bir bilgiyi gerektirmeyebilir. Bilhassa aşağıda ayrıca ele alacağımız Fransız ve Belçika hukuklarında söz konusu olduğu üzere, vakıa tespitleri, teknik bakımdan, son derece basit bir görünüm arz edebilmektedir. Bu anlamda, bir mahkeme zabiti (*huissier*) tarafından gerçekleştirilen "zina tespiti"ni şimdilik zikredebiliriz. Yukarıdaki paragraflarda vermeye çalıştığımız örneklerden de anlaşılacağı üzere, vakıa tespitinin genel çerçevesini kolay bir şekilde çizmemiz ilk görünüş itibariyle mümkündür.

Bununla birlikte hassasiyet gösteren mesele, *vakıa tespiti ile vakıaların değerlendirilmesi veya bunlardan sonuç çıkartılması arasındaki sınırın* belirlenmesi noktasındadır. Bilirkişi, bir tespitte bulunabildiği kadar vakıaya ilişkin bir görüş de

[810] Bkz. Dwyer (2008), s. 90.

[811] Sınırlı sayıda olmayan bu örnekler için genel olarak bkz. ve karş. Tiwisina (2005), s. 8; Boulez (2006), s. 32, n° 223, 224; Vigneau (2006), s. 147, n° 241.12; Genin-Méric (2010), n° 23, s. 22; Bettex (2006), s. 7; Rosenberg, Gottwald ve Schwab (2004), Rn. 8, s. 838; Franses-Magre (1975), s. 322; Closset-Marchal (1994), s. 11, dn. 2;

bildirebildiğine göre[812], katogorik bir ayrımı gerçekleştirebilmemiz için, bu sınırların belirlenmesi kanımızca önem taşımaktadır.

Nitekim bir vakıa tespiti, aynı zamanda o vakıa hakkındaki çıkarımları da içerebilmektedir. Bir diğer deyişle, sahip olunan bilgiden ve meseleye bakış açısından bağımsız bir vakıa tespiti yoktur. Yani, bir vakıa tespitinden söz ettiğimizde kural olarak aynı zamanda bundan çıkan bir sonucun da tespite içkin olduğunu kabul etmemiz uygun olmaktadır[813]. Öte yandan bir vakıa tespit edildiğinde, aslında kural olarak ortada tespit edilen basit bir vakıadan ziyade, daha çok çıkarımlar sonucu, *sonuç itibariyle* ortaya konulan bir vakıadan söz etmek gerekmektedir[814].

Somutlaştırmak için, belli bir hızın üzerinde gidildiğinin tespiti, özel/teknik bilgi – uzmanlık/tecrübe bilgisi sayesinde belli bir takım çıkarımların bir araya getirilmesiyle ortaya çıkan bir sonuçtur. Aynı durum bir hastalığın, babalığın yahut malî durumun tespitinde de aynıdır[815]. Bunların tümü çıkarımlar neticesinde ortaya çıkan birer vakıa tespitidir.

Bu "objektif" vakıa tespitlerinin "görüşten" farkı, çıkarımların derecesidir. Diğer bir deyişle, bir vakıa tespitinin de sahip olunan uzmanlık bilgisinin ortaya çıkardığı bakış açısı nedeniyle, mutlak surette objektif bir tespitten ibaret olmadığı, bir değer hükmünü içerisinde barındırdığı düşüncesindeyiz. Çıkarsama derecesi azaldıkça tespitin objektif yönü artmaktadır.

Bu itibarla *maddî* vakıa tespitleri, bir ayrım çabasının konusunu oluşturmaya daha elverişli gözükmektedir. Zira bunlar, salt duyular vasıtasıyla ulaşılan tespitlerdir[816]. Bu açıdan tespit ne kadar basit ve maddî bir içerik taşımaktaysa, onu "sonuç çıkarma ve değerlendirme suretiyle bilirkişilik faaliyetinden" ayırmak da o kadar kolaylaşmaktadır. O hâlde mesele bir kez daha, basit ve karmaşık olan arasındaki ayrıma gelmektedir.

---

[812] Nitekim, tarihsel gelişimi içerisinde vakıa tespiti mahkemeye (veya jüriye) ait bir fonksiyon olarak kabul edilmektedir. Bunun nedeni, bilirkişinin vakıayı tespit etmesi ve bunun üzerine vakıa hakkında görüş bildirmesi hâlinde, yargılama yetkisinin devrinin (delegasyonun) söz konusu olacağı, bilirkişinin *de facto* dava hakkında karar vereceği yönündeki kaygıdır. Bkz. Dwyer (2008), s. 84 vd. Ayrıca bkz. Tiwisina (2005), s. 77, dn. 191.

[813] Bkz. ve karş. Tiwisina (2005), s. 77. Diğer taraftan en basitinden "kar yağıyor" diyebilmek için "kar"ın ne olduğunu bilmek gerekmektedir. Bilirkişilik bakımından bu, özel bilgi vesilesiyle çıkarılan sonuca işaret etmektedir. Yazarın aktardığı üzere 19. Yüzyılda Almanya'ya gelen Afrikalılar, kar yağdığını görmüşler ancak bu fillî durumu tanımlayamamışlardır. Zira bunlar buradaki majör önermeye karşılık gelen bilgiden yoksundur (bkz. s. 77, dn. 192).

[814] Bkz ve karş. Dwyer (2008), s. 97.

[815] Karş. Tanverdi (1991), s. 104, 105.

[816] Genin-Méric (2010), n° 22, s. 7.

Burada son olarak, vakıa tespitlerine bilirkişi incelemesinin yanı sıra Medenî Usûl Kanunlarında ayrıca yer vermekte olan Fransız ve Belçika hukuk sistemlerinin düzenleme ve uygulamalarına biraz daha yakından bakmak istiyoruz:

Fransız hukukunda, Medenî Usûl Kanununun 249 ilâ 255. maddeleri vakıa tespiti usûlüne ayrılmıştır. Aslında vakıa tespiti usûlü 1975 tarihli Kanundan önceki dönemde de bilinen ve uygulanan bir yöntemdir. Bu tarihten önce mahkeme zabitleri (*huissier de justice*) bu konuda görevlendirilebilmektedir[817]. Yapılan düzenleme, söz konusu uygulamanın kapsamını genişletmiştir. Müessese hem Medenî Usûl Kanununda bir düzenlemeye kavuşmuş, hem de bütün mahkemeleri kapsar bir uygulama alanına sahip olmuştur[818].

Fransız hukukunda Medenî Usûl Kanununda yer alan hükümlerin mahkeme zabitine vakıa tespit yetkisi veren düzenlemeleri ortadan kaldırmadığı ve her ikisinin bir arada uygulanabileceği ifade edilmekle birlikte[819], söz konusu kişilerin yerine getirilen görev bakımından niteliği tartışma konusu olmuştur. Zabitlerin işlevinin bu anlamda bilirkişinin işleviyle uyumsuz olduğu ifade ediliyor olsa da[820], yine de, bu kimselerin salt vakıa tespiti açısından, vakıa tespiti konusunda uzman olarak nitelendirilebileceği görüşü de dile getirilmektedir[821].

Ne olursa olsun, Medenî Usûl Kanununda düzenlendiği şekliyle hâkimin önceki gibi sadece bir mahkeme zabitini değil, fakat herhangi bir uzmanı vakıa tespitçisi[822] olarak tayin etmesi mümkündür[823]. Vakıa tespitleri, çözümü özel veya teknik bilgiyi

---

[817] Nitekim 1945 yılında yayımlanan bir Kararname gereği, mahkemeler, salt mahkeme dışında vakıa tespitinde bulunması amacıyla mübaşirleri (*huissier de justice*) genellikle mahkeme zabiti sıfatıyla görevlendirebilmektedir. Uzun bir dönem boyunca gerek sulh, gerek asliye mahkemeleri nezdinde sıklıkla başvurulan bu yöntemde söz konusu zabitler, yerine getirdikleri tespitle alâkalı olarak ne vakıa meselesi, ne de hukukî mesele hakkında görüş bildirebilmektedir. Genel olarak bkz. Héron ve Le Bars (2006), s. 865, n° 1090; Boulez (2006), s. 32, n° 222; V. Vigneau (2006), Dispositions propres aux constatations. *Droit et pratique de la procédure civile, (Dir.: S. Guinchard).* Paris: Dalloz, ss. 146 – 149, s. 146, n° 241.11; Redon (2011), n° 9. Vincent ve Guinchard (1987), n° 1231, s. 982, 983.

[818] J. Boulez (2006). *Expertises judiciaires.* Paris: 14e éd., Delmas, s. 31, 32, n° 222; Héron ve Le Bars (2006), s. 865, n° 1090; Redon (2011), nos 9, 332. Nitekim Fransız Medenî Usûl Kanununun 249. maddesi de, vakıa tespitini 1945 tarihli Kararnamede yer aldığı şekliyle tanımlamıştır. Ayrıca bkz. Redon (2011), n° 9; Vincent ve Guinchard (1987), n° 1231, s. 983.

[819] Redon (2011), n° 11. Karş. Leclerc (2005), n° 8, s. 12.

[820] Redon (2011), n° 9.

[821] Héron ve Le Bars (2006), s. 865, n° 1090., dn. 153.

[822] Fransız Medenî Usûl Kanununun 249. maddesinin ikinci fıkrası, tespiti yerine getiren *teknisyeni* ifade etmek üzere "vakıa tespitçisi" terimini kullanmaktadır (bkz. C. pr. civ., art. 249, al. 2).

[823] Héron ve Le Bars (2006), s. 865, n° 1090; J. Vincent ve S. Guinchard (1987). *Procédure civile.* Paris: 21e éd., Dalloz, s. 983, n° 1231; Redon (2011), n° 11.

gerektiren meselenin son derece basit olması durumunda başvurulan bir yoldur[824]. Nitekim tespit genellikle kısa bir süre zarfında gerçekleştirilmektedir[825]. Uygulamada bu tespitleri genellikle bir bilirkişi incelemesinin takip ettiği dile getirilmektedir[826].

Burada biraz daha ayrıntılı açıklamada bulunmaya çalışacak olursak, mesele, teknsiyen sıfatıyla, ister bir mahkeme zabiti ister herhangi bir uzman tayin edilsin, vakıa tespitinin hiç bir şekilde ayrı, özel bir incelemeyi gerektirmediğidir[827]. Kısaca, bunlara tevdi edilen görev, salt *maddî* vakıa tespitlerinden ibaret olduğundan, bu kimseler ilgili Kanunun öngördüğü anlamda bir soruşturma[828] yahut bilirkişi incelemesini gerçekleştirmekle görevlendirilemez[829]. Yani tespitçi sadece vakıayı bir tutanakla tespit ve tasvir etmekte, buna karşılık ne ayrıca bir araştırmada bulunabilmekte, ne de uzmanlık dalı ve vakıa meselesi ne olursa olsun ayrı bir görüş bildirebilmektedir. Kaldı ki hâkim de görevin içeriğini bundan farklı şekilde belirleyemez (ayrıca bkz. C. pr. civ., art. 249). Aksi hâl, görevin sınırlarının aşılmış olması sonucunu doğuracak ve tespit işleminin iptalini gerektirecektir[830].

Somutlaştırmaya çalışırsak, teknisyenden bir sızıntı olup olmadığının tespiti istenmişse, teknisyen ne kimin bundan sorumlu olduğunu araştırabilir, ne de sunduğu tespitte bu hususu belirtebilir. Bu nev'iden bir araştırma, daha derin bir bilgi ve incelemeyi, örneğin planların tetkikini, yüklenicinin dinlenilmesini ve benzeri hususları ilgilendirdiğinden, böyle bir faraziyede hâkimin bilirkişi incelemesine başvurması gerekir[831]. Aynı şekilde hâkim, tespit edilecek vakıaların seçimini de vakıa tespitçisine bırakamamaktadır[832].

Vakıa tespitçisi, görevinin sınırları dâhilinde, üçüncü bir kişiyi yalnızca maddî vakıanın tespitiyle alâkalı olarak, bu konuda bilgi sahibi olabilmek adına dinleyebilir. Ancak bunun haricinde vakıa meselesine yahut hukukî meseleye dair, üçüncü kişilerden

---

[824] G. Couchez (2006). *Procédure civile.* Paris: 14e éd., Dalloz, s. 359, no 368; Genin-Méric (2010), no 8, s. 4.
[825] Genin-Méric (2010), no 8, s. 4.
[826] Pinchon ve Millo (2002), s. 247, no 543.
[827] Cadiet ve Jeuland (2006), s. 394, no 610.
[828] *Enquête.* Bu usûlle kastedilen hâkim tarafından tanık beyanlarının alınmasıdır (bkz. C. pr. civ., art. 204 vd.).
[829] Cass. Civ. 2e, 30.11.1955, *Bull. civ. II, no 549* (Zikreden Redon (2011), no 10).
[830] Bkz. Leclerc (2005), no 8, s. 12; Redon (2011), no 332; Vigneau (2006), s. 147, no 241.12; Genin-Méric (2010), no 7, 22, s. 4, 7. Boulez (2006), s. 32, no 224; Cadiet ve Jeuland (2006), s. 394, no 610; Closset-Marchal (1994), s. 11.
[831] Boulez (2006), s. 32, no 224.
[832] Genin-Méric (2010), no 22, s. 7.

bilgi alamayacağı gibi, bu konuda herhangi bir uzmana da başvuramamaktadır[833]. Nihayet hâkim, vakıa tespitçisi tarafından gerçekleştirilen tespitlerle bağlı olmayıp, bunların değerini serbestçe takdir yetkisine sahiptir[834].

Neyin bir vakıa tespiti olarak nitelendirilebileceği konusunda yukarıda yapmakta olduğumuz açıklamalar dışında bu hukuk sistemi özelinde zina tespiti, bir takım ticari uygulamaların bulunup bulunmadığı, bir taşınmazın durumu yahut işin ilerleyişi, mirasçıların mirası kabul edip etmedikleri, hatta kimlik tespiti vakıa tespitçilerinde yararlanılan hâllere örnek olarak gösterilmektedir[835].

Vakıa tespitine yargılamanın her aşamasında, hatta kararın müzakeresi sırasında dahi başvurulabilmesi mümkündür. Tarafların hukukî dinlenilme hakkının ihlâl edilmesinin önüne geçilebilmesi amacıyla Fransız kanun koyucusu bu son hâlde vakıa tespitine başvurulduğu hakkında tarafların bilgilendirilmesi gerektiğini açıkça düzenlemiştir (C. pr. civ., art. 250)[836]. Hatta öyle ki, vakıa tespiti üzerine davanın taraflarından birinin talebi veya mahkemenin gerekli görmesi hâlinde duruşmaların yeniden açılması mümkün olabilmektedir (C. pr. civ., art. 254). Ancak taraflar bir kere yeniden duruşma açılması talebinde bulunmuşsa, hâkim artık bu talebi reddedememektedir[837].

Hâkim vakıa tespitine karar verdiğinde, bunun konusu ile gerçekleştirileceği süreyi tayin etmekte ve tespitin yazılı yahut sözlü şekilde verileceğini belirtmektedir. Fransız Medenî Usûl Kanunu bakımından asıl olan tespitlerin yazılı olarak sunulmasıdır (C. pr. civ., art. 250, 251). Süresine uyulmamasının yaptırımı Kanunda öngörülmüş

---

[833] Fransız hukukunda Temyiz Mahkemesinin vermiş olduğu kararlarda, bu usûlün salt hâkim tarafından gerçekleştirilebilecek soruşturma (*enquête*) usûlüne evrilmemesi konusunda son derece titiz davrandığı görülmektedir. Örneğin vakıa tespitçisi olarak görevlendirilen mahkeme görevlisi, tanıkları sadece yerine getirdiği tespit kapsamında dinleyebilir. Bunun haricinde böyle bir yetkisi bulunmamaktadır. Örneğin bkz. Cas. Soc. 29.11.2002, n° 00-42.918, *Bull. civ. V, n° 326*; Cas. Soc. 28.4.2006, n° 04-13.932, *Bull. civ.V, n° 149* (zikreden Vigneau (2006), s. 147, n° 241.12 ve dn. 3).Yine pek çok karar ve açıklamalar için ayrıca bkz. ve karş. Redon (2011), n° 10; Genin-Méric (2010), n° 31, s. 8. Öte yandan tarafların tespit sırasında yardımcı olmak amacıyla açıklamada bulunması mümkünse de bu açıklamalar herhangi bir şekilde hâkimin tarafları dinlemiş olması anlamından kabul edilmemektedir (bkz. Héron ve Le Bars (2006), s. 865, n° 1090., dn. 154; Cadiet ve Jeuland (2006), s. 394, n° 610).

[834] Bkz. Redon (2011), n° 10.

[835] Bkz. Cadiet ve Jeuland (2006), s. 394, n° 610Vigneau (2006), s. 147, n° 241.12; Genin-Méric (2010), n° 23, s. 22.

[836] Ayrıca bkz. Redon (2011), n° 329; Vincent ve Guinchard (1987), n° 1232, s. 984.

[837] Genin-Méric (2010), n° 18, s. 6.

olmayıp, hâkim açıkça tespitin hükümsüzlüğüne karar vermediği müddetçe, bu süreyi uzatabileceği kabul edilmektedir[838].

Vakıa tespitinin basit bir usûl olmasından kaynaklı olarak ücretin teknisyene verilmesinde de yine basit bir yöntem tercih edilmiştir. Bilirkişi incelemesine ilişkin usûlden farklı olarak vakıa tespiti için önceden teknisyene herhangi bir avansın yatırılması söz konusu değildir. Ayrıca vakıa tespitçisinin ücreti, doğrudan doğruya mahkemenin ödemesine karar verdiği tarafça vakıa tespitçisine ödenmektedir[839].

Önemli bir konu olarak, bir vakıa tespiti sırasında dahi, yargısal temel hakların, bu anlamda hukukî dinlenilme hakkının gözetilmesi gerekmektedir[840]. Bununla birlikte maddî vakıa tespitlerinde tarafların hazır bulunması zorunluluğu bulunmamaktadır[841]. Ancak her halükârda taraflara tespit raporunu tartışma imkânı tanınmalıdır.

Belçika hukuku ise, Fransız hukuku gibi bir mahkeme zabiti tarafından yerine getirilecek vakıa tespiti (*constat d'huissier*) müessesesini kabul etmekte, ancak belli noktalarda Fransız hukukundan ayrılmaktadır[842].

Öncelikle Belçika hukukunda da hâkim tayin ettiği bilirkişiyi salt bir vakıa tespitinde bulunması amacıyla görevlendirebilir. Nitekim bu husus bilirkişi incelemesine başvuruya ilişkin olarak Yargılama Kanununun 962. maddesinde yer aldığı gibi, yine mahkeme başkanlarına tanınan bir yetki biçiminde aynı Kanunun 584. maddesinde de düzenlenmiştir (bkz. C. jud., art. 962; art. 584, al. 4, 2°). Nitekim böyle bir durumda tayin edilen kimseler, bilirkişiliğe ilişkin genel hükümlere tâbi olmaktadır[843].

Buna mukabil mahkeme görevlileri tarafından yerine getirilecek olan yargısal tespit müessesesi, ayrı bir usûl olarak diğer inceleme yöntemleriyle bir arada değil, Yargılama Kanununun yargı örgütünü düzenleyen kısmında ve mahkeme mübaşirlerinin görevleri altında düzenlenmiş durumdadır (bkz. C. jud., art. 516). Burada

---

[838] CA Versailles, 1re ch., sect. B, 5 mars 1999, n° 97/00001307, *JurisData* n° 1999-113431.

[839] Aslında burada da kural olarak kim talepte bulunmuşsa tespitçinin ücretini de o ödemektedir. Bkz. Redon (2011), n° 335; Boulez (2006), s. 33, n° 224.

[840] Redon (2011), n° 11, 337. Yargısal temel hakların ve özellikle hukukî dinlenilme hakkının, diğer taraftan bu çerçevede Fransız hukukunun meseleye yaklaşımı konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. aşa. *Üçüncü Bölüm, 1.2.2.1.*

[841] S. Charpentier (2009). Expertise en matière civile. *JurisClasseur Procédures Formulaires, V° Expertise, Fasc. 10.,* s. 29.

[842] Bilirkişi incelemesine bir alternatif olması noktasında genel olarak bkz. Mignolet (2009), s. 65 vd.; Mignolet (2007), s. 16, 17; Souris (2010), s. 27;

[843] Bkz. Mougenot (2002), n° 316, s. 360.

ilgi çekici olan bir husus, mahkemenin re'sen bu yola başvurmasının dışında, taraflara da talepte bulunma imkânının tanınmış olmasıdır (C. jud. 516, al. 2)[844].

Mahkeme mübaşirinin görevi sadece hâkimin çizeceği sınırlar dâhilinde maddî vakıaları tespitten ibaret olduğundan, bu vakıalara ilişkin herhangi kişisel bir görüş bildirmesi mümkün değildir (C. jud. 516, al. 2). Nitekim bahsedilen nedenden ötürü söz konusu tespitler teknik anlamda bir bilirkişi incelemesi biçiminde de kabul edilmemektedir[845].

Diğer taraftan Belçika kanun koyucusu zina tespitini de (*constat d'adultère*) yine Fransız hukukunun aksine ayrıca düzenleme ihtiyacı duymuştur. Türk hukukunda olduğu gibi, zinanın suç teşkil etmediği Belçika'da eşler arasında özel bir ispat aracını düzenleme amacıyla 1987 yılında Yargılama Kanununa buna ilişkin bir hüküm getirilmiştir (bkz. C. jud., art. 1016bis)[846].

Burada her ne kadar bir mahkeme görevlisi tarafından gerçekleştirilen bir tespit bulunmaktaysa da, kanun koyucu söz konusu tespitlere resmî bir nitelik tanımış olmayıp, ispat faaliyeti açısından bu tespitler hâkimin karine sonucu çıkarabileceği birer bilgi değerindedir[847]. Nitekim hâkim tespitle bağlı olmayıp, bunu serbestçe değerlendirir[848].

2.1.1.3. Bilirkişinin bir vakıayı değerlendirmek ve bundan sonuç çıkarmakla görevlendirilmesi

Bilirkişi incelemesinin bu görünüm biçiminde bilirkişi raporunun hükme etkisi, diğer hâllere göre daha ön plândadır. Hatta *Karafakih,* bu nev'iden bilirkişi raporlarının yargıcın kararını hazırladığını ifade etmektedir[849]. Artık bu noktada bilirkişi incelemesi, daha önceden veya bilirkişi raporu neticesinde tespit edilmiş veyahut tespit edildiği

---

[844] Bu imkân Belçika hukukuna 1992 yılında yapılan değişiklikler sonucunda girmiştir. Bu konuda bkz. Mougenot (2002), n° 244-2, s. 291. Ayrıca bkz. Mignolet (2007), s. 16, 17.

[845] Civ. Liège (réf.), 9.2.1995, zikreden Mougenot (2002), n° 316-1, s. 361; Mignolet (2007), s. 17, dn. 35.

[846] Genel bilgi için bkz. Mougenot (2002), n° 317, s. 361; C. Leclercq (1993). *Éléments pratiques de procédure civile.* Bruxelles: Bruylant, s. 138, 139. Ayrıca bkz. bir önceki başlık altında Fransız hukukunda vakıa tespitleri çerçevesinde zina tespiti hakkında ilgili dipnotlarda yapılan açıklamalar.

[847] Mougenot (2002), n° 317-1, s. 362, 363.

[848] Buna karşılık mahkeme mübaşirinin zina tespitine bir adlî polisin iştirak etmesi hâlinde tespite ilişkin tutanağa resmî değer atfedilmesi yönünde görüşler de ifade edilmektedir. Bu konudaki açıklamalar ve tartışmalar için bkz. Mougenot (2002), n° 317-1, s. 362, 363.

[849] Karafakih (1952), s. 211.

varsayılan vakıalar üzerine sonuç çıkarılması, bu vakıaların değerlendirilmesi şeklinde gerçekleşmektedir[850].

Mahkemeler uygulamasında bilirkişinin görevi de genellikle bu biçimde karşımıza çıkmakta olup bu konuda verilebilecek örnekler sınırlı sayıda değildir. Nitekim bir yaranın durumu, bu yaranın davalı tarafından gerçekleştirilip gerçekleştirilmediği, bu yaranın hangi süreyle çalışma kaybına yol açtığı, tedavinin belli bir şekilde yapılmış olsaydı bu kaybın ne ölçüde azalacağı veyahut bir ürünün bir başka ürün markasına karşı bu niteliğe tecavüz edecek bir yapıda bulunup bulunmadığı ve benzeri hâller bu çerçevede değerlendirilebilir[851]. Sayılan bu örnekler, vakıa tespitiyle bundan sonuç çıkartılmasındaki sınır arasındaki belirsizliğin ortaya konulabilmesi bakımından da kanımızca ilginçtir.

İşin değerlendirme ve sonuç çıkarma kısmı bakımından, temel problem, hâkimin bilirkişiyi, vakıa alanıyla sınırlı kalacak biçimde değerlendirme ve sonuçlara ulaşmakla görevlendirmesi gereğidir. Vakıa ile hukuk ayrımı bakımından bilirkişi incelemesinin konusu etrafında bu meseleyi ele almaya çalıştığımızdan burada yeniden üzerinde durmamaktayız[852].

Hâkimin bilirkişiyi, salt bir vakıa tespitinden öte, bunu değerlendirmek ve sonuçlar çıkarmakla görevlendirmesi, uyuşmazlık konusunun niteliğinden kaynaklanan bir hususdur. Ancak bir kez daha ifade etmek gerekir ki, uyuşmazlık konusu vakıa, ister son derece basit, ister son derece karmaşık olsun, hâkimin elindeki usûlî araç bir tane olup bu da bilirkişi incelemesidir.

İşte başvurulan bilirkişi incelemelerinin tümünün aynı karmaşıklık derecesinde olmayışı, bilirkişi incelemesinin süresi ve incelemeden doğan masraflar, bazı yabancı ülke hukuklarında, karmaşık bir inceleme, değerlendirme ve sonuç çıkarma sürecine ihtiyaç gösteren bilirkişi incelemelerine tali bir yöntem vasfını tanıma yönünde bir yaklaşıma yol açmaktadır.

Nitekim özellikle Fransız medenî usûl hukuku sisteminde (*dar ve teknik anlamda*) bilirkişi incelemesi (bkz. Art. 263 vd., C.pr.civ.), uyuşmazlık konusu vakıanın taşıdığı teknik (ve karmaşık) niteliğin basit bir vakıa tespitine yahut kısa sürede elde edilecek

---

[850] Bkz. ve karş. Ansay (1957), n° 136, s. 268.

[851] Ansay (1957), n° 136, s. 268. Diğer yandan bazı yazarlar bir kazada kusur oranının tayinini de bu kapsamda değerlendirmektedir (örneğin bkz. Karafakih (1952), s. 211). Ne var ki kusur hukukî bir kavram olup, esas itibariyle bilirkişinin görev alanının dışında bırakılmalıdır.

[852] Bkz. yuk. *Birinci Bölüm, 2 vd.*

bir danışman görüşüne imkân tanımaması hâline münhasır bir yöntemdir. Bir başka deyişle hâkim için bir "son çare" niteliğindedir[853].

Nitekim bu yaklaşım iki sınırlama dâhilinde somutlaşmaktadır. Bu sınırlamalardan birincisi, esas itibariyle bilirkişilik konusundaki bu ayrımların temel gerekçesinin bir uzantısıdır. Bu da genelde yargılamanın, özelde ise inceleme yöntemlerinin mümkün olduğunca basit, kısa sürede gerçekleştirilmesi ve az masraflı olması gereği[854], diğer bir deyişle usûl ekonomisinin sağlanmasıdır. Nitekim, Fransız Medenî Usûl Kanununun 147. maddesi, bu hususa açıkça yer vermektedir. Zikredilen madde uyarınca, hâkim başvuracağı inceleme yöntemini seçerken, en basit ve en az masraflı olana öncelik tanımalıdır (bkz. C. pr. civ., art. 147)[855].

İkinci sınırlama ise, ilkinin bir sonucu olarak bilirkişi incelemesinin tali niteliği biçiminde ifade edilmektedir[856]. Bu ise, Fransız Medenî Usûl Kanununun 263. maddesinde açıkça hüküm altına alınmıştır. Buna göre bilirkişi incelemesine sadece, vakıa tespitlerinin veya danışmanlık faaliyetinin uyuşmazlık konusu vakıayı aydınlatmaya yeterli olmaması durumunda başvurulabilmektedir.

Nitekim bilirkişi incelemesine sistematik bir başvurunun önüne geçebilmek için Medenî Usûl Kanununun 266. maddesi, bilirkişi incelemesinin karmaşık incelemeleri gerektirdiğini bir kez daha vurgulamaktadır. Ancak bir o kadar daha önemli bir hüküm Kanunun 265. maddesinde yer almakta olup, bu hüküm uyarınca hâkim, bir vakıa tespitine veya danışman görüşüne değil de bilirkişi incelemesine başvuruyor olmasının gerekçesini ayrıca göstermek zorundadır.

Fransa'da bilirkişiliğin işleyişine yönelik olarak yapılan kolektif bir çalışmada işaret edilen uygunluk (*proportionnalité*) ve karmaşıklık (*complexité*) ölçütleri bu açıdan önem taşımaktadır. Buna göre, bir inceleme yöntemine başvurulduğu sırada, genel olarak çözülecek meselenin niteliği, doğası, gerçekleştirilecek incelemenin önemi,

---

[853] Charpentier (2009). s. 5.

[854] Bkz. Vincent ve Guinchard (1987), n° 1216, s. 974; Leclerc (2005), n° 8, s. 10; Franses-Magre (1975), s. 324; Charpentier (2009), s. 5.

[855] Ayrıca bkz. P. D'Amoure (2011). *Code de procédure civile commentée. Lamyline.* Art. 256; Redon (2011), n° 345.

[856] Bkz. J.-J. Franses-Magre (1975). Caractère subsidiaire de l'expertise par rapport aux mesures d'instruction exécutées par un technicien. *JCP, G,* IV, 6549, ss. 321 – 324, s. 321; Charpentier (2009), s. 6.

davadaki tarafların sayısı ve hatta davanın taşıdığı önem ile diğer taraftan bu yöntemin yol açacağı masraflar birlikte değerlendirilmek suretiyle karar verilmelidir[857].

Aynı yaklaşım Belçika hukukunda da mevcuttur. Bilirkişi incelemesinin bu ayrım içerisindeki ayırt edici özelliğine ilişkin bahsedilebilecek en önemli nokta, diğer yöntemlere ağırlık vermek suretiyle onun tali bir yöntem hâline getirilmesi çabasıdır[858]. Nitekim Yargılama Kanunu değişikliğinden önce de onun sadece diğer yöntemler elverişli olmadığı takdirde başvurulması gereken bir yol olduğu özellikle vurgulanmaktadır[859].

Nihayetinde Belçika kanun koyucusu, Fransız hukukunu takip etmek suretiyle[860], hâkimin bir inceleme yöntemine ilişkin tercihini, basit, hızlı ve az masraflı olana öncelik tanımak suretiyle, uyuşmazlığın çözümü için yeterli olanla sınırlandırmasını öngören bir düzenlemeyi hayata geçirmiştir (C. jud. 875bis). Bunun bir sonucu olarak hâkim, bilirkişi incelemesine başvurmasını gerektiren sebepleri, diğer bir deyişle bunun gerekçesini göstermek zorundadır (C. jud., art. 972).

2.1.1.4. Bilirkişinin salt bir uzmanlık bilgisini mahkemeye aktarmakla görevlendirilmesi

Bilirkişinin ne şekilde görevlendirilebileceği konusunda söz konusu olan ayrımın son ayağını, özel veya teknik bir bilginin yahut bir diğer deyişle özel bir tecrübe kuralının mahkemeye aktarılması yoluyla bilirkişilik faaliyeti oluşturmaktadır. Öğretide bilirkişi incelemesinin bu işlevi ele alınırken, genellikle tecrübe kuralı kavramının açıklanmasından yola çıkıldığını görüyoruz[861]. Özel ve teknik bilgi ile tecrübe kuralı kavramları şüphesiz bilirkişilik faaliyeti bakımından irdelenmesi gereken hususlardır. Bununla birlikte şu anda üzerinde durduğumuz ayrım bakımından kanımızca esas mesele, bahsedilen kavramın içeriğinden çok bilirkişilik faaliyetinin bu görünüm biçiminin niteliği ve genel çerçevesinin belirlenmesi noktasındadır. Nitekim, bahsedilen

---

[857] Bkz. Conférence de consensus (2007), s. 19, 20.
[858] Bkz. Mignolet (2007), s. 16, 17; Souris (2010), s. 34.
[859] De Leval (2005), n° 142, s. 201, 202; Dufrene (1998), n° 6, s. 181.
[860] Bkz. Souris (2010), s. 22, 23.
[861] Örneğin *Tanverdi* tüm bu ayrımı tecrübe kurallarının bilirkişilik faaliyeti içerisindeki yeri altında sorgulamaktadır. Bkz. Tanverdi (1991), s. 73 vd., özellikle s. 104, 106 vd. Ayrıca bkz. Bettex (2006), s. 7, 8; Tiwisina (2005), s. 73, 74.

hususları bilirkişinin görevinin kapsam ve sınırlarına ilişkin tartışmalar etrafında yukarıda ayrıca ele almaya çalışmış bulunmaktayız[862].

Kanımızca bilirkişi incelemesinin bu görünüm biçimini işlevsel bakımdan bir tür danışmanlık faaliyeti şeklinde de ifade etmek mümkündür. Bu açıdan meseleyi, bilirkişinin kendisine tevdi edilen görevinin kapsamı içerisinde özel veya teknik bilgiyi aktarmasına dair verilebilecek örnekler çerçevesinde değerlendirmemiz uygun olur. Bu hâller kimi zaman bir ilke veya kuralın, kimi zaman ise bilimsel veya teknik bir bilginin aktarımı biçimindedir:

Nitekim bilirkişinin belirli bir ticarî işletmede ticarî defterlerin düzenli tutulması açısından uyulması gerekli ilkeleri aktarması[863] veya bir tıbbî sorumluluk davasında uyuşmazlık konusu meseleye ilişkin kuralları bildirmesi[864] hâlleri buna örnek olarak gösterilebilir.

Öte yandan mahkemenin ihtiyacı doğrultusunda yerel veya ticari bir teamülün, bir borsa uygulamasının, ücrete, komisyona yahut şerefiyeye ilişkin bir yerel âdetin, belli bir lehçenin ve benzeri hususların[865] aktarılması da bu bağlamda değerlendirilebilir. Kimi zaman ise, bilimsel bir bilginin veya onun uygulanmasına yönelik, teknik bir bilginin uyuşmazlık konusunun çözümünde mahkemeye sunulması gerekebilir. Bu bağlamda, bilirkişinin belli bir kimyasal katkı maddesinin yiyeceklere katılması[866] yahut belli bir ilacın kullanılması[867] durumunda sağlık üzerinde yaratabileceği etkileri aktarması bu şekildedir.

Yukarıda aktardığımız örneklere dikkat edilecek olursa, bilirkişi kendisine bu tür bir görev tevdi edildiği vakit, başkaca bir incelemede veya teknik bir analizde bulunmamakta, sadece özel ve teknik bilgisini istenen konuda mahkemeye sunmakla yetinmektedir. Bilirkişi, bir tespit veya değerlendirmde bulunduğu diğer hâllerde olduğu gibi, burada da, genel ve teknik bir bilgi sağlayıcı konumunda olup[868], mahkeme, bilirkişiyi, meslekî yahut bilimsel bir bakış açısı sağlamaya ehil bir uzman olarak

---

862 Bkz. yuk. *Birinci Bölüm, 2.4.2.2.*
863 Tanverdi (1991), s. 104.
864 Bettex (2006), s. 7.
865 Belli bir yerde kullanılan sözlerin, diyalekt ve tâbirlerin anlamı, belli bir zaman ve yerdeki fiyatlar vb. Bkz. Ansay (1957), n° 136, s. 268; Rosenberg, Schwab ve Gottwald (2004), s. 837, n° 4; Tiwisina (2005), s. 74; Alangoya, Yıldırım ve Deren-Yıldırım (2009), s. 358.
866 Tanverdi (1991), s. 104. Yine toprağın belli bir şekilde gübrelenmesi hâlinde sonuçları vb. Bkz. Ansay (1957), n° 136, s. 268.
867 Franses-Magre (1975), s. 321.
868 Bkz. Bu ifadeyi kullanan Dumoulin (2007), s. 117 vd.

kullanmaktadır[869]. İster özel ve teknik bilginin, ister bir tecrübe kuralının aktarılması şeklinde ifade edilsin, hâkimin özel ve teknik bir konu hakkında aydınlatılarak bilgi sahibi kılınmasından ibaret olan faaliyet, kanımızca bilirkişinin Hukuk Muhakemeleri Kanununun 266. maddesiyle murat edilen aslî işlevine aykırı düşmemektedir. Fakat incelemenin bu türü, bilirkişiliğin yaygın kullanımının aksine bir vakıanın açıkça tespiti veya değerlendirilerek ondan sonuç çıkarılmasından yoksun olmasından ötürü diğer görünüm biçimleri, yani vakıa tespiti veya vakıaların değerlendirilmesi suretiyle bilirkişilik faaliyetine göre, kanımızca bir şekilde yüzeysel kalmaktadır.

Bu anlamda *Bettex'in* bu ayrımın uygulamada fazla işlevsel olmadığı şeklindeki yaklaşımına[870], bu yönüyle hak vermek gerekebilir. Nitekim bilirkişinin faaliyeti, bir başka deyişle hâkimin bilirkişiden beklediği, genellikle salt özel ve teknik bilginin aktarımından ibaret kalmamakta, bilirkişi sahip olduğu bilgiyi uyuşmazlık konusu vakıaya uygulamak gereğiyle karşı karşıya kalmaktadır[871].

Bu sonuca çeşitli Yargıtay kararlarının içeriğinden de ulaşmak mümkündür: Örneğin 13. Hukuk Dairesi, bir tıbbî sorumluluk davasına ilişkin olarak verdiği karar vesilesiyle, gerek tıbbî bakımdan *ne yapılması* gerektiğini gerek *yapılanın ne* olduğunu içeren bir rapor alınması gerektiğine işaret etmektedir[872]. Hukuk Genel Kurulunun önüne gelen bir meseleye dair verilen kararda ise, taşıma sözleşmesinde söz konusu olabilecek "kabul edilebilir fire" oranı konusunda bir bilgi alınması gerektiğinin, ancak bununla yetinilmeyerek sonrasında belirli uzmanlık dallarından seçilecek bilirkişiler tarafından uyuşmazlık konusu vakıanın değerlendirilmesi gereğinin vurgulandığını

---

[869] Bkz. ve karş. Dumoulin (2007), s. 118, 119.

[870] Bettex (2006), s. 8.

[871] Bkz. ve karş. Dumoulin (2007), s. 118, 119; Tanverdi (1991), s. 106; Diğer taraftan hâkimin bilirkişiden salt özel bilgiyi edinmesi, onun mutlaka bu bilgiyi anladığı ve doğru şekilde uygulayacak duruma geldiği anlamına da gelmemektedir. Bkz. Tiwisina (2005), s. 75.

[872] "*…Uyuşmazlık davalıya ait hastanedeki ilk tedavinin tıbbın gereklerine uygun yapılıp yapılmadığı, olayda doktor hatası olup olmadığı noktasında toplanmaktadır… Mahkemenin kararına dayanak yaptığı 23.6.2000 tarihli el cerrahisi, ortopedi ve travmatoloji uzmanlarından oluşan bilirkişi kurulu raporunda, olayın oluşumu ve uygulanan tedavinden söz edilip, "..bunun ortopedi uzmanlığını almış her ortopedist tarafından yapılabilmesi nedeni ile tıbbi hata düşünülmemiştir." denilmiştir. Raporda, somut olaydaki gibi bir kırıkta, tıbbın gereklerine ve kurallarına uygun teşhis ve tedavi yöntemlerinin uygulanıp uygulanmadığı, bu konuda yukarıda açıklanan ilkeler doğrultusunda özen gösterilip gösterilmediği, yapılması gerekenle, yapılanın uyuşup uyuşmadığı açıklamalarına yer verilmemiştir… Bu durumda mahkemece yapılacak iş… ışığında yapılması gerekenle, yapılanın ne olduğu, tıbbın gerek ve kurallarına göre olayda doktor hatası olup olmadığını gösteren nedenlerini açıklayıcı, taraf hâkim ve Yargıtay denetimine elverişli rapor alınmak; oluşacak uygun sonuç çerçevesinde bir karar vermekten ibarettir".* 13. HD, 8.2.2001, 380/1303 (*KBİBB*).

görüyoruz[873]. Son olarak ceza yargılamasından bir örnek verirsek, 7. Ceza Dairesi, Sermaye Piyasası Kanununa muhalefet iddiasıyla açılan bir davanın temyiz incelemesi sonucunda vermiş olduğu kararda, bilirkişilerden hem aracılık faaliyetine ilişkin genel bir takım bilgilerin, ancak bu bilgiyle birlikte, sanıkların isnat olunan suç bakımından birlikte hareket edip etmediklerinin de tespitinin istenmesi gerektiğini belirtmektedir[874].

Uygulamada hâkimlerin çoğu kez özel ve teknik bilginin aktarılmasıyla yetin(e)memesi, salt bilginin aktarımı biçiminde gerçekleşen bilirkişi incelemesinin tek başına kullanım alanını son derece daraltmaktadır. Ne var ki kimi zaman pratik gerekliliklerden kaynaklanan bu sonuç, bu ayrımın işlevsel değerini kanımızca azaltmamaktadır. Özel ve teknik bilgi, yukarıdaki örneklerde de kâh bir vakıa tespiti ile birlikte mahkemeye aktarılmakta, kâh uyuşmazlık konusu bir vakıanın değerlendirilmesi sırasında rapora içkin bir husus olarak mahkemeye sunulmaktadır[875].

Ancak burada bilirkişilik faaliyetinin bu görünüm biçimine yönelik olarak tartışılması gereken bir diğer konu, uzmanlık bilgisinin aktarılması yoluyla gerçekleşen bilirkişi incelemesinin, bir vakıayı tespitten öte, o vakıayı değerlendirme ve sonuç çıkarma biçiminde tezahür eden görünümünün basitleştirilmiş bir biçimi olarak değerlendirmenin mümkün olup olamayacağıdır. Bu çerçeve bazı yabancı ülke hukuklarında öngörülen kimi kurumlara ilişkin açıklamalarda bulunmak istiyoruz.

---

[873] "*…(Y)apılan inceleme ve araştırma eksik, hükmün dayandırıldığı bilirkişi raporu ise yetersizdir… esaslı ve ciddi itirazlar üzerinde durularak fire oranının ilgili resmi makam veya meslek birliğinden sorularak saptanması, daha sonra üniversitelerden deniz ve kara taşıma hukuku ve ziraat bilimi uzmanları ile uluslararası taşıma işlerinde deneyimli meslek adamları arasından seçilecek bir kuruldan davalılar hakkında İstanbul 5.Ticaret Mahkemesinde açılan derdest 1997/542 Esas sayılı dosyasındaki bilirkişi raporları da dikkate alınarak taraflar arasındaki uyuşmazlığın ilişkin olduğu boşaltma ve depolama ile sevkiyat işlemlerinde geçerli olan sistem ve yöntemlerini ilgili tarihlerdeki meteorolojik veriler de gözönünde bulundurularak değerlendirilmesi* (gerekmektedir)". HGK, 30.1.2002, 11-41/42 (*KBİBB*).

[874] *"…(S)anıklarca kısa zaman aralıklarıyla gün içinde yapılan işlemlerin ne amaca yönelik olduğu, değişik aracı kurumları kullanarak yaptıkları işlemlerin olağan kabul edilip edilemeyeceği, birlikte hareket edip etmediklerinin tespiti, birlikte hareket ettikleri tespit edildiği takdirde bu hareketin yapay fiyat ve piyasa oluşturmaya yönelik eylemler olup olmadığının belirlenmesi yönünde sermaye piyasası hukuku konusunda uzman bilirkişi kurulundan rapor aldırılması…* (gerekmektedir)". 7. CD, 14.2.2008, 8229/1117 (*KBİBB*).

[875] Öte yandan bilirkişi incelemesinin bu görünüm biçiminin, özellikle atipik, toplumun geneli tarafından pek içselleştirilmemiş, hatta tartışılmamış, mahkemelerin de yabancı olduğu kimi vakıa meseleleri bakımından önemli bir işlevinin bulunduğundan söz edilebilir. Hatta bu durum, bir vakıa meselesine ilişkin olabileceği gibi hukukî bir mesele hakkında da gündeme gelebilir. Böyle bir faraziye, köklerini Anglo-Amerikan hukukunda bulup, o hukuk dünyasında farklı şekilde değerlendirilmekle birlikte, Kıta Avrupası açısından mahkemeye bir tür danışmanlık sunma biçiminde de değerlendirilmekte olan Latince *amicus curiae,* yani "mahkeme dostu" müessesini bu bağlamda değerlendirmeyi de gerektirebilmektedir. Nitekim bu çerçevedeki açıklamalarımız için bkz. yuk. *Birinci Bölüm, 1.3.2.3.1.*

Fransız hukuku, daha önce, gerek bilirkişiliğin diğer görünümleri gerek bilirkişi incelemesine ilişkin genel hususlar vesilesiyle ifade ettiğimiz gibi, bilirkişiye tevdi edilen görevin kapsam ve içerik itibariyle karmaşıklığı bakımından gerçekleştirdiği ayrım çerçevesinde *danışmanlık (consultation)* usûlüne yer vermektedir (art. 256 – 262, C.pr.civ.). Fransız Medenî Usûl Kanununun 256. maddesi, danışmanlık faaliyetinin genel çerçevesini çizmektedir. Buna göre, uyuşmazlık konusu teknik meselenin karmaşık bir incelemeyi gerektirmemesi hâlinde hâkim herhangi bir kimseyi kendisine danışmanlık yapması amacıyla görevlendirebilir (C. pr. civ., art. 256). Görüşüne başvurulan kimse ise, genel olarak yine Türk hukuku bakımından geniş anlamda bilirkişi addedebildiğimiz bir *teknisyen* olmakla birlikte, danışman (bkz. C. pr. civ., art. 259) veya yargısal danışman şeklinde ifade edilmektedir[876].

Bazı Fransız yazarlar*,* danışman görüşünü, "vakıanın kendisinden bağımsız bir vakıa değerlendirmesi" biçiminde tanımlamaktadır[877]. Aslında bizatihi danışmanlık faaliyeti kavramının kendisi, yapılan bu tanımla birlikte değerlendirildiğinde, yukarıda zikrettiğimiz üzere hemen akla özel ve teknik bilginin aktarılması suretiyle bilirkişilik faaliyetini getirmektedir. Ne var ki bu yöntem "dar anlamda" bilirkişilik ile kısmen örtüşmekle birlikte ayrıldığı noktalar da bulunmaktadır.

Öncelikle burada mahkeme, bir vakıanın tespitinden fazlasına ihtiyaç duymaktadır. Bir dava çerçevesinde teknik bir meselenin halli gerekmekle birlikte, bu özel ve teknik bilgiye ihtiyaç duyulan hâl, bir bilirkişi incelemesini gerektirecek düzeyde de değildir[878]. Nitekim bu usûl kimi zaman vakıa tespiti müessesesine, kimi zaman ise bilirkişi incelemesine yaklaşmakta, ikisinin arasında bir yerde bulunmaktadır[879].

Vakıa tespitlerinde olduğu gibi burada da basitlik ön plândadır. Ancak vakıa tespitlerinden farklı olarak danışman görüşü yönteminde, ilkine göre, vakıa tespitinin konusunu oluşturamayacak olan fikrî bir faaliyette bulunulması, bir özel ve teknik

---

[876] Redon (2011), n° 341.
[877] Franses-Magre (1975), s. 321; Redon (2011), n° 12. Karş. Leclerc (2005), n° 8, s. 12.
[878] Couchez (2006), s. 359, n° 369. Fransız hukukçularının dikkat çektikleri bir diğer husus, Medenî Usûl Kanununda yer alan danışman görüşü ile talep üzerine uyuşmazlık konusu olan veya olmayan bir meseleyi özellikle yargısal bir plan çerçevesinde araştıran hukuk profesörleri veya avukatların verdikleri görüşler arasında hiçbir ortak nokta bulunmadığıdır. Bkz. Héron ve Le Bars (2006), s. 866, n° 1092, dn. 161; Redon (2011), n° 14; Franses-Magre (1975), s. 321.
[879] Vincent ve Guinchard (1987), n° 1236, s. 985; Boulez (2006), n° 228, s. 33.

bilginin aktarılması söz konusudur[880]. Vakıa tespitlerinin tersine, danışman olarak nitelendirilen teknisyen bir görüş sunduğundan, yöntem bu yönüyle "mini bilirkişi incelemesi" şeklinde açıklanmaktadır[881]. Ancak bu sefer de Fransız Medenî Usûl Kanununun 256. maddesinde öngörüldüğü üzere, danışman görüşünün söz konusu olacağı mesele, karmaşık bir incelemeyi gerektirmemektedir[882]. Müessese bu açıdan da bilirkişi incelemesinden ayrılmaktadır. Yine genel olarak özel ve teknik bilginin aktarılması yoluyla bilirkişi incelemesi bakımından verdiğimiz örneklerin de, Fransız hukukunda danışmanlık faaliyeti bakımından gösterilen örneklerin bir kısmından çok da ciddî bir farklılık taşımadığını görmekteyiz. Örneğin, bir ilacın vücuda etkisi, geçici çalışma kaybının süresi yahut kısmî çalışma kaybının oranı ve benzeri hakkında verilen bir görüş de danışmanlık faaliyetinin kapsamında değerlendirilebilmektedir[883].

Ne var ki, danışman görüşü ve bilirkişi incelemesi arasında belirgin bir sınır çizilememektedir. Bu ikisi arasındaki ayrım doğalarından değil, fakat derecelerinden ileri gelmektedir[884]. Nitekim Fransız Medenî Usûl Kanununun 257. maddesinin ikinci fıkrası gereğince, danışman görüşü kural olarak, sözlü bir açıklamanın konusunu oluşturmaktadır. Burada Fransız kanun koyucusu onun dar anlamda bilirkişilikten farkını belirgin kılabilmek adına bu sözlülüğe öncelik tanımıştır[885]. Buna karşılık bilirkişi incelemesi genellikle yazılı şekilde sunulmaktadır. Bu açıdan danışmanlık faaliyetini dar ve teknik anlamda bilirkişilik ile kıyaslandığında daha basit olmasının yanı sıra, daha pratik ve daha az teferruatlı bir usûl biçiminde açıklamamız da mümkün olabilmektedir[886]. Burada hem danışmanlık hem vakıa tespitleri bakımından ortak olan amaç, bir bilirkişi incelemesine gerek kalmadan uyuşmazlık konusu vakıa hakkında hâkimin yeterli bilgi sahibi kılınabilmesidir.

---

[880] Bkz. Leclerc (2005), n° 8, s. 12.

[881] Bkz. Héron ve Le Bars (2006), s. 866, n° 1092; Vincent ve Guinchard (1987), s. 985, n° 1236; Redon (2011), n° 12; Boulez (2006), n° 228, s. 34. Kaldı ki atıfda bulunduğumuz sonuncu yazarın ifade ettiği gibi, danışmanlar genellikle bilirkişi listelerine kayıtlı bilirkişiler arasından seçilmektedir. Bkz. Boulez (2006), n° 229, s. 34.

[882] Bkz. Cadiet ve Jeuland (2006), s. 394, n° 610; Vincent ve Guinchard (1987), s. 985, n° 1236; Leclerc (2005), n° 8, s. 11.

[883] Bkz. Franses-Magre (1975), s. 322.

[884] Bkz. Redon (2011), n° 341; Closset-Marchal (1994), s. 11. Örneğin bir damdan kiremit düştüğü takdirde, bunun nereden düştüğünün belirlenmesi gibi. Bkz. Franses-Magre (1975), s. 321.

[885] Ayrıca bkz. Redon (2011), n° 342.

[886] Bkz. H. Solus ve R. Perrot (1991). *Droit judiciaire privé, C. III,* Paris: Sirey, n° 950, s. 808 vd.; Redon (2011), n° 12.

Danışman, incelemeden çıkarılan sonuçları sözlü şekilde açıklayabilmekle birlikte, istisnai de olsa danışman görüşünün yazılı şekilde verilmesi de mümkündür (bkz. C. pr. civ., art. 257, al. 2). Nitekim hâkim, bir danışman görüşünden bizzat kendisinin yerine getireceği bir başka inceleme yöntemi sırasında yararlanabileceği gibi, bu iki yöntemi birleştirmeye de karar verebilmektedir[887]. Öte yandan hâkim bu yola, kararın müzakeresi sırasında dahi, şayet kararını almadan önce ivedi bir teknik bir incelemeyi gerekli görüyorsa başvurabilmektedir[888]. Nihayet, danışmanlık faaliyetinin icrasına ilişkin hükümler, vakıa tespitlerine paralel olarak kaleme alınmıştır[889].

Söz konusu ayrımın bir gereği olarak danışmanlık görünümü altında bilirkişi incelemesine başvurulmaması gerekmektedir. Bu noktada işaret edilen bazı mahkeme kararları bu açıdan yol gösterici olup bir kısmını aktarmak istiyoruz:

Örneğin, biraz yukarıda ifade ettiğimiz üzere, vakıa tespiti ve danışman görüşüne karar müzakeresi sırasında da başvurulması mümkündür. Nitekim karar müzakeresi sırasında kazanın olduğu sırada söz konusu olan trafik kuralları hakkında emniyet teşkilatından bilgi alınmasında durum bu şekildedir[890]. Ancak buna karşılık Fransız Temyiz Mahkemesi, önüne gelen somut bir meselede, karar müzakeresi sırasında danışman görüşü altında tevdi edilen görevin fazlasıyla teknik ve ayrıntılı olması, bu anlamda bir bilirkişilik faaliyeti olup danışman görüşü olarak kabul edilemeyeceği karşısında kararı bozmuştur[891]. Buna karşılık yeniden yapılandırma usûlü hakkında yapılan bir yargılamada istinaf mahkemesi, salt şirketin malî dokümanlarıyla sınırlı bir incelemeyi bilirkişilik olarak değil, bir danışmanlık faaliyeti biçiminde değerlendirmiş, kararda başkaca da bir hukuka aykırılık bulmayan Temyiz Mahkemesi, bozma talebini

---

[887] Örneğin kişisel belirlemeleri (*comparution personnelle*) yahut soruşturma veya keşif, hatta yazı incelemesi sırasında danışmanlık amacıyla bir bilirkişiden yararlanabilir (bkz. C. pr. civ., art. 181, 190, 215).

[888] Bkz. Redon (2011), n° 13; Héron ve Le Bars (2006), s. 866, n° 1092. Nihayet Fransız hukukçularının çoğu kez danışman görüşü kapsamında ele aldığı bir başka mesele de *amicus curiae'*dır (örneğin bkz. Redon (2011), n° 15; Genin-Meric (2010), n° 1, s. 3). Bu konuda ayrıntılı açıklama için bkz. yuk. 4.4.2.1.2.

[889] Nitekim aynı vakıa tespitlerinde olduğu gibi, danışmanın ücretinin ödenmesi bakımından basit bir usûl öngörülmüş ve ödemenin doğrudan danışmana yapılabileceği hüküm altına alınmıştır (bkz. C. pr. civ., art. 258).

[890] Örneğin Cass. civ. 2e, 30 nov. 1978, no 76-15.304, Bull. civ. II, no 261 ; D. 1979. Zikreden Redon (2011), n° 342.

[891] Somut olayda bilirkişi (teknisyen), danışmanlık faaliyeti altında, inşa edilen taşınmazın muhtemel değer artışını, kullanılan malzemeyi, işçiliği vb. de içercek şekilde ortaya çıkan zararın ayrıntılı şekilde değerlendirilmesi konusunda görevlendirilmiştir. Diğer taraftan kararda dikkat çekilen bir diğer hukuka aykırılık tarafların hukukî dinlenilme hakkına riayet edilmemiş olmasıdır. Bkz. Cass. com. 24.11.1978, 77-12.455 *Bulletin des arrêts, Cour de Cassation, Chambre commerciale,* no 238, s. 200 (*Dalloz jurisprudence)*. Ayrıca zikreden Redon (2011), no 12.

reddetmiştir[892]. Benzer bir nitelendirme sorunu tercümanların yerine getirdiği faaliyet çerçevesinde gündeme gelmiştir. Yine Temyiz Mahkemesinin önüne, bu sefer bir ceza davası sebebiyle gelen meselede, Mahkeme, somut olayda basit bir çevirinin söz konusu olmadığını, tersine kelimesi kelimesine bir çevirinin mümkün olmaması ve çevirinin ancak ihtirazi kayıtlarla yapılabilmesi karşısında, bilirkişi incelemesinin söz konusu olduğuna karar vermiştir[893].

Nihayetinde dar ve teknik anlamda bilirkişi incelemesinden farklı olarak danışmanlık faaliyetinde, sadece, kararın alınabilmesi için teknik konuya ilişkin yeterli bilginin hâkime sağlanması söz konusudur. Fransız Medenî Usûl Kanununun 149. maddesi, hâkime yerine getirilen inceleme yönteminin kapsamında değişiklik yapma yetkisi vermektedir. Özellikle incelemenin salt bir takım belge ve dokümanlara hasredilmiş olması durumunda bu hüküm uygulama alanı bulabilmektedir. Şöyle ki, bilirkişi tarafından söz konusu hususlar hakkında yapılacak ilk incelemeden sonra, hâkim şayet bilirkişi incelemesinden ziyade danışmanlığın kâfi geleceğine kanaat getirirse, incelemenin kapsamını bahsettiğimiz 149. maddenin vermiş olduğu yetkiyle sınırlandırabilmesi mümkündür[894].

Sonuç olarak genel olarak ele almaya çalıştığımız ayrım bakımından Fransız hukukunda yer alan danışmanlık faaliyetinin, ikili bir işleve sahip olduğunu ifade etmemiz mümkündür. Danışmanlık faaliyeti Fransız hukukunda hem özel ve teknik bilginin aktarımı suretiyle bilirkişi incelemesinin bir görünümü, hem de göreceli olarak basit bir bilirkişilik faaliyeti biçiminde karşımıza çıkmaktadır.

Belçika hukukunda ise, bilirkişi incelemesinin bu görünümü, basitleştirilmiş bilirkişilik (*expertise simplifiée*) şeklinde adlandırılmaktadır. Belçika hukukunda basitleştirilmiş bilirkişilikle iki yöntem kastedilmektedir[895]. Bunlardan ilki, bilirkişinin

---

[892] Bkz. Cass. com. 1.2.2000, n° 97-13.343 (*Dalloz jurisprudence*). Ayrıca zikreden Redon (2011), n° 342.

[893] Cass. ass. plén., 19.10.1984, Bull. civ. 1984, ass. plén., n° 310 (Zikreden Genin-Méric (2010), n° 5, s. 4). Aynı şekilde Fransız Temyiz Mahkemesinin elyazısıyla hazırlanan bir vasiyetname hakkında yaptırılacak yazı incelemesinin (bkz. Cass. civ. 2e, 26.2.1997, n° 94-11.794 (*Dalloz jurisprudence*). Ayrıca zikreden Redon (2011), n° 343), veya bir aracın inceleme sonrası değerinin belirlenmesinin (bkz. Cass. civ. 2e, 7.11.1994, n° 93-11.715 (*Dalloz jurisprudence*). Ayrıca zikreden Redon (2011), n° 343) danışmanlık faaliyeti altında yaptırılabileceği görüşünde olduğu anlaşılmaktadır.

[894] Redon (2011), n° 343. Ayrıca bkz. Franses-Magre (1975), s. 322. Benzer bir örnek olarak, inşaat hukukundan doğan bir uyuşmazlık sebebiyle, delil tespiti çerçevesinde bir danışman görüşü alındığı takdirde, daha sonra bir bilirkişi incelemesine, yani danışmanlık faaliyeti altında yapılan incelemeden daha kapsamlı bir incelemeye başvurunun gerekli olup olmadığı hakkında bu hüküm hâkime bir takdir imkânı sunmaktadır. Bkz. Redon (2011), n° 343.

[895] Genel olarak bkz. Mignolet (2007), s. 19 vd.; Mignolet (2009), s. 68 vd.; Souris (2010), s. 27, 28.

hâkim tarafından gerçekleştirilen bir inceleme yöntemine iştirak etmesi, diğeri ise, bilirkişinin salt sözlü açıklamalarda bulunmasıyla yetinilmesidir (bkz. C. jud., art. 986)[896].

Bilirkişinin hâkim tarafından yerine getirilen incelemeye iştiraki için gösterilen ilk faraziye bir keşif icrasıdır. Bilirkişi, bunun yanı sıra sunulan dokümanların ve tespitlerin incelenmesinde teknik bilgisiyle hâkime yardımcı olabilir. Diğer taraftan Kanunda ifade edilen bir diğer nokta, hâkimin sözlü görüş aldığı hâllerde bilirkişinin kullandığı belgeleri de yargılamaya sunmasının istenebileceğidir (C. jud. 986). Buradaki amaç duruşma sırasında bu belgelerin hukukî dinlenilme hakkının bir gereği olarak incelenmesine imkân sağlanmasıdır[897].

2.1.1.5. Ayrımın işlevselliğine ilişkin bir değerlendirme

Burada şüphesiz sorulabilecek olan soru, bilirkişiye tevdi edilen görevin niteliği bakımından hukukî düzenlemelerde ayrıma gitmek yolunda tezahür eden yaklaşımın Türk hukuku bakımından ne denli anlamlı ve işlevsel olabileceği noktasındadır. Buna yanıt verebilmek için, özellikle ayrımın neredeyse kırk yıldır söz konusu olduğu Fransız hukuk tecrübesine ilişkin tespitlere göz atmanın uygun olduğu kanısındayız.

Öncelikle Fransız hukukunda bilirkişilik konusunda kaleme alınıp da inceleme imkânı bulabildiğimiz hemen tüm eserlerde, vakıa tespitleri ve danışmanlık faaliyeti, bilirkişilikten ayrı hususlar olarak değerlendirilmektedir. Bu durum söz konusu yöntemlerin uygulamasının bilirkişi incelemesine göre sınırlı kalmasıyla da

---

[896] Esasen her iki imkân da Kanun değişikliklerinden önce de Belçika hukukunda mevcuttur. Nitekim eski Belçika Yargılama Kanununun 985. maddesi, bilirkişinin hâkim tarafından gerçekleştirilecek bir incelemeye iştirakle görevlendirilebileceğini, 989. madde ise sözlü görüş alma imkânını, ancak sadece istinaf mahkemelerine özgü olarak öngörmekteydi. Velhasıl 2007 yılındaki değişiklikler neticesinde iki madde bir araya getirilmiş ve tüm mahkemeler için genelleştirilmiştir. Belçika öğretisinde, kanımızca Fransız hukuku bakımından dile getirilen görüşlerin de etkisiyle (bkz. Héron ve Le Bars (2006), s. 866, n^{o} 1092), basitleştirilmiş bilirkişilik olarak ifade edilen bu hâller mini-bilirkişilik şeklinde de adlandırılmaktadır (örn. bkz. Mignolet (2007), s. 19).

[897] İlgili düzenlemeler hakkındaki meclis çalışmalarında dile getirilen bu husus için bkz. Souris (2010), s. 28. Son olarak Belçika hukukunda bazı yazarlar, hâkimin Yargılama Kanununda öngörülmemiş olan bir inceleme yöntemine de başvurabileceğini dile getirmektedir. Örneğin bu noktada bir özel dedektifin raporu veya dinleme yahut görüntü kaydı gibi unsurlar dile getirilmektedir. Bkz. G. de Leval (2005). *Éléments de procédure civile*. Bruxelles: 2^{e} éd., Larcier, n^{o} 133, s. 190, 191, ayrıca dn. 52, 53. Bir dedektif raporunun alternatif bir yöntem olma niteliği ayrıca değerlendirmeye açıksa da, görüntü veya ses kaydı gibi hususların hukuka uygun şekilde elde edilmesi meselesi bir tarafa (bkz. De Leval (2005), s. 191, dn. 53), kanımızca bunun güvenilirliğinin belirlenmesi özel ve teknik bir bilgiyi gerektireceğinden bu bakımdan bir bilirkişi incelemesine ihtiyaç duyacaktır.

birleştiğinde[898], bunların konuya ilişkin eserlerde de genellikle sınırlı şekilde anılmasına yol açmaktadır[899].

Ancak Fransız kanun koyucusu her ne kadar, dar anlamdaki bilirkişilik dışında kalan yöntemleri farklı terimlerle ifade ediyorsa da, bu durum vakıa tespiti ve danışmanlık faaliyetinin bilirkişilik faaliyetinin daha basit birer görünüm biçimini oluşturduğu gerçeğini değiştirmemektedir. Zira, bir vakıanın tespiti veya değerlendirilmesi kadar, salt bir özel bilginin aktarımı da bilirkişi incelemeinin konusunu oluşturabilir. Bu bilginin aktarımı, uzmanlık bilgisine ihtiyaç duyan bir vakıa meselesi hakkında olduğuna göre, söz konusu faaliyeti, bilirkişi incelemesinin kapsamında, onun basit bir görünümü olarak değerlendirmek kanımızca mümkündür.

Bununla birlikte Fransız sistemi bakımından sorulması gereken esas soru, elbette bu sistemin ne denli işlevsel ve etkin olduğu yönündedir. Söz konusu ayrım bakımından vakıa tespitleri, tarihsel olarak mahkemeler uygulamasına yabancı olmadığından bu müesseseye ilişkin açık bir soruna incelediğimiz çalışmalarda rastlamıyoruz. Nitekim vakıa tespitlerinin işlevi ve faydası konusunda, Fransız hukukçuları iki temel noktaya dikkat çekmektedir. Bunlardan ilki hızlılık, ikincisi güvenilirliktir. Örneğin, hızlı ve kolay bir şekilde haksız işgalde bulunan yahut bir çeki tahsil eden kimsenin kimliğinin tespiti bu sayede mümkün olabilmektedir. Hâkim özellikle zaman darlığı nedeniyle bizzat kendisinin gerçekleştiremediği bir belirlemeyi, taraflardan bağımsız ve tarafsız konumdaki bir bilgi kaynağından yararlanarak elde etmektedir. Diğer taraftan bir uzmanın görevlendirilmesi sayesinde vakıalar, hem bu konuda elde edilebilecek tanık beyanlarından daha noksansız, hem de güvenilir bir şekilde tespit edilmiş olmaktadır[900].

Buna karşılık aynı hususu, danışmanlık faaliyeti ile bilirkişi incelemesi arasındaki ilişki açısından ifade etmemiz pek mümkün olamamaktadır. Zira yukarıda Fransız hukuku bakımından aktardığımız gibi[901], danışman görüşü ve bilirkişi incelemesi arasında tercihte bulunmak hassas bir konu meydana getirmektedir.

Nihayetinde Fransız mahkemeler uygulamasına ilişkin olarak dile getirilen sorun, taraflar arasında uyuşmazlık konusu olan vakıanın karmaşık bir takım incelemelere

---

[898] Nitekim bahsedilen yöntemler arasında bilirkişi incelemesine başvuru yüzde doksan gibi bir oranla ifade edilmektedir. Bkz. P. Julien ve N. Fricero (2009). *Droit judiciaire prive* (3e éd.). Paris: L.G.D.J., n° 511, s. 262.

[899] Örneğin bkz. ve karş. Leclerc (2005), n° 8, s. 10, 11.

[900] Genin-Méric (2010), n° 9, s. 4. Ayrıca bkz. Boulez (2006), s. 32, n° 224;

[901] Bkz. yuk. *İkinci Bölüm, 2.1.1.4.*

ihtiyaç göstermediği, bu bağlamda bir danışman görüşünün yeterli gözüktüğü hâllerde dahi, taraf veya vekillerinin kimi zaman alışkanlıktan kaynaklı olarak bilirkişi incelemesi talebinde bulunması ve mahkemelerin de bu talebi kabul etmesidir[902]. Bu yaklaşım, danışman görüşü yazılı sunulsa dahi her halükârda bilirkişi incelemesinden daha kısa sürede elde edilmesi ve daha az masraflı olması nedeniyle eleştirilmektedir[903]. Bu noktada kimi yazarlarca ilk aşamada hâkimin bizzat yerine getirecekleri de dâhil olmak üzere daha basit olan usûle başvurulması, bundan sonra hâla gerekiyorsa bilirkişi incelemesinden yararlanılması da önerilmektedir[904].

Son olarak danışman görüşü ve bilirkişi incelemesi arasındaki ayrıma daha fazla işlerlik kazandırmak amacıyla önerilen bir diğer husus, danışmanın görevlendirildiğine ilişkin kararın ne sürede tebliğ edilmesi gerektiğinin Kanunda açıkça düzenlenmesi yönündedir[905]. Fransız hukukunda danışman görüşü ve bilirkişi incelemesi arasında söz konusu olan belirsiz sınır, aslında bir uzmanlık bilgisinin aktarılması yoluyla gerçekleşen bilirkişilik faaliyetinin, kural olarak bir vakıa tespiti yahut değerlendirme veya sonuç çıkarma şeklinde tezahür eden bilirkişilik faaliyetiyle birlikte varolabilmesiyle beraber düşünüldüğü vakit, bize şaşırtıcı gelmemektedir. Ne var ki bu durum, ilk başta dile getirdiğimiz, tüm bilirkişilikler açısından tek bir usûlün işlevsel olup olmadığı sorumuza bir yanıt anlamı da taşımamaktadır. Bu bakımdan esas ayrımın vakıayı tespit ile vakıayı değerlendirmek olması karşısında, pozitif düzeyde olması gereken hukuk bakımından yapılabilecek olan bir ayrımın da bu ikili ayrım bakımından olabileceği düşüncesindeyiz.

Nihayet esas itibariyle Fransız hukuku hakkındaki bu açıklamalardan sonra, yukarıdaki başlıklar altında ayrıca aktarmaya çalıştığımız Belçika hukukuna ilişkin hususları da dikkate alarak[906], Türk hukuku bakımından şu sonuçlara varmaktayız. Bilirkişi incelemesinin pozitif metinlerde, inceleme konusunun niteliğine, onun karmaşık olup olmadığına göre bir ayrıma tâbi tutmak, uygulama açısından olumlu sonuçlar doğurabileceği kadar, kanımızca usûl ekonomisi ilkesine de uygundur.

---

[902] Bkz. J.-C. Magendie (2004). *Célérité et qualité de la justice. La gestion du temps dans le procès.* Rapport au Garde des sceux, ministre de la Justice, s. 103. Bourcier ve Bonis (1999), s. 56, 57. Ayrıca bkz. Cadiet ve Jeuland (2006), n° 605, s. 390 ve anılan yer dn. 290; Leclerc (2005), n° 8, s. 11.
[903] Magendie (2004), s. 103.
[904] Bourcier ve Bonis (1999), s. 58
[905] Magendie (2004), s. 104.
[906] Özellikle bkz. yuk. *İkinci Bölüm, 2.1.1.4*'te Belçika hukuku hakkındaki açıklamalar.

Burada hiç şüphe yok ki, bir uzmanlık bilgisinin aktarılmasının genellikle, bir takım incelemeler ile bilirkte gerçekleşen bir faaliyet olduğu, bu nedenle de, pozitif metinlerde bu yönde bir ayrıma gitmenin çok işlevsel olamayacağı görüşü savunulabilir[907]. Öncelikle Türk hukukundaki mevcut hükümler dâhilinde hâkim, bilirkişi incelemesini basitleştirmek konusunda çeşitli imkânlara sahiptir. Örneğin Hukuk Muhakemeleri Kanununun keşfe ilişkin 288. maddesinde de ifade edildiği gibi, hâkim keşif sırasında bir bilirkişinin yardımına her zaman başvurma imkanına sahiptir. Hâkim burada sadece sözlü bir görüş almakla yetinebilir[908]. Nitekim bunun dışında da hâkim zaten, bilirkişiyi kendisine sözlü bir görüş sunmakla her zaman görevlendirebilir (bkz. m. 279).

Ancak hâkime sözlü bir görüş alma imkânının tanınması, salt belli bir bilginin aktarılmasından öte, inceleme konusunun karmaşıklık derecesine göre, bilirkişiliğin basit bir türünün tanındığı anlamına gelmekte midir? Bu soruya olumsuz yanıt vermekteyiz. Gerçekten de hâkimin vakıa tespitinde olduğu gibi bu konuda bir serbestiye sahip olduğunu söyleyebilirsek de, açıkça onun daha basit bir yöntemi seçmesine imkân tanıyacak bir müessese, Hukuk Muhakemeleri Kanununda bulunmamaktadır. Bu bağlamda, ayrı ve genel bilirkişilik faaliyetinden daha basit, daha ucuz, daha kısa bir usûle hâkimin yönlendirilmemesi karşısında, onun bahsedilen yönteme yakın bir usûlle bilirkişiden görüş almasını beklemek kanımızca gerçekçi olmayacaktır[909]. Bu itibarla olması gereken hukuk bakımından, süre, şekil ve içerik bakımından daha basit bir yöntemin Türk hukuku bakımından da tartışılmasının ve pozitif hukukta tanınmasının, bilirkişilik sistemi bakımından fayda sağlayacağı düşüncesindeyiz.

---

[907] Nitekim bu konuda Türk hukuku bakımından verdiğimiz örnekler için bkz. yuk. *İkinci Bölüm, 2.1.1.4.*

[908] Bu anlamda Belçika hukuku bakımından basitleştirilmiş bilirkişilik olarak ifade edilen husus aslında Türk hukuku bakımından ciddî bir özellik göstermemektedir. Bkz. ve karş. C. jud., art. 986.

[909] Karş. Öztek (1989), s. 47.

2.1.2. Bilirkişinin görevinin belirlenmesinde dikkat edilmesi gereken hususlar ile tarafların ve bilirkişinin rolü

2.1.2.1. Dikkat edilmesi gereken hususlar

Buradaki temel mesele, bilirkişiye yöneltilecek olan soruların yerinde, eksiksiz bir şekilde formüle edilmiş, yeterince açık, bilirkişinin uzmanlık alanına ilişkin ve nihayet uygun bir dille ifade edilmiş olmasının gerektiğidir[910]. Bu soruların, yani inceleme konusunun bahsettiğimiz şekilde açıklanmasının, hem bilirkişiye yol gösterecek olması, hem de onun görevinin sınırlarını bu şekilde daha baştan bilebilmesi bakımından, olmazsa olmaz olduğu konusunda bir tereddüt yoktur.

Ne olursa olsun, burada yapılması gereken, bilirkişiye genel bir inceleme yetkisinin verilmemesidir. Mesele iki boyutludur: Bu başlık altında ele aldığımız ilk boyutu, genel bir takım klişe ifadeler kullanılması suretiyle bilirkişi incelemesine başvurulması ve dosyanın bir kül olarak bilirkişiye tevdi edilmesinin bilirkişi incelemesine ilişkin düzenlemelere aykırı olacağıdır. Türk hukukunda dile getirilen[911] bu meseleye, Fransız hukukunda da işaret edildiğini görüyoruz[912]. Nitekim, bu çerçevede rastlanılan genel görevlendirme formülasyonları şu şekildedir: "*Dosyanın bilirkişiye tevdii ile dava hakkında görüş alınması"*; "*dava ve eklerinin bilirkişiye havalesi"*; "*taraf iddiaları ve savunmaları karşısında bilirkişi görüşü alınması"* vb. Nihayet, bilirkişiye genel bir inceleme yetkisi verilmesinin, aslında uyuşmazlığın bilirkişiye devrinden farklı bir anlamı bulunmamaktadır.

Konunun diğer boyutunu ise, bilirkişinin görevi çerçevesinde sahip olduğu yetkilere de, bilirkişinin görevlendirilmesine ilişkin kararda, elverdiği ölçüde işaret edilmesi oluşturmaktadır. Bu hususları aşağıda, bilirkişi incelemesinin yerine getirilmesi çerçevesinde ele alacağız[913]. Burada kısaca işaret etmek gerekirse, bilirkişiye görev tevdi edilirken, bu görevin içeriğine ilişkin karara ek olarak, tarafların dilekçelerinde yer alan hususlara yahut bunlar tarafından sunulmuş diğer belgelere, görevin kapsamıyla ilgili olduğu ölçüde işaret edilmesi gibi tedbirler de, bilirkişinin

---

[910] Genel olarak bkz. Castella (1992), s. 14, 15; Çiçekli (2008), s. 501; Aşçıoğlu (2001), s. 32; Ulukapı (2001), s. 296.
[911] Örneğin bkz. Çiçekli (2008), s. 501; Aşçıoğlu (2001), s. 32; Ulukapı (2001), s. 297.
[912] Özellikle bkz. Dumoulin (2007), s. 110 vd.
[913] Bkz. aşa. *Üçüncü Bölüm,* özellikle, *1.2.2* ve takip eden alt başlıklar.

yerine getirecek olduğu faaliyeti kolaylaştırma imkânını sağlamaktadır[914]. Uygulamada bunun gerçekleştirilmesinin güç olacağı düşünülebilirse de, Hukuk Muhakemeleri Kanununun 273. maddesinin üçüncü fıkrasında bilirkişiye görevlendirme yazısının ekinde inceleyeceği hususların bir dizi pusulasına bağlı olarak teslim edileceğinin öngörülmüş olması karşısında, dava dosyasının değil, fakat hangi belgelerin bilirkişi tarafından inceleneceğine karar veren, daha doğru bir ifadeyle, vermesi gereken hâkimin, bu kararında hangi belgenin, bilirkişinin inceleyeceği hangi hususa ilişkin olduğunu da göstermesinin pekâlâ mümkün ve pek tabii ki gerekli olduğu kanısındayız.

Öte yandan, bilirkişi görevi çerçevesinde belli bir hususu, örneğin bir belgeyi inceleyebildiği gibi, belli bir mahalde, bir taşınır veya taşınmaz üzerinde de incelemede bulunabilir. Nihayet, belli şartlar dâhilinde tarafları ve üçüncü kişileri de dinlemesi mümkündür (m. 278). Tüm bu hâller bakımından, hâkimin bilirkişiyi görevlendirirken ilgili diğer hususlar hakkında da, örneğin bir belgenin tarafça ibrazı, bir yerde keşif kararı verilmesi gibi kararları alması da, bilirkişinin yürüteceği faaliyeti kolaylaştırıcı bir yöntem şeklinde karşımıza çıkmaktadır.

2.1.2.2. Tarafların ve bilirkişinin rolü

Esasen bilirkişinin görevinin kapsam ve içeriğine ilişkin olarak son söz hâkime aittir. Bununla birlikte, tarafların ve kimi zaman bilirkişinin dahi, görevin kapsam ve içeriğinin belirlenmesine katkı sağlaması mümkündür.

Genel olarak hâkim, taraflara, bilirkişiye sorulacak sorular ve bunun yanı sıra, görevin kapsamı ve içeriği konusunda yapılabilecek değişikliklere yahut buna eklenecek hususlara ve hatta yer almamasını arzu ettikleri noktalara ilişkin olarak önerilerde bulunma imkânını sağlamak zorundadır. Nitekim bu husus, hukukî dinlenilme hakkının bir gereğidir[915]. Gerçekten de, Hukuk Muhakemeleri Kanununun 273. maddesinin ilk fıkrasından bu husus anlaşılabilmektedir. O hâlde buradaki mesele, hâkimin, taraflara bilirkişi incelemesinin kapsamı hakkında görüşlerini sunma imkânını ne şekilde tanıyabileceği noktasında toplanmaktadır.

---

[914] Castella (1992), s. 15.

[915] Bkz. Özekes (2003), s. 127. Ayrıca İsviçre hukuku bakımından bkz. Castella (1992), s. 14; Vouilloz (2009a), s. 583.

Nitekim, bilirkişi incelemesine başvurulması yönündeki karar, tarafların huzurunda verilmişse[916], tarafların o an bilirkişiye yöneltilmesini istedikleri soruları hâkime yazılı olarak bildirmeleri yahut sözlü olarak bildiriliyorsa, bunların soruşturmaya ilişkin olarak tarafların talep ettikleri hususlar bağlamında tutanağa geçirilmesinin (bkz. HMK m. 154, b. g) mümkün olması gerekir. Bu çerçevede meseleyi salt sorulması istenilen sorulardan biraz daha geniş düşünmenin uygun olacağı kanısındayız. Bu bağlamda taraflar, bazı soruların *sorulmaması* gerektiği veya genel olarak bilirkişiye sorulacak sorularda bazı *değişikliklere gidilmesi* gerektiği düşüncesindeyseler, bu hususların da hâkim tarafından dikkate alınması gerekmektedir[917].

Buna karşılık, bilirkişi incelemesine ilişkin karar, tarafların yokluğunda alınmışsa, esasen, bilirkişiliğe ilişkin hükümlerde bu kararın taraflara bildirilmesi gerektiğine yönelik bir hüküm bulunmamaktadır[918]. Hukuk Muhakemeleri Kanununun 273. maddesinin birinci fıkrasında yer alan *zorunluluğu* kanımızca salt zikredilen fıkrada yer alan ve görevin kapsamını oluşturan hususlar değil, ancak tarafların da görüşünün alınması bakımından da düşünmek gerekmektedir. Mahkeme, bilirkişinin incelemesini bir mahalde gerçekleştireceği faraziyesinden farklı olarak, böyle bir bildirimde bulunmak zorunda değilse de, kanımızca duruşma tutanağını elde eden tarafın, mahkemeye bu yönde sunacağı dilekçe hâkim, tarafından dikkate alınmalıdır. Şüphesiz bu husus da, hukukî dinlenilme hakkının kapsamında yer alıp, onun gereği biçiminde değerlendirilmelidir[919].

Nihayet *bilirkişinin* de, bu noktada hâkime katkı sunmasında da yarar bulunmaktadır[920]. Bilirkişinin bu katkısı, şüphesiz sorulardan ziyade, sahip olduğu teknik bilgi sayesinde, söz konusu soruların kapsam ve içeriği konusunda kendisini

---

[916] Nitekim Türk öğretisinde de haklı olarak bilirkişiye yöneltilecek soruların tarafların huzurunda belirlenmesinin olumlu işlevine işaret edilmektedir. Örneğin bkz. Arslan (1989), s. 174; Ulukapı (2001), s. 298.

[917] Nitekim İsviçre Federal Medenî Usûl Kanununun 185. Maddesinin ikinci fıkrasında bu husus açıkça yer almaktadır. Ayrıca bkz. Vouilloz (2009a), s. 583.

[918] Kimi hukuk sistemleri bakımından ise tarafların yokluğunda bu tür bir karar verilmişse, bu kararın taraflara bildirilmesi gereği dile getirilmektedir. Örneğin bkz. Belçika hukuku bakımından Gillardin (1994), s. 140.

[919] Ancak burada son olarak dikkat çekmek isteriz ki, taraflar bu yönde herhangi bir husus beyan etmeseler dahi, hâkim, taraf dilekçelerinde yer alan vakıa iddiaları ile ilgili hususları, bilirkişi incelemesinin konusunu oluşturduğu takdirde, bilirkişiye sormaktan kaçınamaz. Nitekim bkz. 8. HD, 12.12.2011, 7448/6865 (*LegalBank*).

[920] Castella (1992), s. 15.

gösterebilecektir. Söz konusu katkının, Hukuk Muhakemeleri Kanununun 275. maddesinde düzenlenen haber verme yükümlülüğü çerçevesinde sağlanabileceği kanısındayız. Öte yandan bilirkişi, tereddütlerinin giderilmesini isteme yetkisi çerçevesinde, inceleme sırasında da belli bazı hususlara mahkemenin dikkatini çekebilecektir. Ancak ne olursa olsun, bu faraziyelerde, mahkeme bilirkişinin katkısını olumlu bulsa dahi, bu konuda bir kez daha hukukî dinlenilme hakkının gereği olarak tarafları bundan haberdar etmek zorundadır.

2.2. Bilirkişi İncelemesi Hakkındaki Kararın Gerekçesi

Burada özel olarak, bilirkişi incelemesi hakkında verilen kararın gerekçelendirilmesi üzerinde durmak istiyoruz. Bilirkişi incelemesi hakkındaki kararın gerekçelendirilmesinden bahsederken murat ettiğimiz şey, esas itibariyle incelemeye başvuru veya bir tarafça talep edilmiş olması faraziyelerinde, talebin kabulü yahut reddi biçimindeki kararlar bakımından, hâkimin hangi neden(ler)le bilirkişi incelemesine başvuru kararını verdiğini veyahut bu yönde talepte bulunulmuşsa talebin kabul veya ret sebeplerini göstermesi gereğidir. Bu yönüyle meselenin, inceleme hakkındaki karara ilişkin önemli noktalardan bir tanesini meydana getirdiği düşüncesindeyiz. Bu noktada öncelikle vurgulamak istediğimiz husus, mahkemenin esas hakkındaki nihai kararında, diğer hususlar yanında, bir bilirkişi incelemesine neden başvurduğunu veya başvurmaktan kaçındığının gerekçesini HMK m. 297, f. 1, c bendi gereği, her halükârda göstermek zorunda olduğudur. Buna karşılık, burada yanıt aradığımız soru ise, bilirkişi incelemesi hakkındaki ara kararının özel olarak gerekçelendirilmesinin gerekip gerekmediği yahut zikredilen 297. madde hükmünün varlığı bakımından buna ihtiyaç duyulup duyulmadığıdır.

Esas itibariyle, genel olarak bir mahkeme kararının gerekçeli olmasının, doğrudan doğruya adil yargılanma hakkı ve hukukî dinlenilme hakkının sağlanmış olması bakımından bir zorunluluk olduğu noktasında herhangi bir tereddüt yoktur[921]. Nitekim, yürürlükteki Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 141. maddesine göre tüm yargı

[921] Nitekim özellikle bkz. N. Boran Güneysu (2011). *Medenî usûl hukukunda karar.* Eskişehir: Doktora tezi, AÜSBE, s. 190 vd. Ayrıca bkz. Özekes (2003), s. 166, 167 vd.; Pekcanıtez, Atalay ve Özekes (2011), s. 275, 276, 542 vd.; M. A. Tutumlu (2007). *Hukuk yargılamasında hüküm ve gerekçeli karar.* Ankara: Seçkin, s. 63 vd.

kararları gerekçeli olmak zorundadır. Burada yargı kararından kastedilen sadece esasa ilişkin nihai kararlar, yani hükümler değil, fakat aynı zamanda ara kararlarıdır. Zira, konuya ilişkin kapsamlı bir çalışmada da ifade edildiği üzere, ara kararları, *son kararları var eden genetik kodlardır*[922]. Yargılama ile belirlenen hedeflerin gerçekleşmesinde, özgün ve belirleyici bir role sahip olan ara kararları bu anlamda hükmü inşa edici bir niteliğe sahip olup gerekçeli olmak durumundadır[923].

Bu noktada Hukuk Muhakemeleri Kanununa baktığımızda da, kanun koyucunun gerekçe gösterme zorunluluğunu aslında salt esas hakkındaki kararlara indirgemiş durumda olmadığını görüyoruz. Gerçekten de, genel olarak hükmün kapsamını ele alan 297. madde bir kenara bırakılacak olsa dahi, verilecek kararların gerekçesinin gösterilmesi zorunluluğunu içeren çeşitli düzenlemeler Kanunda kendisine yer bulabilmiştir. Bu bağlamda kanun koyucu henüz HMK m. 27 hükmünün ikinci fıkrasının c bendinde hukukî dinlenilme hakkı çerçevesinde kararların gerekçeli olacağına yer vermektedir. Hemen bu hükmü takiben 28. maddede de, duruşmanın gizli yapılması gereken hâllerde bunun gerekçesinin gösterilmesi zorunluluğu, her ne kadar esas hakkındaki karara işaret edilmiş olsa da, düzenlenmiş bulunmaktadır.

Bilirkişi incelemesi bakımından ise, ilk olarak, bu konuda bazı yabancı ülke hukuklarında, başvuru gerekçesinin, bizzat incelemeye ilişkin ara kararında ayrıca gösterilmesi zorunluluğunun söz konusu olduğunu görüyoruz. Öncelikle Fransız hukukunda, Medenî Usûl Kanununun 265. maddesinde, bilirkişi incelemesini gerektiren koşulların, bilirkişi incelemesine ilişkin ara kararında açık bir şekilde yer alması gerektiği öngörülmektedir[924]. Bu çerçevede temas ettiğimiz husus, Fransız hukukunda incelemeye karar verilmesi (veya talebin kabulü) ile bir tarafın bilirkişi incelemesine başvuru talebinin reddi kararı faraziyeleri bakımından ikili bir ayrımda bulunulduğudur. Buna göre, mahkeme bilirkişi incelemesine karar verdiği takdirde bu kararı özel olarak gerekçelendirmek zorundadır[925]. Aynı husus, incelemenin kapsam ve içeriğinde bir değişiklik yapılması hâlleri bakımından da geçerlidir. Hâkim inceleme sırasında

---

[922] Bkz. H. Şeker (2010). *Esbab-ı mucibeden retoriğe, Hukukta gerekçe.* İstanbul: Beta, n^{o} 1521, s. 800. Ara kararı kavramı hakkında geniş bilgi için bkz. Boran Güneysu (2011), s. 123 vd.

[923] Bkz. Şeker (2010), n^{o} 1521, s. 800, n^{o} 1533, s. 803.

[924] FMUK m. 265, f. 1 ve 2: "*Bilirkişi incelemesine ilişkin karar(*da*): Bilirkişi incelemesini ve gerekiyorsa birden fazla bilirkişinin tayin edilmesini gerektiren koşullar(ı) gösteri(*li*)r.*

[925] Bkz. Redon (2011), n^{o} 47, s. 10, n^{o} 347, s. 47; Olivier (2002), n^{o} 167, s. 22; Vigneau (2009a), n^{o} 243. 11, s. 156. Genel olarak böyle bir zorunluluğun bulunmadığı ancak hâkimin böyle bir kararın haklı gerekçesini göstermesi gerektiği konusunda bkz. ve karş. Leclerc (2005), n^{o} 366, s. 280.

bilirkişinin görevinde herhangi bir değişikliğe gittiği takdirde buna yönelik kararının da gerekçesini göstermek durumundadır[926]. Buna karşılık, bilirkişi incelemesine başvurulması yönündeki talep reddedildiği vakit, genel kabul gören husus, hâkimin bu ret kararını özel olarak gerekçelendirmek zorunda olmadığı yönündedir[927]. Burada hâkimin ret kararında incelemeyi *gereksiz, yararsız, etkisiz, yersiz* veyahut talepte bulunan tarafın iddialarının ciddî bir takım hususlara veya bir delil başlangıcına dayanmadığını belirtmesi yeterlidir[928].

Bilirkişi incelemesine ilişkin kararda gerekçe gösterme zorunluluğu, Belçika hukuku bakımından da geçerlidir. Nitekim Belçika Yargılama Kanununun 972. maddesine göre, hâkim, bilirkişi incelemesi yönündeki ara kararını ve şayet birden fazla bilirkişiden görüş almaya karar vermişse bu tercihini, özel olarak gerekçelendirmek, bir diğer söyleyişle diğer inceleme yöntemleri yerine bilirkişi incelemesine başvuru kararını haklı gösteren koşulları sunmak ve izah etmek zorundadır (bkz. CJ, art. 972, al. 1). Bu itibarla gerekçenin sunulması, usûl ekonomisi ilkesine uygun davranılıp davranılmadığının tespit edilmesi bakımından da önem taşımaktadır[929].

Nihayet Türk hukukuna geldiğimiz vakit, bilirkişi incelemesi bakımından, gerek birden fazla bilirkişinin seçilmesini (bkz. HMK m. 267) gerek bilirkişiye ek süre verilmesini (bkz. HMK m. 274) haklı gösteren nedenlerin gerekçesinin gösterilmesi gerektiği, ilgili düzenlemelerde açıkça vurgulanmaktadır. Zikredilen hükümlerde iki husus ön plândadır. İlk olarak konuya ilişkin Kanun maddelerinin lafzından çıkan sonuç, bahsedilen hususlara ilişkin gerekçelerin, esas hakkındaki kararda değil, doğrudan bilirkişi seçimine veya süre verilmesine ilişkin ara kararında gösterilmesi gerektiği yönündedir. İkinci mesele ise, kanun koyucunun meseleye bakışı, bu düzenlemeyle amaçladığı husus ile ilgilidir. Nitekim Kanunun 274. maddesinin birinci fıkrasında yer alan ek süre verilmesi hâlinde bunun gerekçesini gösterme zorunluluğu,

---

[926] Olivier (2002), n° 170, s. 22. Fransız hukukunda bilirkişi incelemesi hakkındaki kararın gerekçelendirilmesi, bir taraftan genel olarak bilirkişi incelemesini haklı gösteren nedenlerin sunulması gibi, diğer taraftan neden "vakıa tespiti" (*constatation*) yahut "danışmanlık" (*consultation*) yerine bilirkişi incelemesine (*expertise*) başvurulduğunun ortaya konulması bakımından da önem taşımaktadır (genel olarak bkz. Redon (2011), n° 347, s. 47; Vigneau (2009a), n° 243.11, s. 156).

[927] Bkz. Boulez (2006), n° 503, s. 78; Genin – Méric (1995), n° 63, s. 11.

[928] Bkz. Genin-Méric (1995), n° 63, s. 11. Nitekim meseleyi aktardığımız bu son durum bakımından değerlendirdiğimizde, taraflardan birinin elinde ispat için yeterli araç bulunmaması, hâkime bilirkişi incelemesine başvurmak konusunda bir zorunluluk yüklememektedir bkz. yuk. *İkinci Bölüm, 1.6.1.*

[929] Bkz. Boularbah (2007), n° 8, s. 12. Ayrıca bkz. Mignolet (2009), n° 25; Souris (2010), n° 024, s. 19.

özel olarak bilirkişi incelemesinin[930], tabiatıyla aynı zamanda yargılamanın uzamasını önlemek amacını gütmektedir. O hâlde, burada söz konusu amacın daha en baştan ön görüldüğünü düşünmek kanımızca mümkündür.

Diğer taraftan, Hukuk Muhakemeleri Kanununun "*Bilirkişinin görev alanının belirlenmesi*" başlığını taşıyan 273. maddesinin gerekçesi de bu anlamda dikkat çekicidir. Zikredilen madde gerekçesinde, görevin kapsam ve içeriği bakımından genel ve soyut ifadelerle bir bilirkişi incelemesine başvurulmasının yol açtığı sıkıntıların açık bir şekilde ifade edildiğini görüyoruz[931]. Nitekim, söz konusu maddede her ne kadar açık bir şekilde yer almıyorsa da, inceleme konusunun bütün sınırlarıyla ve açık bir şekilde gösterilmekte oluşunun üstü kapalı da olsa, bilirkişi incelemesine hangi nedenle başvurulduğunu gösterdiği düşünülebilir.

Ancak ne olursa olsun, kanun koyucu, Hukuk Muhakemeleri Kanununda açık bir şekilde bilirkişi incelemesine başvuruyu gerekli ve haklı gösteren koşulların, buna ilişkin ara kararında özel olarak gösterilmesine yönelik bir zorunluluğu öngörmemiştir. Ne var ki bu durum, kanımızca mahkemenin hangi nedenle bilirkişi incelemesine başvurduğunu açıklamak zorunda olmadığı, bilirkişi incelemesine karar verirken, bunu haklı gösteren veya bu yöndeki talebi reddetmeye sevk eden nedenleri ilgili ara kararında sunmaktan kaçınabileceği anlamına gelmemektedir. Bununla birlikte, mesele hakkında bir yargıya varırken, bilirkişi incelemesi hakkındaki karara karşı, tarafların sahip olduğu, mevcut başvuru imkânlarının da dikkate alınması gerekmektedir.

Gerçekten de, ara kararında gerekçenin açık ve özel bir şekilde gösterilmesi, aslında bu karara karşı taraflara tanınan başvuru imkânı ile de doğrudan ilgili olan bir husustur. Nitekim, gerek Fransız gerek Belçika hukuklarında, bilirkişi incelemesi hakkındaki karara karşı belli şartlar dâhilinde istinaf yoluna başvuru açıktır. Takip eden başlık altında ayrıca açıklamaya çalışacağımız üzere Türk hukuku, kural olarak ara kararlarına karşı bir üst mahkemeye başvuru imkânı tanımadığından, bir diğer söyleyişle, tarafların bilirkişi incelemesi hakkındaki karara karşı, o an için, tek imkânı, kararı veren mahkemeye itiraz etmekten ibarettir[932].

Bir üst paragrafta zikrettiğimiz istinaf yoluna başvuru hakkı olsun olmasın, bilirkişi incelemesi hakkındaki karara karşı başvuru imkânına ilişkin tercihin sınırlı

[930] Bkz. HMK m. 274 hakkındaki hükümet gerekçesi (Gerekçe için bkz. Budak (2011), s.299, 300).
[931] Bkz. HMK m. 273 hakkındaki hükümet gerekçesi (Gerekçe için bkz. Budak (2011), s. 298).
[932] Nitekim bkz. aşa. *İkinci Bölüm, 2.3.*

olması, bu konuda gerekçe gösterme zorunluluğunun bulunmadığı şeklinde bir sonuca varmayı haklı göstermemektedir. Ancak, öte yandan,, burada aranacak gerekçenin, ilgili ara kararın niteliğine uygun, makul bir çerçevede olmasının yeterli olacağını ifade etmemiz gerekmektedir.

Tüm bu hususları birlikte değerlendirdiğimizde, Türk hukuku bakımından varolan yapı dâhilinde, bilirkişi incelemesine neden başvurulduğunun gerekçesi kadar, bilirkişi incelemesi bakımından verilen tüm diğer kararların, örneğin bilirkişinin seçimi, inceleme sırasındaki kararlar veya raporun neden hükme esas alındığı, vb. hususlardaki tercihlerin gerekçesinin, 297. madde gereğince gösterilmesi gerekecektir.

Son olarak, bu başlık altında birkaç nokta üzerinde daha durmak istiyoruz. Nitekim, bilirkişi incelemesine başvurunun gerekçelendirilmesi meselesinin, incelemeye ikinci, hatta üçüncü sefer gidilmesi bakımından hassas bir nitelik arz ettiği düşüncesindeyiz. Gerçekten de, HMK m. 281 hükmünde, tamamlayıcı rapor bakımından sadece belirsizlikleri gidermek ve yeni rapor bakımından ise gerekli görmek hususları yer almakta; buna karşılık incelemeye ilişkin ara kararında ek yahut yeni bir incelemeyi haklı gösteren koşulların ayrıca ve açıkça belirtileceğine ilişkin bir zorunluluğa işaret edilmemektedir.

Bununla birlikte, konunun önemine dolaylı da olsa bazı Yargıtay kararlarında değinildiğini görüyoruz. Nitekim 4. Hukuk Dairesinin, 2002 yılında vermiş olduğu bir karara konu olan davada, ilk derece mahkemesi tarafından iki kez keşif icrası, üç kez de bilirkişi incelemesi yoluna başvurulmuştur. Son olarak mahkeme yeni bilirkişi incelemesine ilişkin giderlerin tayin edilen kesin süre zarfında yatırılmamış olması karşısında davayı reddetmiştir. Nihayet, 4. Hukuk Dairesi, esasen usûl ekonomisi ilkesine işaret ediyor olmakla birlikte, mahkemenin *zararın kapsamı konusunda kanaat oluşmadığı* yönündeki gerekçeyle yeniden bilirkişi incelemesine başvurmuş olmasına da dikkat çekmektedir[933].

---

[933] "*...Davaya konu olayda.. (d)elil olarak da, kaza ile ilgili kolluk tutanaklarına, olayı temsil eden fotoğraflara, tanık anlatımlarına, keşif ve bilirkişi görüşüne dayanılmıştır. Nitekim mahkemece de, olay yerinde iki kez keşif yapılmış, üç bilirkişi mütalaası alınmıştır. Buna rağmen, zararın kapsamı konusunda kanaat oluşmadığı belirtilerek yeniden bilirkişi incelemesi yönünde ara kararı oluşturulmuştur. Hukukumuzda yapılan düzenleme itibarıyla; davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması, yargının görevidir. (Anayasa m. 141/4) Yine Yargıç olanaklar elverdiği ölçüde kısa sürede ve bir düzen içinde araştırma ve yargılamayı yapmak ve gereksiz giderlere neden olmamak için özenli davranmak zorundadır... (D)ava, 24.4.1998 yılında açılmış, 7.2.2002 tarihinde karar verilmiştir. Bu süreçte, iki kez keşif ve üç defa da bilirkişi görüşü alınmasına karşın davanın esası çözümlenmemiştir. Yargılama aşaması bakımından, adil yargılanma hakkının bir görünümü olan çabuk, basit ve ucuz*

Öte yandan gerekçe gösterme gereği salt bilirkişi incelemesine başvuru kararına ilişkin olarak değil, aynı zamanda taraflardan bu yönde bir talep gelmesi ve fakat bu talebin reddedilmesi durumunda da söz konusudur[934].

Burada son bir noktaya daha işaret edilmesi gerektiği kanaatindeyiz: Bilirkişi incelemesine başvurulmasının yahut başvurulmamasının gerekçesi, kural olarak sadece bilirkişi incelemesinin ihtiyarî olduğu hâller bakımından, özellikle taraflardan birinin bu incelemenin yerine getirilmesine muhalefet etmesi durumunda (örneğin üçüncü kez bilirkişi incelemesine başvurulmasında) belli bir işlev ve anlama sahip bulunmaktadır. Zira aksi, yani bilirkişi incelemesinin kanunen zorunlu, hatta Yargıtay uygulaması çerçevesinde zorunlu öngörüldüğü hâllerde, hâkim, bilirkişi incelemesinin elverişliliğini değerlendirme imkânına sahip olmadığından, bunun gerekçesi de salt şeklî kalmaktadır. Aynı durumun, bilirkişi incelemesinin her iki tarafça talep edilmesi faraziyesi bakımından da söz konusu olduğunu söylemek mümkündür[935].

2.3. Bilirkişi İncelemesi Hakkındaki Karara Karşı Başvuru Yolları

Bilirkişi incelemesine karar verilmesi üzerine, bu kararın bizatihi kendisine karşı hangi yola başvurulabilir? Türk hukuku bakımından bu konuda fazla bir seçenek bulunduğunu söylemek mümkün değildir. Bilirkişi incelemesine ister esas hakkındaki yargılamadan evvel, ister istinaf aşaması da dâhil olmak üzere, uyuşmazlığın esası hakkındaki inceleme esnasında başvurulmasına karar verilsin, her iki ihtimalde de bilirkişi incelemesi hakkındaki kararın, bağımsız olarak bir üst mahkeme tarafından denetlenmesi imkânı Türk hukukunda tanınmamıştır. Mahkemenin bilirkişi incelemesine başvurulması hakkındaki kararına karşı başvurulabilecek yegâne yol, karar veren merciye itiraz etmek ve asıl hükümle birlikte kanun yoluna başvurmaktır[936].

---

yargılanma hakkı ile bu ilkelerin yalnız taraflarla sınırlı olmadığı ve kamusal boyutunun varlığı da unutulmuştur. Bu genel ilkelere aykırılık nedeniyle, yargılama süresinin uygun bir seyir izlenmediğini göstermektedir." Bkz. 4. HD, 6.11.2002, 7810/12411 (*YKD,* 2003/4, C. 24, s. 528 vd.).

[934] İsviçre hukuku bakımından bkz. Bohnet (2005), s. 425, n° 2.

[935] Dumoulin (2007), s. 112, 113.

[936] Ancak burada bilirkişi incelemesinin kendisine yönelik bir itiraztan bahsettiğimize dikkat çekmek istiyoruz. Buna karşılık, tayin edilen bilirkişinin bağımsızlığı veya tarafsızlığı noktasında bir tereddüt varsa, bilirkişinin reddi gündeme gelecektirNitekim bu konuyu özellikle bilirkişinin görevini bağımsız ve tarafsız yerine getirme ödevi bağlamında ele almaya çalışmaktayız. Bkz. aşa. *Üçüncü Bölüm, 1.2.1.2* ve takip eden alt başlıklarda yer alan açıklamalar.

Bilirkişi incelemesi kararına karşı başvuru yollarına ilişkin bazı yabancı ülke hukuklarındaki düzenleme ve uygulamalar, bize Türk hukukundan farklı bir tablo sunmaktadır. İlk olarak İsviçre hukukunda Federal Medenî Usûl Kanunu önceki dönemde bazı Kantonlarda (Vale ve Friburg) delil tespiti kararlarına karşı temyiz yolu kapalı iken, kimi Kanton hukuklarında (Cenevre) bu yol açık, kimilerinde (Vaud) ise, delil tespiti talebinin reddine münhasır durumdadır[937].

Diğer yandan Fransız ve Belçika hukuklarında bilirkişi incelemesi hakkındaki karara karşı gerek delil tespiti aşamasında, gerek yargılama sırasında karar verildiği takdirde, istinaf mahkemesine başvurmak belli şartlar dâhilinde kabul edilmektedir.

Öncelikle Fransız usûl hukukunda da ikili bir ayrımda bulunulduğunu görmekteyiz. Nitekim, şayet delil tespiti kapsamında (*mesures d'instruction in futurum*) bir bilirkişi incelemesine başvurulmuş yahut bu yöndeki talep reddedilmişse, verilen karar aleyhine doğrudan istinaf yolu açıktır[938]. Buna karşılık bilirkişi incelemesine, esas hakkındaki yargılama sırasında başvurulmuşsa, kural olarak, bu karara karşı bağımsız şekilde değil, ancak esas hakkındaki kararla birlikte istinaf yoluna başvurulabilecektir. Buradaki yaklaşım ilk bakışta Türk hukukuna benzer gözükse de, tarafların yine de belli koşullar dâhilinde, doğrudan istinaf yoluna başvurabilecekleri de öngörülmüştür. Buna göre, Fransız Medenî Usûl Kanununun 272. maddesi uyarınca verilen karar aleyhine istinaf yoluna başvuru, istinaf mahkemesi birinci başkanının bu konuda vereceği izinle mümkün olabilmektedir[939].

Esasen bu hukuk düzeninde bağımsız değil, fakat bir tür izne bağlı istinaf yolunun öngörülmüş olmasının altında yatan nedenler genel itibariyle şu şekilde dile getirilmekte olup, Türk hukuku bakımından bir karşılaştırmada bulunmak adına aktarmamız uygun olacaktır: İlk gösterilen gerekçe, hâkimin zaten bilirkişi tayiniyle bağlı olmadığı

---

[937] F. Hohl (1995). Preuve à futur – voie de recours – CPC/VS 263 ss. – 285 (Vale Kanton Mahkemesinin 31.5.1994 tarihli Kararına ilişkin Karar Notu: 148 TC VS 31.5.1994; RVJ (ZWR) 1994, s. 141). *BR,* ss. 47.

[938] Diaz (2008), n° 43.02, s. 135 vd.; Vigneau (2009a), n° 224.61, s. 102. Cass. Civ., 2e, 21.6.1995, n° 93-19.816; Genin-Méric (1995a), n° 29, s. 6. Cass. Mixte, 7.5.1982, n° 79-11.814 (*Dalloz jurisprudence*). Fransız hukukçuları bu imkânın tanınmasını, söz konusu kararın esas hakkındaki incelemeden bağımsız nitelik taşımasıyla açıklamaktadır (bkz. Batut (1999), s. 991)

[939] Ancak burada istinaf yoluna elverişli olan kararlar, *dar anlamda* bilirkişi incelemesine başvurulmasına ilişkin kararlardır. Buna karşılık *vakıa tespiti* yahut *danışman görüşü*nün alınmasına ilişkin kararlara karşı, söz konusu usûllere, esas hakkındaki yargılamadan önce (delil tespiti gibi bir geçici koruma kapsamında) başvurulmadığı müddetçe herhangi bir kanun yolu imkânı öngörülmemiştir. Bu kararlara karşı ancak esas hakkındaki hükümle birlikte kanun yoluna başvurulabilir (bkz. Solus ve Perrot (1991), n° 964, s. 819; Olivier (2002), n° 179, s. 22; Vigneau (2009a), n° 224.53, s. 100; Bourgeois, Julien ve Zavaro (1999), n° 167, s. 103).

şeklindedir (C. pr. civ., art. 150). Diğer taraftan tarafların yersiz istinaf başvurularının önüne geçmek gerekmektedir. Zira, bu durum zaten bilirkişi incelemesine başvurulması nedeniyle uzayan yargılama süresinin bir miktar daha uzamasına yol açacaktır[940]. Buna karşılık, yerinde bir istinaf başvurusu da, aynı şekilde, bilirkişi incelemesi konusunda gereksiz masraf yapılmasının ve yargılamanın gereksiz yere uzamasının önüne geçme imkânını sağlamaktadır[941].

Velhasıl zikredilen Kanunun 272. maddesi çerçevesinde, istinaf mahkemesi birinci başkanı, istinaf başvurusunda ağır ve meşru bir gerekçenin varlığına kanaat getirdiği takdirde, ilk derece mahkemesinin bilirkişi incelemesine ilişkin ara kararı, istinaf mahkemesi tarafından gözden geçirilmektedir[942]. Karşılaştırmalı hukuk bakımından ilginç gördüğümüz bir diğer husus, bu konuda tek yetki sahibinin istinaf mahkemesi başkanı olarak belirlenmiş olmasıdır. Bu itibarla, başkanın verdiği karar üzerine istinaf mahkemesinin söz konusu başvurunun istinafa elverişliliği konusunda, ayrıca bir takdir yetkisi bulunmamaktadır[943].

Bu kapsamda taraflar bilirkişi incelemesinin yersiz veya gereksiz olduğu yahut taraflardan birinin ispat faaliyeti konusundaki yetersizliğini örtmek amacını taşıdığı konusunda ağır ve meşru bir gerekçe göstermek kaydıyla bu yola başvurabilmektedir[944]. Örneğin, hukukî bir konuda bilirkişi incelemesine başvurulması bakımından durum bu şekildedir[945]. Diğer taraftan, vakıa tespiti veya danışman görüşü yerine bilirkişi incelemesine başvurulması, birden fazla bilirkişi tayin edilmesi gereken hâllerde tek bilirkişinin seçilmesi veyahut görevin kapsamının çok geniş veya belirsiz olması da yine ağır ve meşru gerekçe kapsamında değerlendirilebilmektedir[946].

---

[940] Diaz (2008), n° 43.12, s. 137.
[941] Solus ve Perrot (1991), n° 964, s. 819.
[942] Olivier (2002), n° 181, s. 23; Vigneau (2009a), n° 224.53, s. 100; Héron ve Le Bars (2006), n° 1095, s. 868.
[943] Bkz. Julien ve Fricero (2009), n° 520, s. 268, 269; Olivier (2002), n° 183, s. 23; Héron ve Le Bars (2006), n° 1095, s. 868, dn. 170; Solus ve Perrot (1991), n° 965, s. 820, 821.
[944] Diaz (2008), n° 43.16, s. 138.
[945] Nitekim bilirkişiye uyuşmazlık bakımından uygulanacak kanun hükümlerinin ve bu hükümler çerçevesinde tarafların karşılıklı haklarının belirlenmesi görevinin tevdii, FMUK m. 272 anlamında bir istinaf sebebi olarak kabul edilmiştir. CA Monpellier, 1er pres., 15.12.1989 (Aktaran Vigneau (2009a), n° 224.53, s. 101, dn. 4. Bir diğer istinaf mahkemesinin yakın tarihli bir kararında ise, ilk derece mahkemesinin bilirkişiye iki şirketin malvarlıklarının birbirine karıştığını ispat eden hususların araştırılması görevinin tevdii yargılama yetkisinin devri olarak görülmüş ve istinaf başvurusu kabul edilmiştir (CA Aix-en-Provence, 2.3.2007, *Juris-Data,* 2007-338931).
[946] Bkz. Solus ve Perrot (1991), n° 965, s. 820, 821.

Nihayet istinaf yolunun erteleyici etkisi bilirkişi incelemesi hakkındaki karar aleyhine yapılan başvurularda da kendisini göstermektedir. Bu çerçevede, istinaf mahkemesinin bilirkişi incelemesi hakkında vereceği karara kadar, bilirkişi görevini icra etmeyecektir[947].

Ancak burada dikkat edilmesi gereken bir diğer mesele, sadece bilirkişi incelemesine başvurulması yönündeki kararlara karşı bu yolun açık tutulmuş olduğudur. Bu nedenle, bilirkişi incelemesi talebinin reddi kararına veya bilirkişi incelemesi icrası sırasında, görevin kapsam ve içeriğinde değişiklik yapan bir karara karşı istinaf yolu kapalıdır[948]. Buna karşılık, istinaf mahkemesinin bilirkişi incelemesinin yahut incelemeye başvurulması talebinin reddi kararına ilişkin verdiği karara karşı temyiz yoluna başvurulamayacağı yetki aşımı hâlleri müstesna olmak üzere kabul edilmektedir[949].

Meseleye Belçika hukukundaki yaklaşım da benzerdir. Nitekim bu hukuk sisteminde de, diğer inceleme yöntemlerinin aksine bilirkişi tayinine ilişkin karara karşı istinaf yolu açıktır (CJ, art. 1050)[950]. Burada Fransız hukukundan farklı olarak, bir izin mekanizması da öngörülmemiştir.

Diğer taraftan Belçika hukukunda bilirkişi incelemesi hakkındaki karara karşı istinaf yoluna başvurulması hâlinde dahi, istinaf mahkemesinin bilirkişi incelemesinin akibeti hakkında vereceği karara kadar, inceleme geçici şekilde cereyan etmeye devam

---

[947] Bkz. Bourgeois, Julien ve Zavaro (1999), n° 168, s. 104; Solus ve Perrot (1991), n° 966, s. 822.

[948] İnceleme talebinin reddi hâlinde istinaf yolunun kapalı olduğu konusunda bkz. CA Amiens, 29.9.1995, *Juris-Data,* n° 046287. Salt görevde değişikliğe gidilmesi kararının istinafa elverişli olmadığı konusunda CA Paris, 16.10.1975, *Gaz. Pal.* 1975.2.809, zikreden Olivier (2002), n°186, s. 23. Ayrıca bkz. Solus ve Perrot (1991), n° 964, s. 820; Olivier (2002), n° 181, s. 23; Julien ve Fricero (2009), n° 520, s. 268, 269; Vigneau (2009a), n^os 224.51 – 53, s. 100. Buna karşılık, mahkemenin verdiği kararın karma bir karakter arz ettiği, yani hüküm fıkrasında hem bilirkişi incelemesine (veya bir geçici koruma tedbirine) hem uyuşmazlığının esasının kısmın hakkında karar verildiği hâllerde, istinaf yolu doğrudan açıktır (bkz. C. pr. civ., art. 544). Ne var ki bu düzenleme özellikle mahkemenin hem bilirkişi incelemesine, hem bu inceleme üzerine davalıyı geçici ödemeye mahkûm ettiği (karş. TBK m. 76) kararların istinaf yoluna bağımsız şekilde eşverişli olup olmadığı noktasında tartışmaların konusunu oluşturmuştur (genel olarak bkz. Vigneau (2009a), n° 224.52, s. 100). Nitekim Temyiz Mahkemesine göre, bilirkişi incelemesi kararı üzerine, aynı kararda tespit edilecek miktara göre bir geçici ödemeye hükmetmek, davanın esasının bir kısmı hakkında karar verilmesi anlamına gelmemekte olup, bu hâllerde istinaf yolu kapalıdır (Cass. Mixte, 25.10.2004, 03-14-219, *Juris-Data*).

[949] Julien ve Fricero (2009), n° 520, s. 268, 269; Olivier (2002), n° 188, s. 23; Solus ve Perrot (1991), n° 966, s. 822.

[950] Belçika Yargılama Kanununun 1050. maddesinde ara kararları da dâhil olmak üzere istinaf yolunun kural olarak açık olduğu belirtilmektedir. Diğer taraftan bilirkişi incelemesi hakkındaki karardan zarar gördüğü iddiasında olan bir üçüncü kişinin, bunu haklı göstermek koşuluyla üçüncü kişinin itirazı (*tierce opposition*) yoluna başvurması dahi mümkündür. Bkz. Mignolet (2009), n° 46, s. 77. Ayrıca bkz. Boularbah (2007), n° 10, s. 13; Souris (2010), n° 247.1, s. 256, 257; P. Lurquin (2001). *Précis de l'expertise du code judiciaire.* Bruxelles: Bruylant, n° 16, s. 38, 39.

etmektedir (bkz. CJ, art. 1496)[951]. Bir diğer husus, bilirkişi incelemesi hakkındaki karar aleyhine istinaf yoluna başvurabilmek için, konusu para ile ölçülebilen davalar bakımından esas hakkındaki talebin istinaf sınırını aşması gerektiğidir[952].

Hukuk Muhakemeleri Kanunu, niteliği itibariyle ara kararından farklı içerikte olan belli bazı geçici hukukî korumalar dışında ara kararlarına karşı istinaf kanun yoluna başvurulabileceğine ilişkin bir hüküm öngörmemektedir. Esasen buradaki tartışmalar, genel olarak ara kararlarına karşı istinaf yolunun açık olmasına ilişkin olanlardan bağımsız değildir[953]. Ancak bilirkişilik özelinde meselenin, hassas bir görünüm arz ettiği ve yargılamanın yürütülmesine hizmet eden diğer pek çok ara kararından ayrı bir yerde durduğu kanısındayız. Zira niteliksiz bir bilirkişi veya raporunun hükme esas alınması, bu hükmün kanun yolu aşamasında kaldırılmasına veya bozulmasına yol açacaktır. Hatta istinaf aşaması fiilen yürürlüğe girdiği takdirde, burada yeni bir bilirkişi incelemesine başvuru da söz konusu olabilecektir[954]. Bu gerçek karşısında, bilirkişi incelemesi hakkındaki karar karşı belli koşullar içerisinde istinaf yolunu açık tutmak, o an için yargılamayı uzatır gözükse de, son tahlilde sonuç bundan farklı olacaktır[955].

Buna karşı başvuru imkânının salt esas hakkındaki kararla birlikte tanınıyor olması, şayet, karar tek başına hükmü etkilemiyorsa, bir nispî istinaf yahut temyiz sebebi biçiminde addedilmesi sonucunu doğuracaktır. Nitekim bazı Belçika hukukçularının da bu ihtimale dikkat çektiğini görüyoruz[956]. Böyle bir durumda Bölge Adliye Mahkemesi yahut Yargıtay'ın kararında söz konusu hukuka aykırılığa dikkat çekilecek, ne var ki bu durum, gereksiz yere bilirkişi incelemesine gidilmiş olması, gereksiz yere masraf yapılması, yargılamanın gereksiz yere uzaması, bu itibarla adil yargılanma hakkının ihlâl edildiği vakıasını kanımızca değiştirmeyecektir.

---

[951] Mignolet (2009), n° 47, s. 78; Souris (2010), n° 247.2, s. 257. Aslında bu durumun aktardığımız sistemin meseleye ilişkin yumuşak karnını oluşturduğunu söylememiz mümkündür. Zira böyle bir durumda taraflar katılmaksızın incelemenin yerine getirilmesi mümkündür (CJ, art. 972, § 1er. Ayrıca bkz. Boularbah (2007), n° 10, s. 14).

[952] Mignolet (2009), n° 47, s. 78. Öte yandan, bir tarafın bu yola başvurmaması, aynı zamanda bilirkişi incelemesinde yer alması, onun esas hakkındaki hükümle birlikte istinaf yoluna başvuramayacağı anlamına da gelmemektedir (bkz. Lurquin (2001), n° 16, s. 39.

[953] Bu konuda ayrıca bkz. Boran Güneysu (2011), s. 126.

[954] Bu konudaki açıklamalarımız için bkz. yuk. *İkinci Bölüm, 1.10.2.*

[955] Böyle bir durumda, kötü niyetli istinaf başvurularının önüne geçilebilmesi açısından bazı mekanizmalar getirilebilir. Bunlardan ilki, aynen Fransız hukukunda olduğu gibi, istinaf başvurusunun izne tâbi tutulmasıdır. Bir diğeri, başvurunun reddinin bir para cezasına bağlanması biçiminde somutlaşabilir.

[956] Boularbah (2007), n° 10, s. 14.

3. Bilirkişinin Seçimi ve Tayini

3.1. Genel Olarak

Bir gerçek veya tüzel kişinin bilirkişi olarak görevlendirilmesinden bahsedildiği vakit, iki temel meselenin göz önüne alınması gerekmektedir. Bunlardan ilki, bilirkişi sıfatıyla "kimin" tayin edileceğidir. Diğer mesele ise bilirkişinin "nasıl" seçilip atanacağı sorusunun cevabını oluşturmaktadır:

Bilirkişinin *nasıl* tayin edileceği konusu, onun nasıl görevlendirileceği (atanacağı) bakımından tartışılmalıdır. Bilirkişinin nasıl tayin edileceği, kanun koyucunun, yargılamada hâkim ve taraflara biçtiği rol ile alakalı, bir tercih meselesidir.

Buna karşılık *kimin* bilirkişi olarak seçilip tayin edileceği ise, iki açıdan, gerek onun sahip olduğu varsayılan "uzmanlık" bilgisinin, gerek bizzat bilirkişinin kendisinin güvenilirliği açısından önem taşımakta olup kanımızca ilkinden daha evrensel bir nitelik ve içeriğe sahiptir: *Kimin* seçileceği noktasında bilirkişinin kişisel "güvenilirliği", onun bağımsızlığı ve tarafsızlığına ilişkin bir husustur. Bu açıdan güvenilirlik, yerine göre hem bilirkişinin kendisi hem mahkeme tarafından göz önüne alınması gereken, hem de davanın taraflarınca tartışma konusu yapılabilen bir mesele oluşturmaktadır. Bilirkişinin *uzmanlık* bilgisi ise, doğrudan vakıalar dünyasına ait bilimsel yahut teknik veya özel bilgi neticesinde ulaşılan, saptanan gerçeklik ile yargısal gerçeklik arasındaki ilişkiyle ilgilidir.

Bilirkişi incelemesinin kendine özgü niteliği ve kendisine başvurulan hâllerde hükme olan etkisi karşısında, bilirkişinin seçimi ve görevlendirilmesi konusunda meydana gelebilecek herhangi bir aksaklık, zincirleme bir etki yaratarak olumsuz sonuçlarını yargılamanın tümünde göstermektedir. En yalın şekliyle, bilirkişi olarak tayin edilen kimse, kendisine tevdi edilen görev bakımından uzman sıfatına sahip değil yahut uzman olmakla birlikte, yapmış olduğu inceleme veya sunmuş olduğu görüş eksiklik yahut çelişki barındırmaktaysa, bu durum, her şeyden önce bilirkişi incelemesinin uyuşmazlık konusunun aydınlatılması bakımından yetersiz olması sonucunu doğurmaktadır. Rapordaki yetersizlik ise, tarafların itirazı veya mahkemenin re'sen takdiri neticesinde ilk başta bilirkişi raporunu; şayet mahkeme bu raporu hükmüne esas almışsa, kanun yollarına başvurulması durumunda, bu sefer o mahkeme kararının bizzat kendisini tartışmalı hâle getirmektedir.

İfade etmeye çalıştığımız hususlar dâhilinde, bilirkişi incelemesinin en hassas ve kritik konularından birini, bilirkişinin seçiminin (ve bunu takiben tayininin) meydana getirdiği düşüncesindeyiz. Bu nedenle bilirkişinin seçimi konusuna gerçekçi bir açıdan bakmaya çalıştığımızda, savunduğumuz görüş şundan ibarettir: Bir bilirkişi görüşüne ihtiyaç duyulan uyuşmazlıklar bakımından, sübjektif hakkın ne derecede himaye edildiği, bilirkişinin uzmanlık bilgisinin derecesi kadardır.

Hiç şüphe yok ki yukarıda savunduğumuz bu görüş, hâkimin bilirkişi görüşüyle bağlı olmadığı ilkesini yadsımamakta, ne var ki, meselenin teknik boyutu hakkında bilgi sahibi olmayan ve olması da beklenmeyen hâkimin, bilirkişinin teknik tespit ve değerlendirmeleriyle bağlılığını hesaba katmaktadır[957].

Nitekim "yetersiz" veya "eksik" incelemede bulunulduğu gerekçesiyle davanın taraflarının bilirkişi raporuna itirazı üzerine yeni bir bilirkişi incelemesine başvurulması, ilk plânda yargılama süresini uzatmakta ve yargılama masraflarını artırmakta yahut karar salt bu nedenle bozulmak suretiyle mahkemenin yeni bir inceleme yapması sonucu doğmaktadır. Bu doğan sonuç, bazı hâllerde, usûl ekonomisi ilkesinin HMK m. 30 ve AİHS m. 6 hükümleri bağlamında ihlâline yol açmakta ve nihayet etkin bir yargılamadan söz etmek güçleşmektedir. Ulaştığımız bu nokta, konunun salt bu yönüyle de bilirkişilik faaliyetinin tümü bakımından ne kadar merkezî ve yaşamsal bir noktada olduğunu söylemek için kanımızca yeterlidir[958].

Bilirkişinin seçimi ve atanması konusundaki usûlî çerçeve, farklı hukuk sistemleri bakımından bulunulan tercihlere bağlı olarak değişen bir görünüm arz etmektedir. Buradaki amaç ortak, yani, bilirkişilik görevinin konusunda uzman bir kimseye tevdii edilmesi olmakla birlikte, bunların seçimi ve atanması bakımından aşağıda ayrıntısıyla üzerinde durmaya çalıştığımız iki temel yaklaşım bulunmaktadır:

Bu yaklaşımlardan *ilkinde* bilirkişinin kim olduğu belli bir takım usûller dâhiline önceden belirlenmemekte; bu konuda bir takım resmî veya gayri resmî listeler düzenlense dahi, hâkim ve taraflara bilirkişinin görevlendirilmesinde önemli bir takdir yetkisi tanınmaktadır. Sistemden sisteme farklılık bulunmakla birlikte burada bilirkişinin seçimi ve tayininin aynı zamanda gerçekleşmesi pekâlâ mümkündür.

---

[957] Bu yöndeki değerlendirmelerimiz için bkz. aşa. *Üçüncü Bölüm, özellikle 2.4.*

[958] Bu çerçevede genel olarak bkz. ve karş. M. R. Belgesay (1940). *Hukuk ve ceza usûlü muhakemesinde deliller.* İstanbul: Güven Basımevi, s. 113, n^{o} 130. Ayrıca bkz. F. Terré (1969). Les experts. *Lêxpertise dans les principaux systèmes juridiques d'Europe.* Paris: Éditions de l'Épargne, ss. 35 – 48, s. 35. Ayrıca bkz. Arslan (1989), s. 171; Ulukapı (2001), s. 296; Kılıçoğlu (1986), s. 645.

Oysa *ikinci* tercih, bilirkişinin bilgisinin daha önceden bir ön denetime, bilirkişinin de bu anlamda bir *ön seçime* tâbi olması durumunu ortaya çıkarmaktadır. Bu tercih doğrultusunda bilirkişiler belirli usûller dâhilinde belli bir takım liste yahut kataloglara kaydedilmekte ve mahkemenin görevlendirmesini bu listelerden yapması beklenmektedir.

Bugün gelinen noktada Kıta Avrupa'sı hukuk sistemlerinin bazılarının birinci yaklaşımı, ancak önemli bir kısmının ise diğerini tercih ettiği görülmektedir. Örneğin İsviçre, Belçika ve İspanyol hukuk sistemlerinde, bağlayıcı bir bilirkişi listesi bulunmamaktadır. Buna karşılık Fransız, Alman ve İtalyan hukuk sistemlerinde bilirkişi listeleri düzenlenmekte ve bu listeler bilirkişinin seçiminde önemli bir yer tutmaktadır. Aşağıda başta liste usûlünün, diğerine göre ayırt edici özelliklerine ve ayrıca listelerin düzenlenmesi konusundaki yaklaşımlar dâhilinde ilgili hukuk sistemlerine değineceğimizden burada meselenin ayrıntısı üzerinde şimdilik durmuyoruz[959].

Bilirkişi incelemesinin 1086 sayılı Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu dönemindeki düzenlemesi, kural olarak yukarıda işaret etmiş olduğumuz birinci tercihe karşılık gelmektedir. Bu Kanun döneminde bilirkişinin seçimi ve tayin edilmesine egemen olan mantık[960], her ne kadar bu hususa ilişkin bazı prensipler bugün de geçerliliğini korumakta olsa da, Hukuk Muhakemeleri Kanununun yürürlüğe girmesiyle

---

[959] Karşılaştırmalı hukuk bakımından (Kıta Avrupası hukuku bağlamında) konunun farklı hukuk sistemleri bakımından bir arada tartışıldığı çeşitli toplantılar ve eserler bulunmaktadır. Burada hem Yirminci Yüzyıl hem bugünkü durum açısından sadece bazılarına işaret etmek adına genel olarak bir liste usûlünün söz konusu olmadığı İsviçre hukuku için bkz. temel bir çalışma olarak F.-E. Klein, J. M. Grossen ve H. R. Schüpbach (1969). Suisse. *L'expertise dans les principaux systèmes juridiques de l'Europe.* Paris: Éditions de l'Épargne, ss. 393 – 422, s. 399, 400. Ayrıca bkz. Bettex (2006), s. 102 vd.; B. Lachenal (2009). L'expertise en droit suisse. *Les experts: Auxiliaires ou substitutes du juge? Colloque du 5 décembre 2008.* Paris: Société de la législation comparée, ss. 95 – 105, s. 100, 101. Mahkeme nezdinde listelerin bulunduğu ancak bağlayıcılığının bulunmadığı Belçika hukuku için genel olarak bkz. D. Mougenot (2009). *Principes du droit judiciaire privé.* Bruxelles: Larcier, s. 269, n° 376; Mignolet (2009), s. 81, n° 50 vd. İspanya için genel olarak bkz. F. Pinchon (F. Millo ile birlikte) (2002). *L'expertise judiciaire en Europe.* Paris: Éditions d'Organisation, s. 170, n° 426 vd.; M. Fenech (1969). Espagne. *L'expertise dans les principaux systèmes juridiques de l'Europe.* Paris: Éditions de l'Épargne, ss. 167 – 210, s. 178, 179. Nihayet bilirkişinin önceden oluşturulan bir listeden seçilmesinin esas olduğu sistemler arasından Fransa için genel olarak bkz. Leclerc (2005), s. 200, n° 246 vd.; G. Rousseau ve P. de Fontbressin (2008). *L'expert et l'expertise judiciaire en France.* Bruxelles: Bruylant, s. 85 vd. Almanya için genel olarak Baab (2007), s. 2, 3; Pinchon ve Millo (2002), s. 20, n° 40 vd.; D. Heintz (2009). Sur les regards allemand et autrichien. *Expertise civile et procès équitable en Europe.* Paris: Cercle France-Amérique, ss. 26 – 29, s. 27. İtalyan hukuku bakımından genel olarak, Pinchon ve Millo (2002), s. 407, n° 830 vd.; T.-A. Camelio (2009). Le "consulente tecnico d'ufficio (ctu)" dans la procédure italienne, Les symptômes objectifs de son indépendance. *Expertise civile et procès équitable en Europe.* Paris: Cercle France-Amérique, ss. 15 – 19, s. 16 vd.

[960] Bkz. aşa. *İkinci Bölüm, 3.2.*

birlikte büyük ölçüde değişmiştir. Bu nedenle açıklamalarımızın önemli kısmını yeni Kanun ile getirilen sistem oluşturmaktadır[961].

3.2. 1086 Sayılı HUMK Dönemine Genel Bir Bakış

Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanununun yürürlükte olduğu dönemde bilirkişinin seçimi ve görevlendirilmesinde ön plâna çıkan, bunun usûlünü karakterize eden husus, her iki mesele bakımından da taraflar ve mahkemenin önemli bir takdir yetkisine sahip oluşudur. Ancak bilirkişinin seçimine ilişkin ön bir takım ölçütlerin pozitif düzeyde getirilmemiş olması, zikredilen ölçütlere, bilhassa keyfiliğin de önüne geçilebilmesi adına Yargıtay kararlarınca işaret edilmesi sonucunu doğurmuştur.

Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanununda kimlerin bilirkişi olarak görev yapabileceği konusunda açık bir hüküm yoktur. Bu konuda sadece, zikredilen Kanunun 275. maddesi hükmünün, bilirkişinin seçiminde aranacak olan uzmanlık ölçütüne üstü kapalı bir şekilde dikkat çektiğini görüyoruz. Buna karşılık bilirkişi olmak amacıyla mahkemelere başvuracak veyahut bilirkişi olarak tayin edilebilecek olan kimselerde aranacak şartlar bakımından Kanunda herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu burada yalnızca resmî bilirkişiler bakımından 276. maddesinin ikinci fıkrasında bunlara işaret etmekle yetinmiştir.

Bilirkişinin kural olarak bir ön seçime tâbi olmaması, bir sonraki başlık altında ele alacağımız üzere, bu konudaki takdir yetkisini önce taraflara, tarafların bilirkişi seçimi üzerinde anlaşamamaları faraziyesinde ise, mahkemeye bırakmıştır (bkz. HUMK m. 276). Geçtiğimiz yüzyılın sonlarına kadar Türk hukukunda egemen olan bu yapıda, bilirkişinin kişisel veya meslekî yetkinliği bu sayılanlar tarafından değerlendirilmek durumunda olmakta ve resmî bilirkişiler hariç olmak üzere, bilirkişinin uzmanlık bilgisi bakımından sahip olduğu düzey önceden denetlen(e)memektedir.

Sahip olunduğu farzedilen uzmanlık bilgisinin ön denetimi, onun kontrolü noktasındaki eksikliğe daha henüz 1940 yılında *Belgesay* tarafından işaret edilmiş[962], ancak bunun dışında öğretide 1980'li yıllara kadar mevcut yapı açıklanmakla birlikte

[961] Bkz. aşa. *İkinci Bölüm, 3.3.*
[962] Bkz. Belgesay (1940), s. 113, n^{o} 131 vd.

birkaç istisna haricinde[963] bu husus üzerinde fazlaca durulmamıştır[964]. Aslında yakın tarihlere kadar büyük şehirler bir kenara bırakılacak olursa teknik konuda uzman sayısının sınırlı olmasının da bu konuya etkisi göz ardı edilmemelidir[965].

Bilirkişinin uzmanlığının daha baştan nasıl belirleneceği sorusu, uygulamada kimi zaman o konuda yetkin bir kuruluşa başvurularak bilirkişinin bu kuruluş tarafından sağlanmasının talep edilmesiyle çözümlenip çözümlenemeyeceği etrafında tartışma konusu olmuştur[966]. Öğretide buna ilişkin çözüm yolu olarak, hâkimin ilgili uzmanlık dalında yetki sahibi kuruluşlardan bilirkişilik yapabileceklerin listesini temin ederek, seçimini bu listeden gerçekleştirmesi gösterilmektedir[967]. Nitekim kimi Yargıtay kararlarında da böyle bir yolun tercih edilmesinin uygun olacağına işaret edilmektedir[968].

Diğer taraftan mevcut sistem içerisinde bilirkişinin kişisel ve uzmanlık dalı bakımından yeterliğinin önceden objektif şekilde belirlen(e)memesi karşısında, yol gösterici görevi Yargıtay üstlenmiştir. Yargıtay'ın çeşitli dairelerinin seçilecek bilirkişinin uzman olması yönünde çok sayıda kararı bulunmaktadır. Aşağıda, bilirkişi listelerinde ihtiyaç duyulan uzmanlık dalında bilirkişi bulunmaması durumunda başvurulacak usûl noktasında meseleyi ayrıca ele alacağımızdan, burada sadece Yargıtay'ın genel yaklaşımı bakımından bu kararların bir kısmına kısaca işaret etmek istiyoruz:

Nitekim uzmanlık bilgisi açısından Yargıtay, 1086 sayılı Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanununun uygulandığı dönem boyunca, temel olarak, *meslekî bir*

---

[963] Örneğin bkz. Kılıçoğlu (1986), s. 644, 646.

[964] Örneğin karş. N. Bilge ve E. Önen (1978). *Medenî yargılama hukuku dersleri.* Ankara: Sevinç Matbaası, s. 543, 544; N. Berkin (1961). *Tatbikatçılara medenî usûl hukuku rehberi.* İstanbul: Filiz Kitabevi, s. 842, 843; İ. E. Postacıoğlu (1975). *Medenî usûl hukuku dersleri, C. II, 6. Bası.* İstanbul: Sulhi Garan Matbaası, s. 653, 654; S. Ş. Ansay (1960). *Hukuk yargılama usûlleri.* Ankara: AÜHF Yayınları, s. 278, 279.

[965] Örneğin 1950'li yıllardaki durum bakımından benzer hususları dile getiren Karafakih (1952), s. 213.

[966] Medenî usûl hukuku klasiklerinin bir kısmında buna olumsuz yanıt verilmektedir. Bkz. Üstündağ (2000), s. 747; Kuru (2001), C. III, s. 2705, 2706.

[967] Bkz. Tanverdi (1991), s. 157, 158; Kuru (2001), C. III, s. 2705, 2706; Üstündağ (2000), s. 747.

[968] Örneğin "*...(B)u müzik türüne göre, bu işlerden anlayan yetenekli bilirkişilerin İstanbul Konservatuvarı, İstanbul ve Ankara Radyoları Müdürlüklerinden tespit olunarak, bunlardan iddia edilen beste tarihine göre, hiç olmazsa 25 yıldan beri Türk Halk Musikîsi ile meşgul olan 3 kişilik bir bilirkişi kuruluna incelettirilmesi ve sonucuna uygun bir karar verilmesi gerekirken…"* 11. HD, 2.4.1974, 686/1138 (Bilge ve Önen (1978), s. 544, 545, dn. 20'den naklen); "*…(M)ahkemenin bilirkişilik yapacak kimselerin, seçilecek bilirkişi adedinin fazlasiyle listesini istemesi ve onlar içerisinden taraflar söz birliği edemediği takdirde re'sen listeden tercih hakkı kullanılmak suretiyle bilirkişi seçilmesi gerekir."* 7. HD, 14.6.1976, 6957/9135 (Kuru (2001), C. III, s. 2705, 2706'dan naklen).

yeterlik[969]*, bu mesleki yeterliğin belgelendirilebilmesi*[970] ve nihayet görüşüne başvurulan *bilirkişinin uzmanlığının uyuşmazlık konusuyla örtüşmesi*[971] gibi ölçütleri esas almıştır[972]. Ne var ki Yargıtay hukuk dairelerinin bahsedilen bu ölçütleri temyiz aşamasında incelemelerine sunulan tüm meseleler bakımından yeknesak biçimde uyguladığını söylememiz güçtür. Örneğin, Yargıtay vermiş olduğu bir kararında uzman terimini zikretmiş olsa da, uzmanlığın ölçüsü noktasında "*bu işlerden anlayan"* gibi, belirsiz bazı ifadeler kullanabilmiştir[973].

Bazı hâllerde ise bilirkişinin uzmanlık dalı ilk derece mahkemesine doğru bir şekilde aksettirilememektedir. Böyle bir faraziyede genel bir uzmanlık dalı tablosundan da yoksun olan ve bilirkişinin uzmanlık dalına ilişkin ayrıca bir araştırmada bulunmayan mahkeme bu bilirkişinin görüşünü hükmüne esas almakta, nihayetinde bu durum Yargıtay tarafından hükme etkili bir usûlî aykırılık kabul edilerek karar bozulabilmektedir[974].

---

[969] "*Mahkemece yapılacak iş; yöreyi iyi bilen mülk bilirkişi ve benzer yerleri işleten aynı meslekten bir bilirkişinin de katılımıyla heyet oluşturmak, re'sen emsalleri incelemek ve tesbit edilen bedelin dayanağını oluşturan emsal kira sözleşmeleri ve diğer verilen dosyaya konulmak suretiyle günün ekonomik koşullara uygun denetlenebilir rapor almak(tır)."* 3. HD, 31.1.2005, 152/407 (*KBİBB*).

[970] Uzmanlığı gösteren belgelerin de mahkeme dosyasına ibrazı gerekmektedir: "*Uzmanlık alanları ve sıfatları dosyadan anlaşılamayan bilirkişiler kurulunca davalının endüstriyel tasarımı konusunda bir görüş ve tespit belirtilmediği halde, kararın gerekçesinde tescile konu bu endüstriyel tasarımın buluş niteliği taşıdığına yer verilmiştir."* 11. HD, 5.12.2000, 7676/9696 (*KBİBB*); "*…Yargıtayca'da denetlenebilmesi için mesleği uzmanlık dalı ya da ne sebeple bilgi sahibi olduğunun dosyadan anlaşılması gerekir. Oysa raporu tanzim eden N.Bedri K... adlı kişinin kim olduğu belli edilmediği gibi.."* 15. HD, 18.11.1997, 4328/4929 (*KBİBB*).

[971] "*...(B)ilirkişiler kendi uzmanlık dalları içinde olan konuları sonuca bağlamışlardır. Zararın kapsamının belirlenmesinde ise aynı yargıya varmak olanağı yoktur. Öncelikle zarar kapsamının belirlenmesi, bilirkişilerin uzmanlık dalı içinde değildir…(M)ahkemeler büyük zorunluluk bulunmadıkça veya olayın özelliği zorlamadıkça değişik uzmanlık dallarının içinde kalan konuları her konunun uzmanları arasından seçip oluşturdukları bilirkişi kuruluna incelettirmelidir."* 5. HD, 26.10.1983, 8136/8900 (*KBİBB*); "*…Davacının tedavi giderlerinin bu konuda uzman doktor bilirkişiye tespit ettirilmesi mümkündür. Sayıştay uzman deneticisi olan bilirkişi bu konuda mahkemenin zarar belirlemesine yardımcı olamaz…"* 4. HD, 2.6.1994, 1898/5093 (*KBİBB*).

[972] 1086 sayılı Kanun döneminde uzman bilirkişinin seçimi konusunda Yargıtay'ın aradığı ölçütlere ilişkin olarak çok sayıda örnek ve açıklamalar için ayrıca bkz. Deryal (2010), s. 55 vd.; Kuru (2001), s. 2703 vd. Ayrıca bkz. Tanverdi (1991), s. 156, dn. 35'te atıf yapılan Yargıtay kararları.

[973] "*...Mahkemece, iki hukukçu ve bu işlerden anlayan* (somut uyuşmazlık toplu iş sözleşmesinin uygulandığı sırada ve sonrasındaki ücret artışları hakkındadır – B.T.) *Türkiye istatistik uzmanından oluşan bilirkişi heyetinden, denetime elverişli rapor alınmalı(dır)".* 9. HD, 19.1.2010, 48194/432 (*Prof. Dr. Bâki Kuru Arşivi).*

[974] "*…Mahkemece yapılan araştırma ve inceleme hükme yeterli değildir. Şöyle ki; raporu hükme esas alınan orman mühendisi ...'ın 10.05.2006 tarihli keşif sırasında yapılan kimlik tespitinde sadece belediyede görevli orman mühendisi olduğu yazılmış ve uzmanlık alanı belirtilmemiş ise de 2001 yılından sonra daireye temyiz incelemesi için gönderilen aynı kişinin bilirkişilik yaptığı çok sayıda dosyadan uzmanlık alanının orman mühendisliği olduğu anlaşılmıştır. Orman endüstri mühendisleri bir yerin hukuken orman sayılan yerlerden olup olmadığı konusunda değil, orman ürünlerinin işlenmesi konusunda uzman kişiler olup bu nedenle bu kişilerce hazırlanan raporların mülkiyete ilişkin*

Ancak ne olursa olsun, olumsuz örneklerin de varlığına rağmen, Yargıtay'ın getirmiş olduğu ölçütler, büyük ölçüde, aslında genel bir listenin bulunmamasının eksiğini kapatmaya hizmet etmiştir. Ne var ki bilirkişilik sisteminde yaşanan sıkıntılar, sistem açısından sıklıkla dile getirilen ve aktarmaktan kaçınamayacağımız etik yozlaşma bir tarafa[975], özellikle yetersiz bilirkişi raporları karşısında hukuk mahkemeleri uygulamasının içine düştüğü durum ile bir araya geldiğinde, teorisyenleri ve uygulayıcıları çeşitli arayışlara yöneltmiştir[976]. Bu anlamda bilirkişiliğin kurumsallaştırılması yönünde bazı girişimlerde bulunulmuş, nitekim bu çerçevede bir bilirkişiler odasının kurulması gündeme gelmiştir. Bu amaç doğrultusunda söz konusu olan girişimlerden bir tanesi, Adalet Bakanlığı tarafından 2001 yılında hazırlanan Hakem ve Bilirkişi Odaları Birliği Kanun tasarısıdır. Bu tasarı, bilirkişilerin bir oda bünyesinde kaydolunmalarını öngörmektedir. Ancak yöneltilen tepki ve eleştirilerin ertesinde söz konusu Tasarı kadük olmuştur[977].

Nihayet uygulama bu yönde giderken 2000'li yılların ortasından itibaren bilirkişi listeleri hukuk yargılamasında da yaygın şekilde söz konusu olmaya başlamıştır. Bu itibarla bilirkişi listelerinin yargılama sistemine en azından Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanununun yürürlükte olduğu son dönemlerde artık yabancı olmaktan çıktığını da ifade edebiliyoruz. Ne var ki, resmî bilirkişilik uygulaması haricinde bu listelerin mahkemeler açısından salt yol gösterici nitelikte oluşu, diğer taraftan listelere ilişkin genel bir düzenlemenin yokluğu, bunların etkin bir şekilde kullanılmasını engellediğini görüyoruz.

Hukuk davasında bilirkişi seçiminde liste uygulaması Hukuk Muhakemeleri Kanununun yürürlüğe girmesiyle, seçim ve tayinde göz önüne alınan aslî usûl

---

uyuşmazlıklarda mahkemelerce hükme esas alınamayacağı açıklanmak sureti ile verilen kararlar bozulmaktadır. Temyize konu dosyada bilirkişi raporu bu nedenle hükme esas alınamaz." 20. HD, 16.1.2008, 15443/277 (*Legal Hukuk Dergisi, 2008/64,* s. 1390 vd.).

[975] Bilirkişilik 1980'lerden bugüne kadar yozlaşma kavramıyla sıkça bir arada anılmıştır. Hatta öyle ki 2004 yılında o dönem adalet bakanlığı görevini yürüten *C. Çiçek* tarafından kurum son derece ağır ifadelerle eleştirilmiştir: "*Bilirkişi kepazeliği ile yolsuzlukla mücadele olunmaz."* http://www.habervitrini.com/haber.asp?id=113689 (son erişim tarihi Ocak 2011).

[976] Özellikle 1990'lardan itibaren bilirkişilik müessesesinin nasıl ıslah edilebileceği konusunda söz konusu olan tartışma toplantılarından belki de en önemlileri 2001 yılında Samsun'da gerçekleştirilen "Bilirkişilik Sempozyumu" (------- (2001). *Bilirkişilik sempozyumu, Samsun, 9 – 10 Kasım 2001*. Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları) ve 2004 yılında Türkiye Medenî Usûl ve İcra – İflas Hukukçuları Bünyesinde gerçekleştirilen toplantılarının iflâsın ertelenmesiyle birlikte "bilirkişilik" konulu üçüncüsüdür (M. Özekes (Yayına Hazırlayan) (2007). *Medenî usûl ve icra – iflâs hukukçuları toplantısı, II - III.* Ankara: Türkiye Barolar Birliği).

[977] Bu Tasarı özellikle bilirkişilik müessesesinin kurumsallaştırılması açısından önem taşımaktaydı. Buna ilişkin tartışmalar değerlendirmemiz için bkz. yuk. *Birinci Bölüm, 1.2.3.*

olduğundan, bugüne kadarki uygulamada, konuya ilişkin düzenlemelerdeki eksiklikler başta olmak üzere, olumsuz gördüğümüz hususları ve uygulama açısından olması gerekenleri bu başlığı takip eden başlıklarda ayrıca tartışmaya çalışacağız.

Öte yandan *bilirkişinin görevlendirilmesi* ise, onun uzmanlık bilgisinin önceden nasıl değerlendirileceği konusundan farklı olarak, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanununun 276. maddesinde son derece açık bir şekilde düzenlenmiştir. Kural, resmî bilirkişiler hariç olmak üzere, bilirkişinin taraflar arasında, onun kim olacağı üzerinde anlaşılması suretiyle belirlenmesi; şayet bu sağlanamıyorsa bu belirlemeyi hâkimin gerçekleştirmesidir[978].

Buna karşılık, kimi bazı hukuk sistemlerinin ise, tarafların bilirkişinin kimliği üzerinde anlaşmış olmasının hâkimi bağlayacağı yönünde bir yaklaşıma usûl kanunlarında yer vermediğini görüyoruz. Örneğin, İsviçre Federal Medenî Usûl Kanununun 180. maddesi, tarafların hukukî dinlenilme hakkının gereği olarak bilirkişinin tayininden evvel dinlenilmesini kabul etmekte, ne var ki tanınan bu yetki, bunların öneri sunmalarına imkân verilmesinden ibaret kalmaktadır[979]. Ancak yine de İsviçre uygulaması için dile getirilen husus, hâkimin tarafların önerdiği isimleri çoğu zaman reddetmediği şeklindedir[980].

Seçim konusunda tarafların sahip olduğu yetkiye ilişkin olarak 1086 sayılı Kanunun açık ifadesi karşısında ilkesel düzeyde bir tereddüt bulunmamaktadır[981]. Ancak uygulamada sadece bilirkişinin kimliği konusunda taraflar arasında bir anlaşmazlık bulunması değil, fakat tarafların tercih etmiş olduğu bilirkişinin mahkeme

---

978 Genel olarak bkz. Kuru (2001), C. III, s.2695; Üstündağ (2000), s. 746; Pekcanıtez, Atalay ve Özekes (2010), s. 488; Alangoya, Yıldırım ve Deren-Yıldırım (2011), s. 362; Kuru, Arslan ve Yılmaz (2009), s. 455. 1086 sayılı Kanun döneminde taraflara tanınmış olan bu yetkinin Alman hukukunda da bulunduğunu görüyoruz. Nitekim Alman Medenî Usûl Kanununun 404. paragrafı bilirkişiyi görevlendirme yetkisini hâkime tanımakla birlikte, tarafların bilirkişi üzerinde uzlaşmasının mahkemeyi bağlayacağını düzenlemektedir. Bkz. Pinchon ve Millo (2002), s. 19, n° 37.

979 Bu düzenlemenin eleştirisi için bkz. Bettex (2006), s. 87. Ayrıca konu hakkında genel olarak bkz. Vouilloz (2009), s. 844; Hofmann ve Lüscher (2009), s. 95, 96. Bu durum Federal Medenî Usûl Kanunu öncesi dönem bakımından da, kimi bazı kanton hukukları istisna olmak üzere (örneğin, Friburg Kantonu Medenî Usûl Kanununun 251. maddesi, tarafların tayin edilen bilirkişiye itirazda bulunmaları hâlinde hâkimin bu bilirkişiyi görevlendiremeyeceğini öngörmektedir (bkz. CPC/FR, art. 251), farklılık arz etmemektedir (Vaud, Nöşatel ve Cenevre Kantonları buna örnek olarak gösterilebilir (Art. 221 CPC/VD; Art. 270 CPC/N; Art. 256 LPC/GE). Kantonlar arasında karşılaştırmalı bir analiz için bkz. Bettex (2006), s. 86, 87. Ayrıca bkz. Nöşatel hukuku bakımından Bohnet (2005), s. 432. Vaud hukuku bakımından ise bkz. Poudret, Wurzburger ve Haldy (1996), s. 379).

980 Bettex (2006), s. 87.

981 Hatta *Atalay,* tarafların bilirkişi üzerinde anlaşmasını usûlî bir anlaşma şeklinde yorumlamaktadır (bkz. Atalay (2001), s. 177).

tarafından aranan nitelikleri taşımadığı kanaatine varılması da, bilirkişinin mahkeme tarafından belirlenmesi için yeterli gerekçe kabul edilegelmiştir[982].

1086 sayılı Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanununun, Hukuk Muhakemeleri Kanununun düzenlemelerine göre, bilirkişinin seçimi ve görevlendirilmesine ilişkin ayırt edici özellikleri konusunda, genel olarak yukarıda açıklamaya çalıştığımız hususlar ön plâna çıkmaktadır. Ancak buna karşılık, 1086 sayılı Kanun döneminde var olan ve tartışılan kimi hususlar, 6100 sayılı Kanun döneminde de güncelliğini korumakta olup, yeni medenî usûl kanununun sistemi içerisinde, yeni sistemin özellikleriyle beraber ele alınması uygun olacaktır.

3.3. Hukuk Muhakemeleri Kanununda Öngörülen Liste Usûlü

3.3.1. Genel olarak liste usûlü

Hukuk Muhakemeleri Kanununun, bilirkişinin seçimi ve tayini bakımından getirdiği en önemli değişiklik hiç şüphe yok ki liste usûlüne Kanunda yer verilmiş olması ve bu listelerin de aynı zamanda hâkim için bağlayıcı olmasıdır (bkz. HMK m. 268, f. 1). Diğer bir söyleyişle bilirkişinin taraflarca nasıl belirleneceği, bunun ertesinde mahkemenin böyle bir belirleme karşısında nasıl davranacağı yahut davranması gerektiğine ilişkin tartışmalar kural olarak, artık eski anlamını yitirmiştir[983].

Bu itibarla meseleyi bilirkişinin seçimi bakımından bu yeni yaklaşımın genel çerçevesinden yola çıkmak suretiyle incelemek istiyoruz. Bununla birlikte özel olarak Hukuk Muhakemeleri Kanununun öngörmüş olduğu sistem dâhilinde bilirkişinin nasıl bir seçime tâbi tutulacak olduğunu ve onun tayin edilmesi usûlünü, gerek mülga Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunundaki düzenlemelerden benzer ve farklı yönlerini gözetmek, gerek kimi bazı yabancı ülke hukuklarının meseleyi ele alış biçiminden yararlanmak suretiyle değerlendirmeye çalışacağız[984]. Bu ve takip eden başlıklarda ise,

---

[982] Kuru (2001), s. 2701; Alangoya, Yıldırım ve Deren-Yıldırım (2009), s. 362; Pekcanıtez, Atalay ve Özekes (2010), s. 488; Deryal (2010), s. 259; Tanrıver (2002), s. 52, dn. 50.

[983] Ancak bir yanlış anlaşılmaya mahal vermemek adına ifade etmemiz gerekir ki, bilirkişinin hâkim tarafından tayin ediliyor olması, tarafların bilirkişinin ismi üzerinde görüş bildirmelerinin önünde bir engel olmadığı gibi, hâkimin de bu noktada tarafların görüşünü alması gerekmektedir. Bkz. aşa. *İkinci Bölüm, 3.5.5'*te yer alan açıklamalar.

[984] Bkz. aşa. *İkinci Bölüm, 3.4* ve *3.5*.

liste usûlüne egemen olan temel ilkeleri, bu sistemin genel yapısını bazı yabancı ülke hukuklarındaki uygulamaları da dikkate alarak değerlendirmek arzusundayız[985].

Liste usûlü (yahut sistemi) ile murat edilen şey, esas itibariyle, bilirkişi sıfatıyla görev yapmak arzusunda olan gerçek ve/veya tüzel kişilerin, önceden belli şekillerde hazırlanan uzmanlık dallarına ilişkin kataloglar doğrultusunda tutulan listelere kaydolmaları ve bilirkişilerin bu listelerden seçilmesinden ibarettir. Bu uzmanlık dallarının nasıl hazırlanacağı yahut listelerin bağlayıcı olup olmadığı, bu konuda tercih edilen yaklaşıma göre ayrıca tartışılması gereken bir mesele meydana getirmektedir. Ne var ki liste usûlüne ilişkin hangi tercih söz konusu olursa olun, onu karakterize eden aslî husus, hâkim tarafından daha sonra tayin edilecek olan bilirkişilerin, bu tayinden evvel bir önseçime tâbi tutuluyor olmalarıdır. Bu anlamda listeler bilirkişinin seçiminde anahtar rolü oynamaktadır[986].

Nitekim bu önseçimle amaçlanan ise, daha en başta, henüz görev bilirkişiye tevdi edilmemişken, bir hâkim yardımcısı fonksiyonunu yerine getirecek olan ve uzman sıfatını taşıdığı varsayılan kimsenin niteliklerinin, olabildiği ölçüde önceden kontrol edilmesidir[987]. Bir görüşe göre[988] liste usûlünün özelliği, onun kapalı bir topluluğu belirleme ve tanımlama kapasitesinde yatmaktadır. Yargı örgütü, bir isimler topluluğuna başvurmakla, kimi tanıdığını, kimi tanımadığını; bir diğer söyleyişle kimi yargısal alana dâhil ettiğini, kimi bunun dışında bıraktığını göstermiş olmaktadır.

Böyle bir yapı, akla ister istemez listeye kayıtlı bilirkişilerin birer "resmî bilirkişi" olup olmadıkları sorusunu getirmektedir. Bu soruya bir yanıt verebilmek için öncelikle bazı hususları birbirinden ayırt etmemiz gerekmektedir. Bunlardan ilki resmî bilirkişiden ne anlaşılması gerektiği noktasındadır. Genel olarak ifade edersek, herhangi bir Kanun tarafından belli bir konuda bilirkişi olarak görev yapacağı belirtilmiş olan

---

[985] Nitekim bkz. aşa. *İkinci Bölüm, 3.3.2, 3.3.3* ve *3.3.4*.

[986] Leclerc (2005), n° 244, s. 200, n° 246, s. 201. Ayrıca bkz. V. Ö. Özbek (2009). Ceza muhakemeleri alanı. *Bilirkişilik, uygulama alanları, sorunlar, öneriler. Sempozyum, Ankara 18-19 Aralık 2008.* Ankara: TMMOB Mimarlar Odası, ss. 100 – 110, s. 103; Leclerc (2010), s. 313 vd.

[987] Örneğin Fransa'da bilirkişiliğe ilişkin olarak 1971 yılında yürürlüğe giren Kanunun hemen akabinde bir yazar, liste usûlünün işlevi karşısında onun ne şekilde düzenlenmesi gerektiğini şu sözlerle izah etmektedir: "*Bir mahkeme yardımcısına dönüşen bu uzmanların, hiç kimsenin meslekî değer ve dürüstlüklerine itiraz edemeyeceği bir biçimde seçilmesi gerekmektedir."* J. P. Doll (1971). La désignation des experts en matière civile et la protection du titre d'expert judiciaire. *Gaz. Pal. 2, doctr.,* 368. Ayrıca bkz. ve karş. Yılmaz (2012), s. 1206.

[988] Dumoulin (2007), s. 70.

kimseler, Türk hukuk öğretisinde, kural olarak, resmî bilirkişi addedilmektedir[989]. Aslında burada öngörülen amacın "uzmanlığı", hatta "tarafsızlığı" konusunda tereddüte yer bırakmayacak bir takım bilirkişilik müesseselerinin meydana getirilmesi olduğunu görüyoruz. Kanımızca Türk hukuku bakımından resmî bilirkişilere "resmiliğini" veren birkaç husus bulunmaktadır. Bunlardan ilki, söz konusu uzmanların bilirkişi olarak görev yapacaklarının açık bir Kanun metniyle ifade edilmesi; ikincisi ise, genellikle öncelikle bunlara başvurulması gerektiğinin (bkz. HMK m. 268, f. 2) kabul ediliyor oluşudur.

Ne olursa olsun, resmîlik kavramıyla murat edilen, bilirkişiler bakımından bir güvenilirlik, bağımsızlık ve tarafsızlık vakıasının sağlanması olup, bir bilirkişinin resmi olarak ifade edilmesi de kanımızca, ona bir tür meşruiyet kazandırmak amaçlıdır. Bu meşruiyetin, bir diğer söyleyişle güvenin gerçekten sağlanıp sağlanmadığı, bir başka meseledir[990]. Bir diğer husus, yine resmî bilirkişi olarak addedilen kamulaştırma bilirkişileri dışında, resmî bilirkişiliğe ilişkin pozitif metinlerde bilirkişinin kendisine değil, asıl olarak bu görevi yerine getirecek kuruma işaret edilmekte olmasıdır (örneğin bkz. Adli Tıp Kurumu Kanunu m. 2).

Hukuk Muhakemeleri Kanunuyla getirilen sistem ile geçmişten gelen resmî bilirkişilik kurumları bir arada değerlendirildiğinde, amaçsal bakımdan benzerliklerin bulunduğu kanımızca tartışmasızdır. Kanun koyucu, gerek resmî bilirkişi kurumlarını düzenlerken gerek Hukuk Muhakemeleri Kanunu bağlamında liste usûlünü ihdas ederken, kanımızca aslında temelde aynı hususu, bilgisinden tereddüt edilemeyecek ve bağımsız bilirkişilere başvuruyu hedeflemektedir. Bu bakımdan resmî bilirkişiler olarak ifade edilen kurum ve kimselerin, liste usûlünün bulunmadığı bir dönemin gereği olduğu kanımızca savunulabilir[991].

Nihayetinde, Hukuk Muhakemeleri ile getirilen sistem, zaten bilirkişilerin belli usûller dâhilinde önceden seçilmesidir. Bu itibarla, sistem bakımından asıl olan bu yapı

---

[989] Örneğin bkz. ve karş. Kuru (2001), C. III, s. 2663 vd.; Deryal (2010), s. 218 vd.; Aşçıoğlu (2011), s. 220 vd.

[990] Nitekim resmî bilirkişi kurumlarına yönelik, özellikle bunların bağımsızlığı bağlamında, tereddütler sıklıkla dile getirilen hususdur. Örneğin bkz. Deryal (2010), s. 219, 220 ; Aşçıoğlu (2011), s. 213 vd. Bu konuda daha ayrıntılı açıklamalarımız için bkz. aşa. *Üçüncü Bölüm, 1.2.1.2.1.*

[991] Ancak her şeye rağmen bugün itibariyle, resmî bilirkişileri, listeye kayıtlı diğer bilirkişilerden ayırt eden bazı özellikler bulunmaktadır. Nitekim, özellikle Adlî Tıp Kurumunun bizatihi kendisi bir bilirkişi addedilmekte ve burada görev yapacak kimseler, diğer bilirkişilerden farklı olarak, sürekli bir görevi ifa etmektedir (gerek Yüksek Sağlık Şurası gerek Adlî Tıp Kurumu bakımından genel itibariyle bkz. Aşçıoğlu (2011), s. 222 vd.; Deryal (2010), s. 220 vd).

iken, listeye kayıtlı bilirkişilerin birer "resmî bilirkişi" olarak ifade edilmesinin gerektiği kanısında değiliz. Listeye kayıtlı olmak, bilirkişiye seçilmesi konusunda bir öncelik tanımakta, fakat bir hak sağlamamaktadır[992].

Son olarak dikkat çekici bir husus olarak, liste usûlünün gelişiminin, *uzmanlaşma* olarak ifade edilen kavramın gelişiminden ayrı tutulamayacağını görmekteyiz. Gerçekten de, 19. Yüzyıl içerisinde ortaya çıkan profesyonelleşme kavramını, 20. Yüzyılda uzmanlaşma kavramı takip etmiş; uzmanlık dalları arasında meydana gelen ayrımlaşma, mahkemelerin bilirkişileri seçme usûlleri bakımından da karşılık bulmuştur. Uzmanlık dalları kataloglarının son derece ayrıntılı bir biçimde düzenlendiği Fransız hukuku, bu açıdan önemli bir örnek teşkil etmektedir[993].

3.3.2. Liste usûlünün bazı yabancı ülke hukuklarındaki görünümü ve Türk hukukunda gelişimi

İlk olarak, İsviçre ve Belçika hukuklarında resmî bir liste usulü bulunmamaktadır. Nitekim, *İsviçre hukukundaki* yaklaşım, Federal Medenî Usûl Kanunundan önceki dönemde Kanton hukukları bakımından olduğu gibi, Kanun sonrasında da değişiklik göstermemiştir[994]. Yine de, hâkimlere bilirkişi tayininde yardımcı olmak amacıyla, İsviçre Teknik ve Bilimsel Kazaî Bilirkişiler Odası tarafından düzenlenen listeler bulunmaktadır[995]. *Belçika hukukunda* ise, 2007 yılındaki değişiklikler öncesinde mahkemelerin bilirkişi listelerini düzenleyebileceği hükmü yer alıyor olsa da (anc. CJ, art. 991), Yargılama Kanununda yapılan değişiklikler sırasında söz konusu hüküm yürürlükten kaldırılmıştır. Bununla birlikte Belçika hukukunda da, hem mahkemeler tarafından gayrıresmî şekilde tutulan listelere başvurulmakta, hem çeşitli bilirkişi

---

[992] Nitekim burada bir üst dipnotta, resmî bilirkişiler bakımından dile getirdiğimiz ayırt edici özelliklere, bir ekleme daha yapılabilmesi mümkün olmaktadır. Gerçekten de, listeye kayıtlı diğer bilirkişilerden farklı olarak, resmî bilirkişilere öncelikle başvuru zorunluluğu, belli hâller bakımından varlığını sürdürmektedir (nitekim bkz. HMK m. 268, f. 2; bu konudaki açıklamalarımız için ayrıca bkz. aşa. *İkinci Bölüm, 3.5.2*).).

[993] Bu konuda özellikle bkz. F. Chavaud ve L. Dumoulin (2003). *Experts et expertise judiciaire, France, XIX^e et XX^e siècles.* Paris: Presses Universitaires de Rennes, s. 89, 90 vd.

[994] Bkz. Bettex (2006), s. 102; Bovey (2011), s. 100.

[995] Bkz. Klein, Grossen ve Schüpbach (1969), n^o 7, s. 400; Bovey (2011), s. 100. Diğer yandan bazı kanton asliye mahkemeleri nezdinde de resmî nitelikte olmamakla birlikte, bilirkişi listeleri tutulmaktadır. Bkz. Piguet (2011), s. 137. Öte yandan İsviçre hukuku bakımından önem taşıyan bir husus, bilirkişilerin sertifikalandırılması ve akreditasyonu olup, buna, aşağıda bilirkişilerin eğitimi bağlamında değineceğiz (bkz. aşa. *İkinci Bölüm, 3.4.5*).

derneklerinin meydana getirdiği ancak resmî bir nitelik taşımayan listelerden yararlanılmaktadır[996]. Diğer taraftan vergi veya hesap uzmanlığını ilgilendiren belli bazı alanlarda, bilirkişilerin söz konusu alanlara ilişkin enstitü bünyesine kayıtlı uzmanlar arasından tayin edilmesi zorunlu tutulmaktadır[997].

Hiç şüphe yok ki Türk hukuku bakımından, karşılaştırmalı hukuk dâhilinde daha ilgi çekici olan, kapsayıcı bir takım liste usûlünün söz konusu olduğu hukuk düzenleridir. Bu bağlamda özellikle İtalyan, Fransız ve Alman hukuk düzenlerinin meseleye yaklaşımlarının genel hatları üzerinde durmak istiyoruz. Bu hukuk düzenlerinin genel hususlar dışında kalan belli durumlara yönelik tercihlerine ise, yeri geldikçe aşağıda seçime ve tayine ilişkin hususlar çerçevesinde değineceğiz.

İtalyan hukuku bakımından daha önce de dile getirdiğimiz gibi[998], hem mahkeme tarafından tayin edilen bilirkişiler, yani resmi teknik danışmanlar (*consulenta tecnico d'ufficio* veya *perito*), hem taraf bilirkişileri, yani tarafların teknik danışmanları (*consulenta tecnico di parte*) bir arada bulunmaktadır. Nitekim burada yapmış olduğumuz açıklamalar, mahkeme tarafından tayin edilen teknik danışmanları konu edinmektedir. İtalyan hukukunda iki tür bilirkişi listesi bulunmaktadır. Bunlardan asıl önemli olanı mahkemeler nezdinde tutulan genel listeler, ikinci tür olanı ise, genellikle ticaret odaları bünyesinde tutulan ve genel listeler bakımından söz konusu olan uzmanlık dalları kataloglarında yer almayan (özel ve teknik bilgiye ihtiyaç duyulan) konular bakımından uygulama alanı bulan yerel listelerdir[999].

---

[996] Bkz. Mignolet (2009), n° 50, s. 81; Mignolet (2007), s. 24.

[997] Örneğin Belçika'da muhasebe ve vergi mesleklerine ilişkin 1999 tarihli Kanun uyarınca bu konularda bilirkişilik görevini yapacak olan kimselerin uyuşmazlık konusuna göre, Şisrket Denetçileri Enstitüsü (*Institut des Réviseurs d'Entreprises*) veya Hesap Bilirkişileri ve Vergi Danışmanları Enstitüsü (*Institut des Experts-comptables et des Conseils fiscaux*) nezdinde tutulan listelere kayıtlı olmaları aranmaktadır (bkz. Mignolet (2009), n° 50, s. 81, dn. 7). Aslında Belçika'da yargılama hukukuna ilişkin reform çalışmaları sırasında gündeme gelen konulardan biri de bilirkişi listelerinin genelleştirilmesi olup bu mesele ciddi bir takım tartışmaların konusunu oluşturmuştur. Ne var ki Belçika kanun koyucusu, ilgili komisyonda ortak bir kabulün oluşmaması, diğer taraftan bilirkişilik usûlünün gecikmeksizin düzenlenmesi ihtiyacı, nihayet liste usûlünden kaynaklanabilecek meselelerin karmaşık bir nitelik arz edebileceği gibi gerekçelerle bu usûlü düzenlemekten vazgeçmiştir. Bu konuda bkz. Boularbah (2007), n° 34, s. 28; M.-L. Henrion ve S. Dufrene (2007). Le déroulement de l'expertise dans une perspective systémique. *Le nouveau droit de l'expertise judiciaire en pratique (Dir.: H. Boularbah).* Bruxelles: Larcier, ss. 37 – 79, s. 38, 39.

[998] Bkz. yuk. *Birinci Bölüm, 1.2.4.*

[999] Genel olarak bkz. G. De Lucia (2009). L'expertise à l'italienne. *L'expertise de justice en Europe: état des lieux, perspectives et reccomandations. Actes du colloque de 4 et 5 avril 2008.* Paris: www.experts-institute.eu, ss. 49 – 54, s. 49 vd.; Pinchon ve Millo (2002), n° 827, s. 406 vd.; S. Anastasi ve V. Trimarchi (1969). Italie. *L'expetise dans les principaux systèmes juridiques d'Europe (Ed.: H. Motulsky).* Paris: Éditions de l'Épargne, ss. 295 – 316, s. 300 vd.

Nitekim, İtalyan Medenî Usûl Kanununun 61. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca hâkim, bilirkişiyi kural olarak sadece listeye kayıtlı olanlar arasından tayin edebilmektedir. Mahkeme başkanı, kütüğe kayıtlı bilirkişiler üzerinde, bunların disiplinine ilişkin hususlar da dâhil olmak üzere bir gözetim faaliyeti yürütmektedir[1000].

İtalyan hukukunda listelerin ne şekilde düzenleneceği, Medenî Usûl Kanununun 61. maddesinde işaret edildiği üzere Kanunun Uygulanmasına ilişkin Kurallar (*Disposizioni di attuazione del C.P.C)* arasında gösterilmektedir. Söz konusu Uygulama Kurallarının 13 ve devamındaki hükümler uyarınca her mahkeme nezdinde bir bilirkişi listesinin tutulacağı öngörülmektedir[1001].

Fransız hukukunda ise, liste usûlü önceden beri uygulanan bir sistem olmakla birlikte, bu listeler uzun bir süre boyunca yalnızca hâkimleri bilgilendirici bir işleve sahip olabilmiştir[1002]. Nitekim listelerin resmî bir görünüme kavuşması 29 Haziran 1971 tarihli Kanun neticesinde olmuştur. Geçen zaman içerisinde, bilirkişi listelerinin oluşturulması ve devamlılığı üzerinde uygulamadan kaynaklanan sorunlara çözüm getirilmesi amacıyla, özellikle 11 Şubat 2004 tarihli Kanun ve 28 Aralık 2005 tarihli Kararname, bu sistem bakımından önemli birer reform çalışmasıdır[1003].

Fransa'da liste usûlünün özelliği, onun hem ayrıntılı bir takım düzenlemelerin konusunu oluşturmasından, hem geniş bir uzmanlık dalları kataloğunu içermesinden kaynaklanmaktadır. Özellikle ilk etapta iki husus dikkat çekicidir. Bu sistem dâhilinde yerel olarak ifade edilen ve istinaf mahkemeleri nezdinde tutulan listeler dışında, Temyiz Mahkemesi nezdinde tutulan ulusal bir liste de mevcut bulunmaktadır[1004].

Esasen Fransız hukukunun bilirkişi listelerine ilişkin bakış açısını ve düzenleme biçimini, özellik taşıyan noktaları bakımından, aşağıda ilgili başlıklar altında,

---

[1000] Camelio (2009), s. 16.

[1001] Şayet bilirkişi incelemesine istinaf aşamasında başvurulmaktaysa yine aynı Uygulama Kurallarının 22. Maddesi gereğince istinaf mahkemesi bilirkişiyi yargı çevresinde yer alan bir mahkeme listesine kayıtlı olanlar arasından tayin etmektedir (ayrıca bkz. Pinchon ve Millo (2002), n° 831, s. 407).

[1002] Bu usûlün uygulanması XIX. Yüzyıla kadar uzanmaktadır. Nitekim henüz 1867 yılında Adalet Bakanlığı tarafından çıkarılan bir sirkülerde söz konusu hususun önemine dikkat çekilmektedir (bkz. Mestre (1937), s. 35; Leclerc (2005), n° 248, s. 201). Nihayet 1880'li yılların başlarında sıklıkla bilirkişi olarak görevlendirilen bilirkişiler için Paris mahkemeleri nezdinde listeler tutulmaya başlanmıştır. Nihayet önemli bir gelişme olarak 1893 yılında çıkarılan bir Kararnameyle, tıbbî bilirkişiler bakımından tüm istinaf mahkemeleri nezdinde bilirkişi listeleri düzenlenmesi zorunlu hâle getirilmiştir (bkz. Leclerc (2005), n° 248, s. 201, 202). Ayrıca bkz. Redon (2011), n° 81, s. 15;

[1003] Genel olarak bkz. Leclerc (2005), n° 250, s. 203; Redon (2011), n° 81 ilâ 83, s. 15; Rousseau ve De Fontbressin (2008), s. 85.

[1004] Bkz. Leclerc (2005), n° 250, s. 203, 204; Redon (2011), n° 94 vd., s. 16 vd.; Rousseau ve De Fontbressin (2008), s. 85 vd.

bilirkişinin bir listeye kaydolma koşulları çerçevesinde karşılaştırmalı hukuk bakımından ele almaya çalışmaktayız. Bununla birlikte şu an için ayrıca dile getirmemiz uygun olur ki, bu hukuk düzeni bakımından, bilirkişinin listeye kaydında belli bir sınav sistemi öngörülmekte, bilirkişi listelerin kayıt ve bu kaydın devamlılığı ciddî bir takım koşullara bağlanmaktadır. Bu durum, listeye kaydolan bilirkişinin uzmanlık bilgisinin meşruluğu bakımından bir tür garanti sağlamaktadır.

Son olarak *Alman hukuku,* listelerin düzenlenmesi bakımından yukarıda bahsettiğimiz İtalyan ve Fransız hukuk sisteminden çeşitli noktalarda ayrılmaktadır. Bu sistemde de bilirkişi kural olarak hâkim tarafından tayin edilmekte, ancak bunların ön seçimi, bir diğer deyişle bilirkişi olarak sertifikalandırılması konusu esas itibariyle kamusal niteliğe haiz meslekî ve ticarî müesseselere bırakılmış gözükmektedir.

Diğer yandan Alman hukukunda bilirkişilik faaliyetinin söz konusu olduğu uzmanlık dalları, zengin bir ayrımın konusunu oluşturmakta olup, burada kanun koyucunun meseleye yaklaşımı da etkili bulunmaktadır[1005]. Bu sistemde listeye kayıtlı olan bilirkişiler, "kamuca kabul edilmiş ve yeminli bilirkişiler" (*Öffentlich bestellten und vereidigten Sachverständigen*) şeklinde ifade edilmektedir[1006]. Almanya'da mevcut sistem, yüz yıldan fazla bir geçmişe sahiptir; nitekim mahkemelerin öncelikle söz konusu sistem dâhilinde bir önseçime tâbi tutulan bilirkişilere başvurmaları gerekmektedir (bkz. dZPO § 404, Abs. 2)[1007]. Alman hukukunda liste usûlü, uzmanlık dalları konusundaki ayrımın bu listelere yansıma biçimi ve listelere kayıt konusunda söz konusu olan sistemin genel çerçevesi hakkında şunları söylememiz mümkündür:

Öncelikle bu sistem dâhilinde bilirkişi listeleri, Türk ve ele aldığımız diğer (İtalyan ve Fransız) yabancı ülke hukuklarının aksine, federal yahut eyalet mahkemeleri değil, sanayi ve ticaret odaları veyahut diğer meslekî kuruluşlar nezdinde tutulmaktadır. Bu kurum ve kuruluşların bu yöndeki yetkisi, kaynağını ilk olarak Meslekler Kanununun (*Gewerbeordnung*) 6. maddesinde bulmaktadır[1008]. Diğer yandan Alman

---

[1005] Genel olarak bkz. G. Kretzschmar (2000). Allemagne. Esquisse d'une déontologie commune? *Les perspectives du rapprochement des procédures judiciaires expertales en matière civile au sein de l'Union Européenne (Actes du deuxième colloque européen).* Paris (*http://www.experts-cassation.org/documents/divers/ documentation.php?lang=*), ss. 177 – 185, s. 177 vd.

[1006] Bkz. Kretzschmar (2000), s. 177; Pinchon ve Millo (2002), n^{o} 40, 41, s. 20, 21.

[1007] Kretzschmar (2000), s. 178.

[1008] Zikredilen madde genel olarak maliye, balıkçılık, bağcılık ve benzeri konularda bilirkişilik yapabileceklere işaret etmekte, ayrıca bilirkişinin tarafsızlığına ve diğer etik hususlara ilişkin gereklilikleri içermektedir (ayrıca bkz. Pinchon ve Millo (2002), n^{o} 40, s. 20; Kretzschmar (2000), s. 178).

eyaletleri de, bilirkişilerin önseçimi usûlü, bu çerçevede uzmanlık dalları ve kayıt koşulları, bunun yanı sıra bilirkişilerin hak ve ödevleri konusunda kararname çıkarmaya yetkili durumdadır[1009]. Nitekim eyaletler de bilirkişilerin seçimi konusunda ilgili sanayi ve ticaret odalarını yetkilendirmektedir[1010]. Nihayet, Alman Endüstri ve Ticaret Odaları Birliğinin de (*Deutscher Industrie und Handelstag – DIHT*) bilirkişilerin kaydı konusunda düzenlediği ayrıntılı bir yönetmelik (*Sachverständigenordnung*) bulunmaktadır[1011].

Nihayet Alman hukuk sisteminde düzenlenen listelere ilk defa kayıt, ciddî bir usûle tâbi tutulmuş bulunmaktadır. Listeye kaydolmak isteyen adayların sumuş olduğu dosyanın, listeyi tutan kuruluş nezdindeki bir komisyon tarafından gerçekleştirilen bir sınavı geçmesi gerekmektedir[1012]. Söz konusu sınavı geçen ve kabul edilmiş ve yeminli bilirkişi olan uzmanlar, mahkemelerde bilirkişi olarak görevlendirilebilme imkânına kavuşmaktadır[1013].

Bu açıklamalardan sonra, liste usûlünün *Türk hukukundaki görünümü ve gelişimi* hakkında kısaca durmak istiyoruz. Nitekim liste usûlünün Türk hukukundaki genel yapısı konusunda kanun koyucunun meseleye yaklaşımı kendisini Hukuk Muhakemeleri Kanununun 268. maddesinin birinci fıkrasında açık bir şekilde göstermektedir. Zikredilen hükümde ifade edildiği üzere bilirkişilerin, bölge adliye adalet komisyonları tarafından her yıl düzenlenecek olan listelere seçilmesi gerekmektedir. Kanımızca bu madde, salt liste usûlünün resmileştirilmiş ve bu sayede yeknesak bir uygulama imkânının önünün açılması değil, fakat aynı zamanda bu usûlün ne derece sisteme hâkim kılınmış olması bakımından da önem taşımaktadır. Zira ilgili 268. maddenin birinci fıkrasının son cümlesinde, liste dışından bilirkişi tayin edilmesinin sadece ve sadece, o yahut bir diğer yargı çevresinde kayıtlı bir bilirkişinin bulunmaması şartına bağlanmış oluşu, listelerin mahkemeler uygulaması bakımından ne denli önemli olduğunu göstermektedir. Bu durum karşısında, söz konusu usûle ilişkin sağlıklı bir bakış açısı geliştirilmesi zorunlu hâle gelmektedir.

[1009] Kretzschmar (2000), s. 178; Pinchon ve Millo (2002), n° 40, s. 20.
[1010] Kretzschmar (2000), s. 178.
[1011] Ayrıca bkz. Kretzschmar (2000), s. 178, 179; Pinchon ve Millo (2002), n° 40, s. 20.
[1012] Bkz. Pinchon ve Millo (2002), n° 41, s. 21.
[1013] Elbette bu kabul, söz konusu kimselerin mahkeme tarafından bilirkişi olarak tayin edilecekleri konusunda bir hak yahut imtiyaz tanımamaktadır (Pinchon ve Millo (2002), n° 41, s. 21.

Hukuk Muhakemeleri Kanununun yürürlüğe girmesinden sonra, yine HMK m. 268, f. 3 hükmünde işaret edildiği üzere, Adalet Bakanlığı tarafından bilirkişi listelerinin düzenlenmesi konusunda, gerekli olan Yönetmelik yürürlüğe girmiş bulunmaktadır. Bu itibarla kanun koyucunun tercihini bir kez daha bilirkişilik konusunda ayrı bir Kanun çıkarmak yerine, özellikle liste usûlü vesilesiyle meseleyi bir Yönetmelik çerçevesinde ele almak yönünde kullanmış olduğunu söyleyebilmekteyiz.

Bununla birlikte bilirkişinin belli bir takım listelerden seçilmesinden bahsettiğimiz vakit, ilk olarak ifade etmemiz gereken şey, bilirkişilerin seçimi bakımından liste usûlünün varlığına Türk medenî usûl hukukunun aslında hiç de yabancı olmadığıdır. Gerçekten de bu çerçevede daha henüz 1950'li yıllardan, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanununun yürürlükte olduğu son dönemlere kadar, gerek çeşitli Kanun gerek Yönetmelikler vasıtasıyla, bilirkişilik listelerinin oluşturulmasına yönelik düzenlemelere ve bu doğrultuda hazırlanan listelerin varlığına rastlamaktayız[1014]. Ne var ki söz konusu düzenlemeler, salt kendi çerçeveleriyle ve dar bir takım alanlardaki bilirkişilik faaliyetleriyle sınırlı kalmıştır. Bu durum, diğer farklı uzmanlık alanlarında da bilirkişi listelerinin düzenlenmesi ihtiyacını gündeme getirmiştir. Nihayet, 2004 yılından itibaren salt mahkemeler nezdinde değil, fakat kamusal (idarî) bir takım bilirkişilik faaliyetleri de kapsayacak şekilde; öte yandan bilirkişiler haricinde hakem ve kimi diğer uzmanlık faaliyetleri çerçevesinde görevlendirilebilecek kimselerin de listelere kayıt usûllerini ele alan, çeşitli Kanun ve Yönetmelikler yürürlüğe girmeye başlamıştır. Esasen bu düzenlemelerin her biri, başta 5174 sayılı TOBB Kanunu (bkz. m. 19, (f); 39, (g); 41, (ı); 62 (c)) ve bu Kanunu takiben, TMMOB Blirkişi Yönetmeliği (RG: 5.5.2005; S. 25806) olmak üzere, bilirkişilik sisteminin yenilenmesinde atılmış önemli adımlardır[1015].

[1014] Bu bağlamda, özellikle Adlî Tıp Kurumuna ilişkin düzenlemeler bir yana, henüz 1956 yılında kamulaştırma davalarında bilirkişi olarak görev yapacakların bir listede yer alması, bunu takiben 1983 yılında 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunuyla yürürlükten kaldırılan 6830 sayılı İstimlâk Kanununun 15. maddesinde "Ehlivukufun Seçilmesi" başlığı altında düzenlenmiştir. Öte yandan 2942 sayılı Kanun da bilirkişinin önceden seçimine ilişkin olarak paralel bir anlayışa yer vermiştir (bkz. 2942 s. Kamulaştırma Kanunu m. 15). Nihayet yine 1980'li yıllarda, bu sefer kadastro işlemlerinden kaynaklanan uyuşmazlıklara ilişkin olarak, Kadastro Bilirkişileri Hakkında Yönetmelik, 3402 sayılı Kadastro Kanunundan kısa bir süre sonra yürürlüğe girmiştir (RG: 28.10.1987 tarih ve s. 19618).

[1015] Ayrıca bkz. TMMOB Makina Mühendisleri Odası Bilirkişilik Yönetmeliği (RG: 2.4.2009; S. 27188); TMMOB Kimya Mühendisleri Odası Bilirkişilik Yönetmeliği (RG: 27.8.2009; S. 27332); TMMOB Ziraat Mühendisleri Odası Bilirkişi Yönetmeliği (RG: 13.7.2010, S. 27640); TMMOB Tekstil Mühendisleri Odası Bilirkişilik Yönetmeliği (RG: 10.7.2010; S. 27637); Oda Ve Borsalarda Hakem, Bilirkişi Ve Eksper Listelerini Düzenleme Usûl Ve Esasları Hakkında Yönetmelik (RG: 12.9.2005; S. 25934) ve son olarak Kamulaştırma Davalarında Bilirkişi Olarak Görev Yapacakların Nitelikleri ve

Öte yandan bu pozitif metinlerin yayınlandığı ve buna göre bilirkişi listelerinin oluşturulmaya başlandığı süreç içerisinde, Ceza Muhakemeleri Kanunu da yürürlüğe girmiştir. Zikredilen Kanunun bilirkişilik açısından önemi, genel bir yargılama kanununda bilirkişilerin listelerden seçileceğinin, ilk defa genel bir düzenlemeyle hüküm altına alınmış olmasıdır (bkz. CMK m. 64)[1016]. Diğer taraftan bir diğer önemli husus, bu Kanunun ertesinde Ceza Muhakemesi Kanununa Göre İl Adlî Yargı Adalet Komisyonlarınca Bilirkişi Listelerini Düzenlenmesi Hakkında Yönetmelik yürürlüğe girmiş olmasıdır (RG: 1.6.2005; S. 25832)[1017].

Ceza yargılamasına ilişkin bu önemli değişiklik bir kenara bırakılacak olursa, çeşitli meslek odalarının hazırladığı Yönetmelikler çerçevesinde bilirkişi listelerinin düzenlenmesi, son derece ileri birer adım oluşturmaktadır. Ancak bu listeler hukuk mahkemeleri uygulamasında her ne kadar belli bir işlev görmüş olsa da, yürürlükten kalkan Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu, Hukuk Muhakemeleri Kanunundan farklı olarak bu listelere başvuru konusunda da herhangi bir bağlayıcılık öngörmemiştir.

Ancak tüm bu gelişmelere rağmen medenî usûl hukuku öğretisi de, birkaç istisna haricinde[1018], bilirkişinin seçimini, Kanunda da karşılığını bulan geleneksel yapı etrafında ele almaya devam etmiş; yukarıda aktarmaya çalıştığımız bu hususlar, konuya ilişkin çalışmalarda çok da fazla yankı bul(a)mamıştır[1019].

Hukuk Muhakemeleri Kanunundan önceki dönem bakımından listelere ilişkin problemlerin kaynağı, kanımızca bunlara başvurunun ihtiyarî oluşunda değil, adalet komisyonları nezdinde listelerin oluşturulması ve bunların devamlılığı konusunda bir denetimin bulunmayışı, bir diğer deyişle ilgili usûlün keyfî bir takım uygulamalara karşı herhangi bir mekanizmadan yoksun bulunmuş olmasında yatmaktadır.

Çalışma Esaslarına İlişkin Yönetmelik (RG: 24.11.2006; S. 26356) bu düzenlemeler arasında öne çıkmaktadır.

[1016] Öte yandan liste usûlünün öngörülmesinin altında yatan amaçların yanı sıra, bu usûl vesilesiyle Ceza Muhakemesi Kanunu bakımından söz konusu olan sistemle bir paralellik sağlanmış olduğu da dile getirilen hususlar arasında yer almaktadır (bkz. Pekcanıtez (2007), s. 26, 27).

[1017] Ayrıca bkz. Deryal (2010), s. 262 – 266.

[1018] Üstündağ (2000), s. 746. Öte yandan liste usûlünün gerekliliğine dikkate çeken Yılmaz (2001), s. 540. Bunun yanı sıra *Dokuzuncu Kalkınma Planı (2007 – 2013), Adalet Hizmetleri Özel İhtisas Komisyonu* raporunda da bu gereklilikten bahsedildiğini görüyoruz (bkz. *Dokuzuncu Kalkınma Planı (2007 – 2013), Adalet Hizmetleri Özel İhtisas Komisyonu Raporu,* s. 74). Ayrıca bkz. Ç. Aşçıoğlu (2009). Bilirkişi uygulamasında suç işleniyor. *BBD, S. 86,* ss. 21, 22.

[1019] Genel olarak genel eserler bakımından durum bu şekildedir. Bkz. ve karş. Kuru, Arslan ve Yılmaz (2009), s. 455; Pekcanıtez, Atalay ve Özekes (2010), s. 488, 489; Alangoya, Yıldırım ve Deren-Yıldırım (2009), s. 362, 363. Buna karşılık bazı çalışmalarda bahsedilen hususlara değinildiğini görmekteyiz. Örneğin bkz. ve karş. Çiçekli (2008), s. 494.

Öte yandan CMK Bilirkişilik Yönetmeliği doğrultusunda oluşturulan listeler çerçevesinde gerçekleşen uygulamanın da bu konuya ilişkin olarak dikkatle değerlendirilmesi gerekmektedir. Nitekim genel olarak adli yargı adalet komisyonları nezdinde tutulan listeler konusunda yaşanan sıkıntılar farklı yönleriyle çeşitli platformlarda dile getirilmiş bulunmaktadır[1020]. Adlî yargı adalet komisyonları nezdinde tutulan listelere getirilen ilk ve temel eleştiri, listelere *uzman* kimselerin kaydedilmesi amacının gerçekleştirilememiş olmasıdır. Buna göre söz konusu komisyonlarda sadece sertifika ve benzeri belgelerle yetinilmesi karşısında uzmanlık bilgisinin değerlendirilmesinden bahsedilebilmesi mümkün değildir[1021]. Diğer eleştiri ise, başvuruların kim tarafından değerlendirildiği noktasındadır. Gerçekten de, uzmanlık alanı sadece genel hukukla sınırlı hâkimlerin, yer aldıkları adalet komisyonu bünyesinde bilirkişilerin uzmanlıklarını değerlendirebilmeleri mümkün görünmemektedir[1022].

Nihayet tüm bunların neticesinde varılan sonuç, daha önceden mahkemeler tarafından bir şekilde bilirkişi olarak tayin edilen kimselerin, bu sefer adalet komisyonları nezdinde tutulan listelere bilirkişi olarak kaydedildikleri yönünde olmuştur[1023]. Ne var ki ,mesele sadece uzmanlık bilgisinin değerlendirilmesi konusundaki eksikliklerle sınırlı kalmamıştır. Bahsedilen listelerin kimi zaman Kanunun öngördüğü aslî ilkelere de açıkça aykırı bir şekilde düzenlenebildiğini görmekteyiz. Nitekim adlî yargı adalet komisyonları nezdinde düzenlenen listelere, avukatlar, hukuk fakültesi öğretim görevlileri ve benzeri meslek mensupları, hukukçu bilirkişi sıfatıyla kaydedilegelmiştir[1024]. Sonuç olarak, bilirkişi listelerine hukukçukların da kaydediliyor oluşu, kanımızca hukukî konularda bilirkişiliğin ve hukukçu bilirkişilerin normalizasyonuna hizmet etmiştir.

Ancak ne olursa olsun, bir kez daha belirtmek uygun olur ki, bu hususlar liste usûlünün bizatihi kendisinden değil, bu konuda gerekli mekanizmaların

---

[1020] Bu konuda "…*kanunun gerekçesinde neden böyle bir liste yapıldığı ifade ediliyor… Bilirkişilerin önceden bir elemeden geçirilerek atanmalarına olanak sağlanmış bulunmaktadır. Maalesef bu konuda… değişen bir şey yok. Eskiden mahkemelerin 'kadrolu' bilirkişileri olan kişiler bilirkişi listelerine girmiş durumda…"* bkz. Özbek (2009), s. 103.

[1021] Aşçıoğlu (2010), s. 257, 258.

[1022] Aşçıoğlu (2010), s. 258.

[1023] Özbek (2009), s. 103; Aşçıoğlu (2010), s. 258.

[1024] Bkz. Aşçıoğlu (2009), s. 21; Aşçıoğlu (2010), s. 259. Diğer taraftan hukukî konuların listede birer uzmanlık dalı olarak yer alması şeklinde tezahür eden uygulamayı, Yargıtay'ın belli hukukî konularda bilirkişi incelemesine gidilmesi konusundaki yaklaşımından da aslında bağımsız görmemek gerektiği kanısındayız (bu konuda bkz. yuk. *Birinci Bölüm, 2.3.2.2*).

oluşturulamamasından kaynaklanmaktadır[1025]. Zira, Hukuk Muhakemeleri Kanunu önceki dönemde bilhassa meslek kuruluşları nezdinde bilirkişiliğe ilişkin olarak ortaya konulan çabalar, uzmanlık kateogilerinin meydana konulmasında, uzmanların belirlenmesinde, bunların değerlendirilmesinde getirilen ölçütler, ilgili teknik konulardaki bilirkişilik faaliyetlerinin niteliğinde son derece olumlu etkiler yaratmıştır[1026]. Ancak yine de, bu konuda bir genelliğin ve yeknesaklığın sağlanabilmesi için Hukuk Muhakemeleri Kanununu beklemek gerekmiştir.

Elbette bu sıkıntılar karşısında, olması gereken, listelere kaydolma usûlündeki takdir yetkisinin, sıkı bir takım kurallara bağlanması ve bu şekilde keyfiliğin önüne geçilmesidir. Nihayet bilirkişinin seçilmesi usûlü bakımından Bilirkişi Yönetmeliğine ulaştığımız vakit, bu konu hakkında şimdilik ifade edebileceğimiz husus, ilk defa tüm hukuk mahkemeleri tarafından uygulanması öngörülen, bilirkişi seçimine ilişkin genel, yeknesak bir liste usûlünün hedeflenmiş olmasıdır[1027].

3.3.3. Liste usûlünün sağladığı avantajlar

Liste usûlünün sağladığı avantaj ve faydalar kanımızca genel hatlarıyla, bilirkişinin sahip olduğu uzmanlık yahut tecrübe bilgisinin önceden doğrulanması; mahkemeler tarafından yararlanılacak olan uzmanlık bilgisinin standardizasyonunun sağlanması ve nihayet uzmanlık dalları arasında gerçekleştirilecek olan bir ayrıma katkı sağlanması biçiminde ifade edilebilir:

- *Bilirkişinin sahip olduğu uzmanlık bilgisi veya tecrübenin doğrulanması:* Hukuk Muhakemeleri Kanununun 266. maddesi, çözümü özel veya teknik bilgiyi gerektiren hâllerde hâkimin bilirkişi görüşüne başvuracağını düzenlemektedir. Hâkim hukukî konuda bilgi sahibiyken, bilirkişi olarak tayin edilen kimsenin hâkimi aydınlatabilmek için bir bilimsel, teknik veya bu sayılanlar arasında yer almamakla

[1025] Aksi yönde bkz. ve karş. Aşçıoğlu (2010), s. 261. Yazar liste usûlünden bir fayda beklemenin "*olanaksız"* olduğu görüşünü dile getirmektedir.

[1026] Eğitim faaliyetinin önemi ve bu konuda TMMOB'un yerine getirdiği işlev konusunda bkz. aşa. *İkinci Bölüm, 3.4.6.*

[1027] Yönetmelik, ikisi (m. 18 ve 19) yürürlük hükümleri olmak üzere, toplam on dokuz maddeden oluşmaktadır. Diğer taraftan, bilirkişi listelerinin bölge adliye mahkemeleri nezdinde tutulmasının öngörülmüş olması (bkz. m. 2) ve fakat istinaf kanun yolunun henüz yürürlüğe girmemiş olması nedeniyle, söz konusu mahkemeler fiilen göreve başlayana kadar listelerin ilk derece yargı çevreleri adlî yargı adalet komisyonlarında tutulacağına, öte yandan Yönetmeliğe uygun listelerin ne zamandan itibaren tutulacağını ve önceki bilirkişi listelerinin akıbetini düzenleyen üç de geçici madde bulunmaktadır.

birlikte "özel" bilgiye sahip olduğu kabul edilmektedir. Ne var ki hâkimin kendisine yabancı olan bir alanda, bilirkişinin uzmanlığını değerlendirmek konusunda yeterli donanıma sahip olduğunu söylemek pek de mümkün değildir[1028].

Bu çerçevede, listelerin aslında her şeyden önce hâkimlerin, uyuşmazlık konusu vakıa meselesi hakkında bilgi sahibi bir kimseyi bulmak hususunda işini kolaylaştırdığını ifade etmemiz mümkündür[1029]. Gerçekten de bu listelerin hâkimi ayrıca bir araştırma yapmaktan, yazışmada bulunmak yükünden kurtardığını, hatta bunun yargılama süresine ayrıca olumlu etkide bulunduğunu dahi söyleyebiliriz. Ancak buradaki esas mesele, sağlanan kolaylıktan ziyade şu hususta ibarettir. Uzman sıfatını taşıdığı iddiasında olan yahut bu niteliğe sahip olduğu varsayılan bir kimse, sahip olduğu bilgi nedeniyle bir bilirkişi listesine kayıt olduğu vakit, sahip olduğu tecrübeyi veya alınan eğitimi (örneğin diplomayı) da doğrulamış olmaktadır.

İşte bilirkişinin bir listeye kayıtlı olması, burada hâkime bilirkişi bakımından, onun bilgisi bakımından bir tür *güvenilirlik karinesi* sağlamaktadır[1030]: Hâkim böyle bir durumda bilirkişinin özel, belli bir uzmanlık dalına dair bir bilgiyi elinde bulundurduğunu kabul edebilir. Diğer tarafan listeye kayıtlı olmakla ortaya çıkan bilgi karinesi, bilirkişinin kayıt olmayı isteyebilmesi için sahip olmak zorunda olduğu bilginin standardizasyonuna dayanmaktadır[1031].

- *Uzmanlık bilgisinin standardizasyonunun sağlanması:* Bilirkişi listeleri bilgilerin standardizasyonuna, bir başka söyleyişle aranan bilginin objektif şekilde belli, yeknesak bir takım nitelikleri taşımasına da katkıda bulunmaktadır. Bilirkişi sıfatını elinde bulunduran kimsenin sahip bulunması gereken bilginin ölçüsü, listelere kaydın hangi koşullara bağlı olacağını belirleyen kamu otoritesi (nitekim Türk hukuku bakımından Adalet Bakanlığı) tarafından önceden değerlendirilmekte ve bu doğrultuda bir pozitif düzenleme vasıtasıyla belirlenmektedir. Örneğin, belirli bir konuda belli bir süre çalışmış olma yahut belli bir diploma sahibi olma, hatta o konuda lisansüstü

[1028] Ayrıca bkz. Leclerc (2005), n° 244, s. 199.
[1029] Nitekim bkz. Fransa'da listelerin resmî bir nitelik taşımadığı dönemde, bunların esas olarak bahsettiğimiz hususa hizmet ettiğine işaret eden Dumoulin (2007), s. 68, 69. Ayrıca bkz. Leclerc (2010), s. 313, 314. Öte yandan İsviçre hukuku bakımından meseleyi Fransız hukukuyla karşılaştırmalı olarak ele alan *Bettex* de, ilk olarak bu noktaya dikkat çekmektedir. Bkz. Bettex (2006), s. 104, 105. Türk hukuku bakımından benzer şekilde Yılmaz (2012), s. 1206.
[1030] Bkz. Leclerc (2005), n° 250, s. 202, 203. Sahip olunan bilgiyi garanti ettiği noktasında ayrıca bkz. Bettex (2006), s. 104.
[1031] Leclerc (2005), n° 250, s. 202, 203.

çalışmada bulunmuş olma buna örnek olarak gösterilebilir[1032]. Daha sonra bilirkişinin listelerde yer alması için yapılacak olan seçim yahut değerlendirme usûlüyle aranan bilginin varlığı sorgulanmaktadır. Sonuç olarak bu doğrultuda düzenlenmiş olan listeler, burada yer alan kimselere bilimsel ve etik bir meşruluk kazandırmaktadır[1033].

- *Uzmanlık dalları konusunda ayrımın gerçekleştirilmesi ve bilginin akreditasyonunun sağlanmasına katkı:* Doğrudan bilirkişinin bilgisinin önceden kontrolü ve bu bilginin standardizasyonunun yanında, hiç şüphe yok ki, listelerin düzenleniyor oluşu, belirli uzmanlık dalları arasında bir ayrımın gerçekleştirilmesine de hizmet etmektedir[1034]. Bu anlamda uzmanlık dalları kataloglarının ayrıntılı bir biçimde düzenlenmesi önem taşımaktadır. Zira, bu nev'iden ayrıntılı düzenlemelerin varlığı, özellikle uyuşmazlık konusu vakıa hakkında bilirkişi tayin edilirken, bu bilirkişinin doğru uzmanlık dalından tayin edilmesinin sağlanması açısından önemli bir işlev görmektedir[1035].

Bir uzmanlık dalının, düzenlenen uzmanlık kategorileri arasında yer alması o *bilginin* bir uzmanlık bilgisi olarak meşruiyeti bakımından da önem taşımaktadır. Her ne kadar bugün gelinen noktada, pek çok uzmanlık dalının böyle bir meşruiyete ihtiyaç duyduğundan bahsetmek yersiz olabilirse de[1036], bu durum, ilgili uzmanlık dalına ilişkin otoritelerce güvenilirliği hâlâ tartışılan bir bilginin, bir uzmanlık bilgisi olarak diğer uzmanlık kategorileri arasında yer al(a)mayacağı anlamına da gelmemektedir. Bu nedenle bahsedilen konuya, listelerin oluşturulması süreci bakımından da ayrıca değinilmesi gerektiği düşüncesindeyiz.

- *Bilirkişilik faaliyetinin ve bilirkişilerin denetimi:* Nihayet, genel (tüm bilirkişilik faaliyetleri bakımından kapsayıcı) bir liste usûlünün oluşturulması ile bu listelere kayıt ve yer almanın belli koşullara bağlanmasının sağladığı bir diğer fayda, faaliyetin ve bilirkişilerin denetim imkânının güçlendirilmesidir[1037].

[1032] Nitekim uzmanlık dalları arasındaki ayrım arttığı ve özel bir takım bilirkişilik türleri ortaya çıktığı müddetçe, gelişim tabiatıyla belli bir takım meslekî niteliklerin aranması yönünde olmuştur. Karşılaştırmalı bir bakış için bkz. Terré (1969), n° 4 – 6, s. 36, 37.

[1033] Leclerc (2005), n° 252, s. 205.

[1034] Leclerc (2005), n° 253, s. 205.

[1035] Nitekim bkz. aşa. *İkinci Bölüm, 3.4.1.1.*

[1036] Bkz. O. Leclerc (2010). Bilirkişiliğe ilişkin reformlar, sınırlı gelişmeler ve kaçırılan fırsatlar. *Prof. Dr. Bilge Umar Armağanı (Çev. B. Toraman). DEÜHFD, Özel Sayı.* 2009, C. 11, ss. 309 – 324, s. 313.

[1037] Ayrıca bkz. Yılmaz (2012), s. 1206. Nitekim yazar, liste usûlünün bilirkişilerin disiplin altına alınması ve faaliyetlerinin takip edilmesi bağlamındaki faydasına dikkat çekmektedir.

3.3.4. Liste usûlüne yönelik eleştiriler ve bu eleştirilerin değerlendirilmesi

Bu noktada, liste usûlü etrafında dönen tartışmalar hakkında bilgi vermek ve bazı değerlendirmelerde bulunmak arzusundayız. Bu usûl Kıta Avrupası hukukuna dâhil olan çeşitli sistemlerde uygulanıyor olmakla birlikte, bazı eleştirilerin de odak noktasını oluşturabilmektedir:

Nitekim ilk ve asıl eleştiri, liste usûlünün hâkimin bilirkişinin seçimi konusundaki takdir yetkisine bir kısıtlama getirdiği noktasındadır. Bu eleştirilerin esas itibariyle resmî bir liste uygulamasının bulunmadığı ülke hukuklarından geldiğini görüyoruz[1038]. Türk hukukunda ise, özellikle *Umar,* bu konuda bir adım daha ileri gitmekte ve liste usûlünün hâkimin bağımsızlığı ve delilleri serbestçe takdir yetkisi ile bağdaşmayacağı görüşünü dile getirmektedir[1039]. Bu iki temel eleştiriye karşı yaklaşımımızı ayrı ayrı dile getirmek istiyoruz:

İlk eleştiri bakımından gerçekten de, liste usûlü hâkimin bilirkişi konusundaki seçimini kolaylaştırsa da, buna belli bir sınırlama getirdiği tartışmasızdır[1040]. Ne var ki, kanımızca düşünülmesi gereken aslî mesele, burada gerçek anlamıyla bir sınırlandırmadan bahsedilebilip bahsedilemeyeceğidir. Sorulması gereken soru, listeye kayıtlı ve konu hakkında uzmanlık bilgisine sahip oldukları önceden belirlenmiş kimseler varken, hâkimin bu liste dışından, sahip olduğu hangi *"uzmanlık bilgisi"* vasıtasıyla "iyi" bir bilirkişiyi bulabileceğidir.

Nitekim, yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, hâkim bu uzmanlığın olup olmadığını hangi ölçütlere göre değerlendirecektir? Bu soru yanıtlanırken, 1086 sayılı Kanun dönemine ilişkin açıklamalarımızda dile getirmiş olduğumuz üzere, Yargıtay'ın konuya ilişkin vermiş olduğu çok fazla sayıdaki kararıyla hâkimlerin uyuşmazlık konusu vakıa bakımından uygun bir bilirkişi seçmemiş olmalarını bir bozma sebebi addettiğini göz önünde tutmak gerekir. Ancak burada dahi Yargıtay, çoğu kez sağlıklı bir ölçüt koyamamakta, muğlak, genel geçer ifadelere yer vermektedir[1041].

[1038] Örneğin İsviçre hukuku bakımından bkz. B. Lachenal (2009). L'expertise en droit suisse. *Les experts: Auxiliares ou substitutes du juge? Colloque du 5 décembre 2008.* Paris: Société de législation comparé, ss. 91 – 105, s. 101.

[1039] Umar (2011), s. 763. Ayrıca bkz. Aşçıoğlu (2010), s. 256. Hatta yazar aynı yerde, bu yaklaşımın hâkim kimliğini zayıflatacağı ve *memurlaşan* bir hâkim kimliğinin yargıya egemen olacağı iddiasında bulunmaktadır.

[1040] Terré (1969), n^{o} 7, s. 37.

[1041] Bkz. yuk. *İkinci Bölüm, 3.2.*

Ancak burada meseleye salt bu tercih ekseninde siyah veya beyaz şeklinde bakılamayacağını ifade etmek zorundayız. Zira bir kez daha altını çizmek isteriz ki, bilirkişinin bir listeden seçiliyor oluşu, ona tek başına bilgi açısından güvenilirlik vermez. Bu, *seçim*, *kayıt*, *formasyon* (*bilginin devamlılığı*) ve *denetimin* bir arada bulunmasıyla sağlanabilecek, kümülatif koşulların varlığına bağlı olan bir hususture[1042].

İkinci temel eleştiri bakımından ise, yaklaşımımız konusunda herhangi bir çekincemiz bulunmamaktadır. *Umar* tarafından ileri sürülen her iki argümanın da liste usûlüyle ilgili olmadığını düşünüyoruz. *Umar*, ayrıca açıklamada bulunmamakla birlikte, kullandığı ifadeden anlaşıldığı ölçüde, listenin hazırlanmasının Adalet Bakanlığının tasarrufunda olacağını dile getirmektedir[1043]. Oysa, listeye kayıt ve bilirkişinin bu listede devamlılığı konusunda söz sahibi olan iki merci, adalet komisyonları ve mahkemelerdir[1044]. Dolayısıyla yürütmenin doğrudan bir müdahalesinin olduğu söylenemez. Bakanlığın fonksiyonu ise, bir Yönetmelik hazırlamak ve bilirkişi sicilini muhafaza etmekten ibarettir. Yine konunun hâkimin delilleri serbestçe takdir etmesiyle de doğrudan bir ilgisi olmadığı kanaatindeyiz. Zira, listeye bir bilirkişinin kayıtlı olması ve bu bilirkişiler arasından bilirkişinin seçilmesi, sağlanacak görüşün mahkeme tarafından kabul edileceği anlamına gelmediği gibi, hâkimin kayıtlı bilirkişinin görevi yerine getirmek konusunda yeterli donanıma sahip olmadığı kanaatinde olması ve listede aynı uzmanlık dalına ilişkin bir başka bilirkişinin de bulunmaması hâlinde, gerekçesini göstermek koşuluyla liste dışından bir bilirkişi tayin etmesi pekâlâ mümkündür (bkz. m. 268, f. 1). Ayrıca bilirkişi tarafından sunulan görüşün, nihaî olarak, hem takdiri delil olarak kabulü hem de delillerin takdiri çerçevesinde, hâkimi mutlak anlamda bağlamadığı da açıktır.

Bu aslî eleştirilerin yanı sıra, Türk hukukunda diğer bazı yazarlarca dile getirilen bir başka görüş, liste usûlünün bilirkişi incelemesine bir *"taraf delili"* olma özelliğinin tanınmaması anlamına geldiği yönündedir[1045]. Bir kere şunu ifade etmek gerekir ki, ortada bir liste usûlü olsun olmasın, bilirkişi incelemesinin bir *taraf delili* olmak gibi bir

[1042] Özellikle bkz. aşa. *İkinci Bölüm, 3.4.*
[1043] Bkz. Umar (2011), s. 763.
[1044] Bkz. HMK Bilirkişilik Yönetmeliği m. 5 vd. Ayrıca bkz. Aşa. 4.3.2.3 ve 4.3.3'de yer alan açıklamalar.
[1045] Alangoya, Yıldırım ve Deren-Yıldırım (2006), s. 144, 145.

fonksiyonu yoktur[1046]. Kanımızca taraf delili ifadesiyle murat edilmesi gereken, ileri sürülen vakıaların dayanağı olarak, vakıa iddiasını ileri süren tarafın uhdesinde yahut karşı tarafın elinde bulunan belgeler veyahut tanık beyanı ve hatta yemindir. Diğer yandan Kıta Avrupa'sı ve dolayısıyla Türk hukuku açısından delil olma vasfı tartışmalı olsa da[1047], burada taraf delili addedilebilip tartışılabilecek yegâne bilirkişilik faaliyeti ise taraf bilirkişiliği, Türk hukukundaki ifadesiyle, uzman görüşüdür. Son olarak, şayet yazarların kastettiği bilirkişinin taraflarca seçilmesi ise, bir liste usûlü dâhilinde bilirkişinin taraflarca tayin edilmesi imkânının ortadan kaldırılması, liste usûlünün olmazsa olmazı değildir. Burada esas mesele, bilirkişinin bir ön seçime, elemeye tâbi tutulan uzmanlar arasında tayin edilmesinin sağlanmasıdır.

Nihayet, yukarıda tespit edebilmiş olup da aktardığımız hususlar dışında, bir liste usûlünün söz konusu olmadığı İsviçre hukukunda da liste usûlüne yaklaşımın genellikle olumlu yönde olduğunu görmekteyiz. Nitekim bu hukuk sistemi bakımından, bilirkişi listelerinin genel olarak bilirkişilik faaliyetinde yaşanan sıkıntıların aşılması bakımından fayda sağlayabileceği kimi yazarlarca yakın tarihli çalışmalarda dile getirilmektedir[1048]. Bu yazarlardan *Bettex,* mekanizmanın bilirkişi üzerinde, gerek motive edici gerek zorlayıcı etkisine dikkat çekmekte ve liste usûlünün etkili olacağını ifade etmektedir[1049]. Bir diğer yazar, *Piguet,* meseleyi yukarıda da işaret ettiğimiz gibi, bilirkişilerin eğitimi ve sertifikalandırılmasıyla birlikte bir seçenek olarak ele almaktadır[1050]. Son olarak yine resmî bir liste usûlünün söz konusu olmadığı bir diğer sistem olan Belçika hukukunda da, 2007 yılında yapılan değişiklikler sırasında resmî bir liste usûlünün düzenlenmiş olmamasının bir eksiklik olduğu çeşitli yazarlarca dile getirilmekte olan bir hususdur[1051].

[1046] Nitekim bilirkişi incelemesinin ispat araçları arasındaki yeri ve bu itibarla niteliği bağlamında bkz. yuk. *Birinci Bölüm, 1.3.3.* ve orada yer alan açıklamalar.

[1047] Bkz. aşa. Üçüncü Bölüm, 2.3.

[1048] Genel olarak bkz. Bettex (2006), s. 104, 105; J. O. Piguet (2011). Le choix de l'expert et sa récusation: le cas particulier des assurances sociales. *Responsabilité et assurances REAS,* ss. 127 – 138, s. 137, 138. Ayrıca bkz. P. D. Jaffé (2008). Wanted: experts psycho-judiciaires professionnelles. *RSC/2,* ss. 41 – 43, s. 43.

[1049] Bettex (2006), s. 105.

[1050] Piguet (2011), s. 137. Nihayet İsviçre hukuku bakımından dile getirilen bir başka husus gerek çeşitli meslek kuruluşları gerek hâkimlerin liste usûlüne geçilmesine taraftar oldukları yönündedir (bkz. Bettex (2006), s. 105 (V. Rüegg. Expertisen vor Gericht: Meister Zufalt führt Regie. *Plädoyer, 92/5,* ss. 31 – 33, s. 31'e atıfla); Piguet (2011), s. 137 ve aynı yer dn. 123).

[1051] Örneğin bkz. Boularbah (2007), n^{o} 34 s. 28. Nitekim yine bu hukuk sistemi bakımından bir liste usûlünün yokluğu karşısında, dava konusu uyuşmazlık bakımından bilirkişinin uzmanlık veya usûlî bilgisinin garantisinin sağlanamayacağı ayrıca dile getirilmektedir. Bkz. M. Binard ve F. De Geradon (2007). Le déroulement de l'expertise: le point de vue de l'expert. *Le nouveau droit de l'expertise judiciaire en pratique (Dir: H. Boularbah)*. Bruxelles: Larcier, ss. 101 – 107, n^{o} 3, s. 102.

Liste usûlünün olumlu taraflarına karşın, burada son bir kez daha ifade etmemiz gereken husus, tek başına listelerin düzenlenmesinin, diğer önemli hususların yokluğu hâlinde, kanımızca ne "ideal" bilirkişi profilinin oluşmasını sağlayabileceği, ne de bilirkişilik faaliyetini arzu edilen şekilde disipline edeceğidir. Ancak bu koşullar, liste usûlünü kimi yazarların ifade ettiği gibi[1052] tek başına olumsuzlamak adına yeterli bir gerekçe olarak kabul edilemez. Özellikle bilirkişinin seçimi bakımından aranan koşullar bağlamında meseleyi aşağıda Türk hukuku çerçevesinde ayrıca değerlendirmeye çalışacağız. Ancak şu da bir gerçektir ki, gerekli esneklikler de sağlanarak, iyi ve amacına uygun işletildiğinde liste usûlü, listesiz usûlden daha iyi sonuç verebilecektir.

3.4. Bilirkişinin Seçimi (Bir Listeye Kaydedilmesi)

3.4.1. Genel olarak uzmanlık dalları kataloglarının düzenlenmesi ile başvuruların değerlendirilmesi ve listelerin düzenlenmesinde yetkili mercii

3.4.1.1. Uzmanlık dalları kataloglarının düzenlenmesi

Hâkim bir listeden seçim yapmakla bağlı tutulduğuna göre, bu listenin ne şekilde oluşturulacağının keyfilikten uzak ölçütler çerçevesinde ele alınması gerekmektedir. Bununla birlikte bilirkişinin sahip olduğu uzmanlık bilgisinin değerlendirilmesinden önce, kanımızca aslında ilk olarak tartışılması gereken konu, neyin bir uzmanlık dalı olarak belirleneceği ve buna ilişkin katalogta ne şekilde yer alacağı meselesidir. Bu bakımdan katalogların oluşturulması, bilirkişi listeleri bakımından hasssas bir konudur.

Gerçekten de bir uzmanlık dalı, bilirkişi listesi için hazırlanan kataloglar arasında kendisine yer bulduğu takdirde, bu uzmanlık hakkındaki bilgi bakımından da bir ön kabul oluşmaktadır. Bu itibarla burada söz konusu olan, tam da bilginin kendisinin güvenilir olup olmadığına ilişkin bir mesele olup, bilirkişi tarafından sağlanan bilginin güvenilirliğinin, onun görüşünü sunmasından sonra tartışılmasından farklı bir mesele teşkil etmektedir[1053]. Bu mesele, Fransız hukuku bakımından gündeme getirilmiş, bilirkişiliğe ilişkin bir yüksek kamu otoritesinin tesis edilmiş olmasının buna ilişkin bir

[1052] Bkz. Aşçıoğlu (2010), s. 261.
[1053] Nitekim bkz. Leclerc (2005), n° 283, s. 226.

çözüm oluşturabileceği görüşü ifade edilmiştir[1054]. Benzer bir tartışmanın, bilirkişi listelerinin resmî olarak oluşturulmasının henüz yeni bir geçmişe sahip olduğu Türk hukuku bakımından gündeme getirilmemiş olmasını tabii görmek gerekir. Ne var ki istikrar kesbeden alanlar bakımından değil, ancak yeniliğe açık bazı disiplinler bakımından konunun hassas bir görünüm arz ettiği düşüncesindeyiz. Nitekim bilginin güvenilirliği, o uzmanlık bilgisinin ulaştığı seviye açısından tartışma konusu edilebilecek bir husustur. Bu mesele, bilimsel gerçek ile yargısal gerçek arasındaki ilişkiyle ilgilidir.

Örneğin, tıbbî bilirkişilikler bakımından bunun ilgi çekici bir örneğine geçtiğimiz Yüzyılda rastlamaktayız. 1960'lı yılların sonunda, gen incelemesinin henüz kullanılmadığı dönemde, ilk derece mahkemesi tarafından yaptırılan kan incelemesi neticesinde bir babalık davası hakkında karara varılmış; somut uyuşmazlık bakımından gen incelemesi imkânının doğması karşısında kesinleşen karar aleyhine yargılamanın yenilenmesi başvurusunda bulunulmuştur. Ancak Yargıtay 2. Hukuk Dairesi konuya ilişkin verdiği kararda, yeni bir bilimsel keşfin, HUMK m. 445 hükmü bağlamında bir yargılamanın yenilenmesi nedeni oluşturmayacağını ifade edebilmiştir. Meseleyi değerlendiren yazarlar, bu somut kararın yargısal gerçeğin bilimsel gerçeklikten uzaklaşmasına yol açtığı konusunda hem fikirdir[1055]. Bizi şu an için ilgilendiren yönüyle ilgili olarak ise konu, uzmanlık dalları kataloglarının oluşturulmasında bilimsel gelişmelerin yakından takip edilmesi gerekliliği karşısında göz önünde tutmaya değer bir örnektir.

Bununla birlikte, uzmanlık dalları konusunda farklı katalogların oluşturulması da, kendisine özgü bir takım sorunları doğurma potansiyelini barındırmaktadır. Bir kere ne olursa olsun, uyuşmazlık konusu vakıanın teknik bakımdan bahsedilen uzmanlık dalları arasından hangisine dâhil olduğunu, hâkimin kendisinin belirlemesi gerekmektedir. Ne var ki, uyuşmazlık konusu vakıa hakkında tayin edeceği bilirkişiyi yargı çevresindeki bir listeden seçmek durumunda olan hâkim, uzmanlık dalları arasındaki ayrımı gözetmek, yani vakıanın teknik bakımdan uzmanlık dallarından hangisine dâhil

[1054] Leclerc (2010), s. 315. Nitekim bu doğrultuda bir Kanun önerisi Fransız Senatosuna sunulmuş, ne var ki kadük olumuştur. Bkz. Leclerc (2010), s. 315, dn. 12.

[1055] 2. HD, 24.3.1969, 6478/1561, *ABD,* 1969/3, ss. 563 – 564. Karar ve içeriği hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. H. Konuralp (2008). *Medenî usûl hukukunda ispat kurallarının zorlanan sınırları (2. Bası).* Ankara: Yetkin, s. 108 vd. Bu kararın eleştirisi için ayrıca bkz. R. Arslan (1977), *Medenî usûl hukukunda yargılamanın yenilenmesi (İade-i muhakeme).* Ankara: Turhan, s. 81, 82. Ayrıca bkz. Üstündağ (2000), s. 916.

olduğunu belirlemek gereğiyle karşı karşıya kalmaktadır[1056]. Bu durum da listelerin, teknik konuda bilgi sahibi olmayan hâkim açısından, olabildiğince genel ve kapsayıcı bir şekilde düzenlenmesini gerekli kılmaktadır[1057].

Buna karşılık, Türk hukukunda HMK Bilirkişi Yönetmeliğine baktığımızda, bu dallara ilişkin tüm ülke çapında uygulanacak genel bir uzmanlık dalları tablosunun bulunmadığını görüyoruz. Bunun yerine listeyi hazırlayacak olan adlî yargı adalet komisyonunun, gerek başvurulardan gerek mahkemelerden sağlanan bilgi ve istekler neticesinde, uzmanlık listesini oluşturacağı öngörülmektedir (bkz. HMK Bilirkişi Yönetmeliği m. 5). Bu durumda uzmanlık dalları listesi bir yargı çevresinden diğerine farklılık arz ede(bile)cektir. Dikkat edilirse, hangi konuların uzmanlık dalı addedileceği adalet komisyonlarının inisiyatifine bırakılmış durumdadır. Gerçekten de, HMK Bilirkişi Yönetmeliğinin 5. maddesinin ikinci fıkrası, Komisyonun, biraz evvel saydığımız hususların yanı sıra, aynı zamanda baro ve diğer meslek kuruluşlarından, Türkiye İstatistik Kurumu ve diğer kurum ve kuruluşlar ile UYAP Bilirkişi Bilgi Sisteminin verilerinden yararlanacağını, bu vesileyle uzmanlık alanı türlerinde birliktelik sağlanacağını belirtmiştir.

Buradaki mesele, komisyonun her sene bu verileri yeniden bağımsız olarak yerel ölçekte değerlendirmesinin mi, yoksa daha genel bir uzmanlık dalları kataloğunun oluşturulmasının mı uygun olduğu noktasındadır. Adlî yargı adalet komisyonu, bahsedilen kurum ve kuruluşlardan bir görüş almakla bağlı kılınmış olsa da ilgili kurum ve kuruluşların katkısının, bu mekanizma dâhilinde tali olduğu kanaatindeyiz. Özellikle yukarıdaki açıklamalarımız çerçevesinde, olması gereken hukuk bakımından, farklı ve daha kapsayıcı bir yaklaşımın benimsenmesi bize daha doğru gözükmektedir.

Nitekim bu gerekliliklere uygunluğun sağlanması için Türk hukuku bakımından, kanımızca tüm ülke çapında geçerli, Adalet Bakanlığı ile ilgili meslekî ve bilimsel kuruluşların biraraya gelerek bir komisyon oluşturmak suretiyle bahsedilen katalogların ihdas edilmesi gerekmektedir.

Bu konuda farklı ülkeler, farklı tercihlerde bulunmaktadır. Ancak ne olursa olsun, mevcut yaklaşımların daha kapsayıcı olduğunu görebiliyoruz. Bu konuda özellikle Fransız hukuku çok geniş ve ayrıntılı bir uzmanlık dalları kataloğuna yer vermeyi tercih

[1056] Bkz. G. Dalbignat-Deharo (2004). *Vérité scientifique et vérité judiciaire en droit privé.* Paris: L.G.D.J., n° 441, s. 333.
[1057] Bkz. Dalbignat-Deharo (2004), n° 441, s. 333.

etmiştir[1058]. Aslında Fransız hukuku, liste usûlüne 1971 yılından beri resmî bir nitelik kazandırmış olsa da, listeler bakımından söz konusu olan katalogların yeknesak bir görünüm kazanması, kabul edilen uzmanlık dallarının çeşitliliğine rağmen[1059], çok eski bir geçmişe sahip değildir. Bu konuda 2002 yılında söz konusu olan reformlara ve nihayet 23 Aralık 2004 tarihli Kararnameye kadar, her istinaf mahkemesinin bizatihi kendisi, bunun yanı sıra ulusal listede yer alacak uzmanlık dalları kataloğu ise, Fransız Temyiz Mahkemesi tarafından belirlenmektedir. Bunun sonucu aslında Türk hukuku açısından yukarıda mevcut durum bağlamında ifade ettiklerimizden farklı olmamıştır[1060].

Ne olursa olsun, HMK Bilirkişi Yönetmeliği, hukukî konularda bilirkişi incelemesine başvurunun önüne geçebilmek adına, ciddî bir düzenlemeye yer vermektedir. Nitekim zikredilen Yönetmeliğin 5. maddesinin son fıkrası uyarınca, *yabancı hukuk, örf – adet hukuku, yürürlükten kalkmış hukuk alanları* haricinde, hukukî bir uzmanlık alanına listede yer verilmesi yasaklanmıştır. Bu madde, listelerin oluşturulmasında kanımızca son derece önemlidir. Diğer taraftan her şeye rağmen bu noktada göz ardı edilmemesi gereken bir diğer hüküm, Hukuk Muhakemeleri Kanununun 268. maddesinin birinci fıkrasının son cümlesidir. Bu cümle, listede (ve diğer bir yargı çevresi nezdindeki listede) ilgili uzmalık dalından bir bilirkişinin bulunmaması hâlinde, hâkime liste dışından bir kimseyi bilirkişi olarak tayin etme

---

[1058] Genel olarak bkz. Rousseau ve De Fontbressin (2008), s. 86; Leclerc (2005), n° 283, s. 226 vd. Diğer taraftan katalogların düzenlenmesi konusunda İtalyan ve Alman hukuklarında da ilgi çekici bir takım noktalar bulunmaktadır. Konuya yaklaşımımız yani uzmanlık dalları kataloglarının önceden bir komisyon vasıtasıyla belirlenmesi yönündeki görüşümüz çerçevesinde ayrıca ele almış olmamakla birlikte bunlardan da kısaca bahsetmenin uygun olduğu düşüncesindeyiz. Örneğin İtalyan hukukunda, Medenî Usûl Kanununun Uygulanmasına İlişkin Kuralların (*Dispsizioni di attuazione del C.P.C*) 13. maddesi, aynı zamanda uzmanlık dallarına ilişkin katalogların bir listesini vermektedir. Buna göre kataloglar en azından *Tıbbi – cerrahi; endüstri; ticari; zırai; bankacılık* ve *sigorta* başlıklarını içermek zorundadır. Ancak bu üst başlıklar son derece geniş olup, esasen birbirinden kolayca ayırt edilemeyecek bazı uzmanlık dallarını bir araya getirebilmektedir (bkz. Pinchon ve Millo (2002), n° 831, s. 407). Bu nedenle İtalyan hukukunu bu anlamda ayırt edici bir örnek addedemiyoruz. Alman hukukunda ise, listelerin hazırlanmasında Türk hukukundan farklı olarak, sanayi ve ticaret odaları yetkilendirilmektedir. Ancak bu sistem bakımından da kapsayıcılık itibariyle önemli olan husus, eyaletlerin, uzmanlık dallarına ilişkin olarak kararname çıkarmaya yetkili kılınmış olmalarıdır (Kretzschmar (2000), s. 178; Pinchon ve Millo (2002), n° 40, s. 20).

[1059] Örneğin Temyiz Mahkemesi nezdinde tutulan ulusal liste bakımından söz konusu katalogta, 2002 yılı için 254 uzmanlık dalı yer almaktadır (Leclerc (2005), n° 287, s. 228).

[1060] Gerçekten de, her istinaf mahkemesi nezdinde ayrı bir liste tutulması karşısında, belli bazı konular (ziraî, tıbbî, malî ve benzeri) hemen her mahkemenin listesinde varken, kimi listelerde yer alan konular, başka bir istinaf mahkemesinin listesinde bulunmayabilmektedir. Burada listeler yargı çevresinde mevcut ihtiyaca göre biçimlendirilegelmiştir (bkz. Leclerc (2005), n° 286, s. 227 ve dn. 133).

imkânını tanımaktadır. Bu hükmün hâkimler tarafından, listeye kaydedilemeyen bir hukukçu bilirkişiyi tayin etmenin aracı olarak kullanılmaması gerekmektedir

Buna karşılık, uyuşmazlık konusu vakıa bakımından söz konusu olan uzmanlık dalının listede karşılığı yoksa ne yapılması gerekir? Burada ilk etapta Hukuk Muhakemeleri Kanununun 268. maddesinin birinci fıkrasında ifade olunduğu üzere, aynen ilgili uzmanlık dalında bir bilirkişi bulunmaması ihtimali bakımından geçerli olduğu gibi, kanımızca önce bir başka yargı çevresi nezdinde tutulan listede, bu uzmanlık dalına yer verilip verilmediğinin araştırılması, şayet yok ise, dışarıdan, örneğin vakıa meselesi bilimsel içerikteyse, bir üniversitenin ilgili bölümüne, mesleki bir teknik bilgiye ilişkinse, ilgili meslek kuruluşuna başvurulması gerekir[1061].

Uzmanlık dallarının oluşturulması bağlamında, özellikle dikkat çeken bir husus, *Kamulaştırma Kanunu gereği tutulan listelerin* durumudur. Nitekim, zikredilen Kanun gereği düzenlenen bilirkişi listeleri hâlen varlığını sürdürmektedir[1062]. Her ne kadar Hukuk Muhakemeleri Kanununun 268. maddesinin birinci fıkrasında bilirkişi listelerinin adlî yargı adalet komisyonları nezdinde tutulacağı ifade edilmekteyse de, zikredilen maddenin ikinci fıkrasındaki düzenlemenin kamulaştırma bilirkişilerini de kapsamına aldığını kabul etmek gerekir düşüncesindeyiz.

Bununla birlikte kamulaştırma bilirkişilerinin seçimine ilişkin usûl, aşağıda ayrıca değerlendireceğimiz bilirkişilerin seçimine ilişkin usûlden önemli bir takım farklılıkları barındırmaktadır. Gerçekten de, seçim konusunu düzenleyen Kamulaştırma Kanununun 15. maddesi hükmünde ve söz konusu madde gereği hazırlanan Yönetmelik itibariyle bu seçimin ne şekilde gerçekleştirileceğinin hassas bir şekilde ele alındığını söylememiz mümkündür.

Yukarıda zikrettiğimiz 15. maddenin ikinci fıkrasında bilirkişi listelerinin asliye hukuk mahkemelerine bildirilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Esasen burada olması gereken hukuk bakımından kamulaştırma bilirkişilerinin seçilmesi usûlünü, diğer

---

[1061] Nitekim İtalyan hukukunda da, uzmanlık dalları dışında kalan diğer alanlar için ticaret odaları nezdinde tutulan yerel listelere başvurulması gerekmektedir. Ancak özellikle İtalya'nın güneyi bakımından bu listelerin son derece yetersiz olduğu dile getirilmektedir. Örneğin bu listeler bakımından internetin ayrı bir uzmanlık dalını oluşturmaması buna karşılık radyo teknisyenliğinin hâlen listelerde yer alması gibi bir takım somut vakıalar ciddi eleştirilerin konusunu oluşturmaktadır (bkz. De Lucia (2009), s. 50).

[1062] Bu listelerin amacı, henüz Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu yürürlükteyken oluşturmakla amaçlanan kamulaştırma işlemleri neticesinda ortaya çıkan uyuşmazlıklar nedeniyle açılan davalarda bilirkişilikle ilgili olarak yaşanan sıkıntıların önüne geçmek olmuşturBu konudaki açıklamalar için bkz. Atalay (2001a), s. 182, 183.

bilirkişilerin seçimi usûlüyle aynı kılmak bize daha doğru bir yaklaşım olarak gözükmektedir. Bu görüşümüzün iki gerekçesi bulunmaktadır. Bunlardan ilki, bilirkişi listeleri bakımından bir genelliğin ve seçim usûlü bakımından yeknesaklığın sağlanmasıdır. Şayet buradaki sorun vakıa meselesinin teknik içeriğiyle ilgili ise, kamulaştırma davaları kadar, teknik bir içeriğe sahip pek çok uyuşmazlık türü bulunmaktadır. Bu nedenle her bir teknik konu için, ayrı, özel bir düzenlemeye kanımızca gerek bulunmamaktadır. Buna karşılık ikinci gerekçemiz bakımından, mesele şayet kamulaştırma davalarında yaşanan olası hak ihlâlleri ve kamunun zarara uğratılma ihtimalinin önüne geçmekse, burada da olması gereken, kamulaştırma bilirkişilerinin seçimi bakımından gösterilen hassasiyetin, diğer uyuşmazlık konuları bağlamında bilirkişilerin seçimi bakımından da gösterilmesidir. Bu yaklaşımın genel liste usûlünün uygulaması bakımından da olumlu etki yaratacağı kanısındayız.

3.4.1.2. Başvuruların değerlendirilmesi ve listelerin idaresinde yetkili merci

Bu konuda iki tercih bulunmaktadır. *Birinci yaklaşım*, listelerin ilk veya ikinci derece mahkemeler nezdinde, her halükârda, söz konusu mahkemenin yargı çevresiyle sınırlı olacak biçimde oluşturulmasıdır. *İkinci yaklaşım* ise, belli meslekî kuruluşlar tarafından oluşturulan listelerin mahkemelerin bilirkişi tayininde esas alınması yöntemidir[1063].

Esasen Türk hukukunun bakış açısı, söz konusu tercihlerden ilkine karşılık gelmektedir. Gerçekten de, başta Hukuk Muhakemeleri Kanununun 268. maddesinin birinci fıkrası esas alınmak üzere, bilirkişi listelerinin düzenlenmesi konusunda yetkili merci bölge adliye mahkemesi adli yargı adalet komisyonlarıdır (bkz. HMK Bilirkişi Yönetmeliği m. 5). Burada uzmanlık alanlarının belirlenmesinden farklı olarak, bilirkişi listelerinin oluşturulmasında, meslek kuruluşlarından görüş alınacağı öngörülmemiştir (bkz. ve karş. HMK Bilirkişi Yönetmeliği m. 5, f. 2). Öte yandan istinaf kanun yolunun fiilen yürürlüğe henüz girmemiş olmasından ötürü, bölge adliye mahkemeleri fiilen

[1063] Örneğin 1086 sayılı Kanun dönemindeki uygulamanın bir şekilde buna karşılık geldiğini ifade etmemiz mümkündür. Öte yandan bugün itibariyle hâlen Alman hukukunda söz konusu listeler meslekî kuruluşlar tarafından hazırlanmaktadır. Bu konuda yukarıda ayrıca açıklamalarda bulunmaya çalıştığımızdan burada tekrar üzerinde durmamaktayız. Nitekim bkz. yuk. *İkinci Bölüm, 3.3.2*.

görev yapmaya başlayana kadar bilirkişi listelerini oluşturmak, başvuruları değerlendirmek ve listelerin idaresi konusunda asli görevli olan, il adlî yargı adalet komisyonlarıdır (bkz. HMK Bilirkişi Yönetmeliği geçici m. 3).

Türk hukukunda bu yönüyle, yani bilirkişilerin bir yargı çevresi nezdindeki listelere kayıt olmalarının benimsenmiş olması nedeniyle, listelerin yerelliğinin benimsendiğini ifade edebilmekteyiz[1064].

3.4.2. Listelere kayıt için gerekli sübjektif koşullar

Sübjektif (öznel) koşullar ile murat ettiğimiz, bilirkişinin uzmanlık bilgisinin derecesi ve tecrübesinden bağımsız, vatandaşlık, yaş, cezaî yahut disipliner bir yaptırıma tâbi tutulmamış olmak gibi hususlardır. Bu koşulların varlığı veya yokluğu, bilirkişinin esas itibariyle uzmanlık bilgisine dair, yani objektif bir takım ölçütlerden önce aranmalıdır.

Sübjektif koşullara yaklaşım, tespit edebildiğimiz ölçüde, gerek Türk gerek çeşitli yabancı ülke hukuklarında benzer şekildedir. Bu itibarla esas olarak meseleyi, HMK Bilirkişi Yönetmeliğinin ilgili hükümleri çerçevesinde ele almaya çalışırken, bazı yaklaşım farklılıkları bulunduğu takdirde, bunlara da işaret etmekle yetinmek istiyoruz:

Vatandaşlık: Bilirkişinin Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olma zorunluluğu bulunmakta mıdır? Bu soruya Hukuk Muhakemeleri Kanunundan önceki dönemde, CMK'ya Göre İl Adli Yargı Adalet Komisyonlarınca Bilirkişi Listelerinin Düzenlenmesi Hakkında Yönetmeliğin 6. maddesinin birinci fıkrasının (a) ve TMMOB Bilirkişi Yönetmeliğinin 5. maddesinin (a) bentlerinde, olumlu yanıt verilmekteydi. Bu tercih, bilirkişinin seçiminde geçen yüzyıllardan kalan bir yaklaşıma karşılık gelmektedir. Gerçekten de, bir dönem özellikle Fransız hukuku bakımından söz konusu olan eğilim, bu yönde olmuştur[1065]. Buna karşılık İsviçre hukukunda genel olarak böyle bir yaklaşımın öngörülmemiş olduğunu görüyoruz. Nitekim, ne kantonal

[1064] Benzer bir durum, İtalyan hukuku bakımından da söz konusudur. Nitekim İtalyan Medenî Usûl Kanununun 61. maddesi hükmü gereğince (Medenî Usûl) Kanunun(un) Uygulanmasına İlişkin Kurallar itibariyle listeler, kural olarak mahkemeler nezdinde oluşturulan bir kurul tarafından tutulmaktadır. Listelerin idaresi, bilirkişiler üzerindeki gözetim faaliyeti ise mahkeme başkanı tarafından gerçekleştirilmektedir. Genel olarak bkz. Camelio (2009), s. 16; Pinchon ve Millo (2002), n° 835, s. 409.

[1065] Örneğin Fransız hukukunda 20. Yüzyılın ortalarına kadar söz konusu olan bu durum için bkz. Leclerc (2005), n° 248, s. 202 vd., n° 261, s. 210. Nitekim bu durum 1973 tarihli Kanunun yürürlüğe girmesiyle ortadan kalkmıştır (ayrıca bkz. aC.proc.civ., art. 306). Ayrıca bkz. Redon (2011), n° 68, s. 13.

düzenlemelerde ne Federal Medenî Usûl Kanununda, bu tür bir gerekliliğe yer verilmiştir[1066]. Ne olursa olsun, her iki sistem tarafından da dile getirilen husus, bilirkişilerin vatandaş olması noktasında öngörülen bir sınırlandırmanın güçlüklere yol açabileceği yönündedir[1067].

Nihayet, Hukuk Muhakemeleri Kanununun yürürlüğe girmesinden sonra hazırlanan Bilirkişilik Yönetmeliğinin listeye kabul şartlarına yer veren 7. maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti vatandaşlığı bir koşul olarak aranmadığı gibi, başvuru dilekçesine eklenen belgelerde de, yabancı uyruklu kimseler için pasaport ve çalışma izninin öngörülmüş olması karşısında, buradaki tercihin açıkça yabancıların da bilirkişilik yapabilmesi yönünde olduğunu söyleyebiliyoruz[1068].

Yaş ve ehliyet: Bir kimsenin reşit olup olmadığı, onun listeye kayıt olması bakımından önem taşımakta mıdır?[1069]. HMK Bilirkişi Yönetmeliği çerçevesinde bu konuda kural olarak bir tereddüt bulunmamaktadır. Zira Yönetmelik listeye kayıt talebinde bulunan kimsenin fiil ehliyetine sahip olmasını aramaktadır (bkz. HMK Bilirkişi Yönetmeliği, m. 7, f. 1, b. a). O hâlde herhangi bir nedenle kazai rüşt yoluyla fiil ehliyetine sahip olan bir kimsenin de (bkz. TMK m. 12), adlî yargı adalet komisyonuna listeye kayıt amacıyla başvurabileceğini kabul etmek gerekir. Zira Yönetmelik, bir diplomadan değil, meslekî deneyimden söz etmektedir.

Bununa birlikte burada tereddüt edilebilecek olan durum, listeye kayıtlı olsun olmasın, pratikte belli bir yaşın altında olan bir kimsenin, ne tür bir uzmanlığa sahip olduğundan bahsedilebileceğidir. Esas itibariyle bilişim ve benzeri alanlar istisna olmak üzere, kazai rüştle dahi olsa bu kimselerin bilirkişi olmak için gerekli koşulları taşıyabilmesi, bize fazla anlamlı gözükmemektedir[1070]. Fiil ehliyetinin aranması

[1066] Bkz. Bettex (2006), s. 101 ve aynı yer dn. 494, s. 102.

[1067] Bkz. Solus ve Perrot (1991), n° 901, s. 763, 764, dn. 2 ; Bettex (2006), s. 102. Yabancı bir kimsenin bilirkişi olarak tayin edilmesi, belki küçük bir ihtimal dâhilinde olsa da, belli bir vakıa bakımından uzmanlık bilgisine sahip bir vatandaşın bulunmaması her zaman mümkündür. Bkz. Bettex (2006), s. 102.

[1068] Buna karşı bir hâkim yardımcısı olan bilirkişinin, hâkim gibi Türk vatandaşı olmasının aranması gerektiği yönünde bir argüman ileri sürülebilirse de, bilirkişi ikincisinden farklı olarak bir hüküm değil, sadece bir görüş vermektedir. Diğer yandan özel ve teknik bilgi hukuk normlarından farklı olarak evrensel bir nitelik taşımaktadır. Nihayet bir bilirkişinin bağımsızlığı ve tarafsızlığı yahut diğer etik ilkelere uygun hareket edip etmediği de vatandaşlığa indirgenebilecek bir husus olmayıp, buna ilişkin oluşabilecek riskler, vatandaşlık bağıyla bağlı olan kimseler bakımından da her zaman mevcuttur.

[1069] Örneğin, 1086 sayılı Kanun döneminde, Yargıtayın 1954 yılında vermiş olduğu bir kararda yaş küçüklüğünün bilirkişi olarak görev yapmaya engel olduğu belirtilmektedir "*Yaşı müsait olmıyan bilirkişinin mücerret beyanıyla iktifa edilmesi yolsuzdur".* 6. HD, 5.1.1954 *(Esas ve karar numarası zikredilmemiştir)* (Nakleden Ansay (1957), s. 274).

[1070] Fransız hukuku bakımından bkz. ve karş. Redon (2011), n° 64, s. 12, 13.

karşısında, kısıtlıların da bu listeye kayıt taleplerinin kabul edilmemesi gerekir[1071]. Son olarak, fiil ehliyeti başvuru sahibinde bulunduğu sürece, bu konuda herhangi bir üst sınırın Kanunda veya Yönetmelikte öngörülmediğini görmekteyiz[1072].

Cezaî bir yaptırıma tâbi tutulmamış olmak: Bilirkişinin bir hâkim yardımcısı olması ve bu çerçevede adlî kamu hizmetine sahip olduğu özel ve teknik bilgi vasıtasıyla geçici olarak katkıda bulunması, diğer koşulların yanı sıra, hassasiyet arz etmesi nedeniyle belli bir suçtan hüküm giymemiş olmayı da gerektirmektedir. Türk hukukunda bu mesele de, HMK Bilirkişilik Yönetmeliğinin 7. maddesinin (c) bendinde açık bir şekilde sayılmak suretiyle ele alınmaktadır. Zikredilen bentte ilk olarak Devlete karşı işlenen suçlara; diğer yandan yüz kızartıcı bazı suç tiplerine ve nihayet, bilirkişi bakımından özel olarak Türk Ceza Kanununda da yer bulan bazı suçlara işaret edilmektedir[1073].

İdarî bir yaptırıma tâbi tutulmamış olmak: Cezaî bir yaptırım kadar, belli kimseler bakımından söz konusu olan idarî bir yaptırımın varlığı da bilirkişi sıfatıyla listeye kaydolmaya engel teşkil etmektedir. Türk hukuku bakımından bu meseleye HMK Bilirkişi Yönetmeliğinin 7. maddesinin (ç) ve listeden çıkartılma yaptırımını da bu çerçevede düşündüğümüzde, (d) bendinde işaret edildiğini görüyoruz.

[1071] Fransız hukuku bakımından bkz. Redon (2011), n° 65, s. 13. Bununla birlikte, bu durumun, sahip oldukları bilgi bakımından kaçınılmaz bir istisnaî durum karşısında, bu kimselerin bir listeye kayıt olamasalar dahi bilirkişi olarak tayin edilmelerine engel teşkil etmeyeceği düşüncesindeyiz.

[1072] Fransız hukuku ise, istinaf mahkemeleri nezdinde tutulan listeler bakımından başvuru sahibinin yetmiş yaşını aşmamış olmasını aramaktadır (Décret n° 2004-1463 du 23 décembre 2004, art. 2, 7°). Bununla birlikte bahsedilen kimselerin Temyiz Mahkemesi nezdinde tutulan ulusal listeye kayıt olabilmeleri mümkündür. Bu konuda ayrıca bkz. Leclerc (2005), n° 261, s. 210; Boulez (2006), n° 308, s. 47; Redon (2011), n° 87, s. 15.

[1073] Nitekim bu hâller "*Affa uğramış, ertelenmiş olsa dahi Devlete karşı işlenen suçlar ile zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflâs gibi bir suçtan veya kaçakçılık, resmî ihale ve alım satımlara fesat karıştırma, gerçeğe aykırı bilirkişilik yapma, yalan tanıklık ve yalan yere yemin suçlarından biriyle hükümlü bulunmamak*" şeklinde ifade edilmektedir. Nitekim ayrıca bkz. TCK m. 252 ve 276. Öte yandan konuya ilişkin Fransız düzenlemelerinin de Türk hukukundaki yaklaşımla içerik bakımından paralellikler arz ettiğini görmekteyiz. Nitekim Fransız hukukunda da bir listeye kayıtlı olmak için namus ve şerefe, ahlâk ve adaba aykırı bir fiilin faili olmamak gereği, bilirkişi listelerinin düzenlenmesine ilişkin 23 Aralık 2004 tarihli Kararnamenin ilk maddesinin 1 numaralı bendinde açıkça ifade edilmektedir. Bunun yanı sıra, Fransız Ceza Kanununda da, bir kimsenin medenî haklarını kullanmaktan yasaklanmasının sonuçlarından biri arasında mahkemelerde bilirkişi olarak görev yapmak hususu da yer almaktadır (bkz. C. pén., art. 131-26). Ayrıca bkz. Redon (2011), n° 63, s. 12. Aynı şekilde hakkında iflâsın açılması kararının verilmemiş olması da zikredilen maddenin 3 numaralı bendinde ifade bulmaktadır. Ancak Türk hukukundan farklı olarak zikredilen kararname, ilgi çekici şekilde hüküm giymiş olmaya değil, bahsedilen fiiilerin faili olmaya yer vermektedir. Nitekim kimi Fransız hukukçuları da bu ifade karşısında, her durumda bir cezaî mahkumiyetin şart olmadığını dile getirmektedir. Örneğin bkz. Redon (2011), n° 84, s. 15.

Fransız hukuku ile mevcut paralellik bu şart bakımından da mevcuttur. Nitekim yukarıda da zikrettiğimiz bilirkişi listelerinin oluşturulmasına dair 23 Aralık 2004 tarihli Kararnamenin, 2. maddesinin 2 numaralı bendinde, idarî ve disipliner bir yaptırıma tâbi olmamak açıkça ifade edilmektedir.

Bağımsızlık: Bu şart ile kastettiğimiz husus, temel olarak, bilirkişi sıfatıyla listeye kaydolmak isteyen kimsenin, bilirkişilik faaliyeti ile bağdaşmayacak, onun bağımsızlığına halel getirme riski barındıran herhangi bir faaliyette bulunmamasıdır[1074]. HMK Bilirkişi Yönetmeliği, görevin bağımsız şekilde yerine getirilmesi gerektiğine işaret etmekle birlikte, bu hususu bir başvuru koşulu biçiminde açıkça zikretmemektedir. Buna karşılık Fransız hukukunda meselenin, ilgili Kararnamenin 2. Maddesinin 6 numaralı bendinde düzenlenmekte olduğunu görmekteyiz. Nitekim bu çerçevede bir sigorta şirketine bağlı olarak görev yapan eksperlerin listeye kaydolma talepleri, bağımsız olamayacakları gerekçesiyle kural olarak reddedilmektedir[1075].

Yine bağımsızlık çerçevesinde dile getirilen bir başka husus da, bilirkişinin faaliyetini yürütebilmek adına gerekli araçlara sahip olmasıdır[1076]. Bu meselenin özellikle aşağıdaki paragraflarda değerlendirmelerde bulunmaya çalıştığımız tüzel kişi bilirkişiler bakımından ayrıca önem taşıdığı düşüncesindeyiz.

Faaliyetin sürdürüldüğü yer yahut yerleşim yeri: Adlî yargı adalet komisyonu nezdindeki listeye başvuran kimsenin meslekî yahut uzmanlık dalına ilişkin bilimsel ve benzeri faaliyetlerini komisyonun dâhil olduğu yargı çevresinde sürdürmek zorunluluğu bulunmakta mıdır? Burada ikili bir ayrıma gidilebilir. Söz konusu kimse, hâlihazırda meslekî faaliyetini aktif şekilde sürdürmekteyse, bu faaliyetin Komisyonun bulunduğu yargı çevresinde sürmesi gerekmektedir. Buna karşılık, listeye kayıt için başvuran aday, aktif olarak bu faaliyete devam etmiyor, örneğin emekli olmuşsa, bu durumda yerleşim yerinin o yargı çevresinde olması koşulu aranmalıdır[1077].

Bu meseleye ilişkin olarak tartışılabilecek olan bir konu, bir yargı çevresindeki listeye kayıtlı olan kimsenin, yerleşim yerini değiştirmesi veya faaliyetlerini bir başka yargı çevresine taşıması hâlinde, mevcut kaydını o yargı çevresi nezdindeki listeye

[1074] Öte yandan bilirkişi, görevini bağımsız şekilde yerine getirmek zorundadır. Nitekim bu konuda bkz. aşa. *Üçüncü Bölüm, 1.2.1.2* ve takip eden alt başlıklarda yer alan açıklamalar.
[1075] Örneğin bkz. Redon (2011), n° 86, s. 15.
[1076] Bu konuda bkz. Rousseau ve De Fontbressin (2008), s. 77, 78.
[1077] Fransız hukukunun yaklaşımı da bu şekildedir. Bkz. Redon (2011), n° 87, s. 15.

alabilip alamayacağıdır. Fransız Temyiz Mahkemesi, 1986 yılında verdiği bir kararda bu soruyu olumsuz yanıtlamaktadır[1078].

Tüzel kişilerin durumu: Bilirkişi olarak bir özel hukuk tüzel kişisinin de listelere kaydı mümkün olmalıdır. Nitekim bu konuda bir engel bulunmadığı ve belli bazı uyuşmazlıklar çerçevesinde de özellikle gerekli olduğu, Hukuk Usûlü Muhakemeleri dönemi bakımından dile getirilmektedir[1079]. Ne var ki, Ceza Muhakemesi Kanununun 64. maddesinin birinci fıkrasından farklı olarak bu husus, Hukuk Muhakemeleri Kanununun 268. maddesinin birinci fıkrasında açıkça ifade edilmemektedir. Bununla birlikte bilirkişi listelerine bir tüzel kişinin de kaydolabileceği başlangıçta HMK Bilirkişi Yönetmeliği Taslağında açıkça öngörülmüştür (bkz. Bilirkişi Yönetmeliği Taslağı m. 4). Nitekim taslak metnin ilgili 4. maddesinde bilirkişi, bir gerçek kişinin yanı sıra, "tüzel kişiler" ile kuruluşları da kapsamaktadır[1080]. Ancak Yönetmelik yayımlandığında "tüzel kişiler"in bu tanımdan çıkarıldığını görmekteyiz. Burada Bakanlığın yaklaşımının tüzel kişilerin bir listeye kaydedilmemesi yönünde olduğu sonucuna varmamız mümkündür. Nihayetinde, Yönetmelikte "kuruluş" ifadesiyle murat edilen hususun eskiden olduğu gibi resmî bilirkişilerden ibaret olduğunu kabul etmemiz gerekmektedir.

Biz bu yaklaşıma katılamıyoruz. Bir kere, belli uyuşmazlık tipleri bakımından teknik incelemelerin tek bir bilirkişinin teknik donanım ve olanaklarını aşması pekâlâ söz konusu olabilir. Diğer taraftan resmî bilirkişilerin birer devlet kurumu ve çalışanlarının birer kamu görevlisi olduğu ve bunların bağımsızlıklarının çeşitli somut örnekler çerçevesinde hayli tartışmalı olduğu bir yapıda[1081], diğer tüzel kişi bilirkişilere izin vermemek doğru bir yaklaşım olmayacaktır. Yine ifade etmek gerekir ki, tüzel kişi bilirkişiler, Adlî Tıp Kurumu ve benzer kuruluşlar bir tarafa Türk hukukuna yabancı değildir[1082].

[1078] Bkz. Cass. civ., 1re, 8.7.1986, *Gaz. Pal.,* 1987, Somm. 174, Zikreden Redon (2011), no 87, s. 15.

[1079] Örneğin bkz. Meseleyi uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırma ve özellikle iflâsın ertelenmesine ilişkin tartışmalar çerçevesinde dile getiren O. Atalay (2006). Tartışmalar. *Medenî usûl ve icra-iflâs hukukçuları toplantısı IV. Ankara, 30 Eylül – 1 Ekim 2005*. Ankara: TBB Yayınları, s. 308 ve 309.

[1080]Taslak metin için bkz. http://www.bilirkisiler.org.tr/index.php? option=com_content&task =view &id= 83&Itemid=101(Son erişim: 10 Nisan 2012).

[1081] Bu konuda özellikle bkz. aşa. *Üçüncü Bölüm, 1.2.1.2.1.*

[1082] Nitekim İcra ve İflâs Kanununun 309/m ve devamındaki maddelerinde düzenlenmiş olan uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırma müessesesi sürecinde söz konusu olan "bağımsız denetim kuruluşları", pekâlâ bir özel hukuk tüzel kişisi şeklinde karşımıza çıkmaktadır (bkz. Sermaye Şirketleri ve Kooperatiflerin Uzlaşma Yoluyla Yeniden Yapılandırılmasına Dair Yönetmelik m. 7).

Bir diğer husus olarak, burada Ceza Muhakemesi Kanunundan ayrılmak konusunda da somut herhangi bir gerekçenin varlığından da söz edilemeyeceği görüşündeyiz[1083]. Hukuk yargısında özellikle soybağının tespiti davaları bakımından bir bilirkişi tarafından genetik incelemenin gerçekleştirilmesi, keşif icrası çerçevesinde başvurulabilecek bir yöntemdir. Son ifade ettiğimiz husus dışında, diğer belli bazı hâllerde de uyuşmazlık konusu vakıa meselesinin karmaşık niteliği bunu kaçınılmaz kılabilir. İsviçre hukukunda, uluslararası faaliyette bulunan bir şirket bakımından yapılacak olan malî bir inceleme buna örnek gösterilmektedir[1084].

Nihayet, farklı hukuk sistemlerinde bu imkânın açık olduğunu görmekteyiz. Öncelikle liste usûlü bakımından Türk hukuku ile arasında önemli benzerlikler bulunan Fransız hukukunda, bu imkân Medenî Usûl Kanununun 233. Maddesinde açıkça yer almaktadır. Fransız hukuçuları da bunun bir gerekliliğin sonucu olduğuna dikkat çekmektedir[1085]. Öte yandan Fransız hukukunda bilirkişiler hakkındaki 23 Aralık 2004 tarihli Kararname de, tüzel kişi adayların, listeye kayıt koşullarına, gerçek kişi bilirkişilerin yanı sıra yer vermektedir[1086].

Buna karşılık mesele, bir liste usûlünün bulunmadığı İsviçre hukukunda da tartışmalıdır[1087]. Öte yandan İsviçre Federal Medenî Usûl Kanununda da bu duruma ilişkin bir açıklık bulunmamaktadır. Bu konuda Almanca konuşan kantonlarda genel eğilim, tüzel kişilerin bilirkişi olarak tayin edilmemesi yönündeyken, Frankofon kantonlar Fransız hukukunun da etkisiyle aksi görüşü savunmaktadır[1088]. Ne var ki, bir

---

[1083] Nitekim bahsedilen Kanuna dayanılarak çıkartılan Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkındaki 1.6.20005 tarih ve 25832 sayılı Yönetmeliğin 13. maddesinde bilirkişilerin gerçek veya tüzel kişilerden oluşabileceği bir kez daha vurgulanmaktadır

[1084] Bettex (2006), s. 91.

[1085] Bkz. Devèze, Cozian ve Petitjean (1991), n° 547, s. 204. Ancak, tüzel kişilerin bilirkişi olarak tayin edilebileceği 1974 tarihli Kanun öncesinde kabul edilmemektedir. Gerçekten de bu dönemde görevin şahsen yerine getirilmesi zorunluluğu ve bilirkişinin yemin vermesi gibi hususlar karşısında esas olan salt bir gerçek kişinin bilirkişi olabilmesi yönünde olmuştur

[1086] Genel koşulların yanı sıra, tüzel kişiler bakımından özel olarak, söz konusu faaliyetin belli bir süredir devam etmesi, ilgili uzmanlık dalı bakımından tüzel kişinin gerekli nitelikleri taşıması, tüzel kişinin faaliyetinin bilirkişinin bağımsızlık koşuluyla bağdaşması, yine bünyesindeki personelin ve teknik araçların aranan nitelikte olması, kaydolunacak yargı çevresinde merkezinin yahut bir şubesinin bulunması gibi koşullar yer almaktadır (Décret n° 2004-1463 du 23 décembre 2004, art. 3). Nihayet bir tüzel kişi de sadece bir tek listeye kaydolabilmektedir. Bu konuda ayrıca bkz. Redon (2011), n° 90 vd., s. 16; Leclerc (2005), n° 294, s. 231, 232; Boulez (2006), n° 309, s. 47, 48.

[1087] Bkz. Bettex (2006), s. 92 vd.

[1088] Genel bir bakış için bkz. Bettex (2006), s. 97, 98.

tüzel kişi bilirkişinin tayinine karşı çıkan görüş dahi, bunun bir gereklilik olduğunu ifade edebilmektedir[1089].

Esasen tüzel kişi bilirkişinin bağımsızlık ve tarafsızlığı, bu çerçevede gerek tüzel kişi bilirkişinin bünyesinde olup da, bu görevi yerine getirecek olan uzmanın yahut uzmanların yahut bizatihi tüzel kişinin reddinin; öte yandan, onun yeminin ve nihayet bir listeye hangi şartlar altında kaydolacağının ve kayıtlı kalacağının, özellikle Fransız hukukundaki düzenlemelerin rasyonelliği karşısında, Türk hukuku bakımından da kolaylıkla çözülebilecek olan birer mesele teşkil ettiği kanısındayız[1090].

Son olarak bir tüzel kişi, listeye kayıt için başvuracaksa, özellikle Komisyonun yargı çevresinde faaliyetini yürütme koşulunun aranması gerekecektir. Burada Fransız hukukunda da kabul edildiği üzere (art. 3, D.n^{o} 2004-1163), tüzel kişinin merkezinin, şubesinin veya teknik bir takım faaliyetleri yürüttüğü yerin, bu çevrede yer alması, gerekli ve yeterli olabilir[1091].

Tartışılabilecek son bir konu ise, *kamu görevlilerinin,* bilirkişi listelerine kaydolmak amacıyla başvururken çalıştıkları kurumdan izin almak zorunda olup olmadıklarıdır. HMK Bilirkişilik Yönetmeliği bu konuda herhangi bir hükme yer vermemektedir. 657 sayılı Kanuna baktığımızda da, bunun aksine bir düzenleme bulunmadığı gibi, kanımızca böyle bir izne de kural olarak gerek bulunduğundan söz edilemez.

Zira gerçekten de, her şeyden önce burada kamusal bir hizmete geçici olarak iştirak etmek söz konusudur. İkinci olarak ise, listeye kayıtlı olmayanlar bakımından söz konusu uzmanlık bilgisi olmaksızın faaliyeti sürdürmenin mümkün olmaması, bilirkişiliği kabul mecburiyetinin bir gereği olarak öngörülmüştür. Burada ne Hukuk Muhakemeleri Kanunu, ne de HMK Bilirkişilik Yönetmeliği, kamu görevlisi olanlar ile olmayanlar arasında bir ayrımda bulunmaktadır[1092].

[1089] Bkz. Bettex (2006), s. 98.
[1090] Aynı yönde Bettex (2006), s. 98, 99.
[1091] Ayrıca bkz. Diaz (2008), n^{o} 31.12, s. 87.
[1092] Fransız hukukunda Fransız Temyiz Mahkemesinin de böyle bir koşulun söz konusu olmadığına ilişkin kararları bulunmaktadır. Genel olarak bkz. Cass. Civ. 1re , 2.5.1984, *Gaz. Pal.,* 1984, Pan. 285. Yine aynı Hukuk Dairesinin bir diğer kararı için bkz. 10.7.1984, *Gaz. Pal.,* 1985, Pan. 10. Zikreden Redon (2011), n^{o} 88, s. 15, 16.

3.4.3. Başvuruların değerlendirilmesinde esas alınan objektif ölçütler ve değerlendirme usûlü

Bilirkişi listelerinin oluşturulmasında, bilirkişinin bilgi kapasitesinin değerlendirilmesi, meselenin en önemli noktalarından birini oluşturmaktadır. Zira daha en başta ifade ettiğimiz gibi, bu listeye kayıt, seçilen bilirkişiye bir meşruluk kazandırmalıdır. Bu meşruluk, gerek mahkemeler gerek taraflar bakımından söz konusu olmalıdır. Burada iki soru gündeme gelmektedir.

Birinci soru, bilgi kapasitesinden ne anlaşılması gerektiğidir. Bu anlamda mesele, bilirkişinin salt uzmanlık dalına ilişkin bilgi kapasitesinin değil, bunun yanı sıra bilirkişiliğe ilişkin hukukî düzenlemeleri ve temel yargısal ilkeleri bilmekle de yükümlü tutulup tutulamayacağına da ilişkindir. *İkinci soru* ise, bilirkişinin uzmanlık bilgisinin nasıl, ne şekilde değerlendirilmesi gerektiğidir.

Birinci sorunun yanıtını vermeye çalışırsak, *başvuruların değerlendirilmesi bakımından esas alınması gereken objektif ölçütlerden* ilki, bilirkişi listesine kayıt olmak isteyen adayın, ilgili alanda uzman niteliğini taşımasıdır. Uzman niteliğinin varlığı ne şekilde gösterilebilir? HMK Bilirkişi Yönetmeliğinin 7. maddesinde, bu bakımdan aslında üç ölçütün esas alındığını görüyoruz. Bunlardan ilki, üç yıllık meslekî bir deneyim, ikincisi bir meslekte çalışabilmek için mevzuatta aranan koşullara sahip olmak, üçüncüsü ise, meslek odasına kayıtlı olması gerekenler bakımından, bilirkişi olarak görev almak için gerekli sertifika ve benzeri belgelere sahip olmaktır (bkz. HMK Bilirkişi Yönetmeliği m. 7, (b), (g) ve (ğ)). Bu ölçütleri genel olarak olumlu görmek gerekir. Zira gerçekten de, salt bir diploma veya bir meslek kuruluşuna kayıtlı olmak, bilirkişinin yerine getireceği faaliyet bakımından kısmî bir garanti sağlamaktadır[1093]. Esasen sağlıklı bir liste usûlü için, uzmanlık bakımından aranması gereken hususlar, ilk olarak, diploma veya sertifika gibi belgeler, ilgili uzmanlık dalına ilişkin meslekî, teknik veya bilimsel içerikteki çalışmalar, hatta bu çerçevede hangi kuruluşlarda görev yapıldığının gösterilmesidir[1094].

Bu anlamda, özellikle (ğ) bendinde yer alan ölçüt son derece önemlidir. Ne var ki, aynı koşulun meslek kuruluşuna kayıtlı olmayan kimseler bakımından aranmaması, kanımızca bir eksikliktir. Örneğin mimarlar, serbest çalışmadıkları sürece, ilgili odaya

[1093] Rousseau ve De Fontbressin (2008), s. 35.
[1094] Bkz. Diaz (2008), n° 31.11, s. 86.

kaydolmak zorunda değildir. Böyle bir durumda, bu kimseler, ayrıca bir sertifika göstermek durumunda da olmayacaktır. Olması gereken hukuk bakımından, bu konuda bilirkişilik özelinde bir eğitim faaliyetinden geçilmiş olması, zorunlu hâle getirilmelidir.

Yönetmelikte aranmamış olmakla birlikte, listeye kaydolma talebinde bulunan kimsenin, bilirkişi incelemesini gerçekleştirebilmek için gerekli hususlara, örneğin bir laboratuvara veya diğer vasıtaları kullanma imkânına sahip olduğunu da kanımızca göstermesi gerekmektedir[1095]. Meselenin, tüzel kişilerin bilirkişi listelerine kaydedilmesi bakımından olduğu kadar[1096], görevin şahsen yerine getirilmesi zorunluluğu bağlamında da önemli olduğu düşüncesindeyiz.

Bir kimsenin ilgili uzmanlık dalındaki bilgi ve tecrübesi, listeye kayıt için ilk başta yeterli gözükebilir. Ancak bunun yanı sıra, bilirkişinin temel yargısal ilke ve kuralları, aynı şekilde ispat hukukuna ilişkin temel kavram ve pozitif düzenlemelerde kendisine yer bulan kurallar hakkında belli bir bilgi sahibi olmasının, bilirkişi incelemesinin yerine getirilmesi bakımından ayrıca önem taşıdığı kanısındayız[1097]. Nitekim Hukuk Muhakemeleri Kanununun 278. maddesinde, bilirkişinin hâkimin sevk ve idaresinde görevini yerine getirirken yargısal temel hakları gözetmekle yükümlü olduğunun kendisine hâkim tarafından hatırlatılması gerektiği, görevin icrasında tarafların bilgisine başvurulması ve bilirkişinin bir şey üzerinde inceleme yapacağı durumlar bakımından düzenlenmiştir. Diğer taraftan HMK Bilirkişi Yönetmeliği, bu konuda çok daha açık bir düzenlemeyi içermektedir. Zikredilen Yönetmeliğin bilirkişinin uymakla yükümlü olduğu etik ilkeleri düzenleyen 11. maddesinin ikinci fıkrasının (ğ) bendine göre bilirkişi, incelemesi sırasında "temel yargılama ilkelerine uygun" davranmalıdır.

Ne var ki, bu yapı içerisinde bilirkişinin temel yargılama ilkeleri ve ispat sistemine ilişkin bilgi kapasitesi, onun listelere kaydolması sırasında aranan bir koşul olarak düzenlenmiş değildir. Ancak bilirkişi olarak listeye kaydedilecek kimseler için,

---

[1095] Fransız hukuku bakımından bkz. Diaz (2008), n° 31.11, s. 86. Ayrıca bkz. Rousseau ve De Fontbressin (2008), s. 69 vd.

[1096] Nitekim Fransız hukuku bakımından bu husus, konuya ilişkin Kararnamede (art. 3, D.n° 2004-1463'de açıkça yer almaktadır. Buna göre, tüzel kişi genel olarak ilgili personel de dâhil, gerekli her türlü teknik donanıma sahip olmalıdır. bkz. Diaz (2008), n° 31.12, s. 87; Rousseau ve De Fontbressin (2008), s. 89.

[1097] Öyle ki, bilirkişinin temel yargısal ilkeleri bilmesi, onun kendisine tanınan sürenin adil yargılanma hakkı ve usûl ekonomisi bağlamında anlamını kavraması, taraflarla girdiği ilişki bağlamında, hukukî dinlenilme hakkını gözetmesi açısından da özel olarak düşünülmesi gereken bir meseledir. Nitekim bilirkişinin bahsedilen hususları gözetmekle yükümlü olması bağlamında ayrıca bkz. aşa. *Üçüncü Bölüm, 1.2.1* ve ilgili alt başlıklarda yer alan açıklamalar.

doğrudan bu konuyu hedef alan ayrı bir eğitim faaliyeti önceden söz konusu olmadığı sürece, bahsedilen hususlar hakkında bilirkişinin bilgi kapasitesinin ön bir denetime tâbi tutulması da güçtür.

Fransız hukukuna baktığımızda da, bilirkişilerin listeye kayıt usûlünü düzenleyen 23 Aralık 2004 tarihli Kararnamede, listelere ilk defa kayıt sırasında yargılamaya egemen olan ilke ve haklar konusunda bilirkişinin bilgi kapasitesinin bir koşul olarak öngörülmediğini görmekteyiz (bkz. Art. 2, décret n^{o} 2004-1463, 23 décembre 2004). Buna karşılık aynı Kararnamenin beş yıllık bir süre için yeniden kayıt koşullarını ele alan 10. maddesi son derece açık bir şekilde, ilgili komisyonun bilirkişinin bilgi kapasitesini, temel yargılama ilkeleri, bilirkişiliğe ilişkin usûl kuralları bakımından, yine bu çerçevede takip ettiği eğitim faaliyetleri çerçevesinde değerlendireceğini belirtmektedir (bkz. Art. 10, décret n^{o} 2004-1463, 23 décembre 2004)[1098].

Burada Türk hukuku bakımından nasıl bir formül düşünülebilir? Meselenin kanımızca iki ayağı bulunmaktadır. İlkinde, bilirkişinin temel yargılama hak ve ilkelerine, bilirkişiliğe ilişkin usûlî kurallara uygun davranıp davranmadığı, onun listelere yeniden kayıt başvurusunda bir koşul olarak gözetilebilir. Bu anlamda kendisine tanınan sürelere düzenli olarak riayet etmeyen bir bilirkişinin, bu konuda kendisine listeden çıkartılma yaptırımı uygulanmış olmasa dahi, yeniden listeye kaydedilmemesi uygun olur. Aynı şekilde bilirkişi raporlarının hazırlanma biçimi, taraflarla ilişkiye geçmesi konusunda Kanunun ona tanıdığı yükümlülüklere uygun davranıp davranmadığı burada esas alınabilecek diğer ölçütlerdir[1099]. Ne olursa olsun bu temel yargılama kural ve ilkelerinin, diğer yandan ispat kurallarının gözetilip gözetilmediği bir kez daha hâkime düşen bir görev olarak karşımıza çıkmaktadır[1100].

İkinci soru olan *değerlendirme usûlünün ne şekilde olması gerektiği bakımından,* Türk hukukunda mesele, HMK Bilirkişi Yönetmeliği ile çözülmek istenmiştir. Yönetmeliğin 10. maddesi, bilirkişi listelerine kayıt başvurularının ne şekilde değerlendirileceğini içermektedir. Buna göre değerlendirmeler şekil ve esas bakımından iki aşamada gerçekleştirilmelidir.

Şekil bakımından, başvuru sahibinin, Yönetmeliğin 9. Maddesinde belirtilen belgeleri başvurusuna eklemiş olup olmadığının kontrolü söz konusudur. Şayet bu

[1098] Ayrıca bkz. Rousseau ve De Fontbressin (2008), s. 74.
[1099] Fransız hukuku bakımından bkz. Leclerc (2005), n^{o} 303, s. 237.
[1100] Bu konuda bkz. aşa. *Üçüncü Bölüm, 1.1*.

belgelerde bir eksiklik varsa, 10. maddenin ikinci fıkrasına göre başvuru sahibine bir haftalık kesin süre tanınacak, şayet verilen bu süre zarfında eksik belgeler tamamlanmazsa, başvuru başka bir inceleme yapılmaksızın reddedilecektir (bkz. HMK Bilirkişi Yönetmeliği m. 9 ve 10).

Esas bakımından değerlendirmenin ne şekilde yapılacağı konusunda ise 10. maddeden anlaşılan husus, bunun 7. maddedeki başvuru şartlarının ele alınması yönünde gerçekleştirileceğidir. Burada Yönetmeliğin 7. Maddesinin, (a) ilâ (f) bentlerinde yer alan koşulların değerlendirilmesinin herhangi bir zorluk yaratmayacağı kanaatindeyiz[1101]. Zira bahsedilen koşulların mevcut olup olmadığı sunulan belgeler neticesinde basit bir değerlendirme ile anlaşılabilecek niteliktedir.

Ne var ki burada hassas bir mesele meydana getiren durum, Yönetmeliğin zikrettiğimiz 7. maddesinin (g) ve (ğ) bentlerinde ifade bulan hâllerin Komisyon tarafından ne şekilde değerlendirileceğidir. (g) bendinde ifade bulan hâl konusunda Komisyonun bilirkişinin mesleğine ilişkin mevzuatta öngörülen koşulları sağlayıp sağlamadığının bir kontrolü söz konusu olmaktadır. Yani burada esas itibariyle bilirkişinin meslekî yahut uzmanlık bilgisi bir değerlendirmeye tâbi tutulmamakta, aslında önceki koşullar bakımından olduğu gibi, belli bir yasal koşulu sağlayıp sağlamadığının tespiti gerçekleştirilmektedir.

Nihayet yukarıda da ayrıca ele almış olduğumuz (ğ) bendi ise, tam olarak bilirkişinin meslekî ve uzmanlık bilgisinin değerlendirilmesi konusundaki yaklaşımı göstermektedir (bkz. HMK Bilirkişi Yönetmeliği m. 10). Özellikle bu bentten çıkartılması gereken önemli sonuçlar bulunmaktadır. Öncelikle bu hüküm, Bilirkişi Yönetmeliğinin ancak çeşitli meslek kuruluşları bünyesinde hazırlanan ve bilirkişi seçimi ile bilirkişilik faaliyetine ilişkin temel ilkelere yer veren yönetmeliklerle[1102] birlikte uygulanabilecek olduğunu göstermektedir. İkincisi, burada Bakanlığın yaklaşımı, bilirkişinin uzmanlık bilgisi konusundaki seviyenin değerlendirilmesini, aslında ilgili meslek kuruluşuna bırakmakta, adli yargı adalet komisyonlarının yetkisini ise, yalnızca, *varsa* bir eğitim faaliyeti neticesinde alınan bir belgenin bulunup bulunmadığını denetlemek ile sınırlamaktadır. Diğer bir söyleyişle, Komisyon ne bilirkişinin uzmanlık bilgisini, ne de bahsedilen sertifikanın niteliğini

[1101] HMK Bilirkişi Yönetmeliğinin 7. maddesinde yer alan bu koşullardan özellikle sübjektif nitelikte olanlar için ayrıca bkz. yuk. *İkinci Bölüm, 3.4.2.*
[1102] Bu yönetmeliklere ilişkin olarak bkz. yuk. *İkinci Bölüm, 3.3.2*'de yer alan açıklamalar.

değerlendirebilecek bir konumdadır. Esasen komisyonun tamamının hukukçulardan oluşması, bu anlamda ilgili uzmanlık dalından kimsenin bu değerlendirme faaliyetine iştirak etmeyecek olması karşısında, bu durum anlamlıdır.

Ne var ki zikrettiğimiz (ğ) maddesi, bu sefer, böyle bir sertifikanın alınma zorunluluğunun olmadığı veyahut yürütülen meslek veya sanatsal faaliyet bakımından öngörülmediği hâllerde, bu değerlendirmenin ne şekilde gerçekleştirileceğine yanıt verememektedir. O hâlde, salt bir diplomanın varlığı, bilirkişi listesine kayıtlı olmak için yeterli kalmaya devam etmektedir.

Burada bilirkişilik eğitimi konusunun önemini bir kez daha vurgulamak gerekir[1103]. Ancak somut mesele özelinde, olması gereken husus, kanımızca bilirkişinin yeterliğinin arasında bilirkişinin uzmanlık dalında çalışan bir diğer uzmanın yahut uzmanların da bulunduğu bir komisyon tarafından değerlendirilmesidir. Nitekim Fransız hukukunun yaklaşımı bu yönde olup, bilirkişinin seçimi için oluşturulan komisyon teknik uzmanlar ve hukukçular tarafından meydana getirilmektedir[1104]. İçinde teknik uzmanların yer aldığı bir komisyonun, bilirkişinin teknik uzmanlığını ve tecrübesini, hâkimlere göre daha uygun şekilde değerlendireceği tartışmasızdır.

3.4.4. Başvuru hakkında verilen karar ve karara karşı başvuru imkânları

Buradaki mesele, listeye kaydolma talebinde bulunan kimsenin, bu talebi reddedildiği takdirde başvurabileceği herhangi bir imkânın bulunup bulunmadığıdır. HMK Bilirkişilik Yönetmeliği, bilirkişinin listeye kayıt talebinin reddi halinde veyahut bilirkişinin listeden geçici veya kalıcı şekilde çıkartılması yaptırımına karşı, bilirkişinin adlî yargı adalet komisyonlarına itiraz hakkının bulunduğunu düzenlemektedir (Bkz. HMK Bilirkişilik Yönetmeliği m. 10, b. 5). Ne var ki, itiraz hakkını değerlendirecek olan merci, bir kez daha adlî yargı adalet komisyonu olacaktır.

[1103] Bu konuda özel olarak bkz. aşa. *3.4.5.*

[1104] Genel olarak bkz. Pinchon (2002), s. 267 vd.; Leclerc (2005), n° 286, s. 227 vd.; Rousseau ve De Fontbressin (2008), s. 74 vd. Fransız hukukunda bu komisyonun ne şekilde oluşacağını 2004-1063 sayılı Kararnamenin 12. maddesi düzenlemeketedir. Buna göre genel olarak, komisyon başkanı, istinaf mahkemesi tarafından görevlendirilmekte, yine istinaf mahkemesi birinci başkanı tarafından görevlendirilen altı ve savcılık makamı tarafından görevlendirilen iki asliye hâkimi, diğer taraftan iş ve ticaret mahkemesinden birer üye komisyonun hukukçu tarafını oluşturmaktadır. Diğer taraftan, istinaf mahkemesi birinci başkanı ve savcılık makamı tarafından birlikte tayin edilen ve en az beş yıldır bilirkişi olarak görev yapan beş bilirkişi de bu komisyonda yer alan teknik uzmanlardır.

Kanımızca, adlî yargı adalet komisyonlarının bu yöndeki tercihlerinin denetlenmesi, diğer taraftan bilirkişinin mutlak bağımsızlığının sağlanması bakımından, etkin bir hukukî çare Türk hukukunda da öngörülmelidir. Olması gereken hukuk bakımından, burada idarî bir faaliyetin söz konusu olması karşısında, verilen karara karşı, idarî yargı yolunun açılması gerektiği düşüncesindeyiz[1105].

Bir diğer mesele ise, listelerin aleniliği bakımındandır. Bilirkişinin kural olarak Komisyon nezdinde tutulacak listeden seçilmesi zorunluluğu karşısında, ilgili uzmanlık dallarında kimlerin bilirkişi listesine kayıtlı olduğunu bilmek, kanımızca tarafların hakkıdır. Nitekim Hukuk Muhakemeleri Kanununun 268. maddesinin birinci fıkrası, mülga 1086 sayılı Kanunun 276. maddesinden farklı olarak, bilirkişi tayininin mahkeme tarafından gerçekleştirildiğine işaret ediyorsa da, bu durum, tarafların bu konuda söz hakkı olmadığı anlamına gelmemektedir[1106]. Ne var ki, HMK Bilirkişilik Yönetmeliği, yapılacak değerlendirmeden sonra oluşturulacak listenin yalnızca 7 gün boyunca, bölge adliye mahkemesi (bu mahkemeler yürürlüğe girene kadar ilgili adliyede) asılı bulunacağını öngörmektedir. Burada genel olarak bir alenilik söz konusu olmayıp, kanımızca sadece başvuran kimselere yönelik geçici içerikte bir bilgilendirme söz konusudur[1107]. Bununla birlikte, tespit edebildiğimiz ölçüde, bilirkişi listelerinin önemli bir kısmına internet ortamında ulaşılabilmektedir. Bu uygulamanın, bahsettiğimiz aleniliğin sağlanması bakımından, olumlu olduğunu vurgulamamız gerekir.

[1105] Nitekim Fransız hukukunda ise, geçici kayıt başvuruları haricinde, komisyonların başvuru talepleri hakkında verilecek kararlara karşı, temyiz yoluna başvurulabileceği kabul edilmiştir. Bu hakkın karardan itibaren bir ay içerisinde kullanılması gerekmektedir (art. 20, D. N^{o} 2004-1463). Bu konuda ayrıca bkz. Rousseau ve De Fontbressin (2008), s. 90, 91; Diaz (2008), n^{o} 33.71, s. 107. Burada esasen başvuru, Komisyon kararındaki ret gerekçelerine istinaden yapılmaktadır.

[1106] Nitekim bu söz hakkının tanınması, açık bir düzenleme olsun olmasın, hukukî dinlenilme hakkının gereğidir. Bu konuda bkz. aşa. *İkinci Bölüm, 3.5.5.*

[1107] Bu noktada bir kez daha Fransız hukukuna baktığımız vakit, listelerin düzenlenmesine ilişkin 23 Aralık 2004 tarihli Kararnamenin 21. maddesinde, listelerin kamuya açık olduğunun açık bir şekilde güvence altına alındığını görmekteyiz. Buna göre ilgili istinaf mahkemesi nezdinde tutulan listeler gerek o istinaf mahkemesi, gerek ona bağlı bulunan, asliye ve sulh mahkemelerinde, ticaret mahkemelerinde ve nihayet iş mahkemelerinde kamunun incelemesine hazır bulundurulmak zorundadır. Ayrıca bkz. Rousseau ve De Fontbressin (2008), s. 86.

3.4.5. Özel olarak bilirkişilerin eğitimi ve eğitim faaliyetinin devamlılığının sağlanması

Bilirkişilerin uzmanlık bilgisi etrafından dönen bir diğer önemli tartışma da, bilirkişilerin eğitimine ilişkindir. Bu eğitim, bilirkişi olarak görev yapacakların bilirkişilik yapacakları alanda teknik ve hatta yargılama hukukuna ilişkin bir takım meseleleri konu edinebildiği gibi, bu kimselerin bilirkişi olarak listeye kayıtlı oldukları sürece, bilginin devamlılığını hedefleyen bir eğitim faaliyeti şeklinde de gerçekleşebilir[1108].

Bilirkişinin bilgi eksikliği, sadece onun uzmanlık alanına ve bu alanda yaşanan gelişmeleri takip etmek konusunda değil, fakat aynı zamanda yargısal temel bir takım ilkeler bağlamında da anlaşılmalıdır. Diğer yandan uzmanlığın arandığı yerde, hele ki uzmanlık dallarının birçoğunda sürekli bir dönüşümün yaşandığı bir çağda, bilirkişilerin eğitiminin sürekli bir nitelik arz etmesi kaçınılmazdır. Nitekim bu kaçınılmazlık, öğreti[1109] kadar, uygulayıcılar[1110] tarafından da çeşitli şekillerde dile getirilmektedir.

Nitekim bilirkişilik eğitiminin kapsamında, ilk olarak bilirkişinin kendi uzmanlık alanına ilişkin meseleler ve bu alandaki gelişmeler yer almaktadır. Bunu etik kurallar takip etmektedir. Bilirkişiler, kural olarak hukukçu değildir. Ne var ki bunlar yerine getirdikleri görevin niteliği olarak geçici kaydıyla da olsa, bir hâkim yardımcısı fonksiyonunu üstlenmektedir. Bu nedenle herhangi bir uzman, bir listeye kaydolmakla bilirkişi olarak görevlendirme imkânına sahip olduğuna göre, katkıda bulunacağı şey bir yargılama faaliyeti olduğundan, hukuk konusunda meslektaşlarından daha fazlasını bilmelidir. Bu itibarla bilirkişi hem ilgili uzmanlık dalına ilişkin hukukî düzenlemeleri,

---

[1108] Diğer yandan bu eğitim meselesi aslında, hâkimleri, savcıları ve hatta avukarları da ilgilendiren bir konudur. Nitekim öğretide bu duruma dikkat çeken bazı yazarların, bu eğitimi bahsedilen yargısal süjelere ilişkin eğitim faaliyetlerinin bir parçası hâline getirilmesi gereğine dikkat çektiklerini görmekteyiz. Bu konuda bkz. Çiçekli (2008), s. 509.

[1109] Bu konuda mahkemeler uygulaması bakımından verilen bir örnek dikkat çekicidir: "…*(M)ali bilirkişinin, özellikle defter incelemesinde rapor verirken, defterlerin mali yönden doğurduğu sonuçlarla hukuk bakımından doğurduğu sonuçları ayırt etmesi gerekir…* (Örneğin) *defterlerde kapanış tasdiki meselesi. Mali bakımdan bu çok da önemli değildir, fakat… bir defterin kapanış tasdiki yoksa, o defter usûlüne uygun tutulmuş bir defter değildir. Usûlüne uygun tutulmadığı için de ticari defterlerin sahibi lehine… delil olması mümkün olmaz… Usûl hukukunun kendine has birtakım ispat kuralları vardır… Mali bilirkişi, ispat kurallarına vâkıf olmadığında işin bu kısmını kaçırır, "alacak vardır" der…"* M. Özekes (2009). Bilirkişiliğin tarihçesi ve dünya ölçeğinde bilirkişilik uygulamaları (*tartışmalar*). *Bilirkişilik, uygulama alanları, sorunlar, öneriler. Ankara 18-19 Aralık 2008.* Ankara: TMMOB, s. 68. Ayrıca bkz. Çiçekli (2008), s. 509, 510.

[1110] Genel olarak bkz. A. Y. Öğüt (2009). Bilirkişilerin eğitimi ve bilirkişilik etiği. *Bilirkişilik, uygulama alanları, sorunlar, öneriler, Sempozyum, 18-19 Aralık 2008.* Ankara: TMMOB Mimarlar Odası, ss. 130 – 136, s. 131.

hem temel yargılama ilkelerini ve hatta konuya ilişkin yüksek mahkeme kararlarını da kanımızca bilmek zorundadır. Sonuç itibariyle verilecek olan eğitimin bu son hususları da kapsamına alması gerekmektedir[1111].

Bilirkişilik eğitimi konusunda en önemli çabanın, Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği tarafından verildiğini görüyoruz. Gerçekten de, TMMOB tarafından 2003 yılından itibaren eğitim faaliyetlerine başlanmış, bu çerçevede farklı teknik alanlar bakımından çeşitli müfredatlar hazırlanarak hayata geçirilmeye çalışılmıştır[1112]. Nihayet, eğitim bakımından önemli olan hususlardan bir tanesi de, eğitim faaliyeti sonunda bilirkişilerin sertifikalandırılmasıdır[1113].

3.5. Bilirkişinin Tayini (Görevlendirilmesi) Usûlü

3.5.1. Genel olarak bilirkişinin tayini

Hâkim tarafından bilirkişinin tayin edilmesi, genel itibariyle tahkikat kapsamında gerçekleştirilen bir mahkeme usûl işlemidir[1114]. Hâkimin, bilirkişinin tayinine ilişkin tutanakta, tayin edilen bilirkişinin kimliğini ve uzmanlık bilgisini de göstermesi gerekmektedir[1115].

Hâkim listeye kayıtlı bilirkişiler arasından tercihte bulunurken kural olarak serbesttir. Ancak bu serbestî belli bir takım sınırlara tâbidir. Biz bu hususları, başta objektif bazı hususlar olan, *bilirkişinin listeye kayıtlı olanlar arasından seçilmesi zorunluluğu, bilirkişinin uzmanlık bilgisinin uyuşmazlık konusu hakkında olması* ve *bilirkişi sayısı* çerçevesinde sorgulamak istiyoruz[1116]. Diğer taraftan bilirkişinin tayininde tarafların ne ölçüde söz hakkına sahip olduğu da üzerinde durulması gereken bir diğer meseledir[1117]. Bu hâller dışında son olarak bilirkişiliği kabul mecburiyeti ve bu mecburiyetin sınırlarını değerlendirmeye çalışacağız[1118].

[1111] Karş. Öğüt (2009), s. 134; Çiçekli (2008), s. 509.
[1112] Bkz. Öğüt (2009), s. 131, 132.
[1113] Bkz. Öğüt (2009), s.132.
[1114] İtalyan hukuku bakımından Camelio (2009), s. 16.
[1115] Bkz. ve karş. Deryal (2011), s. 262; Ulukapı (2001), s. 295.
[1116] Bkz. aşa. *İkinci Bölüm, 3.5.2, 3.5.3* ve *3.5.4.*
[1117] Bkz. aşa. *İkinci Bölüm, 3.5.5.*
[1118] Bkz. aşa. *İkinci Bölüm, 3.5.6.*

Nihayetinde bilirkişinin her hâl ve koşulda hâkim tarafından tayin edilmesi gerekmektedir. Bir diğer söyleyişle, burada tek yetkili makam hâkimdir[1119]. Bu anlamda kanun koyucu ilgili hükümlerde hâkimlerin söz konusu yetkiyi, mahkeme yazı işleri müdürlerine bırakabileceğine dair bir imada bulunmadığı gibi, eşyanın tabiatı gereği biraz aşağıda tartışmaya çalıştığımız koşulların tayin sırasında değerlendirilmesi bakımından da böyle bir hususun mümkün olmaması gerekir[1120].

Öte yandan burada, bilirkişinin istinabe yoluyla tayini üzerinde de durmak gerekmektedir. Şüphesiz, bilirkişinin istinabe yoluyla tayin edilebilmesi için gerekli olan başlıca koşullar, mahkemenin yargı çevresinde aranan uzmanlık dalında, ne listeye kayıtlı ne de kayıtlı olmayan bir uzmanın bulunması veyahut bilirkişi incelemesinin bir başka yargı çevresinde gerçekleştirilmesi gerekmesidir. Böyle bir durumda bilirkişinin tayini konusundaki yetkinin, istinabe olunan mahkeme hâkimine ait olduğunu kabul etmemiz gerekmektedir. Nitekim burada istinabe eden mahkeme hâkimi tarafından yapılması gereken, hangi uzmanlık dalından bir bilirkişiye ihtiyaç duyulduğunun belirtilmesinden ibarettir. Bunun gereği istinabe olunan mahkeme tarafından gerçekleştirilmelidir[1121].

Tüm bu meselelerin dışında, aşağıda çalışmamızın *Üçüncü Bölümünde*, ek bilirkişi raporu alınması veya ikinci hatta üçüncü sefer bilirkişi incelemesine başvurunun elverişliliği faraziyeleri üzerinde duracağız[1122]. Nitekim söz konusu meseleler bakımından bu aşamada ilk olarak ek rapor alınması durumunda farklı bilirkişilerin görevlendirilemeyeceğine dikkat çekmek istiyoruz. Aksi hâlde, yani farklı bir bilirkişi tayin edilmiş veya bilirkişi kurulunda bazı bilirkişilerde değişikliğe

---

[1119] Buna karşılık ceza yargılamasında hazırlık soruşturması aşamasında savcılık makamı da bilirkişi tayin edebilir. Bu konuda bkz. C. Şahin (2001). Ceza muhakemesinde bilirkişi atanması ve zorunlu bilirkişilik. *Bilirkişilik sempozyumu, 9-10 Kasım 2001 Samsun.* Ankara: TBB Yayınları, ss. 190 – 236, s. 191.

[1120] Ancak uygulamada, pratik kaygılar nedeniyle bunun aksine bir eğilim, yani bilirkişilerin hâkim tarafından değil, fakat yazı işleri müdürlüğü tarafından seçilmesi, yaygın rastlanılan bir durum olarak kendisini göstermektedir. Örneğin "*...(a)ncak hâkim, bilirkişiyi de ismen belirlemiyor. Kalemde, yani yazı işleri müdürlüğünde isimler tespit ediliyor. Bu isimler kimlerdir, bu isimler gerçekten uzman mıdır, uzmanlık alanları belli midir yahut hâkimin kastettiği kişiler bunlar mıdır? Bunları bilmiyoruz…"* bkz. A. R. Yücel (2009). Bilirkişilik örgütlenmesi karşısında TMMOB'nin tutumu. *Bilirkişilik, uygulama alanları, sorunlar, öneriler. Sempozyum, 18-19 Aralık 2008.* Ankara: TMMOB Mimarlar Odası, ss. 136 – 151, s. 142. Aynı şekilde Çiçekli (2008), s. 499; Aşçıoğlu (2001), s. 31.

[1121] Ayrıca bkz. ve karş. Yılmaz (2012), s. 1203, 1204; Şahin (2001), s. 193 vd. Bununla birlikte konuyu ceza yargılaması bakımından ele alan yazarın örnek vermiş olduğu 9. Ceza Dairesinin bir kararında, her ne kadar istinabe eden mahkeme tarafından işaret edilen alanda bilirkişi tayin edilmiş olmasa da, sunulan raporun gerek sanık, gerek müdahil vekilleri tarafından karşılıklı olarak tartışılmasına, diğer taraftan rapora bir itirazda bulunulmamasına ve nihayet mahkeme tarafından hüküm vermeye yeterli görülmesine dikkat çekilmektedir (bkz. 9. CD, 23.3.1978, 1198/1301 (Şahin (2001), s. 194).

[1122] Bkz. aşa. *Üçüncü Bölüm, 2.3.2.6.*

gidilmişse, bu raporun ek veya tamamlayıcı rapor olarak kabul edilmesi mümkün değildir[1123]. İkinci ve üçüncü kez bilirkişi incelemesine başvurulması faraziyesinde ise bunun tam tersi söz konusudur. Nitekim burada öğretide farklı görüşler dile getirilmekle birlikte[1124], kanımızca hiçbir koşulda ilk bilirkişiye yahut bilirkişi kurulundan bir üyeye oluşturulan yeni bilirkişi kurulunda görev tevdi edilmesinin mümkün olmaması gerekmektedir[1125]. Bu noktada Hukuk Muhakemeleri Kanununun bilirkişiliğe ilişkin hükümleri çerçevesinde tarafların önceki bilirkişi konusunda anlaşmaları da kanımızca bir anlam ifade etmemektedir[1126]. Aynı bilirkişiden görüş alınması, bunun yeni bir bilirkişi incelemesi olma niteliğini ortadan kaldırmaktadır[1127].

3.5.2. Bilirkişinin kural olarak listeye kayıtlı olanlar arasından tayin edilmesi zorunluluğu

Bilirkişinin tayini bağlamında üzerinde durulması gereken ilk meselenin, bilirkişi listelerinin hâkim bakımından bağlayıcılığı olduğu düşüncesindeyiz. Gerçekten de, Hukuk Muhakemeleri Kanununun 268. maddesinin ilk fıkrası bu konuda hiçbir tereddüte yer vermeyecek şekilde açıktır. Bilirkişi, uyuşmazlığın konusunu oluşturan vakıa meselesinin ilişkin olduğu uzmanlık dalından listeye kayıtlı bir kimse olduğu sürece, sadece bunlar arasından atanabilir[1128].

Mesele hakkında bir değerlendirmede bulunmadan önce, bu konuda bazı yabancı ülke hukuklarına baktığımızda, ilk olarak *Fransız hukukunda* liste usûlünün son derece

---

[1123] *"Mahkemece Prof. Dr. S. Ö., emekli banka müdürleri H.T. ve K.B'den oluşturulan bilirkişi raporuna karşı itiraz üzerine ek rapor alınmasına karar verilmişse de, ek raporda ilk raporu düzenleyen iki bilirkişi değiştirilmiştir. Oysa ek raporun aynı bilirkişiler tarafından düzenlenmesi gerekir."* 19. HD, 21.6.2007, 2158/6480 (T. Uyar (2009). *İcra ve iflâs kanunu şerhi, C. X.* Ankara: Feryal Matbaacılık, s. 16454).

[1124] Bkz. ve karş. Kuru (2001), C. III, s. 2765; Deliduman (2007), s. 305.

[1125] "*Ayrı bilirkişi raporu alınması hâlinde ise, ilk bilirkişi kuruluna dahil edilen kimselere görev verilmemesi lazımdır."* 19. HD, 21.6.2007, 2158/6480 (Uyar (2009), C. X, s. 16454).

[1126] Karş. Deliduman (2007), s. 305.

[1127] Nitekim Yargıtay da, aynı konuda aynı bilirkişilere başvurulmasını usûl ekonomisi ilkesine aykırı bulmaktadır. *"...(ö)te yandan; dosya içerisine delil olarak sunulan S.S.K. tarafından işveren aleyhine açılan rücü davasında alınan kusur raporundaki bilirkişiler görüşleri önceden bildirmiş olmasına karşın; aynı bilirkişilerden; aynı olayla ilgili ikinci bir rapor alınması da usûl ekonomisi ve maddi gerçekliğin saptanması yönünden bir fayda ifade etmeyeceği açıktır. Yapılacak iş; işçi sağlığı ve iş güvenliği konullarında uzman farklı bilirkişilerden; iki rapor arasındaki çelişkiyi giderecek şekilde yeniden rapor almak ve sonucuna göre karar vermekten ibarettir…"* 21. HD, 6.12.2005, 9397/12601 (*LegalBank*).

[1128] Bu itibarla HUMK döneminde olduğu gibi, HMK döneminde de, mahkeme yazı işleri müdürünün bilirkişi olarak tayin edilmesi mümkün olmadığını ifade etmek gerekir. Nitekim bu konuda bkz. 3. HD, 22.4.2003, 4775/4849, *YKD,* 2003/11, C. 29, s. 1672 vd.

kapsamlı şekilde düzenlenmesine ve uygulanmasına rağmen, bu konuda hâkime bir serbesti tanındığını görmekteyiz. Nitekim Fransız Medenî Usûl Kanununun 232. maddesi uyarınca hâkim, "herhangi bir kimseyi" bilirkişi olarak tayin edebilir.[1129]. Nitekim hâkimin liste dışından bir bilirkişi görevlendirmesinin açık bir gerekçesini gösterme zorunluluğu da bulunmamaktadır[1130]. Ancak ifade etmek gerekir ki bu serbestî kanun koyucunun öngördüğü bazı sınırlamalara tâbidir. Örneğin, Fransız Medenî Kanununun m. 16-11 hükmü gereğince, gen incelemesi yapmak üzere tayin edilecek olan bilirkişilerin hem istinaf mahkemeleri nezdinde tutulan listeye kayıtlı olmaları, hem 6 Şubat 1997 tarih ve 97-109 sayılı Kararnamede işaret edilen koşulları taşımaları gerekmektedir[1131]. Ne olursa olsun, Fransız hukukunda mahkemeler bilirkişileri genellikle listelere kayıtlı olanlar arasından tayin etmektedir. Hatta aynı husus, taraf bilirkişileri bakımından da geçerli olup, taraflar, teknik görüş almak amacıyla başvurdukları kimseleri listelere kayıtlı olanlardan seçmektedirler[1132].

İtalyan hukukunun bakış açısı ise Fransız hukukundakinden biraz daha farklıdır. İtalyan kanun koyucusu, genel kural olarak bilirkişinin bir listeden tayin edilmesini öngörmüş olmakla birlikte, esnek bir yaklaşım benimsemiştir. Nitekim bu sistemde

---

[1129] Yine bilirkişiliğe ilişkin 29 Haziran 1971 tarihli Kanunun ilk maddesi de, Kanunda veya Kararnamelerde öngörülen sınırlamalar istisna olmak üzere, hâkimin listelerden bilirkişi atayabileceklerini ifade etmektedir. Fransız hukuku bakımından söz konusu olan husus, hâkimlerin kural olarak kendilerine bilgi kapasitesi ve tecrübesi yeterli görünen bir kişiyi bilirkişi olarak tayin edebilmeleridir. Bkz. Cass., Civ., 2^{e}, 20.2.1964, *Bull., Civ.,* II, n^{o} 168 (zikreden Leclerc (2005), n^{o} 255, s. 206). Ayrıca bkz. Diaz (2008), n^{o} 42.15, s. 29. Elbette burada bilirkişi olarak bir listeye kaydolamayacak bir kimsenin de, hâkim tarafından tayin edilebilmesi söz konusu değildir. Bkz. Redon (2011), n^{o} 56 vd., s. 12. Öte yandan bu durum, kanun koyucunun belli bazı uzmanlık dallarını birer meslekî faaliyet olarak düzenlemiş olması hâlinde dahi kural olarak değişmemektedir. Örneğin Fransız hukukunda malî (hesap) uzmanlar(ı) (*experts comptables*), otomobil uzmanları (*experts en automobile*), ziraî uzmanlar (*experts agricoles*) ve benzerleri bu kapsamdadır. Nitekim Fransız Temyiz Mahkemesi, farklı tarihlerde verdiği çeşitli kararlarında, Kanunun bunlara yerine getirilen meslekî faaliyet bakımından bir tekel yetkisi tanımış olmasında bile, bahsedilen mesleklere ilişkin örgütlere kayıtlı olmamanın, bilirkişi olarak tayin edilmeye engel olmadığına, bir diğer söyleyişle, söz konusu meslekî örgütlere kayıtlı olan kimselerin de bu anlamda bir öncelik hakkına sahip olmadıklarına işaret etmektedir (bkz. Cass. Civ. 2^{e}, 22.5.1959, *D.* 1959, 383; Cass., Civ. 3^{e}, 12.4.1983, *Gaz. Pal.,* 1983, 2, Pan. 223; Cass. Civ., 2^{e}, 4.7.2007, n^{o} 07-12078, *Bull. civ.,* II, n^{o} 196. Zikreden Redon (2011), n^{o} 58, s. 12).

[1130] Diaz (2008), n^{o} 42.15, s. 29. Buna karşılık Fransız Ceza Yargılama Usûlü Kanununda farklı bir yaklaşım benimsenmiştir. Zikredilen Kanununun 157. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca liste dışından bir bilirkişiye başvuru, istisnai olarak ve gerekçesinin gösterilmesi suretiyle mümkündür (bkz. C.proc.pén., art. 157, al. 2).

[1131] Bu konuda ayrıca bkz. Leclerc (2005), n^{o} 256, s. 207; Redon (2011), n^{o} 43, 61, s. 10, 12. Yine bir başka örnek, fikrî mülkiyet hukuku bakımından verilebilir. Nitekim bu alana ilişkin söz konusu olan bir mesele nedeniyle bir bilirkişi incelemesine başvurulması gerektiği vakit, bilirkişinin, ilgili uzmanlık dalınının ilişkin olduğu Bakanlıkça işaret edilen bir kurumdan tayin edilmesi gerekmektedir (bkz. R. 615-5, Code de la propriété industrielle). Aynı durum kandaki alkol incelemesi açısından gerçekleştirilecek bilirkişi incelemeleri bakımından da söz konusudur. Açıklamalar için ayrıca bkz. Redon (2011), n^{o} 59 vd., s. 12; Leclerc (2005), n^{o} 256, s. 207, dn. 32.

[1132] Leclerc (2005), n^{o} 257, s. 208.

liste dışından bir bilirkişinin seçilmesi de mümkündür. Ancak bunun için hâkim bu yöndeki tercihinin gerekçesini göstermelidir[1133].

Öte yandan Türk hukuku bakımında yukarıda dile getirdiğimiz genel kural da bazı sınırlara tâbidir. Hâkimin bilirkişiyi tayin ederken sahip olduğu takdir yetkisine getirilen en önemli sınırlandırma şüphesiz, bir Kanun hükmüyle görülmekte olan uyuşmazlık bakımından belli bazı kimse yahut kuruluşların bilirkişi olarak tayin edileceğini öngören hükümlerin varlığıdır. Bu noktada, bazı Kanun hükümleri belirli bir takım kurum ve kuruluşların bilirkişi olarak tayin edileceğini düzenlerken, kimi metinlerde ise, bu seçimin doğrudan belli bir kurum değil, fakat belli bazı kimselerle sınırlandırıldığını görmekteyiz. Yine de ne olursa olsun Hukuk Muhakemeleri Kanununun 268. Maddesinin ikinci fıkrası bu konudaki genel yaklaşımı göstermektedir. Nitekim buna göre, somut vakıa meselesi bakımından bir resmî bilirkişi mevcutsa, hâkimin öncelikle ona başvurması gerekmektedir[1134].

Resmî bilirkişiler, hem çok çeşitli alanlarda söz konusu olabilmekte hem bunların seçimine ilişkin usûl ve yöntemler, Hukuk Muhakemeleri Kanununda ve HMK Bilirkişilik Yönetmeliğinde öngörülen sistemden de farklılıklar arz edebilmektedir. Bu özel düzenlemelerin başında Adlî Tıp Kurumu Kanunu gelmektedir. Zikredilen Kanunun ilk maddesi, Kurumun aslî görevinin mahkeme nezdinde bilirkişilik yapmak olduğunu açıkça vurgulamaktadır (bkz. ATKK m. 1, I). Öyle ki, zikredilen Kanunun bilirkişi incelemesi bakımından mutlaka göz önünde tutulması gerekmektedir[1135].

[1133] De Lucia (2009a), s. 169; Pinchon ve Millo (2002), n^{o} 838, s. 410. Ayrıca bkz. Anastasi ve Trimarchi (1969), s. 301. Diğer taraftan İtalyan hukuk sisteminde bilirkişilerin tayini bakımından bir tür rotasyon usûlüne uyulması gerekmektedir. Bu itibarla, listeye kayıtlı olsalar dahi bilirkişilerin tayin edilmek konusunda hususi bir hakları bulunmamaktadır. Bu noktada söz konusu bilirkişinin tayin edilmesinin uygun olup olmadığı konusunda son söz hâkime aittir. Bkz. Camelio (2009), s. 16; Pinchon ve Millo (2002), n^{o} 827, s. 406.

[1134] Diğer taraftan, resmî bilirkişilik müessesesi bağlamında değerlendirilemeyecek olmakla birlikte kamulaştırma davalarında söz konusu olan bilirkişilerin tayini de, genel hükümlerden farklılık göstermektedir. Gerçekten de kamulaştırma davalarında Hukuk Muhakemeleri Kanunundan önce söz konusu olan bilirkişilerin, Kamulaştırma Kanunu çerçevesinde düzenlenen listelerden tayin edilmesi zorunluluğu bugün de devam etmektedir. Bu konuda ayrıca bkz. Atalay (2001a), s. 183, 184. Listelerin oluşturulması usûlü çerçevesinde bu konu hakkında da açıklamalarda bulunduğumuzdan burada ayrıca bir değerlendirmede bulunmamaktayız. Nitekim bkz. yuk. *İkinci Bölüm, 3.4.1.1.* Ancak burada bir kez daha, listeler açısından bir yeknesaklığın sağlanabilmesi için olması gereken hukuk bakımından kamulaştırma bilirkişilerinin de genel listeler dâhilinde tutulması gerektiği kanısında olduğumuz ifade etmek istiyoruz. Böyle bir yaklaşım söz konusu bilirkişiler bakımından gösterilen hassasiyetin diğer uzmanlık dallarındaki seçimlere sirayeti bakımından da olumlu bir etki doğurma potansiyelini barındırmaktadır.

[1135] Nitekim belli bazı uyuşmazlıklar bakımından, örneğin iş gücü kaybı konusunda salt bir üniversitenin adlî tıp anabilim dalına başvurulmuş olması, bir bozma sebebi addedilebilmektedir. Örneğin, "*...Mahkemece, Ankara Üniversitesi Adli Tıp Ana Bilim Dalı'ndan alınan daimi işgücü kaybı oranı benimsenerek tazminata hükmolunmuşsa da, bu rapor hüküm kurmaya elverişli değildir. 2659 sayılı Adli*

Bir diğer ilgi çekici düzenleme, TMSF'nin alacakları için açılacak olan davalar ile ilgili olarak Bankacılık Kanununun 142. maddesinin üçüncü fıkrasında yer almaktadır. Buna göre, asliye ticaret mahkemesi nezdinde görülecek olan bu davalarda bilirkişilerin *resmî kurum ve kuruluşlarda görev yapan* kimseler arasından seçilmesi gerekmektedir (Bkz. Bank. K m. 142, III).

Bununla birlikte 1086 sayılı HUMK dönemi bakımından öğretide birçok yazar, zikredilen Kanunun 276. maddesinin ikinci fıkrasında resmî bilirkişiler bakımından "*bunlar arasından intihabı lazımdır"* ifadesinin kullanılmış olmasına rağmen, başvuru zorunluluğunun bulunmadığı yönünde görüş bildirmektedir[1136]. Esasen akredite edildikleri sürece tüzel kişi bilirkişiler de dâhil olmak üzere, özel bilirkişiler ile resmî bilirkişiler arasında olması gereken hukuk bakımından bir öncelik – sonralık ilişkisinin bulunmaması gerektiği inancındayız. Bu kanaatimiz, meseleyi resmî bilirkişilik müessesesine ilişkin tartışmalar ile birlikte düşündüğümüzde[1137] pekişmektedir. Ne var ki, Hukuk Muhakemeleri Kanununun 268. maddesinin ifadesinin bu şekilde düşünmeye imkân bırakmadığını görüyoruz. Bu itibarla, uyuşmazlık konusu vakıa meselesi hakkında bir resmî bilirkişiye işaret edilmişse, hâkim resmî bilirkişiyi tayin etmek zorundadır.

Konunun bir üst paragrafta tartıştığımız yönü bir kenara bırakılacak olursa, esas itibariyle bilirkişinin kural olarak listeden seçilmesi zorunluluğunun, bu listelere kayıt sırasında genel ilkelerin hayata geçirildiği bir yapı mümkün olduğu sürece, yerinde bir tercih olduğu kanısındayız. Kuralı kanımızca geniş yorumlamak gerekmektedir. Listedeki bilirkişinin yeterliği konusunda hâkimin ciddi tereddütleri bulunmaktaysa, uygunsa bir diğer listeden, yahut liste dışından bir bilirkişi tayinine imkân tanınması gerekmektedir. Ancak bu konuda son derece hassas davranılması zorunludur. Bu açıdan özellikle Ceza Muhakemeleri Kanununun yürürlüğe girmesinden sonra liste sistemi bakımından elde edilen olumsuz tecrübeler, özellikle liste dışından bilirkişilere

---

Tıp Kurumu Yasası'nın 16. maddesine göre Adli Tıp Kurumu ilgili ihtisas kurulundan Sosyal Sigorta Sağlık İşleri Tüzüğü hükümlerinden de yararlanılarak davacının daimi işgücü kaybına uğrayıp uğramadığı ve varsa oranı belirlenmelidir. Mahkemece 2659 sayılı Yasa'nın 16. maddesi gözetilmeden alınan rapor doğrultusunda tazminata hükmolunması bozmayı gerektirmiştir." 4. HD, 19.9.2006, 1172/9350 (*Legal Hukuk Dergisi,* 2007/52, s. 1228 vd.). Buna karşılık aynı durum, Yüksek Sağlık Şurası bakımından söz konusu değildir. Nitekim bkz. 13. HD, 15.10.2002, 7925/10687 (*İBD,* 2004/2, s. 815 vd.).

[1136] Örneğin bkz. Atalay (2001a), s. 182. Karş. Arslan (1989), s. 171; Ulukapı (2001), s. 295.

[1137] Nitekim resmî bilirkişilerin bağımsızlığı problemi son derece önemli bir mesele olup bu konuyu aşağıda ayrıca ele almaktayız. Bkz. aşa. *Üçüncü Bölüm, 1.2.1.2.1.*

başvurulması, son derece dikkatle takip edilmelidir[1138]. Bu mesele bakımından, bilirkişilerin liste dışından tayin edilmesinin bir bozma sebebi addedilip addedilemeyeceği sorusu gündeme gelebilir. Burada, bir usûl kuralına aykırılık olduğu konusunda bir tereddüt yoktur (HMK m. 371, f. 4; 1086 s. HUMK m. 428, 4). Ancak, kanımızca, esas hakkındaki kararın bu nedenle bozulabilmesi için, ilk olarak, bilirkişinin liste dışından tercihi konusunda, yeterli bir gerekçe gösterilmemesi gerekir. İkinci olarak, listede hâlihazırda somut vakıa meselesi bakımından uzman bir kimsenin bulunmalı ve bu kimse taraflar yahut hâkim bakımından tereddüt veya şüphe uyandırmamalıdır. Üçüncü olarak, liste dışından tayin edilen bilirkişi, gerekli koşulları taşımamalı ve vermiş olduğu rapor eksik veya yetersiz olsa da hükme esas alınmalıdır. Şayet bu koşullar bulunuyorsa, hükme etkili bir yargılama kuralından bahsedilebilecek ve ilk derece mahkemesinin kararı bozulabilecektir. Aksi takdirde, liste dışından bir bilirkişi tayin edilmesi, kanımızca tek başına bir bozma sebebi oluşturamayacaktır.

Bu noktada akla gelen bir diğer konu ise, tek başına bağlayıcı bir bilirkişi listesinin varlığının hâkimin sürekli aynı bilirkişiyi ataması için bir engel sebep teşkil etmediğidir[1139]. Bunun engellenmesi bakımından Türk hukukunun bir çözüm sunabildiğini söylememiz güçtür. Gerçekten de Hukuk Muhakemeleri Kanunu çerçevesinde hazırlanan Bilirkişilik Yönetmeliğinin 13. maddesinin üçüncü fıkrası, bilirkişilere verilecek dosya sayısının seri olmayan davalar bakımından bir yılda üç yüz dosyayı aşamayacağını, bu konuda ise UYAP verilerinin göz önüne alınacağına yer vermektedir. Nitekim aynı fıkrada seri dava biçiminde nitelediği, birden fazla kimse tarafından veya birden fazla kimseye karşı açılacak davalar bakımından çok daha ileri gidilerek bu sayının bin iki yüz olarak belirlendiği görülmektedir.

Kanımızca zikredilen bu rakamlar, ne bilirkişi incelemesine aşırı başvurunun, ne de mahkemelerin sürekli aynı bilirkişilere başvurmasının önüne geçilebilmesinin bir

[1138] Gerçekten de, zikredilen Kanunun yürürlüğe girmesinden sonra, Kanunun 64. maddesi hükmüne rağmen, bilirkişilerin liste dışından veyahut haklı bir gerekçe bulunmamakla birlikte bir başka yargı çevresinin listesinden tayin edildiği dile getirilmektedir. Bkz. Ünver (2008), s. 39, 40. Liste dışından bilirkişi seçimine bu kadar yaygın şekilde başvurulması, bir görüşe göre bu listelerin anlamını yitirmesine yol açmıştır (Ünver (2008), s. 40).

[1139] Nitekim hâkimlerin, raporu tayin edilen süre içerisinde teslim edebilme, kişisel ilişki, tarafların itirazda bulunmaması gibi sebepler sonucu, düzenli olarak aynı bilirkişileri tayin etmeleri öğretide eleştiri konusu olmaktadır. Bkz. Arslan (1989), s. 172; Çiçekli (2008), s. 499.

aracı olarak kullanılmaya elverişlidir[1140]. Böyle bir yapının bulunduğu yerde, bilirkişilik faaliyetinin bir meslek olmadığı yönündeki yaklaşım, kanımızca sadece bir temenniden ibaret kalmaktadır. Nitekim her uyuşmazlığın yapısı, her teknik faaliyetin içeriği birbirinden farklıdır. Bir DNA analizi, bir inşaat malzemesinin incelenmesi, kendi içinde de farklı karmaşıklık düzeylerine sahip hesap bilirkişiliği faaliyetleri (örneğin bir şirketin envanter dökümü veya bir faiz hesabı) aynı kapsamda değerlendirilemez. Nihayet, hem inceleme konusunda bilirkişiye tanınacak olan süreyi prensipte üç ay ile sınırlamak, hem aynı bilirkişiye üç yüz dosyanın tevdi edilebileceğini öngörmek, bir çelişki yaratır.

Kanımızca burada ortaya genel bir rakam koymak yerine, bilirkişinin belli bir mahkeme tarafından veyahut genelde ne sıklıkla görevlendirildiğini, yerine getirdiği incelemelerin hükme ne ölçüde esas alındığını bir denetime tâbi kılmak daha doğru bir yaklaşım olurdu. Bunun, söz konusu mesele hakkında azamî bir sayı belirlemekten daha güç, fakat daha sağlıklı bir yaklaşım olduğu kanısındayız. Nitekim Fransız hukuku bize bu konuda ilgi çekici bir örnek sunmaktadır. Bilirkişiliğe ilişkin 1974 tarihli Kararnamenin 24. maddesine göre, her yıl en geç 1 Eylülden önce olmak üzere, istinaf mahkemesi nezdindeki bir listeye kayıtlı bilirkişiler, bağlı bulundukları istinaf mahkemesinin birinci başkanına, ulusal listeye kayıtlı olanlar ise, Temyiz Mahkemesi birinci başkanına, adli yıl boyunca kaç bilirkişilik görevi aldıklarını, kendilerini tayin eden mahkemeleri, tayin edilen süreyi, bildirmek zorundadır (bkz. Art. 24, décret du 31 décembre 1974)[1141].

Türk hukuku bakımından pratik olarak böyle bir usûlün anlamlı olup olmadığını veyahut halihazırdaki pozitif düzenlemelerin ifade edilen amaçları gerçekleştirmeye elverişli olup olmadığını sorgulamamız gerekmektedir. HMK Bilirkişi Yönetmeliği dışında, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Yönetmeliğinin (R.G.: 3.4.2012 tarih, S. 28253) bilirkişiliğe ilişkin bazı hükümlerinin burada belli ölçüde işlevsel olabileceği düşüncesindeyiz. Gerçekten de, zikredilen Yönetmeliğin "Bilirkişilerin elektronik

[1140] Çok basit bir hesaplamayla bir yılda üç yüz bilirkişi incelemesi, bilirkişinin bir dosyaya tatil günlerinde de çalıştığını varsayarsak, ortalama bir günden biraz daha fazla vakit harcayacağı anlamına gelmektedir. Aynı hesabı seri olarak ifade edilen davalar bakımından yapmaktan kaçınıyoruz.

[1141] Bu zorunluluk Fransız hukukunda basit bir formaliteden fazlasını ifade etmektedir. Gerçekten de, bu yöntem bilirkişilerin düzenli olarak belli bir mahkeme tarafından görevlendirilip görevlendirilmediğinin anlaşılması kadar, bilirkişilik faaliyetinin bir bütün olarak takibine ve aynı zamanda listeye kayıtlı bilirkişi sayısının ilgili uzmanlık dalına göre yeterli olup olmadığının tespit edilmesine hizmet etmektedir. Bu konuda bkz. Bourgeois, Julien ve Zavaro (1999), n° 91, s. 53.

ortamda işlem yapması" başlıklı 64. maddesinde, UYAP sistemi üzerinden bilirkişilerin görevlendirilebileceği, nihayet hâkimlerin, bilirkişilerin performanslarına ilişkin yapmış oldukları değerlendirmeyi yine UYAP sistemi üzerinde bir form doldurmak vasıtasıyla gerçekleştirebilecekleri öngörülmektedir.

Özellikle, bilirkişinin yerine getirdiği faaliyetin niteliğinin değerlendirilmesi ve bunun daha sonra söz konusu olabilecek görevlendirmeler bakımından bir ölçüt olarak kullanılabilmesi bakımından, hâkimin söz konusu formu doldurmasının önemli olduğu kanısındayız. Ancak Yönetmelikte bir serbesti tanınmış olması, bunun etkin şekilde kullanılması noktasında tereddüt uyandırmaktadır. Aynı husus bilirkişilerin UYAP üzerinden görevlendirilmelerinin de tercihe bağlı kılınmış olması bakımından da ifade edilebilir. UYAP sistemi dahilinde beklenen işlevin gerçekleşebilmesi, kanımızca bilirkişinin yerine getirdiği işlemlerin bir bütün olarak görülebilmesi için, listeye kayıtlı bilirkişiler bakımından elektronik imza sahibi olunmasının ve hâkimler bakımından bilirkişilerin performans değerlendirmelerinin zorunlu olmasıyla mümkün olabilir.

Şayet bu yol tercih edilmeyecekse önerimiz, Fransız hukukunun yaklaşımından ilham almak suretiyle, bilirkişinin bir adli yıl boyunca gerçekleştirdiği faaliyeti, hangi mahkeme tarafından tayin edildiğini, görevini hangi süre zarfında tamamladığını, adli yıl sonunda, listesine kayıtlı bulunduğu yargı çevresi adalet komisyonuna teslim etmesinin zorunlu kılınması, nitekim bu hususun, bilirkişinin listedeki kaydının yenilenmesi bakımından da bir koşul olarak aranması biçimindedir.

Burada değerlendirilebilecek son bir husus ise, listeye kaydolmaya engel teşkil eden bir hâlin, kayıttan sonra özel ve teknik bilgisine başvurulacak kimse şahsında gerçekleşmiş olmasıdır. Bilirkişinin seçimi faslında özellikle HMK Bilirkişi Yönetmeliğinin konuyu ele alış biçimi çerçevesinde bu mesele hakkında açıklamalarda bulunmuştuk[1142]. Bilirkişi listelerine kayıtlı bir kimsenin, daha sonra sayılan suçlardan biri nedeniyle hüküm giymiş olması hâlinde, henüz söz konusu kimsenin bilirkişi listesinden kaydı silinmiş olmasa da, bu kimselerin herhangi bir surette bilirkişi olarak tayin edilmemeleri gerektiği düşüncesindeyiz.

[1142] Bkz. yuk. *İkinci Bölüm, 3.4.2.* Nitekim Hukuk Muhakemeleri Kanunu Bilirkişilik Yönetmeliği yürürlüğe girmeden önce, gerek Ceza Muhakemesi Kanununa ilişkin Bilirkişi Listeleri Yönetmeliğinin 6. maddesinin (d) bendi, gerek TMMOB Bilirkişi Yönetmeliği'nin 5. maddesinin (f) bendi, affa uğramış olsalar dahi, yüz kızartıcı bir suçtan hüküm giymiş olan kimselerin bilirkişi sıfatıyla listelere kaydolunamayacağını düzenlemekteydi. Bilirkişilik Yönetmeliğinin 7. maddesinin c ve ç bentlerinde bahsedilen hususlar benzer şekilde düzenlenmektedir.

Buna karşılık Yargıtay, bilirkişilik yapmaya engel teşkil edecek hususları daha geniş yorumlamak eğilimindedir. Gerçekten de konuya ilişkin bir kararda, bir kimsenin bahsettiğimiz hâllerden biri nedeniyle tutuklanmış olmasının da, bilirkişi olarak tayinine engel olarak kabul edilmesi gerektiği belirtilmektedir[1143]. Bu yöndeki yaklaşım, herhangi bir beraat hükmü elde edilmediği müddetçe, bilirkişi olarak tayin edilebilme imkânını sınırlandırabilecek bir husustur. Ne var ki, tutukluluk hâlinin yukarıda işaret ettiğimiz Yönetmelik gereği bir bilirkişi listesine kaydolmaya engel bir gerekçe oluşturmayacağı açıktır.

3.5.3. Bilirkişinin uzmanlık bilgisinin uyuşmazlık konusu vakıa meselesi hakkında olması

Bilirkişinin listeye kayıtlı olanlar arasından tayin edilirken ilk dikkate alınması gereken ölçütün, tayin edilen bilirkişinin uzmanlığının bilirkişi görüşüne ihtiyaç duyulan vakıa meselesi hakkında olduğu kanısındayız[1144]. Gerçekten de, uyuşmazlık konusu vakıa bakımından, özel ve teknik bilgiye tam olarak hangi somut noktaların tespiti veya değerlendirilmesi için ihtiyaç duyulmaktaysa, hâkimin bilirkişinin yahut bilirkişilerin belirlenmesi konusundaki tercihini de buna göre yapması gerekir. Esasen bu da kanımızca, henüz bilirkişi incelemesine başvurulmadan vakıa meselesinin kapsam ve niteliğinin ilk derece mahkemesi tarafından doğru bir şekilde algılanması ve tespitine bağlı bir husustur.

[1143] Yargıtay'a göre tutukluluk kararına sebebiyet veren olay, bilirkişi incelemesinin konusunu oluşturan dava ile ilgili olmasa dahi, bilirkişiye duyulan güvenin yitirilmesi için yeterli bir sebep oluşturmaktadır. "*Mahkeme kararlarının her türlü kuşku ve tereddütten uzak olması gereklidir. Bilirkişinin rüşvet aldığı olay bu dosya ile ilgili bulunmasa da söz konusu haber nedeniyle bilirkişiye duyulan güvenin yitirilmesi de kaçınılmazdır. Bilirkişi teknik eleman olup heyette görev alan diğer bilirkişinin hukukçu ve 3. bilirkişinin de bir teknik adam olması karşısında rapora etki yapılabileceği ortadadır. Bu nedenle mahkemece Prof. ...'in yer aldığı asıl ve ek bilirkişi raporları yok sayılarak yeniden oluşturulacak bilirkişi kurulundan gerektiğinde mahallinde keşif yapılması suretiyle tarafların iddia ve savunmalarını kapsayacak ve raporlara itiraz ile çelişkiyi giderecek şekilde kapsamlı rapor alınması…* (gerekir)". 15. HD, 13.6.2005, 6147/3542 (*Legal Hukuk Dergisi, 2006/42,* s. 1786 vd.).

[1144] Bununla birlike Fransız hukuku bakımından dile getirilen bir görüş, hâkimin bilirkişi tayininde bu hukuk sistemi bakımından sahip olduğu serbestî karşısında, bilirkişinin uzmanlık dalının, tevdi edilen görevin ilişkin olduğu uzmanlık dalından farklı olmasının çok önemli olmadığı görüşünü dile getirdiklerini görmekteyiz. Buna gerekçe olarak, hâkimin, bilirkişinin söz konusu mesele hakkında kendisini aydınlatabilecek kapasitede olduğu kanısında olmasının bu bakımdan yeterli bir husus olduğu dile getirilmektedir. Örneğin bkz. Redon (2011), n^{o} 57, s. 12. Biz bu yaklaşıma, Türk hukuku bakımından düşündüğümüzde, tereddütle yaklaşmaktayız.

Nitekim, ilk derece mahkemesinin kimi zaman temelde uyuşmazlık konusu vakıayı doğru tespit edememesi yahut bunun kapsam veya niteliğinde hataya düşmesi durumunda, bilirkişinin hangi uzmanlık dalından tayin edileceği konusunda elverişsiz bir tercihte bulunması, olması gereken tercihe kanun yolları aşamasında işaret edilmesine yol açmaktadır. Hatta öyle ki Yargıtayın bazı kararınlarda görevlendirilmesi gereken bilirkişinin yahut bilirkişilerin uzmanlık dalları son derece ayrıntılı bir şekilde tarif edilebilmektedir[1145]. Öte yandan bu konuda görüşüne başvurulan bilirkişinin dahi başvurulması gereken uzmanlık dalı bakımından mahkemeye yardımcı olması mümkün olabilir[1146].

Kimi zaman ise, ilk derece mahkemesi tarafından uyuşmazlık konusu vakıa doğru şekilde tespit edilmiş olmakla birlikte, uzmanlık dalları arasındaki nüanslar göz ardı edilebilmektedir. Nitekim, Yargıtay da bazı kararlarında, birbirine yakın görünen

[1145] Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin 2010 yılında vermiş olduğu bir karar bu açıdan dikkat çekicidir. Karara konu olan menfi tespit davasının konusunu oluşturan uyuşmazlıkta davacı şirket, sanayi sicil belgesine sahip olmasına rağmen, ticarethane tarifesine göre faturalandırılması nedeniyle zarara uğradığı iddiasıyla yerel elektrik dağıtım şirketi aleyhine dava açmıştır. Uyuşmazlık farklı tarife uygulaması hakkında olmasına rağmen, ilk derece mahkemesi iki elektronik mühendisi ile bir hukukçuyu bilirkişi sıfatıyla görevlendirmiş ve hükmünü verilen görüş doğrultusunda oluşturmuştur. 19. Daire ise, "*…(u)yuşmazlık farklı tarife uygulamasından kaynaklanmakta olup, fatura bedelinin miktar olarak tespitinde bir uyuşmazlık bulunmadığından, mahkemenin tarife farkından doğan gerçek zararla fatura bedelinin örtüştüğüne dair gerekçesi ve bilirkişinin bu konudaki tespiti somut olay bakımından bir önem taşımamaktadır"* hususlarını öncelikle belirtmekte, daha sonra ise, konuyla ilgili Enerji Piyasası Denetleme Kurulu Kararlarının gereken şekilde değerlendirilmediğine dikkat çekilmiş ve nihayet "*mahkemece enerji piyasası konusunda uzman bilirkişi kurulundan rapor alınıp… ilgili mevzuat hükümleri de gözetilmek suretiyle"* karar verilmesi gerektiği gerekçesiyle karar bozulmuştur. 19. HD, 9.4.2009, 10992/4816 (*Prof. Dr. Bâki Kuru Arşivi)*. Bir başka kararda ise 17. Hukuk Dairesi şu hususlara dikkat çekmektedir: "*…Mahkemece raporlar arasındaki çelişkinin giderilmesi ve bilirkişi raporunda K. Apartmanına ait bölümdeki toprağın suya doygun hale gelmesinin duvarın yıkılmasına neden olduğu belirtildiğine göre, toprak yapısının ve zemin özelliklerinin duvarın yıkılmasına etkisi, otopark işletmesi tarafından duvarın dayandığı toprak tabakasının kaldırılmasının zemine etkisi ve duvarın dengesini etkileyip etkilemediği gibi hususlarda Üniversitelerin ilgili bölümlerden seçilecek zemin etüdü konusunda uzman Jeoloji Mühendisi ve statik konusunda uzman İnşaat Mühendisi bilirkişilerden oluşan bilirkişi heyetinden ayrıntılı, denetime açık ve gerekçeli rapor alınarak davalıların kusur oranlarının belirlenmesi ve sonucuna göre karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde eksik inceleme ile karar verilmesi isabetli görülmemiştir"*. 17. HD, 23.12.2008, 3441/5695 (*Legal Hukuk Dergisi, 2009/76,* s. 1252 vd.). Konuya ilişkin bir diğer ilginç karar, 7. Hukuk Dairesi tarafından verilmiştir. Somut uyuşmazlık kaçak elektrik kullanımının varlığının tespit edilmesi olduğu hâlde, ilk derece mahkemesi bilirkişi sıfatıyla bir malî müşavire başvurmuş, nitekim 7. Daire bu sebeple kararı bozmuştur (bkz. 7. HD, 28.4.2009, 6734/1438 (*YKD, C. 35, 2009/12,* s. 2238 vd.).

[1146] *"Hükme esas alınan ve hukukçu bilirkişi tarafından düzenlenen raporun sonuç kısmının ikinci bendinde gerçek borç miktarının bir mali müşavir tarafından hesaplanması gerektiği belirtilmiştir. Bu durumda mahkemece iddia ve savunma çerçevesinde konusunda uzman bir bilirkişiye… inceleme"* yaptırılması gerektiği yönünde 19. HD, 3.6.2008, 11079/6101 (*Prof. Dr. Bâki Kuru Arşivi).*

uzmanlık dalları arasındaki ayrıma işaret ederek ilk derece mahkemelerine yol göstermektedir[1147].

3.5.4. Bilirkişi sayısı

Bilirkişinin tek mi, yoksa birden fazla mı tayin edilmesi gerektiği sorusuna verilmesi gereken yanıt, uyuşmazlık konusunun niteliğine ve ilişkili olduğu uzmanlık dalının birden fazla olup olmamasına göre belirlenmelidir. Yürürlükten kalkan 1086 sayılı Hukuk Usûlü Muhakemelerinin 276. maddesinin üçüncü fıkrası, kural olarak bir tek kişinin bilirkişi olarak tayin edilebileceğini, bununla birlikte üçten fazla bilirkişi seçilemeyeceğini öngörmekteydi. Bununla birlikte zikredilen hükme aykırılık, uygulamada, özellikle bilirkişilerin oybirliğiyle karar verdikleri hâllerde, genellikle nisbî bir bozma sebebi olarak görülmüştür[1148]. Burada öncelikle tek bilirkişinin, daha sonra da birden fazla bilirkişinin tayinini gerektiren hâlleri, konuya ilişkin genel ilkeler ile Hukuk Muhakemeleri Kanununun meseleyi ele alış biçimi bakımından tartışmamız gerekmektedir.

Tek bir bilirkişinin tayin edilmesi bakımından meselenin temelde basit olduğunu söylememiz mümkündür. Uzmanlık bilgisine ihtiyaç duyulan vakıa tek olduğuna göre, teorik olarak burada salt bir bilirkişiden görüş alınması gerekli ve yeterlidir. Bununla birlikte, bazı hukuk düzenleri hâkimin bu konudaki takdir yetkisini sınırlandıran, bir

---

[1147] *"...(R)aporu hükme esas alınan orman mühendisi ...'ın 10.05.2006 tarihli keşif sırasında yapılan kimlik tespitinde sadece belediyede görevli orman mühendisi olduğu yazılmış ve uzmanlık alanı belirtilmemiş ise de 2001 yılından sonra daireye temyiz incelemesi için gönderilen aynı kişinin bilirkişilik yaptığı çok sayıda dosyadan uzmanlık alanının orman mühendisliği olduğu anlaşılmıştır. Orman endüstri mühendisleri bir yerin hukuken orman sayılan yerlerden olup olmadığı konusunda değil, orman ürünlerinin işlenmesi konusunda uzman kişiler olup bu nedenle bu kişilerce hazırlanan raporların mülkiyete ilişkin uyuşmazlıklarda mahkemelerce hükme esas alınamayacağı açıklanmak sureti ile verilen kararlar bozulmaktadır. Temyize konu dosyada bilirkişi raporu bu nedenle hükme esas alınamaz".* 20. HD, 16.1.2008, 15443/277 (*Legal Hukuk Dergisi, 2008/64,* s. 1390 vd.).

[1148] Nitekim bkz. HGK, 20.10.1993, 8-855/593; HGK, 12.3.1980, 7-1119/1404 (karar metinleri için bkz. Deryal (2011), s. 275). Aynı doğrultuda bkz. 4. HD, 15.6.1967; 4. HD, 22.2.1966, 2415/2119 (zikreden R. Akcan (1999). *Usûl kurallarına aykırılığa dayanan temyiz nedenleri.* Ankara: Nobel, s. 168, 169 dn. 18). Bununla birlikte Yargıtay'ın HUMK'un yürürlükte olduğu dönem bakımından bilirkişi kurulunun üçten fazla sayıda bilirkişiden oluşturulmasını bozma sebebi addettiği kararları da bulunmaktadır. Nitekim bu konuda bkz. 15. HD, 5.6.2003, 640/3013 (karar metni için bkz. Deryal (2011), s. 275). Ayrıca bkz. 15. HD, 9.11.1979, 1849/2230; HGK, 4.2.1953, 3/178-29 (zikreden Akcan (1999), s. 168, dn. 17). Bu konuda ayrıca bkz. ve karş. Konuralp (2006), s. 200; Akcan (1999), s. 168 – 170; Bilge ve Önen (1979), s. 542; Alangoya, Yıldırım ve Deren-Yıldırım (2011), s. 363.

diğer söyleyişle sert; bazıları ise hâkime daha geniş bir takdir yetkisi tanıyan, yani biraz daha yumuşak bir yaklaşımı tercih etmektedir[1149].

Türk hukuku açısından, Hukuk Muhakemeleri Kanununun 267. maddesinde yer alan ifadeye baktığımızda, onun ilk gruba dâhil olduğunu söyleyebiliyoruz: "Hâkim, bilirkişi olarak *yalnızca* bir kişiyi görevlendirir". Benzer şekilde Fransız Medenî Usûl Kanununun 264. maddesi, hâkimin birden fazla bilirkişi tayinini zorunlu görmediği müddetçe, *sadece* bir kişiyi bilirkişi olarak tayin edebileceğini öngörmektedir (C. pr. civ., art. 264)[1150]. Buna karşılık İsviçre[1151] ve Alman[1152] hukuklarında ise, başvurulacak bilirkişi sayısı bakımından daha yumuşak ifadelerin tercih edildiğini görmekteyiz.

Başta da benzer şekilde ifade ettiğimiz gibi, uzmanlık bilgisine ihtiyaç duyan her bir vakıa meselesi hakkında kural olarak, tek bir bilirkişiden görüş alınması gündeme gelir. Bu bağlamda, aynı uyuşmazlık içinde bir veya birden fazla bakıa meselesinin bulunması bakımından bir farklılık yoktur[1153]. Ancak bunun için söz konusu vakıaların birbirinden bağımsız bir niteliğe sahip olması gerekmektedir[1154].

[1149] Bilirkişi sayısının herhangi bir medenî usûl kanununda zikredilmemesi ise istisnaidir. Nitekim Belçika hukukunda durum bu şekildedir. Belçika Yargılama Kanununun 962. maddesinde bu konuda sadece hâkimin *bilirkişileri* tayin edebileceği ifade edilmektedir (CJ, art. 962, al. 1). Bununla birlikte, Belçika hâkimi de başta tek bir bilirkişinin tayinine karar vermişse, daha sonra ortaya çıkan yeni bir takım hususlar haklı göstermediği sürece bu kararda değişikliğe gidip bir bilirkişi kurulu oluşturamamaktadır (Bkz. Mignolet (2009), n° 44, s. 76).

[1150] İtalyan ve İspanyol hukukları da bu doğrultudadır. Bkz. İspanyol hukuku için LEC, art. 339, al. 6; İtalyan hukuku için c.p.c., art. 191, al. 2. İlgili düzenlemelerde İspanyol hukuku bakımından, bilirkişinin hâkim tarafından re'sen tayin edildiği hâllere münhasır olarak birden fazla vakıa meselesinin söz konusu olmadığı, İtalyan hukuku bakımından ise ciddî bir zorunluluk gerektirmediği sürece tek bilirkişi tayin edileceği öngörülmektedir.

[1151] Nitekim, İsviçre Federal Medenî Usûl Kanununun 183. maddesi, mahkemenin bir veya birden fazla bilirkişiye *başvurabileceğini* (bkz. CPC Suisse, art. 183, al. 1) düzenlemektedir. Buna karşılık İsviçre Federal Medenî Usûl Kanunundan önceki dönemde kanton hukukları arasında çeşitli farklılıklar bulunmaktaydı. Örneğin Nöşatel ve Friburg kantonlarındaki yaklaşım hâkimin kural olarak bir bilirkişi tayin edebileceği, şayet somut uyuşmazlık bakımından gerekliyse birden fazla bilirkişi tayin edebileceği biçimindeydi (bkz. CPC/N, art. 269 ve CPC/FR, art. 250). Buna karşılık Bâl Kantonu medenî usûl hukukunda kural, birden fazla bilirkişi tayin edilebileceği, basit hâllerde ise tek bilirkişi tayinine imkân tanınması yönündeydi (bkz. ZPO/BL, § 151). Vaud Kantonundaki düzenleme mevcut Federal Medenî Usûl Kanunundaki hükme paraleldi (bkz. CPC/VD, art. 221). Nihayet Cenevre ve Tessin Kantonlarında HMK'ya paralel şekilde bir veya üç bilirkişinin tayin edilebileceğinin öngörüldüğünü görüyoruz (bkz. CPC/GE, art. 257 ve CPC/TI, art. 248, al. 1. Bu toplu bakış için bkz. Bettex (2006), s. 89, dn. 425. Ayrıca bkz. Vouilloz (2009a), s. 584.

[1152] Alman Medenî Usûl Kanununun 404. paragrafının birinci fıkrasının ikinci cümlesinde, tayin edilecek bilirkişi sayısının tek bir bilirkişiyle *sınırlandırılabileceği* ifade edilmektedir (dZPO § 404, 1).

[1153] Ayrıca bkz. Alman hukuku bakımından bunu dile getiren K. H. Schwab (1968). Allemagne. *L'expertise dans les principaux systèmes juridiques de l'Europe.* Paris: Éditions de l'Épargne, ss. 91 – 111, s. 98. Nitekim bu husus, İspanyol Medenî Usûl Kanununun 339. maddesinin altıncı fıkrasında da açıkça vurgulanmaktadır. Buna göre bilirkişi incelemesinin konusunu oluşturan her bir mesele hakkında tek bilirkişi tayin edilir (LEC, art. 339, al. 6).

[1154] Ayrıca bkz. Pekcanıtez, Atalay ve Özekes (2011), s. 514, 515.

Esasen usûl ekonomisi ilkesi gereği de ideal olan durum, tek bir bilirkişiyle yetinilmesidir. Nihayetinde tek bir vakıa meselesi için bir bilirkişi tayin edilmesi yerine bir kurul oluşturulması hâlinde yapılacak olan gider ve masraflar şüphesiz daha fazladır. Bu durum aynı zamanda incelemenin tek bilirkişinin gerçekleştireceğinden daha uzun sürmesine de yol açabilmektedir[1155]. Ancak, bir bilirkişi kurulu tayin etmeyi haklı gösteren koşullar ve bu sayede uyuşmazlığın çözümü bakımından elde edilecek olan sonuç, ekstra gider ve masrafta bulunulmasını ikinci plânda bırakabilmektedir[1156].

Nitekim, *birden fazla bilirkişinin tayin edilmesi* bakımından, hâkimi bu yönde tercihte bulunmaya sevk eden sebepler, kanımızca üçlü bir ayrım altında irdelenmelidir. Bunlardan birincisi, *vakıa açısından çeşitlilik*, ikincisi, tek bir *vakıanın farklı uzmanlık dallarının konusunu oluşturması* ve nihayet *vakıa meselesinin* tek bir uzmanlık dalının konusunu oluştursa da nitelik itibariyle *karmaşık bir görünüm arz etmesi*dir[1157]:

Birincisi bakımından, Taraflar arasında çekişmeli olan vakıalar birden fazla olsa dahi, bunlar her zaman birbirinden bağımsız bir nitelik arz etmemektedir. Hatta tersine, görülmekte olan bir davada taraflarca ileri sürülen vakıalar ve bunlara içkin olan olaylar birbiriyle ilişkili, kimi zaman biri diğerine bağlı, zincirleme şekilde oluşan ve taraflar arasındaki uyuşmazlığı doğuran bir bütün de oluşturabilmektedir[1158].

[1155] Bkz. ve karş. Kuru (2001), C. III, s. 2699. Yazar özellikle miktar itibariyle müddeabihi düşük davalarda tek bilirkişiyle yetinilmesi görüşündedir. Ayrıca bkz. ve karş. Deryal (2010), s. 272, 273. Diğer taraftan *Atalay,* miktar düşük olsa dahi, esas itibariyle birden fazla uzmanlık alanına ihtiyaç duyulup duyulmamasının taşıdığı öneme dikkat çekmektedir (bkz. Atalay (2001a), s. 179, 180). Öte yandan yine meselenin usûl ekonomisinin bir gereği olduğu bağlamında bkz. Fransız hukuku bakımından Moussa (1988), s. 259; Devèze, Cozian ve Petitjean (1991), n° 547, s. 204; *Conférences de consensus* (2007), s. 30. Belçika hukuku bakımından J. Arets ve G. Horsmans (1968). Belgique. *L'expertise dans les principaux systèmes juridiques de l'Europe.* Paris: Éditions de l'Épargne, ss. 113 – 131, s. 122.

[1156] Karş. *Conférence de consensus* (2007), s. 30.

[1157] Konuya diğer bakış açıları için bkz. ve karş. Fransız hukuku bakımından Moussa (1988), s. 259; *Conférences de consensus* (2007), s. 30. Ayrıca bkz. ve karş. Türk hukuku bakımından Pekcanıtez, Atalay ve Özekes (2011), s. 514, 515; Yılmaz (2012), s. 1201. İsviçre hukuku bakımından Vouilloz (2009a), s. 584. Hâkim tarafından yerine getirilmesi gereken husus, birden fazla bilirkişinin görevlendirilmesine kanaat getirdiği hâllerde, bu durumun gerekçesini göstermektir (gerekçe gösterme zorunluluğu konusunda ayrıca bkz. yuk. *İkinci Bölüm, 2.2*).

[1158] Bu durumun farklı şekillerde söz konusu olabildiğini görüyoruz. Örneğin bir kooperatifin yönetim kurulu tarafından zarara uğratıldığı iddiasıyla açılan bir tazminat davasında, "*…sözleşmelerin zamanında yerine getirilmediği… ek sözleşmelerin gerekçesi… ödemelerin haklı gerekçesi bulunup bulunmadığı… işlerin zamanında tamamlanıp tamamlanamadığı ve tamamlanmamışsa bunun nedenleri… cezai şarta ilişkin hükümlerin hangi gerekçe ile uygulanmadığı, davalıların kooperatife ait alacak ve aidat borçlarının tahsiline yönelik gerekli yasal girişimlerde bulunup bulunmadıkları"* biçiminde ileri sürülen vakıalar, kooperatifin zarara uğradığı vakıasını meydana getirmekte, birbirinden farklı fakat birbiriyle ilişkili bir bütün arz etmekte ve doğal olarak birbirinden farklı uzmanlık bilgisine sahip bilirkişilerin bir arada görev yapmasını gerektirmektedir. Bkz. 11. HD, 4.11.2004, 1155/10815 (*KBİBB*). Yine bir işe iade davasında *"alt işverenlik ilişkisinin muvazaalı olup olmadığı, muvazaa yoksa fesihten önce davacının davalı işveren ait işyeri veya işyerlerinde istihdam edilip edilemeyeceği, fesihten makul bir süre önce ve*

İkincisi bakımından, ortada taraflar arasında bir bilirkişi incelemesinin konusunu oluşturmaya elverişli ve çekişmeli tek bir vakıa meselesi bulunmakla birlikte, bu vakıanın farklı uzmanlık bilgilerini gerektiren hususları içinde barındırması, sonuç olarak farklı uzmanlık dallarından bilirkişilere ihtiyaç duyulmasına yol açmaktadır[1159].

Nihayet *üçüncü olarak,* vakıanın niteliğindeki karmaşıklık, bu sefer hâkimi aynı uzmanlık dalından birden fazla bilirkişiyi kurul hâlinde görevlendirmeyi de haklı gösterebilmektedir[1160].

Bilirkişi sayısının birden fazla olmasını gerektiren hâllerin varlığı, bu sefer iki tartışmayı daha gündeme getirmektedir. Bunlardan birincisi, *bilirkişi kurulunun çift sayıda bilirkişiden oluşturulup oluşturulamayacağı*, diğeri ise, tayin edilecek *bilirkişi sayısında bir sınırlandırmanın söz konusu olup olmayacağıdır*.

---

sonra işyerine yeni işçi alınıp alınmadığı" kısaca feshin son çare olması ilkesinin uygulanıp uygulanmadığını belirlemek, ona yol açan birbirinden farklı vakıaları mühendis, muhasebeci gibi farklı uzmanlık dallarından bilirkişilerin bir arada değerlendirmesini gerektirmektedir. Bkz. 9. HD, 16.6.2008, 19899/16023 (*KBİBB*).

[1159] Örneğin taşıma sözleşmesinden kaynaklanan bir uyuşmazlık nedeniyle açılan davada, eşyanın sözleşmede öngörülen süreden sonra ulaşması sebebiyle zararın doğduğu ileri sürülmüştür. Geç teslim vakıası taraflar arasında çekişmesiz olduğu için, geriye tek bir vakıa, geç teslimden zarar doğması kalmaktadır. Burada zarara uğrayan tarafın üretim kaybı ve bunun parasal olarak tespiti, tek bir vakıanın birden fazla uzmanlığa, bu anlamda somut olay bakımından bir tekstil mühendisi ve muhasebe bilirkişisine ihtiyaç gösteren farklı yönlerini oluşturmaktadır. Bkz. 11. HD, 9.7.1992, 1164/8301 (*KBİBB*). Verebileceğimiz bir başka örnekte, eksik işçilik bildirimi nedeniyle tahakkuk ettirilen prim ve gecikme zammına ilişkin ödeme emrinin iptali istemiyle açılan bir davada, prim ödemesinin yapılmaması durumunda, ne kadarlık bir prim ve gecikme zammının ödenmesi gerektiği vakıası, davaya konu inşaatın yüzölçümü, kullanılan malzemenin niteliği, bu malzemeler bakımından esas alınması gereken birim fiyatlarının bir arada değerlendirilmesi gerektirmektedir. Böyle bir durumda Yargıtay iki ayrı mühendislik dalından birer ve ayrıca bir muhasebe bilirkişisinin görevlendirilmesi gerektiğine işaret etmektedir. Bkz. 21. HD, 17.5.2005, 78/5273 (*KBİBB*). Benzer şekilde, "*Hükme esas alınan 19 Kasım 2007 tarihli Adli Tıp Kurumu Başkanlığı, 5. Adli Tıp İhtisas Kurulu raporunda, alkol seviyesi 0,46 promil olarak saptanan davacı aracının sürücüsünün, sürüş ehliyetinin ne kadar etkilendiği hususunun kurulca tespit edilemediği, kazanın münhasıran alkolün etkisiyle meydana gelip gelmediği hususunun sadece kişinin alkol düzeyinin değerlendirilmesi ile tespit edilemeyeceği, kaza oluşumuna sebep olabilecek yol, araç, iklim durumu v.s. gibi diğer koşulların kazadaki rolünün değerlendirilmesinin tıbbi bir konu olmadığı bildirilmiştir. Bu nedenle bilirkişi raporu hükme yeterli değildir. Olay, alkol alınması sebebiyle aracın güvenli sürülme yeteneğinin kaybedilmesi sonucu meydana gelmiş ise zarar, teminat kapsamı dışında kalacaktır. Bu durumda mahkemece, aralarında nöroloji uzmanı ve trafik konularında uzman bir bilirkişinin de bulunduğu kuruldan, tüm dosya kapsamı ve Sarıkaya Sulh Ceza Mahkemesinin 2007/1-35 E.K. sayılı dosyası da gözetilmek suretiyle sürücünün kusurlu hareketinin münhasıran alkolün etkisiyle gerçekleşip gerçekleşmediği konusunda rapor alınmalı ve sonucuna göre bir hüküm kurulmalıdır. Eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmayıp bu husus bozma sebebidir"*. 17. HD, 23.12.2008, 3901/5676 (*Legal Hukuk Dergisi, 2009/76,* s. 1254 vd.).

[1160] *Conférence de consensus* (2007), s. 30; Moussa (1988), s. 259. Yargıtay'ın kimi kararlarında kadastro tespiti veya meraya ilişkin uyuşmazlıklarda, diğer teknik bilirkişiler yanında görev yapacak ve yöreyi bilen kimseler arasından seçilmeleri nedeniyle objektif bir görüşün sağlanabilmesi için üç kişilik bir *yerel* bilirkişi seçimine işaret ettiğini görüyoruz. Örneğin bkz. "*…(Y)öreyi iyi bilen elverdiğince yaşlı, yansız, dava konusu taşınmazın bulunduğu beldeye komşu dava sonucunda yararı olmayan köy yada belde halkından seçilecek üç kişilik yerel bilirkişi kurulu… uzman bilirkişi fen memuru, uzman, ziraatçi ve jeolog bilirkişi hazır olduğu halde taşınmazlar başında yeniden keşif yapılmalı…"* 7. HD, 6.4.2004, 458/1318 (*KBİBB*).

Kanun koyucu, HMK m. 267 hükmünü kaleme alırken, çift sayıda bilirkişi tayinine engel olmak amacıyla, kurulun sadece *tek* sayıda bilirkişiden meydana getirilebileceğini öngörmüştür (bkz. m. 267). Böyle bir düzenlemede bulunulmasının yegâne amacının, çift bilirkişiden meydana gelecek kurulda bilirkişiler arasında oybirliğinin sağlanamaması hâlinde ortaya çıkabilecek sorunların önüne geçmek olduğunu görmekteyiz[1161]. Zira, esas itibariyle oyçokluğu sağlanamamış bilirkişi raporu karşısında, yeni bir bilirkişi incelemesine başvurma gereğinin ortaya çıkması şaşırtıcı olmayacaktır.

1086 sayılı Kanun döneminde HUMK m. 276 hükmünde bilirkişinin üçten fazla olamayacağı hükmü karşısında açık bir sınırlandırma olmaması sebebiyle, bazı mahkemeler, bunu iki bilirkişinin de seçilebileceği şeklinde yorumlamakta ve çift kişilik bilirkişi kurulu oluşturabilmekteydi. Yargıtay[1162] ve onu takiben öğreti[1163], bu dönem boyunca bilirkişiler arasında oybirliği bulunması hâlinde bunun bir problem teşkil etmediği, fakat buna karşılık bilirkişiler hakkında görüş ayrılığı mevcut ve mahkeme esas hakkındaki kararını raporda yer alan görüşlerden birine dayandırarak vermişse, bunu tek başına bir bozma sebebi olduğunu kabul etmiştir.

Buna karşılık, tek bir uzmanlık dalının söz konusu olması durumunda, aynı uzmanlık dalında üç bilirkişiden ibaret bir kurul oluşturulması açısından, bilirkişilerin görüş ayrılığına düşme ihtimalinin önüne geçmek adına bu yaklaşım kabul edilebilir. Ancak bu ihtimalin dışında, bir bilirkişi kurulunun salt tek sayıda bilirkişiden oluşturulmasını haklı gösterecek bir diğer gerekçenin olmadığı kanısındayız. Gerçekten de, çözümü uzmanlık bilgisini gerektiren vakıa meselesinin, iki farklı uzmanlık dalından çift sayıda bilirkişinin tayinini gerektirmesi pek tabii ki mümkündür[1164]. Bu

---

[1161] Ayrıca bkz. Yılmaz (2012), s. 1201.

[1162] Örneğin "*...Mahkemece iki kişiden oluşan ve birbirine aykırı düşünce belirtilen bilirkişilerden birinin düşüncesi hükme temel alınmıştır. Bilirkişiler HUMK'nun 276. maddesi uyarınca iki kişiden de oluşabilir. Fakat, oybirliğine varmadıkça karar için benimsenemez. Olayda oybirliği bulunmadığına göre, aykırı düşüncelerden birinin yeğlenmesine olanak yoktur. Bu bakımdan karar yanılgılıdır."* 19. HD, 12.12.2003, 10729/12609 (T. Uyar (2004). *İcra ve iflâs kanunu şerhi, C. III,* Ankara: 2. Bası, Feryal, s. 4931). Ayrıca bkz. HGK, 4.11.1981, 12-201/714 (*YKD,* 1982/5, s. 623); 14. HD, 13.2.1975, 693/913 (*YKD,* 1975/11, s. 94 – 96); HGK, 5.4.1967, 8/137-163 (*İKİD,* 1967/80, s. 5532, 5533). Ayrıca bkz. her üç kararı da zikreden Akcan (1999), s. 169, dn. 21.

[1163] Örneğin bkz. Alangoya, Yıldırım ve Deren-Yıldırım (2009), s. 363; Akcan (1999), s. 169 vd.

[1164] İlgili maddenin eleştirisi bakımından aynı yönde Alangoya, Yıldırım ve Deren-Yıldırım (2006), s. 144; T. Ö. Kiraz (2012). *6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile getirilen yenilikler.* Ankara: Adalet, s. 48. Ceza yargılaması hukuku bakımından haklı olarak bu noktaya dikkat çeken Y. Öntan (2011). *Ceza muhakemesi hukukunda bilirkişilik.* Ankara: AÜSBE Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, s. 89, 90. Ayrıca bu yönde bkz. Önder (1968), s. 526.

durum karşısında meselenin güncelliğini hâlen korumakta olduğu konusunda bir tereddütümüz yoktur[1165]. Kanunun açık hükmü karşısında, akla gelebilecek ilk mesele, vakıa meselesi salt iki uzmanlık dalının konusunu oluşturduğu takdirde, hâkimin üç kişilik bilirkişi kurulunu ne şekilde oluşturacağıdır. Burada sorulması gereken soru, hâkimin, uzmanlık dallarından biri bakımından fazladan bir bilirkişi mi tayin edeceğidir. Şayet buna olumlu yanıt vereceksek, bu, hangi ölçüt esas alınarak yapılacaktır?[1166]. Bir diğer yol, tek bir rapor yerine, birden fazla, tek sayıda bilirkişiden veya kurulundan rapor almaktır. Ne var ki, tek bir vakıa meselesi için ayrı ayrı rapor almak, farklı vakıa meselesi için iki ayrı bilirkişiye gitmekten farklı olup, kanımızca usûl ekonomisi ilkesine de aykırı olabilecektir.

Karşılaştırmalı hukuka baktığımızda da bilirkişinin tek sayıda olma zorunluluğuna işaret eden genel bir düzenlemeye pek rastlamamaktayız. Nitekim böyle bir zorunluluk genel olarak ne İsviçre (bkz. CPC Suisse, art. 183), ne Fransız (bkz. C. pr. civ., art. 264), ne Alman (bkz. dZPO § 404, 1), ne de İtalyan (c.p.c., art. 191) hukukunda öngörülmektedir.

Nihayet, ikinci olarak, Türk hukukunda mahkemeleri tek sayıda bilirkişi kurulu oluşturmaya sevk eden sebepleri sorgularken, sorunu mahkemelerin bilirkişi kurulu oluşturma usûlü konusunda sahip oldukları yargısal alışkanlıkta da aramamız gerektiği düşüncesindeyiz. Türk uygulamasında, yukarıda özellikle vakıa ve hukuk ayırımı açısından bilirkişi incelemesinin konusuna ilişkin olarak aktardığımız pek çok kararda yer aldığı üzere, ilk derece mahkemeleri, bilirkişi kurulunu oluştururken atadığı iki teknik bilirkişinin yanına sıklıkla bir de hukukçu sıfatıyla bir bilirkişi daha ilâve etmekte, Yargıtay da kimi kararlarında Kanuna açıkça aykırı olan bu hususu teşvik etmekte, hatta bu türden bir bilirkişi kurulunun oluşturulmamasını bir bozma sebebi saymaktadır[1167]. Bu itibarla mahkemeler uygulamasında üç bilirkişiden meydana getirilen kurullar, çoğu kez, aslında iki – uygun bir ifade olmamakla birlikte – *teknik*

[1165] Aksi fikirde Umar (2011), s. 763. Yazar, aynı görüşte olmak kaydıyla iki kişilik bilirkişi kurulunun oluşturulmasına imkân veren 9.2.1972 tarihli Hukuk Genel Kurulu kararı çerçevesinde, bu konunun artık tartışılmasına bir gerek bulunmadığı görüşündedir. Ancak hemen sonra, bilirkişinin tek sayıda olmaması hâlinde dahi oybirliğiyle karar verilmesi durumunda bunun sonuca etkili bir usûl hatası olmadığını bir Yargıtay kararına atıfla dile getirmektedir (bkz. s. 763).

[1166] Bkz. ve karş. Öntan (2011), s. 90. Nitekim yazar bu sayılanlara ek olarak iki uzmanlık alanının birbiriyle çelişmesi durumunda sırf oy çokluğu sebebiyle bir alanın verilerinin tesiri altına kalınabileceğini belirtmektedir.

[1167] Konuya ilişkin genel açıklamalar ve uygulamadan verdiğimiz örnekler için bkz. yuk. *Birinci Bölüm, 2.3.2.2.*

bilirkişiden ve HMK m. 266 (ve yürürlükten kalkan 1086 s. K. m. 275) gereği atanmaması gereken bir hukukçudan oluşmaktadır. Bir başka deyişle, uygulamada, bilirkişi incelemesine ihtiyaç duyan vakıa meselelerinin önemli bir kısmında, aslında iki *teknik* bilirkişi yeterli olup, bir üçüncüsüne ihtiyaç bulunmamaktadır. Ne var ki, bu yargısal alışkanlık nedeniyle ortaya çıkan bilirkişi kurulu algısı, kanımızca etkisini kanun koyucunun tercihinde de göstermiştir.

Diğer taraftan burada iki noktaya daha dikkat edilmesi gerektiği düşüncesindeyiz. Tek sayıda bilirkişi kurulu her ne kadar, bilirkişilerin aralarında anlaşmazlığa düşmeleri hâlinde, oyçokluğunun sağlanmasına hizmet edebilirse de, uygulamada söz konusu olan şey, böyle bir durumda yeniden bilirkişi incelemesine başvurulmasıdır. Nitekim Yargıtay kararları da, ilk derece mahkemelerini bu şekilde hareket etmeye yönlendirmektedir[1168]. Yargıtay'ın bu yaklaşımı varolan düzenlemeyi kanımızca işlevsizleştirmektedir. Öte yandan çift sayıda bilirkişiden bir kurul oluşturulmasının dün olduğu gibi bugün de, bilirkişiler aynı yönde görüş verdikleri ve sağlanan görüş de taşıması gereken koşullara sahip olduğu sürece, bu durum hükmü tek başına olumsuz etkileyemeyeceğinden, tek başına bir bozma sebebi oluşturmayacağı kanısındayız[1169].

Bilirkişi sayısında kural olarak, açık bir sınır bulunmamakla birlikte, pek tabii ki, üç bilirkişiden oluşan bir kurulun tayin edilmesi gibi, beş veya daha fazla sayıda bilirkişiden kurul oluşturulmasına ihtiyaç duyulan hâllerde, bunun gerekçesinin gösterilmesi gerekecektir. Buna karşılık, bilirkişi sayısına ilişkin açık bir sınırlandırmanın söz konusu olması, kanun koyucunun belli hâller bakımından kaç bilirkişinin tayin edilmesi gerektiğine işaret ettiği durumlarda kendisini göstermektedir. Örneğin, Türk hukukunda Kadastro Kanununun 7. maddesi, oluşturulacak bilirkişi kurulunun en az üç bilirkişiden oluşturulması gerektiğini öngörmektedir. Öte yandan

---

[1168] Nitekim raporun değerlendirilmesine ilişkin olarak, raporda aksi görüşün yer alması hâlinde Yargıtayın bu yaklaşımı hakkında bkz. aşa. *Üçüncü Bölüm, 2.4.1.2.*

[1169] Aslında burada bilirkişi kurulunun üçten fazla sayıda bilirkişiden oluşturulması açısından söz konusu olan tartışmalar da önemlidir. Zira, 1086 sayılı Kanun döneminde üçten fazla bilirkişi tayini yasaksa da, konunun başında da ifade ettiğimiz gibi, bu husus nispi bir bozma sebebi kabul edilegelmiştir. Yukarıda verilen örneklere ek olarak, 2001 yılında verilen bir Yargıtay kararına konu olan olayda, kıyı kenar çizgisinin, 3621 sayılı Kıyı Kanununun 9. maddesi gereğince kamu görevlilerinden oluşan beş kişilik bir komisyon tarafından tespit edilmesi gerekmektedir. Nitekim Yargıtay 1. Hukuk Dairesinin kararına konu olan ve kıyı kenar çizgisinin tespitinden kaynaklanan bir uyuşmazlıkta, ilk derece mahkemesi zikredilen Kanun maddesini göz önünde bulundurarak beş kişilik bir bilirkişi kurulunun oluşturulması yoluna gitmiştir. Buna karşılık 1. Daire, her ne kadar beş kişilik bilirkişi kurulunun varlığını HUMK m. 276 hükmüne aykırı görmüşse de, elde edilen raporun niteliği karşısında bir bozma sebebi olarak kabul etmemiştir. Bkz. 1. HD, 11.9.2001, 7203/8938 (*KBİBB*). Ayrıca bkz. Akcan (1999), 168 vd. Ayrıca bkz. Atalay (2001a), s. 179; Alangoya, Yıldırım ve Deren-Yıldırım (2009), s. 363.

bazı yabancı ülkelerde de bu sayının ne olması gerektiğine yönelik düzenlemelere rastlamaktayız. Nitekim Fransız Medenî Kanununun çeşitli maddelerinde, örneğin taşınmaz satışının iptalinde zararın değerlendirilmesinde (Art. 1678, CC) veyahut aklî melekelerde bozulma nedeniyle açılan boşanma davasında bu hastalığa ilişkin olarak (Art. 1125, C. pr. civ.) üç bilirkişinin tayin edilmesi gerektiği açıkça öngörülmüş durumdadır[1170].

Nihayet birden fazla bilirkişiden oluşan bir bilirkişi kurulunun söz konusu olması hâlinde, bu sefer bunların çalışma biçimi ve raporlarını ne şekilde sunmaları gerektiği gündeme gelmektedir. Bu meseleyi, aşağıda bilirkişi incelemesinin yerine getirilmesine ilişkin meseleler etrafında ele almaya çalışacağız[1171].

3.5.5. Tarafların rolü

Bilirkişinin tayin edilme usûlü bakımından, Hukuk Muhakemeleri Kanununun 268. maddesinin, mülga Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanununun 276. maddesinde öngörülen ilkeden temelde ayrıldığını görüyoruz. Gerçekten de, 1086 sayılı Kanun, uygulamada çoğu kez rastlanıldığı üzere teorik düzeyde kalmış olsa dahi, bilirkişinin kim olacağının belirlenmesinde ilk söz hakkını taraflara tanımıştır. Buna karşılık HMK m. 268 hükmü, taraflara bu nev'iden tanınan bir yetkiden söz etmemekte, bölge adliye mahkemeleri (bölge adliye mahkemeleri fiilen yürürlüğe girene kadar yargı çevresi adli yargı adalet komisyonları) nezdinde tutulması öngörülen listelere kayıtlı bilirkişiler arasından görevlendirilmenin gerçekleştirileceğine işaret etmektedir. Burada ilk etapta, taraflara tanınmış bir söz hakkından bahsedilmemiş oluşunu bilirkişinin listeden seçiminin tamamen hâkimin yetkisine bırakılan bir konu olarak anlamak mümkün olabilir. Ne var ki, Kanunun lâfzî yorumunun dahi buna izin vermeyeceğini söylememiz mümkündür.

Şurası kesindir ki, Kanunun ifadesi karşısında tarafların bir bilirkişide mutabık kalması hâlinde, kural olarak bu kimsenin bilirkişi olarak tayin edilmesi, diğer bir deyişle hâkimin bu tercihle bağlı olacağı yönündeki prensip, Hukuk Muhakemeleri Kanununun yürürlüğe girdiği an itibariyle ortadan kalkmıştır. Ne var ki buradaki

[1170] Ayrıca bkz. Moussa (1988), s. 259.
[1171] Bkz. aşa. Bilirkişi incelemesinin şahsen yerine getirilmesi bağlamında *Üçüncü Bölüm, 1.2.1.3.* Raporun hazırlanması konusunda ise bkz. aşa. *Üçüncü Bölüm, 2.2.1.*

görüşümüz, hukukî dinlenilme hakkının, gerek bilirkişi incelemesine başvuruda (bkz. HMK m. 266) gerek bilirkişinin görev alanının belirlenmesinde, açıkça gözetilecek olması karşısında, hâkimin bu konuda da taraflara söz hakkı tanımak zorunda olduğu yönündedir. Aksi durum, bilirkişinin bağımsızlığı ve tarafsızlığına ilişkin HMK m. 272 hükmü bir yana, onun uzmanlık bilgisinin ve bu görevi yerine getirmek konusundaki yeterliğinin taraflarca tartışılması imkânını ortadan kaldırmak olur ki, böyle bir yaklaşımın Hukuk Muhakemeleri Kanununun öngördüğü sistem ile bağdaşmayacağı düşüncesindeyiz.

Diğer yandan tarafların yargı çevresi nezdinde tutulan listeye kayıtlı olması şartıyla belli bir bilirkişi üzerinde anlaşmaları durumunda, hâkim böyle bir seçimle bağlı olmasa da, tarafların üzerinde uzlaştığı bilirkişiyi seçmekten hangi nedenle sarfınazar ettiğinin gerekçesini, gerek bilirkişi incelemesine ilişkin ara kararında gerek kendi tayin ettiği bilirkişinin görüşünü hükmüne esas almışsa, söz konusu kararda, mutlaka açık bir şekilde göstermesi gerektiği kanısındayız.

3.5.6. Bilirkişiliği kabul mecburiyeti ve sınırları

Görevi kabul mecburiyetinin genel çerçevesi bakımından iki farklı yaklaşımın söz konusu olduğunu söyleyebiliriz. Bunlardan ilki, bilirkişi olarak tayin edilen kimseye bir serbesti tanımak, diğer yaklaşım ise, mahkeme tarafından tayin edilecek kimseleri belli şartlar dâhilinde, tevdi edilen görevi kabul yükümlülüğü altında bırakmak yönündedir. Kanımızca Türk hukuku bunlardan ikincisine karşılık gelmektedir.

Nitekim bu tercihlerin oluşması bakımından ilgili hukuk düzeninde, bağlayıcı bilirkişi listelerinin bulunup bulunmadığının tespiti önemlidir. Bu konuda genel eğilimin, kural olarak, bağlayıcı bir liste usûlünün bulunmadığı, bilirkişilerin hâkim veya taraflarca serbestçe tayin edildiği hukuk düzenleri bakımından, bilirkişiye de serbesti tanınması; buna karşılık bağlayıcı listelerin tutulduğu hukuklarda ise, bilirkişilik görevini kabul mecburiyetini o veya bu şekilde düzenlemek biçiminde olduğunu görüyoruz. Somutlaştıracak olursak, İsviçre hukukunda Federal Medenî Usûl Kanunu öncesindeki dönem, ilk bakışta yukarıda ifade ettiğimiz hususlarla çelişir gözükmektedir. Ne var ki, bu hukuk sisteminde gelişim zaman içerisinde farklı istikamette olmuştur. Şu an için, İsviçre Federal Medenî Usûl Kanununun bilirkişi

incelemesine ilişkin hükümlerinde kabul mecburiyetine ilişkin herhangi bir ifade yer almamaktadır[1172].

Buna karşılık liste usûlünün uygulandığı Fransız hukukunda, bilirkişinin görevi kabul *etmeme* imkânı, son derece sıkı şartlara bağlanmıştır. Buradaki yaklaşım da kanımızca Türk hukukunun meseleyi ele alış biçiminden farklılık arz etmemektedir[1173]. Gerçekten de, bu sistem bakımından, bilirkişi olarak tayin edilen kimse, görevin mahkeme kalemi tarafından kendisine bildirilmesinden sonra, görevi reddetmek hakkına sahiptir (bkz. Art. 267, al. 2, C.pr.civ.). Ne var ki, bilirkişi bu ret kararının gerekçesini mutlaka göstermek zorundadır. Bu gerekçe mahkeme tarafından uygun bulunmazsa listeden geçici veya kalıcı şekilde çıkarma yaptırımının uygulanması söz konusu olabilir[1174].

Bazı yabancı ülke hukuklarına ilişkin bu kısa açıklamalardan sonra, Türk hukukunda bilirkişiliği kabul mecburiyetini, yürürlükten kalkan Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu ve yürürlükteki Hukuk Muhakemeleri Kanununun yaklaşımı bakımından ikili bir ayrım altında değerlendirebilmekteyiz. İlk olarak 1086 sayılı Kanun döneminde, her ne kadar bağlayıcı bir liste usûlünün varlığı söz konusu olmasa da, zikredilen Kanunun 278. maddesi, resmî bilirkişiler ve "*(m)alümatına müracaat edilecek hususu bilmeksizin sanatını icra etmesi kabil olmıyan ve alenen icrayı sanat eden kimseler"*e yer vermekle çok geniş bir kesime işaret etmekteydi[1175]. Ancak böyle bir düzenlemenin varlığına rağmen, öğretideki genel eğilim, bilirkişiliği kabul mecburiyetinin kural olarak bulunmadığı yönündeydi[1176].

[1172] Bu durumun varlığı öğretide kanun koyucunun bilinçli bir şekilde susması şeklinde algılanmakta, nihayetinde artık bilirkişiliği kabul mecburiyetinin İsviçre hukuku bakımından söz konusu olmadığı genel olarak kabul edilmektedir. Yine resmî ve bağlayıcı listelerin olmadığı Belçika hukuku bakımından da durum aynıdır. Nitekim bu hukuk düzeninde de, bilirkişinin kendisine verilen görevi hiçbir şekilde kabul mecburiyeti bulunmamaktadır. Bilirkişi bu konuda tam bir serbesti içerisindedir. Namur (Belçika) İş Mahkemesinin 30.3.1977 tarihli kararı (zikreden Gillardin (1994), s. 141). Buna karşılık bilirkişi kendisine tevdi edilen görevi kabul etmişse, gecikmeksizin bunu yerine getirmeye başlamak zorundadır (Gillardin (1994), s. 141).

[1173] Nitekim kimi Fransız yazarlar da bu konuyu bilirkişinin ödevleri arasında değerlendirmektedir. Örneğin bkz. Bourgeois, Julien ve Zavaro (1999), n° 89, s. 52.

[1174] Bkz. Redon (2011), n° 416, s. 54; Bourgeois, Julien ve Zavaro (1999), n° 89, s. 52.

[1175] Ayrıca bkz. Atalay (2001a), s. 187 vd. Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu dönemi bakımından genel olarak şu kimselerin görevi kabul yükümlülüğü altında olduğu ifade edilmektedir (genel bir bakış için Deliduman (2007), s. 277 ve 278): Resmî bilirkişiler; HUMK m. 278'de işaret edilen kimseler; önceden mahkemeye başvurarak bilirkişilik görevini yapma arzusunu bildirenler ve kendilerine tevdi edilen görevi kabul etmiş olanlar.

[1176] Genel olarak bkz. ve karş. Karafakih (1952), s. 215; Ansay (1957), s. 274; Tanrıver (2002), s. 45; Kuru (2001), C. III, s. 2727; Üstündağ (2000), s. 747; Bilge ve Önen (1979), s. 544; Atalay (2001a), s.

Buna karşılık Hukuk Muhakemeleri Kanununun 270. maddesi, bilirkişiliği kabul yükümlülüğünü, kanımızca öncekine göre daha belirgin bir hâle getirilmiş bulunmaktadır:

HMK m. 270 hükmündeki en önemli yenilik hiç şüphe yok ki, Ceza Muhakemeleri Kanununun 65. maddesine paralel şekilde, Kanunun 268. maddesinde ifade edilen bilirkişi listelerine kayıtlı bilirkişilerin ve pek tabii ki resmî bilirkişilerin, bilirkişilik görevini kabulle yükümlü olduklarının açıkça hüküm altına alınmış olmasıdır (bkz. HMK m. 270, f. 1, a) bendi). Esasen bir bölge adliye mahkemesi adalet komisyonu nezdinde tutulan bilirkişi listesine kaydolmuş olmak, doğal olarak böyle bir yükümlülüğe tâbi olmayı gerektirmektedir[1177]. Gerçekten de, bilirkişinin daha önceden bir listeye kayıt olması nedeniyle, kanımızca, bilirkişilik yapmak konusunda, bir diğer deyişle mahkemeye sahip olunan uzmanlık alanında özel ve teknik bilgi sağlamak konusunda açığa vurulan iradenin, gereğinin yerine getirilmesi söz konusu olmaktadır[1178].

Diğer taraftan bir bilirkişi listesine kayıtlı bulunmayan kimseler açısından bilirkişiliği kabul yükümlülüğü ise, Hukuk Muhakemeleri Kanununun 270. maddesinin birinci fıkrasının (b) ve (c) bentlerinde düzenlenmiş bulunmaktadır. Aslında bu bentler Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanununun içeriğini biraz yukarıda ifade etmiş olduğumuz 278. maddesinin ilk fıkrasına karşılık gelmekle beraber, orada ifade edilen hususların daha açık bir şekilde ifade edilmiş hâlidir. Kanun koyucu bir listeye kayıtlı bulunmayan bilirkişiler bakımından ikili bir ayrımda bulunmayı tercih etmiştir. Bu anlamda (*b*) bendi, bilgilerine *başvurulacak konuyu bilmeksizin, meslek ve zanaatlarını icra etmesine olanak bulunmayanlar;* (*c*) bendi ise, *bilgisine başvurulacak konu hakkında meslek veya sanat icrasına resmen yetkili kılınmış* olanları içermektedir.

(*b*) bendi bakımından kanımızca bir tereddüt bulunmasa da[1179], (*c*) bendinin üzerinde bir miktar durmamız gerekmektedir. Madde gerekçesinden (*c*) bendinin

---

186, 187; Deliduman (2007), s. 276. Ceza yargılamasındaki yaklaşım için ayrıca bkz. Şahin (2001), s. 219.

[1177] Karş. Umar (2011), s. 767.

[1178] Buna karşılık öğretide bazı yazarlar, bilirkişilik görevini kabul yükümlülüğünü, bilirkişi incelemesinin niteliğini tanık beyanına indirgemek suretiyle izah etmeye çalışmaktadır (bkz. Alangoya, Yıldırım ve Deren-Yıldırım (2006), s. 146).

[1179] Esasen Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanununun 278. maddesinde yer alan *alenen icrayı sanat eden kimseler* ifadesinin o dönemde belli bir tereddüt yaratmıştır. Yine de buna ilişkin olarak bir işi alenî şekilde icra etmekle, amatör şekilde uğraşmak konusundaki ayrıma dikkat çekildiğini görmekteyiz (bkz. Atalay (2001a), s. 187).

kapsamına doktor, ebe, muhasebeci, mimar gibi, ancak belli bir ruhsat veya benzeri belge sahibi olunması hâlinde ilgili mesleği yapabilecek olanların kastedildiği anlaşılmaktadır[1180].

Bir işi *resmen* icraya yetkili kılınmış olmak, her zaman o işin *alenen,* bir diğer deyişle *fiilen* yapılması anlamına gelmemektedir. Gerçekten de, zikredilen bent ile murat edilen bir uzman, bu konuda gerekli ruhsata sahip olsa da, mesleğini icra etmiyor olabilir. Bu durumun iki sonucu vardır: Birincisi, mahkeme tarafından bilirkişi olarak tayin edilen bir kimse, biraz aşağıda tekrar üzerinde duracağımız "*mahkemece kabul edilebilir*" bir sebep olarak, söz konusu mesleği icra etmediğini bildirmek suretiyle bilirkişilik görevinden çekinebilmelidir. İkinci sonuç ise, tersine, bir ruhsat sahibi olan ve fakat ilgili uzmanlık dalına karşılık gelen mesleği ifa etmeyen kimsenin bilirkişilik görevini kabul etmesidir ki, kanımızca bu durum, bilirkişinin uzmanlık dalına ilişkin hususlar bağlamında yetkinliğinin, taraflarca tartışılabilir bir duruma gelmesi ihtimalini barındırmaktadır.

Nihayetinde bilirkişinin, tevdi edilen görevi, ister meşru bir gerekçeyle reddetsin ister kabul etsin, görevin kendisine tebliğinden itibaren, Hukuk Muhakemeleri Kanununun 275. maddesi gereği, bir haftalık süre[1181] içerisinde mahkeme kalemine başvurması gerekmektedir. Bu bir haftalık süre, aynı zamanda bilirkişinin görevi kapsamında ihtiyaç duyduğu belgeler veyahut kendisinin dışında bir başka uzmanın da yardımına ihtiyaç duymaktaysa, bu hususların da bildirilmesi açısından önem taşımaktadır[1182].

Burada özel olarak zikredilmesi gereken bir konu, Türk vatandaşı olmayan bir kimsenin bilirkişi olarak tayin edilmesi ihtimaline ilişkindir. Şayet bu kimse bir bilirkişi listesine kayıtlı ise[1183], Kanun hükmü gereği bunlar da kabul mecburiyetine tâbi olmalıdır. Buna karşılık bilirkişi olarak bilgisine başvurulan yabancı kimse bir listeye kayıtlı değilse ne olacaktır? Açıkçası burada, söz konusu yabancının da, Hukuk Muhakemeleri Kanununun 270. maddesinin (b) ve (c) bentlerinde yer alan hususlar

---

[1180] Bkz. HMK m. 270 hakkındaki Hükümet Gerekçesi (Budak (2011), s. 293).

[1181] Burada farklı hukuk sistemlerinin farklı süreleri tercih ettiğini görmekteyiz. Örneğin Belçika hukukunda görevin tebliğinden itibaren mahkemeye başvuru süresi sekiz gün olarak belirlenmiştir (bkz. Gillardin (1994), s. 141).

[1182] Bu konuda bilirkişinin istisnai olarak bir üçüncü kişiden yardım alabilmesi ve görevi gereği belgelere ulaşma hususları bakımından bkz. aşa. *Üçüncü Bölüm,* özellikle *1.2.1.3.* ve *1.2.2.3.*

[1183] Vatandaşlık bağıyla Türkiye Cumhuriyetine bağlı olmayan kimselerin de bilirkişi listelerine başvurabilecekleri konusunda bkz. Yuk. *İkinci Bölüm, 3.4.2.*

çerçevesinde kabul yükümlülüğüne tâbi olduğunu kabul etmek gerekir. Burada Kanunda öngörülen sınırlar dışında ayrı bir istisnanın, söz konusu kimsenin bir diplomatik temsilci sıfatına taşıması olduğu ifade edilebilir[1184].

Yine zikredilen Kanunun 275. maddesi, görevi kabulden kaçınmayı gerektiren haklı mazeretin varlığı durumunda bunun mahkemeye bildirilmesi üzerinde durmaktadır. Hukuk Muhakemeleri Kanununun 270. maddesinin (c) bendinin hükümet gerekçesinde işaret edilen bir husus ise, hem dikkat çekici hem de son derece önemlidir. İlgili yerde, söz konusu bendin kapsamına "*hukuk fakültesi öğretim elemanlarının"* dâhil olmadığı açıkça ifade edilmekte ve hukukî konuda bilirkişi incelemesine başvurunun yasak olduğu bir yapı içerisinde zikredilen kimselerin bilirkişilik görevini kabule zorlanamayacakları hususu vurgulanmaktadır[1185].

Kabul mecburiyetinin sınırları bakımından, görevi kabulle yükümlü bir kimse, görevden kaçınmasını haklı gösteren mazeretini bir hafta içinde kendisini tayin eden mahkemeye bildirmek zorundadır (m. 275, I). Temel olarak iki hâlde bilirkişilik görevinden kaçınılabilir. Bunlardan ilki, tanıklıktan çekinme sebeplerinin varlığıdır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile getirilen bir yenilik, bilirkişi olarak tayin edilen kimsenin mahkemece kabul edilebilir diğer bir sebeple de bilirkişilikten kaçınabileceğinin öngörülmüş olmasıdır. Burada ilk akla gelen, yukarıda ifade etmiş olduğumuz, söz konusu meslek veya sanatın fiilen icra edilmemekte oluşudur. Ancak bunun yanı sıra akla gelebilecek hastalık ve iş yükünün ağırlığı gibi herhangi bir meşru sebebin bu bağlamda değerlendirilmesi mümkündür[1186].

Bir diğer konu, bilirkişinin, listeye kayıtlı olduğu uzmanlık dalı çerçevesinde tevdi edilen görevin, sahip olduğu uzmanlığı aştığı yönünde bir gerekçe ileri sürmüş olmasının meşru bir sebep olarak kabul edilmiş olmasıdır (m. 272). Burada hâkimin takdir yetkisi önem taşımaktadır. Bilirkişinin belki istisnai olarak bir kez değil, fakat birden fazla sefer böyle bir gerekçeyi ileri sürmesi, aslında onun uzmanlık bilgisinin yetersizliğini göstermektedir. Böyle bir gerekçenin kabul edilmemesi ve bilirkişinin listeden kaydının silinmesi ve yeniden başvuru talebinin de geri çevrilmesi gerekmektedir[1187].

[1184] Bkz. Nomer (2009), s. 37, 71.
[1185] Bkz. HMK m. 270 hakkındaki Hükümet Gerekçesi (Budak (2011), s. 293).
[1186] Fransız hukuku bakımından bu şekilde Bourgeois, Julien ve Zavaro (1999), n° 90, s. 52.
[1187] Fransız hukuku bakımından benzer şekilde bkz. ve karş. Redon (2011), n° 416, s. 54; Bourgeois, Julien ve Zavaro (1999), n° 89, s. 52.

Diğer taraftan ortada bilirkişinin görevini yapmaktan yasaklı olmasını veya reddini gerektiren bir hâlin varlığı durumunda da, bilirkişi bu durumu derhal mahkemeye bildirmelidir. Böyle bir faraziyede hâkimin söz konusu sebebin gerçekleşip gerçekleşmediğinin Hukuk Muhakemeleri Kanununun 272. maddesinin dördüncü fıkrasında gösterilen usûl dâhilinde gerçekleştirmesi gerekmektedir[1188].

Burada sorulması gereken bir soru da, bilirkişinin görevi bir kere kabul ettikten sonra, bu görevden çekinmesinin mümkün olup olmadığıdır. 1086 sayılı Kanun bakımından buna olumsuz yanıt verilmektedir[1189].

Bilirkişi hakkında ilgili disiplin hükümlerinin uygulanabilmesi için (bkz. HMK m. 269, II), kendisinin görevlendirildiğinin usûlüne uygun şekil ve zamanda tebliğ edilmiş olması gerekmektedir[1190].

Nihayet bilirkişinin kendisine tevdi edilen görevi geçerli bir mazeret bulunmaksızın kabul etmemesi durumunda, TCK m. 260 hükmü gereği cezalandırılması söz konusu olabilir[1191] Ancak bunun yanı sıra, söz konusu husus hiç şüphe yok ki bir kez daha, bilirkişinin listeden çıkartılması için de yeterli bir sebep olarak kabul edilebilir.

[1188] Ayrıca bkz. Umar (2011), s. 776.
[1189] Karafakih (1952), s. 215.
[1190] Ayrıca bkz. Umar (2011), s. 768.
[1191] Bkz. Umar (2011), s. 768.

Üçüncü Bölüm

Bilirkişi İncelemesinin Yerine Getirilmesi Ve Bilirkişi Raporu

1. Bilirkişi İncelemesinin Yerine Getirilmesi

1.1. Genel Olarak Bilirkişi İncelemesi Sırasında Hâkimin Rolü ve Konumu

Bilirkişi incelemesinin yerine getirilme sürecinin, başta hâkim ve bilirkişinin karşılıklı yetki ve ödevleri, bir diğer deyişle bu sayılanların rol dağılımı; ancak bunun yanı sıra bu inceleme sırasında tarafların rolü, onların hak ve ödevleri etrafında üçlü bir ayrım altında değerlendirilmesinin uygun olduğu düşüncesindeyiz[1192].

Bilirkişinin hem bir hâkim yardımcısı, hem hâkime ait bazı hak ve yetkileri belli koşullar dâhilinde kullanıyor olması, onun bu görevi hâkimin sevk ve idaresi altında icra etmesi sonucunu doğurmaktadır (bkz. HMK m. 278). Bu sonuç kanımızca, hâkimin bilirkişi incelemesini gözetim ve denetimi şeklinde anlaşılmalıdır. Bu noktada, bilirkişilik görevinin Kanundaki ifadesiyle sevk ve idaresi, hâkim için, doğası gereği bir yetki, fakat aynı zamanda bir görev biçiminde karşımıza çıkmaktadır. Bu itibarla, incelemeyi yerine getirecek olan bilirkişinin ödev ve yetkileri üzerinde durmadan önce, kanımızca inceleme sırasında hâkimin rolü ve konumunun genel bir çerçevesinin çizilmesi gerekmektedir:

Genel olarak, bilirkişi incelemesinin yerine getirilmesinde hâkimin rolü ve konumu bakımından temel mesele, kanımızca şu konuda bir tercihte bulunmakla ilişkilidir: Bilirkişi görevini yerine getirirken mutlak anlamda (hâkimden de) bağımsız mıdır? Yoksa olması gereken, hâkimin bu süreci salt bilirkişinin ellerine bırakmaması, inceleme sırasında onu yönlendirmeye ve gerektiğinde ona talimat vermeye devam etmesi, nihayet bilirkişinin belli bir gözetim ve denetimine tâbi olması mıdır?

Kuşkusuz ilk yaklaşım tercih edilmiş olsa dahi, mutlak bir bağımsızlıktan söz etmek mümkün olmasa gerekir. Bir kere bilirkişinin kendisine tayin edilen süre zarfında verilen görevi tamamlama zorunluluğu bir tarafa (m. 274) bırakılacak olsa bile, görevi bakımından ona tanınan bağımsızlık bir keyfîlik anlamına gelmemekte, görevin tarafsız,

[1192] Bkz. aşa. *Üçüncü Bölüm, 1.2* ve *1.3*.

objektif ve ilgili uzmanlık dalına ilişkin ilkelere uygun yürütülmesi zorunluluğu varlığını sürdürmektedir[1193].

Ne var ki bu yaklaşımda, hâkimin bilirkişilik faaliyeti sırasında aktif bir idare, denetim ve gözetim rolünü üstlendiğinden bahsetmek tam olarak mümkün olamamaktır. Gerçekten de bu faraziyede hâkimin esas fonksiyonu, raporun mahkemeye teslimi veyahut sözlü olarak sunulmasından sonra ön plâna çıkmakta, inceleme sırasında taraflarca herhangi bir şikâyette bulunulmadığı veya inceleme süresi bakımından açık bir sorun yaşanmadığı sürece, denetim, genellikle raporun tesliminden sonra, bu raporun değerlendirilmesi aşamasıyla sınırlı kalmaktadır.

Oysa, gerek bilirkişi incelemesinin hükme götürücü işlevi gerek bilirkişinin bir hâkim yardımcısı olduğu gerçeği karşısında, hâkimin yetki ve ödevlerinin, salt raporun tesliminden itibaren gerçekleşecek bir değerlendirme faaliyetine indirgenemeyeceği düşüncesindeyiz. Bilirkişinin bilirkişilik görevini yerine getirdiği süre boyunca, hâkimin denetimi ve gözetimi altında olması, incelemeyi onun talimatları çerçevesinde yerine getirmesi kaçınılmazdır.

Nihayet ikisi arasındaki ilişkinin kanımızca hiyerarşik bir nitelik arz etmesi, bilirkişinin yapacağı incelemeyi hâkimin denetimi, başka bir deyişle sevk ve idaresi altında gerçekleştirecek olmasında göstermektedir. O hâlde, mevcut düzenleme çerçevesinde hâkim bilirkişinin icra ettiği faaliyeti kontrol edebilecek midir? Bu soruya olumlu yanıt vermek gerekir. Yürürlükten kalkan Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu döneminde, Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin, hâkimin yargılama faaliyetindeki konumu ve bilirkişi ile olan ilişkisinin kamusal niteliğine işaret eden bir kararı, henüz o dönem bakımından da bu yanıtı haklı çıkarmaktadır[1194].

Nihayet Hukuk Muhakemeleri Kanununun yürürlüğe girmesiyle, en azından normatif düzlemde sorunun çözüldüğünü düşünüyoruz. Mesele, kanun koyucu tarafından, Hukuk Muhakemeleri Kanununun 278. maddesinin birinci fıkrasında, bilirkişinin görevini, mahkemenin *sevk ve idaresi* altında yürütmek durumunda olduğunu öngörmek biçiminde somutlaştırılmıştır (ayrıca bkz. m. 274 ve 281). Zikredilen madde, hâkime, salt raporun tesliminden sonra değil, fakat inceleme sürdüğü

[1193] Bilirkişinin bağımsızlığı konusunu aşağıda, onun tarafsızlığı ve uyması gereken etik ilkeler ile birlikte özel olarak ele almaktayız. Bkz. bilirkişinin ödevleri bağlamında aşa. *Üçüncü Bölüm, 1.2.1.2.*

[1194] "*...(Z)ararın belirlenmesine esas olacak tüm olguların ve özellikle zararın niteliği, kapsamı hakkındaki gözlemlerin hâkimin denetiminde ve gözetiminde ve tarafların katılımıyla tutanaklara geçirilmesi*..." gerektiğini vurgulamaktadır. Bkz. 4. HD, 27.5.1991 T., 3742/5457 (*KBİBB*).

müddetçe de belli koşullar dâhilinde daha aktif rol oynama yetki ve ödevini yüklemiş durumdadır[1195]. Bu yöndeki yaklaşımın çeşitli yabancı ülke hukukları bakımından da benimsenmekte olduğunu eklememiz gerekmektedir. Bu anlamda, gerek Fransız (bkz. C.pr.civ., art. 153) gerek Belçika hukukları (bkz. Art. 973, CJ), hâkimin inceleme sırasında aktif şekilde rol almasını, hukukî dinlenilme hakkının, söz konusu sistemler bakımından ifade ediliş biçimiyle vicahi yargılama ilkesinin (*Principe du contradictoire*) bir gereği olarak kabul etmektedir[1196].

Gerçekten de aşağıda incelemenin yerine getirilmesi çerçevesinde çeşitli somut meseleler bakımından yargısal temel hakların kendisine yer bulduğunu görmekteyiz. Bu hakların gereğinin yerine getirilip getirilmediğini nihaî olarak gözetecek olan hâkimdir. Nitekim, bilirkişi incelemesinin icrası sırasında Türk hukuku bakımından Hukuk Muhakemeleri Kanunuyla pozitif bir düzenlemeye kavuşan hukukî dinlenilme hakkının ve bu hakkın ilkesel görünümü biçiminde, yargılamaya katılan her iki taraf bakımından karşılıklı olarak yargılamada yer alarak yine karşılıklı şekilde delillerini sunma, argümanlarını tartışma imkanının sağlanması gereğininin bir ifadesi olan vicahi yargılama ilkesinin[1197] özel olarak dikkate alınması gerekmektedir. Hukukî dinlenilme hakkı ve vicahî yargılama ilkesi birebir aynı anlama gelmemektedir[1198]. Ancak bunların amaçsal bakımdan bir farklılık arz etmediğini ifade etmemizin mümkün olduğu kanısındayız[1199]. Bu nedenle tercihimiz, hukukî dinlenilme hakkını, hem Türk hukuku

---

[1195] Diğer taraftan madde gerekçesinde de, bilirkişinin hâkim yardımcısı olması nedeniyle hâkimin sahip olacağı bu yetkinin doğal karşılanması gerektiğine işaret edilmektedir (zikredilen madde hakkındaki hükümet gerekçesi için bkz. Budak (2011), s. 304, 305). Buna karşılık *Umar'*ın aksi görüşte olduğunu görüyoruz. Bkz. Umar (2011), s. 778.

[1196] Bu konuda genel tespit ve açıklamalar için Belçika hukuku bakımından bkz. Closset-Marchal (1994), s. 21, 22; Fransız hukuk bakımından bkz. Leclerc (2005), n° 358, s. 276, 277.

[1197] Türk hukukunda vicahi yargılama ilkesi (*Principe de la contradiction/ du contradictoire*) medenî usûl hukuku bağlamında üzerinde fazla durulmuş bir kavram değildir. *Contradictoire* veya *contradiction* Türkçeye birebir çevrildiği vakit, "çelişme" anlamına da gelmektedir. Nitekim özellikle idare hukukçularının bu ifadeyi tercih ettiğini görüyoruz. Ancak *çelişme* veya *çelişmeli yargılama,* kanımızca tereddüt yaratmaya açık bir ifade olup, yargılama hukuku bakımından biraz muğlak kalmaktadır.

[1198] Hukukî dinlenilme hakkı ve vicahî yargılama ilkesi arasında, içerik itibariyle bir takım nüanslar söz konusudur. Gerçekten de hukukî dinlenilme hakkına, mahkeme tarafından dikkate alınma, bilgilenme ve açıklama hakları içkinken, vicahi yargılama ilkesinde tarafa tanınan haklardan ziyade, yargılama içerisinde tarafların karşılıklı olarak argümanlarını tartışma, delillerini sunma ve yargılamada yer alma imkânının sağlanması hedeflenmektedir (hukukî dinlenilme hakkı bakımından bkz. ve karş. Özekes (2003), s. 29 vd. Vicahî yargılama ilkesi bakımından ise Ascensi (2006), s. 13, s. 21 vd.; Miniato (2008), özellikle s. 5 vd. Öte yandan bazı İsviçre hukuku çalışmalarında hukukî dinlenilme hakkı (*droit d'être entendu*) ve vicahi yargılama ilkesi (*Principe du contradictoire*) farklı başlıklar altında ele alınabilmektedir (örneğin bkz. Hohl (2001), n° 1213, s. 23 vd.; Bettex (2006), s. 32 ve aynı yer dn. 130).

[1199] "*Principe de la contradiction*" ve "*rechtliches Gehör*" kavramlarının bir arada kullanılması, hatta aynı hususların farklı ifade ediliş biçimi şeklinde kullanılması bakımından bkz. ve karş. Pinchon (2002), n° 20,

bakımından sahip olduğu pozitif temel, hem bir önceki cümlede ifade ettiğimiz içeriği karşısında, özellikle Fransız ve Belçika hukuklarında, belli ölçüde ise İsviçre hukukunda kendisine yer bulan vicahi yargılama ilkesini de içine alacak şekilde kullanmak yönündedir.

Aslında bu hak ve ilkeler, kendilerini her türlü delil ikame yönteminde göstermektedir. Ancak bilirkişi incelemesinin niteliği, yukarıda zikrettiğimiz gibi onun bir hâkim yardımcısı, bir diğer söyleyişle hâkim dışında bir üçüncü kişi tarafından gerçekleştiriliyor oluşu, bu ilkelerin bilirkişi incelemesinin yerine getirilmesinde hassas şekilde gözetilmesini haklı kılmaktadır. Burada bir diğer mesele olarak, özellikle teknik yönünün aslî veya çok önemli rol oynadığı uyuşmazlıklarda, bilirkişi görüşünün yargılamanın sonucunu belirleyici niteliği, yargısal temel hakların bilirkişi incelemesi sırasında da özel olarak gözetilmesini haklı gösteren bir başka sebeptir[1200].

Sonuç olarak, hukukî dinlenilme hakkı, incelemenin her aşamasında gözetilmelidir. Bu, bilirkişiye yüklenen bir ödev olsa da, bilirkişinin yetkisi ancak hâkim kanalıyla kullanıldığına göre, yargısal temel haklara riayet edilmediği konusunda bir şikâyet olsun olmasın, hâkim bunun gereğini yapmak ödevi altında olup, gerekirse raporu hükmüne salt bu nedenle esas almayabilmelidir[1201].

Türk hukukunda, kural olarak, tek hâkimden oluşan hukuk mahkemelerinde bu görevin bilirkişiyi tayin eden hâkim tarafından yerine getirileceği konusunda bir tereddüt bulunmamaktadır. Buna karşılık toplu mahkemeler bakımından herhangi bir açıklık bulunmaması karşısında denetim yetki ve görevinin mahkeme başkanı tarafından üye hâkimlerden birine tevdi edilebileceğinden söz edilebilir. Öte yandan bilirkişi, şayet fiilen yürürlüğe girerse, bölge adliye mahkemesinde tahkikat için görevlendirilen hâkim tarafından tayin edilmişse, kanımızca bilirkişinin denetiminin de yine bu hâkim tarafından gerçekleştirilmesi gerekir[1202].

---

s. 12; F. Ferrand (2000). Le principe contradictoire et expertise en droit comparé européen. *RIDC*. 52/1, ss. 345 – 368, s. 348.

[1200] Bkz. Boularbah (2009), n° 3, s. 9, 10; Closset-Marchal (1994), s. 21, 22; Moussa (1988), s. 388.

[1201] Özellikle bilirkişi raporuna yönelik itiraz sebepleri bağlamında bkz. Aşa. *Üçüncü Bölüm, 2.3.2.3.*

[1202] Nitekim bu yöndeki yaklaşım Fransız hukukunda da karşılık bulmaktadır. Söz konusu hukuk sisteminde, bilirkişinin kim tarafından ne şekilde denetleneceği Medenî Usûl Kanununda da yer alan bir husus olarak karşımıza çıkmaktadır. Nitekim Fransız Medenî Usûl Kanununun 155. maddesi, bilirkişilik de dâhil olmak üzere tüm tahkikat incelemelerine yönelik olarak, bu denetimin mahkeme başkanının özel olarak salt bu iş için görevlendirecek olduğu tahkikat hâkimi tarafından yerine getirileceğini belirtmektedir. Böyle bir hükmün getirilmesindeki amaç, hem gözetim konusunda etkinliğin gerçekleştirilmesi, hem bilirkişi incelemesine ilişkin sürecin serileştirilmesidir. Bkz. Vincent ve Guinchard (2003), n° 1056-1; Leclerc (2005), n° 358, s. 276. Aslında bu hâkimin görevlendirilmesi, tüm

Aslında söz konusu sevk ve idare yetkisinin gereği, kendisini, bilirkişinin tayininden, onun bir başka bilirkişiyle değiştirilmesine; bilirkişilik görevinin belirlenmesinden, bu görevin kapsam ve içeriğinde değişikliğe gidilmesine; bilirkişinin yargısal temel haklara riayet edip etmediğinden, sürelere uyup uymadığının gözetilmesine kadar geniş bir çerçevede gerçekleşmektedir[1203].

Bilirkişi incelemesinin icrası bakımından, hâkimin sevk, idare, gözetim ve denetim bağlamındaki yetki ve görevlerinin, *özel olarak,* inceleme görevini ifa eden bilirkişi ve nihayet tevdi edilen görev noktasında gerçekleştiğini görmekteyiz:

Bilirkişi bakımından, sevk ve idarenin olduğu yerde, gözetim ve denetim de evleviyetle bulunması gerektiği kanısındayız. Bu bakımdan bilirkişinin, görevini öngörülen şekilde yerine getirip getirmediği, salt tarafların bu konuda söz konusu olabilecek bir şikâyeti sonucunda gözetilmesi gereken bir husus değildir. Bilirkişiyi tayin eden hâkim olduğuna göre, dosya bilirkişide olduğu müddetçe bilirkişinin yerine getirdiği faaliyet onun da göz önünde tutması gereken bir mesele meydana getirmektedir[1204]. Diğer yandan tarafların da, bilirkişi incelemesinin yerine getirilmesinde yer aldıkları sürece, faaliyete katıldıkları, eşlik ettikleri sürece onların da dolaylı bir denetimde bulunmalarından söz edilebilir[1205]. Nihayet bilirkişi bakımından denetim yetkisinin kapsamı, özellikle görevin bizzat yerine getirilmesi, sürelere riayet edilmesi gibi hususların yanı sıra, inceleme sırasında tarafların hazır bulunma hakkı bağlamında yargısal temel haklara riayet edilip edilmediği noktalarında somutlaşmaktadır[1206].

Yerine getirilen inceleme bakımından ise, ilk mesele, hâkimin belli bazı hâllerde bilirkişi incelemesine eşlik etmesidir. Bu, gerek bilirkişinin yerine getirdiği faaliyeti yerinde görmek gerek kendisinin uyuşmazlık konusu vakıayla daha yakından temas etmesi için, uygun ve gerekli bir yöntemdir[1207]. Ancak burada hâkimin bu faaliyete eşlik

---

tahkikat yöntemleri bakımından söz konusu olsa da, uygulamada bilirkişi incelemesini denetlemekle görevli hâkim şeklinde ifade edilmektedir. Bkz. Julien ve Fricero (2003), n° 426.

[1203] Bkz. bu yönde İsviçre hukuku bakımından Bettex (2006), s. 143. Belçika hukuku bakımından Closset-Marchal (1994), s. 21.

[1204] Karş. Umar (2011), s. 778.

[1205] Alman hukuku bakımından bu hususu dile getiren Pinchon (2002), s. 33.

[1206] Bahsedilen konuların içeriğini aşağıda farklı başlıklar altında değerlendirmeye çalışacağız. Bkz. aşa. *Üçüncü Bölüm, 1.2.1.3, 1.2.1.4* ve *1.3.2*.

[1207] Öte yandan Fransız Ceza Usûl Kanununun (Code de procédure pénale) çeşitli maddeleri bu bağlılığa CMK m. 66 ile paralel şekilde işaret etmektedir. Kısaca, CPC m. 156, f. 3 ve 161 hükümleri gereğince bilirkişi görevlerini tahkikat hâkiminin denetimi altında gerçekleştirir ve bu görevi gerçekleştirirken kendisini atayan yargı merci ile irtibat hâlinde olmalıdır. Buna karşılık Hukuk Muhakemeleri

etmesi, hiçbir şekilde bilirkişinin teknik yönden yapacağı inceleme bakımından, onun bağımsızlığına etki edecek bir biçime bürünemez. Buna karşılık, somut vakıa bakımından özellikle hangi hususların üzerinde durulması gerektiğine yönelik olarak, hâkim yol gösterici bir işlev üstlenebilir. Nitekim bu durum da, özellikle, bilirkişi incelemesinin, hâkimin bir keşif icra etmesi sırasında söz konusu olması hâlinde gösterebilecektir (bkz. 288, f. 1)[1208]. Hâkim, bu vesileyle incelemenin uygun bir şekilde gerçekleştirilmesini gözetmekten, yeri geldikçe bilirkişiye görevini ve bunun sınırlarını hatırlatmaya kadar çeşitli imkânlara da sahip olmaktadır[1209]. Aynı şekilde hâkim, gerektiğinde bilirkişinin görevinin kapsam ve içeriğinde değişikliklere gidebilir. Hiç şüphe yok ki, bu değişiklikler bakımından tarafların da görüşü alınmalıdır.

Diğer yandan, Hukuk Muhakemeleri Kanunu, hâkime başta ön inceleme aşamasında tarafları sulhe teşvik etme görevini vermektedir (bkz. HMK m. 137, f. 1). Bununla birlikte, sulh hüküm kesinleşinceye kadar her zaman yapılabildiğinden (m. 314), hâkimin bilirkişi incelemesi sırasında taraflar da hazır bulunurken bu vesileyle onları sulhe teşvik etmesine de kanımızca bir engel bulunmamaktadır. Bu yönüyle hâkimin bu yaklaşımı, bilirkişi incelemesi ile birlikte tarafların uzlaşmasına da hizmet edebilir[1210].

Hâkimin bilirkişi faaliyetine özellikle bir keşif icrası çerçevesinde eşlik etmesi, bir başka meseleyi daha gündeme getirmektedir. Hâkimin bilirkişinin görevinin kapsam ve içeriğini belirledikten ve görevi bilirkişiye tevdi ettikten sonra, bilirkişinin yerine getirdiği faaliyete eşlik etme vesilesiyle görevin kapsam ve içeriğinde bir takım değişikliklere gitmesi, bunu genişletmesi yahut daraltması da söz konusu olabilir.

Kanunundan farklı olarak Fransız Medenî Usûl Kanunu m. 241 hükmü, hâkimin teknisyenin gerçekleştireceği tahkikat incelemesinde bizzat yer alabileceğini belirtmektedir. Nihayetinde C.pr.civ., art. 273 ise biraz daha üstü kapalı olmakla birlikte ceza hukukundaki düzenleme ile aynı şeyi vurgulamaktadır: Bilirkişi icra ettiği incelemenin gelişim sürecinden hâkimi haberdar etmelidir. Burada vurgulanan zorunluluk çok önemlidir (bkz. Frison-Roche (1995), s. 102. Bununla birlikte özellikle C.pr.civ., art. 273 bakımından bu mecburî diyaloğun Fransız uygulamasında genellikle, bilirkişinin yürüttüğü çalışmanın öngörülen hızda ilerlemediği takdirde gerçekleştiği belirtilmektedir (Guinchard (1995), s. 73)).

[1208] Fransız hukuku bakımından benzer şekilde bkz. ve karş. C. Parodi (1976). Les règles spécifiques aux mesures d'instruction exécutées par un technicien. *Les roles respectifs du juge et du technicien dans l'administration de la preuve: X^e colloque des instituts d'études judiciaires.* Paris: PUF, ss. 37 – 52, s. 41 vd. Nitekim zikrettiğimiz çalışma kapsamında yapılan araştırmada, Fransız hâkimlerinin genellikle taşınmaz davalarında bilirkişi incelemesine eşlik etmeyi tercih ettikleri ifade edilmektedir.

[1209] Bkz. ve karş. Parodi (1976), s. 41.

[1210] Fransız hukuku bakımından bkz. ve karş. Parodi (1976), s. 42. Bilirkişi incelemesinin alternatif uyuşmazlık çözüm yollarıyla olan ilişkisi bakımından ayrıca bkz. bilirkişi incelemesinin ayırt edici özellikle bağlamında, yuk. *Birinci Bölüm, 1.3.3.2.*

Mesele kural olarak Fransız hukukunda da benzer bir nitelik arz etmektedir. Bu hukuk düzeninde de hâkim bilirkişi incelemesine eşlik ettiği takdirde, inceleme sırasında karşılaştığı güçlükleri gidermek adına bilirkişinin talebi üzerine görevin kapsam ve içeriğinde değişiklikler yapması söz konusu olabilmektedir (C.pr.civ., art. 236; art. 279, al. 1)[1211]. Ancak karşılaştırmalı hukuk bakımından önemli gördüğümüz bir farklılık olarak Fransız kanun koyucusu, meselenin geneli bakımından hâkime daha aktif bir rol yüklemiştir. Gerçekten de, Fransız Medenî Usûl Kanunu, hâkimi incelemenin her aşamasında, bilirkişiden bu yönde talep gelsin gelmesin, bir izahat alabilme imkânına sahip kılmıştır (C.pr.civ., art. 241, al. 2)[1212].

Buna karşılık benzer bir hüküm Hukuk Muhakemeleri Kanununda yer almamaktadır. Özellikle konuya ilişkin Kanunun 278. maddesine baktığımızda, bu noktada incelemenin yerine getirilmesi süreci bakımından, başta inisiyatifin daha çok bilirkişiye bırakılmış olduğunu söyleyebiliriz. Ancak bu durum kanımızca Türk hâkiminin de bilirkişiden inceleme sırasında, tereddüt etttiği noktada bunun ne şekilde cereyan ettiği konusunda bir izahat almasına engel teşkil etmemektedir.

Ne olursa olsun, uygulama açısından önem taşıyan bir diğer düzenleme, HMK m. 278'de yer alan bilirkişinin hâkimden tereddütlerinin giderilmesini isteme yetkisidir. Bilirkişi bakımından hak ve yetkiler bağlamında değerlendirilebilecek olan bu durum, hâkim açısından ise bir ödeve karşılık gelmektedir. Nitekim hâkim rapor henüz teslim edilmediği müddetçe, böyle bir durumda bilirkişinin taşıdığı tereddütleri gidermek durumundadır[1213].

[1211] Genel olarak bkz. Vincent ve Guinchard (2003), n° 1140, s. 854; Normand (1981), s. 270; R. Martin (1976). Les mesures d'instruction exécutées par un technicien selon le nouveau Code de procédure civile. *Annales des Loyers,* 28/6-7*,* ss. 846 – 865, s. 857, 858.

[1212] Nitekim bu hüküm, aynı Kanunun, bilirkişinin hâkimi faaliyetinin gelişiminden haberdar etme yükümlülüğünü öngören 273. maddesiyle beraber düşünülmelidir.

[1213] Fransız hukuku böyle bir tereddütün giderilmesinden ziyada, bilirkişinin her zaman hâkim tarafından dinlenilmeyi talep edebileceği hükmüne yer vermektedir (C.pr.civ., art. 245, al. 2). Bu konuda bilirkişinin hak ve yetkileri bağlamında bkz. aşa. *Üçüncü Bölüm, 1.2.2.2.*

1.2.Bilirkişi İncelemesinin Yerine Getirilmesinde Bilirkişinin Ödev ve Yetkileri

1.2.1. Bilirkişinin ödevleri

1.2.1.1. Genel olarak bilirkişinin ödevleri

Uyuşmazlığa bir çözüm bulma faaliyetinde, ihtiyaç duyulan nitelikte bir bilirkişi incelemesinin söz konusu olabilmesi, sadece tayin edilen bilirkişinin taşıdığı özelliklerde değil, fakat onun bu görevi hangi şekilde gerçekleştirdiğine de bağlı bir hususdur[1214]. Bu bağlamda ilk olarak, bilirkişinin görevini yerine getirirken taşıdığı ödevlerin üzerinde durmak gerekmektedir[1215]. Hâkime uzmanlık bilgisi vasıtasıyla yardım, hatta bir şekilde rehberlik eden bilirkişi, bu görevi yerine getirirken en başta, bağımsız, tarafsız ve objektif olmakla yükümlüdür. Bir diğer söyleyişle bilirkişi, incelemesi sırasında bilirkişi etiğine uygun davranmalı, herşeyden önce bağımsızlık ve tarafsızlığını korumalı, bu haller dışında diğer etik kuralları da incelemesi süresince gözetmelidir. Bu cümleden olmak üzere bilirkişi etiği, ilk başta onun bağımsızlığı ve tarafsızlığını kapsamaktadır. Bunu takiben diğer etik kurallar söz konusu olmaktadır[1216].

Bilirkişinin ödevleri, yukarıda sayılanlar dışında, görevin bizzat kendisi tarafından[1217], tayin edilen ve Kanunda işaret edilen süreyi aşmayacak biçimde[1218] gerçekleştirmesini de içermektedir. Nihayet bilirkişi görevi sırasında öğrendiği sırları saklamak yükümlülüğü altındadır[1219]. Nitekim inceleme biçimi bakımından, özellikle zikredilen ödevlerin bir kısmının açıkça Hukuk Muhakemeleri Kanununun bilirkişi incelemesine ilişkin kısmında zikrediliyor olması nedeniyle, bunları ayrı başlıklar

---

[1214] J. Gillardin (1994). Le déroulement de l'expertise. *L'expertise (dir. J. Gillardin ve P. Jadoul)*. Bruxelles: Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, ss. 139 – 167, s. 139.

[1215] Takip eden başlıklar altında ele almaya çalışacağımız bu meseleler dışında, Fransız, İtalyan ve Belçika hukuk sistemlerinde, bilirkişinin ödev ve yetkileri bağlamında ele alınan ve tartışılan bir konu da, bilirkişinin tarafları *uzlaştırma* yetkisi yahut ödevi şeklinde karşımıza çıkmaktadır Konunun Hukuk Muhakemeleri Kanununda yer almaması, diğer taraftan meselenin alternatif uyuşmazlık çözüm yollarıyla olan ilişkisi karşısında, yukarıda, bilirkişi incelemesinin ayırt edici özellikleri etrafında söz konusu meselenin üzerinde durmaya çalışmıştık. Bkz. yuk. *Birinci Bölüm, 1.3.3.2.*

[1216] Bkz. aşa. *Üçüncü Bölüm, 1.2.1.2.*

[1217] Bkz. aşa. *Üçüncü Bölüm, 1.2.1.3.*

[1218] Bkz. aşa. *Üçüncü Bölüm, 1.2.1.4.*

[1219] Bkz. aşa. *Üçüncü Bölüm, 1.2.1.5.*

altında ele almayı tercih etmiş olsak da, bilirkişinin taşıdığı tüm ödevler, aslında genel olarak bilirkişi etiğinin bir parçasını meydana getirmektedir[1220].

Genel olarak, Türk hukukunda bilirkişilik etiğine ilişkin kuralların pozitif dayanağı, kendisini Hukuk Muhakemeleri Kanununda ve HMK Bilirkişi Yönetmeliğinde bulmaktadır. Gerçekten de, Hukuk Muhakemeleri Kanununun bilirkişiliğe ilişkin hükümlerinde, özellikle tarafsızlığa ilişkin 272 ve sır saklama yükümlülüğü bakımından 277. maddeler dışında, bilirkişinin vereceği yeminin içeriğini düzenleyen 271. maddenin birinci fıkrası bu anlamda yol gösterici niteliktedir. Buna karşılık, bilirkişilik etiğine ilişkin kurallara, bunların içeriği her ne kadar ayrıca açıklanmış olmasa da HMK Bilirkişi Yönetmeliğinin 11. maddesinin ikinci fıkrasında işaret edilmektedir. Ne var ki bilirkişilik etiğine ilişkin kurallar, taşıdığı öneme rağmen bağımsız bir düzenlemeden yoksun durumdadır[1221].

Öte yandan, tek tek bilirkişinin ödevleri bağlamında değerlendirilmesi gereken hâller dışında, burada sorulabilecek ilk soru hâkimin, bilirkişiyi, söz konusu ödevler ve bunların ihlâli durumunda karşılaşılabilecek olan disipliner ve özel hukuka ilişkin yaptırımlar hakkında uyarmak durumunda olup olmadığıdır. Şurası kesindir ki, Hukuk Muhakemeleri Kanunu bu nev'iden bir hüküm öngörmemiştir (karş. m. 273). Diğer taraftan özellikle listelere kayıtlı bilirkişilerin, listeye kayıtlı olmanın bir sonucu olarak, bu hükümleri bilmek durumunda olmalarının beklenmesi tabiidir. Nitekim bağımsız, tarafsız ve objektif davranma yükümlülüğü, aynı zamanda bilirkişilik etiğine ilişkin birer mesele olduğundan, bu hususların evleviyetle aranması gerektiği ve mahkeme tarafından ayrıca hatırlatılmaya ihtiyaç duymadığı düşüncesindeyiz[1222].

[1220] Diğer taraftan bilirkişilik etiğine ilişkin kuralların, birebir konusunu oluşturan hâller dışında kime yöneldiğine göre de bir tasnife tabi tutmak mümkündür. Böyle bir tasnifin Fransız hukukunda yapıldığını görmekteyiz. Nitekim Fransa Ulusal Bilirkişi Birlikleri Federasyonunu tarafından 1978 yılında kaleme alınan bilirkişiliğe ilişkin etik kurallarda dörtlü bir ayrım ön görülmüştür. Bunlar, *bilirkişinin kendisine karşı ödevleri; bilirkişinin hâkimlere ve mahkeme yardımcılarına karşı ödevleri; bilirkişinin taraflar karşı ödevleri* ve nihayet *bilirkişinin diğer bilirkişilere karşı ödevleri* şeklindedir. Ayrıca bkz. G. Rousseau ve P. De Fontbressin (2008). *L'expert et l'expertise judiciaire en France.* Bruxelles: Bruylant, s. 169, 170.

[1221] Bu noktada ifade etmek gerekir ki, bilirkişilik etiğine ilişkin kurallar sadece mahkeme tarafından tayin edilen bilirkişileri değil, taraf bilirkişilerini, yani HMK m. 293 hükmü çerçevesinde, taraflarca görevlendirilen uzmanları da kapsamına almaktadır. Nitekim aşağıda, söz konusu kurallara ilişkin açıklamalarda bulunurken, bu kuralların taraf bilirkişileri bakımından da bir değerlendirmesini yapmaya çalışacağız.

[1222] Bu konuda İsviçre hukukunda da genel yaklaşımın bu yönde olduğunu görüyoruz. Esas itibariyle kabul edilen husus, hâkimlerin bilirkişiyi taşıdığı ödevler konusunda uyarmak zorunda olmadığı yönündedir. Örneğin Zürih Temyiz Mahkemesi vermiş olduğu bir kararında, tıbbî bilirkişileri ödevleri konusunda ayrıca uyarmaya gerek bulunmadığına zira onların bu hususları zaten bildiğine dikkat

Buna karşılık cezaî sonuçlar bakımından bilirkişinin uyarılmasının gerekip gerekmediğinden bahsedilebilir mi? Örneğin İsviçre Federal Medenî Usûl Kanununun 184. maddesinin ikinci fıkrası sahte bir raporun yahut sır saklama yükümlülüğünün ihlâlinin cezai sonuçları konusunda bilirkişinin uyarılacağını açıkça öngörmektedir. Esasen biraz yukarıdaki açıklamalarımızla aynı doğrultuda, benzer bir hükmün bulunmamasının bir eksiklik oluşturmadığı düşüncesindeyiz[1223]. Ancak elbette hâkim, sevk ve idare yetkisi çerçevesinde, bilirkişiye uyması gereken kuralları inceleme boyunca hatırlatabileceği gibi, gerekli hâllerde onu uyarabilir.

Nihayet aşağıda ayrı bir başlık altında değerlendirmemekle birlikte, birkaç cümleyle ele almakla yetineceğimiz bir ödev ise, bilirkişinin yemin etmesidir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu gereğince, bilirkişi olarak görev yapacak olanların bir yemin etmesi zorunludur. Bu bağlamda Kanunun 271. maddesinin ilk fıkrasında, listeye kaydedilen bilirkişilerin, ilgili adlî yargı adalet komisyonu karşısında yemin edecekleri, bunların her görevden evvel yeniden yemin vermelerine gerek bulunmadığı fakat, daha önce verdikleri yeminin kendilerine hatırlatılması gerektiği belirtilmektedir. Bir listeye kayıtlı olmayan bilirkişilerin ise, göreve başlamadan önce, kendilerini tayin eden mahkemenin huzurunda yemin etmeleri gerekmektedir (bkz. HMK m. 271, f. 2)[1224]. Listeye kayıtlı olan bilirkişiler bakımından, bunların her sene başında yeniden kaydolurken yemin etmek zorunlulukları bulunmamaktadır. Gerçekten de, Bilirkişilik Yönetmeliğinin 11. maddesine baktığımızda, ilk defa kayıt olacaklar ile kaydı silinen fakat daha sonra yeniden kaydolacak bilirkişilerin yemin edeceğine vurgu yapıldığına göre, kaydı bir sonraki adli yılda yenilenen bilirkişilerin yeniden yemin etmelerine gerek yoktur[1225].

çekmektedir (ZR 53/1954 n. 91, s. 228, Bettex (2006), s. 147, dn. 684'den naklen). Ayrıca bkz. Bettex (2006), s. 147'de yer alan açıklamalar.

[1223] Karş. Bettex (2006), s. 148. Yazara göre bilirkişinin görevi sebebiyle karşı karşıya kalabileceği cezaî sorumluluk hakkında bilgi sahibi olması önem taşımaktadır.

[1224] Fransız hukukunda da bunun aynı şekilde olduğunu, listeye kayıtlı olan bilirkişilerin, bu sistemde sadece bir kez yemin verdiğini görmekteyiz (Art. 20 – 23, décret du 31 décembre 1974). Buna karşılık bir listeye kayıtlı olmayan bilirkişilerin yemin vermekle yükümlü olup olmadıkları tartışma konusu olmuş, Versailles İstinaf Mahkemesi (22.11.1986, *JCP,* G, 1987, II) yemin yönünde karar verirken Roanne Asliye Mahkemesi (6.6.1990, *Gaz. Pal.,* 1991, 2, s. 605. Zikreden Bourgeois, Julien ve Zavaro (1999), n° 88, s. 52, dn. 1) buna gerek bulunmadığı yönünde karar vermiştir. Bununla birlikte dile getirilen husus, bu konuda zorlayıcı herhangi bir hükmün olmadığıdır (bkz. Bourgeois, Julien ve Zavaro (1999), n° 88, s. 52).

[1225] Yemine ilişkin bu yaklaşım da Fransız hukukuyla aynıdır. Nitekim bkz. Bourgeois, Julien ve Zavaro (1999), n° 88, s. 52

Buradaki bir başka mesele, bir tüzel kişi bilirkişi listeye kaydolmuşsa, bunların ne şekilde yemin edeceğidir. Yukarıda bilirkişinin seçimi faslında dile getirdiğimiz üzere, görüşümüz, tüzel kişi bilirkişilerin de listeye kaydolabilmeleri, yine bir listeye kayıtlı olmamakla birlikte, bir özel hukuk tüzel kişisinin bilirkişi olarak tayin edilebileceği yönündedir[1226]. Bir tüzel kişinin de bilirkişi olarak görev yapabildiği Fransız hukukunda, yemin tüzel kişinin temsilcisi tarafından verilmekte, hatta bazı hallerde yeminin yazılı olarak verilebilmesi dahi mümkün olabilmektedir[1227]. Türk hukuku bakımından da bu çözüm savunulabilir.

1.2.1.2. Görevin bağımsız, tarafsız ve diğer etik kurallara uygun yerine getirilmesi

1.2.1.2.1. Bilirkişinin bağımsızlığı

Bilirkişinin bağımsızlığı ve tarafsızlığı hususları, bir hâkim yardımcısı olan bilirkişinin güvenilirliğine ilişkindir[1228]. Bununla birlikte bilirkişinin bağımsızlığı, tarafsızlığından farklı bir konudur. Bu itibarla söz konusu meseleleri ayrı ayrı değerlendirmemiz gerektiği düşüncesindeyiz.

Bilirkişinin bağımsızlığının iki ayağı bulunmaktadır. Bunlardan ilki, bilirkişinin kendisini tayin eden hâkim; taraf bilirkişiliği (uzman görüşü) bakımından ise, kendisine bu görevi veren taraf karşısında bağımsız olmasıdır. Bu husus, görevin yerine getirilmesiyle ilişkilidir. İkincisiyse bilirkişinin, onu tayin eden hâkim kadar bağımsız olmasıdır, ki bu özellikle davanın tarafları açısından önem taşımaktadır[1229].

[1226] Bkz. yuk. *İkinci Bölüm, 3.4.2*'de yer alan açıklamalar.
[1227] Bourgeois, Julien ve Zavaro (1999), n° 88, s. 52.
[1228] Ayrıca bkz. ve karş. Yılmaz (2012), s. 1215 vd.
[1229] Ayrıca bkz. ve karş. O. Leclerc (2009). L'indépendance de l'expert. *L'expertise: enjeux et pratiques (dir.: K. Favro)*. Paris: Lavoisier, ss. 167 – 180, n° 1, s. 167 vd.; Motulsky (1969), s. 18. Bilirkişinin bağımsızlığı ve tarafsız olması gerekliliği Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin çeşitli kararlarına da konu olan bir hususdur. İsviçre öğretisinde *Bettex* tarafından işaret edilen iki karar bu anlamda dikkat çekicidir. Bunlardan ilkinde (AİHM, Bönisch/Avusturya, 6.5.1985, A, 92), Mahkeme, bilirkişinin, taraf bilirkişisinden farklı olarak bazı yetkileri kullanmakta olduğuna ve bu anlamda bağımsızlığına dikkat çekmekte, aski hâlin varlığının, silahların eşitliği ilkesine aykırı olduğuna vurgu yapmaktadır (bkz. Bettex (2006), s. 121). Bir diğer kararda da (AİHM, Brandstetter/Avusturya, 28.8.1991, A, 211), hâkimlerin tarafsızlığına ilişkin hususların aynı şekilde bilirkişiler bakımından da söz konusu olduğu ifade edilmekte, bununla birlikte, salt uyuşmazlık konusu ile doğrudan ilişkili resmî bir kuruluştan bilirkişi tayin edilmesinin tek başına tarafsızlığı ihlâl eden bir husus olmadığı, bunun yanı sıra ilgili tarafın da, sahip olduğu usûlî imkânları kullanıp kullanmadığının da önemli olduğu belirtilmektedir. Nitekim, bu hâller

Bu itibarla bilirkişinin bağımsızlığı kendisini bilirkişi incelemesiyle ilgili kimseler ile olan ilişkiler noktasında göstermektedir. Bu kimselerle murat ettiğimiz, onu tayin eden ve uyuşmazlık hakkında karar verecek olan kimseler dışında, aynı zamanda uyuşmazlık hakkında verilecek olan karardan etkilenecek olanlardır[1230]. Bilirkişi, sayılan kimselerle hiçbir şekilde bir kişisel, ekonomik, hiyerarşik, sözleşmesel, ailevi yahut buna benzer bir ilişki içerisinde olmamalıdır (karş. m. 34 vd., m. 272). Buna karşılık *tarafsızlık,* bilirkişinin sunduğu görüşte somutlaşmaktadır. Şayet bilirkişi sahip olduğu görüşe, salt uyuşmazlık konusu vakıayı değerlendirmek neticesinde ulaşmışsa ve bu görüş yanlı değilse, onun tarafsızlığından söz edilebilir[1231]. Bu nedenle, bağımsızlık ve tarafsızlık bir arada bulunması gereken koşullardır ve bir arada anılmasında bir sakınca bulunmamaktadır[1232]. Bilirkişi incelemesinin inandırıcılığı, bilirkişi üzerinde bahsedilen anlamda bir etkinin bulunmamasına bağlıdır[1233].

Bilirkişinin kendisini tayin eden kimse bakımından bağımsızlığı konusunda ilk olarak, bilirkişinin kendisini tayin eden hâkim karşısında bağımsızlığı üzerinde durmak gerekmektedir. Bilirkişinin hâkim tarafından tayin ediliyor olması, görevini hâkimin sevk ve idaresi altında yürütüyor olması, hâkimin talimatlarına uymak yükümlülüğü, onun vakıa meselesi bağlamındaki teknik incelemesini nasıl yerine getireceğini kapsamamaktadır. Bilirkişi, gerek uyuşmazlık konusu vakıanın ihtiyaç duyduğu teknik yöntemleri tercih ederken, gerek bu yöntemler neticesinde vakıa meselesi hakkında bir kanaate varırken, tamamen bağımsızdır. Hâkimin buradaki işlevi, hangi vakıa meselesini, hangi bağlamda incelemesi ve değerlendirmesi noktasında bilirkişiye işaret

---

yoksa, silahların eşitliği ilkesinin ihlâlinden de bahsedilemeyecektir (açıklamalar için bkz. Bettex (2006), s. 122). Ancak ne olursa olsun, gerek bağımsızlık gerek tarafsızlık bağlamında, bilirkişinin uzmanlık bilgisinin tartışma konusu yapılması söz konusu değildir. Zira, bilirkişi zaten bir listeye kaydolmakla, onun uzmanlığının bir ön denetime tâbi olması söz konusudur (bkz. yuk. *İkinci Bölüm, 3.3.1* vd.). Bu uzmanlık bilgisinin tartışılması, gerek bilirkişinin tayininde tarafların görüşünün alınmasında (bkz. yuk. *İkinci Bölüm, 3.5.5*) gerek bilirkişi raporunun teslim edilmesinden sonra, rapora itiraz kapsamında gündeme getirilecek bir hususdur (bkz. aşa. *Üçüncü Bölüm, 2.2.2.2*). Bu konuda ayrıca bkz. ve karş. Leclerc (2006), n° 343, s. 262, s. 265 vd.

[1230] Leclerc (2009), n° 1, s. 167.

[1231] Leclerc (2009), n° 1, s. 167.

[1232] Öğretide meselenin genellikle bilirkişinin tarafsızlığı kavramı altında ele alındığını görmekteyiz. Bunda hiç şüphe yok ki, meselenin Kanunda hâkimin tarafsızlığına ilişkin hükümlere gönderme yapılması suretiyle düzenlenmesi de etkilidir. Ancak bu konuda dile getirilen hususların, bağımsızlık kavramıyla da ilişkili olduğu noktasında kanımızca bir tereddüt yoktur. Bu bağlamda bkz. ve karş. Kuru (2001), C. III, s. 2724 vd.; Berkin (1981), s. 847; Deliduman (2007), s. 281.

[1233] Leclerc (2009), n° 1, s. 167.

etmekten ibarettir. Ancak hâkim bu incelemenin içeriğine karışamaz; bu anlamda tercih edilecek yöntem konusunda telkinde bulunamaz[1234].

Üzerinde durulması gereken ikinci konu ise, Hukuk Muhakemeleri Kanununun 293. maddesi bağlamında, taraflarca görüşüne başvurulan uzmanların, diğer ifadesiyle taraf bilirkişilerinin, kendilerini tayin eden kimselere göre bağımsız olmaları gereğidir. Gerçekten de bu uzmanlar da, mahkeme bilirkişileri gibi, ister teknik ister hukukî içerikte bir görüş hazırlasınlar, fikrî bağımsızlıklarını korumak zorundadır. Zira, uyuşmazlığın iki tarafı olabilir, ancak vakıa tektir. Uzmanın sunacağı görüş de, yeri geldikçe mahkeme bilirkişisinin raporunu hükümden düşürme amacını taşısa da, son tahlilde hâkimi uyuşmazlık konusu vakıa hakkında aydınlatmaya yönelmelidir. Taraf bilirkişileri, aradaki ekonomik ilişkinin varlığına rağmen kendilerini tayin eden tarafın bir tür koruyucusu, vekili gibi davranmamalıdır[1235].

Buna karşılık ne Hukuk Muhakemeleri Kanunu (karş. HMK m. 293), ne HMK Bilirkişi Yönetmeliğinde, uzmanların (taraf bilirkişilerinin) bağımsız davranma yükümlülüğüne ilişkin bir ifade bulunmaktadır. Bu yaklaşımın, taraf bilirkişisinin görüşünün hâkim tarafından tayin edilen bilirkişiye göre tali bir nitelikte oluşundan, asıl olanın mevcut sistem içerisinde mahkeme bilirkişisi olduğundan ve belli davalar bakımından kullanım alanına sahip olmakla birlikte, onun bu tali niteliğinin muhafaza edilmesi amacından kaynaklandığını söyleyebiliriz. Buna karşılık kanımızca ne olursa olsun, bahsedilen hususlar, söz konusu uzmanların, diğer bilirkişiler kadar, etik kurallara tabi olduğu gerçeğini ve bu kurallarla bağlılığı zorunluluğunu değiştirmemektedir[1236].

[1234] Ayrıca bkz. Closset-Marchal (1994), s. 16. Belçika öğretisinde savunulan bir görüşe göre bilirkişinin ismi üzerinde tarafların anlaşması halinde kural olarak bu kimsenin bilirkişi olarak tayin edilmesi, bilirkişinin hâkime karşı bağımsızlığının bir göstergesidir. Burada bilirkişinin son tahlilde ne tarafların ne hâkimin vekili olduğu hususuna vurgu yapılmaktadır. Bkz. Closset-Marchal (1994), s. 14, 15.

[1235] Fransız hukuku bakımından bu doğrultuda Leclerc (2009), n° 2, s. 167.

[1236] Bu konu hakkında farklı bir bakış açısına Fransız hukukunda rastlamaktayız. Gerçekten de, Fransa Bilirkişi Birlikleri Federasyonunun hazırladığı etik kurallarda bağımsızlık vakıasına, salt mahkeme bilirkişileri değil, uzmanlar bakımından da yer verilmektedir. Bu bağlamda, ister henüz dava açılmadan evvel görüş alınsın, ister bu görüş esas hakkında söz konusu olan yargılama sırasında, mahkeme tarafından tayin edilen bilirkişinin görüşünden önce veya sonra sunulsun, taraf bilirkişisi, her koşulda bağımsızlığını korumakla yükümlüdür. Zikredilen kuralların 35. maddesine göre, taraf bilirkişisine bu görev henüz dava açılmadan verilmişse, bilirkişi görüşünü tam bir bağımsızlık ve tarafsızlıkla vermelidir (Art. V-35, al. 1, Règles de déontologie). Yine esas hakkındaki yargılama sırasında görüş sunuyorsa bunu objektif şekilde gerçekleştirmelidir (bkz. Art. V-36, al. 1, Règles de déontologie). Ayrıca bkz. Rousseau ve de Fontbressin (2008), s. 176 vd, özellikle s. 178 ve 179.

Meselenin ikinci yönünü *bilirkişinin hâkim kadar bağımsız olması* oluşturmaktadır. Bu mesele ilkinden biraz daha hassas bir konu meydana getirmektedir. Zira ilkinde, bilirkişinin görevini yerine getirirken, kendisini tayin edene karşı fikri bağımsızlığını korumakla yükümlü olması söz konusuyken, burada mesele, özellikle davanın taraflarıyla ilgilidir. İşte bu noktada bilirkişinin, mahkeme tarafından verilecek olan hükümden etkilenecek olan kimseler ile arasındaki kişisel, ekonomik, ailevi ilişkiler gündeme gelmektedir. Bu ilişkinin derecesi, bilirkişinin bahsedilen kişilere ne derece bağımlı olduğunun ortaya konulması bakımından önem taşımaktadır. Bağımlılık ilişkisi ne düzeydedir, ekonomik midir, yoksa ortada bir arkadaşlık ilişkisi mi söz konusudur? Geçmişte kalan bir ilişki mi vardır, yoksa bu ilişki halihazırda devam etmekte midir? Bu ve benzeri soruların tümü, bağımsızlığın bulunup bulunmadığı noktasında, bir tarafça hâkime başvurulmuşsa, bunun değerlendirilmesi bakımından önem taşımaktadır[1237].

Bu noktada, görevin bağımsız şekilde yerine getirilmesi zorunluluğu, resmî bilirkişi konumundaki *Adli Tıp Kurumu* bakımından özellik göstermektedir. Adli Tıp Kurumunun bağım(sız)lığına ilişkin tartışmalar yeni değildir. Gerçekten de, Kurumun yapısından ve işleyişinden kaynaklanan sorunlar, gerek çeşitli toplantılarda[1238] gerek konuya ilişkin makalelerde[1239] ele alınan bir konu olagelmekte; diğer taraftan uygulamada karşılaşılan ve toplumda dikkat ve kimi zaman tepki çeken çeşitli uygulamalar[1240], bu kurumun bağımsızlığını, hatta varlığını sorgulamaya sevk etmektedir.

Bilirkişinin bağımsızlığı bakımından Adli Tıp Kurumunun durumu ve olması gereken hukuk bakımından alınması gereken tedbirler aslında son derece açıktır. Kurum

---

[1237] Ayrıca bkz. Leclerc (2009), n° 3, s. 168 vd.

[1238] Örneğin bkz. Ü. Biçer (2008). Adli Tıp. *"Adalet Bakanlığı yargı reform stratejisi" belgesi gölgesinde yargı reformu sempozyumu.* Ankara: TBB Yayınları, ss. 510 – 523, s. 511 vd.; Ö. F. Eminağaoğlu (2008). Yargı bağımsızlığı. *"Adalet Bakanlığı yargı reform stratejisi" belgesi gölgesinde yargı reformu sempozyumu.* Ankara: TBB Yayınları, ss. 431 – 453 (*basılı metnin kenar notlarında konuşmacı H. Ökçesiz olarak ifade edilmektedir*), s. 447; Ö. Özok (2007). *Savunmaya saygı. TBB Başkanı Av. Özdemir Özok'un konuşması.* Ankara: TBB Yayınları, s. 26.

[1239] Örneğin bkz. S. Koç (2004). Bilirkişilik ve Adli Tıp Kurumu. *TBB, S. 50,* ss. 144 – 151, s. 145 vd.

[1240] Bunların bir kısmı için bkz. http://www.ses.org.tr/index.php? option=com_ content&view= article&id=1061:adl-tip-kurumu-lavedlmel-uenversteler-temel-alan-yen-ve-baimsiz-br-yapilan maya-gdlmeldr-&catid=13:genel-merkezden&Itemid=66 (son erişim tarihi: 1.6.2012); http://www.radikal.com.tr/Radikal.aspx?aType=RadikalDetayV3&ArticleID=946332&CategoryID=77 (son erişim tarihi: 1.6.2012); http://www.radikal.com.tr/ Radikal.aspx?aType =RadikalDetayV3&ArticleID=1078947&CategoryID=77&Rdkref=1 (son erişim tarihi: 1.6.2012). Ayrıca bkz. Biçer (2008), s. 514.

siyasi iktidara bağlı, başkanları üçlü kararname ile atanan, akademik ve bilimsel bir yapılanma modeline uzak bir yapıdadır. Bu yapı, bilirkişinin bağımsızlığı ile bağdaşabilecek bir husus değildir. Bu itibarla meselenin çözümü için iki seçenek bulunmaktadır. Bunlardan ilki, haklı olarak ifade edildiği gibi[1241], Kurumun özerk bir yapıya kavuşturulmasıdır[1242]. İkinci yöntem ise, Kurumu tamamen kaldırarak tıp fakültelerinin ilgili anabilim dalları ile koordineli yeni bir yapıya gitmektir. Aksi hâlde bu gerçekleşmeyecekse, özellikle Devletin taraf olduğu davalar bakımından Kurum tarafından sunulan raporların ispat değerinin kanımızca HMK m. 293 çerçevesinde sunulan teknik raporlardan daha üstün tutulmaması gerekmektedir. Zira, özellikle bu tür davalar bakımından siyasî etki ve yönlendirmeye açık bir bilirkişinin, ne bağımsızlığından ne de tarafsızlığından söz edilebilir. Vardığımız bu kanaat aynı veya benzer yapıdaki diğer resmî bilirkişiler bakımından da değişmemektedir.

Nihayet, bağımsızlığı ilgilendiren ve çalışmamızın farklı aşamalarında ele aldığımız için burada ayrıca açıklamada bulunmayacağımız iki husus daha bulunmaktadır. Bunlardan ilki, bilirkişinin tevdi edilen görevi kabul ve ret noktasında kendisini göstermektedir[1243]. İkinci husus ise, bilirkişinin yerine getirdiği çalışma karşılığı hak ettiği ücretin hakkaniyete uygun şekilde belirlenmesidir. Bilirkişi bu ücreti yeterli bulmuyorsa, ona bu konuda bir başvuru hakkı tanınması gerekmektedir[1244].

Mevcut pozitif düzenlemeler içerisinde, bilirkişinin bağımsızlığını garanti altına alan mekanizma, bilirkişinin reddi müessesesidir. Bu konuyu takip eden başlıkta, bilirkişinin tarafsızlığı hakkındaki açıklamalarımız çerçevesinde her iki husus bakımından bir arada ele almaya çalışacağız.

[1241] Bkz. Biçer (2008), s. 512 vd. ; Koç (2004), s. 148 vd.

[1242] Bu yönde *Dokuzuncu kalkınma planı (2007 – 2013). Adalet hizmetleri özel ihtisas komisyonu raporu*nda çeşitli hususlar yer almakla birlikte (örneğin bkz. s. 16), bu plân da çeşitli şekillerde eleştiri konusu olmaktadır. Özellikle bkz. Biçer (2008), s. 518 vd.

[1243] Bu anlamda bilirkişinin hâkim yahut taraflarca tayin edilmesi arasında bir fark yoktur. Ne var ki, bilirkişinin bu hakkı, görevin kamusal niteliği sebebiyle bir listeye kayıtlı olan bilirkişiler bakımından ve listeye kayıtlı olmasa dahi, doğrudan uzmanlık alanında mesleki faaliyet gösteren kimseler bakımından sınırlıdır. Nitekim bu kimseler kendilerine tevdi edilen görevi sadece Kanunda yer alan gerekçelerin varlığı hâlinde kabulden kaçınabilmektedir. Bu konuda yukarıda ayrıca açıklamalarda bulunduğumuzdan, yeniden bir değerlendirmede bulunmamaktayız (bkz. yuk. *İkinci Bölüm, 3.5.6*).

[1244] Bu konuda ayrıca bkz. yuk. *İkinci Bölüm, 1.6.3.*

1.2.1.2.2. Bilirkişinin tarafsızlığı ve reddi usûlü

Tarafsızlık konusu da, bağımsızlığa paralel şekilde yine hâkimler bakımından olduğu gibi, fakat bu sefer esas itibariyle bilirkişinin taraflarla olan ilişkisi bağlamında ele alınması gereken bir konu meydana getirmektedir. Nitekim, bilirkişinin bir hâkim yardımcısı oluşu ve bu itibarla, temelde hâkime ait olan yetkileri onun çizdiği sınırlar dâhilinde kullanması, bilirkişinin tarafsızlığının, hâkimler hakkındaki hükümlere tâbi olmasına yol açmaktadır[1245].

Bu genel çerçevede, bilirkişinin tarafsızlığını sağlamaya yönelik hükümler, hemen her hukuk sisteminde aralarında bazı nüanslar bulunmakla beraber benzer şekilde düzenlenmektedir[1246]. Bununla birlikte Fransız Medenî Usûl Kanununda ve Federal Kanun öncesi bazı İsviçre kanton medenî usûl kanunlarında, görevin nesnel, özenli ve tarafsız şekilde yerine getirilmesi zorunluluğunun açıkça vurgulandığını görüyoruz[1247]. Türk kanun koyucusu ise, bu hususları bağımsız bir maddede ifade etmiş olmasa da, bu durum bir eksiklik teşkil etmemektedir. Zira bilirkişiye yemin verdirilmesine ilişkin 271, bilirkişinin yasaklılığı ve reddi hâllerini ele alan 272 ve nihayet bilirkişinin sorumluluğuna ilişkin 285. madde hükümleri bu konuda tereddüt etmemek için kanımızca yeterlidir[1248].

Nihayet Hukuk Muhakemeleri Kanunu, 272. maddesinde, bilirkişinin görevini yapmaktan yasaklı olması ve reddini açıkça düzenlemiş bulunmaktadır. Kanunun meseleyi ele alış biçimi, kanımızca iki açıdan olumludur. Birinci olarak, yasaklılık ve ret hâllerinin ayrı ayrı düzenlenmiş olması, bilirkişinin hâkim yardımcısı olma vasfına uygundur. İkinci olarak ise, bu açık düzenleme neticesinde, yürürlükten kalkan Hukuk

[1245] Bu konuda ayrıca genel olarak bkz. İsviçre hukukunda Castella (1992), s. 14; Bettex (2006), özellikle s. 116, 117 vd.

[1246] Örneğin Belçika Yargılama Kanunu (art. 828, CJ) da esasen hâkimin reddi müessesesine yer veriyor olsa da, burada tahdidi bir sayım söz konusudur (ayrıca bkz. Gillard (1994), s. 143).

[1247] Örneğin Fransız Medenî Usûl Kanununun 234. maddesinin birinci fıkrası, bilirkişilerin hâkimler hakkındaki sebeplerle reddedilebileceklerini düzenledikten sonra zikredilen Kanunun 237. maddesinde tayin edilen kimsenin görevini özenli, nesnel ve tarafsız bir şekilde yerine getirmesi gereğine işaret edilmektedir. Yine İsviçre Federal Usûl Kanunu öncesi dönemde, Vaud Kantonu Medenî Usûl Kanununun 224. maddesinin birinci fıkrası, bilirkişinin görevini doğruluk ve mutlak bir tarafsızlıkla yerine getirmek zorunda olduğunu düzenlemektedir. Ayrıca bkz. diğer Kantonlardaki düzenlemelere de işaret eden Bettex (2006), s. 147 ve dn. 680. Buna karşılık Federal Medenî Usûl Kanununun 184. maddesinin birinci fıkrasında ise bu husus bilirkişinin (kendisine yöneltilen soruları) gerçeğe uygun şekilde yanıtlamaya davet edileceğinin ifade edilmesiyle biraz daha farklı formüle edilmiştir.

[1248] Alman Medenî Usûl Kanunu bakımından da durumun bu şekilde olduğunu görüyoruz. Türk hukukunda olduğu gibi bu sistemde de salt bilirkişinin reddinin düzenlenmesiyle yetinilmiş (bkz. dZPO § 406), bilirkişinin ayrıca görevini objektif, bağımsız ve tarafsız şekilde yerine getirmesi ödevine dikkat çeken bir hükme yer verilmemiştir.

Usûlü Muhakemeleri Kanununun 277. maddesinin ifadesinden kaynaklı olan geçmiş tereddütler ortadan kaldırılmış olmaktadır[1249].

Burada, hangi hallerin bilirkişinin reddi kapsamında değerlendirilebileceği sorusu gündeme gelmektedir. Bu konuda genel bir liste vermek pek mümkün gözükmemektedir. Ancak kanımızca dikkat edilmesi gereken bir husus, her ne kadar kanun koyucu, bilirkişiyi hâkim hakkındaki ret ve yasaklılık sebeplerine tâbi kılmışsa da, bilirkişi, hâkimden farklı olarak, ayrı bir meslekî faaliyeti de yürütmektedir. Öte yandan, bir liste usûlünün varlığına rağmen, bilirkişilik faaliyetini yerine getirmek, hâkimlik faaliyeti kadar ciddî koşullara tâbi değildir. Bu itibarla söz konusu sebepler, hâkimler hakkındakilere göre, – bilirkişi aleyhine – daha geniş yorumlanmalıdır[1250].

Ne olursa olsun, burada ilk olarak hâkimin yasaklılık ve reddi hâlleri bakımından sayılan hususları zikretmek gerekir. Gerçekten de bu çerçevede, bilirkişi ile davanın taraflarından biri arasında yer alan bir akrabalık ilişkisi yahut taraflardan birinin vekili, hatta avukatı sıfatıyla hareket etmiş olma durumunda, akrabalığın derecesi ve diğer hususlar dâhilinde bilirkişinin, görevini yerine getirmekten yasaklı olması veya reddi gündeme gelmektedir (bkz. m. 272. Bu bakımdan ayrıca bkz. m. 34 vd.)[1251].

Bilirkişi ile taraflar arasında, kişisel, ekonomik bir menfaatin söz konusu olması veyahut bu anlamda taraflar arasındaki bir uyuşmazlık, bu çerçevede tartışılabilecek konulardır[1252]. Ancak özellikle taraf ve bilirkişi arasında ortaya çıkabilecek bir

---

[1249] Esasen 1086 sayılı Kanunun yürürlükte olduğu dönemde de, hâkim görüş, HUMK m. 277 hükmünde yer verilen yollamanın sadece ret sebeplerini değil, fakat evleviyetle yasaklılık hâllerini de içerdiği, bu anlamda taraflarca bu yönde talepte bulunulmasa dahi re'sen gözetilmesi gerektiği yönündeydi. Yargıtay uygulamasında kabul gören bu yaklaşım, öğretide konuya yer veren yazarlar tarafından da paylaşılmaktaydı (genel olarak bkz. Alangoya, Yıldırım ve Deren-Yıldırım (2009), s. 364; Önder (1968), s. 528). Diğer yandan öğretide *Tanverdi,* yürürlükte olan Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanununun ilgili hükmü karşısında, bilirkişi seçiminin nihayetinde öncelikle taraflara ait olması ve ayrıca HUMK m. 30 hükmünde öngörüldüğü gibi tarafların açık muvafakatiyle hâkimin görevine devam edebileceği göz önüne alındığında, yasaklılık sebebinin de ret gerekçesi gibi değerlendirilerek, re'sen gözetilmeyebileceğini de ifade etmekteydi (bkz. (1991), s. 166). O dönem bakımından da bu görüşün, bilirkişinin bir hâkim yardımcısı olmasıyla bağdaşmadığı kanısındayız. Ancak ne olursa olsun, bilirkişinin artık ilkesel olarak hâkim tarafından seçileceğinin öngörülmekte oluşu ve nihayetinde Kanunun açık hükmü karşısında bu tartışma anlamını yitirmiştir.

[1250] Bu yaklaşım için İsviçre hukuku bakımından bkz. ve karş. Bettex (2006), s. 116, 117.

[1251] Mesele hakkında ayrıca bkz. Yılmaz (2012), s. 1215 vd.; Umar (2011), s. 770 vd. Karş. İsviçre hukuku bakımından Bettex (2006), s. Castella (1992), s. 14. Belçika hukuku bakımından Gillard (1994), s. 143.

[1252] Nitekim tarafsızlığın korunması bakımından, bilirkişinin taraflardan gelecek harici bir ödemeyi kabul etmemesi gerekir. Yukarıda (bkz. *İkinci Bölüm, 1.1.5.4*) bilirkişi ücretine ilişkin açıklamalarımızda ifade etmiş olduğumuz gibi, bilirkişi Fransız hukuk sisteminde ücretini taraflardan doğrudan tahsil etmektedir. Ancak burada bilirkişiye avans adı altında bir ödemenin yapılmaması gerekmektedir. Aslında bu noktada bağımsızlık ile tarafsızlığın kimi zaman bir arada bulunabildiğini de görüyoruz. Özellikle bilirkişinin,

anlaşmazlık veya uyuşmazlık, somut olayın koşullarına göre değerlendirilecek bir hususdur[1253].

Diğer taraftan, vekil veya avukat sıfatıyla hareket etmenin dışında da, davanın taraflarından birine daha önce, aynı konuda taraf bilirkişisi sıfatıyla bir rapor yahut görüş sağlamış olan kimsenin tarafsız davranamayacağı açık olduğundan bilirkişilik görevini üstlenememesi gerekir[1254]. Burada uzman tarafından sağlanan mütalaayı, HMK m. 36 hükmü bağlamında bir "öğüt" veya "yol gösterme" şeklinde değerlendirmek mümkündür. Öte yandan kanımızca özel bilirkişinin verdiği görüş ile doğan ilişki nedeniyle, ret sebebinin varlığı salt somut uyuşmazlık ile sınırlı olmamalıdır. Bir kimse ile herhangi bir konuda özel bilirkişilik ilişkisi içerisine girmek, bu uzmanın daha sonra bilirkişi olarak mahkemece tayin edilmesi durumunda, tarafsızlığının ve bağımsızlığının şüphe altında kalması ve sorgulanması için yeter sebeptir. Bu itibarla bu ilişkinin tarafı olan uzmanın, daha önce görüş veya rapor sağladığı kimsenin taraf olduğu herhangi bir davada, görev almaması, önceki ilişkinin her koşulda bir ret sebebi olarak kabul edilmesi uygun olur.

Yine bu noktada, Kanunun 272. maddesinin ilk fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan, bilirkişinin daha önceden tanık olarak dinlenilmiş olmasının, bir ret sebebi teşkil etmeyeceğine ilişkin düzenlemenin üzerinde durmak gerekmektedir. Tanık sıfatıyla beyanda bulunan kimse, aynı zamanda özel ve teknik bilgi sahibiyse, burada tanık-bilirkişi kavramı gündeme gelecektir[1255]. Esasen bu kimselerin, reddedilemeyecek oluşlarının vakıa ile doğrudan ilişkilerinden kaynaklı olduğunu kabul etmek gerekir. Ancak, burada tam da bu ilişki nedeniyle, aslında bu kimselerin beyanlarının bilirkişi

---

davanın tarafı ile arasında olan arkadaşlık yahut başka türden bir ilişki, ona karşı borçlu bulunması veya benzer bir hâl bu kapsamda düşünülebilir.

[1253] Örneğin, Türk hukuku bakımından bilirkişinin belli bir mahalde veya bir şey üzerinde gerçekleştireği incelemenin yöntemine taraflarca itiraz edilmesi mümkündür. Burada bilirkişinin kişisel bir menfaatinin bulunduğundan söz edilemeyeceğinden, kanımızca, söz konusu durumun bir ret sebebi olarak da kabul edilememesi gerekmektedir. Bu noktada Belçika hukukunda Brüksel Ticaret Mahkemesinin vermiş olduğu bir kararda, bilirkişi incelemesinin ne şekilde icra edileceğine yahut bilirkişi ile taraflar arasında gerçekleştirilecek olan toplantının tarihleri bakımından söz konusu olan bir anlaşmazlığın ret sebebi teşkil etmeyeceğine işaret edilmektedir. Bkz. Comm. Bruxelles, 8.11.1982, *Pas.,* 1983, III (zikreden Gillard (1994), s. 143, dn. 3).

[1254] "*…HYUY'nin 277, maddesi uyarınca hâkimler için belirlenen sebeplerle bilirkişiler de ret olunabilir. Bilirkişi seçilme ihtimali olan kişiden davacı tarafın ön rapor niteliğinde hukukî mütalaa aldığı halde, mahkemece, önceden görüşünü açıklayan kişiden rapor alınmasına karar verilmiş* olması *kıyas yolu ile bilirkişinin reddi sebebi sayılır…"* 20. HD, 6.6.2006, 6009/7960 (*İBD, 2007/1,* s. 351 vd.).

[1255] Bkz. yuk. *Birinci Bölüm, 1.3.2.3.1.*

görüşü olarak alınması konusunda doğabilecek tereddütler söz konusu olabilir[1256]. Kanımızca bu beyanların tanık olarak elde edilmesi, olması gereken hukuk bakımından, bize daha uygun gözükmektedir. Burada söz konusu meseleden doğabilecek olan tereddütlerin, tanık-bilirkişi müessesesinin Türk hukukunda da açık bir şekilde tanınmasıyla çözülebileceği kanısındayız[1257].

Öte yandan, bilirkişinin bir başka sıfatla değil de, aynı uyuşmazlığa ilişkin olarak, bizzat bilirkişi olarak görev alması, onun reddi sebebi oluşturabilir mi? HMK m. 272. maddesinin ilk fıkrasının 36. maddeye yaptığı gönderme nedeniyle bu soruya olumlu yanıt vermek mümkün olabilir[1258].

Bilirkişinin tarafsızlığına ilişkin bir halin mevcudiyeti durumunda nasıl bir yolun izlenmesi gerekir? Bu soru, söz konusu durumun bilirkişinin kendisi, taraflar ve nihayet hâkim tarafından anlaşılmasına göre üç ayrı şekilde yanıtlanabilmektedir:

İlk olarak, bilirkişi, tarafsızlığına halel getirecek halin mevcut olduğunu tespit ettiği takdirde, görevin kendisine tebliğ edilmesinden itibaren bir hafta içerisinde mahkemeye bu durumu bildirmesi gerekmektedir. Diğer yandan bilirkişinin, kendisine mahkeme kalemince teslim edilen belgeleri incelemeye başlamasından itibaren bu durumun farkına varması da pekâlâ mümkündür. Bu durumda bilirkişinin aynı şekilde söz konusu durumu mahkemeye bildirmesi ve görevi iade etmesi gerekmektedir[1259]. Nihayet, ortada bir yasaklılık sebebi bulunmaktaysa, yargılama sürdüğü müddetçe, Kanunun 272. maddesinin ikinci fıkrası hâkimin bu durumu her zaman gözeteceğini, bilirkişinin de her zaman görevden alınma talebinde bulunabileceği düzenlemiştir.

[1256] Örneğin, bir tıbbî bilirkişiliğin konusunu teşkil eden bir meselede, hastanın durumu hakkında bilgi sahibi olan ve bu vesileyle açıklamalarda bulunan bir hekime, bu sefer bilirkişi olarak, meselede uygulanmış olması gereken tecrübe kuralları hakkında soru yöneltilmesi, hasta ile hekim arasında daha evvel söz konusu olan ilişki nedeniyle bu kimsenin, aslında bilirkişi olarak değil, fakat bir tanık olarak beyanının alınması gerektiği görüşünü haklı gösterebilir. İsviçre Federal Mahkemesinin genel olarak benzer içerikteki bir kararı (ATF 94 I 917 *JdT* 1970 I 383) konusunda benzer yönde Bettex (2006), s. 132.

[1257] Esasen, bilirkişinin reddi bakımından, hâkimlerin reddine yollama yapan (art. 183, al. 2, CPC Suisse), İsviçre Federal Medenî Usûl Kanununun, HMK m. 36'ya karşılık gelen, 47. maddesinin ilk fıkrasının (b) bendi, aynı mesele hakkında daha önce bir başka sıfatla hareket etmiş olmaktan yola çıkmakta ve Türk Kanunundakine benzer hususlara yer vermektedir. Elbette, HMK m. 272. Maddenin ilk fıkrasının ikinci cümlesine karşılık gelen bir düzenleme, Federal Medenî Usûl Kanununda yer almamaktadır. Ancak burada, söz konusu hukuk sistemi bakımından tanık-bilirkişi müessesesinin de ayrıca düzenlenmekte olduğuna bu vesileyle bir kez daha dikkat çekmek isteriz (bkz. art. 175, CPC Suisse).

[1258] Ayrıca bkz. Yılmaz (2012), s. 1215. İsviçre hukuku bakımından bkz. ve karş. Bettex (2006), s. 129, 131.

[1259] Belçika hukukunda (art. 967, CJ), bilirkişinin durumu "derhal" bildirmesi gerektiğine işaret edilmektedir. Ayrıca bkz. Gillard (1994), s. 143.

Burada aynı şekilde, kanımızca tarafların da, bu sebebin varlığına dayanarak, her zaman bilirkişinin görevden alınmasını talep edebileceklerini kabul etmek gerekmektedir.

Mülga Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu bakımından tereddüt yaratan bir mesele, ret sebebi sonradan öğrenilse dahi, zikredilen Kanunun 277. maddesinde yer alan üç günlük sürenin bilirkişinin tayininin öğrenilmesinden itibaren başlamasıydı[1260]. Hukuk Muhakemeleri Kanununun 272. maddesi hükmü, bu konuda yaşanabilecek tereddütleri ortadan kaldırmıştır. Ancak burada *öğrenme* anından kastedilen, şüphesiz ilk aşamada yine bilirkişinin tayin anıdır[1261]. Ancak, kanun koyucunun bu ifade biçimi karşısında, ret sebebi daha sonra öğrenilmişse dahi, bilirkişinin reddi mümkün olabilecektir[1262].

Ancak ne olursa olsun, somut bilirkişi incelemesi bakımından, bilirkişinin ifade ettiği gibi bir yasaklılık veya ret sebebinin bulunup bulunmadığı konusunda son söz hâkime aittir. Nitekim, ret talebi dosya üzerinden karara bağlanır ve kabulü hakkındaki karar kesindir (m. 272, f. 4). Buna karşılık, ret talebi reddedilmişse, bu karar aleyhine ancak esas hakkındaki karar ile birlikte kanun yoluna başvurulabilecektir (m. 272, f. 4).

Her iki durumda da, kanımızca düşük bir olasılık olmakla birlikte, şayet her iki taraf da, bilirkişinin görevini yürütmesinde bir sakınca görmez ve bu iradelerini mahkemeye bildirmek yolunu tercih ederlerse, bilirkişinin görevi yerine getirmesinde bir sakınca görmemek gerekir[1263].

1.2.1.2.3. Diğer bazı etik kurallar

HMK Bilirkişi Yönetmeliğinin 11. maddesinde, bağımsızlık ve tarafsızlık dışında, toplam yedi etik kurala daha yer verilmektedir:

[1260] Bu konuda bkz. Umar (2011), s. 771.

[1261] Umar (2011), s. 771.

[1262] Bu noktada *Umar'ın* görüşü, bilirkişi hâkimin ara kararıyla her zaman görevden alınabileceğinden, tarafların da tahkikatın sonuna kadar bilirkişinin görevden alınmasını istemesinin mümkün olduğu yönündedir (Umar (2011), s. 771). Ancak, bilirkişinin görevden alınması, onun tarafsızlığı ve bağımsızlığı nedeniyle reddi ile her koşulda örtüşen bir mesele değildir. Bu görevin gereği gibi yerine getirilmemesi, örneğin bilirkişinin yargısal temel haklara riayet etmemesi, diğer taraftan özellikle kendisine tanınan süreye riayet etmemesi karşısında da söz konusu olabilir. Şayet bu hâllere aynı zamanda, bilirkişinin tarafsızlığını yitirdiği şüphesi de eklenmediği sürece, söz konusu bir haftalık sürenin bu şekilde yorumlanmaması, kanımızca daha doğru olur. Nitekim bilirkişinin reddi imkânı bulunmasa da, bilirkişinin değiştirilmesinin bu saydığımız sebeplerle mümkün olabilmesi bakımından Fransız hukukunda bkz. Leclerc (2005), n° 345, s. 264, dn. 260.

[1263] Belçika hukuku bakımından benzer şekilde Gillard (1994), s. 143.

Bu kurallardan ilki, *dürüst davranma ve doğruyu söylemedir*. HMK Bilirkişi Yönetmeliğinin 11. maddesinin ikinci fıkrasının c bendi, bilirkişiler bakımından dürüstlük kuralına işaret etmektedir[1264]. Bilirkişilik etiği kapsamında yer alan bir kural olarak, bundan anlaşılması gereken hususların, bilirkişinin, bir hâkim yardımcısı olarak, gerek hâkim gerek taraflar ile arasında olması gereken güven ilişkisine karşılık geldiği düşüncesindeyiz[1265]. Öyle ki bu güven ilişkisine aykırılık, mahkemenin yanıltılması ve nihayetinde yargılama faaliyetinde gerçeğe ulaşılmasına engel olacaktır[1266]. Bu itibarla da aslında bilirkişinin dürüst davranma ve doğruyu söyleme ödevi, usûlî dürüstlük kuralının bilirkişi incelemesi özelindeki görünümüdür[1267].

Gerçekten de, hâkim daha en başta, bilirkişiyi, sahip olduğu özel ve teknik bilgisine güvenerek tayin etmektedir. Aynı güven taraflar bakımından da yaratımalıdır. Söz konusu ödeve uygun davranıldığından söz edebilmemiz için, güven ilişkisinin bir gereği olarak, bilirkişinin görevini, her şeyden önce, vicdanlı bir şekilde yerine getirmesi şarttır. Zira, yaptığı vakıa tespitleri ve bu vakıalardan çıkardığı sonuçlar, hâkim tarafından uygun bulunduğu takdirde, hükme esas alınmaktadır[1268].

Diğer taraftan doğruyu söylemek ve dürüst davranmak, bilirkişinin kendisine tevdi edilen görev konusunda, sahip olduğu uzmanlık bilgisinin yetersiz kaldığına ilişkin şüpheye düşmesi hâlinde bunu mahkemeye gecikmeksizin bildirmesini de gerektirmektedir[1269]. Nitekim bilirkişi, henüz görev kendisine tevdi edilir edilmez, bunu yapmak imkanına da Kanunda sahip kılınmıştır (bkz. m. 275, f. 1)[1270].

Yine dürüstlük ve doğruyu söyleme ödevi bağlamında bilirkişi, incelemesinde veya duruşma sırasında gerçekleştirdiği sözlü açıklamaları sırasında uyuşmazlık konusu vakıayı tespit eder veyahut değerlendirirken kısmen veya tamamen hata yaptığı

[1264] Nitekim dürüst davranma ödevi, genel bir ilke biçiminde Türk Medenî Kanununun 2. maddesinde herkes açısından geçerli bir kural olarak yer aldığı gibi, Hukuk Muhakemeleri Kanununun 29. maddesinde, "dürüst davranma ve doğruyu söyleme yükümlülüğü" başlığı altında davanın taraflarına yönelik olarak düzenlenmektedir. Bilirkişinin doğruyu söyleme ödevi bakımından ayrıca özel olarak bkz. Tanrıver (2002), s. 49 vd.; S. Tanrıver (2001). Bilirkişinin etik, hukukî ve cezaî açılardan sorumluluğu. *Bilirkişilik sempozyumu, Samsun, 9-10 Kasım 2001*. Ankara: TBB Yayınları, ss. 406 – 448, s. 408 vd. Ayrıca bkz. Gürelli (1967), s. 67; Yılmaz (1996), s. 23.

[1265] Ayrıca bkz. ve karş. Rousseau ve de Fontbressin (2008), s. 172 vd. Yazarlar bilirkişinin dürüst davranma ödevini, bilirkişi ve şüphe kavramları altında değerlendirmektedir.

[1266] Bkz. Tanrıver (2001), s. 408, 409.

[1267] Tanrıver (2001), s. 409.

[1268] Bkz. ve karş. Rousseau ve de Fontbressin (2008), s. 172.

[1269] Fransız hukuku bakımından bkz. Rousseau ve de Fontbressin (2008), s. 172.

[1270] Ancak meselenin görevi kabul mecburiyeti bakımından değerlendirilmesi için ayrıca bkz. yuk. *İkinci Bölüm, 3.5.6.*

takdirde, bu hatayı kabul etmekten imtina etmemeli; raporunu teslim etmişse vakit geçirmeksizin mahkemeyi durumdan haberdar etmelidir. Hatta bilirkişi ihtiyaç halinde bu hatalı görüşüne dayanak aldığı hususları da mahkemeye sunmalıdır[1271]. Aynı şekilde teknik meselenin karmaşıklığı, kimi zaman net bir sonuca varmayı güç kılabilir. Böyle bir faraziyede bilirkişinin açık bir sonuç dile getirmekten kaçınması gerekmektedir[1272]. Şayet meselenin karmaşıklığı, bir diğer uzmandan yardım almayı gerektiriyorsa, Hukuk Muhakemeleri Kanunu buna da imkân tanımaktadır (bkz. m. 275).

HMK Bilirkişi Yönetmeliğinin 11. maddesinin, (ç) ve (d) bentlerinde yer bulan diğer iki etik kural, görevin bizzat yerine getirilmesi ve sır saklama yükümlülüğüdür. Biz bu hâlleri, taşıdıkları önem gereği aşağıda ayrı başlıklar altında incelemeye çalışacağız[1273].

Bu kuralları takiben, (e) bendinde yer alan, bilirkişinin meslekî davranış ilkelerine ve meslek etiğine uygun davranması kuralı gelmektedir. O hâlde, bilirkişinin yerine getirdiği faaliyette uymak zorunda olduğu etik kurallar, sadece Yönetmelikte zikredilenlerle sınırlı değildir. Hatta kanımızca bu hüküm, aslında Yönetmelikte sayılan etik kuralların, ortaya bir genel çerçeve koymuş olduğunu da bize göstermekte ve bilirkişi etiğinin kapsamını, olumlu olarak, önemli ölçüde genişletmektedir. Yerine getirilen bilirkişilik faaliyetinin niteliğine göre, örneğin, bir sigorta eksperi, sigorta eksperlerinin tâbi olduğu meslek kurallarına[1274], aynı şekilde bilirkişi olarak görevlendirilen bir gazeteci, basın meslek ilkelerine[1275], nihayet bir tıbbî bilirkişi incelemesinde görev yapan bir hekim de, hekimlik mesleğine ilişkin kurallara[1276] uygun hareket etmek zorundadır.

Yönetmelik 11. maddenin (f) bendinde, bilirkişinin ehliyet ve liyakatle hareket etmesi gerektiğine de işaret etmektedir. Buradaki ehliyetten anlaşılması gereken, kanımızca, işin olması gerektiği gibi, bilirkişinin uzmanlık bilgisinden beklenen şekilde yapılmasıdır. Bu durum, bilirkişilik görevi sırasında, gerekli tüm teknik hususların dikkate alınmasından, görevin verilen süre zarfında yerine getirilmesine kadar geniş bir

[1271] Rousseau ve de Fontbressin (2008), s. 173.
[1272] Ayrıca bkz. Aşçıoğlu (2001), s. 87, 88.
[1273] Bkz. aşa. *Üçüncü Bölüm, 1.2.1.3* ve *1.2.1.5*.
[1274] Bkz. http://www.segem.org.tr/meslekkural.pdf (son erişim tarihi: 30 Ağustos 2012).
[1275] Bkz. http://www.basinkonseyi.org.tr/lang_tr/pressOccupationPrinciples.asp (son erişim tarihi: 30 Ağustos 2012).
[1276] Bkz. http://www.ttb.org.tr/mevzuat/index.php?option=com_content&task=view&id=65& Ite mid =31 (son erişim tarihi: 30 Ağustos 2012).

alanı kapsamaktadır. Liyakat ise, bilirkişiye olan güvenle ilgili bir husus olduğuna göre, bilirkişinin dürüstlüğü çerçevesinde yapmış olduğumuz açıklamaların, liyakati de içine aldığını kabul etmemiz mümkündür.

Nihayet son olarak ifade edilen etik kural, bilirkişinin temel yargılama ilkelerine uygun davranmasıdır. Yukarıda, meselenin bilirkişilerin eğitim faaliyeti çerçevesinde de değerlendirilmesi gerektiğine işaret etmiştik[1277]. Bu çerçevede bilirkişinin özellikle hukukî dinlenilme hakkı çerçevesinde, tarafların belli şartlarda hazır bulunma hakkına riayet etmesi, örneğin taraflardan biriyle görüştüğü takdirde, bunu diğer tarafın da huzurunda gerçekleştirmesi gerekmektedir. Bu durum aynı zamanda, aleniyet ilkesiyle de ilişkilidir.

1.2.1.3. Görevin şahsen yerine getirilmesi

1.2.1.3.1. Genel olarak

Bilirkişi, kendisine tevdi edilen görevi şahsen yerine getirmek zorundadır (m. 276). Yürürlükten kaldırılan Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanununda bu meseleye ilişkin bir düzenleme bulunmamakla birlikte, görevin şahsen yerine getirileceği konusunda herhangi bir tereddüt de yoktu. Nitekim 276. madde ile bu ödev belirgin bir hâle gelmiş ve görevin kısmen veya tamamen bir başkasına bırakılamayacağına işaret edilmiştir[1278].

Bu ödevin dayanaklarından ilki, bir hâkim yardımcısı olan bilirkişinin, bu vasfıyla kamusal bir görev yerine getiriyor olmasıdır[1279]. Diğer taraftan bilirkişinin kendisine tevdi edilen görevi, kısmen veya tamamen bir başkasına bırakması, son tahlilde mahkemenin bilirkişi tayini konusundaki takdirinin göz ardı edilmesi anlamına da

[1277] Bkz. yuk. *İkinci Bölüm, 3.4.5.*
[1278] Görevin şahsen yerine getirilmesi zorunluluğu Fransız (C. pr. civ., art. 233) ve Alman (dZPO § 407a) hukuklarında da az çok benzer şekillerde dile getirilmektedir
[1279] Nitekim öğretide kamu hukuku bakımından söz konusu olan temel ilkelerden birinin de, bir kamu görevinin ilgilisi tarafından bizzat yerine getirilmesi gereği olduğuna dikkat çekilmektedir. Bkz. Tanrıver (2002), s. 64 vd.; Pekcanıtez, Atalay ve Özekes (2011), s. 526; Yılmaz (2012), s. 1223 (276. maddenin gerekçesi için ayrıca bkz. s. 1222, dn. 49).

gelmektedir[1280]. Nihayetinde bilirkişi, kendisinde olduğu varsayılan uzmanlık bilgisi nedeniyle, *intuitu personae* tayin edilmektedir[1281].

O hâlde bilirkişinin yapması gereken, kendisine tevdi edilen görev bilgi kapasitesini aşmaktaysa veya bu görevi herhangi bir meşru gerekçeyle yerine getiremeyecekse, görevi bir başkasına bırakmak değil, vakit geçirmeksizin hâkimi bu durumdan haberdar etmekten ibarettir[1282]. Ancak bilirkişinin görevi bir üçüncü kişiye devredemeyecek olması, onun bir sonraki başlık altında ele alacağımız, bir üçüncü kişiden yardım almasından farklı bir konudur. Burada çok çeşitli örnekler vermek mümkündür. Örneğin bilirkişi görüşü hangi nedenle olursa olsun, sadece tayin edilen bilirkişi tarafından sunulabilir[1283]. Bilirkişi incelemesini belli bir mahalde gerçekleştirecek veya taraflarla bir araya gelecekse, bahsedilen hâllerde bizzat kendisi hazır bulunmalıdır[1284]. Nihayet, bir tahlili gerçekleştirmekle görevlendirilen bilirkişi, üçüncü bir kişi tarafından yapılan bir tahlili mahkemeye sunmamalıdır[1285].

Görevin şahsen yerine getirilmesi, kanımızca bir bilirkişi kurulunun oluşturulması durumunda, kurulda yer alan bilirkişilerin üzerlerine düşen görevin bizzat kendileri tarafından yerine getirilmesi zorunluluğunu da kapsamına almaktadır. Eşyanın tabiatı gereği burada farklı şekilde düşünmek mümkün olmasa da, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu döneminde, raporun sadece bilirkişilerden bir tanesi tarafından hazırlanması, diğer bilirkişilerin ise imza atmakla yetinmesi yaygın bir vakıadır[1286].

[1280] Bkz. ve karş. Tanrıver (2002), s. 65, 66; Redon (2011), n^{o} 224, s. 33; *Yılmaz*, bu üçüncü kişileri "taşeron bilirkişi" şeklinde adlandırmaktadır. Bkz. Yılmaz (2012), s. 1201.

[1281] Vigneau (2009c), n^{o} 231.31, s. 116. Ayrıca bkz. ve karş. Yılmaz (2012), s. 1224.

[1282] Bu konuda bkz. yuk. *İkinci Bölüm, 3.5.6.* Mesele ayrıca bilirkişinin dürüst davranma ödeviyle de ilgilidir. Bkz. yuk. *Üçüncü Bölüm, 1.2.1.2.3.*

[1283] Konuya ilişkin olarak Fransız kimi bazı mahkeme kararlarında ilgi çekici örnekler bulunmaktadır. Nitekim Fransada bir istinaf mahkemesinin kararına konu olayda, bilirkişi, inceleme sırasında ölmüş, rapor ise oğlu tarafından tamamlanarak mahkemeye teslim edilmiştir. Mahkeme bunun ilgili hükme aykırı olduğuna işaret etmektedir (bkz. Pau, 27.10.1960, *D.* 1960, somm., 116. Zikreden Redon (2011), n^{o} 224, s. 33; V. Vigneau (2009). Obligations du technicien. *Droit de l'expertise (Dir.: T. Moussa)*. Paris: Dalloz, ss. 113 – 129, n^{o} 231.31, s. 116).

[1284] Fransız hukuku bakımından taraflar ile bir araya geldiği toplantıya, bilirkişinin çalışma arkadaşını göndermiş olması, bilirkişi raporunun iptalini gerektirmiştir. Bkz. Cass. Civ. 2^{e}, 27.4.2000, n^{o} 98-13.361. Zikreden Vigneau (2009a), n^{o} 231.31, s. 116.

[1285] Vigneau (2009c), n^{o} 231.31, s. 116. Fransız Temyiz Mahkemesi bir kararında, bilirkişinin taraflara sadece konuya ilişkin genel içerikte bir araştırma raporunu yollaması karşısında, raporu iptal etmeyen istinaf mahkemesinin kararını bozmuştur. Bkz. Cass. Civ. 2^{e}, 11.1.1995, n^{o} 93-14.697 (Zikreden Vigneau (2009c), n^{o} 231.31, s. 116).

[1286] Örneğin öğretide *Kuru* tarafından dile getirilen hususlar hem ilgi çekici hem meselenin uygulamadaki görünümü bakımından önemlidir "*...Bir tanesi bilirkişi raporunu hazırlıyor, ötekilere imza yeri açıyor, mahkeme kalemine mübaşire veriyor, mübaşir öteki bilirkişilere telefon ediyor, 'gelin, bilirkişi raporunu kalemde imzalayın' diye. Gelmezlerse, bilirkişi raporunu yazan bilirkişi diğerlerine telefon ediyor: 'Gidin raporu kalemde imzalayın, sizin yüzünüzden bilirkişi ücretini alamıyorum' diyor"*. Bkz. B. Kuru (2007).

Bilirkişinin görevi şahsen yerine getirmemiş olması, öncelikle bu raporun hiçbir şekilde hükme esas alınmamasını gerektirmektedir[1287]. Öte yandan, ister bilirkişi tek başına görevi bir başkasına bırakmış ister oluşturulan bilirkişi kurulda rapor salt tek bilirkişi tarafından hazırlansın, olan şey aynıdır. Her iki hâlde de, kanımızca bilirkişi sıfatının kötüye kullanılması söz konusudur. Her ne kadar Hukuk Muhakemeleri Kanununda, görevin şahsen yerine getirilmemesinin bilirkişi bakımından yaptırımı öngörülmemişse de, HMK Bilirkişi Yönetmeliğinin 11. maddesi anlamında etik kurallara açıkça aykırılık söz konusudur. O hâlde burada olması gereken, görevi şahsen yerine getirmeyen bilirkişiye listeden çıkarma yaptırımının uygulanması ve bir daha listelere kaydolmaktan yasaklanmasıdır[1288].

Ancak görevin şahsen yerine getirilmesi zorunluluğunun çok katı uygulanması, olumsuz sonuç yaratabilir. Burada meseleyi iki şekilde düşünmek mümkündür. İlk olarak belli bazı zorunluluklar nedeniyle, bilirkişi bu ödevi yerine getiremeyebilir. Böyle bir faraziyede en azından bilirkişi hakkında herhangi bir yaptırım uygulanmamalıdır[1289].

İkinci mesele ise, bilirkişinin bir üçüncü kişiden yardım alma gereğinin ortaya çıkmasıdır. Aslında, Hukuk Muhakemeleri Kanunu hazırlanırken tasarının ilk hâlinde, bilirkişinin görevin icrasında bir başka kişinin yardımına ihtiyaç duyması hâlinde, bu kişiyi ve yaptığı işlerin nelerden ibaret olduğunu raporunda mahkemeye bildirmek zorunda olduğu cümlesi yer almaktaydı[1290]. Alman Medenî Usûl Kanununun 407a paragrafının ikinci fıkrasına karşılık gelen bu hüküm, Adalet Komisyonundaki görüşmeler sırasında, uygulamada tereddüt yaratacağı gerekçesiyle Kanundan

---

Hukuk Muhakemeleri Kanun Tasarısı hakkında genel değerlendirme. *Medenî usûl ve icra-iflâs hukukçuları toplantısı V, Ankara 8-9 Eylül 2006.* Ankara: TBB Yayınları, ss. 57 – 85, s. 76.

[1287] Fransız hukukunda bu yaptırım, raporun iptalidir. Genel olarak bkz. Redon (2011), n° 223 s. 33; Vigneau (2009c), n° 231.31, s. 116.

[1288] Nitekim Fransız hukukunda bu yaptırımın uygulandığını görüyoruz. Temyiz Mahkemesi kararına konu olan bir olayda, ulusal listeye kayıtlı olan bir bilirkişi, yapması gereken tahlilleri bir laboratuvara yaptırtmış, ayrıca laboratuvardan sonuca ilişkin gelen yorumları, kendi raporu olarak mahkemeye sunmuştur (Cass. Civ. 2e, 11.1.1995, n° 93-14.697, zikreden Vigneau (2009c), n° 244.36, s. 169). Nihayetinde bilirkişi listeden çıkartılmıştır.

[1289] Fransız Temyiz Mahkemesinin Kararına konu olan bir olayda, bilirkişi incelemesine konu olan bir araç, henüz incelemeden evvel bir üçüncü kişiye devredilmiş, aracı inceleyemeyen bilirkişi, mahkemeye, araç hakkında yakın bir zamanda hazırlanmış ayrıntılı bir rapor sunmuştur. Temyiz Mahkemesi burada söz konusu ödeve bir aykırılığın bulunmadığına karar vermiştir (Cass. Civ. 2e, 26.10.1977, n° 76.11-329. Vigneau (2009c), n° 231.31, s. 116'dan naklen).

[1290] İlgili metin için bkz. Budak (2011), s. 301, dn. 104.

çıkartılmıştır. Bununla birlikte, Kanunun şu anki mevcut hâlinde bu imkân, 275. maddenin birinci fıkrası dâhilinde mevcuttur. Meseleyi takip eden başlıkta ele alacağız.

1.2.1.3.2. Bilirkişinin bir üçüncü kişiden yardım alması

Bilirkişinin kendisine tevdi edilen görev bakımından üçüncü bir kişiden yardım almasının genel çerçevesi, Hukuk Muhakemeleri Kanununun 275. maddesinin birinci fıkrasında çizilmiştir. Kanun koyucu bu maddeyi kaleme alırken, bilirkişinin bir diğer uzmanla "*işbirliği*"ne ihtiyaç duymasına yer vermiştir.

Bununla birlikte, söz konusu yardımın ölçüsü önem taşımaktadır. Bu, salt geçici bir işbirliğinden mi ibarettir? Yoksa, bilirkişi aynı zamanda bir yardımcı kimse de kullanabilecek midir?

İlk soru bakımından meselenin esası bakımından bir tereddüt bulunmadığı kanısındayız. Bilirkişi, meselenin çözümü için konunun bir diğer uzmanı ile istişarede bulunmak ihtiyacını duyabilir; hatta bu bir diğer kimseden görüş istemek biçiminde dahi olabilir[1291]. Ancak burada kanımızca iki mesele hassasiyet arz etmektedir. *Birinci olarak,* bu işbirliği, aynı uzmanlık dalı bakımından mı söz konusudur? Yoksa, bilirkişi farklı bir uzmanlık dalından bir kimseyle de irtibata geçebilir mi? Kanaatimiz, bunun doğrudan doğruya aynı uzmanlık dalına ilişkin *olmaması* gerektiği yönündedir. Zira aksi görüşün kabulü, söz konusu bilirkişinin tayin edilmiş olmasını anlamsız hâle getirmektedir[1292]. Şayet uyuşmazlık konusu vakıanın ağırlık ve karmaşıklığı, aynı konuda birden fazla bilirkişinin çalışmasını gerektiriyorsa, yine 275. maddenin uygulanmasıyla, bilirkişinin bu konuda bildirimde bulunması üzerine, mahkeme tarafından yapılması gereken şey, bilirkişinin bir diğer bilirkişiyle işbirliği hâlinde bulunmasını sağlamak değil, bir bilirkişi kurulu oluşturmaktır[1293].

Ancak, aynı uzmanlık dalı içerisinde yer almakla birlikte, ilgili dallar arasında, birbirinden farklı alt ayrımlar bulunabilir. Bu faraziye, ifade ettiğimiz diğer hususlardan farklı değerlendirilmeli ve işbirliğine imkân tanınmalıdır. Nitekim Fransız hukukuna

---

[1291] Nitekim öğretide *Umar* tarafından verilen ilgi çekici bir örnek için bkz. Umar (2011), s. 775, 776.

[1292] Fransız hukukunda da böyle bir durum, bilirkişinin kendi yetkisini devretmiş olduğu biçiminde algılanmaktadır. Esas bilirkişinin raporu kendisinin kaleme alması da bu durumu değiştirmeyecektir. Bkz. Cass. Civ. 2^{e}, 23.10.2003, n^{o} 01-15.416 (zikreden Vigneau (2009c), n^{o} 244.36, s. 168).

[1293] Bilirkişi sayısının birden fazla olması konusundaki açıklamalarımız için ayrıca bkz. yuk. *İkinci Bölüm, 3.5.4.*

baktığımızda da, Fransız Medenî Usûl Kanununun 278. maddesinde, bilirkişinin, *kendisininkinden ayrı bir uzmanlık alanında olmak koşuluyla* bir diğer kimseden görüş alma imkânının tanındığını görmekteyiz (bkz. C.pr.civ., art. 278).

Bu konuda çeşitli örnekler dile getirilebilir: Hayvan yetiştirilen bir arazinin değerini belirlemekle görevlendirilen bilirkişinin, bir veteriner bilirkişiden görüş istemesi; bir inşaat bilirkişisinin, ahşap merdivenler konusunda uzman bir bilirkişiden yardım alması; esasen cerrah olan bir tıbbî bilirkişinin, bir göz doktoruna danışmak istemesi ve benzeri hususlar bu kapsamda değerlendirmelidir[1294].

Ancak, burada konuya ilişkin hassasiyet gösteren *ikinci mesele* gündeme gelmektedir. Söz konusu diğer uzmanın hukukî statüsü ne olacaktır? Buna verilecek yanıt, o uzmanın uyması gereken hususlar bakımından da önem taşımaktadır. İlk mesele, yani, bilirkişinin bir diğer uzmanla işbirliği hâlinde bulunması bakımından öncelikli mesele, bu kimsenin de, kendisi gibi, bilirkişi olarak tayin edilip edilmeyeceğidir. Örneğin, öğretide *Umar'ın* konuya ilişkin açıklamalarından, yaklaşımının bu yönde olduğu sonucuna varıyoruz[1295]. Gerçekten de, kanun koyucu, *bir başka bilirkişi ile işbirliğinden* söz etmektedir. Bu kimse bilirkişi olarak tayin edilecekse, bu durum, Hukuk Muhakemeleri Kanununun 267. maddesi ile çelişecektir. Zira, kanun koyucunun iradesi, bilirkişi kurulunun tek sayıda bilirkişiden oluşturulması gerektiği yönündedir. Bu takdirde, salt Kanun hükmüne uygunluğun sağlanması için iki bilirkişiden mi yardım sağlanacaktır? Bu ise, tartışmasız şekilde usûl ekonomisine aykırı olacaktır[1296]. Bu kimse, bilirkişi olarak adlandırılmayacaksa, sağladığı şey, salt bir görüşten mi ibaret olacaktır? Örneğin söz konusu uzman, bilirkişi ile beraber, belli bir hususun incelenmesine iştirak edebilecek midir? Kanımızca, bu kimse bilirkişi olarak tayin edilmeyecekse, bir başka uzman ile işbirliği hâlinde olmak için hâkimden izin almanın haklı bir gerekçesini bulmak güçtür[1297].

[1294] Verilen örnekler Fransız Temyiz Mahkemesinin çeşitli tarihlerde verdiği kararlarına dayanmaktadır. Nitekim bkz. Cass. Civ. 1re, 13.10.1981, no 80-12.927; Civ. 3e, 23.10.1984, no 82-15.895; Civ. 2e, 5.3.1975, no 73-14.496 (Vigneau (2009c), no 244.36, s. 168, 169'dan naklen).

[1295] Bkz. Umar (2011), s. 776.

[1296] Nitekim, bilirkişi kurulunun tek sayıda bilirkişiden oluşturulması konusundaki yaklaşımımız için bkz. yuk. *İkinci Bölüm, 3.5.4.*

[1297] Nitekim Fransız hukukunda, bilirkişi, bir diğer uzmandan, kendisinden farklı bir uzmanlık dalına ilişkin olarak, görüş ve yardım almak konusunda mahkemenin iznini almak zorunda değildir. Bu konuda bkz. Vigneau (2009c), no 244.37, s. 169. Aynı durum Alman hukuku bakımından da söz konusudur. Bkz. dZPO § 407, Abs. 2. Açıklama için bkz. Pinchon (2002), s. 30 vd.

Dikkat edilecek olursa, bilirkişi, bazı yetkilere sahip olup, bunları, hâkimin izni, sevk ve idaresi altında kullanmaktadır[1298]. Örneğin Fransız hukukunda, yardım alınan kimsenin, tayin edilen bilirkişi statüsünde kabul edilmemesi, özellikle bu yetkilerin kullanımında, o uzmanın bilirkişi incelemesine iştirakinde ve hatta onun yapacağı ücret ve giderlere ilişkin bazı tartışmaları da beraberinde getirmektedir[1299]. Burada hiç şüphe yok ki aynı zamanda, söz konusu uzman kişinin tayini bakımından taraflara söz hakkının tanınıp tanınmayacağı, bu kimseye bilirkişi raporuna sunduğu katkı bağlamında, doğrudan soru yöneltilip yöneltilemeyeceği soruları da gündeme gelmektedir. Nihayetinde görüşümüz, Türk hukuku bakımından bu konuda herhangi bir sorunun yaşanmaması için, bilirkişi ile işbirliği hâlinde bulunacak olan kimselerin, hâlihazırdaki bilirkişinin yanı sıra, ikinci bir bilirkişi olarak tayin edilmesidir. Ancak bu durum, 267. madde ile çelişeceğinden, olması gereken hukuk bakımından, bilirkişi kurulunun çift sayıda olması zorunluluğunun kaldırılması gerektiği kanısındayız. Öte yandan bu durum, 276. maddenin, yürürlüğe giren hâliyle, TBMM Adalet Komisyonunun murat ettiğine uygun şekilde, bilirkişinin işbirliğinde bulunduğu kimseyi bir "yardımcı" bilirkişi olarak kullanmasının da önüne geçecektir.

Gerçekten de geldiğimiz bu noktada, *ikinci sorumuz,* yani, bu yapı dâhilinde bilirkişinin bir yardımcı kişi kullanmasının mümkün olup olmadığı hakkında açıklamada bulunmamız gerekmektedir. Hukuk Muhakemeleri Kanununun Adalet Komisyonunda değişikliğe uğramadan önceki hâli, bilirkişinin bir yardımcı kişi kullanmasına imkân tanımaktaydı[1300]. Ne var ki, Adalet Komisyonunda maddenin bu kısmı, *uygulamada ortaya çıkması muhtemel sorunların* önüne geçmek için tasarıdan çıkarılmıştır. Şu an için bilirkişinin herhangi bir yardımcı kullanmasının, hiçbir şekilde mümkün olmadığı ifade edilebilir mi? Burada 276. madde hükmü kadar, HMK m. 275 hükmünün de buna ne ölçüde imkân tanıdığını sorgulamak gerekmektedir. Zira, söz konusu madde, bir *yardımdan* değil, açık bir *işbirliğinden* bahsetmektedir. İşbirliği kavramının ilk bakışta, bir yardım sağlamak gibi, bilirkişinin salt *maddî* bir yardım

[1298] Bkz. aşa. *Üçüncü Bölüm, 1.2.2.*
[1299] Genel olarak bkz. Vigneau (2009c), n° 244.37, s. 169, 170.
[1300] Nitekim bu husus, ilgili madde gerekçesinde de görülmektedir. Söz konusu gerekçe için bkz. Yılmaz (2012), s. 1222, 1223, dn. 49.

alması biçiminde değerlendirilemeyeceği ifade edilebilir[1301]. Örneğin bilirkişinin belli bir tahlil için, bir laboratuvardan yardım alması, kanımızca bir işbirliği değil, açık bir yardımdır. Zira, söz konusu laboratuvar, maddî bir takım incelemeleri bilirkişi adına gerçekleştirecektir. Meseleye bakış açısı bu şekilde olursa, bilirkişiye, bu tahlili kendisinin gerçekleştirmesi imkânı bulunmadığından, 276. madde bağlamında ona söz konusu görevin tevdi edilmesinin de (mevcut düzenleme bağlamında) anlamı olmamalıdır.

Olması gereken hukuk bakımından yaklaşımımız aksi yöndedir. Her şeyden önce, bilirkişinin aynı Türk hukukunda olduğu gibi kamusal bir görev üstlendiğinin kabul edildiği Fransız hukukunda, bu yardım imkânı açıkça mevcuttur[1302]. Bu nedenle, bilirkişinin kamusal bir görevi ifa ediyor olması, yardımdan yoksun kalması için yeter bir gerekçe olarak kabul edilemez[1303].

Nitekim Fransız hukukunda da bilirkişilik kamusal bir görev addedilmekle birlikte, bu imkân bilirkişiye tanınmıştır (C.pr.civ., art 278-1). Bu hukuk sistemi bakımından esas mesele, söz konusu *yardımcının,* bilirkişinin denetimi ve sorumluluğu altında görev yapmasıdır[1304]. Buradaki mesele, hiçbir şekilde, bilirkişinin görevini şahsen yerine getirmesi ödevine herhangi bir halel gelmeksizin bu yardımın gerçekleşmesidir[1305].

Türk hukuku bakımından söz konusu yardımın gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Bu nedenle HMK m. 275 hükmünün uygulanması bakımından görüşümüz, işbirliği ve yardım kavramları eş anlamlı yorumlanamayacak olsa da, uygulamada, bilirkişinin bir üçüncü kişiden yardım almasına imkân tanınması yönündedir. Böyle bir durumda, mevcut hükümler dâhilinde, bilirkişinin yardımcılarının da kıyasen bilirkişi incelemesine ilişkin hükümler çerçevesinde değerlendirilmesi ve özellikle ücret ile sorumluluklarının bu çerçevede değerlendirilmesi uygun olacaktır.

[1301] Zaten bu yüzdendir ki, Kanunu hazırlayan Komisyon, tercihini, işbirliği ve belli maddî hususlarda yardımcı kullanılması hususlarını farklı maddelerde değerlendirmek yönünde kullanmıştır. Gerekçe için bir kez daha bkz. Yılmaz (2012), s. 1223, dn. 49.

[1302] Bkz. Fransız hukuku bakımından bkz. C.pr.civ., art. 278-1. Durum Alman hukuku bakımından da farklı değildir. Bkz. dZPO § 407a, Abs. 1, 2.

[1303] Nitekim Meclis Adalet Komisyonu tarafından benimsenen ve sonucunu bu şekilde gördüğümüz yaklaşım, öğretide de karşılık bulmaktadır. Örneğin, *Umar'a* göre, bilirkişinin bir yardımcı kişi kullanması, kamusal görevin ifasında yardımcı kişi kullanılamayacağı gerekçesiyle, zaten mümkün değildir. Bkz. Umar (2011), s. 776.

[1304] Genel olarak bkz. Vigneau (2009c), n° 244.39, s. 170.

[1305] Bkz. Vigneau (2009c), n° 244.39, s. 170.

Ancak burada son kez vurgulanması gereken husus, işbirliği yahut yardım almak hususunda inisiyatifin, hiçbir şekilde tek başına bilirkişiye ait olmadığıdır. Bilirkişi o veya bu şekilde bir üçüncü kişiden yardım almak istiyorsa, bu durumu mahkemeye, görev kendisine tevdi edildikten itibaren bildirmek zorundadır (m. 275, f. 1). Bu yaklaşım herhangi bir suiistimalin önüne geçilebilmesi açısından, kanımızca son derece yerindedir.

Burada sorgulanması gereken son husus, Kanunun 275. maddesinde ifade bulan bir haftalık süredir. Bu ihtiyaç pek tabii ki, görevin icrası sırasında da çıkabilir. Bu faraziyede, bilirkişinin bu konuda hâkime başvurmasının mümkün olduğu kanısındayız[1306]. Aksi durumun kabulü, bir kez daha meselenin, usûl ekonomisi, hatta ispat hakkı bağlamında sorgulanmasına yol açacakır. Bu itibarla görüşümüz, söz konusu sürenin işlevsel olmadığı yönündedir. Olması gereken hukuk bakımından yapılması gereken, zikredilen sürenin Kanun maddesinden çıkartılmasından ibarettir.

Nihayet bahsedilen işbirliği ve yardım ihtiyacı, resmî bilirkişiler bakımından da söz konusu olabilir. Örneğin Adlî Tıp Kurumu Kanununun 24. maddesinin birinci fıkrasında açık bir şekilde, ilgili genel kurul ve dairelerin, somut meseleye ilişkin olarak kurum bünyesinde tıp yahut diğer bir alandan uzmanın bulunmaması hâllerine münhasır olarak, kurum dışından bir üçüncü kişiyi, yerine getirilecek olan incelemeye bilirkişi sıfatıyla davet edebilecekleri düzenlenmektedir. Ne var ki, bu davet edilen uzmanlar bir görüş sunmakla birlikte, oy hakkına sahip değildir.

1.2.1.4. Görevin verilen süre içinde yerine getirilmesi

Nihayet bilirkişinin ödevlerinden bir diğeri de incelemesini mahkeme tarafından tayin edilen süre zarfından tamamlaması ve raporunu mahkemeye teslim etmesidir. Bu konuyu düzenleyen Hukuk Muhakemeleri Kanununun 274. maddesi, hâkim tarafından verilecek sürenin üç ayı geçemeyeceğini öngörmektedir (bkz. m. 274)[1307]. Burada

[1306] Nitekim ne Fransız (C. pr. civ., art. 278 ve 278-1) ne de Alman (dZPO, 407) hukukunda böyle bir süreye rastlamamaktayız.

[1307] Esasında sürenin üç ay ile sınırlanması bir yenilik olmayıp, yürürlükten kalkan 1086 sayılı Kanunun 281. maddenin üçüncü fıkrasına 1981 yılında, 2494 sayılı Kanunla eklenmiş bir hususdur. Bununla birlikte tayin edilen süreye uyulması konusunda mahkemeler uygulamasından kaynaklanan sıkıntıları ortadan kaldırmak ve belirtilen süreye işlerlik kazandırmak bağlamında HMK m. 274 düzenlemesi, HUMK m. 281, III hükmüne göre önemli bir takım yenilikleri içermektedir. Ayrıca bkz. ve karş. Umar (2011), s. 774.

öncelikle altı çizilmesi gereken bir husus, zikredilen maddede her ne kadar sadece raporun teslim edilmesinden bahsediliyor olsa da, bunu bilirkişinin sözlü olarak görüşünü beyan edeceği hâller bakımından da düşünmek gerektiğidir. Zira Hukuk Muhakemeleri Kanununun 279. maddesi gereğince hâkim bilirkişinin oy ve görüşünü yazılı olduğu kadar sözlü şekilde de sunmasına karar verebilmektedir.

Bir diğer mesele, bilirkişi incelemesi farklı aşamaları içeren bir süreç olduğuna göre, bunun süresi de, aslında incelemeye başvurudan, tarafların bilirkişi ücretini yatırmasına, ücretin yatırılıp da bilirkişinin göreve başlamasından raporun teslimi ve nihayet rapora itiraz süresinin geçmesi veyahut itiraz edilmesi üzerine ek veya yeni bir bilirkişi incelemesine başvurulmasını da kapsayacak şekilde çok daha geniş bir çerçevede değerlendirilmelidir[1308].

Ancak hiç şüphe yok ki, bu süreçteki esas problem, incelemenin bilirkişi tarafından yerine getirildiği noktada doğmaktadır. Gerçekten de, Hukuk Muhakemeleri Kanunundan önceki dönemde, eskiden beri eleştirilerin merkezinden olan konulardan bir tanesi, bilirkişiye incelemesini gerçekleştirmesi için baştan belli bir süre tayin edilmemesi[1309], diğeri ise, belli bir sürenin tayin edildiği hâllerde dahi, bu süreye bilirkişi tarafından uyulup uyulmadığının hâkimlerin yeter derecede denetlemediğidir. Nitekim bu süreye uyulmamasının yargılama süresini uzattığını ifade etmek, aslında malumu ilâmdan ibarettir[1310]. Esasen bu salt Türk hukukuna özgü bir durum değildir. Fransız hukuku bakımından yapılan kapsamlı bir çalışmada her dört bilirkişi raporundan üçünün öngörülenden geç teslim edildiğine işaret edilmektedir[1311]. Türk hukuku bakımından ise bu konuda genel bir araştırma yoktur. Bununla birlikte İstanbul asliye hukuk mahkemeleri ölçeğinde yapılan sınırlı bir anket çalışmasında, bilirkişi raporlarının önemli bir kısmının geç teslim edildiği belirtilmektedir[1312].

[1308] Nitekim Fransız hukukunda kimi yazarlar bu hususa dikkat çekmektedir. Örneğin bkz. Arnault (2003), s. 6, 9 vd. Nitekim ücretin geç yatırılması veya mahkemenin tayin ettiği (kesin olmayan) süreye riayet edilmemesi (bkz. yuk. *İkinci Bölüm, 1.6.3*), hatta eksik yahut yetersiz bir bilirkişi raporu karşısında hâkimin uyuşmazlığın çözümü için ek veya yeni bir bilirkişi incelemesine ihtiyaç duyması hep bu sürecin uzunluğunu etkileyen birer mesele olarak karşımıza çıkmaktadır.

[1309] Kılıçoğlu (1986), s. 647: "*... Bilirkişiler tarafından alınan dosyalar aradan aylar, hatta bazı hallerde bir yılı aşkın süre geçmesine rağmen geri dönmemekte, raporlar gelmemektedir. Çok basit bir incelemenin dahi aylarca adaletin gecikmesine neden olduğu görülmektedir*".

[1310] Nitekim bkz. Arslan (1989), s. 176. Ayrıca bkz. S. Tanrıver (2002). *Bilirkişinin hukukî statüsü, yükümlülükleri, yetkileri ve sorumluluğu.* Ankara: Yetkin, s. 70 vd., özellikle s. 74, 75; Çiçekli (2008), s. 503; Ulukapı (2001), s. 299.

[1311] Bkz. Arnault (2003), s. 6.

[1312] Elveriş, Jahic ve Kalem (2009), s. 71.

Sürenin bilirkişi tarafından göz ardı edilmesi, aynı zamanda onun sorumluluğunu doğuran hâller arasındadır[1313]. Uygulamada ise, bilirkişinin raporunu süresinde teslim etmemesi, yalnızca görevi ihmal suçu çerçevesinde, birkaç Yargıtay Ceza Dairesi kararının konusunu oluşturmuştur[1314]. Buna karşılık geçmişte olduğu gibi[1315], Hukuk Muhakemeleri Kanununun yürürlüğe girdiği ana kadar, Yargıtay hukuk dairelerinin bilirkişinin disipliner sorumluluğuna dair herhangi bir kararı, tespit edebildiğimiz kadarıyla, bulunmamaktadır.

Böyle bir yapı içerisinde, hâkimlerin Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanununun ilgili maddelerinden kaynaklanan yetkilerini kullanmamış oldukları söylenebilir. Konunun taşıdığı önem karşısında, kanun koyucu 1086 sayılı Kanundan[1316] farklı

[1313] Nitekim Hukuk Muhakemeleri Kanunu öncesinde, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanununun yürürlükte olduğu dönemde de, zikredilen Kanunun 278. maddesinin üçüncü fıkrasında yer aldığı şekliyle (tanıklıktan kaçınmaya ilişkin) disipliner hükümlerin uygulanacağı, bunun yanı sıra raporun teslim edilmemiş olmasının Türk Ceza Kanununun 257. maddesinde düzenlenen suçu oluşturduğu noktasında herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Tanrıver (2002), s. 74, 75; S. Tanrıver (2007). Bilirkişinin sorumluluğu. *Medenî usûl ve icra – iflâs hukukçuları toplantısı II – III, Eskişehir, 3 – 5 Ekim 2003 ve 1 – 2 Ekim 2004.* Ankara: TBB, ss. 367 – 411, s. 398, 399; S. Tanrıver (2005). Bilirkişinin sorumluluğu. *TBBD, S. 56,* ss. 133 – 166, s. 156, 157.

[1314] Örneğin 1989 tarihli tebliğinde *Arslan'ın* zikrettiği *"...sanık bilirkişi olarak çağrıldığı hukuk mahkemesinin davetine uyarak... raporu vereceğini beyan ve dosyayı teslim aldığı halde... görevini yerine getirmemiş(tir)*". 2. CD, 4.6.1976, 3800/5527 (Arslan (1989), s. 176); diğer taraftan *Tanrıver'in* çeşitli çalışmalarında yer verdiği *"...Asliye hukuk mahkemesince bilirkişi olarak dinlenen belediye fen memurunun iki kez yazı ile uyarılmasına karşın, raporunu vermeme biçiminde beliren eylemi nedeniyle TCK'nın 230. maddesi ile cezalandırılmasına ilişkin olan yerel mahkeme kararı (tebliğ namesindeki bozma düşüncesine aykırı olarak) 4. Ceza Dairesi'nin 11.10.1992 tarih ve 6383/6881 sayılı kararı ile onanmıştır..."* ve "*...bilirkişi sanığın, rapor ve dosyayı bir yılı aşkın sürede vermemekten ibaret eylemenin görevi savsama suçunu oluşturduğu gözetilmeden, TCK'nın 240. maddesine hüküm kurulması ... bilirkişi olarak görev yapan sanığın belirlenen sürede rapor ve dosyaları vermediği dairemizin 4806 ve 5065 sayılı dosyalarının incelenmesinden anlaşılmasına göre, aralarında kişisel ve eylemsel bağ nedeniyle iki dava birleştirilerek, aynı suçu işleme kararı ile davranıp davranmadığı ve olayda TCY'nin 230 ve 80. maddelerinin uygulama yeri bulunup bulunmadığının tartışılarak hüküm kurulması gerekirken*…" (4. CD., 25.6.1996, 5068/5912) (Tanrıver (2007), s. 399, dn. 63; Tanrıver (2005), s. 157, dn. 65); nihayet bu sayılanlar dışında tespit edebildiğimiz "*…kayıtlı dosyada bilirkişi olarak görevlendirilen…* (X)'in… *dayanağını TCK'nun 282. maddesinden alan ve hâkim tarafından görevlendirildiği için adı geçen şahısla devlet arasında özel bir bağ kurulduğu, vereceği rapor nedeniyle de hâkim tarafından verilen hükme iştirak etmesi söz konusu olduğundan... "adli bir kamu görevi yapan kimseler" tabiri içine girmesine ve Ceza Yasası uygulamasında memur sayılması gerekmesine, Yüksek Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 25.11.1985 gün 410/595 ve 6.11.1989 gün 275/332 sayılı kararlarının da aynı doğrultuda olmasına, mahkemece yapılan ihtara karşın düzenlemesi gereken raporu ve kendisine teslim edilen mahkeme dosyasını tayin edilen duruşma gününe kadar getirip teslim etmedikleri iddiası ile bilirkişilik görevini ihmal suçundan TCK'nun 230. maddesi ile cezalandırılması isteğiyle Asliye Mahkemesine kamu davası açılmış olmasına göre, Mahkemece kanıtlar toplanarak sanığın suç kastının tartışılması, TCK.nun 282. maddesi de nazara alınarak sonuca varılması..."* (10. CD, 26.12.1994, 11900/14671, *Legalbank*) içerikteki Yargıtay kararları bilirkişinin raporu geç teslim etmiş yahut hiç teslim etmemiş olmasından ötürü görevi ihmal suçunu konu edinen az sayıdaki örnek arasındadır.

[1315] Öğretide bir kez daha *Arslan,* 1989 tarihli tebliğinde Yargıtay hukuk dairelerinin konuya ilişkin herhangi bir kararına rastlamadığını ifade etmektedir (bkz. Arslan (1989), s. 176).

[1316] Bilirkişi incelemesinin bir süre ile sınırlandırılması, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanununda ilk defa 1981 yılında 2494 sayılı Kanunla yapılan değişiklikler neticesinde, HUMK m. 281, f. 3 hükmünün

olarak, bilirkişinin görev süresini bağımsız bir maddeyle ve sonuçlarını da göstermek suretiyle düzenlemeyi tercih etmiştir. Bundan dolayı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 274. maddesini düzenleme biçimi ve içeriği itibariyle bu uygulamaya karşı bir tepki hükmü olarak kabul etmek yanlış olmayacaktır.

Hukuk Muhakemeleri Kanununun 274. maddesi, süresinde raporun teslim edilmemiş olmasına, hâkimin takdir yetkisi çerçevesinde olmak üzere üç sonuç bağlamaktadır: Hâkim, öncelikle bilirkişiyi görevinden alarak, yeni bir bilirkişinin tayin edilmesine karar verebilir. Diğer taraftan, bilirkişiye ücret veya masraf altında, hiçbir ödeme yapılmamasına karar verilebilir. Nihayet, bölge adliye mahkemesi adlî yargı adalet komisyonundan, söz konusu bilirkişinin görevini yapmakten belli bir süre yasaklanması veya listeden kalıcı olarak çıkartılması istenebilir[1317].

Bilirkişinin, bu yaptırımlarla karşılaşmamak için, henüz üç aylık süre dolmadan önce, yeni bir süre verilmesini mahkemeden istemesi gerekmektedir. Hâkim, bu talebi kabul ettiği takdirde, yeni süre verilmesini haklı gösteren gerekçeleri de sunmak durumundadır (bkz. HMK m. 274, I). Bu durumda bilirkişinin de, yeni bir süre konusunda gerekçe gösterme yükümlülüğüyle karşı karşıya olduğunu ifade edebiliriz[1318].

İlk ifade edilen yaptırım olan, *bilirkişinin görevden alınarak yeni bir bilirkişinin tayin edilmesi,* farklı hukuk sistemlerinde de karşımıza çıkmaktadır. Nitekim İsviçre hukukunun yaklaşımı bu konuda hemen hemen aynıdır[1319]. Aynı yaptırım, Fransız medenî usûl hukukunda da mevcuttur. Ancak bu hukuk sistemi, İsviçre-Türk hukukuna göre biraz daha farklı bir yaklaşımı benimsemiştir. Fransız Medenî Usûl Kanununun

---

üçüncü fıkrasında sürenin üç ayı geçemeyeceğinin de hüküm altına alınması suretiyle gerçekleştirilmiştir (bkz. HUMK m. 281).

[1317] Bu noktada özel bazı Kanun hükümlerinin konuyu ele alışı da ilgi çekici olup, bağlanan sonuç ve etkiler bakımından da Hukuk Muhakemeleri Kanunundan ayrılmaktadır. Nitekim bu özel düzenlemelerden bir tanesi Bankacılık Kanununun 165. maddesinin ikinci fıkrasında yer almaktadır. Buna göre ilgili maddede bilirkişi incelemesinin süresi üç ay olarak öngörülmüş, fakat HMK m. 274 hükmünden farklı olarak sürenin en fazla *iki ay* uzatılabileceği hüküm altına alınmıştır. Ancak buradaki en önemli farklılık hâkimin sürenin geçmesi hâlinde bilirkişinin görevi itibariyle akıbeti konusunda sahip olduğu yetkisi noktasındadır. Bankacılık Kanunu burada Hukuk Muhakemeleri Kanununda olduğu gibi hâkime bir takdir yetkisi tanımamış, böyle bir faraziyede raporun teslim edilmemesi durumunda bilirkişinin görevden alınacağı, kendisine herhangi bir ücret ödemeyeceği ve hatta bir yıl boyunca aynı uyuşmazlık konusuna ilişkin olarak bilirkişi olarak görevlendirilemeyeceğini hüküm altına almıştır (bkz. Bank. K m. 165, II).

[1318] Aynı yönde Umar (2011), s. 774.

[1319] Federal Medenî Usûl Kanununun 188. maddesinin birinci fıkrası, Hukuk Muhakemeleri Kanununun 274. maddesi kadar geniş bir çerçevede konuyu ele almış olmasa da, bilirkişinin raporunu tayin edilen süre zarfında teslim etmemiş olması hâlinde, mahkemenin bilirkişiyi görevden alabileceği ve yeni bir bilirkişi atayabileceğini düzenlemektedir. Genel olarak bkz. Vouilloz (2009a), s. 584.

235. maddesi, görevin süresinde tamamlanmasını değil, fakat bilirkişinin görevi kabulden kaçınması ve meşru bir gerekçe göstermesi sebeplerini saydıktan sonra, onun *görevinin gereğini yerine getirmemesi durumunda*, görevden alınarak yeni bir bilirkişinin tayin edileceğini, bir diğer deyişle değiştirileceğini öngörmektedir[1320]. Burada, "görevin gereğini yerine getirmemiş olmanın" içine "görevin tayin edilen süre zarfında tamamlanmamış olmasını" da alan daha kapsayıcı bir ifade olduğu düşüncesindeyiz.

Aslında Fransız sisteminin meseleyi ele alış biçimi, bilirkişinin değiştirilmesi usûlü bakımından karşılaştırmalı hukuk bağlamında özel olarak ilgi çekicidir. Özellikle Hukuk Muhakemeleri Kanununda bilirkişinin değiştirilmesine açıkça işaret eden yegâne hüküm 274. madde olduğundan, bu noktada bir karşılaştırmada bulunmak gerektiğine inanıyoruz.

Nitekim Fransız Medenî Usûl Kanununun 235. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, bilirkişi görevini yerine getirmediği takdirde, hâkim taraflardan birinin bu yöndeki talebi üzerine veya re'sen, bilirkişiyi değiştirme yetkisine sahiptir. Ancak bunu yapmadan önce bilirkişiden izahat almak durumundadır (bkz. C. pr. civ., art. 235, al. 2).

Bu hâl, Hukuk Muhakemeleri Kanununun 274. maddesi hükmünde, hâkimin bilirkişiden izahat alması ancak görevden sonra ve görevin ne aşamada olduğu konusunda bir bilgi alma şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Bir diğer deyişle bilirkişinin görevden alınmasından önce, ondan bir açıklama istemek şeklinde bir düzenlemeyi Türk kanun koyucusu gerekli görmemiştir. Aslında zikredilen 274. maddenin, bir izahat almaya engel olmadığını söylemek mümkündür. Ancak, raporun süresinde teslim edilmediği her hâl, bilirkişinin kendisine tevdi edilen işi savsakladığı anlamına gelmese de, konunun teknik uzmanı olan, hâkim değil de bilirkişi olduğuna göre, henüz süreyi geçirmeden bilgi vermesinin gerektiği ifade edilebilir. Öte yandan hâkimin de, henüz bilirkişiyi tayin ederken, sürenin yetmemesi hâlinde kendisini durumdan haberdar etmesi gerektiğini bilirkişiye bildirmesi mümkündür.

[1320] Kanunun bu düzenleme biçiminden kaynaklı olarak Fransız hukukçularının bir kısmı bilirkişinin bir diğer bilirkişiyle değiştirilmesini istem dışı gerçekleşen ve ödevlerinin yerine getirilmemesinden kaynaklanan sebepler olmak üzere ikiye ayırarak ele almaktadır. Bkz. Rousseau ve de Fontbressin (2008), s. 185 vd. Esasında verilen sürede görevin tamamlanmamasının bir şekilde tevdi edilen görevin gereğini yerine getirmemek anlamına geldiğinden bir tereddüt duymamak gerekir. Nitekim Fransız İdari Yargılama ve Ceza Usûl Kanunlarının konuya ilişkin hükümleri *görevin tayin edilen süre zarfında tamamlanmamış olması*nı esas almaktadır. Nitekim bkz. Fransız Ceza Usûl Kanunu m. 161 ve Fransız İdarî Usûl Kanunu m. 621-5.

Diğer taraftan, görevden alınmanın bir sonucu olarak, bilirkişi kendisine tevdi edilen dosya ve eklerini gecikmeksizin mahkemeye teslim etmek zorundadır[1321]. Hukuk Muhakemeleri Kanununun 274. maddesinin ikinci fıkrası, hâkimin bilirkişiden o ana kadar yapmış olduğu işlemler hakkında izahat alacağını belirtmektedir. Bu izahatın kanımızca ikili bir işlevi bulunmaktadır. Birincisi, hâkimin ona ücret ve masraf altında bir ödeme yapılıp yapılmayacağının ve listeden geçici yahut kalıcı olarak çıkartılma isteminde bulunup bulunmayacağını belirlemesi amacına yöneliktir. İkincisi ise, daha sonra başvurulacak bilirkişi incelemesi bakımından gelinen ilk incelemede gelinmiş olan noktanın tespitidir.

Nihayet burada sorgulanması gereken son bir nokta da, bilirkişinin görevden alınması yönündeki karara karşı başvurulacak bir çare bulunup bulunmadığıdır. Burada bir ara kararı söz konusu olduğundan başvurulabilecek yegâne çare bu karara itiraz etmekten ibarettir[1322]. Elbette itirazda bulunma hakkı sadece davanın taraflarına aittir.

Öte yandan bunu takip eden diğer iki yaptırım ise, görevden almanın olası sonuçlarındandır. İlk olarak *ücret ve masraf ödenmemesi* çerçevesinde, bilirkişinin süresinde raporunu teslim etmemesi sebebiyle maddî bir yaptırımla karşılaşması, kimi yabancı hukuk sistemlerinde belli bir para cezası şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Örneğin Alman Medenî Usûl Kanununun 411. paragrafında durum bu şekildedir (bkz. dZPO § 411, Abs. 2). Bununla birlikte Alman hukuku bakımından ifade edilen husus, bu yaptırımın fazla kullanılmadığı, daha etkili bir yöntem olarak bilirkişiye bir ücret ödenmemesine karar verilebildiği yönündedir[1323]. Öte yandan İsviçre Federal Medenî Usûl Kanununun bilirkişiliğe ilişkin hükümlerinde açık bir düzenleme yer almamakla birlikte, zikredilen Kanunun 108. maddesinin uygulanmasıyla yararsız bir giderde bulunulmasına sebebiyet veren bilirkişiden bunun tahsil edilmesinin söz konusu olacağı dile getirilmektedir[1324]. Nihayet, Hukuk Muhakemeleri Kanununun konuya ilişkin 274. maddesinin ikinci fıkrası, gerekiyorsa, bilirkişiye ücret ve masraf adı altında hiçbir ödemenin yapılmayacağını öngörmektedir. O hâlde, hâkim, somut mesele bakımından bilirkişinin kendisine tevdi edilen süreyi geçirmekte kusurlu olup olmadığını değerlendirmek durumundadır. Bu çerçevede biraz yukarıda ifade ettiğimiz gibi,

[1321] Ayrıca bkz. Umar (2011), s. 774.
[1322] Buna karşılık Fransız hukukunda söz konusu karara karşı İstinaf yolu açıktır. Bu konuda bkz. Rousseau ve De Fontbressin (2008), s. 188.
[1323] Bkz. Pinchon (2002), s. 36.
[1324] Bkz. Vouilloz (2009a), s. 584.

görevden alınma üzerine bilirkişiden alınacak olan izahat, bahsedilen yaptırımın uygulanıp uygulanmaması noktasında da belirleyici olmaktadır.

Bilirkişilik yapmaktan belli bir süre için yasaklanma veya *listeden çıkartılma* ise, kanımızca HMK m. 274 hükmünde öngörülen en ağır yaptırımdır. Öncelikle belirtelim ki, 274. maddede "veya" bağlacıyla ayrılmış olmasına karşın, bu yaptırımın kanımızca ücret ödememe ile birlikte uygulanmaması için bir sebep bulunmamaktadır.

Söz konusu yaptırım iki aşamalıdır. Kanun koyucu ilk olarak bilirkişinin belli bir süre ile görevlendirilmesinin yasaklanmasını öngörmüştür. Bu noktada karar verilmeden önce bilirkişiden alınacak olan izahatın önemi bir kez daha ortaya çıkmaktadır. Gerçekten de, bilirkişinin görevi verilen süre zarfında yerine getirmesi ücret ödenmemesinden daha ağır bir yaptırımı gerektirmekle birlikte, onun uzmanlığı, daha evvelki bilirkişilik faaliyetleri ve benzeri hususlar, listeden tamamen çıkartılmasını haklı göstermeyebilir. Böyle bir durumda, geçici men kararı yerinde bir yaptırım olmaktadır. Bu noktada listeden çıkarmak konusunda takdir yetkisinin 274. madde gereğince hâkimde olduğu ifade edilebilirse de, HMK Bilirkişi Yönetmeliği, adalet komisyonunun bu istek hakkında karar vereceğini öngörmektedir. Yine de, Yönetmelikte komisyonun bu konuda incelemeyi nasıl yapacağına dair bir açıklık yoktur. Bu nedenle, uygulamada komisyonun bu istemin gereğini ayrıca bir inceleme yapmaksızın yerine getirebileceği kanısındayız.

Bilirkişi hakkında belli bir süre bilirkişilik yapma yasağı getirilmesi veya listeden tamamen çıkartılması kararı verildiği vakit, bu durumun Adalet Bakanlığı nezdinde tutulan bilirkişi siciline de bildirilmesi gerekmektedir. Burada gündeme gelebilecek olan soru, bu yaptırım üzerine, bilirkişinin herhangi bir yola başvurma hakkının bulunup bulunmadığıdır:

Bu soruya Türk hukuku bakımından ilk etapta doğrudan olumsuz bir yanıt vermek mümkündür. Zira bilirkişi, hâkim tarafından tayin edilen, görevinin kapsam ve sınırları hâkim tarafından belirlenip de onun denetimine tâbi bir süjedir. Diğer yandan, bilirkişinin görevden alınmasından farklı olarak, bu görevi yapmaktan yasaklanması veya listeden tamamen çıkartılması, uyuşmazlık konusunun incelenmesiyle yahut taraflarla ilgisi olmayan, salt bilirkişinin kendisini ilgilendiren bir konudur. Bu bakımdan taraflarca bu nev'iden bir karara karşı bir başvuru mekanizmasının da oluşturulmasına da gerek yoktur. Buna karşılık olması gereken hukuk bakımından,

böyle ağır bir yaptırım karşısında, bilirkişiye söz konusu kararın bir kez daha gözden geçirilmesi imkânını veren bir yolun öngörülmesi gerektiğinden bahsedilebilir.

Hukuk Muhakemeleri Kanununun 274. maddesinin ikinci fıkrası bahsettiğimiz yaptırım mekanizması açısından ilk plânda sadece listeye kayıtlı bilirkişileri hedef tutmaktadır. Bununla beraber, bir listeye kayıtlı olmayıp da bilirkişi olarak görevlendirilen bir kimsenin, Adalet Bakanlığı nezdinde tutulacak bilirkişi siciline not düşülmesi ve bu şekilde bir listeye kaydolmasının veyahut bir başka dava vesilesiyle görevlendirilmesinin önüne geçmek mümkün olabilir.

Ancak bundan sonra, olması gereken hukuk bakımından, uzmanlık bilgisine ihtiyaç duyulan tüm konuları kapsayacak şekilde, süre bakımından genel ve yeknesak bir üst sınır koymanın ne derece anlamlı ve işlevsel olduğunu sorgulamamız gerekmektedir.

Özellikle bilirkişi incelemelerinin her zaman aynı kapsam ve içerikte olmadığını göz önüne aldığımız vakit, meselenin taşıdığı önemin bir nebze daha ön plâna çıkmakta olduğu görüşündeyiz. Örneğin, Fransız Medenî Usûl Kanunu, mahkeme tarafından tayin edilecek azamî bir süreden bahsetmemektedir. Nitekim bu hukuk sisteminde, bilirkişilere verilen ortalama sürenin yaklaşık 5,9 ay olduğu ifade edilmektedir[1325]. Bilirkişiye verilecek olan sürenin hukuk sistemlerinin kendi dinamikleri içerisinde, ülkeden ülkeye fark gösterebileceği tabiîdir. Ancak burada ortaya çıkan en önemli sonuç, bilirkişi incelemesinin süresinin inceleme konusuna göre değişmekte oluşudur[1326]. Nihayet görevin hangi süre zarfında yerine getirildiğine baktığımızda, yine farklı sürelerle karşılaşıyoruz. Fransa'da bir bilirkişi incelemesi ortalama 9,6 ay sürmektedir[1327].

[1325] Arnault (2003), s. 23. Ancak bununla birlikte, tayin edilen süre bakımından inceleme konusunu oluşturan hâllere göre çok farklı rakamlara tesadüf etmekteyiz. Örneğin, Tıbbî bilirkişi incelemeleri için tayin edilen süre ortalama 5 ay iken, inşaat hukukunda bu 6,8 ay biçiminde karşımıza çıkmakta; grafoloji veya çeviri amaçlı bilirkişi incelemelerinde ortalama 4 aylık bir süre tayin edilirken, taşınmazların değerlendirilmesine ilişkin konularda verilen süre ortalama 7 ayı bulabilmektedir. Yine dava türüne göre yapılan ayrım içerisinde, aile yahut sorumluluk hukukundan doğan davalarda gerçekleşen bilirkişi incelemeleri, sözleşmeler hukukunda gerçekleşenlerden daha kısadır. Bkz. Arnault (2003), s. 22, 7 numaralı tablo; açıklamalar için ayrıca bkz. s. 6, 23.

[1326] Fransız hukuku bakımından bu sonuca varan Arnault (2003), s. 7, 23.

[1327] Bununla birlikte bilirkişi incelemelerinin yarısı, yaklaşık 6,5 ayda tamamlanmaktadır. Ortalama süreyi arttıran husus, bazı bilirkişilik faaliyetlerinin çok uzun bir sürede tamamlanmakta olmasıdır. Öyle ki bilirkişi incelemelerinin dörtte biri bir yıldan daha fazla sürede sonuçlanırken, yüzde yedisi iki senelik bir süreyi bulabilmektedir. Bkz. Arnault (2003), s. 27.

Nitekim, bu süre bakımından ortaya çıkan çeşitlilik, talep edilen bilirkişi incelemesinin konusunu oluşturan hâllerin niteliğinden kaynaklanmaktadır. Gerçekten de, tayin edilen sürede olduğu gibi, incelemenin icrası bakımından da, ticaret veya sözleşmeler hukuku alanındaki uyuşmazlıklar bakımından söz konusu olan bilirkişi incelemeleri diğer bilirkişi incelemelerinden daha uzun sürmektedir[1328].

Fransız hukukunda bilirkişi incelemesindeki gecikmelere karşı bulunan çözüm, sürenin bilirkişi ve taraflar ile, görev henüz başlamadan önce karşılıklı olarak istişare edilmesidir. Nitekim bu sistem dâhilinde, gerek görevin kapsam ve içeriğinin belirlenmesine ilişkin açıklamalarımız etrafında, gerek bilirkişi ile taraflar arasında düzenlenecek olan toplantılar bağlamında bu mesele üzerinde ayrıca duracağız[1329]. Hukuk Muhakemeleri Kanununun 274. maddesinin azamî üç aylık bir süreden ve bu sürenin üç aya kadar uzatılabileceğinden söz etmekte oluşu; bununla birlikte bilirkişi incelemesinin süresini belirleyen aslî unsurun inceleme konusunu oluşturan meselenin niteliği olduğu gerçeği karşısında sormak istediğimiz soru, bu sürenin bilirkişi ile karşılıklı istişare edilmek suretiyle belirlenip belirlenemeyeceğidir.

Hukuk Muhakemeleri Kanununun yapısı içerisinde, bu yönde söz konusu olabilecek bir yaklaşımın bilirkişinin uzmanlık bilgisinin hâkim ve taraflarca önceden bir gözleme tâbi tutulması kadar, süresinde raporun teslim edilememesi veya sözlü görüş sunulması gereken hâller bakımından bunun gerçekleştirilememesinin doğuracağı sıkıntıları ortadan kaldırabileceğine inanıyoruz. Bir diğer söyleyişle, henüz inceleme başlamadan, uzmanlık bilgisine sahip olan bilirkişiye de bu konuda söz hakkının tanınması uygun olacaktır.

Bu yaklaşımın bilirkişi incelemesi süresine, dolayısıyla dava süresine olumlu bir etkisinin olacağı kanısındayız. Hukuk Muhakemeleri Kanununun 273. maddesi, süreyi de kapsayacak şekilde "*görev alanının belirlenmesinin"* tarafların da görüşünün alınması suretiyle gerçekleştirileceğini düzenlemektedir. O halde bu görevin yerine

[1328] Arnault (2003), s. 27, 32 vd. Diğer taraftan inşaat hukukundan kaynaklanan bir uyuşmazlık sırasında başvurulan bilirkişi incelemesi, tıbbî bir bilirkişi incelemesine göre iki kat fazla sürede cereyan etmektedir. Ayrıca bkz. Arnault (2003), s. 34, tablo 12.

[1329] İlk mesele bakımından özellikle bkz. yuk. *İkinci Bölüm, 2.1.2.2.* İkincisi için ise bkz. aşa. Tarafların bilirkişi incelemesi sırasında hazır bulunma hakları çerçevesinde *Üçüncü Bölüm, 1.3.2'*de yer alan açıklamalarımız.

getirileceği sürenin de kamu düzenine ilişkin olmadığı[1330] ve taraflar ile bilirkişinin katkısıyla belirlenebileceği düşüncesindeyiz.

1.2.1.5. Sır saklama yükümlülüğü

Bilirkişi, incelemesi sırasında tespit ettiği hususları mahkemeye bildirmekten kural olarak kaçınamaz[1331]. Ne var ki, bilirkişinin yerine getirdiği inceleme sırasında sır kapsamında kabul edilen bir hususu tespit etme riski de her zaman bulunmaktadır. Nitekim kanun koyucu, bu duruma özel bir önem vermiş ve Hukuk Muhakemeleri Kanununun 277. maddesinde, bilirkişinin görevi sebebiyle yahut görevini yerine getirirken öğrendiği sırları saklamak, kendisi ve başkaları yararına kullanmaktan kaçınmakla yükümlü olduğunu, açıkça düzenlemiştir[1332].

Sır saklama yükümlülüğü, kanımızca, salt meslekî ve kişisel sırlardan biraz daha fazlasını içermektedir. Bu hâllerin, zikredilen 277. maddenin kapsamında yer aldığı konusunda bir tereddüt yoktur. Bununla birlikte, bilirkişi aynı zamanda, doğrudan bir meslekî veya kişisel sır oluşturmasa dahi, incelemesi vesilesiyle temas ettiği ve fakat uyuşmazlık konusu vakıayla doğrudan ilişkili olmayan hususları da ifşa etmekten kaçınmalıdır. Nitekim Fransız kanun koyucusunun, sır saklama yükümlülüğü çerçevesinde böyle bir ihtimali de dikkate aldığını görmekteyiz[1333].

Diğer yandan, sır teşkil eden hususun açıklanması, belli koşullar altında mümkün olabilir mi? Dikkat edilecek olursa, Kanunun 277. madde hükmü, doğrudan bilirkişiye bu sırları saklamak, bir diğer söyleyişle açıklamamak yükümlülüğünü öngörmekte, buna karşılık bunun herhangi bir istisnasına yer vermemektedir[1334]. Fransız kanun koyucusu

---

[1330] Belçika Temyiz Mahkemesinin görevin kapsam ve içeriğinin belirlenmesi hususunun kamu düzenine ilişkin olmadığı yönünde bir kararı için bkz. Cass., 14.1.1983, *Pas.,* 1983, I, 1975 (zikreden Closset-Marchal (1994), s. 19, dn. 1.

[1331] Rousseau ve de Fontbressin (2008), s. 173.

[1332] Ayrıca bkz. Tanrıver (2002), s. 64 vd. Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanununun yürürlükte olduğu dönemde, bu yükümlülüğün öngörülmemesinin eleştiri konusu olduğunu görmekteyiz. Örneğin bkz. Y. Öztürk (2001). Bilirkişinin seçimi ile ilgili başımıza gelen bazı konular. *Bilirkişilik sempozyumu. 9-10 Kasım 2001, Samsun.* Ankara: TBB Yayınları, ss. 237 – 248, s. 247, 248.

[1333] Fransız Medenî Usûl Kanununun 244. maddesi, ilk olarak bilirkişinin inceleme konusunu aydınlatmaya elverişli her türlü bilgiyi mahkeme sunması gerekliliğine yer vermekle birlikte, bunu hemen takiben inceleme sırasında edinmiş olduğu diğer bilgileri açıklamasını yasaklamaktadır. (bkz. Art. 244, al. 1, 2, C.pr.civ.).

[1334] Tanrıver sır saklama yükümlülüğünün ihlâli suçunun maddî unsurunun, haklı bir neden olmaksızın sırrın ifşa edilmesi olduğunu ifade etmektedir. Bkz. Tanrıver (2002), s. 66.

ise, sır teşkil eden hâlin, hâkim kararı ve aynı zamanda ilgili tarafın muvafakatiyle açıklanmasına, istisnaî olarak imkan tanımaktadır (bkz. art. 247, C.pr.civ.).

Bilirkişi kural olarak görevini bizzat yerine getirmek zorunda olsa da (m. 276), belli koşullar dâhilinde bir üçüncü kişiden, yani bir başka uzmandan yardım isteme hakkı bulunmaktadır. İşte, sır saklama yükümlülüğü bakımından vurgulanması gereken husus, aynı yükümlülüğün bu kimseler bakımından da geçerli olduğu yönündedir[1335].

Aynı şekilde bilirkişi bir yardımcı kullanmasa dahi, bilirkişinin birlikte çalıştığı kimseler, incelemeye iştirak etsinler veya etmesinler, inceleme konusu vakıadan ve bu çerçevede temas edilen sırdan bir şekilde haberdar olabilirler. Esasen bu kimseleri, bilirkişinin işbirliği içinde olacağı veya yardım alacağı diğer kimselerden ayırmak uygun olur[1336]. Nitekim Fransa'da da Bilirkişi Birlikleri Federasyonu Etik Kuralları gereğince, söz konusu kişilerin edinilen sırlardan sorumlu tutulabilmesi, bilirkişinin bunları konu hakkında önceden uyarması şartına bağlıdır[1337].

Bilirkişinin, kendi mesleğine ilişkin etik kuralların, sır saklama yükümlülüğü ile çatışması hâli de, üzerinde durulması gereken bir başka hususdur. Örneğin, Hekimlik Meslek Etiği Kurallarının 9. maddesinin ikinci fıkrası, hekimin sırrı saklamasının bir kimsenin yaşamını tehlikeye sokması durumunda, bu sırrı saklamak yükümlülüğünün kalkacağını öngörmektedir[1338].

Bilirkişi, diğer ödevleri bakımından olduğu gibi,, sırları ifşası yahut kendisi veya bir başkası yararına kullanması durumunda da, çeşitli yaptırımlarla karşı karşıya kalabilecektir. Her şeyden önce, sır saklama yükümlülüğün ihlâli, bilirkişinin kalıcı olarak listeden çıkartılması için kanımızca yeter gerekçe oluşturmaktadır. Aynı şekilde bilirkişi, meslekî bakımdan bağlı olduğu kuruluşun kendi disiplin mevzuatı içerisinde yaptırıma tâbi de tutulabilir[1339]. Bu durumdaki bir bilirkişi, kanımızca bir daha hiçbir surette yeniden bir listeye kayıt ettirilmemelidir.

[1335] Bkz. Rousseau ve de Fontbressin (2008), s. 174.

[1336] Nitekim bilirkişi, meslekî faaliyeti gereği birlikte çalıştığı bu alelade yardımcılarından (örneğin sekreter, şoför gibi) söz konusu sırları evleviyetle saklamakla yükümlüdür. Nitekim bu yükümlülüğü yerine getirmez ve bahsedilen kimseler, öğrendikleri bu sırları ifşa ederlerse, başta bu kimselerin, ancak aynı zamanda bilirkişinin bundan dolayı sorumlu olması gerekmektedir. Bkz. 277. madde hakkındaki hükûmet gerekçesi (Budak (2011), s. 303.

[1337] Ayrıca bkz. Rousseau ve de Fontbressin (2008), s. 174.

[1338] Örneğin, bir tıbbi bilirkişilik sırasında hekim, uyuşmazlık konusu vakıadan bağımsız bir hastalığa rastladığı takdirde, durumu ilgili kişiye bildirmek zorundadır. Ancak bunun o kimsenin kişilik haklarına zarar verilmeksizin gerçekleştirilmesi gerekmektedir.

[1339] Umar (2011), s. 777.

Öte yandan, bir disipliner yaptırım kadar, bir sırrın ifşa edilmiş olmasının bu ihlâlden zarar görenlerce açılacak bir tazminat davasına sebebiyet verebileceği tartışmasızdır. Esasen HMK m. 285 hükmü, her ne kadar kasten veya ağır ihmal suretiyle gerçeğe aykırı raporun mahkemece hükme esas alınmasından yola çıkmışsa da, burada kamu hizmetinin yürütülmesinden doğan, onunla ilişkili bir zarar söz konusu olduğu için Devlet aleyhine, Hukuk Muhakemeleri Kanununun 286. maddesinde öngördüğü şekilde adlî yargıda dava açılması gerekmektedir[1340].

Sır saklama yükümlülüğünün ihlâli, nihayet cezaî bakımdan da sonuç doğurmaktadır. Bilirkişi, ceza hukuku anlamında kamu görevlisi olarak kabul edildiğinden, Türk Ceza Kanununun 258. maddesi çerçevesinde, görev gereği kendisine emanet edilen bir sırrı açıklamış olmaktan ötürü cezalandırılması da söz konusu olabilir[1341].

1.2.2. Bilirkişinin yetkileri

1.2.2.1. Genel olarak

Bilirkişi bir hâkim yardımcısı olup, bilirkişi incelemesinin gerektirdiği ölçüde ve belli şartlar dâhilinde hâkime ait bir takım yetkileri, geçici olarak, hâkim yerine kullanmaktadır[1342]. Bilirkişinin belli bazı yetkilerle donanmasını tabii görmek gerekmektedir[1343]. Ancak, bu yetkinin ölçüsü, her hukuk sisteminin kendi ihtiyaçları doğrultusunda şekillenmektedir. Takip eden başlıklarda da ifade edeceğimiz gibi, bazı hukuk düzenleri bilirkişiye bu konuda geniş bir yetki alanı sağlamaktayken, bazıları ise, bilirkişiye verilecek yetkiler ve bu yetkilerin sınırları konusunu daha dar bir çerçevede düzenlemeyi tercih etmektedir.

[1340] Umar (2011), s. 777.
[1341] Bu konuda ayrıca bkz. Tanrıver (2002), s. 65 vd.
[1342] Bkz. yuk. *Birinci Bölüm, 1.3.2.1.*
[1343] Ayrıca bkz. Tanrıver (2002), s. 92 vd. Nitekim bu husus bilirkişinin sahip olduğu yetkileri ele alan HMK m. 278 hükmünün hükûmet gerekçesinde "*(b)ilirkişinin, objektif, gerçekçi ve sağlıklı bir temel üzerine oturtulmuş bir rapor hazırlayıp mahkemeye sunabilmesi için, kamusal bir takım yetkilerle donatılmış olması gerekir. Aksi takdirde, onun, bu temel işlevini, gereklerine uygun bir biçimde yerine getirmesi mümkün olmaz"* ifadeleriyle dile getirilmiştir. (278. madde hakkındaki gerekçe için bkz. Budak (2011), s. 304).

Ancak, şimdilik meseleyi sorgulamaya, esas itibariyle Hukuk Muhakemeleri Kanununun yaklaşımından başlıyoruz. Nitekim, bilirkişinin yetkileri konusundaki aslî düzenleme, zikredilen Kanunun 278. maddesinde yer almaktadır.

Her şeyden önce, "*bilirkişinin yetkileri"* şeklindeki madde başlığı, bilirkişilerin birer hâkim yardımcısı olmalarından dolayı, belli bazı yetkilerle de donatılmış olduklarının belirginleştirilmesi açısından kanımızca yerinde olmuştur. Zira madde içeriğine bakıldığında da, burada açıkça bir yetkiye işaret edildiğini görmek mümkündür[1344].

Buna karşılık, bilirkişi incelemesi bakımından ihtiyaç duyulan belgelerin, bilirkişinin talebi hâlinde mahkeme kanalıyla sağlanması, tarafların veya bir üçüncü kişinin elindeyse ibrazının emredilmesine imkân sağlayan Kanunun 275. maddesinin ikinci fıkrası, bu ihtiyacı belli bir sürede bildirme, madde başlığında ifade edildiği biçimiyle "*haber verme yükümlülüğü"* altında düzenlenmiş bulunmaktadır. Bununla birlikte söz konusu hüküm, kanımızca aynı zamanda, bilirkişi bakımından açık bir hak ve yetkiye de işaret etmektedir.

Öte yandan, yine bilirkişinin yetkileri bağlamında aşağıda ayrıca değerlendireceğimiz üzere, tarafların elindeki belge ve diğer hususların bilirkişi tarafından incelenmesi amacıyla ibrazı gerekmektedir. Nitekim, belgelerin ibrazına

---

[1344] Bununla birlikte öğretide ileri sürülen bir görüşe göre, söz konusu madde bakımından kullanılması daha uygun düşebilecek bir diğer başlık *"bilirkişinin diğer ödevleri"* veyahut *"mahkemenin talimat verme"* yetkisi biçimindedir (bkz. Alangoya, Yıldırım ve Deren-Yıldırım (2006), s. 149). Bu görüşte olan yazarların, Alman Medenî Usûl Kanununun "*Bilirkişinin diğer ödevleri"* başlığını taşıyan 407a paragrafından esinlendikleri anlaşılmaktadır. Ancak zikredilen hükmü, HMK m. 278 hükmü ile karşılaştırdığımız vakit, ikisi arasındaki önemli benzerliğin, bilirkişinin, görev alanı veya sınırları hakkında tereddüde düşerse, bu tereddüdünün giderilmesini mahkemeden isteyebileceği yönündeki düzenleme olduğunu görüyoruz (bkz. HMK m. 278, (2); karş. dZPO § 407a, Abs. 3). Ancak burada dahi lafzî bakımdan önemli bir farklılık bulunmaktadır. Zira zikredilen 407a paragrafının üçüncü fıkrasında bilirkişinin görevinin kapsamı konusunda tereddüde düştüğünde zaman geçirmeksizin mahkemeden bir açıklama istemesi gerektiği ifadesi yer alırken; HMK m. 278 hükmünde ise, bilirkişinin tereddüde düştüğü vakit, bu tereddüdün giderilmesini isteyebileceği belirtilmekle, ödevden ziyade bir bilgi edinme yetkisine vurgu yapılmaktadır. Nihayet, *bilirkişinin diğer ödevleri* başlığını taşıyan dZPO § 407a, doğrudan doğruya bilirkişinin göreviyle ilgili ödevleri kapsamaktadır ki, bu hususların bir kısmı HMK m. 274 ilâ 277. hükümlerinde düzenlenmiş bulunmaktadır. Her ne olursa olsun, bu görüşte olan yazarların ileri sürdüğünün aksine tarafların bilgisine başvurulmasının yahut bir şeyin incelenmesinin mahkemenin uygun bulmasına bağlı oluşu, bu hususu bilirkişinin *bir diğer ödevi* biçiminde kabul etmek için kanımızca yeterli değildir. Öte yandan yazarlar aynı yerde bir kez daha, Avusturya hukukunda savunulan bir görüşü naklederek bilirkişinin ilk plânda hâkim yardımcısı, ikinci plânda bir delil olduğunu dile getirmektedirler ki (Alangoya, Yıldırım ve Deren-Yıldırım (2006), s. 150), daha önce de belirttiğimiz gibi, bilirkişi, ister hâkim yardımcısı ister bir tür tanık addedilsin, ispat aracı olarak tartışılacak husus bir süje olarak bilirkişinin kendisi değil, onun tarafından yerine getirilen inceleme ve değerlendirmelerdir. Bu itibarla yazarların ifade ettikleri hususun bu şekilde yorumlanması gerektiğini düşünüyoruz (bkz. yuk. *Birinci Bölüm, 1.3.2.2*). Kaldı ki, hâkim yardımcısı olmanın salt bir ödeve işaret edilmesi bakımından yeterli olamayacağı kanısındayız.

ilişkin olarak Hukuk Muhakemeleri Kanununun 217 ve devamındaki hükümleri, ayrıca keşfe katlanma zorunluluğunu düzenleyen 291 ve soy bağı tespitine yönelik incelemeye dair 292. madde hükümleri kanımızca bahsettiğimiz bağlamda göz önünde bulundurulması gereken diğer bazı düzenlemeler arasında yer almaktadır.

Burada vurgulamak istediğimiz husus, bilirkişinin, görevini gerektiği gibi yerine getirebilmek için, ihtiyaç duyduğu takdirde mahkemeden bir açıklama isteme; kendisine tevdi edilen görev kapsamında bilgi ve belgelere ulaşma, yine gerekiyorsa belli bazı hususları yerinde inceleme imkânına sahip kılınmasıdır. Öte yandan, ortada bir ispat faaliyetinin bulunması, ispat faaliyetinin her aşamasında olduğu gibi, özel olarak bilirkişi incelemesi açısından da, meselenin bir taraftan bazı temel yargısal hak ve ilkeler, diğer taraftan ise tarafların bu faaliyet bakımından işbirliği yükümlülüğünün göz önünde tutulması suretiyle değerlendirilmesini gerektirmektedir. Kısaca, bilirkişilik özelinde bu hak, ilke ve kurallar, onun hükmün inşasında oynadığı rol bakımından dikkate alınmak durumundadır. Nihayet bu temel yargısal hak ve ilkelerin gözetilmesi, aynı zamanda bilirkişi incelemesinin meşruiyeti bakımından da önem taşımaktadır[1345].

Bahsettiğimiz bu hususlar çerçevesinde takip eden başlıklar altında özellikle şu noktaların ön plâna çıktığını görüyoruz.

Bilirkişinin görevini yerine getirmesi, öncelikle, çoğu kez tarafların, hatta üçüncü kişilerin de bu konuda işbirliği hâlinde bulunmasını gerektirmektedir[1346]. Bu işbirliği, aşağıda ilgili başlıklar altında ayrı ayrı aktaracağımız üzere, bilirkişinin hem ilgili bilgi ve belgelere ulaşmasında, hem uyuşmazlık konusu ile ilgili olarak bir incelemede bulunmasında veya ilgilileri dinlemesi dâhilinde karşımıza çıkmaktadır. Ancak bu işbirliği hâlinde olma yükümlülüğü aynı zamanda, özellikle bilirkişi incelemesinin taraflardan birinin talebi üzerine gerçekleştirildiği hâllerde, ispat hakkının da gerçekleşmesine hizmet etmektedir.

Ancak, bilirkişinin incelemesini gereği gibi yerine getirebilmesi bakımından söz konusu olan hususlar ile tarafların menfaati karşı karşıya gelebilir. Bu durum kendisini,

---

[1345] Genel olarak farklı hukuk sistemleri bakımından bu ilişkiye işaret eden benzer yöndeki bakış açıları için bkz. Leclerc (2005), n° 404, s. 312; Bettex (2006), s. 30 vd.; L. Ascensi (2006). *Du principe de la contradiction.* Paris: L.G.D.J., n° 495, s. 282 vd; H. Boularbah (2008). Le nouveau droit de l'expertise judiciaire. *Le nouveau droit de l'expertise judiciaire en pratique (éd.: H. Boularbah).* Bruxelles: Larcier, ss. 9 – 36, s. 9.

[1346] Ezcümle Bettex (2006), s. 151. Ayrıca bkz. Leclerc (2005), n° 412 vd., s. 319 vd.; H. Boularbah (2007), s. 16; J.-J. Daigre (1979). *La production forcée de pièces dans le procès civil.* Paris: PUF, s. 136 vd.

gerekli bilgi ve belgelerin teslimi veya incelemeye katlanılması noktasında göstermektedir. Öte yandan bilirkişinin bir şey üzerinde inceleme yapması veya tarafları dinlemesi, aynı zamanda tarafların da bu faaliyette hazır bulunmaları gereğini, bu itibarla hukukî dinlenilme hakkını ve vicahî yargılama ilkesinin de dikkate alınmasını gerektirmektedir.

İşte bilirkişinin yetkileri bağlamında, görevini yerine getirirken, kendisine tevdi edilen görevin kapsamı ve yukarıdaki paragraflarda ifade etmeye çalıştığımız hususlar dâhilinde, hangi usûlî araçlara sahip olduğunu ve bu araçları ne şekilde ve hangi ölçüde kullanabildiğini ele almak istiyoruz. Bu anlamda, kanımızca öncelikle değerlendirilmesi gereken şey, onun bilgi edinme yetkisinin ilk görünümü olan tereddütün giderilmesini isteme yetkisidir[1347]. Ancak mahkeme tarafından görevin çerçevesi konusunda yapılacak bir açıklama, inceleme bakımından her koşulda yeterli olmayabilir. Nitekim somut olarak bilirkişinin daha en başta görevini yerine getirebilmesi için gerekli olan her türlü bilgi ve belgeye ulaşma imkânının sağlanması gerekmektedir[1348]. Diğer taraftan bilirkişinin yerine getirdiği incelemeyi taşınmaz gibi belirli bir şey üzerinde gerçekleştirmesi yahut bir kan incelemesi veya genetik bir inceleme yapması gerekebilir. İncelenecek bir belgeye yahut diğer herhangi bir şeye ulaşmak ve o şeyi incelemek konusunda öngörülen rejim ve sonuçlar genel olarak birbirinden farklılık arz etmemektedir. Ancak her ikisi bakımından da birbirinden ayrı bazı hususların öne çıktığı düşüncesinde olduğumuzdan, bir şey üzerine inceleme yapılmasına ilişkin meseleleri, kronolojik olarak, ilgili bilgi ve belgelere ulaşılmasından sonra ele alacağız[1349]. Nihayet inceleme sırasında bilirkişinin gerek tarafları gerek üçüncü kişileri dinlemeyi gerekli görmesi de pek tabii ki mümkün olup bu sonuncu husus da Kanunun öngördüğü belli şartlar dâhilinde sağlanması gereken yetkiler arasında yer almaktadır[1350].

[1347] Bkz. aşa. *Üçüncü Bölüm, 1.2.2.2.*
[1348] Bkz. aşa. *Üçüncü Bölüm, 1.2.2.3.*
[1349] Bkz. aşa. *Üçüncü Bölüm, 1.2.2.4.*
[1350] Bkz. aşa. *Üçüncü Bölüm, 1.2.2.5.*

1.2.2.2. Göreve ilişkin tereddütlerin giderilmesini isteme

Bilirkişi görevinin sınırları ve kapsamı konusunda tereddüde düştüğü takdirde, bu tereddüdün giderilmesini her zaman isteyebilir. Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanununda açıkça yer almayan bu imkâna, Hukuk Muhakemeleri Kanununun "*Bilirkişinin haber verme yükümlülüğü"* başlığını taşıyan 275. maddesinin ikinci fıkrasında yer verildiğini görüyoruz[1351]. Kanun koyucu, burada meseleyi bilirkişi açısından aslında bir yükümlülük olarak ifade etmiştir.

Ancak, bunun bilirkişi bakımından aynı zamanda bir yetki olduğunun da kanımızca kabulü gerekmekte olup, meseleyi de bu çerçevede değerlendirmek istiyoruz. Zira, bilirkişi görevini gereği gibi yerine getirebilmek için, görevi kapsamında nelerin yer aldığını, bir başka deyişle görevinin genel çerçevesini ve sınırlarını bilmek zorundadır. Aksi durum kanımızca sağlanacak görüşün beklenen nitelikte olmamasından, görevin verilen süre zarfında tamamlanamamasına kadar pek çok olumsuz sonuca yol açma potansiyelini içinde barındırmaktadır. Hele ki bu son durum, bilirkişinin listeden çıkartılma yaptırımıyla karşı karşıya kalmasına yol açabilir.

Bu konuda son olarak, bilirkişi incelemesine istinabe yoluyla başvurulması faraziyesinde, görevin kapsam ve sınırları konusunda ortaya çıkabilecek tereddüdün hangi mahkeme tarafından giderileceği sorusunun yanıtını vermek gerekmektedir.

Bilirkişi kural olarak istinabe olunan mahkeme tarafından tayin edileceğine göre, tereddüdün de kural olarak bu mahkeme tarafından giderileceğini ifade etmek uygun olabilir. Ne var ki, dava dosyası hakkında bilgi sahibi olan, hangi soruların sorulmasına karar veren, istinabe eden mahkemedir. Bu itibarla, bilirkişinin tereddüt ettiği hususun niteliğine göre bir ayrımda bulunulması uygun olur. Şayet istinabe olunan mahkemenin dava dosyası hakkındaki bilgisini aşan bir durumla karşı karşıya kalınmışsa, burada uygun olan, istinabe olunan mahkemenin istinabe eden mahkemeye bu soruları yönelterek o mahkemeden gelecek cevaba göre bilirkişiye açıklamalarda bulunması olacaktır.

[1351] Öte yandan, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanununun yürürlükte olduğu dönemde de öğretide bilirkişinin kendisine yöneltilen sorular bakımından bir tereddüte düşmesi hâlinde, hâkimden bu konuda yaşanan tereddütleri gidermesini istemesi gerektiği ifade edilmektedir. Örneğin bkz. E. Yılmaz (1996). Uygulamada bilirkişilik ve bilirkişi raporları. *Mali Hukuk, 62,* ss. 12 – 31, s. 25. *Yılmazı* takiben bkz. Ulukapı (2001), s. 298.

1.2.2.3. Gerekli belgelere ve incelenecek diğer şeylere ulaşma

Bilirkişi incelemesinin gereği gibi yerine getirilebilmesi için, inceleme konusunu oluşturan vakıa meselesi hakkında gerekli olan tüm bilgi ve belgelerin bilirkişiye ulaştırılması gerekmektedir[1352]. Yürürlükten kalkan Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu, dosya kapsamında yer alan yahut zikredilen belgelerin ve diğer şeylerin bilirkişiye ne şekilde iletileceğine açık ilişkin bir düzenlemeye sahip bulunmamaktaydı. Buna karşılık, kanun koyucu Hukuk Muhakemeleri Kanununu hazırlarken, başta bilirkişinin inceleyeceği şeylerin bir dizi pusulasına bağlı olarak ve gerektiğinde mühürlü bir biçimde teslim edileceğini ayrıca düzenlemeyi tercih etmiştir (m. 273)[1353].

Bu başlık altında, incelemenin hangi hususlara (belgelere veya diğer şeylere) hasredileceği ve bilirkişinin genel olarak bunlara nasıl ulaşacağı üzerinde duruyoruz[1354]. Nitekim, nasılki hâkim tarafından *dosya ve eklerinin bilirkişiye havale edilmesi,* bilirkişinin görev alanının belirlendiği anlamına gelmiyorsa[1355], bu konuya, yani bilirkişinin bilgi ve belgelere ulaşma yetkisi bakımından altı çizilmesi gereken husus da, dosya ve eklerinin bir kül olarak bilirkişiye teslim edilmiş olmasının, ona inceleme konusuyla ilgili bilgi ve belgelere ulaşma imkânının sağlandığı anlamına gelmediğidir.

Bilirkişinin dava dosyası hakkında bilgi sahibi olmasının ölçüsü, kendisine tevdi edilen görev ile sınırlıdır. Bu nedenle kural olarak, bilirkişiye dosya kapsamında yer alıp da, *salt* inceleme konusunu oluşturan belgelerin teslim edilmesinin gerekli ve yeterli olduğu düşüncesindeyiz. Nitekim, Hukuk Muhakemeleri Kanununun 273. maddesinin ikinci fıkrası bu duruma kanımızca tereddüde yer bırakmayacak şekilde işaret etmektedir: "(Bilirkişinin) inceleyeceği şeyler, dizi pusulasına bağlı olarak *ve gerekiyorsa mühürlü bir biçimde teslim edilir."* Gerçekten de burada dava dosyasından değil, sadece incelenecek hususlardan bahsedilmektedir[1356].

[1352] Solus ve Perrot (1991), s. 783.

[1353] Öte yandan bilirkişi incelemesi, orijinali veya bizatihi kendisi dava dosyası yahut eklerinde yer almayan bir belgeyi konu edinmek durumundaysa, bu sefer belgelerin ibrazı zorunluluğu ve bunun usûlünü düzenleyen Hukuk Muhakemeleri Kanununun 216 ve devamındaki hükümlerin de bu konuya ilişkin olarak uygulama alanı bulacağını ifade etmemiz gerekmektedir.

[1354] Konunun diğer boyutunu, tarafların ve üçüncü kişilerin, bilirkişi incelemesine katkıda bulunma ödevleri bağlamında bilirkişi incelemesinde kullanılmak üzere ibrazı emredilen malzemeyi sunma mecburiyetleri oluşturmaktadır. Nitekim bkz. aşa. *Üçüncü Bölüm, 1.3.1.*

[1355] Bkz. yuk. *İkinci Bölüm, 2.1.2.1.*

[1356] Nitekim bazı yabancı ülke hukuklarındaki düzenlemeler de bu açıdan benzer niteliktedir. Örneğin İsviçre Federal Medenî Usûl Kanununun 185. maddesinin üçüncü fıkrasında mahkemenin bilirkişinin *ihtiyaç duyduğu belgeleri* ona vereceği ifade edilmektedir. Nöşatel Medenî Usûl Kanununda ise,

Bununla birlikte, özellikle Fransız hukukunda, karşılaştırmalı hukuk açısından ilgi çekici bir düzenleme, Medenî Usûl Kanununun 268. maddesinde yer almaktadır. Zikredilen maddenin birinci fıkrası, bilirkişi incelemesi bakımından gerekli olan belgelerin geçici olarak mahkeme yazı işleri müdürlüğünde muhafaza edileceğini öngörmektedir. Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre, bilirkişi henüz görevi kabul etmeden evvel de mahkeme kaleminde bu belgeleri inceleme hakkına sahip kılınmıştır (bkz. art. 268, C. pr. civ.; karş. HMK m. 273, (2)). Söz konusu düzenlemeyle güdülen amaç, bilirkişinin yerine getireceği işi bir miktar kolaylaştırmaktır. Burada bilirkişinin inceleme bakımından gerekli olan belgelerin tümüne ulaşması mümkün olamasa da, bu hükümle henüz görevi kabul etmeden davanın esası hakkında bir fikir edinebilmesi, meselenin teknik yönünün kendi uzmanlık bilgisi çerçevesinde olup olmadığına ilişkin bir kanaate varması ve görevi bakımından hâkime buna göre bir açıklamada bulunması imkânı sağlanabilmektedir[1357]. Henüz göreve başlamadan belgeleri sadece yazı işleri müdürlüğünde inceleyebilen bilirkişi, görevi kabulden itibaren imza veya makbuz karşılığında bunları teslim alabilmektedir (Art. 268, al. 2, C. pr. civ.).

Mesele, bilirkişinin incelemesini hangi vakıalara hasretmesi gerektiği ve kendisinden beklenen katkı ile de ilişkilidir. Bu çerçevede incelemenin konusunu, kural

---

bilirkişinin görev alanının belirlenmesine ilişkin 273. maddede bu tür bir hükme yer verilmemiştir (bkz. ve karş. Art. 273, CPC/N). Buna karşılık Alman Kantonları Medenî Usûl Kanunlarında benzer içerikte düzenlemelere rastlanmaktadır (Bu maddelere toplu bir bakış için bkz. Bettex (2006), s. 148, dn. 686). Fransız Medenî Usûl Kanunu ise bu konuda daha ileri gitmekte ve meseleyi bilirkişiliğe ilişkin hem genel, hem özel bir takım düzenlemeler arasında ele almaktadır. Nitekim Fransız Medenî Usûl Kanununun 244. maddesinin birinci fıkrasında benzer şekilde, ancak biraz daha geniş ifadeyle bilirkişiye görüşünü oluşturmasında kendisini aydınlatacak olan *her türlü bilginin* sağlanmış olması gereğine işaret edilmektedir. Fransız kanun koyucusu daha sonra aynı Kanunun 266. maddesinin ikinci fıkrasında bunun usûlünü göstermekte ve bilirkişi incelemesi bakımından önem taşıyan, *faydalı olan belgelerin* (*documents utiles*), hâkim, taraflar ve bilirkişi arasında gerçekleşecek olan ilk toplantıda kendisine iletileceğini hükme bağlamaktadır. Bu konuda ayrıca bkz. Leclerc (2005), n° 413, s. 320.

[1357] Genel olarak bkz. Solus ve Perrot (1991), n° 970, s. 824; G. Bourgeois, P. Julien ve M. Zavaro (1999). *La pratique de l'expertise judiciaire.* Paris: Litec, n° 187, s. 118; V. Vigneau (2009). Dispositions propres aux expertises: exécution des opérations de l'expertise. *Droit de l'expertise (Dir.: T. Moussa).* Paris: Dalloz, ss. 165 – 178, n° 244.21, s. 166; Pinchon (2002), n° 628, s. 300; Genin-Méric (2010), n° 118, 121, s. 18; Redon (2011), n° 417, s. 54. Ancak hâkim, bilirkişinin kendisine tevdi edilen görevle ilgisi bulunmayan belgeler hakkında bilgi sahibi olmaması için bilirkişi incelemesinin konusuyla ilgisi bulunmayan bu belgeleri henüz bilirkişi dosyayı mahkeme kaleminde incelemeden evvel, taraflara iade edilmesine karar verebilir. Ayrıca bkz. J. Vincent ve S. Guinchard (2003). *Procédure civile. 27e éd.* Paris: Dalloz, n° 1136, s. 850. Diğer yandan zikredilen 268. madde hükmü gereğince taraflar da geçici olarak mahkeme kaleminde duran bu belgeleri veya bir örneklerini alma imkânına sahiptir. Nitekim Fransız mahkemeler uygulaması bakımından ifade edildiği üzere, kimi mahkeme yazı işleri müdürlüklerinin neredeyse sistematik şekilde dosyada yer alan tüm belgeleri bilirkişinin yazı işleri müdürlüğünde bunları incelemeden evvel taraf vekillerine iade etmektedir. Bu da uygulamada söz konusu hükümden beklenen faydanın sağlanamamasına yol açmaktadır (bkz. Bourgeois, Julien ve Zavaro (1999), n° 187, s. 118; Vigneau (2009), n° 244.21, s. 166).

olarak, sadece ibraz edilmiş olan veya ibrazı mümkün olan belgeler ve diğer şeyler oluşturabilir[1358]. Konunun şu an için ele aldığımız yönü, dava dosyasındaki hangi belgelerin bilirkişiye teslim edileceği noktasındadır. İsviçre hukukunda da ifade edildiği gibi, burada bilirkişinin dosya kapsamının tümünü incelemek konusunda mutlak bir yetkisinin bulunduğundan söz edilemez. Gerçekten de, bilirkişinin yalnızca görevini icra etmek konusunda ihtiyaç duyduğu bilgi ve belgelere ulaşmasının sağlanması, gerekli ve yeterlidir[1359]. Bu itibarla kanımızca bilirkişinin dava dosyası hakkında bilgi sahibi olması, sadece görevini ilgilendirdiği kadarıyla olmalıdır[1360]. Bu çerçevede, bilirkişiye teslim edilecek belge bir fotokopiden, bir video kaydından yahut bir bilânçodan ibaret olabilir[1361].

Burada önemli olan husus, bilirkişiye verilen görevin, dosya kapsamında mevcut belgelerin kendisine emanet edilmesini haklı göstermesidir. Bu noktada birbirinden bağımsız iki husus kanımızca dikkat çekicidir:

İlk olarak, Hukuk Muhakemeleri Kanununun yürürlüğe girdiği döneme kadar varolan uygulamanın, yukarıda ifade ettiğimiz ilkelerle pek de paralellik arz etmediği bilinen bir hususdur. Gerçekten de uygulamada, bilirkişi incelemesine başvuruyu, dosya kapsamının ekleriyle birlikte bilirkişiye havale edilmesinden ibaret sayan anlayışın bir neticesi olarak, bilirkişiye dava dosyası da genellikle bir kül hâlinde tevdi edilmektedir[1362]. Kanımızca ideal olan, bu konuda Kanunun anlamına uygun bir

---

[1358] Bohnet (2005), s. 427, n° 9.

[1359] Özellikle Zürih hukukunda söz konusu olan bu yaklaşımı aktaran Bettex (2006), s. 148. Ayrıca bkz. Bohnet (2005), s. 426, 427, n° 8, 9. Bkz. ve karş. M. R. Belgesay (1951). *İspat ve hüküm teorileri* (3. Bası). İstanbul: Üçler, n° 130, s. 82.

[1360] Hatta öyle ki, bilirkişinin sadece bir uzmanlık bilgisi hakkında mahkemeyi aydınlatması, bir tecrübe kuralını iletmesi gereken hâllerde, vakıa meselesi hakkında doğrudan bilgi sahibi olmasına ve bu anlamda ilgili belgelere ulaşmasına gerek bulunmadığından dahi bahsedilebilir. Bettex (2006), s. 148 (M. Helfenstein (1978). *Der Sachverständigenbeweis im schweizerischen Strafpozess,* thèse Zurich, s. 173'e yapılan atıfla).

[1361] Nitekim marka hukukuna ilişkin bir uyuşmazlık nedeniyle açılan davada başvurulan bilirkişi incelemesinde, marka tescil belgesinin (bkz. "*...(B)u inceleme yaptırılırken, bulunduğu takdirde orijinal ürün ve Patent Enstitüsü'nden marka tescil belgelerinin onaylı suretleri, orijinal ürünün bulunmaması veya temininin mümkün olmaması halinde ise anılan kurumdan marka tescil belgelerinin onaylı suretlerinin getirtilerek, taklit ürün ile karşılaştırılmalı inceleme yaptırılması gerekmektedir...*" HGK, 27.12.2005, 7-143/169 (Aşçıoğlu (2011), s. 298, n° 329'dan naklen), tıbbî bilirkişi incelemesi için, hastane ve doktor tarafından tutulan belge, rapor ve diğer tutanakların, bir eser sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlık vesilesiyle açılan davada projenin ve diğer belgelerin bilirkişiye teslim edilmesi bahsedilen hususlara örnek olarak gösterilebilir (bkz. Aşçıoğlu (2011), s. 299).

[1362] Nitekim Federal Medenî Usûl Kanunu öncesi dönemde bu konuda bir sınırlandırmanın bulunmadığı Vaud Kantonu hukuku bakımından da mahkemeler uygulamasında genellikle dosyanın tümünün bilirkişiye teslim edildiği ifade edilmektedir (bkz. Bettex (2006), s. 148). Yazar, dosyanın tamamen bilirkişiye tevdiinde herhangi bir sakınca görmemektedir.

sınırlandırma getirilmesidir. *İkinci olarak,* dosya kapsamının tamamen bilirkişiye tevdi edilmiş olması gereken hâllerde, bu durumun özellikle bilirkişinin taraflara ilişkin bazı kişisel ve ticarî sırlarla karşılaşmasına yol açabilecek oluşudur. Burada, bilirkişi sır saklamakla yükümlü olduğundan (m. 277), her ne olursa olsun bu konuda da zaten gerekli şekilde davranma ödevi altında olduğundan bahsedilebilirse de[1363], bu temasın bazı hâllerde doğrudan doğruya görevinden, bir diğer deyişle bir gereklilikten kaynaklanmadığını ifade etmemiz gerekir.

Son bir husus olarak, dosyanın bilirkişiye bir bütün olarak teslim edilmesi, her koşulda olumsuz bir takım sonuçlara yol açmayabilir. Zira, incelemenin zorunlu kıldığı hâllerde, dosya ve eklerinin tümüyle bilirkişiye tevdine engel bir hâl de bulunmamaktadır[1364]. Ancak bu, son derece karmaşık meselelere münhasır, istisnaî bir seçenek olarak değerlendirilmelidir.

Buradaki diğer mesele, *gerekli belgelerin bilirkişiye ne şekilde ulaştırılacağıdır.* Esas itibariyle kural olan, gerekli belgelerin hâlihazırda mahkemeye ibraz edilmiş olmasıdır[1365]. Diğer taraftan, bir başka önemli husus, hâkimin davayı aydınlatma ödevi çerçevesinde (m. 31), taraf dilekçelerinde yer alsın yer almasın, uyuşmazlığın aydınlatılması bakımından gerekli gördüğü her türlü belgenin ibrazını, bu konuda tarafların bu yönde bir talebi bulunmasa dahi emredebilmesidir (bkz. m. 216 vd.)[1366]. Hatta öyle ki pek çok hâlde, davayı aydınlatma ödevi karşısında bu belgelerin sağlanması konusunda gereğinin yapılması, kaçınılmaz hâle gelmektedir. Nitekim

[1363] Ayrıca bkz. Bettex (2006), s. 149.

[1364] Nitekim bu görüşte Bettex (2006), s. 148, 149. Nitekim böyle bir durum karşısında bilirkişi aslında görevinin kapsamı dışında kalan hususlarla karşılaşacak olsa dahi, dosya kapsamında temas ettiği hususlar dâhilinde görev alanı konusunda bir değişikliğe gidilmesini, en azından bu konuda tereddüt hâlinde bu tereddüdünün giderilmesini her zaman isteme hakkına sahiptir (bkz. HMK m. 278, f. 2). Ayrıca bkz. Pinchon (2002), n^{o} 628, s. 300.

[1365] Zira gerçekten de, Hukuk Muhakemeleri Kanununun 121. maddesi, henüz davanın başında, davacının elinde bulunan belgeleri dava dilekçesiyle beraber mahkemeye sunmasını öngörmektedir. Diğer taraftan Hukuk Muhakemeleri Kanununun 140. maddesi uyarınca da taraflar, henüz daha ön inceleme aşamasında dilekçelerinde gösterdikleri fakat mahkemeye ibraz etmemiş oldukları belge ve delilleri mahkemeye verilecek iki haftalık kesin süre zarfında ibraz etmeleri konusunda uyarılmaktadır.

[1366] Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu döneminde ise, taraflarca hazırlama ilkesinin uygulandığı davalar bakımından bu konuda bir sınırlamanın söz konusu olduğu genel olarak kabul edilmekteydi. Nitekim hâkimin kendiliğinden ibrazı emretmesi, bu ilkenin geçerli olduğu davalarda, belgelerin varlığından tarafların beyanları yahut dosya kapsamından bunların varlığından haberdar olması hâllerine münhasırdı (Bu konuda geniş bilgi için bkz. Erdönmez (2010), s. 174 vd, s. 177).

bahsettiğimiz bu son duruma bir bilirkişi incelemesine başvurunun gerektiği birçok yargılama bakımından çeşitli Yargıtay kararlarında dikkat çekildiğini görmekteyiz[1367].

Mahkemeye daha evvelden ibraz edilmiş olan, dava dosyasında yer alan ve bilirkişi incelemesinde kullanılacak olan belgeler, Hukuk Muhakemeleri Kanununun 273. maddesinin ikinci fıkrası gereğince "*bir dizi pusulasına bağlı olarak ve gerekiyorsa mühürlü biçimde teslim edilir".* Diğer taraftan söz konusu belgelerin teslim edildiğinin ayrıca bir *tutanakta* gösterilmesi gerekmektedir. Belgelerin bir dizi pusulasına bağlı olarak teslim edilmesinin sebebi, hükûmet gerekçesinde "incelenecek şeyler ve belgeler üzerinde mahkemenin kontrolünün sağlanması" amacı biçiminde ifade edilmiştir[1368].

Bununla birlikte öğretide *Umar* tarafından, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanununun yürürlükte olduğu dönemde, gerçekten de bilirkişiye belgelerin teslim edildiğinin belgelendirilmediğine, bu anlamda belgelerin geri verilmesi sırasında da

---

[1367] Örneğin "*…açıklanan maddi ve hukukî olgular karşısında mahkemece sağlıklı bir sonuca varılabilmesi için öncelikle, her üç kaçak elektrik tutanağının ve bunlara ilişkin tüm ödeme belgelerinin, davalı dilekçeleri ve taksitlendirmeye ilişkin, davacı kurum kararlarının aslı yada onaylı örneklerinin dosyaya getirtilmesi, varsa taraflardan başkaca delillerinin sorulup saptanması, gösterecekleri deliller toplanmalı, davacı tarafın istemi de nazara alınarak gerektiğinde idare kayıtları üzerinde konusunda uzman bir bilirkişiye inceleme yetkisi de verilmek suretiyle iddia ve savunmanın değerlendirilmesi açısından uzman bilirkişi incelemesi yaptırılması, bundan sonra varılacak sonuç doğrultusunda karar verilmesi gerekirken…"* 7. HD, 14.10.2005, 2548/3126 (*Legalbank*); "*…Hal böyle olunca, mahkemece… getirtilecek onaylı belge asılları ve dosya üzerinde bilirkişi incelemesi yaptırmak ve hasıl olacak sonuca göre bir karar vermek gerekirken, belge fotokopileri ile yetinilerek eksik inceleme ve yanılgılı düşüncelerle önceki kararda direnilmesi usûl ve yasaya aykırıdır…"* HGK, 24.3.2004, 2-183/165 (*Legalbank*); "*Mahkemece öncelikle HUMK.nun 326.* (m. 219) *maddesi hükmünden yararlanılarak belge asılları davacıya ibraz ettirilmeli, bu belgeler incelenerek tahsis bedelinin ödenip ödenmediği yönü duraksamaksızın açıklığa kavuşturulmalıdır. Davacıdan ibrazı istenecek belgeler üzerinde yapılacak inceleme sonucu yine de 2. ve 3. taksitlerin ödendiğinde duraksama bulunursa bu defa bilirkişilere yetki verilerek ilgili banka defter ve kayıtları üzerinde gerekli inceleme yaptırılmalı, ödemeler kesin olarak belirlendikten sonra sonucuna göre bir karar verilmelidir."* 14. HD, 16.3.2009, 2485/3150 (*KBİBB);* "*…(d)avalılara ait işletme defterinin ve müstenidatının mahkemece ibrazına karar verilmek ve ibraz edilmediği takdirde HUMK.nun 331. ve onu izleyen maddeleri hükümleri uyarınca defter ibrazına ilişkin isteğin sonuçlarının belirlenmesi gerekir. Defter ibraz edildiği takdirde defter kayıtları ve mevcut irsaliyeler ve dosyadaki diğer belgeler üzerinde bilirkişi aracılığıyla inceleme yapılıp, davacının alacağının, buna göre saptanması gerekir. Bu itibarla irsaliye fişlerinin hesapta nazara alınmaması ve davalının defter kayıtlarının incelenmesi isteğinin gözönünde tutulmaması ve bilirkişinin varsayımına göre belirlediği miktara hükmedilmesi yasaya aykırıdır."* 13. HD, 30.11.1987, 5298/5915 (*KBİBB*);

[1368] Madde gerekçesi için bkz. Budak (2011), s. 298. Burada dizi pusûlasıyla murat edilen hususun ne olduğu Hukuk ve Ticaret Mahkemeleri Yazı İşleri Yönetmeliğinin 25. maddesinde gösterilmektedir. "*Hukuk ve ticaret davaları dosyalarının düzenlenmesi"* başlığını taşıyan maddeye göre, dava dosyasına giren tüm belgelerin belli bir sıra ile kaydedilmesi gerekmektedir. Bu aslen zabıt kâtibine ait olan bir görevdir (bkz. A. U. Turan (2006). *Kalem mevzuatı.* Eskişehir: Anadolu Üniversitesi, s. 5). Velhasıl söz konusu dizi pusûlasının önemi, çeşitli Yargıtay kararlarında dile getirilen bir hususdur. Dizi pusûlasının bulunması, bu anlamda temyiz incelemesinin sağlıklı bir şekilde yerine getirilmesinden öte, dava dosyasına hangi belgelerin girdiğinin belirlenmesi açısından da önem taşımaktadır (nitekim bu hususlar hakkında genel olarak bkz HGK, 6.4.2011, 11-204/83; HGK, 31.10.2007, 15-783/791; HGK, 10.12.2003, 15-774/745 (*KBİBB*)).

uygulamada herhangi bir makbuz düzenlenmediği hususuna dikkat çekilmektedir. Öte yandan yazar, Kanunun 273 ve konuyu ele alan diğer maddelerinin varlığına rağmen, yoğun iş yükü karşısında kapsamı geniş dosya malzemesinin listesinin çıkartılması suretiyle bilirkişiye verilmesinin mahkemeler uygulamasında sıkıntı yaratacağını dile getirmektedir[1369].

Esasen yazarın yoğun iş yükü bakımından ifade etmekte olduğu hususlara katılmak gerekirse de burada, bilirkişiye, kapsamı ne olursa olsun, "*dava dosyasının"* değil, bilirkişinin "*doğrudan doğruya inceleyecek olduğu"* veyahut "*yerine getireceği inceleme sırasında kullanacağı"* belgelerin teslim edilmesiyle yetinilmesi gerektiğini bir kez daha ifade etmek istiyoruz. Öyle ki, bilirkişiye sadece inceleme bakımından gerekli olan belgelerin değil, fakat tüm dava dosyasının ekleriyle birlikte teslim edilmesi durumunda, dosya kapsamındaki tüm belgelerin bir listesinin çıkartılmasının bir sorun teşkil edeceği tereddütten uzaktır. Ancak ne olursa olsun, burada esas meselenin, bir başka söyleyişle kanun koyucunun aslî amacının bilirkişilik faaliyetinin bir bütün olarak disipline edilmesi olması karşısında, özellikle dava dosyasından ayrılan veyahut dosyaya giren belgelerin takibi bakımından, gerekli belgelerin mutlaka bir tutanakla bilirkişiye teslim edilmesine ilişkin menfaatin ön plânda tutulması gerektiği kansındayız[1370].

Diğer taraftan kanun koyucunun meseleye verdiği önem, bilirkişinin görevden alınması veya raporu teslim etmesi hâllerine yaklaşım biçimi bakımından da kendisini göstermektedir. Gerçekten de, bahsedilen hâllere ilişkin 274 ve 281. madde hükümlerinde, kanun koyucu daha evvel bir dizi pusulasına bağlı şekilde teslim edilen belgelerin, yine aynı şekilde iade edileceğini yeniden vurgulama gereğini duymuştur. İlk bakışta bilirkişi incelemesinin esası ile doğrudan ilişkili olmaması, bu itibarla mahkemenin esas hakkında verecek olduğu karara doğrudan bir etkisi bulunmaması karşısında, bahsedilen hükme aykırı davranılmasının tek başına mutlak bir istinaf sebebi veya bölge adliye mahkemeleri fiilen yürürlüğe girene kadar tek başına bir bozma sebebi oluşturmasının söz konusu olmayacağı düşünülebilir. Ne var ki, özellikle bu

[1369] Bkz. Umar (2011), s. 774.

[1370] Nitekim Türk hukuku bu gerekliliği medenî usûl kanununda vurgulayan yegâne sistem de değildir. Bu konuda Fransız hukukunun da meseleye ayrı bir önem atfettiğini ve Medenî Usûl Kanununun 268. maddesinde benzer bir hükme yer verdiğini görüyoruz. Bahsedilen maddede bilirkişinin, göreve başlamasından itibaren, imza yahut makbuz karşılığında tarafların dosyalarını veya belgelerini alabileceği veyahut mahkeme kâtibi vasıtasıyla bunların kendisine gönderilmesini sağlayabileceği hususu açıkça ifade edilmektedir (bkz. Art. 268, al. 2, C. pr. civ.).

belgelerin bilirkişinin elinde kaybı veya tahrifata uğradığı veyahut belli bazı belgelerin inceleme dışında bırakıldığı biçimindeki olası taraf iddiaları nedeniyle ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkların önüne geçilebilmesi adına, bu hükmün gereğinin yerine getirilmesi önem taşımaktadır[1371]. Bu yönüyle belgelerin dizi pusulasına bağlı şekilde teslim edilmesinin aynı zamanda hukukî dinlenilme ve ispat hakkına da hizmet ettiği kanaatindeyiz[1372].

Elbette esas olan bilirkişi incelemesinin konusunu oluşturacak belgelerin daha evvel ibraz edilmiş ve dosya kapsamında yer alıyor olması olsa da, bu belgeler yukarıda zikrettiğimiz hükümlerin varlığına rağmen o veya bu sebeple mahkemeye sunulmamış olabilir. Böyle bir durumda, bir belgenin genel olarak değil, fakat doğrudan bir bilirkişi incelemesi vesilesiyle mahkemeye sunulması gündeme gelecektir. Bilirkişinin bu tür bir belgeye ulaşması konusunda, etkin bir takım mekanizmaların oluşturulması veya Kanunda yer alan mekanizmaların etkin şekilde kullanılması gerekliliğinin iki temel nedenden kaynaklandığı kanaatindeyiz.

Bunlardan ilki, doğrudan doğruya bilirkişi incelemesinin makul bir sürede tamamlanmasının sağlanmasıdır. Aksine bir durumun varlığı, yani bilirkişiye gerekli belgelerin hiç veya zamanında sağlanmaması, bilirkişi incelemesinin gecikmesinin nedenlerinden bir tanesini meydana getirmektedir. Bu gecikme, doğal olarak etkisini yargılamanın geneli bakımından göstermekte ve yargılama sürecinin uzamasına yol açmaktadır[1373].

[1371] Nitekim Yargıtay temyiz incelemesinin sağlıklı şekilde yapılması amacını ön plâna çıkardığı çeşitli kararlarında, dizi pusûlasının aynı zamanda evrak kaybının da önüne geçtiğini de vurgulamaktadır. Örneğin "*Uygulamada dizi pusûlası olarak adlandırılan bu belge, dosyanın temyiz incelemesine eksiksiz gönderilmesini sağladığı gibi, zaman ve evrak kaybını da önlemektedir*". Bkz. HGK, 6.4.2011, 11-204/83; HGK 31.10.2007, 15-783/791, HGK, 11.11.2009, 9-502/502 (*Legalbank)*.

[1372] Kanımızca Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 2007 yılında vermiş olduğu bir kararda işaret edilen hususlar, aslında her ne kadar yargılamanın geneline ilişkin olsa da, dizi pusûlasının oluşturulmamış olmasının, ispat hakkının sağlanmasına ne ölçüde zarar verebileceği bakımından dikkat çekici bir örnek teşkil etmektedir. "*...Temyiz incelemesi sırasında dava dosyası içine celbedilen ve delil olarak dosya arasına alınan dava dosyalarının evrakının bir bölümü asıl dava dosyası evrakına karışmış vaziyette; asıl dava evrakının bir bölümü de ekli dosyalar içinden bulunabilmiş; bir kısım evrak ise defalarca taranmasına rağmen evrak arasında bulunamamıştır. Birleşen İstanbul 8. Asliye Ticaret Mahkemesinin 1998/2230 esas sayılı (birleştirme kararı üzerine geldiği İstanbul Asliye 3. Ticaret Mahkemesinin 2000/1310 esas numarasını alan) dava dosyasının fotokopilerden oluşan gömlek dosyasında dava dilekçesi ve taraflarca ibraz edilen delil ve dilekçeler yer almamaktadır. Bu dosyanın aslına ise dosya arasında rastlanmamıştır..."* HGK, 31.10.2007, 15-783/791 (*Legalbank*).

[1373] Bu konuda Kıta Avrupası hukukunda yer alan belli başlı bazı sistemlere yönelik genel bir değerlendirme için bkz. P. Bellet (1969). Les opérations d'expertise. *L'expertise dans les principaux systèmes juridiques de l'Europe.* Paris: Éditions de l'Épargne, ss. 61 – 74, s. 65. Ayrıca bkz. P. Feuillet ve F. Thorin (1991). *Guide pratique de l'expertise judiciaire.* Paris: Gazette du Palais & Litec, n^{o} 108, s. 45;

Diğer yandan ikinci neden de ilki kadar önemlidir. Bir belgenin bilirkişi incelemesinin konusunu oluşturması maksadıyla mahkemeye sunulmaması, bu anlamda mahkeme tarafından verilecek ibraz kararının gereğinin yerine getirilmemesi yahut mahkemenin bu konuda Kanundan kaynaklanan yetkisini gereği gibi (etkin şekilde) kullanmaması, özelde bilirkişi incelemesinin gereği gibi yerine getiril(e)memesi, genel itibariyle ise mahkemenin vakıaları eksik değerlendirmesi sonucuna yol açabilmektedir. Özellikle meselenin taşıdığı önem bakımından ifade etmeye çalıştığımız bu son duruma, Yargıtay da, verdiği bazı kararlar vesilesiyle işaret etmektedir[1374].

Nihayet bilirkişinin ihtiyaç duyduğu belgelere ne şekilde ulaşacağı, bunun yolu konusuna geldiğimizde ise, bilirkişiye tanınmış yetkiler bakımından iki ayrı yaklaşımın söz konusu olduğunu ifade edebilmekteyiz.

Bu konudaki ilk tercih, bilirkişinin hâkimin herhangi bir ön iznine tâbi olmaksızın, doğrudan taraflardan ilgili belgelerin kendisine verilmesini, bu gerçekleşmediği takdirde, bunun gereğini hâkimden talep edebileceği biçiminde somutlaşmaktadır. Burada bilirkişiye bir hâkim yardımcısı olma bağlamında tanınmış olan yetkilerin bir adım daha ileri götürülmesi söz konusudur. Ancak dikkat edilmesi gereken mesele, bu yaklaşım çerçevesinde dahi, bilirkişiye tanınan yetki talepte bulunmaktan ibaret olup, tersine, bilirkişi yalnızca hâkime tanınmış bulunan emretme yetkisine sahip kılınmamaktadır.

Boulez (2006), n° 804, s. 105; H. Croze ve C. Laporte (2006). Guide pratique de procédure civile (3e éd.). Paris: Litec, n° 270, s. 122.

[1374] Örneğin: *"...Nitekim davacı ... tarihli dilekçeleriyle şirket giderlerinin usûlsüz olarak yüksek gösterilmek ve müvekkilinin kar payını düşürmek üzere alınmış gider belgeleri olduğunu ileri sürmüş, belgeler ibraz edilmediğinden de bu hususta inceleme yapılamamıştır. O halde.. belgelerinin de ibrazı için davalı tarafa süre verilerek, bu belgelerin ibrazı istenilmeli, aksi halde belge ibrazından kaçınmış sayılacağı ihtarla ibrazı halinde de uzman bilirkişi kurulundan rapor alınmalı, gider belgelerinin şirket giderlerine ilişkin olup olmadığı, miktarları itibarı ile kadri marufunda olup olmadığının göz önünde tutularak iddia ve savunma çerçevesinde bir karar verilmesi gerekirken eksik incelemeye dayalı olarak karar verilmesi doğru görülmemiştir."* 11. HD, 13.10.1997, 6251/6871 (*Legalbank*). Yine bir başka kararda, meselenin önemi çok daha açık bir şekilde gözler önüne serilmektedir. Karara konu olan yargılamada, bilirkişiler, belgelerin ibraz edilmemesi karşısında, gerekli olan incelemeyi yapamadıklarını raporlarında açıkça ifade etmişlerdir. "*…Bilirkişi vermiş olduğu raporunda sahife 2'nin başlangıcı davacı için tanzim edilmiş bir dosya olmadığını, bu itibarla hiç bir kayıt ibraz etmelerinin de mümkün olmadığını beyan ve ifade edildiğini bildirmektedir. Davalı bankanın defterlerini ibraz etmediği bilirkişinin bu beyandan anlaşılmaktadır. Usûlen davalı defterleri mahkemeye ibraz edilmediğinden bilirkişinin bozma kararı çerçevesinde bir inceleme yapamadığı görülmekte, öte yandan, mahkemenin de: T.T.K. md. 80 ve Usûl K. md. 326 ve ardından gelen hükümleri doğrultusunda tesis eyleyeceği kararlar ile defter, kayıt ve senedatın ibraz mecburiyeti hükümlerini uygulamadığı bilinmektedir. Bu durumda, defter kayıtlarında iddiayı doğrulayan belge ve kanıta rastlanmadığı yolundaki mahkeme kararı gerekçesi dayanaktan yoksun kalmakla usûl ve yasaya aykırıdır..."* 15. HD, 29.1.1979, 62/110 (*Legalbank).*

Nitekim ilk tercihin söz konusu olduğu Fransız hukukunda bilirkişi, belgeyi uhdesinde bulunduran taraf(lar) ve üçüncü kişiden söz konusu belgenin kendisine iletilmesini bizzat talep edebilmektedir (bkz. art. 243, C. proc. civ.). Bahsedilen kimseler kural olarak bunun gereğini gecikmeksizin yerine getirmek zorundadır (bkz. art. 275, al. 1, C. proc. civ.)[1375]. Buna karşılık bu talebin reddi hâlinde bilirkişinin taraflar üzerinde ibraz konusunda başkaca bir yetkisi bulunmayıp, yapabileceği yegâne şey bu durumdan hâkimi haberdar etmekten ibarettir. Bu faraziyede hâkim belgelerin ibrazını emredebileceği gibi, bilirkişiden incelemesini söz konusu belge olmaksızın sürdürmesini de isteyebilir (bkz. art. 275, al. 2, C. proc. civ.)[1376].

Diğer yaklaşım ise, bilirkişinin bu belgeleri ancak hâkim kanalıyla elde edebileceği yönündedir. Buna bağlamda Türk, İsviçre Federal, Alman ve İtalyan hukuk sistemleri, bilirkişinin inceleme bakımından taraflar veya üçüncü kişilerin uhdesinde bulunan bir belgeye ihtiyaç duyduğu vakit, bunu ancak hâkim kanalıyla elde edebileceğini öngörmektedir: Zikrettiğimiz yabancı ülke hukukları bakımından, İsviçre Federal Medenî Usûl Kanununun konuya ilişkin 185. maddesinin üçüncü fıkrasında, belgelerin mahkeme tarafından bilirkişiye sağlanacağı, nihayet bilirkişinin mahkemenin izniyle gerekli olan incelemeleri yapabileceği ifade edilmektedir. Son olarak belgelerin bilirkişiye iletilmesi usûlüne ilişkin açık bir hükmün bulunmadığı Alman ve İtalyan hukuklarında da bilirkişi incelemesinin hâkimin idaresi altında gerçekleştirileceğinin öngörülüyor oluşu (bkz. § 404a Abs. 1 dZPO; Art. 62 ve 194, c.p.c.) karşısında burada da ulaşılması gereken sonuç aynıdır[1377].

Nihayet Hukuk Muhakemeleri Kanununun meseleyi ele alış biçimine daha yakından baktığımızda, bilirkişi incelemesine ilişkin hükümlerden ikisi üzerinde ayrıca

---

[1375] Bkz. Leclerc (2005), n° 413, s. 320. Öte yandan bilirkişinin ilgili belgeleri talep etmesi konusunda herhangi bir şekli koşul öngörülmüş değildir. Diğer taraftan bilirkişinin kendisine ulaşan bu belgeyi karşı tarafa de iletme yükümü altındadır. Bkz. Vigneau (2009), n° 244.22, s. 166.

[1376] Bkz. Leclerc (2005), n° 413, s. 320. Diğer taraftan İsviçre'de Vaud Kantonu Medenî Usûl Kanununun yürürlükte olduğu dönemde de bilirkişi, hâkimden bu konuda herhangi bir onay almaksızın harekete geçebilmektedir. Taraflar bilirkişi incelemesine katkıda bulunma yükümlülüğünün gereği olarak bu belgeleri ibraz etmek durumundadır. Ancak bu sistemde de hâkimin devreye girerek bilirkişiye verilmeyen belgelerin, belgelerin ibrazı zorunluluğuna ilişkin hükümler dâhilinde ibrazını emretmesi, tarafların işbirliğine yanaşmaması hâline münhasırdır. Burada da bilirkişinin talebi reddedildiği yahut belgeler iletilmediği takdirde, bilirkişinin başkaca bir yetkisi bulunmayıp, sadece bunun gereğinin yapılmasını hâkimden talep edebilmektedir. Nitekim hâkim taraflara gerekli belgelerin ibrazını emredebilir (art. 227, 228 CPC/VD). Bkz. Bettex (2006), s. 152, 153; Poudret, Wurzburger ve Haldy (1996), s. 383 – 385.

[1377] Nitekim ilgili hukuk sistemleri bakımından bu yöndeki açıklamalar için bkz. Pinchon (2002), s. 29, 421.

durmak gerektiğini görüyoruz. Bu hükümlerden ilki, bilirkişinin incelemeyi gerçekleştirebilmesi için *bazı belgelerin getirtilmesini* mahkemeden gösterilen süre dâhilinde talep edebileceğini (hatta etmesi gerektiğini) öngören HMK m 275, fıkra 2 hükmü, diğeri ise, bilirkişinin *bir şey üzerinde inceleme yapması gereken hâllerde mahkeme kararıyla bunu gerçekleştirebilmesine* olanak veren HMK m. 278, fıkra 4 hükmüdür.

Türk kanun koyucusu, Hukuk Muhakemeleri Kanununu hazırlarken bilirkişiliğe ilişkin fasılda "*Bilirkişinin haber verme yükümlülüğü"* başlıklı 275. maddenin ikinci fıkrasında bilirkişinin, incelemesini gerçekleştirebilmesi için bazı kayıt ve belgelerin getirtilmesine ihtiyaç duyduğu takdirde, bunun sağlanması için, bir hafta içinde kendisini görevlendiren mahkemeye bilgi vererek, talepte bulunabileceğini hüküm altına almıştır. Mahkeme kararıyla incelemenin gerçekleştirilebileceğini öngören HMK m. 278, (4) ve belgelerin ibraz usûlü ve zorunluluğunu genel olarak düzenleyen HMK m. 216 ve devamındaki hükümler bir kenara bırakılacak olursa, zikretmiş olduğumuz madde, bilirkişi incelemesi bakımından gerekli belgelerin mahkeme kanalıyla getirtileceğine ilişkin tek hükümdür. Bu hüküm bakımından ilgi çekici birkaç mesele bir arada bulunmaktadır:

Madde, başlığıyla uyumlu bir şekilde, madde gerekçesinde de ifade olunduğu gibi, bilirkişinin görevini *süresinde ve gereklerine uygun şekilde yerine getirmesinin sağlanması* amacıyla, bilirkişiye ihtiyaç duyduğu belgeleri talepte bulunma zorunluluğunu getirmiştir[1378]. Bununla birlikte maddede murat edilen hususun bilirkişi açısından salt bir yükümlülüğe değil, fakat aynı zamanda bilirkişinin görevini gereği gibi yerine getirmesi bakımından sahip olduğu bir hak ve yetkiye işaret ettiğini kabul etmenin ve madde başlığının bu şekilde formüle edilmesinin doğru olacağı düşüncesindeyiz. Şayet bu gerçekleşmeyecekse, bilirkişinin ihtiyaç duyduğu belgelere ulaşmak konusundaki yetkisinin bir başka madde vasıtasıyla daha belirgin hâle getirilmesi uygun bir yaklaşım olabilecektir.

Bu anlamda, öncelikle, bilirkişinin 275. maddede ifade edildiği biçimiyle inceleme yapabilmesi bakımından bir belgeye yahut kayda ihtiyaç duymasıyla, 278. madde bakımından bir şey üzerinde inceleme yapmaya ihtiyaç duyması arasında

[1378] Bkz. HMK m. 275 hakkındaki gerekçe (Budak (2011), s. 300, 301.

kanımızca niteliksel bir farklılık bulunmamaktadır. Zira bir şey üzerinde yapılacak inceleme, bir taşınmaz yahut taşınır kadar, bir belgeyi de konu edinebilmektedir.

Ne var ki zikredilen 275. maddenin ikinci fıkrası bakımından, hangi belgelerin gerekli olduğunun mahkemeye bildirilmesinin bilirkişi açısından bir yükümlülük olarak öngörülmüş olması bağlamında ortaya çıkan husus, bilirkişinin ihtiyaç duyduğu bir kayıt yahut belgenin ibrazı konusunda gereğinin yapılmasını, *bir haftalık süre zarfında* kendisini tayin eden mahkemeden talep etmesi zorunluluğudur. İlk olarak maddenin bütünü ve yeri bir arada değerlendirildiği vakit, kanun koyucunun söz konusu bir haftalık sürenin, görevin bilirkişiye tevdiinden itibaren işleyeceğini düşündüğünü kabul etmemiz gerektiği kanaatindeyiz. Aslında Adalet Komisyonuna gelmeden önce mevcut olmayan bu bir haftalık süre, Adalet Komisyonundaki tartışmalar neticesinde eklenmiştir. Nitekim Komisyonun değişiklik gerekçesi, sadece açık bir süre getirilmesi arzusundan ibarettir[1379]. Oysa bilirkişi, kendisinde mevcut olmayan bir belgeye pekâlâ kendisine tevdi edilen görevin ileri bir aşamasında ihtiyaç duyabilir. Benzer içerikteki 278. maddenin dördüncü fıkrasında da zaten herhangi bir süre öngörülmüş değildir. O hâlde bilirkişi, incelemesi esnasında daha önceden öngöremediği, fakat dosya kapsamında zikredilmiş olup da, uhdesinde olmayan bir belgeye ihtiyaç duyduğunda, bu belgenin sağlanmasını mahkemeden talep edemeyecek midir? Kanun koyucunun niyetinin bu soruya olumsuz yanıt verilmesi olduğu kanaatinde değiliz.

Nitekim bazı yabancı hukuk düzenlemelerine baktığımızda da, bilirkişinin ihtiyaç duyduğu bir belgeye mahkeme kanalıyla ulaşabilmesi, bu belgenin kendisine sağlanması noktasında, nihayetinde kanımızca aynı noktaya varacak olmakla birlikte pozitif düzeyde daha farklı bir yaklaşımla karşılaşıyoruz.

Örneğin, meseleyi 185. maddesinin üçüncü fıkrasında, bilirkişiliğe ilişkin diğer hükümlerde olduğu gibi, son derece kısa bir şekilde düzenleyen İsviçre Federal Medenî Usûl Kanunu, ihtiyaç duyulan belgelerin sadece bilirkişiye verileceğinden bahsetmekte, ancak bu konuda bilirkişiye görevin tevdiinden itibaren talepte bulunması biçiminde bir sınırlama öngörmemektedir. Nitekim henüz Federal Kanun yürürlüğe girmeden yayımlanan çalışmalarda da, bilirkişinin inceleme bakımından bir belgeye ihtiyaç duyması hâlinde, Kantonlar arasında bunun usûlüne ilişkin nüanslar bulunmakla

[1379] HMK m. 275 hükmüne ilişkin olarak Adalet Komisyonu değişiklik gerekçesi için bkz. Budak (2011), s. 301.

birlikte, belgenin tarafça ibrazı konusunda buna, yani belgelerin ibrazı zorunluluğuna ilişkin hükümlerin uygulanacağına da işaret edilmektedir[1380].

İkinci olarak Fransız hukukuna baktığımızda da farklı bir sonuçla karşılaşmamaktayız. Nitekim Fransız Medenî Usûl Kanununun 243. maddesinin birinci fıkrası gereğince, bilirkişi taraflardan veya üçüncü kişi(ler)den, tüm belgelerin kendisine iletilmesini, bir güçlük hâlinde ise hâkimden, bunun gereğini emretmesini talep edebilmektedir. Bu Kanunda da, belgelerin ibrazı konusunda, az aşağıda değerlendirmekte olduğumuz ispat hakkının sınırları bağlamındaki hususlar haricinde, herhangi bir süre öngörülmemiştir[1381].

Nihayetinde bu konuda vardığımız sonuç, bilirkişinin görev kendisine tevdi edildikten sonra herhangi bir süre ile sınırlı olmaksızın, ihtiyaç duyduğu belgelerin, kayıt ve benzeri hususların sağlanmasını, her zaman mahkemeden talep edebileceği noktasındadır. Başta gerekli belgeyi talep e(t)(de)memiş olan bilirkişinin, incelemenin ileri bir safhasında bu talebi gerçekleştirdiği vakit, bunu yerinde bulan hâkimin 278. maddenin dördüncü fıkrası dolayısıyla gerekli olan ibraz kararını verebileceğini kabul etmek gerekir. Burada son olarak, hâkim bilirkişinin ihtiyaç duyulan belgeler konusundaki değerlendirmesiyle bağlı olmayıp, hangi belgelerin ibraz edilmesi gerektiğine son kertede kendisi karar vermelidir. Nitekim aksi durumun kabulü hâkimin yargılama yetkisini bilirkişiye devri anlamına gelecektir[1382].

Buraya kadar ifade ettiğimiz hususlar, bilirkişiye tanınan belgelere ulaşma yetkisinin genel çerçevesini oluşturmaktadır. Ancak bu yetkinin etkin kullanımının sağlanması, meselenin bir diğer boyutunu, yani belgeyi elinde bulunduran tarafın yahut üçüncü kişinin bilirkişi incelemesine katkıda bulunma ödevi içerisinde, bu belgeleri ibraz mecburiyetini ilgilendirmektedir. Konunun bütünlüğü bakımından bu meseleyi bilirkişinin diğer yetkilerinden sonra ele almayı tercih etmekteyiz.

[1380] Bkz. Bettex (2006), s. 152, 153. Nitekim bkz. § 176 Abs. 1 ZPO/ZH; art. 227, al. 1 CPC/VD. Yürürlükten kalkan Nöşatel Medenî Usûl Kanunu bakımından da bilirkişi incelemesinin henüz mahkemeye ibraz edilmemiş olan belgeleri konu edinebilmesine bir engel olmadığı noktasında Bohnet (2005), s. 427, n° 9.

[1381] Bkz. ve karş. Art. 243, 245, C. pr. civ. Nihayet zaman bakımından bu neviden bir sınırlandırma Alman ve İtalyan hukuklarında da bulunmamaktadır. Bahsedilen her iki sistemde de genel yaklaşımın, tereddütsüz olarak bilirkişiye ihtiyaç duyduğu belgelerin, hâkimin emri üzerine ibraz edilmesi gerektiği yönünde olduğu dile getirilmektedir (Alman hukuku bakımından Pinchon (2002), s. 29; İtalyan hukuku bakımından Pinchon (2002), s. 421 (ayrıca bkz. ve karş. Art. 62, 194 CPC/IT).

[1382] Genel olarak bkz. Redon (2011), n° 281, s. 39; Vigneau (2009), n° 232.25, s. 133, n° 244.22, s. 166. Bourgeois, Julien ve Zavaro (1999), n° 190, s. 120. Civ. 2e, 16 juill. 1979, *Bull. civ. II,* n° 220.

1.2.2.4. Bir şey üzerinde inceleme yapma

Bilirkişinin görevinin gereğini yerine getirebilmesi, mahkemenin kararı ile belli bir mahalde gerçekleşebilecek bir incelemenin yapılmasını gerektirebilir (bkz. m. 278, f. 4. Ayrıca bkz. m. 218; 288)[1383]. Bu bağlamda söz konusu yetki, genel olarak bir taşınmazın yahut taşınırın incelenmesi şeklinde olabildiği gibi, bir kan veya doku incelemesi biçiminde tezahür eden tıbbî bir inceleme veya başka bir şey şeklinde de somutlaşabilmektedir. Konuya ilişkin HMK m. 278, fıkra 4 hükmünde "şey" ifadesini kullanmış olmasının da, bu çeşitlilikten kaynaklandığı kanısındayız[1384]. Nitekim bu başlık altında, bilirkişinin bu yetkisinin genel çerçevesi ve ne şekilde kullanılacağı üzerinde duruyoruz[1385].

Bilirkişi, incelemesini bir eşya, belge, hatta bir kimse üzerinde gerçekleştirdiğinde, teknik olarak keşif icrasına benzer bir işlevi yerine getirmektedir. Gerçekten de bu hâllerde bilirkişi, hâkim yardımcısı sıfatıyla, hâkimin gözü ve kulağı olarak, bir şeyi yerinde incelemekte, uyuşmazlığın çözümü için gerekli her türlü bilgiyi toplamakta, uyuşmazlık konusu vakıanın genel görünümünü, neden ve sonuçlarını hâkime sunmaktadır[1386]. İşte burada görev kapsamında hâkim kararıyla tanınan kamusal bir yetki söz konusu olmaktadır.

[1383] Bilirkişinin yerine getirdiği görev çerçevesinde maddî bir takım hususları inceleyebileceği hususu Türk hukukunda çeşitli yazarlar tarafından önceden beri dile getirilmektedir. Bkz. Gürelli (1967), s. 74; Kuru (2001), C. III, s. 2734, 2735. Ayrıca bkz. Belgesay (1951), n^{o} 29, s. 82, n^{o} 140 s. 87; M. R. Belgesay (1940). *Hukuk ve ceza usûlü muhakemesinde deliller*. İstanbul: Güven, s. 109, 110. Bununla birlikte özellikle son yıllarda kaleme alınan bazı eserlerde, bilirkişinin inceleme yetkisine işaret edildiğini görmekteyiz. Bkz. Tanrıver (2001), s. 93. Ayrıca bkz. Deryal (2011), s. 315; ceza yargılaması hukuku bakımından ise Öntan (2011), s. 128, 129.

[1384] İnceleme yetkisine lafzi olarak vurgu yapan bazı ülke hukuklarında incelemenin hangi hâlleri konu edinebileceğinin tek tek sayıldığını görüyoruz. Örneğin İspanyol Medenî Usûl Kanununun 345. maddesinin birinci fıkrası, sırasıyla bir yerin, nesnenin veya kişinin incelenmesinin yahut benzer bir faaliyetin gerçekleştirilmesinin zorunlu olması ifadesine yer vermektedir (bkz. LEC, art. 345, al. 1).

[1385] Öte yandan bilirkişinin bir şey üzerinde inceleme yapma yetkisinden açıkça söz edildiği vakit, konu bir yandan, tarafların yerine getirilecek olan incelemede hazır bulunma hakkı ve bu hakkın istisnaları kadar, aynı zamanda bilirkişi incelemesinin konusunu oluşturan belgelerin bilirkişiye ulaştırılmasına benzer şekilde, tarafların ve üçüncü kişilerin, bu sefer, katkıda bulunma ödevi bağlamında incelemeye katlanma yükümlülüklerini de ilgilendirmektedir. Nitekim bu meseleleri, aşağıda ayrıca değerlendirmeye çalışacağız. Tarafların incelemeye katkıda bulunma yükümlülüğü bağlamında bkz. aşa. *Üçüncü Bölüm, 1.3.1.* Bilirkişi incelemesi sırasında tarafların hazır bulunma hakkı için ise, bkz. aşa. *Üçüncü Bölüm, 1.3.2.*

[1386] Bkz. Dumoulin (2007), s. 118, 119. Bu bağlamda bilirkişinin asıl olarak yerine getirdiği görev gereğince, bir şey üzerinde inceleme yapması söz konusu olabildiği gibi, onun hâkim tarafından da bir keşif icrası vesilesiyle, sahip olduğu uzmanlık bilgisi nedeniyle de görevlendirilmesi mümkündür (ayrıca bkz. m. 288).

Hukuk Muhakemeleri Kanununda bilirkişinin, incelemesini gereği gibi yerine getirmesi bakımından sahip olduğu inceleme yetkisinin, kapsam, içerik ve sınırları itibariyle belirgin bir hâle geldiği kanısındayız. Gerçekten de kanun koyucu, Kanununun 278. maddesini kaleme alırken, "*(b)ilirkişinin… bir şey üzerinde inceleme yapması zorunlu ise mahkeme kararı ile gerekli incelemeyi yapabilir"* demek suretiyle görevi çerçevesinde sahip olması gereken yetkiye vurgu yapmayı ve bu yetkinin nasıl kullanılacağının sınırlarını açıkça belirtmeyi tercih etmiştir[1387]. Buna karşılık Fransız medenî usûl hukukunda ayrı bir inceleme yetkisinden bahsetmeye gerek duyulmamıştır. Bu sistemde bilirkişinin her türlü bilgiye ulaşmak bakımından yetkisi, bilirkişilik yöntemleri bakımından genel hükümler dâhilinde düzenlenmektedir (bkz. C. pr. civ., art. 244, al. 1)[1388]. Ancak ne olursa olsun, bu hükümlere bir arada baktığımız vakit, bilirkişiye tanınan yetkinin genel içeriği konusundaki yaklaşımın, bilirkişinin hâkim

[1387] Burada yürürlükten kalkan Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanununun konuya ilişkin 280. maddesi, "*(t)etkikat için keşif icrası veya diğer ihzari bir muamele ifası"* ifadesiyle biraz üstü kapalı olarak nitelendirebileceğimiz biçimde bilirkişi açısından bir inceleme yetkisinden bahsetmekteydi. HMK'da öngörülen yaklaşım, benzer şekilde İsviçre Federal Medenî Usûl Kanununun 186. maddesinde de benimsenmiştir. Zikredilen 186. maddenin birinci fıkrası, Hukuk Muhakemeleri Kanununun 278. maddesinin dördüncü fıkrasına benzer şekilde, bilirkişinin mahkemenin bu konuda vereceği izinle, şahsi olarak incelemelerde bulunabileceğini ve bunun sonuçlarına raporunda yer vereceğini düzenlemektedir (bkz. CPC Suisse, art. 186, al. 1). Ayrıca İspanyol hukuku bakımından benzer şekilde bkz. ve karş. LEC, art. 345, al. 1. Buna karşılık, İsviçre Federal Medenî Usûl Kanunu öncesi dönemde Vaud ve Nöşatel gibi kantonların, özellikle bu yetkinin ne şekilde kullanılacağı ve sınırları noktasında daha ayrıntılı düzenlemeleri ihtiva ettiğini görüyoruz. Örneğin Vaud Kantonu Medenî Usûl Kanunu lafzi olarak bilirkişinin inceleme yetkisini zikretmemiş, ancak Kanunun 227 – 231. maddeleri arasında ayrıntılı bir şekilde belgelerin bilirkişiye ulaştırılması meselesini de içerecek şekilde yetkinin kapsam ve sınırlarını hem taraflar, hem üçüncü kişiler bakımından ele almıştır (bkz. CPC/VD, art. 227 – 231). Nöşatel Kantonu Medenî Usûl Kanunu ise, 274 ve 275. maddelerinde bu meseleleri ele almaktadır (bkz. CPC/N, art. 274, 275). Takip eden başlıklar altında bu hususları ayrıca ele alacağımızdan bahsedilen düzenlemelerin ayrıntısı üzerinde durmuyoruz.

[1388] C. pr. civ., art. 244, al. 1: "*Teknisyene, görüşünü oluşturmasında incelenecek meseleye ilişkin olarak yol gösterecek (aydınlatacak) her türlü bilginin bildirilmesi gerekir".* Ancak Fransız kanun koyucusu, bilirkişinin gerekli belgelere ulaşması faslında da ifade etmeye çalıştığımız gibi, daha çok bu meseleye ilişkin düzenlemelere ağırlık vermiştir (örneğin bkz. art. 243, 268 ve 275). Bununla birlikte, yetkinin sınırlarına, özellikle tarafların inceleme sırasındaki rolü bağlamında ele aldığı gibi, tahkikat inceleme yöntemlerine ilişkin genel hükümler bağlamında da yer vermiştir (örn. bkz. C. pr. civ., art. 160). Söz konusu C. pr. civ., art. 160 hükmü vicahi yargılama ilkesinin (*Principe du contradictoire*) bir gereği olarak tarafların ve bunların temsilcilerinin her türlü tahkikat inceleme yönteminin icrasına davet edilmesi gerektiğini düzenlemektedir. Diğer taraftan Alman Medenî Usûl Kanunu bilirkişinin inceleme yetkisini açık bir şekilde zikretmemekle birlikte, bilirkişinin faaliyetinin sevk ve idaresi bağlamında, onun yerine getireceği inceleme faaliyeti kapsamında gerekli görüldüğü takdirde yargılamanın taraflarıyla hangi ölçüde irtibata geçmesine izin verileceğinin ve bunların bilirkişinin incelemesine ne ölçüde eşlik edeceğinin hâkim tarafından belirleneceğini düzenlemektedir (bkz. dZPO, § 404a, Abs. 4). Bununla birlikte Alman Medenî Usûl Kanununun 357. paragrafı Fransız Medenî Usûl Kanununun 160. Maddesine benzer şekilde, tarafların genel olarak her türlü delil ikame faaliyetine iştirak etmesine imkân tanınması gereğini düzenlemektedir (bkz. dZPO, § 357).

yardımcısı olma işlevi çerçevesinde genelde aynı olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

Nihayet, bu yetkinin ne şekilde kullanılacağı konusunda şu hususları ifade edebiliyoruz: Öncelikle bilirkişi, bir şey üzerinde inceleme yapma yetkisini, herhangi bir ön denetime tâbi olmaksızın, bağımsız şekilde kullanamaz. Hukuk Muhakemeleri Kanununun 278. maddesi, bu konuda son derece açıktır. Nitekim bilirkişi, görevinin kapsamı dâhilinde, başta açıkça belirtilmiş olmasa da[1389], bilirkişi incelemesini yerine getirmeye başladıktan sonra, kendisine tevdi edilen görevin sınırları içerisinde, bir şey üzerinde inceleme yapması gerektiği kanaatine ulaşabilir. Burada ikili bir ayrımda bulunulması gerektiği düşüncesindeyiz. İlk olarak, bilirkişi yapacağı teknik inceleme bakımından bağımsızdır. Nitekim böyle bir durumda, bilirkişi sahip olduğu uzmanlık bilgisi nedeniyle belli bir incelemeyi gerekli gördüğünde, bahsedilen teknik konuda bilgi sahibi olmayan hâkim, bu incelemenin zorunlu olup olmadığını teknik bakımdan değerlendirme imkânına da kural olarak sahip değildir. Örneğin bilirkişi kendisine tevdi edilen görev bağlamında belli bir belgenin incelenmesi gerektiğine kanaat getirmişse hâkim, bu konudaki diğer usûlî şartlar da var olduğu müddetçe bilirkişiyi incelemekten yoksun bırakmamalıdır[1390].

Buna karşılık, ikinci olarak, hâkimin takdir yetkisi dâhilinde olan esas mesele, söz konusu incelemenin elverişliliği, şartları, gerekiyorsa yeri ve zamanıdır. Bir diğer söyleyişle belge uyuşmazlık konusu vakıa ile ilişkilidir; ancak dava hâkim nezdinde aydınlanmış durumdadır veyahut belgenin incelenmesi tarafların yahut üçüncü kişilerin kişisel yahut ticari bir sırrına halel getirme potansiyelini barındırmaktadır. Böyle bir durumda hâkim pek tabii ki bu konuda olumlu bir karar vermek durumunda değildir. Nitekim bu da, kanımızca bir kez daha, bilirkişinin bir hâkim yardımcısı olarak görevini

---

[1389] Buna karşılık bilirkişi doğrudan bir kan yahut doku incelemesi ile veya bir taşınmazın, örneğin bir yakıt nakil hattının durumu gibi bir incelemeyle görevlendirildiği vakit, bu incelemeyi gerçekleştirmek, onun zaten görevinin kapsamında olan bir hususdur. Görev kapsamında yerine getirilecek olan hususların, bu şekilde baştan belli olduğu hâllerde, bilirkişinin mahkemeden inceleme konusunda gerekli kararın verilmesini ayrıca istemesine gerek yoktur. Zira, mahkeme gerek genel olarak Hukuk Muhakemeleri Kanununun 278. maddenin dördüncü fıkrası gerek ortada özel olarak soy bağının tespiti için bir inceleme yapılmasını gerektiren bir hâl karşısında 292. madde, gerekse bir belgenin yerinde incelenmesi konusunda 218. madde hükümleri ve benzer hususlar bağlamında gerekli kararı vermek durumundadır.

[1390] Nitekim Toulouse Asliye Hukuk Mahkemesinin 1967 yılında vermiş olduğu bir kararda bilirkişinin teknik bakımdan bağımsızlığına ilişkin olarak bu duruma dikkat çekilmektedir (bkz. TGI Toulouse, 22 nov. 1967, *Gaz. Pal.* 1966 1.365. Zikreden Redon (2011), n° 460, s. 59). Diğer taraftan öğretide *Kuru* da, konuya ilişkin sınırları da ayrıca zikretmekle beraber (*HUMK m. 280 bağlamında*), bilirkişinin "*(i)ncelemesi için **gerekli görürse**... dava konusu yer üzerinde inceleme yapabilir veya diğer hazırlık işlemlerinde bulunabilir"* ifadelerini kullanmaktadır. Ayrıca bkz. ve karş. Deryal (2011), s. 315.

onun sevk ve idaresi altında, bir şekilde ona bağlı yürütüyor olmasının doğal sonucu addedilmelidir..

1.2.2.5. Tarafları ve üçüncü kişileri dinleme

Bilirkişi, pek tabii ki, incelemesini bir şey üzerinde gerçekleştirdiği hâllerde, örneğin keşif icrası sırasında kendi görüşüne başvurulduğunda inceleme bakımından tarafları dinlemesi mümkündür (m. 278, f. 3). Öte yandan, bilirkişi, incelemesi kapsamında üçüncü kişileri, bu itibarla dosya kapsamında yer alan tanıkları bilgi almak amacıyla dinleyebilir mi? Hukuk Muhakemeleri Kanununun konuya ilişkin 278. maddesi, bu konuda sessiz kalmaktadır. Ancak, kanımızca bilirkişi, 278. maddede açıkça işaret edilmiş olmasa da, daha evvel dinlenilmiş olmaları koşuluyla, tanıkları gerekiyorsa yeniden dinleyebilmelidir[1391]. Bu konuda bazı yabancı ülke hukuklarındaki yaklaşımın da, özellikle bilirkişi incelemesinin etkinliği bağlamında olumlu olması, ifade ettiğimiz yöndeki kanaatimizi kuvvetlendirmektedir[1392].

Nitekim, uygulamada özellikle bilirkişilerin bir keşif icrasına iştirak etmeleri ve bu keşfe tanıkların da davet edilmeleri vesilesiyle[1393], bilirkişi hâkim ile birlikte tanık beyanlarını dinleyebilir veya hâkimin izniyle bunlara soru yöneltebilir. Ne var ki bu yaklaşımdan, bilirkişinin hâkim gibi, tanık beyanlarının değerini değerlendirme yetkisi bulunduğu sonucuna varılamaz. Buradaki husus, sadece bilgilenme, vakıa hakkındaki teknik kanaati güçlendirme amaçlıdır[1394].

[1391] Aynı yönde Yılmaz (2012), s. 1227.

[1392] İsviçre hukuku bakımından Federal Mahkeme de bunu uygun bulmaktadır (*JdT* 1961 III 26. Zikreden Bettex (2006), s. 163). Nitekim Fransız Medenî Usûl Kanununun 242. maddesi, bu imkânı açıkça tanımış durumdadır. Buna göre bilirkişi, gerektiği takdirde üçüncü kişilerden yazılı veya sözlü bilgi alabilir (bkz. art. 242, C.pr.civ.). Ayrıca bkz. Ferrand (2006), n^{o} 476, s. 124; Boulez (2006), n^{o} 824, s. 115.

[1393] Örneğin bkz. 8. HD, 29.12.2011, 7605/7876; 8. HD, 9.4.2012, 6412/2627; 8. HD, 2.2.2012, 4322/469 (*LegalBank*).

[1394] Bir diğer söyleyişle bilirkişi, raporunu dinlediği tanıkların beyanlarına dayandıramaz. Yargıtay da yeni tarihli bir kararında bu duruma dikkat çekmektedir. *"...Bilirkişi davacı tanığı Mehmet'in beyanını da dikkate alarak haftada 15 saat fazla mesai yapıldığını kabulle rapor tanzim etmiştir. Mahkeme rapora itibar ederek fazla mesai alacağına hükmetmiştir.Mahkemece davacı tanıklarının beyanları arasındaki çelişki giderilerek davacının talep ettiği fazla mesai ücreti konusunda karar verilmesi gerekirken, tanık beyanları arasındaki çelişki giderilmeden bir davacı tanığının beyanına itibar edilerek hazırlanan rapora göre hüküm kurulması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir..."* 9. HD, 12.3.2012, 49373/8041 (*LegalBank*). İsviçre hukuku bakımından aynı yönde bkz. Bettex (2006), s. 163, 164.

Ancak diğer yetkiler bakımından olduğu gibi, bilirkişi bu yetkisini de ancak hâkimin bu yöndeki kararıyla kullanabilecektir (m. 278)[1395]. Ne var ki, incelemenin kapsam ve içeriği haklı gösterdiği sürece, hâkimin bu talebi reddetmesi kanımızca güçtür[1396].

Hukuk Muhakemeleri Kanunu, bilirkişinin tarafların bilgisine başvurabileceğini düzenlemekle birlikte, bunun usûlüne yer vermemektedir. Taraflar veya üçüncü kişilerden bilgi alınması, ilk başta, hâkimin de yer aldığı bir keşif icrasında söz konusu olabilecektir. Ancak bu faraziyede tanıklardan bilgi alınacaksa, bunların yemin etmesine gerek bulunmamalıdır[1397]. Bunun yanı sıra, bilirkişinin tarafların ve tanıkların dinlendiği (m. 261) duruşmaya da davet edilmesi söz konusu olabilir. Öte yandan, bilirkişinin bu kimselerden yazılı bilgi edinmesine de bir engel olmadığından söz edilebilir mi? Örneğin Fransız Medenî Usûl Kanununun 242. maddesi, buna imkân tanımaktadır. Bu çerçevede, taraflar veya üçüncü kişiler tarafından bilirkişiye yazılı olarak iletilen hususların, aynı zamanda taraflara da ulaştırılması gerekmektedir[1398]. Türk hukuku bakımından olması gereken hukuk bağlamında bu yöntemin de kabul edilebileceğini ifade edebiliriz. Yeter ki, bir tarafın yazılı bilgilendirmesi ve içeriğinden diğer taraf da haberdar edilsin.

Tarafların ve gerekiyorsa üçüncü kişilerin dinlenilmesi bakımından mesele, tarafların hazır bulunma hakkı bakımından da kendisini göstermektedir. Bu konuyu, aşağıda, ayrı bir başlık altında ele alacağız[1399].

[1395] Ayrıca bkz. Yılmaz (2012), s. 1227. Fransız hukuku bakımında mesele farklılık arz etmemektedir. Bilirkişi, hangi soruları yöneltmek istediğini hâkime bildirir. Hâkim bunu serbestçe değerlendirir. (bkz. Leclerc (2005), n° 414, s. 321). Ayrıca bkz. Boulez (2006), n° 824, s. 115.

[1396] Fransız hukuku bakımından benzer şekilde bkz. ve karş. Leclerc (2005), n° 414, s. 321.

[1397] Fransız hukuku bakımından V. Vigneau (2009). Prérogatives du technicien dans l'exécution de sa mission. *Droit de l'expertise (Dir.: T. Moussa)*. Paris: Dalloz, ss. 130 – 134, n° 232.13, s. 131.

[1398] Bkz. Vigneau (2009d), n° 232.13, s. 131.

[1399] Bkz. aşa. *Üçüncü Bölüm, 1.3.2.*

1.3. Bilirkişi İncelemesinde Tarafların ve Üçüncü Kişilerin Rolü ve Konumu

1.3.1. Tarafların ve üçüncü kişilerin bilirkişi incelemesine katkıda bulunma ödevi ve sınırları

1.3.1.1. Genel olarak bilirkişi incelemesine katkıda bulunma ödevi

Bu başlık altında, bilirkişinin hâkimin izniyle kullandığı bazı yetkilerin, taraflar (ve belli hâllerde üçüncü kişiler) bakımından görünümü ve tarafların katkıda bulunma ödevi bağlamında, bilirkişi incelemesinin kapsam ve icrası konusunda hangi noktaya kadar gidilebileceğini tartışmak istiyoruz. Nihayetinde bilirkişi incelemesine katkıda bulunma ödevi, aslında ispat faaliyetinin geneli bakımından söz konusu olan katkıda (ve işbirliğinde) bulunma ödevinin görünüm biçimlerinden bir tanesi olup, katkının ne ölçüde gerçekleşmesi gerektiği, mahkeme tarafından uyuşmazlık konusu vakıa bakımından değerlendirilecek olan bir meseledir[1400].

Katkıda bulunma ödevi, kaynağını ispat hakkında bulmakta, onun bir parçası ve gereği biçiminde ortaya çıkmaktadır[1401]. İspat hakkı çerçevesinde bir delili elde etmek, o delile ulaşmak, kimi hâllerde karşı tarafı delil ikamesine katkıda bulunmaya, hatta bir tür işbirliğine zorlamaktadır. Nitekim bu zorunluluğun genel çerçevesi, bazı yabancı ülke hukuklarında da, *delil ikamesi sırasında işbirliği* veya *gerçeğin ortaya konulabilmesi amacıyla mahkemeye katkı sunmak ödevi* şeklinde ortaya konulmaktadır[1402].

Esasen ispat hakkının Hukuk Muhakemeleri Kanunu vesilesiyle pozitif düzeyde de açıkça vurgulanması, diğer yandan incelemenin kapsamı konusunda dikkat çekmeye çalıştığımız keşfe ve belgelerin ibrazına ilişkin diğer düzenlemeler, Türk hukuku

---

[1400] Genel olarak bkz. Reymond (2008), s. 60, dn. 37; Vouilloz (2009a), s. 581; Hoffman ve Lüscher (2009), s. 83.

[1401] Bkz. Bergeaud (2007), s. 242 vd., n° 244 vd. Ayrıca bkz. Goubeaux (1981), s. 282, n° 7.

[1402] Örneğin İsviçre Federal Medenî Usûl Kanununun 157. maddesi ve devamında düzenlendiği üzere, taraflar kural olarak, delil ikamesi sırasında işbirliğinde bulunmak zorundadır. İsviçre hukukunda ispat faaliyetine katkıda bulunma ödevinin genel yapısı hakkında genel olarak bkz. Hoffman ve Lüscher (2009), s. 83; Reymond (2008), s. 60, 61; Voilloz (2009a), s. 581 vd. Nitekim Federal Medenî Usûl Kanununun 160. maddesi uyarınca, bu ödevin kapsamına genel itibariyle taraf yahut tanık olarak beyanda bulunmak; Kanunda gösterilen istisnalar haricinde gerekli belgeleri ibraz etmek ve bilirkişi tarafından gerçekleştirilecek olan incelemelere katlanmak girmektedir. Aynı husus Fransız hukukunda da söz konusudur. Fransız Medenî Kanununun 10. maddesinde, gerçeğin ortaya konulabilmesi amacıyla, herkesin mahkemeye katkısını sunmak durumunda olduğu açıkça düzenlenmektedir Nitekim zikredilen düzenlemenin ispat hakkının dayanağı olduğu noktasında bkz. Goubeaux (1981), s. 282, n° 7.

bakımından da delil ikamesine katkıda bulunma ödevinin var olduğunu söylemek için kanımızca yeterlidir. Bu noktada bilirkişinin yargısal bir faaliyet içerisinde, bir kamusal görevi yerine getirirken inceleme yetkisine sahip olması, ayrıca mahkemenin bu konuda gerektiği takdirde zor kullanabilmesi ise kanımızca, aktardığımız hususlar çerçevesinde ispat hakkının sağlanmasına hizmet etmektedir. Nihayet, katkıda bulunmak bir usûlî yük teşkil etmekte olup[1403], çerçevesi ve sonuçları da buna göre belirlenmektedir.

Burada bilirkişi incelemesine katkıda bulunma ödevinin, *birinci olarak,* inceleme bakımından *gerekli belge veya diğer hususları ibraz etmek*, *ikinci olarak* ise, belli bir *taşınmaz veya taşınır üzerinde gerçekleşecek olan incelemeye katlanmak* çerçevesinde ele alınması gerekmektedir.

Birinci mesele bakımından, bilirkişi incelemesi için *gerekli belgeleri ve diğer hususları ibraz zorunluluğu*ndan bahsettiğimizde, esas itibariyle, belgelerin ibrazı zorunluluğu hakkında tartışılan hususlar ve düzenlemeler yol gösterici olmaktadır. Gerçekten de, belge kapsamında yer almayan herhangi bir maddî unsurun, keşif icrasının konusunu oluşturmadığı sürece, belli bir usûl dâhilinde mahkemenin önüne getirilmesi gerekmektedir. Örneğin HMK m. 192 hükmü bağlamında değerlendirilebilecek olan, bir maket, kıyafet veya ziynet eşyası gibi bir hususun yerinde incelenmesi gerekmediği sürece (bkz. m. 195), burada belgelerin ibrazı zorunluluğuna ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanması gerektiği kanısındayız.

Söz konusu hükümler bilirkişi incelemesi bakımından nasıl uygulama alanı bulacaktır? Genel olarak, belgelerin ibrazı, dar anlamda bir ispat aracının yargılamaya aktarılması, yani onun ikamesi anlamına gelmektedir[1404]. Nitekim dava açıldıktan sonra, bu belgelerin ibrazı, hem ispat faaliyetinin bir parçası olarak gönüllü şekilde hem de kanunî bir yükümlülüğün gereği olarak gerçekleştirilmektedir. Şüphesiz, bir tarafın ileri sürdüğü vakıa iddiasına dayanak olan belge, karşı tarafın yahut bir üçüncü kişinin

[1403] Reymond (2008), s. 61.

[1404] Bununla birlikte ibraz kavramının, geniş olarak ele alındığında aslında delillerin gösterilmesini de içine alan, ayrı fakat ilişkili iki faaliyeti içerdiğini söylemek de mümkündür. Burada bir yandan, ileri sürülen vakıaların gerçekliğini ortaya koymak amacıyla ispat araçlarını ileri sürmekten ibaret fikrî bir faaliyet (ispat araçlarının gösterilmesi); diğer yandan bu fikrî faaliyete can veren, dile getirilen ispat vasıtalarını hâkimin değerlendirmesine tâbi kılan bir maddî faaliyet (ispat araçlarının ikamesi) söz konusudur. Bu konuda genel olarak bkz. ve karş. G. Erdönmez (2010). *Medenî usûl hukukunda belgelerin ibrazı mecburiyeti.* İstanbul: XII Levha, s. 117, 118 vd.; J.-J. Daigre (1979). *La production forcée de pièces dans le procès civil.* Paris: PUF, s. 1.

elindeyse, belgelerin ibrazı zorunluluğu gündeme gelmektedir[1405]. Öte yandan bir kimsenin belgeyi ibraz zorunluluğu altında bırakılması, başta diğer tarafın ileri sürdüğü vakıa bakımından var olan ispat hakkına[1406], nihayet bu bağlamda onun da bir bileşenini oluşturduğu hukukî dinlenilme hakkına ve vicahî yargılama ilkesine de hizmet etmektedir[1407]. Nihayetinde bu yaklaşım, Hukuk Muhakemeleri Kanunu hazırlanırken daha belirgin hâle getirilmiştir[1408].

İşte delil ikamesinde işbirliği hâlinde bulunma zorunluluğunun, bilirkişi incelemesi bakımından büründüğü görünüm biçimlerinden biri olarak, bilirkişinin görevini yerine getirebilmek için daha önce mahkemeye ibraz edilmiş olanların yanı sıra, dosya kapsamında zikredilmiş olsun olmasın, esas olarak ihtiyaç duyduğu her türlü belgenin ve fakat belge kapsamında olmayan diğer hususların da, yukarıda ifade edilen hususlar gereğince, gerek taraflar gerek üçüncü kişilerce, mahkemeye sunulması

[1405] Geniş bilgi için bkz. Erdönmez (2010), s. 122 vd. Ayrıca bkz. Pekcanıtez, Atalay ve Özekes (2011), s. 483; Bilge ve Önen (1979), s. 584; Yılmaz (2012), s. 1100 vd.; Umar (2011), s. 681 vd. Mesele daha baştan somut delil ikame yükü etrafında sorgulanabilirse de (karş. M. Göksu (2009). Hukuk yargılamasında karşı tarafın elindeki belgelere delil olarak başvurulabilmesi. *MİHDER,* C. 5, S. 13, ss. 251 – 282, s. 253. Yazar karşı tarafın elindeki belgeleri sunmak mecburiyetinde bırakılmasının, ispat ve delil gösterme yükü kavramlarıyla ilişkili olmadığı görüşündedir), kişinin kendi aleyhine olan bir belgeyi ikame yükü altında da bırakılabilecek oluşu, üzerinde durduğumuz konunun hassas taraflarından birini meydana getirmektedir. Bununla birlikte ne olursa olsun, bugün medenî usûl hukukunun geldiği noktada, *kimse kendi aleyhine olan delili ibraza zorlanamaz (nemo tenetur contra se edere)* biçiminde ifade edilen ilkenin temeli, tarafların davayı aydınlatma ödevi, bunların delil ikamesine katkıda (veya delil ikamesinde işbirliği hâlinde) bulunma yükümlülüğünün varlığı yönündeki anlayışın hukuk metinlerinde karşılık bulmasıyla ortadan kalkmış durumdadır. Bahsedilen ödev ve yükümlülük konusunda özellikle bkz. Erdönmez (2010), s. 26 vd., özellikle s. 29, 30, ayrıca s. 122 vd. Ayrıca bkz. Üstündağ (2000), s. 679. Diğer taraftan tarafların katkıda (veya işbirliğinde) bulunma yükümlülüğü ve geleneksel anlayış ile bir mukayesesi bağlamında bkz. Daigre (1979), s. 123 vd.; Reymond (2008), s. 60 vd.

[1406] Nitekim bkz. Goubeaux (1981), s. 284, 285; Göksu (2009), s. 253, 254. Elbette bu durum, genel olarak belgelerin ibrazı konusundaki sınırlamalar (ki bu sınırlar konusunda genel olarak bkz. Erdönmez (2010), s. 297 vd.), özel olarak ispat hakkının sınırları ile birlikte düşünülmesi gereken bir meseledir. Nitekim bkz. ve karş. Türk hukuku bakımından Özekes (2003), s. 126, 127. İsviçre hukuku bakımından Vaud hukuku çerçevesindeki açıklamalar için Rousselle (1981), s. 73. Fransız hukuku bakımından Bergaud (2007), n° 114 vd., s. 115 vd., ayrıca n° 264, s. 269, 270.

[1407] Aynı doğrultuda Göksu (2009), s. 254. Ancak bunun için hiç şüphe yok ki, gerek karşı taraf, gerek bir üçüncü kişi tarafından ibraz edilmiş olan belgenin davanın taraflarınca incelenme imkân ve koşullarının sağlanması gerekmektedir. Nitekim bu konuda bkz. Özekes (2003), s. 92 vd; Ascensi (2006), n° 463 vd, s. 258 vd.; L. Miniato (2008). *Le principe du contradictoire en droit processuel.* Paris: L.G.D.J., n° 260 vd., s. 228 vd.

[1408] Öte yandan bu bağlamda belgelerin ibrazı zorunluluğuna ilişkin hükümler, bir kez daha ele alınmış, diğer taraftan burada geniş anlamda bir belgenin mi yoksa senedin mi kastedildiği yolundaki tereddütler giderilmiştir (genel olarak bkz. HMK m. 216 vd.)Nitekim bu noktada özellikle bkz. Erdönmez (2010), s. 5 – 8. Ayrıca bkz. Göksu (2009), s. 278; B. Toraman (2009). Fransız medenî usûl hukukunda belgelerin taraflar arasında iletilmesi ve zorunlu ibrazı. *Halûk Konuralp anısına armağan.* Ankara: Yetkin, ss. 1085 – 1104, s. 1102.

gerektiğini söylememiz mümkündür[1409]. Nitekim Fransız ve İsviçre hukuklarında, bizatihi bilirkişilik özelinde, bu konuda herhangi bir tereddütün bulunmadığını görmekteyiz[1410].

Diğer taraftan kimin ibraz yükümlülüğü altında olduğunun belirlenmesinde, bilirkişi incelemesine başvurulmasını hangi tarafın talep ettiğinin de bir önemi bulunmamaktadır. Bilirkişinin inceleyecek olduğu şey hangi tarafın elindeyse, ibraz yükümlülüğü de onun üzerindedir[1411].

Nitekim mahkeme tarafından dosyada işaret edilen, fakat henüz sunulmayan ve taraflardan biri yahut bir üçüncü kişide bulunan bir belgenin veya bir diğer hususun, bilirkişi tarafından incelenmesi gerektiği kanısına varılması durumunda, belgelerin ibrazı zorunluluğuna ilişkin hükümler dâhilinde bunun ibrazının emredilmesi gerekecektir. Bu karar verildikten sonra, bunun gereğinin ne şekilde yerine getirileceği, Hukuk Muhakemeleri Kanununun 217 ve devamındaki maddelerinde düzenlenmektedir. Belgelerin ibrazı usûlünün ayrıntısını oluşturan hususlar çalışma konumuzun kapsamı dışında kaldığından bunlar üzerinde her ne kadar ayrıntılı şekilde durmayacaksak da[1412], meselenin bilirkişi incelemesinde bir belgenin ibraz edilmiş olması bakımından da temelde bir farklılık arz etmeyeceğini ifade etmemiz gerekmektedir.

Bilirkişi incelemesine katkıda bulunma ödevi bakımından, *ikinci mesele* ise, belli bir yer ve hatta kişi üzerinde gerçekleştirilecek *incelemeye katlanma yükümlülüğü*dür. Bilirkişi incelemesinin belli bir kişi veya mahalde gerçekleştirilmesinin genel

---

[1409] Türk öğretisinde bu hususun ayrıca ve açıkça vurgulandığına bilirkişiliği konu edinen az sayıdaki monografik çalışmada (karş. Tanverdi (1991), s. 172 vd; Tanrıver (2003), s. 92, 93, yazar aynı yerde bu hususa değinmese de bilirkişinin bilgi elde etme yetkisine işaret etmektedir) veya genel eserlerde rastlamamaktayız.

[1410] Gerçekten de pozitif düzenlemelerinde konunun ayrıca düzenlendiği Fransız hukukunda bilirkişiliği konu edinen çalışmalarda (örneğin genel olarak bkz. Leclerc (2005), n° 412 vd., s. 319, 320. Ayrıca bkz. Bourgeois, Julien ve Zavaro (1999), n° 185, s. 116 vd.; Vigneau (2009), n° 232.21, s. 131 vd., 244.21, s. 166 vd.) yahut aynı durumun söz konusu olduğu İsviçre federal medenî usûl hukuku bakımından bkz. Vouilloz (2009a), s. 581. Yine ayrıca Federal Medenî Usûl Kanunu öncesi dönemde Vaud gibi bazı İsviçre kanton hukuklarında (genel olarak bkz. Bettex (2006), s. 152 vd. Ayrıca bkz. J. F. Poudret, A. Wurzburger ve J. Haldy (1996). *Procédure civile vaudoise.* Lausanne: Éditions Payot, s. 383, 384) ve nihayet Belçika hukukunda (örneğin bkz. Boularbah (2007), s. 16), belgelerin bilirkişi incelemesi vesilesiyle ibrazı zorunluluğuna ayrıca önem verildiğini görüyoruz.

[1411] Bkz. Bohnet (2005), s. 427, n° 10.

[1412] Nitekim bu konuda özellikle bkz. meseleyi geniş bir şekilde değerlendiren Erdönmez (2010), s. 136 vd. Ayrıca bkz Pekcanıtez, Atalay ve Özekes (2011), s. 489 vd.; Umar (2011), s. 683 vd.; Yılmaz (2012), s. 1100, 1101.

çerçevesini yukarıda açıklamıştık[1413]. Gerçekten de, Hukuk Muhakemeleri Kanununun 278. maddesinin son fıkrasında açıkça işaret edildiği gibi, görüşün açıklanması bakımından zorunlu olan hâllerde, bir şey üzerinde inceleme yapılması, mahkeme kararı vasıtasıyla gerçekleştirilebilir. Örneğin inceleme amacıyla karşı tarafın ticarî defterlerinin veya diğer belgelerinin incelenmesi gerektiğinde, mahkeme bu konuda gerekli olan kararı verir.

Bu belgelerin yerinde incelenmesinin gerekmesi ve fakat incelemeye karşı konulması faraziyesinde, keşfe katlanma zorunluluğuna ilişkin HMK m. 291 hükmünün uygulanması mümkündür. Zira, 278. maddenin gerekçesinde de açık bir şekilde yer aldığı gibi, bilirkişiye bahsettiğimiz faraziyeler bakımından bir tür keşif yetkisi tanınmışsa[1414], eşyanın tabiatı gereği o keşif icrasına katlanma yükümlülüğü de doğacaktır. Yine aynı şekilde, bilirkişi incelemesi kapsamında doku örneğinin alınması da mümkün olduğundan, doku bakımından gerekli bilirkişi incelemesinin yapılabilmesi adına bu zorunluluk, 292. madde çerçevesinde de gündeme gelebilmektedir.

İlk olarak keşfe katlanma zorunluluğuna ilişkin HMK m. 291 hükmüne baktığımızda, maddenin üçüncü fıkrası, açık şekilde keşif icrası sırasında zor kullanılabileceğine işaret etmektedir. Hâkime bu yetkinin açıkça tanınması, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu döneminde konuya ilişkin söz konusu olan tartışmalara da bir son vermiştir[1415]. Bu durumda, keşfe katlanma yükümlülüğünün ihlâl edilmesi, örneğin taşınmaza girilmesine engel olunması, bilirkişinin inceleyeceği şeyin teslim edilmemesi ve benzeri hususlar bu kapsamda değerlendirilebilecektir. Burada zor kullanma yetkisi tanındığına göre, hiç şüphe yok ki, hâkim gerekli incelemenin gerçekleştirilebilmesi için kolluk güçlerinden de yardım alabilecektir[1416]. Şayet hâkim,

---

[1413] Bkz. yuk. *Üçüncü Bölüm, 1.2.2.4.*

[1414] "*…(B)ilirkişinin oy ve görüş beyan edeceği hususun bir nesne ya da eşya ile ilişkili olması hâlinde, mahkemece yetkilendirilmiş olmak kaydıyla, sözü edilen nesneyi ya da eşyayı inceleyebileceği… hatta bulunduğu yere gidip oradaki çevresel faktörleri dahi irdeleyip değerlendirebileceği hususu, bir anlamda… keşif yetkisi de hüküm altına alınmıştır."* HMK m. 278 hakkındaki Hükûmet gerekçesinden. Metin için bkz. Budak (2011), s. 304 ve 305.

[1415] Madde gerekçesi için bkz. Yılmaz (2012), s. 1268, dn. 26. Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu döneminde, bir görüş, hâkimin zor kullanma yetkisine sahip olduğu yönündeyken, diğer görüş bunun aksini savunmaktaydı. Mesele, salt yargılama sırasında söz konusu olan bir keşif icrası bakımından değil, fakat aynı zamanda, delil tespiti kapsamında gerçekleştirilecek olan bir inceleme bakımından da tartışılmaktaydı. Bu konudaki açıklamalar için genel olarak bkz. Akil (2009), s. 42 vd.; Kuru (2001), s. 4456, 4457.

[1416] Nitekim aynı durum, bir üst dipnotta da yer verdiğimiz üzere, delil tespiti kapsamında gerçekleştirilecek bir bilirkişi incelemesi bakımından da aynen geçerli olacaktır. Bu anlamda HUMK dönemindeki durum için bir kez daha bkz. Akil (2009), s. 42 vd.; Kuru (2001), s. 4456, 4457.

bilirkişiyi tek başına ilgili mahale gidip, yerinde incelemede bulunmakla görevlendirilmişse, taraflardan birinin veya üçüncü kişinin bu incelemeye engel olması hâlinde, bilirkişinin herhangi bir zor kullanma yetkisi bulunmayıp durumdan hâkimi haberdar etmesi gerekecektir[1417].

Bununla birlikte, taraf veya üçüncü kişi, meşru bir sebep olmaksızın bilirkişi incelemesinin yerinde gerçekleştirilmesine engel olduğu takdirde, katkıda bulunma ödevine aykırılığın sonuçları ortaya çıkacaktır[1418]. Aynı şekilde Hukuk Muhakemeleri Kanununun 292. maddesinde, soybağı tespiti için gerçekleştirilecek olan bir bilirkişi incelemesi yönündeki karara, haklı bir sebep bulunmaksızın uyulmaması hâli, zor kullanılarak gerçekleştirilebilecektir. Bu son hususları, katkıda bulunma ödevine aykırılığın sonuçları bağlamında, takip eden başlık altında değerlendireceğiz.

1.3.1.2. Bilirkişi incelemesine katkıda bulunma ödevine aykırı davranılmasının sonuçları

Katkıda bulunma ödevine aykırılık bakımından doğabilecek sonuçlar, ödevin somut içeriği kadar, söz konusu ödeve aykırı davranan kimsenin, davanın tarafı veya üçüncü kişi olması bakımından da farklılık arz edebilmektedir. Bu nedenle meseleyi, katkıda bulunma ödevine aykırı davranan kimsenin, davanın tarafı veya üçüncü kişi olmasına göre bir ayrıma tâbi tutarak incelemek istiyoruz:

Davanın tarafları bakımından: Katkıda bulunma ödevine aykırılık hâlinde uygulanacak olan yaptırımın, ödeve aykırılığın içeriğine göre değiştiğini ifade etmemiz mümkündür. Zira, Hukuk Muhakemeleri Kanununun bilirkişi incelemesine ilişkin hükümleri, bilirkişi incelemesinin konusunu oluşturacak olan belgelerin getirtileceğine (m. 275) ve bilirkişinin, gerektiğinde hâkim kararıyla bir şey üzerinde inceleme yapabileceğine (m. 278, f. 4) işaret etmekte, ancak bu hususların gereğinin muhatapları tarafından yerine getirilmemesi durumunda herhangi bir yaptırıma yer vermemektedir. O hâlde bahsedilen hâllerde, esas itibariyle, belgelerin ibrazı zorunluluğunun veya keşfe katlanma yükümlülüğünün (soybağı tespitine ilişkin m. 292 hükmü de dâhil olmak üzere) ihlâli hâlinde söz konusu olacak hükümlerin somut olayın gerektirdiği şekilde

[1417] İsviçre hukuku bakımından bkz. ve karş. Bettex (2006), s. 156.
[1418] Keşif icrası bakımından bkz. ve karş. Umar (2011), s. 799 vd.; Yılmaz (2012), s. 1268 vd.

uygulanması gerekecektir. Meselenin genel çerçevesi bakımından zikredilen müesseselere ilişkin hükümlerin uygulama alanı bulacağını kabul ettikten sonra, doğacak yaptırımlar bakımından da aynı yaklaşımı sürdürmeyi uygun görüyoruz.

Bu anlamda söz konusu olan, bilirkişi incelemesi bakımından *bir belgenin ve bir diğer hususun ibraz edilmemiş olması ise,* Hukuk Muhakemeleri Kanununun 220. maddesi gündeme gelecektir. Nitekim, belgeyi ibraz etmesine karar verilen taraf, bunun gereğini yerine getirmez ve kabul edilebilir (meşru) bir mazeret de gösteremezse, mahkeme duruma göre, belgenin içeriği konusunda diğer tarafın beyanını kabul edebilecektir (bkz. m. 220). Bu yaptırımın amacı, delil ikamesi faaliyetinde işbirliğinde bulunmayan, bu açıdan ispat faaliyetini, hatta karşı tarafın ispat hakkını engelleyen tarafın cezalandırılmasıdır[1419].

Ancak, inceleme konusunu oluşturan şeyin ibraz edilmemesinden doğan sonuçlar, ibraz emrinin gereğini yerine getirmeyen tarafın usûlî rolüyle de doğrudan ilişkilidir[1420]. Gerçekten de, şayet ibraz emrinin gereğini yerine getirmeyen taraf, bilirkişi incelemesi talebinde bulunan tarafsa, bilirkişi incelemesi talebinden vazgeçmiş kabul edilmelidir[1421]. Ancak doğacak sonuç, bundan daha ağır olabilir. Şayet, bilirkişi incelemesi bakımından gerekli olan belge, taraflar arasındaki uyuşmazlığın çözümü bakımından esaslı bir nitelik taşımaktaysa, bilirkişi incelemesinin belgenin ibraz edilememesi nedeniyle hiç veya tam olarak gerçekleştirilememesi hâlinde, söz konusu yaptırımın uygulaması, yani, diğer tarafın beyanını gerçeğe uygun kabul edebilmesi şeklindeki sonucu, uygun görmek gerekecektir (bkz m. 220, f. 3).

Nitekim, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da 2006 yılında vermiş olduğu bir kararda, üzerinde bilirkişi incelemesinde bulunulması amacıyla ibrazına karar verilen ticari defterlerin, davalı tarafça ibraz edilmemesi sonucunda, diğer inandırıcı delillerin de varlığı hâlinde, davacının iddialarının doğru kabul edilmesi gerektiğini belirtmektedir[1422]. Yani, diğer bir takım ispat araçlarının da söz konusu olup olmaması

[1419] Genel olarak bkz. ve karş. Erdönmez (2009), s. 256, 257.

[1420] İsviçre hukuku bakımından bu yönde bkz. Bettex (2006), s. 154.

[1421] Bu sonuca İsviçre Federal Medenî Usûl Kanunu öncesi dönemde, Vaud Kantonu Medenî Usûl Kanununun 228. maddesinde yer verildiğini görüyoruz (bkz. CPC/VD, art. 228, al. 2).

[1422] "*…(S)omut olayda, davacı tarafın açıkça delil olarak dayanmasına ve mahkemece de o yönde ara kararı verilip, gereği yerine getirilmesine rağmen, davalı taraf, kendisine ait ticari defterleri bilirkişi incelemesine esas olmak üzere mahkemeye sunmamış; dolayısıyla, bilirkişi incelemesi dosya kapsamındaki deliller ve davacı tarafın ticari defterleri ile sınırlı olarak yapılmıştır. Bu durumda, HUMK.nun 332. maddesi uyarınca, davacı tarafın davalıya ait ticari defterlere ilişkin açıklamasının, yani 'İcra takibinin dayanağını oluşturan her iki faturaya konu arpaların davalıya teslim edildiğinin*

da, verilen kararda etkili olacaktır. Ancak ne olursa olsun, bilirkişi incelemesi bakımından vardığımız sonuç, incelemenin konusunu oluşturan vakıanın iddia edilen şekilde gerçekleştiği veya gerçekleşmediği sonucuna varmanın pekâlâ mümkün olduğu yönündedir. Meseleye Fransız ve İsviçre hukukunun yaklaşımı da genel itibariyle aynıdır[1423]. Hatta Fransız Temyiz Mahkemesine göre, ilgili tarafın söz konusu tavrının, vakıanın gerçekleşip, gerçekleşmediğine yönelik bir karine teşkil ettiği sonucuna da varılabilmektedir[1424].

Öte yandan, teslim edilmeyen belge veya diğer şey, bilirkişi incelemesinin yerine getirilmesi bakımından olmazsa olmaz bir unsur değilse, kanımızca hâkim, incelemenin o belge olmadan da devamına karar verebilir. Elbette böyle bir durumda, yukarıda bahsedilen sonucun da, inceleme kapsamında yer alan diğer hususlardan elde edilen neticenin de dikkate alınmasıyla birlikte, doğması söz konusu olabilir. Bu imkânın Fransız hukukunda açıkça tanındığını görüyoruz[1425].

---

davalı defterleri içeriğinden anlaşılacağı' yönündeki davacı iddiasının doğru bulunduğunun kabulü gerekir…□davacı defterleri ve dosya kapsamındaki deliller üzerinde yapılan inceleme sonucunda düzenlenen ve içeriklerine yukarıda geniş bir şekilde değinilen …bilirkişi raporunda …dosya kapsamına uygun, denetime elverişli ifade ve açıklamalar ile, takip konusu alacağın ilişkin bulunduğu arpaların belgeye bağlanmaksızın teslim edildiği yönünde bildirilen kanaat; ayrıca, davacı tarafça delil olarak dayanılmasına ve üzerlerinde bilirkişi incelemesi yapılmasının mahkemeden istenilmesine, mahkemece de o yönde ara kararı verilmesine rağmen, davalı tarafça defter ve belgelerin incelemeye sunulmamış olması nedeniyle HUMK.nun 332. maddesi uyarınca, takip dayanağı faturalara konu arpaların bütünüyle davalıya teslim edildiği yönündeki davacı iddiasının doğru olduğunun benimsenmesi gereği ve tüm dosya kapsamı birlikte değerlendirildiğinde; davadaki itirazın iptali isteminin dayanağını oluşturan icra takibine konu alacağın mevcut ve talep edilebilir ve miktarının da doğru olduğunun, dolayısıyla, davalı tarafın borca itirazının haksız bulunduğunun kabulü gerekmektedir…" HGK, 27.9.2006, 19-543/587 (*KBİBB).*

[1423] Nitekim Fransız Medenî Usûl Kanununda öngörülen yaptırımlardan biri, hâkimin gerekli belgenin ibraz edilmemesi durumunda, *bundan her türlü sonucu çıkarmak* yetkisine sahip kılınmış olmasıdır (bkz. C. pr. civ., art. 275; ayrıca bkz. art. 11) Bu konuda ayrıca bkz. Vigneau (2009), n° 244.22, s. 167, dn. 1). Nitekim Federal Medenî Usûl Kanununun uygulanmaya başlamasıyla yürürlükten kalkmış olmakla birlikte, önemli bir örnek teşkil ettiğini düşündüğümüz Vaud Kantonu Medenî Usûl Kanununun 228. Maddesi, "Yaptırım" başlığı altında, belgelerin ibrazını da kapsayacak şekilde, katkıda bulunma yükümlülüğünün söz konusu olduğu bütün hâller bakımından, ifade ettiğimiz hususlara işaret etmektedir. Nitelim belgeleri hâkim kararına rağmen ibraz etmeyen diğer tarafsa, böyle bir durumda bilirkişi incelemesinin konusunu oluşturan vakıalar kabul edilmiş sayılmaktadır (bkz. Art. 228, al. 2, CPC/VD). İsviçre Federal Medenî Usûl Kanunu bakımından ise, mahkemenin katkıda bulunma ödevine aykırı davranan taraf aleyhine, delillerin değerlendirilmesi aşamasında gerekli olan sonucu çıkaracağı kabul edilmektedir (Reymond (2008), s. 61).

[1424] Bkz. Cass. Civ. 1e, 13.11.1998 (Zikreden Leclerc (2005), n° 413, s. 320, dn. 40). Nitekim Fransız Temyiz Mahkemesinin 2. Hukuk Dairesi, 1999 yılında verdiği bir kararla, ticari zararını gösteren belgeleri bilirkişiye iletmeyen ve bu nedenle bilirkişinin eksik bir rapor düzenlemesine neden olan tarafın zararının tazmini talebini reddeden istinaf mahkemesinin bu kararını onamıştır. Bkz. Cass. Civ. 2e, 18.3.1999, n° 97-15097 (*JurisData:* 1999-001208).

[1425] Nitekim böyle bir durum karşısında Fransız kanun koyucusu hâkime, bilirkişiye görevini söz konusu belge olmaksızın elindeki hususlarla, malzemeyle yerine getirmesini emredebilmek yetkisini tanımıştır

Buna karşılık Türk ve İsviçre hukuklarında düzenlenmeyen, fakat Fransız hukukunda rastladığımız bir diğer sonuç, bilirkişi incelemesi için gerekli olan belgeyi ibraz etmeyen tarafa para cezası yaptırımı uygulanmasıdır. Bu para cezası, gecikmenin olduğu her bir gün için geçerli olacak şekilde, hâkim tarafından belirlenmekte ve taraf ibraz kararının gereğini yerine getirmediği sürece gerekirse artırılabilmektedir[1426]. Böyle bir düzenleme, olması gereken hukuk bağlamında, Türk hukuku bakımından da anlamlı olabilir mi? Fransız uygulamasında bu yaptırım tehdidinin gerekli belgeyi ibraz etmek konusunda çekingen davranan taraf üzerinde etkili olduğu dile getirilmektedir[1427]. Ancak ne olursa olsun bu faraziyede, belge yine de ibraz edilmeyebilir. Kanımızca vakıa iddiasının akıbeti konusunda gerçekleşecek olan sonuç, yeterince ağır bir yaptırımdır. Diğer taraftan, burada aslında söz konusu olan, bir yükümlülük değil de, usûlî bir yük olduğundan, para cezası yaptırımının bununla ne kadar bağdaştığı konusu tartışmaya açık bir mesele teşkil etmektedir[1428].

Bu konuda hâkimin elindeki bir diğer araç ise, Hukuk Muhakemeleri Kanununun 278. maddesinin dördüncü fıkrası, diğer taraftan yine şartların varlığı hâlinde aynı Kanunun 218. maddesinin birinci fıkrası çerçevesinde, bilirkişiye ilgili belgeyi bulunduğu yerde incelemesine imkân vermektir.

Nitekim, bilirkişi incelemesine katkıda bulunma ödevine aykırı davranılması bağlamındaki ikinci mesele, yani, *bilirkişinin incelemesini belli bir yerde veya kişi üzerinde gerçekleştireceği hâllerde (bkz. m. 278, f. 4; m. 292) buna engel olunmasının sonuçları,* bu noktada karşımıza çıkmaktadır. Burada incelemenin içeriğine göre *cezaî*

(art. 275, C pr. civ.). Bkz. Leclerc (2005), n° 413, s. 320; Bourgeois, Julien ve Zavaro (1999), n° 190, s. 120.

[1426] Bkz. Bourgeois, Julien ve Zavaro (1999), n° 190, s. 120. Bu ceza uyuşmazlığın niteliğine göre son derece önemli miktarlara ulaşabilmektedir. Örneğin Paris Asliye Mahkemesinin (*Tribunal de grand instance*) seri yargılama usûlü (*référé*) dâhilinde verdiği yakın tarihli bir kararında belgelerin ibrazının geciktiği her gün için 1.500 Avroluk bir para cezasına hükmetmiş olduğunu görmekteyiz (Bkz. T. Grumbach (2009). Tel est pris qui croyait prendre ... TGI Paris, réf., 5 février 2009, n° 09/51089, SARL Molex Automotive c. Sté Syndex - Société d'expertise comptable et comité d'entreprise. *Revue de droit du travail,* s. 250).

[1427] Bkz. Boulez (2006), n° 804, s. 105.

[1428] İsviçre hukuku bakımından bkz. ve karş. Reymond (2008), s. 61; Vouilloz (2009a), s. 581. Ancak ne olursa olsun, incelenecek şeyi ibraz etmeyen taraf hakkında ispat hukuku bağlamındaki yaptırım sonucunun doğması için, ilgili taraf belgenin elinde bulunduğunu inkâr ederse, hiç şüphe yok ki, ilk olarak hâkim tarafından kendisine yemin teklif edilmesi gerekecektir (bkz. HMK m. 220, (2)). Diğer taraftan konuya ilişkin hükümler arasında yer almamakla birlikte, bilirkişi incelemesi bakımından bu sonucun doğması için ayrıca, hâkimin, özellikle taraf kendisini bir vekille temsil ettirmiyorsa, verilen kesin süre zarfında ibraz kararının gereğini yerine getirmemenin sonuçlarını da açıklaması gerekecektir. Örneğin, Vaud Kanton Mahkemesi 1963 yılında vermiş olduğu bir kararda, bilirkişi incelemesine ilişkin karara uymayan tarafa bahsedilen sonuçları bildirmemiş olan mahkemenin, ilgili 228. madde hükmünü uygulayamayacağına işaret etmiştir (*JdT,* 1964 III 77; nakleden Bettex (2006), s. 154, dn. 716).

ve *ispat hukukuna ilişkin* yaptırımların yanında, ilgili tarafa karşı, *bilirkişi incelemesine katlanması için zor kullanılması* da mümkün olabilmektedir.

Cezaî yaptırım, bilirkişinin, incelemesini belli bir yerde gerçekleştirecek (m. 278, f. 4) olduğu durumlarda (örneğin m. 218 veya m. 290, f. 2 bağlamında), buna engel olunması hâlinde söz konusu olabilmektedir. Burada hâkimin elindeki ilk imkân, Hukuk Muhakemeleri Kanununun 291. maddesinin üçüncü fıkrası gereğince, engel olan tarafı, gecikmeden doğan giderlere ve disiplin hapsine mahkûm edebilir. Ancak, bu durum ayrıca cezaî bir yaptırımı gerektiriyorsa, bunun da söz konusu olması pekâlâ mümkündür[1429].

İspat hukuku bağlamında söz konusu olacak yaptırım ise, düzenlenişi bakımından belgenin veya bir diğer hususun bilirkişi tarafından incelenmek üzere ibraz edilmemesinden biraz daha farklı içerikte olmakla birlikte, son kertede burada da varılacak sonuç aynıdır. Nitekim, kanun koyucu, Hukuk Muhakemeleri Kanununun 291. maddesinin ikinci fıkrasında, keşif icrasına engel olan kimsenin ispat yükünü taşıması hâlinde, söz konusu delilden vazgeçmiş, diğer taraf ise, iddia edilen vakıayı kabul etmiş sayılabileceği konusunda hâkime takdir yetkisi tanımıştır[1430]. O hâlde, vakıanın bilirkişi incelemesinden başka bir yöntemle ispatı mümkün değil ve inceleme zor kullanma yoluyla dahi gerçekleştirilemiyorsa, 291. maddede öngörülen sonucun doğacağını kabul etmemiz gerekecektir.

Buna karşılık, *ilgili tarafa karşı zor kullanılması* şeklinde dile getirdiğimiz sonuç, bilirkişinin belli bir yerde gerçekleştireceği inceleme bakımından da söz konusu olsa da, esasen soybağı için yapılacak tespitler bağlamında hassas bir mesele arz etmektedir. Zira, bir sonraki başlık altında değerlendireceğimiz üzere, *haklı bir sebebin* bulunmaması karşısında, söz konusu incelemenin gereği *zor kullanılarak* yerine getirilecektir. Meselenin hassasiyet arz etmesi, burada vücut dokunulmazlığına ilişkin

---

[1429] Nitekim, "*...verilen keşif kararı gereğince olay günü keşif mahalline giden müşteki hakim Güven'in davalıların keşif gün ve saatini bildikleri halde, gelmediklerini görünce, gelmeleri ihtimali üzerinde durarak bir süre bekledikten sonra gelmemeleri nedeniyle davacılar vekili ile davacılardan M.B., fen ve mahalli bilirkişilerin huzurları ile keşfe başladığı ve bu cümleden olarak davacıların tapularını araziye uyguladığı sırada sanık Mehmet'in (hukuk mahkemesinde davalı) sarhoş bir vaziyette keşif mahalline geldiği ve keşfi yapmakta olan hakime bağırıp çağırarak keşfi yaptırmayacağını söylediği ve bu sırada tehditamiz sözler sarf ederek yerden büyük bir taş almak istediği ve hakimin ikazlarına rağmen bu hakaretini devam ettirmek suretiyle keşif yapılmaması için hakime mukavemette bulunduğu hükme dayanak yapılan delillerle anlaşılmış bulunmaktadır. Görülüyor ki sanık müsnet suçu, kendisini tevkiften kurtarmak değil ihtilaflı yerde yapılması kararlaştırılan keşfin icrasına mani olmak amacı ile işlemiştir...*" Bkz. CGK, 20.2.1978, 9/55 (*LegalBank*).

[1430] Ayrıca bkz. Umar (2011), s. 800; Yılmaz (2012), s. 1269.

menfaat ile kamusal menfaatin çatışmasından kaynaklanmaktadır[1431]. Bu konuda çeşitli yabancı ülke hukuklarının farklı tercihlerde bulunduğunu görüyoruz. Türk hukukunun tercihi konusunda bir değerlendirme yapabilmek için, bunları da kısaca gözden geçirmemiz uygun olacaktır.

İlk olarak Türk hukukuna benzer bir düzenleme Alman hukukunda karşımıza çıkmaktadır. Gerçekten de, Alman Medenî Usûl Kanununun 372a paragrafında, biyolojik içerikteki bilirkişi incelemesine, tarafların talebi üzerine veya hâkim tarafından re'sen başvurulabileceği öngörülmüştür. İncelemeye karşı konulması hâlinde ise, zikredilen paragrafın ikinci fıkrasının yaptığı göndermeyle, aynı Kanunun 390. paragrafı uyarınca, maddî ve cezaî yaptırımlar söz konusu olabilmektedir[1432]. İsviçre hukukunda da, İsviçre Federal Medenî Usûl Kanunu öncesinde konuya ilişkin tartışmalar bulunmakla birlikte[1433], Medenî Usûl Kanununun 296. maddesi, sağlık sebebi bulunmadığı sürece, tarafların ve üçüncü kişilerin soybağı konusunda yapılacak olan incelemeye katlanma yükümlülüğünü açıkça düzenlemektedir (bkz. Art. 296, al. 1, CPC Suisse). Nitekim, tarafların katkıda bulunma ödevi konusunda sahip oldukları hakların da burada uygulanmayacağı zikredilen maddede yer alan bir diğer hususdur. Bununla birlikte, söz konusu madde, açık bir zorlamadan söz etmemektedir. Nitekim aynı husus, İsviçre Medenî Kanununun 254. maddesi bakımından da farklı değildir. Bu doğrultuda İsviçre hukukunda dile getirilen, taraf ve üçüncü kişilerin incelemeye

[1431] İsviçre hukuku bakımından bkz. Bettex (2006), s. 158 vd.; P. Meier ve M. Stettler (2009). *Droit de la filiation, 4e éd.* Zurich: Schulthess, n° 375, s. 211 vd. Fransız hukuku bakımından bkz. Bergeaud (2010), n° 614, s. 527 vd.; Vial (2008), n° 172, s. 253 vd. Türk öğretisinde HMK m 292 hükmü, söz konusu müdahale bağlamında özellikle *Umar* tarafından eleştirilmektedir. Bkz. Umar (2011), s. 801.

[1432] Söz konusu hükmün Nazi Almanyası döneminden miras kaldığı konusunda bkz. R. Frank (1995). L'examen biologique sous contrainte dans le cadre de l'établissement de la filiation en droit allemand. *RIDC,* 4, ss. 905 – 920, s. 906 vd.; Furkel (2004). L'identification par empreintes génétiques en matière civile en république fédérale d'Allemagne. *RIDC,* 2, ss. 389 – 416, s. 390 vd. Alman hukukunun meseleye yaklaşımı konusunda ayrıca bkz. Ferrand (2006), n° 767, s. 181 vd.

[1433] Nitekim, 20. Yüzyılın ortalarına kadar, yaklaşım, tarafların katkıda bulunma ödevi bağlamında incelemeye katlanmakla yükümlü olduğu, hatta cezaî bir takım yaptırımlar uygulanabileceği yönünde olmakla birlikte, buna ilgili tarafın zorlanması kabul edilmemekteydi (bkz. E. Brand (1948). Die Blutprobe als Beweismittel im Zivilprozessrecht der Schweiz. *RDS,* I, ss. 39 – 93, s. 91. Bettex (2006), s. 158'den naklen). Bununla birlikte, Cenevre Kanton Mahkemesi, 1944 yılında verdiği bir kararda, ilgili tarafın kan incelemesine zorlaabileceği yönünde bir karar verebilmiştir (Cour de justice genevoise, 24.11.1944, *SJ,* 1945, s. 349 (Bettex (2006), s. 158, dn. 734). Nihayet Federal Mahkeme, 1956 yılında verdiği bir kararında, taraf ve üçüncü kişinin incelemeye zorlanabilmesi için açık bir hükmün mevcut olması gerektiği yönünde karar vermiştir (bkz. ATF 82 I 234, *JdT* 1957 I 296; ATF 82 II 495, *JdT* 1957 I 301 (Bettex (2006), s. 158). İlk başlarda bu yaklaşım kabul edilse de, burada ispat yükünün tersine çevrilebileceği görüşü de ifade edilmiş, ancak genel eğilim hukuk davasında tarafların buna zorlanamayacağı noktasında olmuştur. Bu yaklaşım 1974 yılından sonra da genel olarak devam etmekle birlikte, ilgili tarafın ve üçüncü kişinin buna zorlanabileceği hususu da dile getirilmiştir (genel olarak bkz. Bettex (2006), s. 159, 160).

katlanma ödevi olsa da buna zorlanamayacağı, bu noktada ispat hakkı ve vücut dokunulmazlığına ilişkin menfaatlerin uzlaştırılması gerektiği ve nihayet, böyle bir zorlamanın ancak açık bir düzenleme durumunda söz konusu olabileceği noktasındadır[1434].

Buna karşılık, Fransız hukukunun yaklaşımı farklı yönde olup, her ne kadar, babalık davasında bilirkişi incelemesi ispat hakkı kapsamında değerlendiriliyor olsa da[1435], incelemeye karşı konulması hâlinde zor kullanılması mümkün değildir[1436]. Ne var ki, Fransız mahkemeleri bu ret vakıasının, babalık vakıasına karine teşkil ettiği biçiminde yorumlamaktadır[1437].

Türk hukukuna döndüğümüzde, HMK m. 292'den evvel, işaret edilmesi gereken bir diğer hüküm, şüphesiz Türk Medenî Kanununun 284. maddesidir. Aslında temel olarak İsviçre Medenî Kanununun 254. maddesine karşılık gelen bu hükümde, mehaz Kanunda olduğu gibi, katkıda bulunma ödevine işaret edilmekle birlikte, ondan farklı olarak, katlanma yükümlülüğünün gereğinin yerine getirilmemesini, *durum ve koşullara göre,* davalının *aleyhine* yorumlayabilecektir.

Aslında Türk Medenî Kanununda öngörülen çözüm, İsviçre ve Fransız hukukunda getirilen çözümlerden içerik bakımından farklılık arz etmemektedir. O hâlde, HMK m. 292 hükmünün ayrıca hangi menfaate hizmet ettiğini sorgulamak gerekmektedir. Burada, babalık davası kamu düzenine ilişkin olup, çocuğun kendi köklerini bilmek konusundaki menfaatine, bu bağlamda ispat hakkına yüksek bir nitelik atfedilmesi şaşırtıcı değildir. Ancak bu, vücut dokunulmazlığına ilişkin menfaatin, ispat hakkına ilişkin olandan daha düşük seviyede olduğu anlamına gelmemektedir. Aslında ikisi de kamu düzenine ilişkin olan bu hususlarda, birini diğerinden daha yüksek kabul etmek, kanımızca bir çelişkiyi doğurmaktadır[1438]. Olması gereken hukuk bakımından, TMK m. 284 hükmünde dile getirilen sonuç hâlihazırda yeterli olup, 292. madde hükmünün de, bu doğrultuda bir kez daha gözden geçirilmesinin uygun olacağı kanısındayız.

[1434] Nitekim bkz. ve karş. Meier ve Stettler (2009), n° 378, s. 214, 215. Nitekim bu tür bir yaptırımın söz konusu olabilmesi gerektiği yönünde görüş bildiren *Bettex,* buradaki zor kullanma tehdidinin katlanma ödevinin sağlanması bakımından yeterli olacağını da ifade etmektedir. Bettex (2006), s. 160.

[1435] Bkz. yuk. *İkinci Bölüm, 1.6.2.*

[1436] Nitekim bkz. Bergeaud (2010), n° 614, s. 527; Vial (2008), n° 173, s. 253, 254 vd.; Furkel (2004), s. 410, 411; Ferrand (2006), n° 774, s. 183; Rodin (2011), n° 42, 43, s. 10; C. Labrusse-Riou (2009). Filiation (1°, généralités). *Rép. civ. Dalloz,* özellikle bkz. n° 75, s. 20 vd.

[1437] Örneğin bkz. Cass. Civ. 1re, 5.2.1991, n° 89-13.584 (Labrusse-Riou (2009), n° 53, s. 16); Cass. Civ., 1re, 6.3.1996, *D.* 1996, 529 (Ferrand (2006), n° 361, s. 94, ayrıca bkz. n° 642 vd., s. 158 vd., n° 774, s. 183)

[1438] Bkz. ve karş. Bettex (2006), s. 161; Umar (2011), s. 801.

Nihayet, *üçüncü kişiler bakımından* ise, bilirkişi incelemesi bakımından gerek duyulan bir belgenin resmî bir kurumdan veya diğer bir üçüncü kişiden talep edilmesi hâlinde bunun gereğinin yerine getirilmemesi durumunda, belgelerin ibrazı zorunluluğu bakımından Hukuk Muhakemeleri Kanununun 221. maddesinde herhangi bir yaptırım öngörülmemiştir. Ancak burada hâkimin, incelemenin yerinde yapılmasına karar vermesi mümkün olabilir (bkz. m. 218, f. 1). Böyle bir durumda, haklı bir sebep bulunmamasına rağmen bu belgenin incelenmesinin engellenmesi hâlinde, Hukuk Muhakemeleri Kanununun 218. Maddesinin ikinci fıkrası uyarınca üçüncü kişi hakkında disiplin para cezasının uygulanması mümkün olabileceği gibi, hâkim gerektiğinde söz konusu belgenin incelenmesi bakımından zor kullanılmasına da karar verebilir (ayrıca bkz. ve karş. HMK m. 291, (3)). Bu son derece ileri bir düzenleme teşkil etmektedir. Nitekim İsviçre hukukunda da meseleye yaklaşım genel olarak bu şekildedir. Bu hukuk düzeninde, taraflar için öngörülmemiş olan maddî bir takım yaptırımlar, üçüncü kişiler bakımından söz konusu olmaktadır (bkz. CPC Suisse, art. 167)[1439]. Son olarak, incelemenin belli bir yer veya kişi üzerinde gerçekleştirilmesi konusunda ifade ettiğimiz hususlar da, üçüncü kişiler bakımından bir farklılık arz etmemektedir.

1.3.1.3. Bilirkişi incelemesine katkıda bulunma ödevinin sınırları

Bilirkişi incelemesine katkıda bulunmak her ne kadar karşı tarafın ispat hakkının bir gereği de olsa, ispat hakkı sınırsız olmadığından, incelemenin kapsamı ve yerine göre zor kullanma yetkisinin de bir sınırı vardır. Bu sınırlar, özellikle kişilik haklarının ihlâli ile ticarî ve meslekî sırlar ve nihayet soybağına ilişkin davalar bakımından bir sağlık sebebinin bulunması bağlamında tartışılabilir. Ancak yine de, bir tarafın salt kendisini korumak bakımından ileri sürdüğü herhangi bir sebep, sınırlar kapsamında değerlendirilememelidir[1440].

Nitekim, katkıda bulunma ödevinin sınırları, yerine göre davanın taraflarından birini (veya ortada bir delil tespiti çerçevesinde başvurulan bilirkişi incelemesi

[1439] Bkz. Vouilloz (2009a), s. 581.
[1440] İsviçre hukuku bakımından bkz. ve karş. *Message CPC* (2006), s. 6926. Ezcümle Reymond (2008), s. 60. Öte yandan burada bir kez daha dikkat çekmek istediğimiz husus, inceleme sırasında haberdar olduğu sırları saklamanın bilirkişi üzerindeki bir yükümlülük olduğudur (m. 277). Nitekim bu konuda bkz. yuk. *Üçüncü Bölüm, 1.2.1.5.*

bulunmaktaysa, aleyhine bilirkişi incelemesine başvurulan tarafı[1441]) kimi hâllerde ise bir üçüncü kişiyi ilgilendirebilmektedir. Bu açıdan bir kez daha meselenin çözümünde sadece bilirkişi incelemesine ilişkin HMK m. 277 ve 278. hükümlerinin değil, fakat aynı zamanda, konunun içeriğine göre belgelerin ibrazına ilişkin HMK m. 221[1442], keşfe katlanma zorunluluğuna dair 291, hatta soy bağının tespitindeki usûlü konu edinen 292. madde hükümlerinin de dikkate alınması gerekmektedir.

İfade etmeye çalıştığımız bu hususlar çerçevesinde, konunun, bir kez daha taraflar ve üçüncü kişiler bakımından ayrı ayrı incelenmesi gerektiğini ifade edebiliriz. Gerçekten de meselenin Kanunda ele alınış biçimine baktığımızda şu hususlar dikkat çekicidir. Kanun koyucu, ilk olarak, davanın tarafları bakımından belgelerin ibrazı zorunluluğuna ilişkin HMK m. 220 f. 3, daha sonra, taraflar açısından sadece sebebin değerlendirilebileceğine işaret eden keşfe katlanma yükümlülüğünü takiben (bkz. HMK m. 291), soybağı tespiti için inceleme hakkındaki HMK m. 292 hükmünde, "*kabul edilebilir* veya benzer şekilde *haklı sebep*" vakıasına yer vermektedir. Buna karşılık üçüncü kişiler bakımından ise, zikredilen müesseseler bağlamında bu sefer, "tanıklıktan kaçınmaya ilişkin sebepler" ilgili hükümlerde kendine yer bulmaktadır (bkz. HMK m. 221, f. 3[1443] ve HMK m. 291, f. 3).

Ancak bu noktada kişisel nedenle tanıklıktan çekinme hâline ilişkin Hukuk Muhakemeleri Kanununun 248. maddesi hükmü bir kenara bırakılacak olursa, katkıda bulunma ödevinden kaçınmaya ilişkin bazı hâller, taraflar ve üçüncü kişiler bakımından farklı görünüm biçimleri altında olsa da temelde ortaklaşabilmektedir. Nitekim, burada ön plâna çıkan hususların *ticarî* ve *meslekî,* hatta yine belli durumlarda bir meslekî sırrın kapsamında gündeme gelebilecek olan *tıbbî* sırlar olduğunu görmekteyiz.

Bu itibarla, ödevin sahibinin kim (taraf veya üçüncü kişi) olduğundan ziyade bu sebeplerin kendisi üzerinde durmayı, hem biraz daha uygun hem meseleyi çalışma konumuz bakımından sınırlandırabilmek adına, daha elverişli bulmaktayız. Bununla

[1441] Delil tespiti salt belli vakıaların veya delillerin korunmasına yönelmiş olduğuna göre, karşı tarafın meslekî ve ticarî faaliyetlerinin genel olarak incelenmesi, bilirkişinin görevinin konusunu oluşturamaz (bkz. Héron ve Le Bars (2006), s. 321, n^{o} 399; Vray (2002), s. 39). Aynı şekilde alelade bir bilirkişi incelemesi açısından olduğu gibi hâkim, yapılacak incelemenin karşı tarafın özel hayatı yahut meslekî sırları gibi temel haklarına zarar vermemesini gözetmek durumundadır (Contis ve Brevot (2010), n^{o} 1132. Ayrıca bkz. Desprès (2004), s. 183 vd., n^{o} 273 vd.; Batut (2000)).

[1442] Belgelerin ibrazı zorunluluğunun sınırları konusunda ayrıca bkz. Erdönmez (2010), s. 297 vd.; Daigre (1979), s. 225 vd.

[1443] Ancak bkz. HMK m. 218, f. 3. Söz konusu hükümde bir belgenin bilirkişi tarafından yerinde incelenmesi noktasında kanun koyucu "haklı bir sebep" bulunmaksızın engellenme hususuna işaret etmektedir.

birlikte, belli meslek grupları bakımından bazı hâllerin (örneğin avukatlık gibi) özellik teşkil etmesi karşısında birkaç cümleyle de bunlara da değinmek gerekmektedir.

Nihayet, bahsedilen sırların ortaya çıkması ihtimali, belgelerin bilirkişi tarafından incelenmek üzere mahkemeye sunulması ihtimali bakımından özel önem teşkil etmektedir. Gerçekten de ister davanın taraflarından birinden, ister bir üçüncü kişiden elde edilen bir belge vesilesiyle olsun, gerek meslekî gerek ticarî sırların, yargılama sırasında ifşası, söz konusu sır vasıtasıyla korunan ekonomik, ticarî ve kişisel menfaatlere zarar verme potansiyelini barındırmaktadır. Bununla birlikte, menfaat kavramının içeriği bakımından ticarî sırlar ve meslekî sırlar arasında bir ayrımda bulunmak uygun olur. Zira ilkinde korunan ekonomik bir takım çıkarlar iken, ikincisinde korunan, ilgili mesleğe olan güvendir[1444].

Bilirkişi incelemesine başvuru ve bu kapsamda belli bir takım hususların incelenmesi, karşı tarafın ticarî veya meslekî faaliyetine haksız bir müdahaleye sebebiyet vermemelidir. Ancak buna karşı vaki bir itiraz da, menfaat dengesi gerektiriyorsa, incelemenin yapılmasına da tek başına engel oluşturmamalıdır[1445]. Yani sırdan önce aslında başat rol oynayan husus, menfaattir. Bu noktada hâkimin menfaat ölçütü içerisinde, talep sahibinin talebini ne ölçüde gerekçelendirdiğini, elde edilecek olan bilginin, bu anlamda yapılacak olan incelemenin yargılama sırasında uyuşmazlık konusu vakıanın ispatına hizmet edip etmeyeceğini dikkate alarak karar vermesi gerekmektedir[1446].

Peki, hâkim bunu hangi ölçütleri esas alarak gerçekleştirebilir? Burada belli şartlarla menfaatlerin uzlaştırılması söz konusu olabilmelidir. Gerçekten de, kendine has özellikleri ihtiva eden, örneğin fikrî mülkiyet hukukundan doğan uyuşmazlıklar gibi, kimi alanlar bakımından, somut olay, normal şartlar altında ticarî sır olarak değerlendirilebilecek bazı hususların inceleme konusu yapılmasını haklı gösterebilir. Bu gibi durumlarda mahkemenin, bilirkişi incelemesinin konusunu oluşturan hususa yönelik menfaat bakımından bir değerlendirmede bulunması; deyim yerindeyse ispat hakkını ve meslekî veya ticarî sırları bir şekilde uzlaştırması gerekmektedir[1447]. Ancak ne olursa olsun menfaatlerin karşılıklı tartılması neticesinde, bilirkişinin meslekî veya

[1444] Genel olarak bkz. Erdönmez (2010), s. 330, 335 ve 350 vd.
[1445] Bkz. Batut (2000); Pierre-Maurice (2002), n° 9 vd.; Desprès (2004), s. 190, n° 282; Vray (2002), s. 39.
[1446] Pierre-Maurice (2000), n° 7.
[1447] Desprès (2004), s. 191, n° 283.

ticarî bakımdan sır teşkil edebilecek olan belli bir takım hususları incelemesi uygun görülmüşse, HMK m. 277 hükmü, yani bilirkişinin bu vesileyle öğrendiği sırrı saklama yükümlülüğü uygulama alanına kavuşacaktır.

Burada, özellikle tıbbî bilirkişi incelemeleri hassas bir durum yaratmaktadır. Kural olarak, açık bir kanun hükmü bulunmadığı sürece, üçüncü kişi konumundaki hekimin yahut bir sağlık kuruluşunun elindeki bilgi ve belgeleri sunması gerekmektedir. Nitekim, Fransız hukuku bakımından dile getirildiği üzere, davanın taraflarından birinin doktoru tarafından ileri sürülen meslek sırrı gerekçesi, bilirkişi incelemesi bakımından söz konusu tıbbî belgelerin iletilmesine engel bir durum arz etmemektedir. Zira burada bilirkişi, sır saklama yükümlülüğü altında olup, inceleme bakımından bağımsız olmak zorundadır. Ne var ki bu çerçevede sırrın korunması bakımından gerekli önlemler hâkim tarafından alınmalıdır[1448]. Bu bağlamda, Fransız Temyiz Mahkemesi Birinci Hukuk Dairesinin 1997 yılında vermiş olduğu bir kararda da, bilirkişi incelemesinin belli bazı tıbbî sırlara erişilmesine yol açtığı hâllerde, bunların, özellikle hastaların kimliklerinin ifşasını önlemek konusunda gerekli tedbirlerin hâkim tarafından alınması gerektiğine işaret edilmektedir[1449]. Ancak, mesele tıbbî sırla alâkalı olan kimseler yahut bunların haleflerinin itirazı söz konusu olduğunda farklılık arz etmektedir. Gerçekten de, böyle bir durumda Fransız Temyiz Mahkemesi, tıbbî sırların yer aldığı belgelerin ibrazı konusunda doktorun zorlanamayacağı görüşündedir[1450].

Nihayet sırrın ifşası nedeniyle zarar görecek menfaatin korunmasında üçüncü kişi konumundaki avukatların durumu özellik göstermektedir. Nitekim sır nedeniyle tanıklıktan çekinme hakkındaki 249. maddenin açık göndermesiyle, 1163 sayılı Avukatlık Kanununun ilgili maddesi gereği, Avukat belge sahibinin izni olsa dahi, sır teşkil eden belgeyi teslim etmekten kaçınabilmektedir[1451].

Buna karşılık mesele, noterler veya bankalar bakımından farklılık göstermektedir. Zira sayılanların her ikisi de gerçeğin ortaya konulması için gerekliyse, ellerindeki belgeleri sır teşkil etse dahi, kural olarak teslim etmek durumundadırlar[1452].

Son olarak, bilirkişi incelemesinin belli bir yer veya kişi üzerinde gerçekleştirileceği hâllerde, incelemenin konusunu oluşturan husus bakımından, iki ayrı

[1448] Leclerc (2005), n° 413, s. 320.
[1449] Bkz. Cass., Civ. 1e , 18.3.1997, *Bull. Civ.* I, n° 99 (*JurisData*).
[1450] Cass., Civ. 1e, 15.6.2004, *D.* 2004, jur., p. 2682 *(Dalloz Jurisprudence)*.
[1451] İsviçre hukuku bakımından aynı şekilde bkz. Reymond (2008), s. 61.
[1452] İsviçre hukuku bakımından bkz. Reymond (2008), s. 62.

kaçınma sebebi söz konusu olmaktadır. Bunlardan ilki, HMK m. 291 hükmünde ifade edilen, tanıklıktan kaçınma sebepleri olup, üçüncü kişiler hakkında uygulama alanı bulacaktır[1453]. Fakat, burada söz konusu olan taraflardan biri ise, bir sırrın ifşa olacağı gerekçesiyle buna karşı koyulması mümkündür. Yukarıdaki paragraflarda da dile getirdiğimiz üzere, bunu gereği hâkim tarafından takdir edilecektir. Nihayet, HMK m. 292 hükmünde ifade bulan sağlık sebebini de, dar yorumlamak gerekmektedir. Zira, kan incelemesi uygulamada artık fazla rastlanılmayan bir yöntem olup, biyolojik veya genetik inceleme olarak ifade edilen yöntem de, kural olarak sağlık için bir tehlike arz etmemektedir[1454].

1.3.2. Tarafların bilirkişi incelemesi sırasında hazır bulunma hakkı

1.3.2.1. Genel olarak

Tarafların bilirkişi incelemesi sırasındaki rolü ve yeri bakımından dikkat çekici bir diğer mesele, bunların bilirkişi tarafından yerine getirilen işlemler sırasında hazır bulunma hakkı ve bu hakkın sınırlarıdır. Bahsettiğimiz hak, dayanağını esas itibariyle hukukî dinlenilme hakkında bulmaktadır[1455]. Zira, taraflar bu sayede, ilk olarak, bilirkişinin yerine getirdiği incelemenin ne şekilde cereyan ettiğini görme, yani bu faaliyetin gidişatından haberdar olma şansına sahip olmaktadır. İkinci olarak ise, taraflar, yine bu çerçevede, söz konusu incelemeye, kendi görüş ve değerlendirmelerini sunmak yoluyla, belli ölçüde katkıda ve etkide bulunma imkânına sahip olabileceklerdir[1456]. Bu noktada, tarafların incelemenin yerine getirilmesi sırasında hazır

---

[1453] Ayrıca bkz. ve karş. Umar (2011), s. 800; Yılmaz (2012), s. 1268, 1269.

[1454] Ayrıca bkz. Bettex (2006), s. 161.

[1455] Buradaki mesele aslında, ispat faaliyetinin geneline ilişkin olarak, her türlü delil ikamesi bakımından geçerli olan hukukî dinlenilme hakkına, bu hakkın unsurlarına, yine varlığı bu hak ile birlikte aranan diğer hak ve ilkelere (örneğin vicahî yargılama, silahların eşitliği ve aleniyet ilkesi gibi temel ilkelere) riayet zorunluluğunun bilirkişilik bakımından görünümüdür. Bu bağlamda genel olarak bkz. ve karş. Özekes (2003), s. 123 vd.; Hohl (2001), n° 1210, s. 23; Ferrand (2006), n° 414, s. 107, 108; B. Yeşilova (2009). Yargılama diyalektiği ve silahların eşitliği. *TBBD,* S. 86, ss. 47 – 101, s. 78; Boulez (2006), n° 209, s. 24 vd. Karinelerle ispat konusunda tarafların hukukî dinlenilme hakkının yerine (taraflar hazır bulunmaksızın ve meseleyi vicahi yargılama ilkesine uygun şekilde tartışmaksızın mahkemenin karar veremeyeceğine) ilişkin bir Fransız Temyiz Mahkemesi kararı için bkz. Cass. Civ. 2e, 25.2.1976, *Bull. Civ.,* II, n° 67 (zikreden Ferrand (2006), n° 648, s. 159).

[1456] Genel olarak bkz. T. Moussa (1988). *Dictionnaire juridique. Expertise. Matières civile et pénale (2e éd.).* Paris: Dalloz, s. 358; L. Séné (2007). L'exécution de l'expertise judiciaire en matière civile. *Gaz. Pal.* Doct., ss. 2827 – 2831, s. 2827; Ferrand (2000), s. 349; Bettex (2006), s. 161 vd. Ayrıca bkz. yazarın

bulunması, aynı zamanda, bilirkişinin bu kimselerden bilgi alma imkânının ortaya çıkması bakımından da, incelemeye katkı sağlayabilecektir. Hazır bulunma hakkını, önce onun genel çerçevesi, daha sonra ise, bazı yabancı ülke hukuklarında karşımıza çıkan ve aktardığımız hususlara hizmet eden bazı düzenlemeleri aktarmak yoluyla ele almayı uygun görüyoruz. Öte yandan zikrettiğimiz bu hakkın sınırlarını ise, takip eden başlık altında ele almaya çalışacağız[1457].

Konunun *genel çerçevesi* bakımından, tarafların hazır bulunma hakkının sağlandığının kabul edilebilmesi için öncelikli koşul, bilirkişinin taraflardan birini veya üçüncü bir üçüncü kişiyi dinleyeceği veya incelemesini bir şey üzerinde gerçekleştireceği hâllerde, davanın her iki tarafının da buna davet edilmesidir[1458]. Mevcut düzenlemeler bakımından, Hukuk Muhakemeleri Kanununun 278. maddesinin üçüncü fıkrası, karşı tarafın davet edilmesini, bir *zorunluluk* şeklinde öngörmekte, dördüncü fıkrası ise, bilirkişinin incelemesini bir şey üzerinde gerçekleştirdiği hâllerde, inceleme sırasında tarafların da hazır *bulunabileceğine* işaret etmektedir. Söz konusu fıkralar, önemi gereği, hukukî dinlenilme hakkına ilişkin 27. madde ile birlikte değerlendirilmelidir. Bu bağlamda 278. maddenin lafzı, her iki fıkra açısından da, kural olarak, bir tercih imkânı sunulduğu şeklinde yorumlanmamalıdır[1459].

Birinci olarak, bilirkişinin bir taraftan bilgi alması söz konusu ise, diğer tarafın hazır bulunması zorunludur (m. 278, f. 3). Burada korunan menfaat, bilirkişinin etki altında kalmasının veyahut onun tarafsızlığını şüphe altında bırakacak bir durumun önüne geçmektir[1460]. Buna karşılık, yukarıda[1461] Kanunda açıkça düzenlenmiş olmamakla birlikte, bilirkişinin hâkimin izniyle tanıkları da dinleyebileceği kanısında

---

zikrettiği, ATF 103 Ia 37 = *JdT* 1978 IV 96; Th. Le Bars (1997). Le contradictoire et l'expert en matière civile. *Revue Experts.* No: 36, s. 4 vd. (*www.lexisnexis.com);* Boulez (2006), n° 209, s. 24, 25. Ayrıca bkz. Umar (2011), s. 779.

[1457] Bkz. aşa. *Üçüncü Bölüm, 1.3.2.2.*

[1458] Özel olarak bilirkişi incelemesi bakımından genel olarak bkz. Bettex (2006), s. 161, 162; Mignolet (2007), s. 30; Closset-Marchal (1994), s. 21 vd. Karş. Bohnet (2005), s. 436, 437.

[1459] Nihayet, bilirkişi incelemesinin, esas hakkındaki yargılamadan önce veya fiilen yürürlüğe girmesi hâlinde istinaf aşamasında söz konusu olması arasında da, bu hakkın gereğinin yerine getirilmesi bakımından, kanımızca herhangi bir farklılık da bulunmamaktadır. Nitekim delil tespiti çerçevesinde başvurulan bir bilirkişi incelemesi bakımından Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin bir kararında da mesele son derece açık bir şekilde vurgulanmaktadır. Buna göre, "*(m)ahkemenin…zararın belirlenmesini tamamen bilirkişinin insiyatifine bıraktığı anlaşılmaktadır… (Z)ararın belirlenmesine esas olacak tüm olguların ve özellikle zararın niteliği, kapsamı hakkındaki gözlemlerin hâkim denetim ve gözetiminde ve tarafların katılımıyla tutanaklara geçirilmesi gerekir"*. Bkz. 4. HD, 27.5.1991, 3493/5420 (Kuru (2001), C. IV, s. 4452, dn. 91a'dan naklen).

[1460] Bkz. ve karş. Umar (2011), s. 770 vd.; Yılmaz (2012), s. 1228.

[1461] Bkz. yuk. *Üçüncü Bölüm, 1.2.2.5.*

olduğumuzu belirtmiştik. Tarafların dinlenilmesinden farklı olarak, üçüncü bir kişinin dinlenilmesi faraziyesinde, aynı zorunluluğun bulunmadığını ifade edebiliriz[1462]. Zira, tanıkların dinlenilme şeklini düzenleyen HMK m. 259 ve devamı hükümlerinde tarafların da hazır bulunacağına ilişkin bir zorunluluk bulunmamaktadır[1463].

İkinci olarak ise, HMK m. 278, f. 4 hükmü, bir şey üzerinde incelemeye işaret ettiğine göre, bu husus, işin esası bakımından bir keşif icrasından daha geniş şekilde düşünülmelidir. Yani, bir taşınmazın yerinde incelenmesi kadar, belli bir belgenin (örneğin bkz. m. 218) yahut başka bir maddî unsurun bir laboratuvarda incelenmesinin de, zikredilen fıkra kapsamında olduğu konusunda kanımızca bir tereddüt yoktur. Ancak, yapılan işin niteliği karşısında, tarafların ne şekilde davet edileceği konusunda, keşif icrasına ilişkin 288 ve devamındaki madde hükümlerini de gözönünde tutmamız gerekecektir[1464].

Bu çerçevede, keşif icrasının kural olarak, tarafların huzurunda gerçekleştirilmesi gerekmektedir[1465]. Ancak, Hukuk Muhakemeleri Kanununun 290. maddesinde, keşif icrasının taraflar varsa, bunların huzurunda, aksi durumda, bunların yokluklarında yapılacaklarına işaret edilmekte, buna karşılık açık bir davet zorunluluğuna işaret edilmemektedir. Hükûmet Gerekçesinde de, davayı takip edenlerin keşif kararından haberdar olacağından bahsedilmiş ve davayı takip etmeyenler bakımından ayrıca bir davet gerekmediği ifade edilmişse de[1466], kanımızca, ne bu gerekçe ne de 290. madde hükmü, hukukî dinlenilme hakkına ilişkin 27. madde hükmünden bağımsız düşünülebilir. Bu nedenle, kanımızca mahkemenin yapması gereken şey, bilirkişinin incelemesini belli bir yerde gerçekleştireceği hâllerde, kural olarak, taraflar davayı takip

---

[1462] Fransız hukuku bakımından aynı yönde, Cass. Civ. 1re, 7.11.1995, n° 93-19.318 (Zikreden V. Vigneau (2009e). Expertise et contradiction. *Expertise civile et procès équitable en Europe.* Paris: IEEE, Cercle France – Amériques, ss. 50 – 60, s. 52.

[1463] Ancak hiç şüphe yok ki taraflar, bilirkişi raporunda ayrıca yer alacak olan bu tanık beyanlarını, raporun kendilerine tebliğ edilmesinden sonra, değerlendirme ve tartışma imkânına sahip olacaklardır. Nitekim Fransız hukuku bakımından bu hususa dikkat çeken Séné (2007), s. 2. Yine bu hukuk düzeni bakımından, tarafların, bilirkişinin tanığı dinlemesi sırasında hazır bulunmamasının raporun iptali sebebi olarak kabul edilmeyeceği konusunda Cass. Soc., 22.3.1979, *Gaz. Pal.* 1979, 2, Somm., s. 328 (zikreden Boulez (2006), n° 824, s. 115).

[1464] İsviçre hukuku bakımından bkz. ve karş. Bettex (2006), s. 162 vd.

[1465] Nitekim Yargıtay yakın tarihli bir kararında, taraflar davet edilmeksizin gerçekleştirilen bir keşif icrasının savunma hakkının kısıtlanması anlamına geldiğine işaret etmektedir. Bkz. 14. HD, 18.10.2011, 7549/12246 (*LegalBank*). Ayrıca bkz. 14. HD, 23.3.2006, 1940/3329 (*LegalBank*). Aynı şekilde, "*...taraf teşkili bu şekilde sağlandıktan sonra keşfi bütün tarafların davet edilmesinden sonra yapmak...*" gereği yönünde bkz. 14. HD, 18.4.2011, 3780/5139 (*LegalBank*).

[1466] Gerekçe için bkz. Yılmaz (2012), s. 1259, dn. 14.

etsin etmesin, bunları bir davetiye ile haberdar etmektir[1467]. Aksi türde bir yaklaşım, hukukî dinlenilme hakkının ihlâli anlamına gelecektir. Hatta, bu husus Fransız hukukunda o denli önemsenmektedir ki, taraflardan birinin bilirkişilik kapsamında gerçekleştirilecek olan bir incelemeye davet edilmemesi, raporun iptali sonucunu doğurabilmektedir[1468]. Ancak bu ifade ettiğimiz yaklaşım, takip eden başlıkta değerlendireceğimiz hazır bulunma hakkının istisnaları ile birlikte değerlendirilmelidir. Bununla birlikte, söz konusu hak belli sebeplerle kısıtlansa dahi, taraflar, inceleme kapsamında gerçekleştirilen işlem ve eylemlerden haberdar olma hakkına sahip kılınmalıdır[1469].

Bir diğer mesele, bilirkişi tarafından yerine getirilecek incelemeye tarafları kimin davet edeceğidir. Hukuk Muhakemeleri Kanununun 278. maddesinin dördüncü fıkrası, bu konuda sessiz kalmaktadır. Bu nedenle davetin, mahkeme kanalıyla yapılacağını kabul etmek gerekmektedir[1470]. Buna karşılık bazı yabancı ülke hukuklarında bahsedilen yetki bilirkişiye tanınmış durumdadır. Örneğin Fransız ve Belçika hukuklarında, özellikle zikretmiş olduğumuz taraflar ile bilirkişi arasında cereyan eden toplantılar bağlamında bilirkişi yetkilendirilmiştir[1471]. Buna karşılık Türk hukukunda bilirkişiye doğrudan tarafları davet etme yetkisinin tanınmamış olması, kanımızca bir eksiklik meydana getirmemektedir.

[1467] Bkz. ve karş. Yılmaz (2012), s. 1260. Ayrıca karş. Umar (2011), s. 798. İsviçre hukuku davet etmemenin ancak istisnai hallere münhasır olduğu konusunda bkz. Bettex (2006), s. 162. Fransız hukukunda ise, Medenî Usûl Kanununun 160. maddesinin dördüncü fıkrası, hazır bulunmayan tarafların, genel tebligat usûlünden farklı olarak bir basit mektupla (*lettre simple*) davet edileceklerini öngörmektedir. Ancak Fransız öğretisinde olması gerekenin burada yine davetin taahhütlü bir mektup vasıtasıyla yapılması gerektiğine dikkat çekilmektedir (bkz. Boulez (2006), n° 209, s. 25).

[1468] Cass. Com., 24.10.1978, *Bull. Civ.,* IV, n° 238; Cass. Civ., 3e, 15.11.1977, *D.,* 1977, ss. 87 – 88 (zikreden Leclerc (2005), n° 409, s. 316. İstinaf mahkemesi nezdinde gerçekleşen bir inceleme bakımından taraf ve vekillerinin davet edilmemiş olmasını savunma hakkının ihlâli olarak gören bir Fransız Temyiz Mahkemesi kararı için ayrıca bkz. Cass. Civ., 2e, 24.11.1999, *Bull. Civ.,* II, n° 174 (zikreden Leclerc (2005), n° 409, s. 316).

[1469] Öte yandan taraflar, davet edildikleri hâlde, incelemeye gelmeyebilir. Bu durum şüphesiz hazır bulunma hakkının ihlâli şeklinde değerlendirilmeyecektir. Bu konuda Fransız hukuku bakımından bkz. Le Bars (1997), s. 4.

[1470] Karş. Yılmaz (2012), s. 1227. Yazar, bilirkişinin taraflara *haber vereceğinden* bahsetmektedir. Ancak, mahkeme kanalıyla yapılan bir davetten farklı olarak, bilirkişinin hangi araçları kullanabileceği konusunda, ne Hukuk Muhakemeleri Kanununda, ne HMK Yönetmeliğinde, ne de HMK Bilirkişilik Yönetmeliğinde bir düzenleme yer almaktadır. Nitekim bu hükümler dâhilinde bilirkişinin daveti, hâkimin izni olsa dahi kendiliğinden yapabileceğini kabul etmek, buna ilişkin bir uyuşmazlık hâlinde, kanımızca davetin ne şekilde gerçekleştirildiğinin tespiti bakımından sıkıntı yaratabilecektir.

[1471] Genel olarak bkz. Fransız hukuku bakımından Leclerc (2005), n° 409, s. 316; Séné (2007), s. 2 vd. Belçika hukuku bakımından ayrıca bkz. Closset-Marchal (1994), s. 21, 22.

Nihayet Türk hukuku bakımından, bilirkişinin yerine getirdiği bir incelemeye, taraflarca bir teknik görüş sunmak amacıyla tayin edilen uzmanların (m. 293) katılması mümkün müdür? Buna herhangi bir engel bulunmadığı kanısındayız. Zira, taraflara böyle bir imkân tanındığına göre, taraf ve vekili dışında teknik uzmanlığı bulunan bu özel bilirkişinin, bilirkişi incelemesini yerinde görmesi tarafların ispat hakkına da hizmet edecektir. Özellikle, mahkeme tarafından tayin edilen bilirkişiden farklı olarak, teknik uzmanın 278. maddede zikredilen türde bir yetkiye sahip olmaması karşısında[1472], aşağıdaki paragraflarda aktaracağımız gibi, Fransız hukukunda da mevcut olduğunu gördüğümüz bu imkânın sunulmasının aşırı olmayacağı görüşündeyiz[1473].

Geldiğimiz noktada, tarafların bilirkişi incelemesi sürecine dâhil olmaları ve onu takip etmeleri için, olması gereken hukuk bakımından, daha etkin bir mekanizmanın oluşturulup oluşturulamayacağını da tartışmaya açmamız gerektiği kanısındayız. Bu bağlamda, Fransız hukukunda bilirkişilik görevinin içeriğinin belirlenmesi ve incelemenin ne şekilde cereyan ettiği konusunda, tarafları bilgilendirme amaçlı gerçekleştirilen toplantılar, bu konu vesilesiyle bir kez daha karşımıza çıkmaktadır[1474]. Nitekim, Fransız Medenî Usûl Kanununun 160. maddesi, genel hüküm niteliğinde, inceleme yöntemine tarafların veya üçüncü kişilerin daveti usûlünü düzenledikten sonra, bilirkişilik özelinde 266. maddede, daha henüz incelemenin başında tarafların incelemeye ilişkin takvimin belirlenmesi ve yapılacak işlerin açıklanması amacıyla bir toplantıya davet edilmesi gerektiğini vurgulamaktadır. Nihayet aynı Kanunun 276. maddesi, inceleme sırasında, tarafların görüşlerini ve bilirkişi tarafından yanıtlandırılmasını istedikleri soruları bilirkişiye sunmalarına imkân vermektedir (bkz. Art. 276, C. pr. civ.)[1475].

[1472] Bkz. yuk. *Üçüncü Bölüm, 1.2.2.3* ve *1.2.2.4.*

[1473] Ancak bir uzmanın incelemeye katılması, bilirkişinin yerine getirmekte olduğu incelemeye bir müdahaleye yol açmamalıdır. Bu anlamda Fransız hukukunda, bilirkişinin, uzman tarafından yöneltilen bir soruyu reddetme hakkına sahip olabileceği ifade edilmektedir. Bkz. Le Bars (1997), s. 4.

[1474] Bilirkişi incelemesinin konu ve kapsamının belirlenmesi çerçevesinde yaptığımız açıklamalar için bkz. yuk. *İkinci Bölüm, 2.1.2.2.*

[1475] Bkz. Moussa (1988), s. 358 vd.; Le Bars (1997), s. 4 vd.; Boulez (2006), n^{o} 209, s. 25 vd.; Séné (2007), s. 2 vd. Tarafların bilirkişinin gerçekleştirdiği işlemlere davet edilmesi zorunluluğu için Belçika hukuku bakımından bkz. Art. 973, CJ. İsviçre Federal Medenî Usûl Kanunu önceki dönemde, Vaud Kantonu uygulamasında, bilirkişinin, hâkimin katılımı olmaksızın bir taraflar ile bir toplantı düzenlemesinin yaygın bir uygulama olduğu dile getirilmektedir (bkz. Bettex (2006), s. 149). Ancak böyle bir usûle Federal Medenî Usûl Kanununda yer verilmemiştir.

Fransız hukukunda bilirkişi incelemesi sırasında, bilirkişinin tarafları ve onların vekillerini davet ederek, birkaç toplantı gerçekleştirmesi mümkündür. Bu toplantılardan birincisi esas itibariyle tarafları bilgilendirme amacına yöneliktir[1476].

Öte yandan kural olarak, her iki tarafın da toplantıda hazır bulunması gerekmektedir. Bu noktada taraflardan biri katılmamışsa ve bilirkişi, bunun taraf ve temsilcisinin uygun şekilde davet edilmemiş olmasından kaynaklandığını tespit ederse, bilirkişi incelemesinin iptal edilmemesi için, toplantıyı ertelemek ve yeni bir tarih belirleyerek tarafları bir kez daha usûlünce davet etmek durumundadır[1477].

İlgi çekici olan bir nokta, söz konusu toplantıda kimlerin yer alacağı bakımındandır. Bahsedilen toplantıya sadece taraflar ve vekilleri değil, bunlarla birlikte, tarafların teknik danışmanlarının da katılma imkânı bulunmaktadır[1478]. Özellikle Türk hukuku bakımından, aşağıda takip eden paragraflar arasında HMK m. 293 anlamında uzmanların (taraf bilirkişilerinin) bilirkişi incelemesi sırasında hazır bulunma hakkının mümkün olup olmadığına ilişkin yapmakta olduğumuz değerlendirmeler bağlamında bu hususun da önemli olduğu kanısındayız.

Nihayet toplantının işlevi bağlamında, bilirkişi kendisine tevdi edilen görevi ve içeriğini taraflara açıklamakta ve onların görüşünü almaktadır. Bu noktada tarafların görevin içeriği bakımından bir itirazda bulunmaları mümkündür. Bilirkişi bu itirazı yerinde bulmadığı sürece dikkate almak zorunda değildir. Ancak aksi durumda, hâkimi durumdan haberdar edebilmekte ve görevin içeriğinin netleştirilmesi ve itirazların giderilmesi amacıyla bir toplantı düzenlemesini veyahut bu talebin gereğinin söz konusu tarafça yerine getirilmesini isteyebilmektedir[1479]. Nihayet bilirkişi, tek bir toplantının yapılmasını yeterli gördüğü sürece, birden fazla toplantı yapılmasına gerek

---

[1476] Fransız hukukunda toplantının nerede gerçekleştirileceği konusunda bir sınırlama bulunmamakta ve toplantı kural olarak bilirkişinin bürosunda gerçekleşebilmektedir. Şayet bilirkişinin bir bürosu bulunmamaktaysa, her iki tarafın da onayıyla, toplantının bir başka yerde, hatta taraflardan birinin avukatının bürosunda dahi gerçekleşmesi söz konusu olabilmektedir. Bkz. Moussa (1988), s. 359. Ayrıca bkz. Boulez (2006), n° 209, s. 25.

[1477] Bkz. Cass. 3e, 7.11.1972 (*Bull. civ.,* III, s. 427. Zikreden Moussa (1988), s. 359, dn. 1). Fransız Temyiz Mahkemesi, 2001 yılında verdiği bir kararda, bilirkişinin tarafları davet etmeyerek sadece belgeleri inceleyip, daha sonra raporunu mahkemeye teslim etmeden önce, taraflara bir ön-rapor (bir ön rapor sunma imkânı konusundaki açıklamalarımız için ayrıca bkz. aşa. *Üçüncü Bölüm, 2.2.1)* göndermiş olmasını bozma nedeni kabul etmiştir (bkz. Cass. Civ. 2e., 20.12.2001, *Bull. civ.,* n° 202, s. 141. Zikreden Séné (2007), s. 2). Ayrıca bkz. Boulez (2006), n° 209, s. 25.

[1478] Bkz. Moussa (1988), s. 359. Ancak doğrudan asillerin katılımı gerektiren bir husus söz konusu değilse (örneğin bunlardan bilgi almak gibi), sadece vekillerin davet edilmesiyle de yetinilebilir (Séné (2007), s. 2).

[1479] Moussa (1988), s. 360.

bulunmamaktadır. Bununla birlikte, bilirkişinin henüz raporunu mahkeme kalemine teslim etmeden önce, tarafları davet ederek son bir toplantı gerçekleştirmesi ve orada ulaştığı sonuçları paylaşması da mümkün olabilmektedir[1480].

Esasen, mevcut Hukuk Muhakemeleri Kanunu çerçevesinde de, hâkimin izniyle bilirkişinin tarafları dinlemesi mümkün olduğuna göre, benzer şekilde tarafların ve vekillerinin bilirkişi incelemesinin ne şekilde cereyan ettiği konusunda bilirkişiden bilgi almasına da engel bir durum yoktur. Ancak, Fransız hukukundaki düzenlemeler, başta bilirkişiyi bağlayıcı olması açısından, diğer yandan tarafların söz konusu toplantılarda dile getirdikleri hususları bilirkişinin dikkate alacak olması dolayı, önemli bir imkân sunmaktadır. Nihayet, her iki tarafın, vekillerin ve hatta teknik uzmanların katılımıyla gerçekleştirilecek olan bu tür bir bilgilendirme, taraflara bir uzlaşma fırsatı da sunmuş olmaktadır.

Son olarak, bilirkişinin taraflardan birini, diğer taraf olmaksızın dinlemesi veya incelemenin tarafların hazır bulunmaksızın gerçekleştirilmesi hâlinde söz konusu olabilecek yaptırımlar üzerinde de durmamız gerekmektedir.

Yargısal temel hakların hâkim kadar bilirkişi tarafından gözetilmesi gerektiğinden, ilk yapılması gereken şey, incelemenin bu eksiklikler giderilerek, gerekiyorsa tekrar ettirilmesidir[1481]. Hukuk Muhakemeleri Kanununun 281. Maddesinin ikinci fıkrasında yer alan *eksiklik* ifadesini, bu yargısal hakları da içine alacak şekilde yorumlamak gerektiği kanısındayız[1482].

Buna karşılık, yukarıda ifade edilen hususlar sağlanamıyorsa, yargısal temel hakların göz ardı edildiği bir rapor kural olarak kabul edilmemeli ve nihayetinde hükme esas alınmamalıdır[1483]. Ancak alınmışsa, bir diğer söyleyişle hâkim esasa ilişkin olarak verdiği kararı bu rapora dayanarak kurmuşsa, hüküm salt bu nedenle bozulmalı mıdır?

[1480] Moussa (1988), s. 360. Mesele diğer taraftan bilirkişinin bir ön rapor sunup sunamayacağını da akla getirmektedir. Bu konudaki açıklamalarımız için bkz. Aşa. *Üçüncü Bölüm, 2.3.1.*

[1481] Nitekim bu, hukukî dinlenilme hakkına dair bir aykırılığın henüz ilk derece aşamasında düzeltilmesinden ibarettir. Bu konuda ayrıca bkz. ve karş. Özekes (2003), s. 318 vd. Ayrıca bkz. Séné (2007), s. 2.

[1482] Nitekim Fransız Medenî Usûl Kanununun tahkikat incelemesine ilişkin 177. maddesi çerçevesinde de hâkimin bilirkişiden bu aykırılıkların giderilmesini ve gerekiyorsa incelemesini tekrarlamasını isteyebileceği kabul edilmektedir. Bkz. Séné (2007), s. 2.

[1483] Bununla birlikte, söz konusu raporun taraflarca karşılıklı olarak tartışılması imkânı sağlanmış, öte yandan tarafların da bu hususta bir itirazı bulunmuyorsa, raporun diğer şartların varlığı hâlinde hükme esas alınabileceğini ifade edebiliriz. Fransız hukukunda bu yönde verilen bazı kararlar için bkz. Cass. Civ. 8.10.1959, *Gaz. Pal.,* 1959, 2, Tables,V, Preuve, n° 1, Cass. Civ. 2e, 31.1.1968, *Bull. Civ.,* II, n° 38 (Boulez (2006), n° 810, s. 108'den naklen).

Türk öğretisindeki yaklaşımın, hukukî dinlenilme hakkının ihlâlinin bir mutlak bozma sebebi olarak değerlendirilmesi yönünde olduğunu görüyoruz[1484]. Kanımızca bunu, bilirkişilik özelinde farklı düşünmek için bir neden yoktur. Bu hakkın ihlâli karşısında, onun ayrıca hükme etkili olup olmadığını ayrıca tartışmak anlamsızdır. Zira aksinin kabulü, yargısal temel hakların sadece pozitif metinlerde yer alan ve tavsiye niteliğinde birer ilkeden ibaret kalması sonucunu doğuracaktır[1485].

Öte yandan, tarafların hazır bulunma hakkının ihlâlinin, bilirkişinin kendisi bakımından bir yaptırım sonucu doğurabileceğinden bahsedilebilir mi? Esasen, davet mahkeme kanalıyla yapılacak olduğundan (bkz. m. 278), burada kural olarak bilirkişinin herhangi bir dahlinin ilk etapta olmayacağını ifade edebiliriz. Ancak bilirkişi, yine de, kendi inisiyatifiyle taraflardan sadece birini dinlemiş veya yerine getirdiği incelemeye davet etmiş ise, bu durum yerine göre bilirkişinin reddini ve hatta sorumluluğunu gündeme getirebileceği kadar, bilirkişinin listeden silinmesi sonucunu da doğurabilir[1486].

1.3.2.2. Hazır bulunma hakkının sınırları

Burada meseleyi Kanunun 278. maddesinin üç ve dördüncü fıkraları bakımından ayrı ayrı değerlendirmemiz uygun olacaktır. *Birinci olarak,* HMK m. 278, f. 3 hükmünün lafzı karşısında, bilirkişi, şayet taraflardan birini dinleyecekse, diğer tarafın hazır bulunması açık bir zorunluluktur. Zira, burada korunan menfaat, yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, esasen, bilirkişinin tarafsızlığının bir şüphe altında kalmasına engel olmaktan ibarettir. Böyle bir durumda da, söz konusu hakkın herhangi bir sınırı yoktur. Ancak diğer taraf, usûlüne uygun şekilde davet edildiği hâlde hazır bulunmazsa, hiç şüphe yok ki, bu durum zikredilen hükme bir aykırılık teşkil etmeyecektir.

[1484] Nitekim bkz. Özekes (2003), s. 321, 322; Pekcanıtez, Atalay ve Özekes (2012), s. 329.

[1485] Nitekim bu yönde Belçika hukuku bakımından bkz. Closset-Marchal (1994), s. 22. Fransız hukuku bakımından bilirkişi raporunun iptali yaptırımı söz konusu olabilmektedir. Ancak, bu yaptırım kısmî veya mutlak şekilde bir ayrıma tâbi tutulmaktadır. Ancak kısmî bir iptalin söz konusu olabilmesi için, raporda yer alan hususların, bu aykırıklardan etkilenmemesi gerekmektedir. Buna karşılık, aksi durumda, raporun tümüyle iptal edilmesi gerekecektir. Bkz. Séné (2007), s. 2.

[1486] Fransız Temyiz Mahkemesi, 1999 yılında verdiği bir kararda, bilirkişinin hukukî dinlenilme hakkına aykırı davranmasını, ağır bir meslekî kusur olarak değerlendirmiş ve ulusal listeye kayıtlı olan bilirkişinin bu listeden kaydının silinmesine karar vermiştir. Bkz. Cass. Civ. 1re, 1.6.1999, *Gaz. Pal.* 1999, s. 200 (Boulez (2006), n° 810, s. 108'den naklen).

Buna karşılık, *ikinci olarak,* kanun koyucu, bir şey üzerinde inceleme yapmayı, bir keşif icrasıyla sınırlandırmadığına göre (bkz. m. 278, f. 4), hazır bulunma hakkının sınırlarını da, esas itibariyle, bilirkişi incelemesinin belli bir yerde, bir şey, hatta bir kişi üzerinde gerçekleştirilmesi bakımından tartışmamızı zorunlu kılmaktadır.

Hukukî dinlenilme hakkı bağlamında mesele, tarafların bir incelemeye katılmasının, hangi hâllerde gerçekten bu hakkın sağlanmasına hizmet ettiği, buna karşılık, hangi hâllerde bu katılımın gerekmediği, hatta, tarafların o incelemede hazır *bulunmamasının* gerektiğinin tespiti noktasındadır. Bu bağlamda, tarafların hukukî dinlenilme hakkı kadar, inceleme ile ilgili diğer kimselerin hak ve menfaatleri de gözetilmeli; aynı zamanda bilirkişiye, incelemesini bağımsız şekilde gerçekleştirebilmesi için gerekli serbestlik de sağlanmalıdır. Bu itibarla bahsettiğimiz sınırlar, bilirkişi incelemesinin konusu kadar, içeriği bakımından da söz konusu olmaktadır. Nitekim, bu hususlar dâhilinde, tarafların bilirkişi incelemesine katılıp katılmayacakları konusunda karar verecek olan hâkimdir.

Bu çerçevede hazır bulunma hakkının sınırları, ilk olarak DNA veya kan incelemelerinde yahut diğer tıbbî incelemelerde karşımıza çıkmaktadır. Genel kabul gören husus, tarafların ve vekillerinin bu tür bir incelemede yer alma hakkına sahip olmadıkları yönündedir[1487]. Burada esasen kişisel hakların korunması söz konusudur[1488].

Aynı şekilde, bilirkişinin salt bilimsel içerikteki bir takım tahlillerde bulunması durumunda da, söz konusu uzmanlık dalı hakkında bilgi sahibi olmayan taraf ve vekillerinin de davet edilmesine gerek bulunmamaktadır. Aynı husus karmaşık içerikteki bir hesap bilirkişiliği faaliyeti bakımından da söz konusu olabilir[1489].

Öte yandan, Hukuk Muhakemeleri Kanununun 291. maddesinin üçüncü fıkrasında, gecikmesinde zarar bulunan hâllerde, üçüncü kişiler bakımından, bir bildirimde bulunmaksızın keşif icrasının gerçekleştirilebileceği düzenlenmektedir. Kanımızca meseleyi bilirkişi incelemesi bağlamında, kıyasen, daha geniş düşünmek uygun olur. Nitekim, taraflara haber verilmesinin, somut vakıa bakımından bilirkişinin

[1487] Türk hukuku bakımından bkz. Umar (2011), s. 779. Fransız hukuku bakımından bkz. ve karş. Le Bars (1997), s. 4; Séné (2007), s. 2.

[1488] Örneğin taraflardan birinin hekim tarafından incelenmek için soyunması bu çerçevede dile getirilebilir. Bkz. Le Bars (1997), s. 4. Ayrıca bkz. Séné (2007), s. 2.

[1489] Le Bars (1997), s. 4. Öte yandan Fransız hukukunda tarafların da, bilirkişi tarafından yerine getirilecek olan incelemelere katılmamak konusunda anlaşabilecekleri ifade edilmektedir (Séné (2007), s. 2.

yerine getireceği incelemeyi güçleştireceği hâller de yine bu hakkın sınırlanması kapsamında değerlendirilmeli ve bu kimselere haber vermeksizin bir keşif icrası yoluyla bilirkişinin yerine getireceği incelemeye imkân tanınmalıdır[1490].

Bilirkişiden ek bir rapor istendiği hâllerde de, yeni bir takım hususların incelenmesi söz konusu olmadığı sürece, tarafların bilirkişi incelemesi sırasında hazır bulunmasına, kural olarak, gerek yoktur[1491].

Hazır bulunma hakının sınırlarının söz konusu olduğu hâllerde, taraflar ve vekilleri, bilirkişinin belli bir şey üzerinde gerçekleştirdiği incelemeye iştirak edemeyecektir. Buna karşılık, bu sınırlar taraflarca tayin edilen uzmanlar bakımından da geçerli olmalı mıdır? Fransız hukukunda savunulan bir görüşe göre, söz konusu özel bilirkişiler de, konunun uzmanı, örneğin bir tıbbî bilirkişi incelemesi özelinde, bir hekim olup, bu kimseler de, kişisel bir hak ve sırra riayet yükümlülüğü altındadır. Bu itibarla, bunların söz konusu tıbbî incelemeye katılabilmeleri mümkün olabilmelidir[1492]. Kanımızca bu görüş, bahsedilen faraziyede ancak, tıbbî incelemenin gerçekleştirileceği kişinin rızası ve salt bir tarafın değil, her iki tarafın uzmanının katılımı hâlinde kabul edilebilir gözükmektedir. Hatta burada, yerine getirilecek incelemenin içeriği karşısında bilirkişinin dahi söz hakkının bulunduğundan, bu çerçevede onun da rızasının aranması gerektiğinden bahsedilebilir[1493].

[1490] Nitekim, Fransız Temyiz Mahkemesi verdiği bir kararda, inceleme konusuna ilişkin olarak aldatıcı bir hareketin önüne geçilebilmesi için, karşı tarafa haber vermeksizin de incelemenin yapılabileceğine işaret etmektedir (Cass. Civ. 1re, 7.6.1972, *Bull. civ.,* I, n° 73). Bir diğer meselede, bilirkişinin gürültü tespiti için gerçekleştireceği inceleme, taraflara haber verilmemiş, Temyiz Mahkemesi de, haber verilseydi sağlıklı bir incelemenin gerçekleştirilemeyecek olması ihtimali nedeniyle bunu uygun görmüştür (Cass. Civ. 3e, 14.3.1978, *Bull. civ.,* III, n° 117). Her iki karar hakkında da bkz. Ferrand (2006), n° 389, s. 101.

[1491] Fransız hukuku bakımından bu yönde bkz. Le Bars (1997), s. 4. Aksi görüşte Boulez (2006), n° 808, s. 106.

[1492] Bkz. Le Bars (1997), s. 4.

[1493] Bkz. ve karş. Le Bars (1997), s. 4.

2. Bilirkişi Raporu, Raporun Mahkemeye Sunulması Ve Hükümdeki Yeri

2.1. Bilirkişi Raporunun Biçim ve İçeriği

2.1.1. Bilirkişi raporunun biçimi

Bir bilirkişi görüşü bakımından bir arada bulunması gereken, olmazsa olmaz üç husus bulunmaktadır. Burada, söz konusu görüşün yazılı veya sözlü sunulması bakımından bir farklılık yoktur: Bilirkişi görüşü eksiksiz, anlaşılır ve nihayet inandırıcı olmalıdır[1494]. Bu bakımdan bilirkişi görüşünün taşıması gereken biçimsel özellikler, takip eden başlıkta inceleyeceğimiz üzere[1495] bu görüşün içeriği kadar önem taşımaktadır.

Uygulamada bilirkişinin görüşünü ne şekilde sunacağı, alınan görüşün niteliği ve kapsamı doğrultusunda belirlenmektedir. Nitekim Hukuk Muhakemeleri Kanununun 279. maddesinin birinci fıkrası uyarınca bu görüşün hâkimin tercihine göre sözlü veya yazılı olarak sunulması mümkündür. Esasen ilk bakışta bu yaklaşım Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunundan farklı bir görünüm arz etmemektedir[1496]. Ne var ki Hukuk Muhakemeleri Kanunu bakımından açıkça zikredilmiş olmasa da, aslolanın, aksi açıkça belirtilmediği müddetçe, bilirkişi görüşünün yazılı olarak verilmesi olduğu düşüncesindeyiz[1497]. Zira Kanunun bilirkişi incelemesi faslında yer alan hükümlerine baktığımızda, kanun koyucunun sözlü açıklamalara ilişkin hususları ayrıca zikrettiğini, buna karşılık esas olarak rapor terimini kullandığını görüyoruz (örneğin bkz. HMK m.

[1494] Bkz. ATF, 10.7.2007, 4A.77/2007 (zikreden Vouilloz (2009a), s. 584). Ayrıca bkz. Bettex (2006), s. 176; Bovey (2011), s. 110; Guyaz (2011), s. 142. Öğretide *Yılmaz*'ın bunun gerçekleştirilmesi için sunduğu formül genel olarak şu şekildedir: 1) Bilirkişiden istenilecek olan hususun tam ve doğru olarak anlaşılması; 2) Gerekli araştırmanın yapılması; 3) Araştırma sonucu elde edilen malzemenin düzenlenerek yazılması; 4) Yazılanın tahsis edilmesi ve nihayet 5) Yazılanın kontrol edilmesi (bkz. Yılmaz (1996), s. 26 vd. Ayrıca bkz. Ulukapı (2001), s. 302; Deliduman (2007), s. 288).

[1495] Bkz. aşa. *Üçüncü Bölüm, 2.1.2.*

[1496] Bkz. 1086 s. HUMK m. 281. Zikredilen madde bakımından genel olarak kabul edilen husus, bilirkişinin kural olarak görüşünü mahkemeye sözlü olarak bildireceği ve bunun tutanağa geçirileceği yönündedir (bkz. Kuru (2001), C. III, s. 2774; Deliduman (2007), s. 285. Karş. Ulukapı (2001), s. 294).

[1497] Fransız Medenî Usûl Kanunundaki düzenleme de aynı içerikte olmakla birlikte, biraz nüansla aslolanın yazılı rapor olduğuna işaret eder biçimdedir: *"Bilirkişi görüşünün yazılı açıklamaları içermesi gerekmiyorsa, hâkim bunların duruşmada sözlü olarak sunulmasına izin verebilir…"* (Art. 282, al. 1, C. pr. civ.). Buna karşılık İsviçre Federal Medenî Usûl Kanununun 184. maddesinin birinci fıkrası bu anlamda HMK m. 279 hükmüne daha benzer bir görünüm arz etmektedir: "*Mahkeme bilirkişi raporunun yazılı olarak teslim edilmesini yahut sözlü olarak sunulmasını emredebilir..."* (CPC Suisse, art. 184, al. 1). Öte yandan görüşün yazılı olarak sunulması, özel bir Kanun hükmünde de açıkça gösterilmiş olabilir. Nitekim Kamulaştırma Kanununun 15. maddesi bakımından durum bu şekildedir (ayrıca bkz. Ulukapı (2001), s. 294).

274; 279, f. 2; 280 ve 281). Diğer yandan, Hukuk Muhakemeleri Kanunu, görüşün sözlü olarak sunulmasına istisnai nitelik atfetmiyor görünse de (bkz. HMK m. 279), uygulamada daha çok karşılaşılan hâl, görüşün bir raporda tecessüm etmesidir[1498].

Görüşün sözlü olarak sunulması bakımından iki husus ön plâna çıkmaktadır. Bunlardan ilki, bunun hangi hâllerde işlevsel olduğu ve sözlü görüş sunulmasının biçimidir. Diğer taraftan hiç şüphe yok ki, görüşün duruşmada sözlü olarak sunulması, taraf veya vekilleri tarafından bilirkişiye karşılıklı olarak soru yöneltilmesi hususunu da derhal akla getirmektedir ki, bunu aşağıda bilirkişi raporunun mahkemeye teslim edilmesi ve sonuçları bağlamında ele alacağız[1499].

Görüşün sözlü olarak sunulması, her ne kadar taraflara ve hâkime hemen görüşün sunulduğu anda, bilirkişiden açıklayıcı bir bilgiyi edinme imkânı sağlasa da, bunun kullanım alanlarının sınırlı olduğu düşüncesindeyiz[1500]. Nitekim sözlü görüş, ilk olarak çok basit, kısa, akılda tutulması, not alınması kolay hâllerde söz konusu olmalıdır. Yine, vakıa meselesinin içeriğinden ziyade, soyut bir uzmanlık bilgisinin hâkime aktartılmasıyla yetinilen hâllerde de, sözlü görüş açıklamanın işlevsel olduğu söylenebilir[1501]. Buna karşılık, görüşün yazılı açıklanması gereken, karmaşık vakıa meselelerinde, bilirkişinin sözlü açıklamalarda bulunması, çoğu kez, sunulan raporun izahı bakımından anlam taşıyacaktır[1502].

Hiç şüphe yok ki, görüş sözlü olarak bir keşif icrası sırasında veyahut mahkemede sunulsa da, bu görüşün yer aldığı tutanak da bilirkişi raporu hükmündedir (ayrıca bkz. HMK m. 279, f. 3; İsviçre hukuku bakımından bkz. CPC Suisse, art. 187, al. 2)[1503].

[1498] İsviçre hukuku bakımından da durum benzer bir nitelik arz etmektedir. Genel olarak bkz. Bettex (2006), s. 175; Vouilloz (2009a), s. 584. Alman hukuku bakımından da bu yönde olduğu hususunda genel olarak bkz. Deliduman (2007), s. 287. Öte yandan Fransız hukukunda, olması gereken hukuk bakımından, esas olanın, taraf ve hâkimlerin yönelteceği sorular üzerine, sözlü görüş olması gerektiği yönünde tartışmalara da rastlamaktayız. Bkz. Leclerc (2005), n° 416, s. 322, dn. 49.

[1499] Bkz. Bu başlığı takiben aşa. *Üçüncü Bölüm, 2.3.1*'de yer alan açıklamalar.

[1500] Nitekim İsviçre hukuku bakımından ifade edilen bir görüş, sözlü görüşün göreceli olarak daha basit meseleler bakımından söz konusu olabileceği yönündedir (bkz. Vouilloz (2009a), s. 584).

[1501] Hatta İsviçre hukukunda savunulan bir fikre göre, sözlü görüş açıklamak sadece soyut bir tecrübe kuralının aktarılmasıyla sınırandırılması gerektiği yönündedir. Bkz. Bettex (2006), s.

[1502] Nitekim bilirkişinin raporunu teslim etmesinin ertesinde, hâkim bilirkişiden raporuna ilişkin sözlü açıklamalar da alabilme imkânına sahiptir (bkz. HMK m. 281, f. 2; karş. CPC Suisse, art. 184, al. 1). Aşağıda bu meseleyi ayrıca ele almaya çalışacağız (bkz. aşa. *Üçüncü Bölüm, 2.2.2.5.*

[1503] Hukuk İşleri Genel Müdürlüğünün 17.6.1953 tarihli görüş yazısında bu husus ifade edilmektedir: "*Keşif sırasında bilirkişi mütalaasını ayrı bir rapor halinde mahkemeye vermeyerek mahallinde tutulan zabıt varakasına derç ettirmiş ve bu zabıt varakası aynı zamanda bilirkişi raporu mahiyetinde olduğundan Usûlün 282 nci maddesi gereğince duruşmadan evvel taraflara tebliği iktiza edeceği mütalaâ olunmuştur"* (Nakledenler Kuru (2001), C. III, s. 2744; Deliduman (2007), s. 286). İsviçre hukuku bakımından ayrıca bkz. Vouilloz (2009a), s. 584. Ancak kanımızca burada rapor ifadesiyle murat edilen

Kanununun 279. Maddesinin üçüncü fıkrası gereğince hâkim görüşün sözlü olarak sunulmasını tercih etmişse, görüş tutanağa geçirildikten sonra, tutanağın altının bilirkişi veya bilirkişilerce imzalanması gerekmektedir.

Kanunun 279. maddesi, aynı zamanda, bilirkişilerin kurul hâlinde görevlendirilmiş ve fakat sözlü görüş sunmuş olmaları faraziyesinde, bunların kendi aralarında müzakere etmelerine olanak tanınması gereğini de içermektedir. İlgili hükümde "*hemen"* müzakere edileceğinin vurgulanmış olması karşısında, kural olarak bu müzakerenin, kanımızca vakıa meselenin içeriğinden ziyade, o vakıa meselesine karşılık gelen bir uzmanlık bilgisine, bir tecrübe kuralına ilişkin olduğunu ifade etmemiz gerekir.

Bilirkişi görüşünün yazılı olması hâlinde ise, aslında ihtiyaç duyulan bilgi bakımından esas önemli olan, hiç şüphe yok ki bilirkişi raporunun esası, yani içeriğidir[1504]. Ancak bu raporun içeriğinin uygun bir şekilde değerlendirilebilmesi, hatta bilirkişi tarafından yerine getirilen çalışmanın niteliği bakımından raporun biçimsel yönü ayrıca önem taşımaktadır[1505].

Öncelikle bilirkişi raporunun niteliği nedir sorusunun yanıtlandırılması gerektiği düşüncesindeyiz. Türk öğretisinde kimi yazarlar, raporu bir "adlî yazı" olarak ifade etmekte, raporun taşıması gereken genel nitelikleri de bu çerçevede tarif etmektedir[1506].

Raporun taşıması gereken asgarî koşullar nelerdir? Kanun koyucunun Hukuk Muhakemeleri Kanununun 279. maddesinin ikinci fıkrasında, biçimsel bakımdan asgarî gereklilikleri ayrıntılı bir şekilde göstermeyi tercih ettiğini görüyoruz[1507]. Bu koşullar, diğer bir ifadeyle raporda yer alması gereken başlıklar, genel itibariyle, *tarafların ad ve soyadları*; *bilirkişinin hangi hususlarda görevlendirildiği*; *bilirkişi tarafından inceleme konusu yapılan "maddî" vakıalar*; *bilirkişi raporunun gerekçesi*; *bilirkişi(ler) tarafından varılan sonuç*; *(bir bilirkişi kurulunun oluşturulduğu hâller bakımından) görüş ayrılığı varsa bunun sebebi*; *raporun düzenlenme tarihi*; *bilirkişi* veyahut

---

bu tutanak değil, bizatihi bilirkişi veya bilirkişiler tarafından kaleme alınarak mahkemeye sunulan belgedir.

[1504] Bu konuda ayrıca bkz. ATF 9C_359/2009 cons. 4.2. ATF 9C_603/2009 cons. 3.1 (bkz. Guyaz (2011), s. 141 dn. 96). Rapor içeriğinin bilirkişi raporunun değerlendirilmesi bakımından yeri konusunda bkz. aşa. *Üçüncü Bölüm, 2.3.1.2.*

[1505] Ayrıca bkz. E. Yılmaz (1996). Uygulamada bilirkişilik ve bilirkişi raporları. *Mali hukuk dergisi, 62,* ss. 12 – 32, s. 26; Bovey (2011), s. 110 vd.

[1506] Örneğin bkz. Yılmaz (1996), s. 26; Ulukapı (2001), s. 302.

[1507] Zikredilen hüküm, bu yönüyle 1086 s. HUMK. m. 281, f. 3 hükmünün esasa ilişkin olmayan ufak tefek değişikliklerle tekrarı biçimindedir.

*bilirkişilerin imzası*ndan ibarettir[1508]. Öte yandan, bu saydıklarımıza Kanunun zikrettiğimiz fıkrada bir diğer husus eklenmektedir ki, o da bilirkişiler arasında bir görüş ayrılığı bulunması durumunda aykırı görüşe sahip olan bilirkişinin, ayrı bir rapor sunma imkânının bulunmasıdır.

İlk olarak bu düzenleme biçimini bazı yabancı ülke hukuklarında mevcut olanlarla karşılaştırdığımızda, kanımızca Türk kanun koyucusu bahsedilen yönleri çok daha net ve açık şekilde vurgulamıştır. Örneğin, İsviçre Federal Medenî Usûl Kanununun bu konuya ilişkin 184. maddesi, sadece birden fazla bilirkişinin tayin edilmiş olması durumunda raporun ne şekilde düzenleneceğine işaret etmektedir. Yine Fransız Medenî Usûl Kanununun 282. maddesi, sadece, raporda aykırı görüş varsa bunun vurgulanmasına ve bilirkişi bir başka uzmandan yararlanmışsa, bunun da zikredilmesine yer vermekte; biçimsel bakımdan başkaca bir hususa değinmemektedir (bkz. Art. 282, C. pr. civ.).

Bilirkişi hazırlamış olduğu raporda, kendisini görevlendiren mahkemeye ve tarafların kimliklerine yer verdikten sonra, ilk olarak hangi konuda görevlendirilmiş olduğunu belirtmek durumundadır. Bundan kastedilen, kendisine yöneltilen soruların, bir sefer daha kendisi tarafından belirtilmesidir. Bu gerekliliğin işlevi, özellikle inceleme çerçevesinde gerçekleştirilen tespit ve bunların değerlendirilmesi sonucunda varılan sonuçlar ile bu soruların karşılaştırılması bakımındandır[1509].

Nihayet içeriğini ayrıca değerlendirmekte olduğumuz değerlendirme ve gerekçe faslının ertesinde, bilirkişiler raporu düzenledikleri tarihle birlikte raporu imza ederler. Nitekim bu son iki husus da raporun olmazsa olmazıdır. Bununla birlikte, düzenleme tarihi ile raporun mahkemeye teslim edildiği tarihin kural olarak aynı olacağı düşünülebilirse de, raporun geç tesliminden ortaya çıkabilecek olan sonuçlar bakımından da, esas alınması gerekenin raporun teslim tarihi olduğu kanısındayız. Öte yandan bilirkişi raporu birden fazla sayfadan oluşuyorsa tüm sayfaların imzalanması yahut ayırt edici şekilde paraf edilmesi gerekmektedir. İmzasız bir raporun mahkeme tarafından imza edilmek üzere geri çevrilmesi gerektiği gibi, kanımızca hâkim imza edilmemiş bir raporu hiçbir surette hükme esas alamaz.

[1508] Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanununun yürürlükte olduğu dönem bakımından getirilen açıklamalar için ayrıca bkz. Ulukapı (2001), s. 300.
[1509] Benzer şekilde bkz. İsviçre hukuku bakımından Bovey (2011), s. 110, 111.

Diğer taraftan raporun imza edilmiş olmasıyla ilişkili bir başka husus da, rapor metninde kaleme alınmasının ertesinde bir değişikliğe gidilmiş olmasıdır. Zarurî bir nedenle rapor üzerinde bir değişiklikte bulunulmuşsa, söz konusu değişikliğin sebebinin gösterilmesi ve rapor metninde değişiklik yapılan yerin de bilirkişi tarafından ayrıca imzalanması gerekmektedir. Aksi takdirde mahkeme bu raporu kısmen veya tamamen hükme esas almaktan kaçınabilir[1510]. Nitekim Yargıtay da bir kararında bahsedilen hususların gerçekleştirilmemiş olmasını hükme etkili bir usûle aykırılık addederek bozma kararı vermiştir[1511].

Yukarıda en başta raporun tam, kısa, açık, uygun dille kaleme alınması gereğini zikretmiştik. Öncelikle raporun kısalığı, onun gereksiz açıklamalardan vareste olması biçiminde anlaşılmalıdır. Burada bilirkişinin incelemesine sunulan meselenin birden fazla vakıa meselesini içeriğinde barındırması hâlinde mesele özellik arz etmektedir. Nitekim öğretide, bu konuda gerekli olan paragraflandırma veya başlıklandırmaların mutlaka yapılması gerektiğine işaret edilmektedir[1512].

Raporda kullanılan dil de hassas bir mesele meydana getirmektedir. Bilirkişi yahut bilirkişi heyeti raporu kaleme alırken, meselenin teknik içeriği bir tarafa, basit ve anlaşılır bir dil kullanmak zorundadır. Zira, raporu okuyup değerlendirmede bulunacak olan hâkim ve taraflar konunun uzmanı değildir. Bu itibarla, teknik bir takım açıklamalarda bulunmak zorunlu ise, bilirkişi mümkün mertebe sınırlı tutacağı bu detayların yanında, hangi gerekçelerle rapordaki sonuca vardığını hâkim ve tarafların kolayca anlamasını sağlamalıdır[1513].

Bir bilirkişi kurulu oluşturulmuşsa, her ne kadar bilirkişi tayin edilirken, tayin edilen bilirkişinin uzmanlık alanının mahkemenin vermiş olduğu ara kararında

---

[1510] Ezcümle Kuru (2001), C. III, s. 2742; Deliduman (2007), s. 288. Bahsedilen yazarlar, bu konuda ayrıca 1086 sayılı HUMK'un senette yapılan değişikliklere ilişkin 298. Maddesine işaret etmektedirler. Nitekim burada zikredilen maddenin Hukuk Muhakemeleri Kanunundaki karşılığı olan 207. maddenin de dikkate alınması mümkündür.

[1511] Yargıtay kararına konu olan bilirkişi raporunda yer alan rakamlarda değişiklik yapılmış, ne var ki buna dair hehangi bir açıklama getirilmemiştir (bkz. 5. HD, 5.2.1973, 1332/674, *İBD, 1973/5-6,* s. 712 (zikreden Deliduman (2007), s. 288, dn. 112).

[1512] Bu konuda özellikle bkz. Yılmaz (1996), s. 27 vd. Ayrıca zikreden Ulukapı (2001), s. 303, 304: "*...Yazının doğru bir şekilde paragraflara ayrılması, olayları, düşünceleri ve görüşleri planlamaya bunların gelişme sürecini anlamaya yardım ettiği için okuyanların raporda anlatılanların gelişmesini izleyerek kolaylıkla ve tam anlamlarını böylece raporun açıklığını sağlar...*" Diğer taraftan, bilirkişi çalışmasında bazı bilimsel kaynaklardan yararlanmışsa, bunlara da mutlaka işaret etmelidir (Guyaz (2011), s. 142.

[1513] Raporun anlaşılır olması zorunluluğu konusunda ayrıca bkz. İsviçre hukukunda Bettex (2006), s. 176; Bosshard (2009), s. 211; Bovey (2011), s. 111; Guyaz (2011), s. 142.

gösterilmesi gerekirse de, özellikle kurul hâlinde hazırlanan ve bir vakıa meselesinin farklı uzmanlık bilgisini gerektiren boyutlarıyla ele alındığı raporlarda hangi bilirkişinin hangi hususlarda belirlemelerde bulunduğunun görülebilmesi açısından, bilirkişilerin uzmanlık alanlarının da isimlerinin yanında yer alması kanımızca gereklidir.

Öte yandan, *bilirkişi açıklamalarının tespiti ve rapor* başlıklı 279. maddenin ikinci fıkrasında, azınlıkta kalan bilirkişinin oy ve görüşünü ayrı bir raporda belirtebileceği hususu ifade edilmektedir. Bundan yola çıkarak kaç bilirkişi tayin edilirse edilsin, sadece bir tek rapor hazırlanacağını söylememiz mümkün olabilir[1514]. Ne var ki kanımızca bu husus, bilirkişilerin uzmanlık alanları aynı yahut farklı olsun, tek bir vakıa meselesi veya birden fazla olsa da kural olarak zincirleme şekilde birbirini takip eden bir vakıa meselesi (vakıalar kompleksi) hakkında görevlendirilmeleri hâllerine münhasırdır. Bir diğer söyleyişle Kanunun 267 ve 279. maddeleri bağlamında tek bir rapor hazırlanmasını haklı gösteren şey, incelemenin konusunu oluşturan vakıa meselesinin tekliği veya vakıaların birbiriyle olan ilişkisi, bir bütün teşkil etmeleridir.

Buna karşılık, tek bir usûl işlemiyle dahi olsa, birbirinden ayrılabilir, bir bütünlük arz etmeyen vakıa meseleleri hakkında, farklı uzmanlık dallarından bilirkişilerin tayin edilmiş olması hâlinde, tek bir rapor hazırlanması gerektiğinden artık söz edilemeyeceği düşüncesindeyiz. Burada artık, görevlendirilen mesele kadar bilirkişi incelemesi ve buna göre ortaya konulması gereken bilirkişi oy ve görüşü söz konusu olmaktadır[1515].

[1514] Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanununun yürürlükte olduğu dönem bakımından bkz. Ulukapı (2001), s. 298, 299.

[1515] Bu noktada İsviçre hukukunun meseleye yaklaşımının da ayrıca ilgi çekici olduğunu görüyoruz. Nitekim İsviçre Federal Medenî Usûl Kanununun 187. maddesinin üçüncü fıkrasına göre, bir bilirkişi kurulu teşkil edilmişse, kural olarak bilirkişilerin her birinin ayrı bir rapor hazırlaması ve sunması gerekmektedir. Bu anlamda yukarıda bahsettiğimiz türden bir ayrıma söz konusu Kanunda da rastlamamaktayız. Kural bilirkişi raporlarının bağımsız şekilde hazırlanması olsa da, yine aynı maddede, mahkemenin tek bir rapor hazırlanmasını da isteyebileceği hususu da yer almaktadır.

2.1.2. Bilirkişi raporunun içeriği

2.1.2.1. Genel olarak

Hukuk Muhakemeleri Kanununun 279. maddesinin ikinci fıkrası, bilirkişi raporunun taşıması gereken biçimsel hususlar kadar, bu raporun içeriğinin ne şekilde olması gerektiğine de işaret etmektedir. Buna göre, raporda inceleme konusu yapılan maddî vakıalar, bilirkişinin gözlem (ve tespitleri), varılan sonuç ve bu sonuçların gerekçesi, nihayet bilirkişiler arasında görüş ayrılığı varsa, bu ayrılıklar ve sebebi de gösterilmelidir. Bu anlamda raporun temelde iki aşamadan oluştuğunu söylememiz mümkündür: İlk aşamada, bilirkişi incelemesinin konusunu oluşturan maddî vakıalar ve bilirkişinin gözlem ve tespitleri yer almaktadır. Esasen, hâkimin bilirkişi incelemesini sadece bu gözlem ve tespitler ile de sınırlandırması söz konusu olabilir[1516]. İkincisi ise, bu gözlemlerin ve tespit edilen vakıaların bilirkişi tarafından bir değerlendirmeye tâbi tutulduğu ve bunun neticesinde sonuçlara varıldığı aşamadır[1517]. Bu aşama, bilirkişinin değerlendirmelerinde vakıa alanıyla sınırlı kalması ve kendisine tevdi edilen görevin sınırlarını aşmaması, diğer yandan bilirkişi incelemesine ilişkin HMK hükümlerinin öngördüğü diğer ödevlere riayet edilmesi (örneğin görev sırasında elde edilen sırların korunması gibi) bakımından hassas bir nitelik taşımaktadır[1518].

Raporun zikredilen maddeye uygun şekilde kaleme alınmasının yargılama açısından kanımızca iki işlevi söz konusudur: Bunlardan ilki, şüphesiz raporun kendisinden beklenen amaca hizmet etmesi, yani mahkemeye vakıa iddiası hakkındaki tespitlerin yahut eksik olan özel veya teknik bilginin sağlanmasıdır. İkinci olarak ise, mahkeme tarafından, ister verilen rapora ister bir diğer rapora dayanılarak hüküm tesis

---

[1516] Bkz. aşa. *Üçüncü Bölüm, 2.1.2.2.*

[1517] Fransız hukuku bakımından ayrıca bkz. Devèze, Cozian ve Petitjean (1991), n° 583, s. 213.

[1518] Bkz. aşa. *Üçüncü Bölüm, 2.1.2.3.* Türk öğretisinde zikredilen amaca uygunluğun sağlanması bakımından *Yılmaz* raporun kaleme alınması için beş aşamalı bir usûlün gerekliliğine dikkat çekmektedir. Buna göre bilirkişiden istenilen hususlar, yani ona yöneltilen sorular öncelikle doğru şekilde anlaşılmalı; sonra buna ilişkin gerekli araştırma faaliyeti gerçekleştirilmeli; bu araştırma faaliyeti sonucunda elde edilen hususlar rapora aktarılmalı; yazılan hususlar düzeltilmeli ve nihayet bunların içerik bakımından doğru olup olmadıkları kontrol edilmelidir (Yılmaz (1996), s. 26. Ayrıca zikreden Deliduman (2007), s. 288).

edilsin, her halükârda kanun yolları aşamasında bu raporun elverişliliği ve hükmün dayanağını oluşturup oluşturamayacağı, onun içeriği vasıtasıyla belirlenmektedir[1519].

2.1.2.2. İnceleme konusunu oluşturan maddî vakıalar ile bilirkişinin gözlem ve tespitleri

Bilirkişi raporunun tam ve eksiksiz olarak kabul edilebilmesi için, yapılması gereken başlıca şey, inceleme konusunu oluşturan maddi vakıaların tek tek belirtilmesi, daha sonra ise, gerçekleştirilen işlemlerin kronolojik bir sıra dâhilinde açıklanmasıdır[1520].

Bu anlamda bilirkişi, hangi belgeler veya diğer şeyler üzerinde ne tür bir incelemede bulunduğunu, bu incelemeyi belli bir yerde gerçekleştirdiyse zamanınını, taraflar yahut üçüncü kişilerle iletişime geçtiyse bunun biçimini göstermelidir. Bu çerçevede bilirkişi, görüşünü oluştururken yararlandığı tüm kaynaklara işaret etmek durumundadır. Bunlar, incelenen belgeler[1521] veya diğer hususlar olduğu gibi, aynı zamanda bilimsel veya teknik kaynak ve görüşlerdir[1522].

2.1.2.3. Bilirkişi tarafından varılan sonuç ve gerekçesi

Bilirkişi sadece uyuşmazlık konusu vakıa konusu hakkında değerlendirmede bulunabilir. Buna karşılık davada varılması gereken sonuç, bir diğer söyleyişle hukukî

[1519] Nitekim bu hususlardan ilki Yargıtay kararlarında "*hükme yeterlik"* ikincisi ise, "*denetime elverişlik"* şeklinde ifade edilmektedir Örneğin bkz. HGK, 5.5.2004, 3-245/265 (*İKİD, 2006/541,* s. 3909 vd.). Bu konuda ayrıca bkz. aşa. *Üçüncü Bölüm, 2.3.1.3*.

[1520] Ayrıca bkz. Leclerc (2005), n° 416, s. 322.

[1521] Uyuşmazlık konusu vakıa, bir takım belgelerin sahte yahut geçersiz olup olmadığı ise, bilirkişi incelemesi sonucunda her bir belgenin niteliğinin de ayrı ayrı belirlenmesi gerekmektedir "*…Mahkemece bu hüküm ve tarafların talepleri de gözetilerek vergi iadesine konu belgeler üzerinde usûlüne uygun, denetime elverişli bilirkişi incelemesi yapılmadan sonuca gidilmiştir. Dosya üzerinde uzmanlık alanı belli olmayan bir bilirkişi tarafından uyuşmazlık konusu belgelerin incelenip incelenmediği anlaşılamayan, belgelerin dökümü yapılıp nitelikleri ve miktarları belirlenmeden, soyut bir bilirkişi incelemesi yapılmış ise de hükme yeterli değildir."* HGK, 5.5.2004, 3-245/265 (*İKİD; 2006/541,* s. 3909 vd.).

[1522] Bu konuda ayrıca bkz. Fransız hukuku bakımından Devèze, Cozian ve Petitjean (1991), n° 583, s. 213. İsviçre hukuku bakımından Bosshard (2009), s. 211; Bovey (2011), s. 110, 111.

konu hakkında bilirkişi raporunda herhangi bir ifade yer alamaz (m. 279, f. 4; Fransız hukuku bakımından bkz. C. pr. civ., art. 238, al. 3)[1523].

Bu çerçevede bilirkişi vakıa meselesini tespit ettikten sonra, ona ilişkin bir takım değerlendirmelerde bulunmakla veya sadece değerlendirmelerde bulunmakla görevlendirildiğinde, bu değerlendirmelerin doğrudan somut vakıa meselesini hedef tutması gerekmektedir. Bu itibarla bilirkişinin açıklamalarına dayanak olarak soyut, teorik bir takım bilgilerden yararlanıyorsa da, kural olarak, bunları vakıa meselesi bakımından tek tek somutlaştırmalıdır[1524]. Ancak şunu da ifade etmek gerekir ki, bilirkişi özel olarak salt bir uzmanlık bilgisinin aktarılmasıyla da görevlendirilebildiğinden, istisnaî olarak soyut, teorik bir bilgiye yer vermesi de mümkün olabilir. Şüphesiz bu bilginin de açık ve anlaşılır olması gerekmektedir. Bilirkişiye birden fazla sorunun yöneltildiği hâllerde, sonuç kısmı bu soruların tümünün yanıtını içermek zorundadır.

Bilirkişi her halükârda sunduğu raporu gerekçelendirmek zorundadır. Aksi takdirde raporun ne taraflar ve hâkim tarafından anlaşılması ne de onun inandırıcılığı söz konusu olur[1525]. Bu çerçevede, konuya ilişkin farklı bir takım bilimsel veya teknik görüşler bulunmaktaysa, bilirkişi bunlardan birini diğerine neden tercih ettiğini açıklamalıdır[1526].

Bilirkişi incelemesi amacıyla birden fazla bilirkişi görevlendirilmişse, bu bilirkişilerin inceleme konusu vakıaları tespit ettikten sonra farklı sonuçlara ulaşmaları da pekâlâ mümkündür. Böyle bir faraziyede azınlıkta kalan bilirkişinin oy ve görüşünü ayrı bir rapor hâlinde mahkemeye sunması mümkündür (m. 279, f. 2, son cümle).

[1523] Bilirkişinin hukukî konuda görüş bildirme yasağı konusunda özel olarak bkz. yuk. *Birinci Bölüm, 2.3.2.*

[1524] Bkz. ve karş. Ulukapı (2001), s. 304.

[1525] Bkz ve karş. Bettex (2006), s. 176; Devèze, Cozian ve Petitjean (1991), n^{o} 583, s. 213; Aşçıoğlu (2001), s. 88; Ulukapı (2001), s. 301; Guyaz (2011), s. 142. Nitekim Yargıtay da bu zorunluluğa dikkat çekmektedir. Örneğin *"...Bilirkişi raporunu hazırlarken, raporun dayanağı olan somut ve özel nedenleri bilimsel verilere uygun olarak göstermek zorundadır. HUMK 281. maddesine göre, bilirkişi raporu Yargıtay denetimine de elverişli olacak şekilde bilgi ve belgeye dayanan gerekçe ihtiva etmelidir. Ancak bu şekilde hazırlanmış raporun denetimi mümkün olup hüküm kurmaya dayanak yapılabilir..."* 3. HD, 16.12.2004, 13656/13902 (*İBD,* 2005/3, C. 79, s. 948 vd.).

[1526] Bovey (2011), s. 112 ; Bosshard (2009), s. 211; Guyaz (2011), s. 142. Burada bilirkişi, şayet ulaştığı sonuçlar bakımından tereddüte düşmüşse, bunu bilirkişilik etiği gereği mutlaka belirtmek zorundadır (nitekim bu konu hakkında bkz. yuk. *Üçüncü Bölüm, 1.2.1.2.3).*

2.2. Bilirkişi Raporunun Mahkemeye Sunulması ve Sonuçları

2.2.1. Raporun mahkemeye sunulması

Bilirkişi raporu mahkemeye sunulduktan sonra bu rapor, Hukuk Muhakemeleri Kanununun 280. maddesi gereği taraflara tebliğ edilmekte ve bundan sonra, taraflar bu raporun içeriğine göre, Kanunda belirlenen süre zarfında açıklama ve varsa, itirazda bulunma hakkına sahip bulunmaktadır. Bu, meselenin, esas itibariyle takip eden başlıklar altında ele almaya çalışacağımız yönünü oluşturmaktadır.

Ancak bundan önce, ilgi çekici bulduğumuz bir konu, Fransız hukukunda tartışılmış olup, bilirkişinin esas raporunu sunmadan, bir ön rapor sunma imkânına sahip olup olmadığıdır[1527]. Nitekim genel olarak, Fransız Medenî Usûl Kanununda herhangi bir yasaklayıcı hüküm olmaması karşısında, bilirkişinin yerine getirdiği inceleme sonucunda gerek olduğunu düşündüğü sürece, bunu gerçekleştirebileceği kabul edilmektedir[1528].

Bunun Türk hukuku bakımından mümkün olup olmadığı bağlamında, bilirkişi, mahkemeye kendisine tevdi edilen görevin ne şekilde cereyan ettiği konusunda, hâkim tarafından açıkça sorulmadığı veyahut kendisi tereddüte düşmediği müddetçe herhangi bir açıklamada bulunmak zorunda değildir (m. 278, II). Ancak bunu aynı zamanda hâkimin, gözetim ve denetim yetkisi çerçevesinde her zaman bilirkişiden izahat alabileceği şeklinde kabul etmek gerekmektedir[1529]. Yine de, bu hükümden, tek başına bir ön rapor sunmanın yahut açıklamada bulunmanın mümkün olduğuna ilişkin bir sonuca varamıyoruz. Öte yandan, böyle bir ön rapora imkân sağlanması hâlinde, tarafların buna itiraz hakkı da gündeme gelecek, bilirkişi bir şekilde görüşünü, oyunu belli ettiği için, bundan sonra gerçekleştireceği her türlü inceleme ve buna bağlı olan açıklamalar, görüş aleyhinde olan taraf bakımından tartışmalı hâle gelecektir. Nihayetinde uygulamada da, tespit edebildiğimiz ölçüde, buna ilişkin bir örneğe rastlamamaktayız. Bu son tartışma bir kenara bırakılacak olursa, bilirkişinin görüşünü

[1527] Genel olarak bkz. Moussa (1988), s. 317.
[1528] Bu yöndeki bir istinaf mahkemesi kararı için bkz. CA Paris, 14e ch, B, 27.5.1987 (Zikreden Moussa (1988), s. 317).
[1529] Hâkimin inceleme sırasındaki sevk ve idare yetkisi konusunda bkz. yuk. *Üçüncü Bölüm, 1.1.*

sözlü olarak sunduğu hâllerde, bunu HMK m. 279, fıkra 3 hükmü çerçevesinde gerçekleştirebilecektir[1530].

Bilirkişi görüşünün bir rapor biçiminde hazırlanması hâlinde ise, bunun mahkemeye teslimi ve taraflara tebliği usûlü, Hukuk Muhakemeleri Kanununun 280. maddesinde düzenlenmektedir.

İlk olarak, *raporun teslim usûlü* bakımından Hukuk Muhakemeleri Kanununun 280. maddesinin dikkate alınması gerekmektedir. Buna göre raporun teslim yeri mahkeme olup, bundan anlaşılması gereken, mahkeme yazı işleri müdürlüğüdür[1531]. Nitekim aynı maddede, bilirkişiye daha önce teslim olunan belgelerin, yine teslim edildiği sırada olduğu gibi, bir dizi pusulasına bağlı şekilde iade edileceği de açıkça vurgulanmaktadır (bkz. m. 280).

İkinci olarak, *raporun taraflara tebliği usûlü* konusunda ise, öncelikle ifade edilebilecek olan husus, hukukî dinlenilme hakkının gerçekleştirilebilmesi bakımından, bilirkişinin raporu tartışma imkânının sağlanmasının, raporun vakit geçirmeksizin taraflara tebliğ edilmesine bağlı olduğudur. Hukuk Muhakemeleri Kanununun 280. maddesi, tebligatın duruşma gününden önce yapılmasını öngörmektedir. Bunun nedeni ise, hiç şüphe yok ki, tarafların duruşmada rapora ilişkin görüşlerini sunmaları, bu itibarla, yargılamanın yok yere bir celse daha uzamasının önüne geçmektir. Bu hükmün varlığına karşın, bilirkişi raporu tarafların davet edildiği celsede elden verilmesi hâlinde, ifade ettiğimiz amaç gerçekleştirilemeyecektir.

Raporun tebliğinin öğretide dile getirilen bir işlevi, zamanaşımına etkisi noktasındadır. Nitekim raporun tebliği bir mahkeme usûl işlemi olduğundan, davalıya tebliğ edilmiş olması, alacak zamanaşımının kesilip yeniden başlaması sonucunu doğurmaktadır[1532].

Diğer taraftan raporun tebliğine ilişkin hususların, sadece mahkeme tarafından tayin edilen bilirkişiler değil, taraflarca sunulan uzman görüşleri (m. 293) bakımından da, kural olarak, geçerli olması gerektiği düşüncesindeyiz. Uzmanlar tarafından yerine getirilen inceleme ve sunulan görüşlerin ispat gücünün, mahkeme tarafından tayin

---

[1530] Bkz. yuk. *Üçüncü Bölüm, 2.1.1'*de yer alan açıklamalar.
[1531] Bkz. Kuru (2001), C. III, s. 2742; Berkin (1981), s. 849. Karş. 1086 s. HUMK m. 282. Söz konusu hükümde, raporun mahkeme "kalemine" verileceği açıkça zikredilmektedir.
[1532] Bkz. Nöşatel Temyiz Mahkemesinin bu yöndeki 14.4.1967 tarihli kararını (*RJN, V,* s. 99, 100) aktaran Umar (2011), s. 782.

edilen bilirkişiler tarafından yerine getirilenler ile bir tutulmaması[1533], bunların karşı tarafa usûlünce tebliğ edilmesinden veya HMK m. 293 hükmü gereği, hâkimin söz konusu uzmanı duruşmada dinlemesinden farklı bir konudur. Nitekim, taraflardan biri yahut vekili tarafından mahkeme yazı işleri müdürlüğüne bahsedilen içerikte bir görüşün sunulması hâlinde, kanımızca bu görüşün de, Hukuk Muhakemeleri Kanununun 280. maddesinin uygulanması yoluyla duruşmadan önce karşı tarafa tebliği gerekmektedir.

Raporun birer örneğinin mahkeme kanalıyla değil de, bilirkişi tarafından doğrudan taraflara veya bunların vekillerine gönderilmesi mümkün olabilir mi? Fransız hukukunda, rapor mahkeme kalemine sunulmadan evvel bilirkişi tarafından birer örneği taraflara gönderilmektedir[1534]. Ancak Türk hukuku bakımından sistemin genel yapısının ve ilgili hükümlerin böyle bir hususa imkân tanımadığı düşüncesindeyiz. Diğer yandan böyle bir imkânın varlığı kabul edilse bile, Fransız hukukundan farklı olarak Türk hukukunun açık şekilde bilirkişi raporuna itiraz edilmesini belli bir süre ile sınırlandırmakta olması (bkz. m. 281), bu konuya olumlu yaklaşma ihtimalini önemli ölçüde ortadan kaldırmaktadır.

Öte yandan bilirkişi, raporu teslim ettikten sonra, artık bunun üzerinde bir değişiklikte bulunamaz[1535]. Kaldı ki, eksik veya yetersiz bir hususun varlığı hâlinde hâkim kendisinden bir açıklama isteme imkânına sahiptir[1536]. Bununla birlikte meselenin bilirkişinin ödevlerinden bağımsız düşünülemeyeceği kanısındayız. Bu bağlamda bilirkişi, raporunda bir hususun eksik olduğu düşüncesindeyse, raporu teslim etmiş ve bu rapor taraflara tebliğ edilmiş olması durumunda, söz konusu raporda artık bir değişiklik yapamayacaksa da, bilirkişilik etiği gereği hâkimi durumdan haberdar etmelidir.

[1533] Özellikle bkz. aşa. *Üçüncü Bölüm, 2.3.2.*
[1534] Bu konuda bkz. Devèze, Cozian ve Petitjean (1991), n° 584, s. 214.
[1535] Bkz. Umar (2011), s. 782; Devèze, Cozian ve Petitjean (1991), n° 584, s. 214; Ulukapı (2001), s. 302.
[1536] Devèze, Cozian ve Petitjean (1991), n° 584, s. 214.

2.2.2. Bilirkişi görüşünün taraflarca tartışılması

2.2.2.1. Bilirkişiye doğrudan soru yöneltilmesi

Bilirkişiye doğrudan soru yöneltilmesi bakımından öğretide dile getirilen bir görüş, bunun bilirkişileri daha düzenli rapor hazırlamaya sevk edeceği yönündedir[1537]. Bu görüşe katılıyoruz. Bununla birlikte, kanımızca daha ön plânda olan husus, bilirkişinin hazırlığından ziyade, doğrudan soru yöneltilmesi yönteminin, bilirkişi görüşünün tartışılmasının bir aracı olmasıdır. Davanın taraflarından her birinin karşılıklı olarak bilirkişiye soru yöneltme hakkına sahip olması ve bu hakkı etkin şekilde kullanmaları hâlinde, bilirkişi görüşünün karşılıklı olarak tartışıldığından bahsedilebilir. Bu itibarla, bilirkişiye soru yöneltilmesi, kanımızca hukukî dinlenilme ve ispat hakkının bir gereği olarak karşımıza çıkmaktadır[1538].

Hukuk Muhakemeleri Kanununun bilirkişi incelemesine ilişkin hükümlerinde, tarafların veya vekillerinin bilirkişiye rapor yahut görüşünü mahkemeye sunmasından sonra doğrudan soru yöneltebileceklerine ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Gerçekten de kanun koyucu, Kanunun 279. maddesinde, bilirkişinin görüşünü nasıl sunacağını ve buna ilişkin şeklî hususları düzenledikten sonra, 280. maddede, raporun verilmesini ele almış, bundan hemen sonra bilirkişi raporuna itiraz usûlüne geçmiştir (bkz. HMK m. 281). Buna karşılık taraf bilirkişiliğine (uzman görüşüne) ilişkin 293. maddeye baktığımızda, zikredilen maddenin ikinci fıkrasında taraf bilirkişisinin görüşünü sunmasına mukabil taraf veya vekillerinin karşılıklı olarak soru yöneltebilecekleri hususunun açıkça düzenlendiğini görüyoruz. Diğer taraftan Kanunun tahkikata ilişkin hükümlerinden 152. maddesinde ise, duruşmaya katılan taraf vekillerince bilirkişiye doğrudan soru yöneltilmesine yer verilmektedir.

Tüm bu hükümlerin ışığında, meseleyi ikili bir ayrım altında incelememizin uygun olduğu düşüncesindeyiz. Bunlardan ilki, bilirkişi incelemesine ilişkin hükümler arasında taraflar açısından bu imkânın doğrudan öngörülmüş olmamasının bir eksiklik addedilip addedilemeyeceği, diğer taraftan 152. madde çerçevesinde bilirkişiye soru yöneltme şekli ve usûlüne ilişkindir. İkinci mesele ise, bu sefer taraf bilirkişisinin sağladığı görüşün ne şekilde tartışılacağı noktasındadır.

[1537] Tanrıver (2012), n° 34, s. 29.

[1538] *Aşçıoğlu* bunun aynı zamanda aleniyet ilkesinin de bir gereği olduğu düşüncesindedir. Bkz. Aşçıoğlu (2001), s. 33.

İkincisinden yola çıkacak olursak, esasen taraf bilirkişisine ilişkin 293. maddede, tarafların soru yöneltebilecekleri öngörülmüşken, bilirkişi incelemesine ilişkin hükümlerde buna yer verilmemesi, gerçekten de dikkate değer bir durum teşkil etmektedir. Kanımızca bu durum, kanun koyucunun doğrudan soru yöneltilmesine ilişkin 152. maddede, tanığa ve diğer üçüncü kişiler ile bilirkişiye soru yöneltilmesini öngördükten sonra, aynı hususu bilirkişi incelemesine ilişkin hükümler bakımından tekrar etmeye gerek duymamasından kaynaklanmaktadır. Aslında taraf bilirkişisi, yani uzmanın da, sunduğu görüş teknik anlamda bir delil olarak nitelendirilmiyorsa da, niteliği gereği pekâlâ 152. madde kapsamında bir bilirkişi[1539], bu kabul edilmeyecekse diğer bir üçüncü kişi olarak değerlendirilebileceği kanısındayız. Buna karşılık, kanun koyucu 293. maddede, meseleyi ayrıca zikretmekle kanımızca içerik bakımından uzman görüşünün ne şekilde taraflarca ele alınacağı hususunu belirginleştirmek istemiştir.

Ne var ki, bilirkişiye soru yöneltilmesi ve bu bağlamda onun sağladığı görüşün taraflarca karşılıklı tartışılmasının, salt duruşma usûlüne ilişkin bir hükme indirgenmemesi gerektiği düşüncesindeyiz. Zira, bilirkişi görüşünün sağlıklı tartışılması, gerek onun hükme etkisi esas alındığında bu aşamada yargısal temel hakların sağlanması, gerek hâkimin rapor hakkında kanaatinin oluşmasına elverişli bir katkı sunulması açısından önem taşımaktadır[1540]. Bu açıdan böyle bir yöntem öğretide dile getirildiği gibi kurul hâlinde görevlendirilen bilirkişilerin, müzakere safhasını bir arada gerçekleştirip gerçekleştirmediklerinin denetlenmesine de hizmet eder[1541]. Bilirkişi incelemesinin hükme götürücü işlevi karşısında, onun düzenleme biçiminin de ayrıca anlamlı olduğunu düşünüyoruz.

Mevcut Hukuk Muhakemeleri Kanununun 152. maddesi hükmü uyarınca, soru sorulması usûlü şu şekilde gerçekleşmektedir: Kanun koyucu burada taraflar ve vekilleri bakımından bir ayrımda bulunmaya ihtiyaç duymuştur. Nitekim zikredilen madde çerçevesinde, taraf vekili, bilirkişiye doğrudan soru yöneltebilebilir. Buna karşılık ilgili taraf kendisini bir vekil vasıtasıyla temsil ettirmiyorsa, bu soru ancak hâkim aracılığıyla yöneltilebilmektedir. Esasen bunun işlevi de aslında hukukî bilgiye sahip olmayan, davanın ve somut olarak vakıa meselesi açısından soruyu uygun şekilde formüle edebilecek kapasiteye sahip olmayan tarafa yardımcı olmaktır.

[1539] Bu yöndeki açıklamalarımız ve görüşümüz için bkz. yuk. *Birinci Bölüm, 1.2.4* ve *1.3.2.2.*
[1540] Karş. Tanrıver (2012), n^{o} 34, s. 29.
[1541] Tanrıver (2012), n^{o} 34, s. 29.

2.2.2.2. Bilirkişi görüşüne itiraz edilmesi

2.2.2.2.1. Genel olarak itiraz usûlü ve özellikle itiraz sebepleri

Öncelikle kanun koyucu, bilirkişi raporuna nasıl itiraz edileceği konusunda özel bir şeklî husus öngörmüş değildir. Gerçekten de Hukuk Muhakemeleri Kanununun 281. maddesinin birinci fıkrasından, bu itirazın bilirkişi görüşünde itiraz edilen hususlara yer veren bir dilekçe ile veyahut duruşmada bu noktaların sözlü olarak sunulmasıyla gerçekleştirilebileceği anlaşılmaktadır (bkz. m. 281, f. 1). Öte yandan İsviçre hukukuna baktığımızda da, süre konusuna ilişkin farklı yaklaşımı şimdilik bir kenara bırakacak olursak, meselenin benzer şekilde ele alındığını görüyoruz[1542].

Buna karşılık Fransız hukukunda, bu konuda Türk – İsviçre hukuklarında olduğu gibi açık bir düzenlemeye yer verilmemekle beraber, bilirkişi raporuna hangi gerekçelerle karşı konulacağı noktasında öğreti ve Temyiz Mahkemesi kararlarında bir takım ölçütler getirildiğini görmekteyiz. Nitekim bu ölçütler doğrudan bilirkişi incelemesine ilişkin hükümlerden değil, fakat usûl işlemlerinin hükümsüzlüğüne ilişkin düzenlemelerden doğmaktadır (bkz. C.pr.civ., art. 175 – 178)[1543].

Burada kanımızca, itiraz sebeplerinin belli bir sınıflandırmaya tâbi tutulması tartışılabilir. Ancak ne olursa olsun, bu sebeplerin bilirkişi incelemesinin kendisinden kaynaklanması gerekmektedir. Bir diğer söyleyişle, bilirkişi incelemesinden bağımsız, örneğin bilirkişinin şahsına ilişkin bir takım hususların, bir itiraz sebebi olarak dikkate alınmaması gerekmektedir. Zira, bilirkişinin bağımsızlığı yahut tarafsızlığına ilişkin bir şüphe varsa, burada başvurulması gereken yol bilirkişinin reddidir[1544]. Öte yandan, hâkim de zaten bilirkişi incelemesi sürdüğü müddetçe, sahip olduğu sevk ve idare

[1542] Nitekim İsviçre Federal Medenî Usûl Kanununun 185. maddesinin ikinci fıkrası taraflara Kanunda ifade bulan gerekçelerle ek bir görüş isteme veyahut yeni bir bilirkişi incelemesine başvurma hakkını tanımaktadır (bkz. CPC Suisse, art. 185, al. 2).

[1543] Genel olarak bkz. Redon (2010), n° 584 vd., s. 73 vd.; Bourgeois, Julien ve Zavaro (1999), n° 219 vd., s. 144 vd.

[1544] Nitekim bu konuda bkz. yuk. *Üçüncü Bölüm, 1.2.1.2.2.*

yetkisi çerçevesinde, başta bilirkişi incelemesinin süresinde tamamlanmaması olmak üzere, belli hâllerde bilirkişiyi görevinden alabilir[1545].

Nitekim, usûlî ve esasa ilişkin olmak üzere, itiraz sebeplerinin ikili bir ayrım altında tartışılabileceği kanısındayız. Burada *usûlî itiraz sebepleri*yle murat ettiğimiz hususlar, ilk başta raporun biçimsel olarak taşıması gereken özellikleri taşımaması, ancak daha önemlisi inceleme sürecinin, bilirkişinin seçiminden, raporun teslimine kadar yargılama kurallarına aykırılıklar barındırmasıdır. Öte yandan, usûlî itiraz sebepleri bakımından söz konusu sebebin, kamu düzenine ilişkin olup olmadığının da ayrıca sorgulanması mümkün olabilir. Kamu düzenine ilişkin itiraz hâllerini, raporun mutlak surette hükme esas alınmaması gereğine işaret eden sebepler meydana getirmektedir[1546].

Bilirkişinin bağımsızlığı veya tarafsızlığı konusunda şüphe yaratacak hâllerin, bilirkişi bakımından sadece bir yasaklılık veya ret sebebi oluşturabildiğini biraz yukarıda ifade etmiştik. Bu çerçevede raporun etki altında kalınarak hazırlandığı gibi bir gerekçe, örneğin bilirkişinin maddî bir menfaat edindiği veya bağlı olduğu kurum gereği bağımsız olamayacağı gibi bir sebep, esasen başlı başına bir rapora itiraz sebebi değildir[1547]. Ancak hiç şüphe yok ki şartlar mevcutsa, burada bilirkişinin sorumluluğu mekanizmasının işletilmesi mümkündür. Buna karşılık, bilirkişi kurulunun Kanunda öngörülen sayıda bilirkişiden oluşturulmamasına itiraz imkânı her zaman bulunmakla birlikte, bunun *rapora* itiraz sebebi kapsamında da gerçekleştirilmesi mümkündür[1548].

[1545] Bkz. yuk. *Üçüncü Bölüm, 1.1.*

[1546] Bu noktada her ne kadar kamu düzeni, medenî usûl hukuku bakımından sınırları şimdiye kadar net çizilebilmiş bir kavram ol(a)masa da (kamu düzeni kavramının belirsizliği konusunda, özellikle bkz. Konuralp (2008), s. 133 vd.), inceleme bakımından yargısal temel haklara riayet edilmediği hâller bu kapsamda değerlendirilebilir. Bu itirazların yargılamanın taraflarınca ileri sürülmüş olmasa bile, mahkemenin kendiliğinden dikkate alması ve rapor mahkemeye sunulmuş olsa dahi, bunu hükmüne esas almaması gerekmektedir. Fransız hukuku bakımından bkz. Redon (2010), n^{o} 586, s. 73. Nihayet zikrettiğimiz yazar, bu itirazın ilk defa istinaf aşamasında dahi ileri sürülebileceğini ifade etmektedir ki, Türk hukuku bakımından istinaf kanun yolu açısından bu görüşü doğrudan kabul etmek, bu yol fiilen yürürlüğe girene kadar bir temyiz sebebi olarak ifade edebilmek bakımından bir tereddüt bulunmadığı düşüncesindeyiz.

[1547] Aynı durum yasaklılık sebebinin raporun teslim edilmesinden sonra ortaya çıkması veyahut bir bilirkişi listesine kayıt olmak için gereken özellikleri sonradan kaybetmesine rağmen (örneğin bkz. HMK Bilirkişi Yönetmeliğinin 7. maddesinin (c) ve (ç) bentleri), listeden henüz çıkartılma yaptırımı uygulanmamış veya bir listeye kayıtlı olmasa da bu yaptırım koşullarını barındıran bilirkişiler bakımından da söz konusudur. Bir diğer söyleyişle, bunlar bakımından da rapora itiraz değil, bilirkişinin reddi müessesesinin gündeme gelmesi gerekmektedir. örneğin bilirkişi sayısına ilişkin açıklamalarımız etrafında dile getirmiş olduğumuz üzere, kamulaştırma davalarında bilirkişi kurulunun belli bir sayıda bilirkişiden oluşturulması bir zorunluluktur (Kamulaştırma Kanunu m. 15, f. 4)).

[1548] Ancak burada somut konu bakımından özellikle kamu düzeni kavramıyla ilişkili olarak bir örnek vermek gerekirse, Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, asliye hukuk mahkemesi nezdinde görülen bir davada da,

Nihayet bu bilirkişi kurulunun birlikte görev yapmamış olması, raporun tek bir bilirkişi tarafından kaleme alınmasının, bu anlamda rapora yönelik bir usûlî itiraz şeklinde değerlendirilebilmesi gerekmektedir[1549].

Maddî itiraz sebepleri ise, bilirkişi incelemesine ilişkin usûl kurallarından farklı olarak raporun esasına yönelik sebeplerdir. Maddî (raporun esasına ilişkin) itiraz sebeplerine iki husus içkindir. Bunlardan ilki bilirkişi raporunun, özel ve teknik bilgi bakımından hatalar ve eksiklikler barındırmasıdır. Nitekim Hukuk Muhakemeleri Kanununun 281. maddesinin birinci fıkrasına baktığımızda, itiraz sebeplerinin temelde, raporda yer alan eksiklik ve belirsizliklerin bulunmasına özgülendiğini görüyoruz. İkincisi ise, aslında ilkinin kapsamında olmakla birlikte, raporun özensiz hazırlanmasıdır. Özensizlik, kendisini hem biçimde hem içerikte, kullanılan ifadelerde gösterebilir. Nitekim İsviçre kanun koyucusu, Federal Usûl Kanununun 185. maddesinde, özensizlik, belirsizlik ve yetersiz gerekçelendirme ifadelerine yer vermektedir. Aslında Türk hukuku bakımından baktığımızda, raporun eksiklikler barındırmasının, diğer hâlleri de kapsamına aldığını ifade etmemiz mümkün olabilir.

İtiraz usûlü konusunda ön plâna çıkan diğer bazı hususlar ise, kanımızca şunlardır. İlk olarak, bilirkişi raporuna itiraz edilmesi konusunda avukatın özel olarak yetkilendirilmiş olmasına gerek bulunmamaktadır (bkz. m. 74). Buna karşılık davacı veya davalı tarafta birden fazla kimse bulunmaktaysa bu durumun özellik gösterebileceğinden söz edebiliriz. Nitekim ortada mecburî dava arkadaşlığı söz konusuysa bunların tüm usûl işlemlerini birlikte yapmaları gerektiğinden, bilirkişi raporuna itirazın da ortak şekilde gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Buna karşılık ihtiyarî dava arkadaşları birbirlerinden bağımsız şekilde itirazda bulunabilirler.

üç değil fakat beş kişiden mütevellit bir bilirkişi kurulu oluşturulmuş olmasına yönelik itirazın dikkate alınmamasını bahsettiğimiz çerçevede bir bozma sebebi addedebilmiştir (bkz. 15. HD, 9.11.1979, 1849/2230, *YKD,* 1980/9, s. 1261 – 1268. Zikreden Konuralp (2008), s. 144, dn. 14). Fransız hukuku bakımından bkz. Redon (2010), n^{o} 586, s. 73.

[1549] Nitekim Paris Asliye Mahkemesi, 19. Yüzyılın sonlarında verdiği bir kararda bu hususa dikkat çekmektedir. Özetle üç kişilik bir kurul oluşturulmuşken, sadece iki bilirkişinin raporu kaleme alması bu raporun iptalini gerektirmektedir (bkz. Paris, 27.2.1886, *DP,* 1888, 2, 191. Zikreden Redon (2010), n^{o} 507, s. 64).

2.2.2.2.2. İtiraz süresi

Bilirkişi raporuna itiraz edilmesi veya edilmemesi, etkisini raporun hükme olan etkisinde de gösterebilen, bu nedenle farklı boyutlarıyla düşünülmesi gereken bir konudur. Özellikle, hâkimin bilirkişi görüşüyle bağlı olmamasına rağmen, Yargıtayın neredeyse istikrar teşkil eden uygulaması, rapora bir tarafça itiraz edilmemesi hâlinde, rapor lehine olan taraf bakımından usûlî kazanılmış hakkın doğduğu yönündedir. Bu itibarla, usûlî müktesep hak meselesini aşağıda ayrı bir başlık altında, özel olarak tartışmaya ve bahsettiğimiz uygulamaya eleştiri getirmeye çalışacağız[1550]. Burada ise, açıklamalarımız esas itibariyle, itiraz süresinin niteliği ve süresinde itiraz edilmemesinin sonuçlarını konu edinmektedir.

Yürürlükten kalkan Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanununun 283. maddesi, içeriği itibariyle bu konuya ilişkin bazı belirsizlikleri barındırmaktaydı. Nitekim, zikredilen maddede açıkça bir itirazdan söz edilmemekte, bununla birlikte tarafların eksik ve belirsiz hususlar hakkında bilirkişiden izahat alınmasını bir hafta içinde hâkimden talep edebilecekleri ifade edilmekteydi. Maddenin bir açıklıktan yoksun oluşu karşısında, bu sürenin hak düşürücü nitelikte olmadığı, bu anlamda, tarafların hüküm verilene kadar rapora itiraz edebilme imkânları tartışma konusu olmuştur[1551]. Diğer yandan Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu döneminde bazı yazarlar, bilirkişiden izahat almak ve rapora itiraz etmek yönünde bir ayrımda bulunulması gerektiği yönünde görüş dile getirmişlerdir[1552].

Bu son husus şimdilik bir kenara bırakılacak olursa, bilirkişi süresine itiraz konusundaki geçmiş tartışmaların, Hukuk Muhakemeleri Kanununun bilirkişi incelemesine itirazı düzenleyen 281. maddesinin düzenleme biçimi karşısında artık anlamını yitirmiş olduğu ifade edilebilir. Ne var ki, mesele, belli noktalarda hassaslığını ve önemini kanımızca hâlihazırda korumaktadır.

Esasen bir üst paragrafta zikrettiğimiz madde açıkça "bilirkişi incelemesine itiraz" başlığını taşımaktadır. Bu itibarla, bunun bir itiraz mı yoksa bir başka şey mi olduğu konusunda artık tereddüt duymaya gerek yoktur. Diğer taraftan itiraz süresi Kanunda

[1550] Bkz. aşa. *Üçüncü Bölüm, 2.2.2.3.*
[1551] Örneğin bkz. Deliduman (2007), s. 294.
[1552] Örneğin bkz. Ulukapı (2001), s. 308. Esasen burada ayrımda bulunması yönündeki yaklaşım, kanımızca, takip eden başlık altında ele almaya çalıştığımız üzere Yargıtayın rapora itiraz edilmemiş olmasının, diğer taraf bakımından bir usûlî müktesep hak yarattığı yönündeki uygulamasından kaynaklanan sıkıntılardan doğmaktadır.

açıkça gösterildiğine göre (bkz. HMK m. 94), bunu kesin ve bu itibarla hak düşürücü olarak kabul etmek gerekmektedir. Kanun koyucunun amacının da bu olduğu, yani tarafların bu süre zarfında itiraz etmemiş olmakla itirazda bulunma haklarını kaybedecekleri madde gerekçesinden de anlaşılmaktadır[1553]. Buna karşılık öğretide özellikle *Umar* tarafından, bilirkişi raporuna itiraz süresinin dün olduğu gibi bugün de hak düşürücü bir nitelik taşımadığı, buna karşılık sürenin işlevinin "*mahkemeye hitap eden bir bekleme süresi"* olduğunun dile getirildiğini görüyoruz[1554]. Bu görüşe, gerek 94. madde hükmü gerek gerekçede ifade olunan amaç karşısında, katılamamaktayız.

Burada kanımızca tartışma yaratabilecek yegâne husus, usûlî kazanılmış hak olarak adlandırılan uygulama nedeniyle, itirazda bulunmayan taraf aleyhine ve rapor lehine olan diğer taraf lehine bir sonuç doğma riskidir. Nitekim görüşümüz, burada, usûlî müktesep hak kavramı ve rapora itiraz edilmemesiyle aleyhe bir kararla karşılaşmanın, bir arada değerlendirilemeyecek, birbirinden bağımsız iki husus olduğu yönündedir[1555]. Zira, bilirkişi incelemesi ister bir delil, ister bir delil elde etme yöntemi olarak kabul edilsin, her halükârda hâkim tarafından serbestçe değerlendirilir. İtiraz etmemenin yegâne sonucu, itiraz etmeyen tarafın, bu konudaki hakkını kaybedecek olmasından ibarettir. Buna, karşı taraf lehine usûli müktesep hak doğacağı türünden ek bir sonuç bağlamak, ne delillerin değerlendirilmesinin ne de bilirkişi incelemesinin genel teorisiyle bağdaşmaktadır.

Nihayet rapora itiraz edilmiş olmasının en önemli sonucu, bu itirazın yerinde görülmesi durumunda bilirkişiden ek görüş alınması olabildiği gibi, yeni bir bilirkişi incelemesine başvurulması gereğini de aynı koşullar altında ortaya çıkarmakta olduğudur. Bu konuları da, taşıdıkları önem gereği ayrı başlıklar altında değerlendireceğiz[1556].

[1553] "*(R)apora itiraz için taraflara tanınmış olan… süre, kesin süredir; hak düşürücü bir nitelik taşır"*. Gerekçe için bkz. Yılmaz (2012), s. 1234, 1235, dn. 59.

[1554] Bkz. Umar (2011), s. 784.

[1555] Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu bakımından bu konuda dile getirilen bir görüş, o dönemde söz konusu olan bir haftalık sürenin hak düşürücü süre olarak kabulü durumunda, diğer taraf lehine usûlî kazanılmış hak doğacağını ve bundan kaynaklı olarak bir sıkıntının doğmaması için, hüküm verilene kadar itirazda bulunma hakkının söz konusu olması gerektiği yönündedir. Nitekim bkz. ve karş. Deliduman (2007), s. 297.

[1556] Bkz. aşa. *Üçüncü Bölüm, 2.2.2.4* ve *2.2.2.5*.

2.2.2.3. Bilirkişi raporuna itiraz edilmemesinin usûlî bir kazanılmış hak oluşturmayacağı

Bilirkişi raporuna süresi içerisinde itiraz edilmemiş olması hâlinde, bunun karşı taraf yararına bir *usûlî kazanılmış hak* oluşturup oluşturmayacağı, kanımızca özel olarak tartışılması gereken bir konudur. Aslında, ne 1086 sayılı Kanunda ne de Hukuk Muhakemeleri Kanununda açık bir düzenlemesi bulunan, buna karşılık dayanağını 4.2.1959 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararından[1557] alan usûlî kazanılmış hak, yargılama hukukuna ilişkin çok farklı hâllerde kullanılan bir kavramdır. Bu noktada vurgulanması gereken, usûlî kazanılmış hak müessesesinin Türk hukukuna özgü olduğudur. Velhasıl bu hakkın iki görünümü söz konusudur:

İlki, kaynağını esas itibariyle bahsedilen içtihatta bulmakta ve Yargıtay'ın bozma kararından sonra, mahkemenin uyma kararı vermesi hâlinde bu kararından dönerek *ısrar* ve ayrıca bozma kararının kapsamı dışında kalarak kesinleşmiş olan kısımları hakkında *yeni bir karar veremeyeceği*, bu itibarla taraflardan biri lehine kazanılmış hak doğacağı şeklinde somutlaşmaktadır. Usûlî kazanılmış hakkın ikinci görünüm biçimini ise, bir Kanun hükmüne dayanan yahut hâkim tarafından tayin edilen bir kesin süre içinde sürenin muhatabı, sürenin gereğini yerine getirmezse, bu kimsenin söz konusu hakkı kullanma imkânını kaybedeceği ve karşı taraf lehine kazanılmış hak doğacağı oluşturmaktadır[1558].

Nitekim bilirkişi raporuna itiraz edilmemiş olması da, öğretinin bir kısmında[1559] ve aşağıda ayrıca ele alacağımız Yargıtay kararlarında istikrarlı bir biçimde, bu kapsamda değerlendirilmektedir. Buna göre, tebliğ tarihinden itibaren süresi içerisinde bilirkişi raporuna itiraz edilmediği takdirde, rapor lehine olan taraf bakımından usûlî kazanılmış hak doğmaktadır.

Bu görüşte olan yazarların neredeyse tümü, bilirkişi incelemesi bakımından usûlî kazanılmış hakkın varlığını dile getirmekle birlikte, bilirkişi özelinde ayrıca bir

---

[1557] Bkz. YİBGK, 4.2.1959, 13/5. Ayrıca bkz. YİBGK, 9.5.1960, 21/9 (*KBİBB*).

[1558] Genel olarak bkz.; Y. Karayalçın (2006). Adlî yargıda usûlî müktesep hak. *Prof. Dr. Tuğrul Ansay'a armağan.* Ankara: Turhan, ss. 145 – 169, s. 149 vd; B. Kuru (2006). Usûlî müktesep hak (Usûle ilişkin kazanılmış hak). *Makaleler.* İstanbul: Arıkan, ss. 329 – 341, s. 329 vd.; Akkaya (2009), s. 229 vd.; Deryal (2011), s. 367 vd.; Karslı (2011), s. 575 vd. Ayrıca bkz. G. Kaplan (2004). İdarî yargılama hukukunda usûlü kazanılmış hak. *AÜEHFD, C. VIII, S. 1-2,* ss. 115 – 154, s. 119 vd. Ayrıca bkz. HGK, 12.7.2006, 4-519/527 (*Legal Hukuk Dergisi,* 2007, 52).

[1559] Genel olarak bkz. Kuru (2001), C. III, s. 2753; Karayalçın (2006), s. 151; Yılmaz (2012), s. 1236, 1237; Deliduman (2007), s. 297; Deryal (2011), s. 368.

açıklamada bulunmamaktadır. Örneğin *Karayalçın,* meseleyi yasal kurallara aykırı davranışlardan doğan kazanılmış haklar altında ve eski hâle getirme, dava – cevap, replik – düplik dilekçeleri, temyize başvuru, karar düzelme ve kesin sürenin söz konusu olduğu diğer birkaç hususla birlikte ele almakta, fakat bilirkişi raporuna itirazı da kapsayacak şekilde yalnızca kesin süre içinde hakkını kullanmayan tarafın hakkının düşeceği ve karşı taraf lehine kazanılmış hak doğacağını dile getirmekle yetinmektedir[1560].

Yargıtay'a göre, bilirkişi raporunun davanın taraflarından biri yararına usûlî kazanılmış hak oluşturması için, bilirkişi raporuna itiraz edilmemesi[1561] ile ek yahut yeni bir bilirkişi incelemesi talebinde bulunulmaması[1562] gerekli ve yeterlidir. Yargıtayın yaklaşımını da bir bütün olarak değerlendirmeye çalıştığımızda, ilgili hukuk dairelerinin sayılan bu hâllerin varlığının neden bir usûlî müktesep hak teşkil ettiğine ilişkin herhangi bir somut gerekçe sunmadığını, sadece bahsedilen hâlleri zikrederek raporun artık *kesinleşmiş* olduğundan bahsetmekle yetindiklerini görüyoruz. Nitekim bu doğrultuda savunulan bir görüşe göre, süresinde rapora itiraz etmemek, itiraz etmeyen taraf bakımından raporun kesinleşeceği anlamına gelecektir[1563]. Oysa, neyin kesin delil olduğu, Kanunda zaten açıkça gösterilmiş olup, bunlar dahi kamu düzenine

---

[1560] Karayalçın (2006), s. 151, 152. Ayrıca bkz. ve karş. Bir üst dipnotta zikrettiğimiz yazarlar.

[1561] "*Prof. Dr. K.A. tarafından düzenlenen 31.10.2005 tarihli raporda, ...18.680.843.500 TL hasar, 2.500.000.000 TL değer kaybı ve 2.700.000.000 TL kazanç kaybı tespit edilmiştir. Davacı vekili bu rapor ile belirlenen değer kaybının dışında kalan diğer hususlara itirazı bulunmadığını, davalılar ise, toplam tazminat miktarını kabul etmediklerini söylemişlerdir. İtiraz üzerine Adli Tıp Kurumu'ndan alınan 11.04.2006 tarihli raporda ise, parça ve işçilik bedeli KDV dahil 21.362.130.000 TL olarak tespit edilmiş, bu miktara değer kaybı ve kazanç kaybı bedelleri eklenmiş, sigorta şirketi tarafından yapılan ödemenin mahsubu yapılarak bu rapora göre karar verilmiştir. Ancak, 31.10.2005 tarihli bilirkişi hasar raporunda belirtilen 18.680.843.500 TL parça ve işçilik bedeli davacı tarafından kabul edilmiş olmakla davalılar yönünden usûlî kazanılmış hak oluşturacağı gözetilmeden Adli Tıp Kurumu raporu ile belirlenen parça ve işçilik bedellerinin kabul edilerek fazlaya hükmedilmesi doğru değildir."* 17. HD, 14.11.2006, 5225/8352 (*YKD, C. 33, 2007/3,* s. 514, 515). Ayrıca bkz. *...Davacılar... vekilinin 27.06.2005 tarihli oturumda belirlenen kusuru kabul ettiği anlaşılmaktadır. Bu kabul beyanı karşı taraf lehine usûli kazanılmış hak doğurur. Davacı vekilinin kabul beyanına rağmen, mahkemece 12.09.2005 tarihli Adli Tıp Kurumundan alınan ve davalı Mustafa'nın 6/8 kusurlu olduğunu belirleyen raporun esas alınarak karar verilmiş olması... daha az tazminata karar verilmesi sonuçlarını doğurduğundan verilen kararın bozulması gerekmiştir..."* 4. HD, 5.2.2008, 5458/1222 (*YKD,* C. 34, 2008/5, s. 860 vd.).

[1562] "*Olayda, davacı vekili... yeniden bilirkişi incelemesi yapılmasını da istemediğinden Yerel Mahkeme kararının gerekçesinde açıklandığı gibi, davalı yararına usûlü kazanılmış hak oluşmuştur. Mahkemenin bu durumda kendiliğinden yeni bir bilirkişi incelemesine gitmesi de mümkün değildir. Davacı olayda, tüm dosya kapsamına göre ağır kusurludur... Ancak, davacı vekili... kararı... temyiz ederken, bilirkişi raporunun yetersizliğinden bahsederek yeniden rapor alınması hususunu dile getirmediği gibi, duruşmada imzalı beyanı ile rapora itirazı olmadığını bildirmiştir... O halde; bu somut olayda bilirkişi raporu kesinleşmiştir. Davalı yönünden raporda ki kusur oranı kazanılmış hak haline dönüşmüştür."* HGK, 4.2.2009, 4-823/50 (*YKD, 2009/35 – 7,* ss. 1236 vd.).

[1563] Bkz. Deryal (2011), s. 367.

ilişkin değilken (bkz. m. 200 ve 202), bir usûlî işlemde bulunmamaya o ispat aracı bakımından kesinleşme sonucunu bağlamak kanımızca en hafif ifadesiyle, doğru bir yaklaşım değildir. Hatta Yargıtay, bilirkişi incelemesinin nihayetinde bir takdiri delil olduğuna da işaret etmekte, fakat yine de son tahlilde aynı sonuca varmaktadır[1564].

Usûlî müktesep hakkın varlığını savunan görüş, esas itibariyle hukukî alanda istikrarı temel almaktadır[1565]. Ancak bu görüş de kendi içerisinde çelişkilidir. Zira, burada diğer yandan yapılan şey, hem hakkın hem kendisini hem de istisnasını kamu düzenine ilişkin olarak kabul etmektir[1566].

Öte yandan öğretide savunulan bir görüş, meseleyi salt rapora itiraz edilip edilmemesi çerçevesinde değerlendirip, usûlî kazanılmış hak kavramı nedeniyle, yargılamanın sonuna kadar itiraz edilmesi gerektiği yönündedir[1567]. Oysa bu yaklaşımın, delillerin serbestçe değerlendirilmesi teorisini göz ardı ettiği kanısındayız.

Nitekim, aşağıda özel olarak üzerinde duracağımız gibi[1568], kanun koyucu delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesini tüm deliller bakımından genel olarak düzenlediği gibi, bu prensibi bilirkişi incelemesi bakımından da özel olarak tekrar etmek gereğini duymuştur. Böyle bir yapı içerisinde, kanunî bir temeli olmadığı gibi karşılaştırmalı hukukta da bilirkişilik bakımından inceleyebildiğimiz kadarıyla pek bir emsali bulunmayan, diğer yandan delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesiyle bağdaşmayan bir müesseseyi savunmak kanımızca mümkün değildir[1569]. Aksi yöndeki bir yaklaşım, usûlî müktesep hakkın bulunması durumunda, bir başka bilirkişi raporu da dâhil olmak üzere, diğer tüm delillerin dikkate alınmaması sonucunu doğuracaktır. Bu ise, ne temelde ispat hakkıyla ne de yargılamada gerçeğe ulaşma çabasıyla

---

[1564] Hatta Yargıtay kimi zaman birbirinden farklı hususları, aynı çerçevedeymişçesine değerlendirebilmektedir. "*Bilirkişi raporu takdiri delillerden olup, kısmi davada alacağın dava edilen miktar kadar olduğunu ispat için yeterlidir. Bilirkişi raporunun kazanılmış hak teşkil etmesi verildiği ilk davada hükmedilen miktar için olup, daha önce açılan kısmi davada alınan bilirkişi raporu, sonradan açılan ek davada hakimi bağlamaz. Kısmi davanın tesbite ilişkin bölümü kesin hüküm oluştururken, karara dayanak alınan bilirkişi raporu kesin delil haline gelmez. Açılan ikinci davaya konu edilen alacağın miktarının davacı yanca kanıtlanması gerekir."* 15. HD, 1.10.2007, 2446/5853 (*YKD,* 2009/1, s. 51). Burada kararı *takdiri delil* nitelendirilmesi nedeniyle aktarmış olmakla birlikte, dikkat edilecek olursa, kısmî davadaki inceleme, sadece alacak miktarının belli bir kısmını konu edinmiş olmakla ilgilidir. Yani mesele, kanımızca usûlî müktesep hakkın kendi içerisindeki mantığı ile dahi ilgili değildir.

[1565] Nitekim *Karayalçın'*a göre amaç, taraflar arasındaki uyuşmazlığın zaman, emek ve para israfına sebep olmadan, maddî hukuk kurallarına adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesidir. Bkz. Karayalçın (2006), s. 151. Bu konuda ayrıca bkz. İBK, 9.5.1960, 21/9 (*KBİBB*).

[1566] Bkz. ve karş. Kuru (2006), s. 338 – 341.

[1567] Deliduman (2007), s. 297.

[1568] Bkz. aşa. *Üçüncü Bölüm, 2.3.1.*

[1569] Aynı yönde konuya ilişkin Yargıtay kararlarının eleştirisi ve benzer değerlendirmeler için bkz. Umar (2011), s. 783, 784.

bağdaşacaktır[1570]. Burada son olarak bir kez daha ifade edelim ki, bilirkişi raporuna itiraz edilmemesinin tek sonucu, itiraz hakkının ortadan kalkmasıdır. Bu durum, hâkimin eksik veya yetersiz bir rapora karşı yeniden bir inceleme yaptırmasına engel olmadığı gibi, bu raporu hükmüne esas almak zorunluluğu da yaratmamaktadır.

2.2.2.4. Bilirkişiden ek görüş veya rapor alınması

Bilirkişiden ek görüş veya rapor alınması, bilirkişinin görüşünü sunmasından sonra, ya tarafların itirazı yahut hâkimin raporda bazı eksiklikler veya belirsizlikler bulması durumunda söz konusu olur. Buradaki eksiklikler, aslında çoğu kez, raporun tamamen göz ardı edilmesini gerektirecek nitelikte değildir. Hatta raporun geneli bakımından bir sorun da bulunmayabilir. Bununla birlikte, özellikle vakıaların tespitinde, açık görünür hataların varlığı hâlinde mahkeme ek bir rapor istemekten kaçınamamaktadır[1571].

Kanun koyucu, taraflar açısından ek rapor veya itiraz yoluyla yeni bilirkişi incelemesine başvurulmasını isteme süresi bakımından bir ayrım gözetmemiştir. Nitekim her ikisinin de raporun tebliğinden itibaren iki hafta içinde söz konusu olması gerekmektedir (m. 281, f. 1)[1572]. Öte yandan, hâkim gerekli gördüğü takdirde, her

---

[1570] Bu anlamda bir diğer bilirkişi raporunun değerlendirilmemesi, salt itiraz etmeme vakıasına indirgenebilmektedir. İş yargılaması bakımından söz konusu olan bir sonuç kanımızca bu anlamda çarpıcıdır. *"...ilk bilirkişi raporunda davacı işçinin çalışma süresi olarak altı yıl bir ay onaltı gün kabul edilmiş fakat bu rapora davacı tarafın herhangi bir itirazı olmamıştır. Davalı tarafın itirazı üzerine bir başka bilirkişiden ikinci rapor alınmış bu raporda ise altı yıl altı ay onaltı gün kabul edilmiştir. Mahkemece çalışma süresinin ikinci rapora göre dikkate alınması davalı işveren yararına oluşmuş bulunan usûli kazanılmış hak ilkesine aykırılık teşkil eder. Birinci rapordaki süre gözönünde tutularak hesaplamalar yapılmalıdır…"* 9. HD, 20.3.2002, 3355/4598 (*Tekstil Sanayii İşverenleri Sendikası Dergisi,* 2002/274, s. 36 vd.). Ayrıca bkz. Umar (2011), s. 784.

[1571] Örneğin bkz. "*...Alınan rapor değer biçme yöntemi bakımından yasa hükümlerine uygundur. Arazi niteliğindeki taşınmaza net geliri esas alınarak değer biçilmesinde bir isabetsizlik görülmemiştir. Ancak; ...taşınmaza...değer biçilirken, münavebe ürünlerinin dekara ortalama verim miktarları ile hasat zamanındaki kilogram satış fiyatları üzerinden değer biçilmesi gerekmektedir..."* 5. HD, 23.1.2006, 12927/107 (kararı nakleden Deryal (2011), s. 342). Danıştay'ın da bu konuda ilginç kararları bulunmaktadır. Nitekim bir Gümrük Komisyoncu Yardımcılığı sınavının bazı soruların hatalı olduğu iddiasıyla iptali amacıyla açılan bir davada, bilirkişi soruların yanlış olmadığı yönünde görüş bildirmiş, idare mahkemesi bu görüşü takip ederek davanın reddine hükmetmiştir. Oysa Danıştay kararında işaret edildiği üzere, sınavın yapıldığı tarihte iptal talebine konu edilen soruların ilişkili olduğu mevzuat değişmiş durumdadır. Danıştay'a göre böyle bir durumda idare mahkemesinin mevzuatın değiştiğini dikkate alması ve bilirkişilerden bu doğrultuda ek rapor istemesi gerekirken, rapora dayanması kararın bozulmasını gerektirmiştir. Bkz. Danıştay 10. Daire, 9.2.2005, 3573/367 (*Legal Hukuk Dergisi, 2006/43,* s. 2199 vd.).

[1572] 1086 sayılı Kanun döneminde ise ek rapor istemek için taraflara bir haftalık bir süre tanınmaktaydı. Bu durumun varlığı, söz konusu sürenni ek rapor istemek ve itirazda bulunmak arasındaki farklar

zaman yeniden bilirkişi incelemesina başvurabileceği gibi, ek açıklamalarda bulunması amacıyla bilirkişiyi görevlendirebilir (m. 281, f. 2)[1573]. Ancak aynı bilirkişiden ek rapor alınması, bir sonraki alt başlıkta ele aldığımız ikinci bir bilirkişi incelemesine başvurulmasından ayrı bir meseledir. Esasen ikisi arasındaki temel fark, Hukuk Muhakemeleri Kanununda da son derece açık bir şekilde gösterilmektedir. Ek rapor istenmesindeki yegâne amaç, bilirkişi raporundaki bazı eksikliklerin tamamlanması[1574] veya belirsiz bir takım hususların, örneğin teknik bir takım açıklamaların açığa kavuşturulmasından ibarettir[1575].

Yine burada önem taşıyan bir diğer mesele ise, ek açıklamaların veya raporun, hâlihazırda görevlendirilmiş olan bilirkişi tarafından gerçekleştirilecek oluşudur. Bir diğer söyleyişle, bir başka bilirkişiden ek açıklama alınması, ek rapor değil, ikinci kez bilirkişi incelemesine başvurulması anlamına gelmektedir[1576].

Hatta tamamlayıcı yahut belirsizliği giderici türdeki açıklamaların mutlaka bir rapora içkin olması gerekmeyip, mahkeme söz konusu açıklamaları sözlü alma imkânına da sahiptir (m. 281, II). Bu hüküm gereğince taraflar, raporun kendilerine tebliğ edilmesi üzerine, iki haftalık süre zarfında, bilirkişinin rapora ilişkin sözlü açıklamalarda bulunmasını talep edebilirler. Nitekim bilirkişiye tarafların soru yöneltmesi imkânının tanınması[1577], bir ek rapor dâhilinde açıklama beklemekten daha işlevsel olabilecektir. Nitekim sözlü açıklama hâlinde ne yeniden bir süre söz konusu olacak, ne de ek bir masrafta bulunulacaktır[1578]. Ancak daha önemlisi, bu faraziyede bilirkişiye doğrudan soru yöneltilmesi suretiyle bilirkişinin vakıa ve ona ilişkin uzmanlık dalı hakkındaki bilgisi ve nihayet raporu da ciddî şekilde sorgulanabilecektir[1579].

---

arasında değerlendirilmesi sonucunu doğurmaktaydı. Nitekim bkz. Ulukapı (2001), s. 306; Deryal (2011), s. 341.

[1573] Bu düzenleme biçimi Fransız hukukunda da benzer şekildedir. Nitekim, C. pr. civ., art. 245, al. 1'e göre, hâkim, *teknisyenden, vakıa tespitlerinin veya vardığı sonuçların eksikliklerini gidermesini, bunlara açıklık getirmesini yahut bunları izah etmesini yazılı veya sözlü (duruşmada) olarak her zaman isteyebilir*.

[1574] Örneğin bilirkişi asıl raporda, incelemesini taraflardan sadece birinin belgelerine hasretmişse, buna ilişkin itirazda bulunulması üzerine, diğer tarafın belgelerinin de incelenerek açıklamada bulunulması, ek rapor vasıtasıyla gerçekleştirilebilir. Bkz. 9. HD, 29.2.2012, 421/6479 (*LegalBank*).

[1575] Genel olarak bkz. İsviçre hukuku bakımından ayrıca bkz. Bettex (2006), s. 181.

[1576] Bu meseleyi bilirkişinin tayini bakımından yukarıda ayrıca değerlendirmeye çalışmış bulunmaktayız. Bkz. yuk. *İkinci Bölüm, 3.5.1.*

[1577] Nitekim bilirkişiye doğrudan soru yöneltilmesi bakımından bkz. yuk. *Üçüncü Bölüm, 2.2.2.1.*

[1578] Bkz. ve karş. Bettex (2006), s. 182.

[1579] Fransız hukuku bakımından Leclerc (2005), n^{o} 380, s. 290.

Ancak diğer taraftan, bilirkişiden ek rapor veya açıklama alınması konusunda taraflara tanınmış bir talep hakkı bulunsa da, bu talebin gereği, yani bir eksikliğin veya tamamlanmayı gerektiren bir hususun bulunup bulunmadığı, hâkim tarafından takdir edilecektir (bkz. m. 281, f. 2). Bu takdir yetkisi, ek rapor istenmesinin kötüye kullanılmaması açısından da önemlidir[1580].

Mahkeme, tarafların itirazı üzerine veya re'sen ek rapor alınmasına dair ara kararını verdikten sonra, kural olarak bu karardan dönebilecekse de, bunu da yine bir ara kararıyla gerçekleştirmelidir[1581]. Şüphesiz böyle bir faraziyede mahkemenin ara kararından dönerek ek rapor almamasının gerekçelerini göstermesi gerekir.

2.2.2.5. Yeniden bilirkişi incelemesine başvurulması

Taraflarca, bilirkişi raporuna itiraz edilsin edilmesin, şayet gerekiyorsa, ikinci, hatta üçüncü kez bilirkişi incelemesine başvurmak konusunda karar vermek hâkimin takdir yetkisindedir. Bu konuda, gerek raporun taşıması gereken özelliklerden (özellikle bkz. m. 279, f. 2) gerek Yargıtayın meseleye genel yaklaşımından, bazı ölçütleri çıkarmak ve değerlendirmek mümkündür.

Öncelikle buradaki ilk mesele, sunulan ilk rapor üzerine ek bir rapor veya açıklama alınıp alınmadığıdır. Kanımızca, yeniden bilirkişi incelemesine başvurulması, ilk rapor bakımından söz konusu belirsizlik ve eksikliklerin, bir ek rapor veya açıklamayla giderilemeyeceği hâllere münhasır olmalıdır[1582]. Bu itibarla raporun içeriğinden, ek rapor alınsa dahi, onun uyuşmazlık konusu vakıayı aydınlatmaya elverişli olamayacağı anlaşılıyorsa, sadece bu faraziyede ikinci kez bilirkişi

---

[1580] Nitekim bkz. İsviçre hukuku bakımından bu yönde Bettex (2006), s. 181.

[1581] *"Davacı vekili, bilirkişi raporuna yönelik itirazlarını bildirmiş mahkemece 8.5.2007 tarihli oturumda davacı vekilinin itirazlarının değerlendirilmesi yönünden ek rapor alınmasına dair ara kararı oluşturulmuştur. Buna rağmen mahkemece ara kararın gereği yerine getirilmeden ve bu ara kararından dönüldüğüne ilişkin yeni bir karar verilmeden eksik inceleme sonucu yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir".* 19. HD, 6.5.2008, 9851/4903 (*Prof. Dr. Bâki Kuru Arşivi).*

[1582] Bu doğrultuda Deryal (2011), s. 350. Karş. Umar (2011), s. 785. Nitekim bkz. İsviçre hukuku bakımından bu yönde Bettex (2006), s. 185, 186. İsviçre Vaud Kanton mahkemelerinin de verdikleri bazı eski kararlarda, ek rapor alınmaksızın yeniden bilirkişi incelemesine başvurulamayacağı, bu anlamda yeni bilirkişi incelemesine başvurunun talî olduğu ve her ikisi arasında bir hiyerarşi bulunduğu belirtilmektedir (bkz. *JdT* 1927 III 41; *JdT* 1957 III 63. Aktaran Bettex (2006), s. 186.

incelemesine başvurmak mümkün olmalıdır. Bu yaklaşım, kanımızca usûl ekonomisine ilkesine de uygun düşmektedir[1583].

Diğer yandan mesele, hâkimin bilirkişi raporunu yetersiz bulmasına rağmen, rapordan edindiği bilgiyi kullanmak suretiyle yeniden bilirkişi incelemesine başvurmaktan sarfınazar edip edemeyeceğiyle ilgilidir. Bu durum esas itibariyle, ilk başta hâkimin genel olarak bilirkişi incelemesine başvurmak yerine özel bilgisini kullanıp kullanamayacağını ilgilendirmekte olup, bu konu hakkında yukarıda açıklamalarda bulunmuştuk[1584]. Öte yandan mesele, aynı zamanda bilirkişi raporunun taşıması gereken hususlar ve onun değerlendirilmesiyle de ilgili olan bir hususdur[1585]. Öğretide savunulan bir görüş, hâkimin yetersiz bir bilirkişi raporuna rağmen, yeniden bilirkişi görüşüne başvurmaksızın karar verebileceği yönündedir[1586]. Ancak kanımızca bu durum sadece, bilirkişi raporunun eksiklikleri barındırması ve fakat bu eksikliklerin hâkim tarafından giderilmesinin mümkün olduğu, sadece ve sadece, açık hesap hatası gibi, basit, görünür bir takım hâllere özgü olmalıdır[1587]. Buna karşılık bu husus, raporun esasına ilişkin, bir maddî itiraz sebebi ise, hâkimin kendisinin o konunun uzmanıymışçasına hareket etmesi 266. maddeye aykırıdır[1588].

[1583] Aynı yönde Bettex (2006), s. 186.

[1584] Bkz. yuk. *İkinci Bölüm, 1.7.*

[1585] Nitekim bkz. yuk. *Üçüncü Bölüm, 2.1.2* ve aşa. *Üçüncü Bölüm, 2.3.1.*

[1586] Bkz. Kuru (2001), C. III, s. 2782 vd.

[1587] Bkz. Bettex (2006), s. 186. Ancak bunu yapabilmesi için dahi, raporun esası konusunda bir tereddüt bulunmaması gerekir. Nitekim bkz. "*...Mahkemece alınan bilirkişi raporlarına kısmen itibar edilerek ve re'sen yapılan hesaplama ile davanın kısmen kabulüne karar verilmiş, hüküm davalı şirket vekilince temyiz edilmiştir. HUMK.nun 275. maddesi hükmü gereğince mahkemece çözümü özel ve teknik bir bilgiyi gerektiren hallerde bilirkişi oy ve görüşünün alınmasına karar verilir. Somut olayda anılan yasa hükmü gereğince bilirkişi görüşüne başvurularak 3.5.2000 tarihli rapor alınmıştır. Alınan bu raporda banka alacağının hesaplanmasında temerrüt faiz oranı aylık %160 olarak gösterilmiş, mahkemece de yapılan hesaplamada aynı oran esas alınmıştır. Söz konusu aylık %160 temerrrüt faiz oranının kaynağı ve uygulama nedeni açık olmadığı gibi alınan bu rapor ve mahkemenin alacağın belirlenmesine ilişkin yapmış olduğu hesaplama Yargıtay denetimine imkân sağlayacak nitelikte değildir..."* 19. HD, 11.6.2001, 445/4513 (*Prof. Dr. Bâki Kuru Arşivi*).

[1588] Aynı yönde bkz. Umar (2011), s. 785; Deryal (2011), s. 349. Bkz. ve karş. Bilge ve Önen (1978), s. 550. Ancak burada ifade etmek gerekir ki, bu yaklaşım, bilirkişi incelemesinin konusunu oluşturması gereken hâller bakımındandır. Bir diğer söyleyişle, hâkim, bir şekilde bilirkişiye, genel ve hukukî bilgi ile çözülebilecek bir mesele hakkında başvurmuş olsa dahi, bu verilen görüşle bağlı olmayacağından, kendisi, bu sefer sahip olduğu hukukî bilgi ile, somut mesele hakkında karar verebilmelidir. Nitekim *Kuru'*nun, hâkimin bilirkişi raporuna rağmen, yeniden bilirkişi görüşüne başvurmadan karar verebileceğine ilişkin olarak örnek gösterdiği bir direnme kararında da, mahkeme, kusur oranlarının belirlenmesi için bilirkişi incelemesine başvurmuş, ancak bilirkişi görüşünden elde ettiği bilgiler doğrultusunda ve fakat, bilirkişinin ulaştığı sonuçtan farklı yönde karar vermiştir (bkz. İstanbul Ticaret Mahkemesi, 8.11.1968 tarihli Direnme Kararı, Kuru (2001), C. III, s. 2782 vd.). Ancak kusur kavramı ve onun ait olduğu vakıa ve hukuk alanları bakımından mesele tartışmaya açık olmakla birlikte, kusur oranının belirlenmesi, kanımızca hâkimin görevi gereği gerçekleştirmesi gereken bir husus, bir hukukî meseledir (nitekim bkz. yuk. *Birinci Bölüm, 2.3.2.1*). Bu nedenle aslında mahkeme, kanımızca başta,

Bu noktada kanun koyucu *gerçeğin ortaya çıkması* için gerekli görülmesi[1589] şeklinde bir formülden hareket etmekte, ancak meselenin geneline ilişkin olarak, eksiklik ve belirsizlik gibi hususların varlığına da dikkat çekmektedir (m. 281). Bu hâllerin varlığına rağmen yeniden bilirkişi incelemesine başvurmamak, bilirkişi görüşünün serbestçe değerlendirilmesinden bağımsız olarak, kanımızca aslında tarafların ispat hakkının da ihlâli anlamına gelmektedir[1590]. Nitekim, ikinci bilirkişi incelemesine başvuru konusunda, bahsedilen ölçütler bakımından, Türk kanun koyucusu kanımızca serbest ve kapsayıcı bir yaklaşımı benimsemiştir. Gerçekten de, İsviçre Federal Medenî Usûl Kanununun 185. maddesinin son fıkrasına baktığımızda, özensizlik, belirsizlik ve yetersiz gerekçelendirmeden söz edildiğini görüyoruz. İsviçre hukuku bağlamında *Bettex'in* dile getirdiği gibi, kullanılan ifadeyi önemsiz görmemek gerektiği kanısındayız[1591]. Bu itibarla, Türk hukuku bakımından değerlendirdiğimizde, bir rapor, belirli ve açık ifadeler barındırabilir; özenle kaleme alınmış olabilir; hatta yeter derecede gerekçelendirilmiş de olabilir. Ancak bu durum, oradaki bilginin bilimsel açıdan doğru olduğu anlamına her zaman gelmeyecektir. Bu anlamda öğretide sıklıkla ve haklı olarak dile getirildiği gibi, raporun, özel ve teknik bakımdan yetersiz[1592] olması veya kanaat uyandırmaması[1593] da, kanımızca gerçeğin ortaya konulması için gerekli olan hâller kapsamında değerlendirilmelidir[1594].

HMK m. 266'ya aykırı olarak bilirkişi görevlendirmişse de, vermiş olduğu kararda bu yanlışından dönmüştür.

[1589] Bu ifade HUMK'un mehazı Nöşatel Medenî Usûl Kanununun yürürlükten kalkmadan önceki değişik hâlinde de mevcut olup (bkz. CPC/NE, art. 278), Hukuk Muhakemeleri Kanununda da aynen korunmuştur.

[1590] Ancak burada bir kez daha ifade etmek uygun olur ki, tarafların, kural olarak, ispat hakkının bilirkişilik bakımından görünümü biçiminde, bilirkişi incelemesinden yararlanmak konusunda somutlaşan bir hakları bulunmamaktadır. Bu konudaki açıklamalarımız ve görüşümüz için bkz. yuk. *İkinci Bölüm, 1.6.2*.

[1591] Bettex (2006), s. 189.

[1592] Bkz. ve karş. Postacıoğlu (1975), s. 656; Bilge ve Önen (1978), s. 550; Deryal (2011), s. 349, 350; Alangoya, Yıldırım ve Deren-Yıldırım (2011), s. 367. Ayrıca bkz. Bettex (2006), s. 191. Yürürlükten kalkan CMUK m. 76 hükmü de, raporun kâfi olmamasından bahsetmekteydi. Buna karşılık aynı konuyu ele alan CMK m. 67'de, herhangi bir ifade kullanılmamaktadır. Diğer taraftan, raporun yetersiz olması Federal Medenî Usûl Kanunu öncesinde çeşitli kanton düzenlemelerinde de kullanılagelmiş bir ifadedir. Başta Zürih Medenî Usûl Kanunu olmak üzere (bkz. ZPO/ZH, §181) toplu bir bakış için Bettex (2006), s. 188, dn. 875).

[1593] Bkz. Alangoya,Yıldırım ve Deren-Yıldırım (2011), s. 367.

[1594] Karş. Alangoya, Yıldırım ve Deren-Yıldırım (2011), s. 367; Bettex (2006), s. 189. Yazar, gerçeğin ortaya çıkartılması veya hâkimin yeterince aydınlanmamasının öngörüldüğü hâllerde, yeni bilirkişi incelemesine başvuru taleplerinin çoğu kez reddedilmeyeceği, buna karşılık, raporun yetersiz olması ölçütünün söz konusu olması durumunda, bunun hâkimi aksi yönde hareket etmeye yönlendireceği görüşündedir.

Nihayet, meselenin genel çerçevesi bu olmakla birlikte, bu sefer yeniden bilirkişi incelemesine başvurmaya imkân tanıyan somut hâller bakımından, bazı hususları dile getirebiliriz. Bu anlamda, *asıl rapor ile ek rapor arasında bir çelişkinin varlığı veya doğrudan farklı sonuçlara ulaşılması*[1595], bir bilirkişi raporu alınmışken, rapor aleyhine olan tarafın *aynı vakıa meselesi hakkında görülmekte olan bir başka davada alınan bir bilirkişi raporuna dayanması*, her iki raporda varılan sonuçların birbirinden farklı olması[1596], yukarıda meselenin genel çerçevesi bakımından dile getirdiğimiz gibi, raporun *gerekçesiz*[1597] ve *belirsiz*[1598] olması, raporun, *yeterli ve inandırıcı görülmemesi*[1599], bilirkişi kurulu oluşturulmasına rağmen, *raporun sadece tek bir bilirkişi tarafından kaleme alınması*[1600] gibi hâller, özellikle ikinci bilirkişi incelemesine başvurulması bakımından dikkat çekicidir.

Bilirkişilerin yaptıkları inceleme neticesinde ulaştıkları sonuca oy çokluğuyla varmaları, tek başına bir rapora itiraz sebebi olamayacağı gibi, yeniden bilirkişi incelemesine başvurulabilmesi için de kural olarak yeterli olmamalıdır. Bununla birlikte, raporda hiçbir şekilde oy çokluğu sağlanamıyorsa, örneğin üç bilirkişinin üçü

[1595] Nitekim "*...aynı bilirkişinin kök raporu ile ek raporunda farklı sonuçlara ulaşacak şekilde görüş bildirmesi ve mahkemece bu çelişki gözetilerek yeniden bilirkişi incelemesi yaptırılması gerekirken bilirkişi ek raporunun hükme esas alınması doğru görülmemiştir."* 19. HD, 29.4.2010, 7517/5246 (*Prof. Dr. Bâki Kuru Arşivi)*.

[1596] Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararına konu olan olayda, bir endüstriyel tasarıma tecavüz iddiasıyla görülmekte olan davada, yerel mahkeme, Genel Kurul kararından anlaşıldığı kadarıyla içinde tasarım uzmanı bulunup bulunmadığı belli olmayan bir bilirkişi kuruluna incelemeyi yaptırmıştır. Bilirkişi kurulunun raporuna itiraz eden karşı taraf ise, bir başka davada başvurulmakla birlikte aynı vakıa meselesi hakkında (davacının aynı tasarımı) alınan bir bilirkişi raporuna dayanmıştır. Her iki raporda varılan sonuçların birbirinden farklı olması karşısında, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, iki rapor arasındaki çelişkiyi gideren ve içerisinde tasarım konusunda bir uzmanın da yer aldığı bir başka kurul tarafından yeni bir bilirkişi incelemesine başvurulması gerektiğini belirtmektedir. Bkz. HGK, 12.3.2008, 11-234/244 (*İBD, C. 83, 2009/4,* s. 2064 vd.).

[1597] Bkz. 20. HD, 13.7.1993, 11719/6273 (karar metni için bkz. Deryal (2011), s. 351).

[1598] Bkz. 1. HD, 13.12.1995, 15539/16588 (karar metni için bkz. Deryal (2011), s. 351).

[1599] Bkz. 1. CD, 30.10.1985, 3266/3702 (karar metni için bkz. Deryal (2011), s. 351).

[1600] *"...Aynı konuda rapor vermekle görevlendirilen bilirkişiler işi aralarında görüşüp birlikte rapor vermeleri gerekir. Bilirkişiler ayrı ayrı rapor veremezler. Ancak aynı kurul içinde görevlendirilmiş, fakat konuları değişik olanların ayrı rapor vermeleri mümkün olduğu gibi, azınlıkta kalan bilirkişi ayrı bir rapor verebilir. Somut olayda bu kurallara uyulmadan aynı konuda uzman olan bilirkişilerin ayrı ayrı rapor verdikleri ve birbirlerinin görüşünden haberdar olmadıkları anlaşılmaktadır. Usûle aykırı olarak alınan ve yeterli olmayan bilirkişi raporuna göre hüküm kurulması doğru görülmemiştir. Yapılacak iş, konusunda uzman yeni bir bilirkişi kurulundan iddia ve savunmalar da değerlendirilmek suretiyle rapor alınarak cihazın ayıplı olup olmadığının belirlenerek uygun sonuç dairesinde bir karar vermekten ibarettir..."* 19. HD, 15.4.2005, 8061/4139 (*YKD,* 2005/9, s. 1424 vd.).

de farklı görüşteyse, bu durum karşısında yeniden bilirkişi incelemesine başvurulabilir[1601].

Diğer yandan, *raporlar arasında çelişki bulunması,* özellikle üçüncü kez bilirkişi incelemesine başvurulması bakımından karşımıza çıkan bir gerekçedir. Esasen bu konu, bilirkişi raporunun değerlendirilmesi bakımından ayrıca üzerinde duracağımız bir meseledir[1602]. Burada ise, konuyu salt yeni (ikiden fazla) bilirkişi incelemesine başvurulması ve etkileri bağlamında değerlendirmek istiyoruz:

Nitekim, Hukuk Muhakemeleri Kanununda aynı vakıa meselesi hakkında kaç kere bilirkişi incelemesine başvurulabileceği konusunda bir sınırlama veya bir üst sınır yoktur (bkz. m. 281, f. 3). Bu konuda Yargıtay'ın yaklaşımı, ilk iki (hatta daha fazla) bilirkişi raporu arasında çelişki[1603] bulunmaktaysa, bu çelişkinin alınacak yeni bir bilirkişi raporu vasıtasıyla giderilmesi doğrultusundadır[1604]. Ancak kanımızca mesele, biraz daha geniş düşünülmeli ve eğer bu çelişki, ilk bilirkişi raporu ile diğer ispat araçları arasında ise, bu durumda da yeni bir incelemeye başvurulabilmelidir[1605].

Buradaki temel problem, ilk bakışta, iki ve özellikle ikiden fazla bilirkişi incelemesine başvurunun gerek yargılama süresine gerek yargılama masraflarına, yani usûl ekonomisi ilkesine olumsuz etkisidir. Yargıtay kararlarında bu soruna kısmen

---

[1601] "*…(B)ilirkişilerden bir tanesi diğer bilirkişi tarafından düzenlenen raporda yazılan görüşlere itibar etmeyerek ayrı rapor düzenlemiş; bir diğeri de iki rapor arasındaki farklılığa nazaran dört kalem alacak hakkında diğer rapordaki görüşe iştirak ettiğini bildirmiştir. Raporlarda bütün alacak kalemleri hakkında ittifak bulunmadığından, taraflar bu rapora da itiraz etmişlerdir. Bu durumda mahkemece yeniden oluşturulacak uzman bilirkişi kurulundan… yeni bir rapor alınarak varılacak uygun sonuca göre bir karar oluşturulmalıdır."* 19. HD, 21.6.2007, 2158/6480 (T. Uyar (2009). *İcra ve iflâs kanunu şerhi, C. X.* Ankara: Feryal, s. 16454).

[1602] Bkz. aşa. *Üçüncü Bölüm, 2.3.1.*

[1603] Yargıtay bazen bunun ölçüsünü "*önemli oranda çelişki*" şeklinde dile getirmektedir. Örneğin bkz. 15. HD, 15.12.2011, 1669/7567 (*LegalBank*).

[1604] Örneğin, "*...B.. Mahkemesinin… esas alınan…kusur raporuyla, davalı ...Şirket %90, sigortalı… ise %10 kusurlu bulunurken; ...yeniden alınan…kusur raporunda ise, davalı ....%60, sigortalı ise %40 kusurlu bulunmuştur. ...her iki kusur raporu arasında açık çelişki meydana gelmiştir. ...anılan raporlar arasındaki açık çelişkinin giderilmesi amacıyla, aralarında işçi sağlığı ve iş güvenliği uzmanı da bulunan, konusunda uzman bilirkişi kurulundan usûlünce rapor alınmalı ve varılacak sonuç çerçevesinde karar verilmelidir."* "10. HD, 3.5.2012, 3568/7859 (*LegalBank*); "*...Mahkemece alınan 1.ve 2. bilirkişi raporlarında davacının sorumluluğu yönünden farklı sonuçlara varılmıştır. Davalı son alınan rapora itiraz ederek çelişkinin giderilmesi yönünden yeni bir rapor alınmasını istemiştir. Bu durumda mahkemece, itirazlar da gözetilerek raporlar arasındaki çelişkinin giderilmesi için seçilecek üç kişilik uzman bilirkişi kurulundan yeni bir rapor alınarak uygun sonuç dairesinde bir karar verilmesi gerekirken…"* 19. HD, 19.4.2010, 8264/4685 (*Prof. Dr. Bâki Kuru Arşivi).* Aynı şekilde 15. HD, 18.9.2007, 4403/5430 (*YKD,* 2008/10, s. 1983 vd.). Üç bilirkişi raporu arasındaki çelişki bakımından, bkz. 6. HD, 25.10.2011, 9875/11510 (*LegalBank*). Ayrıca bkz. 10. HD, 25.10.2011, 7218/14660 (*LegalBank*). Ayrıca diğer bazı kararlar için bkz. Deryal (2011), s. 352 vd.

[1605] Örneğin bkz. 7. HD, 17.1.2012, 2506/105 (*LegalBank*).

temas edildiğini görebiliyoruz[1606]. Yine İsviçre Federal Mahkemesi de, birbiriyle kısmen çelişen bilirkişi raporlarının bulunmasına rağmen, uyuşmazlık konusu vakıaya ilişkin olarak hâkimin bir noktaya varabildiği hâllerde yeniden bilirkişi incelemesine başvurmasına gerek olmadığı yönünde görüş bildirmektedir[1607].

Yukarıda bilirkişinin tayinine ilişkin fasılda dile getirdiğimiz gibi, gerek ikinci, gerek üçüncü sefer bilirkişi incelemesine başvurulması hâlinde, daha evvel görevlendirilmiş olan bilirkişi tayin edilemeyecektir[1608].

Genel olarak konu kapsamında aktarmış olduğumuz yargı kararlarının çoğundan çıkardığımız sonuç, iki veya daha fazla bilirkişi incelemesine gidilmesinde, vakıa hakkında uzman bilirkişinin tayin edilmemiş olmasının önemli bir yeri olduğudur. Bu nedenle, bilirkişi listelerinin ciddî bir şekilde oluşturulmasının önemi, bu noktada kanımızca bir kez daha ortaya çıkmaktadır. Ancak ikinci ve üçüncü (ve diğer) bilirkişi incelemesinin yegâne işlevi, önceki raporlardaki eksiklik ve çelişkilerin giderilmesi, fakat bu sefer gereken uzmanlık dalında, uzman olan kimse tarafından yerine getirilmesinden ibaret değildir. Burada kimi hâllerde öne çıkan bir başka işlev, kanımızca, *bir önceki raporu değerlendirme amaçlı* bilirkişi incelemesine başvurulmasıdır.

Gerçekten de, kimi zaman başvurulan yeni bilirkişi incelemesi, vakıanın bir kez daha yeniden ele alınması kadar, önceki bilirkişi raporlarını da konu edinebilmektedir. Bu tip durumlarda ikinci veya üçüncü bilirkişi incelemesi, önceki bilirkişi incelemelerinin niteliğini, güvenilirliğini ve inandırıcılığını, hatta değerini, denetleyici ve değerlendirici bir işleve bürünmektedir. Yargıtayın kimi kararları bu konuda dikkat çekicidir:

[1606] *"...Bu süreçte, iki kez keşif ve üç defa da bilirkişi görüşü alınmasına karşın davanın esası çözümlenmemiştir. Yargılama aşaması bakımından, adil yargılanma hakkının bir görünümü olan çabuk, basit ve ucuz yargılanma hakkı ile bu ilkelerin yalnız taraflarla sınırlı olmadığı ve kamusal boyutunun varlığı da unutulmuştur..."* 4. HD, 6.11.2002, 7810/12411 (*YKD,* 2003/4, C. 24, s. 528 vd.). Aynı bilirkişilerden, aynı konuda, ek açıklama değil fakat ikinci bir rapor istenmesiyle ilgili olarak *"...(ö)te yandan; dosya içerisine delil olarak sunulan S.S.K. tarafından işveren aleyhine açılan rücü davasında alınan kusur raporundaki bilirkişiler görüşleri önceden bildirmiş olmasına karşın; aynı bilirkişilerden; aynı olayla ilgili ikinci bir rapor alınması da usûl ekonomisi ve maddi gerçekliğin saptanması yönünden bir fayda ifade etmeyeceği açıktır. Yapılacak iş; işçi sağlığı ve iş güvenliği konullarında uzman farklı bilirkişilerden; iki rapor arasındaki çelişkiyi giderecek şekilde yeniden rapor almak ve sonucuna göre karar vermekten ibarettir..."* 21. HD, 6.12.2005, 9397/12601 (*LegalBank*).

[1607] Örneğin bkz. ATF 114 II 200. Zikreden Bohnet (2005), s. 425, n^{o} 2.

[1608] Bu yöndeki açıklama ve değerlendirmelerimiz için bkz. Yuk. *İkinci Bölüm, 2.2.5.1.*

Nitekim Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin kararına konu olan bir olayda, ilk derece mahkemesi, alınan bilirkişi raporuna davalı tarafın itirazı üzerine aynı bilirkişiden ek bir rapor istemiş, alınan ve bu sefer davalının lehine olan ek rapora dayanarak hüküm kurmuştur. 11. Daire vermiş olduğu kararda, ilk derece mahkemesinin ek raporu hükmüne esas almış olmasını neden eksik inceleme olarak addettiğinin gerekçesini açıklamamakla birlikte, *dava konusu alanda uzman başka bir bilirkişi ya da kurulundan, asıl ve ek raporu irdeleyen* bir rapor alınması gerektiğine karar vermiştir[1609].

Yine bu sefer Hukuk Genel Kurulunun kararına konu olan bir direnme kararı vesilesiyle yapılan inceleme sırasında, ilk derece mahkemesinin daha evvel alınmış olan bilirkişi raporlarını değerlendirmesi amacıyla bir "*hukukçu*(*!*)" bilirkişinin görevlendirilmiş olduğu ifade edilmektedir. Bununla birlikte Genel Kurul, bahsedilen husus hakkında, olumlu veya olumsuz, herhangi bir değerlendirmede bulunmamıştır[1610].

Aslında her iki karar bakımından da geçerli olmakla birlikte, özellikle ilk dikkat çekmeye çalıştığımız 11. Dairenin kararında, açıkça diğer raporları değerlendirme amaçlı bir bilirkişi incelemesine işaret edilmektedir. Kanımızca bu yaklaşım, daha en başta Hukuk Muhakemeleri Kanununun 266. madde hükmüne aykırıdır. Aslında hâkim, burada bilirkişiyi açıkça bir ispat vasıtasını kendisi yerine değerlendirmekle görevlendirmekte, bunu yapmamışsa, Yargıtay tarafından böyle bir yola başvurmaya sevk edilmektedir. Nihayetinde ikinci ve üçüncü inceleme vesilesiyle görevlendirilen bilirkişinin, kendisinden önceki rapor ve görüşlerden yararlanması başka şey, doğrudan bu raporları, hâkim için değerlendirmesi bir başka şeydir. Bu ise kanımızca yargılama yetkisinin devrinden başka bir şey değildir.

[1609] Bkz. 11. HD, 23.1.2006, 86/377 (*MİHDER, 2006/2,* s. 1126 vd.).

[1610] *"...Ankara 19. Asliye Hukuk Mahkemesince 2003/281 E. sayılı dosyada yapılan yargılama sonucunda kısmi davada alınan bilirkişi raporlarını değerlendiren hukukçu bilirkişi asıl ve ek raporlarına dayanılarak, kısmi davadaki olgular da değerlendirilerek, dava kısmen kabul kısmen reddedilmiştir..."* Bkz. HGK, 18.4.2007, 15-126/210 (*Legal Hukuk Dergisi,* 2008/66, s. 1989 vd.).

2.3. Bilirkişi İncelemesinin Hükümdeki Yeri

2.3.1. Hâkimin bilirkişi görüşüyle bağlı olmaması ilkesi ve sınırları

2.3.1.1. Hâkimin bilirkişi görüşüyle bağlı olmaması ilkesinin genel çerçevesi

Bilirkişi incelemesi hakkındaki temel formüllerden bir tanesi, *bilirkişi görüşünün serbestçe takdir edileceği* yahut bu *görüşün hâkimi bağlamadığı* biçiminde tezahür etmektedir. Bu formül Kanunda, "*(h)âkim bilirkişinin oy ve görüşünü diğer delillerle birlikte serbestçe değerlendirir*" şeklinde ifade edilmektedir (m. 282; karş. 1086 s. K. m. 286). Söz konusu ilkenin, delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesinden bağımsız şekilde ele alınabilmesi, ikisi arasındaki ilişki nedeniyle mümkün değildir. Öte yandan meselenin genel çerçevesinin çizilmesinde, kanun koyucuyu bilirkişi raporunun ne şekilde takdir edileceğine ayrıca işaret etmeye yönelten nedenler ve nihayet düzenleme biçimi, ayrıca önem taşımaktadır.

Delillerin değerlendirilmesi ile bilirkişi raporunun hâkimi bağlamaması ilkeleri arasındaki ilişki bakımından, bu aşamada genel hatlarıyla şunları ifade etmemiz mümkündür. Hâkimin delilleri serbestçe değerlendirmek konusunda sahip olduğu yetkinin kaynağı (m. 198), onun vicdanî kanaatine göre hüküm verecek olmasıdır[1611]. Nitekim, delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesinin söz konusu olduğu hâller bakımından, hâkim, dava malzemesini, taraflarca sunulan delilleri, nihayet gerek talep üzerine gerek re'sen başvurduğu, keşif icrası ve bilirkişi incelemesi gibi yöntemler sonucunda elde edilen deliller ile görüşleri serbestçe değerlendirir ve hükmünü kurar. İşte bu yapı içerisinde, bilirkişi incelemesi neticesinde mahkemeye sunulan ve uyuşmazlık konusu vakıanın ispatına yarayan her türlü malzeme de, serbestçe

[1611] Genel olarak bkz. Üstündağ (2000), s. 600 vd.; Hohl (2001), s. 213; Schweizer (Bohnet, Haldy, Jeandin ve Tappy) (2011), n° 3, s. 630, 631; Bettex (2006), s. 197; Bovey (2011), s. 108; Ferrand (2006), n° 473, s. 173. Ayrıca bkz. ve karş. Alman hukuku bakımından delillerin serbestçe değerlendirilmesi bağlamında açıkça vicdani kanaat doğrultusunda hükmün verileceğine işaret eden dZPO § 286. Gerçekten de vicdanî kanaate göre hüküm verecek olmak ve delilleri serbestçe değerlendirmek birbiri ile doğrudan ilişkili iki kavramdır. Bununla birlikte vicdanî kanaat kavramından bahsettiğimizde bunun iki ayrı yönünün bulunduğunu görmekteyiz. Bunlardan ilki, onun sübjektif yönüdür. Bununla kastedilen, hâkimin kanaatini vicdânen güçlendirmesidir. İkincisi ise, bu kanaatin kendisine rasyonel bir dayanak bulmasıdır. Nitekim vicdanî kanaat kavramının gelişimi içerisinde onun rasyonel yönü giderek ön plâna çıkmaktadır (bkz. Burnand (2004), n° 24, s. 103, 104). Onun bu objektif tarafı aşağıda takip eden paragraflarda dikkat çekmeye çalıştığımız gibi, tüm ispat araç ve yöntemleri bakımından olduğu gibi bilirkişi görüşünün değerlendirilmesinde son derece önemlidir.

değerlendirilebilecek birer vasıta olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak bu serbestlik olarak ifade ettiğimiz hususlar, delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesinin olumlu yönünü meydana getirmektedir. Buna karşılık, tutarlılık arz eden ispat araç ve yöntemlerinin, bu çerçevede sunulan her türlü malzemenin keyfî olarak reddedilemeyecek olması, delillerin değerlendirilmesi ilkesinin olumsuz yönünü ortaya koymaktadır[1612]. Bu noktalar bilirkişi incelemesi bakımından da aynen geçerlidir[1613].

Kanun koyucu, Hukuk Muhakemeleri Kanununun 198. maddesi hükmünde, Kanundaki istisnalar haricinde hâkimin delilleri serbestçe değerlendireceği ilkesini öngörmüş, fakat bilirkişi incelemesi bakımından, bu ilkeyi bir kez daha vurgulama ihtiyacı duymuştur[1614]. Esasen bu konuda çeşitli yabancı ülke hukuklarında farklı tercihlerde bulunulduğunu da görüyoruz. Nitekim ilk tercihe karşılık gelen İsviçre hukukunda, delillerin değerlendirilmesi konusunda genel ilkeye işaret edilmekte, bilirkişi raporunun değerlendirilmesi yahut bağlayıcılığı konusunda ayrı bir düzenleme bulunmamaktadır (bkz. CPC Suisse, art. 157)[1615]. İkinci tercihe karşılık gelen Fransız Medenî Usûl Kanununda ise, hâkimin, *teknisyenin* tespitleri yahut vardığı sonuçlarla bağlı olmadığı açıkça düzenlenmektedir (C. pr. civ., art. 246)[1616].

Bilirkişi görüşünün hâkimi bağlamadığı hususuna Kanunda açıkça yer veren sistemler bakımından bunun nedeni, bilirkişi incelemesinin diğer ispat araç ve yöntemlerine göre taşıdığı özelliklerde, diğer yandan uygulamanın bilirkişi görüşüne atfettiği önem ve değerde aranmalıdır. Bu yaklaşım biçimi, hâkime bir bakıma uyarı işlevi görmekte; ancak ondan daha önemlisi, onun bilirkişi görüşüne göre bağımsızlığı

[1612] Nitekim bu gerekçelendirme yükümlülüğü ile de ilgilidir. Genel olarak bkz. Yıldırım (1990), s. 199 vd.; Üstündağ (2000), s. 601; Habscheid (1981), s. 432 vd.; Hohl (2001), s. 215; Schweizer (Bohnet, Haldy, Jeandin ve Tappy) (2011), n° 3, s. 630, 631. Gerekçenin hukukî dinlenilme hakkı bakımından önem ve yeri konusunda ayrıca bkz. Özekes (2004), s. 166 vd.; Boran Güneysu (2011), s. 40 vd.

[1613] Bilirkişi incelemesi özelindeki değerlendirme bakımından söz konusu olan ölçütleri bir sonraki başlık altında değerlendirmeye çalışacağız (bkz. aşa. *Üçüncü Bölüm, 2.3.1.2*).

[1614] Nitekim bu husus, ne tanık beyanında ne de keşif icrasında yeniden ifade edilmektedir.

[1615] Ayrıca bkz. Vouilloz (2009), s. 844. Bununla birlikte ifade etmek gerekir ki, Federal Medenî Usûl Kanunu öncesi dönemde, Nöşatel ve Vaud gibi bazı Kanton kanunlarında bilirkişi incelemesinin serbestçe değerlendirileceği hususu ayrıca zikredilmektedir (nitekim bkz. CPC/N, art. 281; CPC/VD, art. 243).

[1616] Ancak bu hukuk sisteminde de, delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesi, senetle ispat kurallarına ilişkin hükümler istisna olmak üzere, tanınmakta, fakat bu konuda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu konuda genel olarak bkz. J.-L. Mouralis (2011), Preuve. 2° Règles de preuve. *Rép. civ. Dalloz*. s. 82, n° 615 vd. Yine Fransız hukukunu takiben Belçika Yargılama Kanunu da, hâkimlerin kanaatleri farklı yönde olduğu sürece, bilirkişinin sağladığı görüşü takip etmek zorunda olmadıklarına yer vermektedir (art. 989, CJ).

vakıasına da vurgu yapmaktadır[1617]. Bu itibarla aslında bu ilke, hâkim için bir imkândan çok bir zorunluluğa karşılık gelmektedir. Bir başka deyişle, hâkim bilirkişi görüşünü serbestçe değerlendirmek zorundadır[1618].

Bununla birlikte, benzer bir tercihte bulunan Fransız (ve Belçika) hukuku ile Türk hukuku arasında, düzenleme biçimi bakımından ilgi çekici olan bir farklılık, zikredilen hukuklarda, "*hâkimin bilirkişi görüşüyle bağlı olmaması*"na vurgu yapılmasına karşılık, Türk hukukunda, görüşün serbestçe değerlendirileceğinin ifade edilmiş olmasıdır[1619]. Bu iki ifade biçimi arasında bir fark bulunmakta mıdır? Burada kimi zaman bir delil niteliğine sahip, kimi zaman ise, bir görüş şeklinde çeşitli değerlendirme vasıtaları hâkime sunulmakta ve değerlendirilmektedir. Ancak bir tanık beyanı yahut belgeden farklı olarak, bilirkişinin işlevinin hâkime yardımcı olmakla sınırlı olması, sağlanan görüşle bağlı olmamaya, bir diğer ifadeyle bu görüşü takip etmek durumunda olmadığına vurgu yapılması bize daha anlamlı gözükmektedir[1620].

Nihayetinde çalışmamızın başında da ifade ettiğimiz gibi, bilirkişinin görevi hâkime bir görüş sunmak, onu aydınlatmaktan ibarettir. Bu anlamda, bilirkişi yargısal tasım faaliyetinin küçük önermesinde aktif bir rol oynamaktaysa da[1621], sunulan görüş üzerine, uyuşmazlık konusu hakkında karar vermek salt hâkime ait olan bir yetkidir. Mesele basit görünmesine rağmen, bilirkişi görüşünün hâkimi bağlamadığı ilkesi, hâkimin bilirkişi tarafından sunulan görüşü, nasıl, yani sahip olduğu hangi vasıtalarla takdir edebileceği, bu görüşe katılmıyorsa, hangi imkânlara sahip olduğu noktasında düğümlenmektedir. Öte yandan uygulamada sıklıkla karşımıza çıkan bir diğer husus da, mahkemelerin bilirkişi görüşünü *kayıtsız şartsız* kabul etmekte oluşudur. Nitekim bu durum da, yargılama yetkisinin bilirkişiye devri anlamına gelmektedir[1622].

[1617] Ayrıca bkz. Closset-Marchal (1994), s. 17.

[1618] Bkz. Mouralis (2011), n° 619, s. 84.

[1619] Yürürlükten kalkan Nöşatel ve Vaud Kantonu Medenî Usûl Kanunlarında da bu ifade biçimi söz konusudur (bkz. CPC/N, art. 281; CPC/VD, art. 243).

[1620] Ancak ne olursa olsun, bu yaklaşımımız bir kez daha, söz konusu görüşe tanınan vasfın bir takdiri delil vasfı olması karşısında, hangi koşullar dâhilinde kabul veya reddedileceğinin belirlenmesinde, işin esası bakımından, bir farklılık yaratmamaktadır.

[1621] Bkz. yuk. *Birinci Bölüm, 2.2.2*.

[1622] Bkz. Leclerc (2005), n° 200, s. 162 vd. Ayrıca bkz. Bettex (2006), s. 116; Bovey (2011), s. 110. Fransız Temyiz Mahkemesinin bazı kararlarında genel itibariyle şu çerçevede dile getirildiği gibi, raporun hükme esas alınması, kayıtsız şartsı bir onay biçiminde olmamalıdır. Tarafların iddia ve savunmaları çerçevesinde, raporda unutulan veya yanlış olan hususlara da dikkat çekilmesi gerekir (Cass. soc., 18.3.1960, *Bull. civ.,* IV, n° 284; Cass. civ., 3e, 23.3.1994. Zikreden Redon (2011), n° 602, s. 75).

Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanununun yürürlükte olduğu dönem boyunca, bilirkişi görüşünün serbestçe değerlendirilmesi *veyahut* hâkimi bağlamamasının anlam ve içeriği konusunda, birbirine yakın olmakla birlikte, belli nüanslarla ayrılan çeşitli görüşler dile getirilmiştir[1623]. Esasen bu görüşleri burada ayrı ayrı ele almamakla birlikte[1624], kendi yaklaşımımızı, bu ve takip eden başlıklarda somutlaştırmak istiyoruz.

Meselenin geneli bakımından kanımızca *ilk olarak*, bilirkişi görüşünde yer alan *tespit* ile *değerlendirmeler* arasında bir ayrımda bulunmanın gerekip gerekmediği üzerinde durulmalıdır. Esasen bilirkişi incelemesinin içeriği bakımından önem taşıyan husus, bilirkişinin yerine getirdiği çalışmanın niteliği ve hâkimin bu çalışma karşısında oluşan kanaatidir. Bu bakımdan inceleme raporunda yer alan vakıa tespitleri ile çıkarılan sonuçlar yahut bunların değerlendirilmesi bakımından bir farklılık bulunmamaktadır. Kaldı ki, Hukuk Muhakemeleri Kanununun 282. maddesinden aksi yönde bir sonuca varmak da bize mümkün gözükmemektedir[1625]. Sonuç itibariyle, hâkim ne bilirkişinin değerlendirmeleriyle ne de vakıa tespitleriyle bağlıdır[1626]. Ancak ne olursa olsun hâkim, kural olarak, bilirkişiden yerine getirmesini istediği vakıa tespitlerini kabul edip, onun bu tespitlerden çıkarmış olduğu sonuçları farklı

[1623] Bu konuda toplu bir bakış için ayrıca bkz. Tanverdi (1991), s. 121 vd.; Yılmaz (1996), s. 26 vd.; Ulukapı (2001), s. 307 vd.

[1624] Türk hukukunda ortaya konulan görüşler, temelde iki ayrı yaklaşım etrafında biçimlenmektedir. İlk görüş, hâkimin bilirkişi görüşünü değerlendirmek konusundaki serbestîsini ön plâna çıkarmaktadır. Buna göre, hâkim gerekiyorsa yeniden bilirkişi incelemesine başvurabilir. Ancak, bilirkişi tarafından sunulan görüş neticesinde, kendisinde eksik olan bilgiyi tamamlamışsa, bilirkişinin vardığı sonucun aksine de karar verebilir (genel olarak bkz. ve karş. Kuru (2001), s. 2769 vd.; Belgesay (1940), s. 146, 147; Pekcanıtez, Atalay ve Özekes (2011), s. 529; Kuru, Arslan ve Yılmaz (2012), s. 438 vd.; Ulukapı (2001), s. 313). İkinci görüş ise, hâkimin özel veya teknik bilgi sahibi olmaması nedeniyle, bu bilgiyle bağlılığına ve söz konusu bilgiyi değerlendirme imkânının güçlüğüne dikkat çekmektedir. Nitekim bu husus, ilk görüş sahibi yazarların bir kısmı tarafından da dile getirilmektedir. Ancak ne olursa olsun, bu görüşü savunan yazarlar da, bilirkişi görüşüyle hâkimin belli hâllerde bağlı kalacak durumda kalmasının, yargılama yetkisinin devri sonucunu yaratmaması gerektiğine de dikkat çekmektedir (genel olarak bkz. ve karş. Tanverdi (1991), s. 136 vd.; Konuralp (1999), s. 107 vd.; Alangoya, Yıldırım ve Deren Yıldırım (2011), s. 368; Umar (2011), s. 786 vd.; Üstündağ (2000), s. 753 vd.; Pekcanıtez, Atalay ve Özekes (2011), s. 529, 530).

[1625] Fransız Medenî Usûl Kanununun 246. maddesinde, bu husus daha açık şekilde ifade edilmiştir: *Hâkim, bilirkişinin vakıa tespitleriyle ve vardığı sonuçlarla bağlı değildir.*

[1626] Bu yönde, Fransız hukuku bakımından ayrıca bkz. Bourgeois, Julien ve Zavaro (1999), n^{o} 150, s. 90; Belçika hukuku bakımından Closset-Marchal (1994), s. 17, dn. 2. Ancak, Fransız (ve Belçika) hukukunda hukukunda bir dönem kabul edilen görüş, bilirkişiye verilen görevin kamusal niteliği gereği raporunun bir resmî belge niteliğinde olduğu, bu itibarla, raporda yer alan tespitlerin *ancak sahteliğinin ileri sürülebileceği* yönünde olmuştur (bkz. Fransız hukuku bakımından, P. Catala (1969). Les suites de l'expertise. *L'expertise dans les principaux systèmes juridiques de l'Europe.* Paris: Éditions de l'Épargne, ss. 75 – 83, s. 76. Belçika hukuku bakımından, Arets ve Horsmans (1969), s. 143). Ancak bahsedilen hukuk düzenleri bakımından da, yukarıda da zikrettiğimiz pozitif düzenlemeler ve bilirkişilik teorisi çerçevesinde biçimlene yaklaşım karşısında bu noktada artık herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır.

değerlendirebilme hakkına sahip olmalıdır[1627]. Ancak hâkimin bu serbestîsi, rasyonel bir takım gerekçelere dayanmalı, raporun içeriği ile varılan sonuçlar bakımından bir tutarlılık bulunmalıdır[1628].

İkinci olarak, bilirkişi incelemesine başvurulmasının bir Kanun hükmünde yahut yüksek mahkeme içtihatları dâhilinde zorunlu olmasının, bu serbestiye olumsuz bir etkisi bulunmakta mıdır? Bu soruya kural olarak olumsuz yanıt veriyoruz[1629]. Aynı durum resmî bilirkişilere başvuru bakımından da geçerlidir. Nitekim hâkimin belli bir meselede resmî bir bilirkişiden görüş almak durumunda kalması, kanımızca hiçbir surette onun resmî bilirkişi raporuyla doğrudan bağlı olduğu anlamına gelmemektedir. Bu bağlamda, hâkimin sahip olduğu takdir yetkisinin özel ve teknik bilgiden kaynaklanan sınırlarla yüzleşmesi durumunda, mesele diğer bilirkişi incelemelerinden farklılık arz etmemektedir. Kanımızca, hâkimin bilirkişi incelemesine başvurmakla zorunlu tutulması başka bir konu, onun bilimsel bilgiyi hangi koşulllar çerçevesinde değerlendirebileceği bir başka konudur[1630]. Zira bu ikincisi sadece zorunlu bilirkişi incelemesi değil, teknik yönü ön plânda olan tüm bilirkişi incelemeleri bakımından söz konusu olan bir meseledir[1631].

[1627] Fransız hukuku bakımından bkz. Bourgeois, Julien ve Zavaro (1999), n° 150, s. 90. Nitekim Belçika Temyiz Mahkemesinin bu yöndeki bir kararı için, Cass., 4.1.1974, *Pas.,* 1974, I, 460 (zikreden Closset-Marchal (1994), s. 17, dn. 2). Hatta bu konuda aşağıda ayrıca ele alacağımız gerekçe sunma zorunluluğunun da gereğini yerine getirdikten sonra (bkz. aşa. *Üçüncü Bölüm, 2.3.1.2*), vakıa tespitlerini doğru kabul edip, buna karşılık esas hakkındaki kararını bir diğer bilirkişiden aldığı görüşte yer alan değerlendirmelere dayandırabileceği gibi, kanımızca gerekli koşulların varlığı hâlinde bir HMK m. 293 anlamında bir uzman (taraf bilirkişisi) görüşünü de bu çerçevede esas alabilmelidir (nitekim bkz. aşa. *Üçüncü Bölüm, 2.3.2*).

[1628] Örneğin bir Danıştay kararına konu olan olayda, depremde zarar gören binalar ile ilgili olarak yaptırılan idarî bilirkişi incelemesi sonucunda, binanın ağır hasarlı olduğu yönünde tespitte bulunulmuştur. Buna karşı açılan davada ise, başvurulan bilirkişi kurulu, binada belli bir takım iyileştirme faaliyetine girişilmesi hâlinde, binanın orta hasarlı olarak kabul edilebileceği görüşüne yer vermiş; mahkeme ise, ortada herhangi bir iyileştirme bulunmamasına rağmen, bu görüşe dayanarak binayı orta hasarlı şekilde nitelendirmiştir. Danıştay kararında işaret edildiği üzere, idare mahkemesi burada salt bilirkişi tarafından varılan sonuca dayanmakta, ne var ki binanın durumu hakkında söz konusu olan tespitleri göz ardı etmektedir. Bkz. Danıştay, 11. Daire, 5.2.2003, 1928/636 (*Legal Hukuk Dergisi,* 2003/9, s. 2333 vd.).

[1629] Fransız hukuku bakımından aynı yönde Bourgeois, Julien ve Zavaro (1999), n° 150, s. 90. Nitekim, Fransa'da 1960 ve 1970'li yıllarda bazı istinaf mahkemeleri, tıbbî bilirkişi raporlarıyla mahkemelerin bağlı olacağı yönünde karar vermişse de (CA Paris, 4.12.1967, *D.,* 1967, s. 713; CA Angers, 3.12.1970, *JCP,* 1973, II, 17384), Fransız Temyiz Mahkemesi, aksi yönde karar vermiştir (Cass. civ. 1re, 20.2.1968, nakleden Redon (2011), n° 595, s. 74).

[1630] İsviçre hukuku bakımından benzer şekilde bkz. ve karş. Bettex (2006), s. 203. Ayrıca bkz. ve karş. Ansay (1957), s. 278; Atalay (2001a), s. 183. Nitekim yine yukarıda zikrettiğimiz Fransız Temyiz Mahkemesi 1. Hukuk Dairesinin kararı (Civ. 1re, 20.2.1968, Redon (2011), n° 595, s. 74). Ancak bu konuda özellikle Yargıtayın bakış açısı için ayrıca bkz. aşa. *Üçüncü Bölüm, 2.3.1.3.*

[1631] Bkz. ve karş. Tanverdi (1991), s. 124 vd. Yazar, mutlak ispat değeri taşıyan tecrübe kanunları karşısında, bu hususları içeren raporların hükme esas teşkil edeceğini ifade etmektedir. Ancak bugün

Üçüncü olarak ifade edilmesi gereken husus, bilirkişi incelemesinin değeri bakımından, ona esas hakkındaki yargılama sırasında veya bir delil tespiti çerçevesinde başvurulması arasında fark bulunmamaktadır. Ancak uygulamada delil tespiti çerçevesinde alınan bilirkişi raporlarına, esas hakındaki yargılamada alınanlara göre tali bir nitelik atfedilmektedir[1632]. Diğer yandan, bilirkişi tarafından yerine getirilen inceleme, sadece ve sadece, onun görevinin kapsam ve içeriğine göre değişiklik göstermektedir. Bu anlamda, bilirkişinin görevlendirildiği vakıa meselesi hakkında yapılan yargılamada uygulanan yargılama usûlü veya görevli mahkeme, hatta, söz konusu mahkemenin kararının maddî anlamda bir kesin hüküm teşkil etmiyor olması, bu görüşün ele alınmasından ayrı bir mesele meydana getirmektedir.

Son olarak, bilirkişi görüşünün hâkimi bağlamadığı ilkesi, hem raporun kendisi hem onun diğer delillerle birlikte serbestçe değerlendirilmesi bakımındandır. Zaten kanun koyucu da 282. maddede, "diğer deliller karşısında" ifadesini kullanarak, bunlar arasında bir hiyerarşi bulunmadığına işaret etmektedir[1633]. Ne var ki, hâkimin bilirkişi raporunu değerlendirmek konusunda sahip olduğu serbestî, keyfilik anlamına gelmemekte[1634] ve çeşitli sınırlarla çevrelenmektedir.

---

bilim ve teknolojik gelişmelerin geldiği noktada bilimin de bir kesinlik iddiasında bulunabilmesi güç bir hâle gelmiştir (bu konudaki tartışmalar için ayrıca bkz. aşa. *Üçüncü Bölüm, 2.3.1.2*). Zorunlu bilirkişi incelemeleri karşısında hâkimin durumu bakımından ayrıca bkz. Fransız hukukunda Vial (2008), n° 426, s. 565; Bourgeois, Julien ve Zavaro (1999), n° 150, s. 90. Buna karşılık İsviçre hukukunda bazı yazarlar, belli hâllerde hâkimin bilirkişi incelemesine başvurmakla zorunlu tutulması karşısında, burada mutlak bir serbestînin bulunmadığını dile getirebilmektedir (bkz. Burnand (2004), n° 29, s. 108; L. Creissen (1995). Les empreintes génétiques: vérité scientifique et droit de la filiation. *RIDC,* 3, ss. 765 – 770, s. 767).

[1632] Bu konuda özel olarak bkz. yuk. *İkinci Bölüm, 1.5.1.*

[1633] Elbette bu husus, Türk ispat sisteminin eklektik yapısı gereği, öncelikle bilirkişi incelemesine elverişli bir vakıa meselesinin söz konusu olmasına bağlıdır (bu konuda bkz. yuk. *İkinci Bölüm, 1.4)*. Serbestçe değerlendirilmesi bağlamında ayrıca bkz. ve karş. İsviçre hukuku bakımından Schweizer (Bohnet, Haldy, Jeandin ve Tappy) (2011), n° 19, s. 633; N. Jeandin (2011). Incidences des nouvelles règles de procédure sur le procès en responsabilité civile. *La preuve en droit de la responsabilité (C. Chappuis ve B. Winiger)*. Zurich. Schulthess, ss. 71 – 94, s. 76; Burnand (2004), n° 26, s. 106; Hofmann ve Lüscher (2009), s. 95; A. Guyaz (2011). Le rôle de l'expert médical du point de vue de l'avocat/ IV.-VII. *La preuve en droit de la responsabilité civile.* Zurich: Schulthess, ss. 136 – 150, s. 143. Ayrıca bkz. Alman hukuku bakımından serbest delil sisteminin bir sonucu olarak deliller arasında bir hiyerarşinin bulunmadığını aktaran Ferrand (2006), n° 46, s. 21.

[1634] Genel olarak bkz. ve karş. Pekcanıtez, Atalay ve Özekes (2011), s. 529; Aubry-Girardin (2005), s. 1070; Castella (1992), s. 19; Ulukapı (2001), s. 314; Bovey (2011), s. 109.

2.3.1.2. Hâkimin bilirkişi görüşüyle bağlı olmaması ilkesinin sınırları

Bu ilkenin sınırları, başta özel ve teknik bilgi karşısında hâkimin durumu, daha sonra bu çerçevede bilirkişi görüşünün hangi ölçütler çerçevesinde değerlendirileceği ve nihayet bu değerlendirme neticesinde söz konusu olan gerekçe gösterme zorunluluğu bakımından üçlü bir ayrım altında değerlendirilmelidir.

Özel ve teknik bilgi karşısında hâkimin durumu bakımından, öğretide sıklıkla ifade edilen husus, vakıa meselesinin ve buna bağlı olarak hâkime sağlanan görüşün bilimsel ve teknik içeriği arttığı ölçüde, hâkimin de, bizatihi bu *bilginin kendisini* değerlendirme imkânından giderek yoksun kaldığı veya bunun sınırlandığı yönündedir[1635].

Bunun iki nedeni bulunmaktadır. Birincisi, hâkimin zaten bilirkişi incelemesine başvurma nedeni olan, özel, teknik veya bilimsel bilgiden yoksunluğudur. Buna karşılık ikinci neden ise, söz konusu bilginin güvenilirliğinde yatmaktadır. Bu anlamda, bilimsel veya teknik bilgi, dâhil olduğu uzmanlık dalının kurallarına uyduğu sürece, güvenilir bir bilgi olarak kabul edilebilir[1636]. Güvenilir bilgi ve teknik neticesinde ulaşılan sonuç, diğer ispat araçları karşısında bilirkişi incelemesine belli bir üstünlük sağlayabilir, hatta bunun hâkimin serbestisini sınırladığından da söz edilebilir[1637]. Nitekim böyle bir durumda, doğal olan, hâkimin güvenilir bir bilgiye dayanarak karar vermesidir. O hâlde burada, aslında hâkimi bir ölçüde bağlayan tek şey, kanımızca, *güvenilirlik*tir.

Ancak bu durum karşısında, hâkimin uzmanlık alanı dışındaki, bilimsel veya teknik bilginin içeriğini, *hiçbir şekilde* serbestçe değerlendiremeyeceği yahut uyuşmazlık çözümünün bilirkişi tarafından sağlandığı sonucuna varılması doğru değildir[1638]. Zira, bilirkişi tarafından ulaşılan bu çözüm, yargılama bakımından da

---

[1635] Genel olarak bkz. ve karş. Türk hukukunda Konuralp (1999), s. 107; Konuralp (2001), s. 503. İsviçre hukukunda Bovey (2011), s. 110. Belçika hukukunda Boularbah (2009), s. 7, 8. Fransız hukukunda Ferrand (2006), n° 36, s. 18. Bununla birlikte öğretide hâkimin bilirkişi raporuyla bağlı kalmasının sebeplerinden biri olarak, onun raporu anlamakta zorluklarla karşılaşmaları da gösterilmektedir (Arslan (1989), s. 157). Oysa, hâkim bilirkişiden her zaman açıklama alabilir.

[1636] Bkz. ve karş. Vial (2008), n° 427, s. 565; Dalbignat-Deharo (2004), n° 421, s. 323.

[1637] Vial (2008), n° 427, s. 565. Ayrıca bkz. Closset-Marchal (1994), s. 18. Nitekim hâkimin, bilirkişi görüşünün bilimsel niteliğini konuya ilişkin çalışmalardan yararlanarak değerlendirmesine Federal Mahkeme cevaz vermemektedir (ATF 5P.206/2006 (Bovey (2011), s. 109, dn. 99'dan naklen).

[1638] Bkz. ve karş. Pekcanıtez, Atalay ve Özekes (2011), s. 529, 530; Bovey (2011), s. 110.

güvenilir bulunmalı ve bunun için bazı hususları bünyesinde barındırmalıdır[1639]. Nihayet, bilirkişi görüşünün değerlendirilmesi de, bilgiyi sunan bilirkişinin ve bilginin kendisinin, diğer bir söyleyişle raporun güvenilirliğinin değerlendirilmesinde somutlaşmaktadır[1640].

İşte bu noktada, kanımızca *ayrımın ikinci ayağını* meydana getiren, değerlendirme ölçütleri karşımıza çıkmaktadır. Burada bir sınıflandırmaya tâbi tutmaya çalıştığımız ölçütlerin bir kısmı, çalışmamızın farklı aşamalarında ele almış olduğumuz hususlara karşılık gelmektedir. Ölçütlerden bu nitelikte olanlara işaret etmekle yetinecek olmakla birlikte, ayırt edici bazı hususlar üzerinde ayrıca durmamız gerekmektedir.

- *Birinci ölçüt,* bilirkişinin *uzmanlık bilgisini taşımasıdır.* Nitekim bilirkişi listelerinin oluşturulması konusunda hangi yaklaşımın egemen olduğu, bu vesileyle bir kez daha önem kazanmaktadır. Türk hukuku bakımından ifade edecek olursak, öncelikle uzmanlık dalının genel çerçevesi bakımından bir tereddüt bulunmaması şartıyla, şayet bilirkişinin uzmanlık bilgisi, HMK Bilirkişi Yönetmeliğinde dile getirilen hususlar çerçevesinde bir ön denetime tâbi tutulabilmişse, bu durum hem yargılama hukuku bakımından o uzmanlık dalına, hem bunu takiben bilirkişiye, gerek hâkim gerek taraflar gözünde ve hatta gerek kanun yolu denetiminde belli ölçüde bir meşruluk sağlar. Buna karşılık liste usûlü bakımından zikrettiğimiz ön denetimin salt şeklî bir içerikten ibaret olmasının, bu uzmanlık bilgisinin, kural olarak her defasında, yeniden bir değerlendirmeye tâbi tutulması sonucunu doğurması şaşırtıcı olmayacaktır[1641].

Bilirkişinin uzmanlık bilgisine sahip olup olmadığı konusundaki araçlar, genel olarak başta bilirkişi görüşünün taraflarca karşılıklı olarak tartışılması ile gündeme getirilebilecek bir hususdur. Öte yandan bu konuda ayrıca taraflarca sunulan teknik içeriğe sahip taraf bilirkişisi görüşü, yani HMK m. 293 anlamındaki uzman görüşleri de belli bir işleve sahiptir[1642].

[1639] Bkz. ve karş. Dalbignat-Deharo (2004), n° 421, s. 323 vd.; Bovey (2011), s. 113. Nitekim bilirkişinin görevi, bir karar almak değil, açık bir teknik bilgi veya bu bilgiye dayanan bir sonuç sunmaktır. Bu itibarla bilirkişi görüşü, bazı Fransız hukukçularının ifade ettikleri gibi, bir ön-hüküm (*pré-jugement*) anlamına da gelmemektedir. Bkz. Vial (2008), n° 426, s. 565.

[1640] Bkz. ve karş. Jeuland (2007), s. 164; Cadiet, Normand ve Amrani-Mekki (2010), n° 263, s. 886; Bourgeois, Julien ve Zavaro (1999), n° 150, s. 90.

[1641] Bu konu hakkındaki açıklamalarımız için bkz. yuk. *İkinci Bölüm, 2.2.1* ve *2.2.3.1.*

[1642] İlki bakımından bkz. yuk. *Üçüncü Bölüm, 2.3.2;* ikincisi bakımından aşa. *Üçüncü Bölüm, 2.4.4.*

- *İkinci olarak,* dikkate alınması gereken şey, bilirkişi görüşü bir rapor biçiminde sunulmaktaysa, bu raporun taşıdığı özelliklerdir. Yukarıda raporun taşıması gereken asgarî özellikler üzerinde durmuştuk[1643]. Nihayet hâkim, raporun anlaşılabilirliğini ve gereksiz ayrıntı barındırmamasını, taraflarca itiraz edilsin edilmesin incelemelidir[1644]. Bununla birlikte şeklî eksikliklerin, raporun değerlendirilmesindeki rolü talî olup, esas olan onun içeriğidir[1645]. Öte yandan hâkim, bilirkişiye sorulan tüm soruların yanıtlanıp yanıtlanmadığını da kontrol edecektir[1646].

- *Üçüncü olarak,* tüm ispat araçlarının değerlendirilmesi bakımından ortak olan bazı ilkeler bu sefer bilirkişi görüşü özelinde kendisini göstermektedir[1647]. Nitekim bunlar da, bilirkişi görüşünün akıl kurallarına dayanması, mantıklı olması ve nihayet ikna edici olmasıdır[1648]. Bu çerçevede hâkim tarafından yapılması gereken şey, genel olarak mantık kuralları ve kendi tecrübesi karşısında, bilirkişinin vardığı sonuç ile sunduğu gerekçeler arasında, mantıksal ilişkiyi aramak; bilirkişinin yerine getirdiği tespit ve değerlendirmelerde, akıl ve mantık kurallarına uyulup uyulmadığını belirlemektir[1649].

Bu noktada çeşitli pratik imkânlar bulunmaktadır. Örneğin, Amerika Birleşik Devletleri hukukunda Yüksek Mahkeme uygulamasında özellikle *Daubert* kararı vesilesiyle, bilirkişi görüşünün değerlendirilmesi bağlamında dile getirilen *güvenilirlik* ve *bilimsellik* ölçütleri çalışmamız bakımından da dikkat çekicidir[1650]. Kısaca, hâkimin burada göz önünde bulundurması gereken hususlar, bilirkişi tarafından hangi yöntemlerin uygulandığı, bu yöntemlerin, daha önce test edilip edilmediği, bu yöntemlerin yeterince tartışılıp, tartışılmadığı ve genel kabul görüp görmediğidir[1651].

[1643] Bkz. Yuk. *Üçüncü Bölüm, 2.2.1.*
[1644] Bkz. Yılmaz (1996), s. 28. Ezcümle Ulukapı (2001), s. 305.
[1645] Nitekim tıbbî bilirkişi incelemeleri bakımından Federal Mahkeme, dosyaya sunulan tıbbî raporların biçiminden ziyade bunların içeriğinin önemli olduğuna işaret etmektedir. Bkz. ATF 9C_359/2009 cons. 4.2. Bunun delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesinin bir görünümü olduğu konusunda ATF 9C_603/2009 cons. 3.1 (bkz. Guyaz (2011), s. 141 dn. 96).
[1646] Ayrıca bkz. Yılmaz (1996), s. 28; Ulukapı (2001), s. 305.
[1647] Delillerin değerlendirilmesi bağlamında söz konusu olan *sonuç, tamamiyet* ve *ikna edicilik* ölçütleri bağlamında genel olarak bkz. Konuralp (2008), s. 46 vd.; J. Wroblewski (1981).
[1648] Ayrıca bkz. ve karş. Yılmaz (1996), s. 28; Postacıoğlu (1975), s. 655.
[1649] Bkz. Ulukapı (2001), s. 312, 313.
[1650] Daubert v. Merrel Dow Pharmaceuticals (US, 1993). Bu kararın Amerikan hukukundaki etkisi çarpıcı olmuştur. Nitekim, Yüksek Mahkemenin içtihadı ve devamındaki uygulama, Federal Delil Kurallarının (FRE) konuya ilişkin 702. maddesinin, söz konusu içtihat doğrultusunda yeniden kaleme alınmasına yol açmıştır. Bu karar ve sonuçları hakkındaki açıklamalar için ayrıca bkz. Leclerc (2005), n° 469, s. 373 vd.; Ferrand (2006), n° 420 s. 108 vd.;
[1651] Bkz. Leclerc (2005), n° 474, s. 376 – 378; Ferrand (2006), n° 420, s. 108, 109.

Dikkat edilecek olursa, burada aslında sadece bilirkişinin belli bir takım tecrübe kurallarını dikkate alması değil, o tecrübe kurallarının, daha genel olarak teknik ve bilimsel bir takım yöntemlerin de sorgulanabilmesi imkânı sağlanabilmektedir. Biraz daha somutlaştırmaya çalışacak olursak:

- Bilirkişi raporunun, ilgili *uzmanlık dalında sunulan diğer raporlar seviyesinde* olması veya *bilimsel referanslara uygun* olması[1652],
- Bilirkişinin kullandığı yöntem ve incelemelerin şüpheli olmaması ve hatalar barındırmaması[1653],
- Bilirkişi raporunun gerçekçi veya somut vakıa bakımından (örneğin önerilen hususlar bağlamında) uygun olması[1654],
- Bilirkişi raporunun kendi içinde bir çelişki barındırmaması[1655].

- *Dördüncü olarak,* bilirkişi incelemesinde *yargısal temel haklara uygun davranılmış* ve bilirkişi raporunun *taraflarca karşılıklı olarak tartışılmış olması* gelmektedir[1656].

Yargısal temel hakların gözetilmiş olmasından kasıt hiç şüphe yok ki, hukukî dinlenilme hakkının gereğinin bilirkişi incelemesi sırasında da gözetilmiş olmasıdır. Türk hukuku bakımından, taraflar bilirkişi incelemesi sırasında hazır bulunma hakkından yoksun bırakılmışlarsa veya bu imkândan sadece taraflardan biri yararlanabilmişse, aynı şekilde bilirkişi, taraflardan biri yahut vekiliyle, diğer tarafın yokluğunda görüşmüşse[1657], bu hak ihlâl edilmiş demektir.

[1652] Bkz. Eser sözleşmesinden doğan bir uyuşmazlık nedeniyle açılan davada görevlendirilen inşaat mühendisi bilirkişinin, sunduğu rapor bağlamında bu hususa işaret eden Belçika Gent şehri Ticaret Mahkemesinin 4.2.1992 tarihli Kararı (zikreden Closset-Marchal (1994), s. 17, 18, dn. 4).

[1653] Aksi durumun varlığı raporun kabul edilmemesi için yeterlidir. Bkz. Leclerc (2005), n° 379, s. 289. Yine bu kapsamda, hangi yöntemi hangi gerekçeyle tercih ettiği ve bir diğerini hangi nedenle dıarıda bıraktığı; bilirkişinin üçüncü kişileri dinlemesi gerekmişse, kimi dinlediği kimi bunun dışarısında bıraktığı noktaları da, kanımızca ayrıca dikkate alınmalıdır. Somutlaştırmak adına, "*...teknik bilirkişice... 1954 tarihli hava fotoğrafı çok eski olup taşınmazın niteliği konusunda bilgi vermekten uzaktır... belirtilen tarihler arasında iki ayrı zamanda çekilmiş iki hava fotoğrafının uygulanması zorunlu olup ayrıca HMK.nun 290/2. maddesi gereğince refakate alınacak bir fotoğrafçı aracılığıyla... fotoğrafları çektirilerek..."* 8. HD, 16.1.2012, 7903/74 (*LegalBank*).

[1654] Cass. civ. 2e, 18.2.2010, n° 09-65.804. Zikreden Redon (2011), n° 595, s. 74)

[1655] "*...Bilirkişi tarafından bir taraftan ayıplı ve eksik imalat bedeli hesaplaması yoluna gidilmiş, bir taraftan da değer düşüklüğü hesaplaması cihetine gidilerek kendi içinde çelişkiler oluşturmuştur..."* 13. HD, 18.1.2012, 14786/488 (*LegalBank*). İsviçre hukuku bakımından aynı şekilde bkz. Guyaz (2011), s. 142. Maddi yahut teknik vakıa tespitlerinin güvenilir olmadığı veya farklı yorumlara açık olduğu gibi hususlar da (bkz. Closset-Marchal (1994), s. 17) kanımızca bu çerçevede değerlendirilebilecektir.

[1656] Cass. civ. 1re, 5.12.1973, *Bull. civ.,* I, n° 341. Zikreden Ferrand (2006), n° 473, s. 123.

[1657] Bu konudaki açıklamalarımız için bkz. yuk. *Üçüncü Bölüm, 1.3.2.*

Bilirkişi raporunun tartışılmış olması gereğinden[1658] anlaşılması gereken ise, kanımızca salt hâkimin bu raporu muhakeme etmesi değil, taraflarca da tartışılması, soru yöneltme imkânlarının etkin şekilde kullandırılması[1659], diğer yandan mahkeme tarafından başvurulan veya taraflarca sunulan tüm ispat vasıtalarının, mahkemeye sunulan uzman görüşleri de (m. 293) dâhil olmak üzere bu değerlendirmeye katılmasıdır.

Sonuç olarak bazı yazarların dile getirdiğinin aksine[1660], ortada özel ve teknik bilginin söz konusu olması bilirkişi görüşünün serbestçe değerlendirilmeyeceği anlamına gelmemektedir. Ancak burada olan şey, bu değerlendirmenin alelade bir tanık beyanından, eşyanın tabiatı gereği farklı bir takım ölçütler dâhilinde gerçekleştirilmesidir. Ne olursa olsun, bir bilirkişi raporunun, saydığımız bu değerlendirme ölçütlerine uyması, onun güvenilirliğine ilişkin tereddütlerin de kural olarak ortadan kalması anlamına gelir. Bu koşulları taşıyan bir rapor pek tabii ki hükme esas alınabileceği gibi, aksi hâlde, inandırıcı ve güvenilir bulunmadığından göz ardı edilebilecektir[1661].

Nihayet hâkimin *gerekçe gösterme zorunluluğu* ise, bilirkişi raporunun uygun ve yerinde bulunması veya kabul edilmemesi bakımından ayrı ayrı değerlendirilmelidir:

Bilirkişinin oy ve görüşünün*, kısmen veya tamamen uygun ve yerinde bulunması hâlinde,* hâkim, bu kabule ilişkin gerekçesine vermiş olduğu hükümde işaret etmelidir. Bu gerekçe hazırlanırken, bilirkişi raporunda yer alan ve doğrudan vakıa meselesine işaret eden gerekçelerden de yararlanabilir, bir deyişle hâkim söz konusu gerekçeleri kendine mal edebilir[1662]. Ancak gerekçe, özellikle taraflardan birinin söz konusu rapora itiraz etmiş olması hâlinde özel bir anlam ifade etmektedir[1663]. Gerçekten de itirazda bulunulmuş olmasına rağmen mahkeme tarafından raporun kabulünü haklı ve yerinde

---

[1658] Ayrıca bkz. Arslan (1989), s. 160.

[1659] *"...Bu rapor tarafların görüşüne sunulmalı ve sonuçta mahkemece de denetlendikten sonra bir sonuca varılmalıdır..."* HGK, 5.10.2011, 19-481/595 (*LegalBank*). Bu konudaki açıklamalarımız için ayrıca bkz. yuk. *Üçüncü Bölüm,* özellikle, *2.2.2.1.*

[1660] Özellikle bkz. ve karş. Tanverdi (1991), s. 136 vd.; Umar (2011), s. 786 vd.

[1661] Nitekim bkz. ATF 5A_223/2009 c. 2 (*www.swisslex.com*). Ayrıca bkz. ve karş. Jeuland (2007), s. 164; Guyaz (2011), s. 143; P.-Y. Bosshard (2009). La "bonne" expertise judiciaire. *RSPC,* s. 209.

[1662] Bourgeois, Julien ve Zavaro (1999), nº 150, s. 90, 91.

[1663] Closset-Marchal (1994), s. 17.

gösteren hususlar gösterilmediği müddetçe, bu kabulün hükümde düzgün şekilde gerekçelendirildiğinden söz edilemez[1664].

Bilirkişi raporunun *kabul edilmemesi hâlinde* ise, bunun gerekçesinin açık ve somut şekilde gösterilmesi gerekmektedir (bkz. m. 27 ve 297). Burada esas olan keyfi bir değerlendirmenin önüne geçmektir. Hâkim farazi bir takım gerekçelerle yahut söz konusu rapor haricinde taraflarca tartışılmamış bir takım değerlendirmelere dayanarak, raporu hükmüne esas almaktan imtina edemez[1665]. Aynı şekilde hâkim, açık bir gerekçe sunmadığı, yani somut olarak, bir diğer ispat aracını, bilirkişi raporunu veya kendi kişisel kanaatini, diğerine göre neden daha ikna edici bulduğunu açıklayamadığı sürece, bu sayılanları elindeki rapora üstün tutamaz[1666].

Esasen burada, raporun güvenilirliği ve inandırıcılığının ciddî şekilde sarsıldığı bir takım hâller söz konusu olmalıdır[1667]. Nitekim yukarıda bilirkişi raporunun değerlendirilmesi bakımından tartıştığımız ölçütlerin, somut rapor bakımından bulunmadığı, gerek bir başka ispat vasıtası veya bilirkişi raporu gerek hâkimin kendi değerlendirmesi neticesinde anlaşılabiliyor ve bunlara, kararda somut bir şekilde işaret edilebiliyorsa, raporu redden hâkimin keyfî davrandığından bahsedilemez[1668].

[1664] Nitekim bkz. 11. HD, 3.5.2001, 1556/38771 (*AB FMRHD,* 2002/3, s. 180 vd.). Ayrıca Belçika hukuku bakımından bkz. Cass., 31.3.1978, *Pas.*, 1978, I, 835 (aktaran Closset-Marchal (1994), s. 17, dn. 3).

[1665] Genel olarak bkz. ve karş. Pekcanıtez, Atalay ve Özekes (2011), s. 529; Aubry-Girardin (2005), s. 1070; Castella (1992), s. 19; Ulukapı (2001), s. 314; Poudret, Wurzburger ve Haldy (1996), s. 395; Bovey (2011), s. 109, 110; Zufferey (2008), s. 27. Ayrıca bkz. C. Chappuis ve F. Werro (2011). La preuve en droit de la responsabilité civile: panorama de la jurisprudence récente du Tribunal fédéral et questions choisies. *La preuve en droit de la responsabilite civile.* Zurich: Schulthess, ss. 13 – 36, özellikle s. 27 vd; Bourgeois, Julien ve Zavaro (1999), n° 150, s. 91; Ferrand (2006), n° 473, s. 123. Mahkeme kararının gerekçesinde ispat araçlarının karşılıklı olarak tartışılmasının yeri ve önemi konusunda ayrıca bkz. Boran Güneysu (2011), s. 182; Kuru (2001), s. 3051 vd.; Pekcanıtez, Atalay ve Özekes (2011), s. 543, 544.

[1666] Bu yöndeki çeşitli kararlar için örneğin bkz. Türk hukuku bakımından 4. HD, 21.1.2010, 2269/369 (*Legal Hukuk Dergisi, 2010/89,* s. 1675 vd.). Fransız hukuku bakımından Cass., 1re civ., 30.11.1967, *Bull. civ.,* n° 61; Cass. com., 12.12.1951, *Bull. civ.,* n° 391 (zikreden Bourgeois, Julien ve Zavaro (1999), n° 150, s. 91, dn. 45); Cass. com., 16.12.1963, *Bull. civ.* III, n° 387; Cass. civ. 1re, 8.5.1961, *Bull. civ.,* I, n° 231 (zikreden Ferrand (2006), n° 473, s. 123). İsviçre hukuku bakımından ATF 130 III 145; ATF 4P.205/2003 du 22.12.2003 (zikreden Aubry-Girardin (2005), s. 1072, dn. 126, 127); ATF 4A_478/2008 cons. 4.1; ATF 4P_169/2003 c. 2.3.1 (zikreden Bovey (2011), s. 109). Yani aslında burada söz konusu olan, hâkimin raporu kısmen veya tamamen hangi gerekçeyle kabul etmediğinden ziyade, kanaatini oluşturan hususları ortaya koymaktır (Redon (2011), n° 605, s. 75).

[1667] Guyaz (2011), s. 143.

[1668] Nitekim, bilirkişi incelemesi sırasında tarafların hukukî dinlenilme haklarının ihlâl edilmesi, bilirkişinin kendisine yöneltilen soruların bir kısmını yanıtsız bırakması, varılan sonuçların kendi içinde veya dava dosyasının geri kalan kısmıyla çelişkili olması, raporun açık hatalar barındırması, anlaşılmaz olması hâli bu çerçevede bir kez daha ifade edilebilir. Ayrıca bkz. ve karş. Aubry-Girardin (2005), s. 1072; Guyaz (2011), s. 143; Castella (1992), s. 19. Ayrıca bkz. ATF 5A_839/2008 cons. 3.2; ATF 5P.206/2006 cons. 3.1 (zikreden Bovey (2011), s. 109, 110).

Bu hususlar, raporda ulaşılan sonuçların bir kısmının kabulünde de kendisini göstermektedir. Tüm bu hususlar dâhilinde, son olarak şu hususların ifade edilmesi kanısındayız:

Bahsedilen değerlendirme ölçütlerinin ve gerekçe gösterme zorunluluğunun gereği yerine getirildiği ölçüde, hâkim, raporda uygun ve doğru gördüğü kısımları alabilir; varılan tespit veya sonuçlardan bir kısmını kabul edip, diğerlerini reddedebilir[1669]. Aynı çerçevede, bilirkişinin ulaştığı sonuçlarda bazı belirsizliklerin bulunması, hâkimin takdir yetkisi çerçevesinde, bilirkişi raporunu yorumlamasına ve hükmüne esas almasına engel değildir[1670]. Nihayet hâkimin, kendi tayin ettiği bilirkişinin vardığı sonuçların yalnızca bir kısmını ikna edici bularak, görüşün bu kısmını, ayrıca sunulmuş bulunan bir diğer ispat aracı, örneğin keşif icrası sonucunda elde edilen bulgulara veya karinelere dayandırması[1671], hatta bir uzman görüşü (m. 293) ile birlikte hükmüne esas alması, gerekçesini göstermesi kaydıyla, pekâlâ mümkündür[1672].

Yukarıdaki paragrafta aktardığımız hususların, meselenin bir şekilde olumlu yönünü oluşturduğunu söyleyebiliriz. Bunun karşısında ise meselenin, sınırlarını keyfîliğin belirlediği, olumsuz yönü bulunmaktadır:

Nitekim, hâkimin bilirkişi raporunu yorumlaması mümkünse de, bu durum hâkimin bilirkişi raporunda varılan tespit ve sonuçların niteliğini değiştirilebileceği anlamına gelmemektedir. Bilirkişi raporunda belli bir husus, bir varsayım şeklinde gösterilirken, hâkim bunu kesinmiş gibi yorumlayamaz[1673].

[1669] Bkz. Fransız hukuku bakımından Cass. civ. 1re, 20.2.1968, *JCP* 1968, II, 15495. Yine hâkimin sonuçlardan bir kısmını kabul edip gerisini reddetmesinin mümkün olduğu konusunda bkz. Cass. civ. 3e, 12.6.1969, *Bull. civ.,* III, no 466; Cass. com. 13.4.1972, *Bull. civ.,* IV, no 103 (zikreden Redon (2011), no 595, s. 75). İsviçre hukuku bakımından ATF 18.6.2010, 6B.149/2010 (*www.swisslex.com*).

[1670] Cass. civ. 1re, 31.5.2007, no 06-16.398; Cass. civ. 3e, 8.6.2010, no 08-20.592 (zikreden Redon (2011), no 600, s. 75).

[1671] Bkz. Cass. com., 16.12.1953, *Bull. civ.,* III, no 387; Cass. soc., 28.10.1955, *Bull. civ.,* IV, no 775 (zikreden Redon (2011), no 605, s. 75).

[1672] Nitekim yakın tarihli bir İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz. ATF 4A_48/2010 (zikreden Chappuis ve Werro (2011), s. 28 vd.). Fransız hukuku bakımından aynı yönde bkz. Cass. civ. 2e, 29.10.1980, *Gaz. Pal.,* 1981, 1, pan. 3. Ayrıca zikreden Redon (2011), no 595, s. 74). Ancak bununla birlikte, taraf bilirkişisi raporunun tek başına ikna edici olabileceğini, kural olarak, ifade edemiyoruz (bkz. *aşa. Üçüncü Bölüm, 2.3.2).*

[1673] Redon (2011), no 598, s. 74. Bu yönde bkz. Cass. soc., 5.7.1972, *Bull. civ.* V, no 496 (zikreden Redon (2011), no 598, s. 74). Örneğin Fransız Temyiz Mahkemesi kararına konu olan bir meselede, bilirkişi raporunda, sadece davacı tarafından tamirat kapsamında yapılan masraflara ilişkin ibraz edilen faturalardan söz edilirken, mahkeme, iddia edilen zarar verme vakıasının davalı tarafından gerçekleştirildiği bilirkişi tarafından tespit edilmiş gibi karar verebilmiştir (Cass. civ. 3e, 3.2.1976, *Bull. civ.,* III, no 41. Redon (2011), no 598, s. 74).

2.3.1.3. Kanun yolu denetiminde hâkimin bilirkişi görüşüyle bağlı olmaması ilkesi

Aslında yukarıda bilirkişi görüşünün hâkimi bağlamaması ilkesine ilişkin açıklamalarımız çerçevesinde, gerek Türk gerek Fransız gerekse İsviçre hukukunda tespit edebildiğimiz kararları aktarmaya çalışmıştık. Bununla birlikte, özellikle Yargıtayın vermiş olduğu kimi kararlar, yukarıdaki başlık altında vardığımız sonuçlardan farklı noktalarda durabilmektedir[1674]. Bu hususları ayrıca zikretmek ve belli ölçüde değerlendirmemiz gerekmektedir.

Nitekim Yargıtay uygulamasında karşımıza çıkan iki kilit ifadenin, genel yaklaşımı görebilmek bakımından önemli olduğu kanısındayız. Bunlardan ilki, *hâkimin bilirkişi yerine geçemeyeceği,* ikincisi ise, bilirkişi raporundaki *çelişkilerin giderilmesidir.* Öte yandan bazı kararlarda her iki ifadenin bir arada kullanıldığını da görmekteyiz[1675]. Bu hususlara ayrıca, Yargıtayın zorunlu bilirkişi incelemelerinin ve resmî bilirkişiler tarafından sunulan raporların değerlendirilmesi karşısındaki tutumu da eklenmelidir.

Hâkimin bilirkişi yerine geçemeyecek olması iki anlama gelmektedir. Birincisi, hâkim teknik konuda uzman değildir. Bu nedenle bilirkişi yerine teknik konuda değerlendirmede bulunamaz[1676]. Yaklaşımın bu yönü aslında kanımızca son derece yerindedir[1677]. Ancak Yargıtay, bu formülasyonu aynı zamanda mahkemenin bilimsel veya teknik bilgiyle bağlı olması bakımından da kullanmaktadır. Mesele kısaca şundan

---

[1674] Hatta ifade edilebilir ki, bilirkişi raporlarının hâkimi bağlamadığı, bilirkişi incelemesinin hükümdeki yeri, Danıştay kararlarında Yargıtay kararlarına göre çok daha açık şekilde dile getirilmektedir: *"Bu düzenlemelere göre bilirkişi incelemesine ilişkin raporlar, yargı yerlerini bağlamayan ve hükme esas alınması zorunlu olmayan takdiri delillerden olup, sözü edilen raporların yargı yerlerince titizlikle incelenmesi ve davayı sonuçlandıran yargıya hâkim tarafından varılması gerekmektedir. Yargı yerlerince genel olarak raporun benimsendiği soyut anlatımıyla gerektirici nedenler gösterilmeksizin karara aynen dayanak yapılması yargılama hukukuna uygun düşmemektedir"*. Bkz. Danıştay 3. Daire, 23.9.2008, 3599/2790 (*DD,* 2009/120, s. 141 vd.).

[1675] Örneğin bkz. 19. HD, 28.4.2010, 6584/5193 (*LegalBank*).

[1676] Örneğin "*...konu teknik bilgiyi gerektirmektedir. Bu nedenle bu teknik bilgiye sahip tarafsız bilirkişi eliyle konu incelenmeli ve denetime açık rapor halinde dosyaya sunulmalıdır... Mahkeme hakiminin, böyle bir konuda teknik bilirkişi yerine geçerek konuyu irdelemesi ve sonuca varması olanaklı olmadığı gibi, böyle bir inceleme tarafların irdelemesine ve denetime de açık olmayacaktır"* HGK, 5.10.2011, 19-481/595 (*LegalBank*).

[1677] Nitekim bkz. yuk. *İkinci Bölüm, 1.7.*

ibarettir: Kendisini bilirkişi yerine koyamayacak olan hâkim, ek veya tamamlayıcı rapor almalı yahut yeni bir bilirkişi incelemesine başvurmalıdır[1678].

Örneğin iflâsın ertelenmesine ilişkin bir yargılamada ilk derece mahkemesi, bilirkişi, erteleme süresinin uzatılabileceği yönünde görüş bildirse de, "*bilirkişi raporlarında belirlenen maddi olgular ışığında..., sadece şirket zararlarında azalma olduğu, ...gelir kaynağı olarak öngörülen… proje(*nin*) hayata geçirilmediği… gösterilen yetersiz performans nedeniyle iflasın ertelenmesinin... uzatılmasının yarar sağlamayacağı"* gerekçesiyle şirket hakkında iflâsın açılmasına karar vermiştir. 19. Hukuk Dairesi ise, bilirkişi raporundaki değerlendirmelere aykırı şekilde karar verilmesini bozma sebebi olarak kabul etmiştir[1679]. Burada "*bilirkişi raporlarında belirlenen maddi olgular ışığında"* ifadesi, kanımızca son derece önemlidir. Zira, ilk derece mahkemesi, bilirkişinin raporundaki değerlendirmeleri kabul etmemekle birlikte, vermiş olduğu iflâs kararını, yine aynı raporda yer alan tespitlere dayandırabilmiştir.

Hâkimin bilirkişi yerine geçemeyeceği şeklinde tezahür eden yaklaşım, kendisini, kurul hâlinde sunulan raporlarda, hâkimin azınlıkta kalan bilirkişinin görüşünü hükmüne esas almasında da göstermektedir. Burada Yargıtayın aslında somut bir gerekçe sunmaksızın, azınlıkta kalan bilirkişinin görüşünün hükme esas alınamayacağı sonucuna vardığını görüyoruz[1680].

[1678] "*HUMK'nun 286. maddesi uyarınca bilirkişinin oy ve görüşü hâkimi bağlamasa da bu tür hâllerde hâkimin bilirkişi yerine geçerek olayı çözmesi usûle uygun düşmez. Bilirkişi raporu yeterli değilse yeniden bilirkişi incelemesi yaptırmalı veya bilirkişiden açıklık olmayan konularda ek ve tamamlayıcı görüş alınarak uyuşmazlık çözülmelidir.* HGK, 14.11.2007, 19-824/839 (*Prof. Dr. Bâki Kuru Arşivi).*

[1679] "*…Mahkemeye sunulan bilirkişi son ek raporunda; borca batıklığın her iki şirket açısından devam ettiği, iyileştirme projesinde belirtilen ve prensipte anlaşıldığı belirtilen Alman şirketine yapılacak ödeme ile Güneykent projesine ilişkin öngörünün gerçekleşmiş olacağı ve her iki davacı şirketin borca batıklıktan kurtulacağı belirtilmiştir. Mahkemece bu rapor hükme esas alınmayarak davacıların iflasına karar verilmiştir. Bilirkişi heyeti tarafından düzenlenen raporda iflasın ertelenmesinin bir yıl daha uzatılması yönünde görüş bildirilmiş olmasına rağmen, raporda yetersiz bulunan hususlar hakkında ek ve tamamlayıcı rapor alınmadan veya yeni bir bilirkişi incelemesi yapılmadan mahkemenin kendisini bilirkişi yerine koyarak yaptığı değerlendirmeye göre davacının iflasına karar vermesi doğru değildir. Öte yandan davacılar vekili tarafından temyiz dilekçesi ekinde iyileştirme projesinde öngörüldüğü şekilde İ... Bankası ile davacılar arasında yapılan anlaşmanın metni de sunulmuştur. Bu durumda anılan sözleşmenin iflasın bir yıl daha uzatılması üzerindeki etkisinin de değerlendirilmesi gerekir…"* 19. HD, 5.5.2010, 469/5510 (*YKD, 2011/37 – 1, ss. 118, 119)*. Aynı şekilde 19. HD, 23.2.2011, 14041/2272; HGK, 14.11.2007, 19-823/838; HGK 14.11.2007, 19-824/839; 19. HD, 10.3.2005, 13373/2443; 17. HD, 9.11.2004, 11031/12023 (*LegalBank*)

[1680] *...HUMK 286. maddesinde belirtilen bilirkişinin rey ve mütalaasının hakimi bağlamayacağı hükmü ise, hakimin bilirkişi raporunu serbestçe takdir edeceği, raporu yeter derecede kanaat verici bulmazsa ... bilirkişiden ek rapor veya ... yeni bir bilirkişi incelemesi yaptırabileceği şeklinde anlaşılmalıdır. Yoksa* ***hakimin çoğunluk görüşünün dışına çıkarak özel bilgiyi gerektiren hususlarda, bilirkişilerin yerine geçerek karar vermesi mümkün değildir****…"* 11. HD, 13.12.2010, 178/12840 (*LegalBank*).

Bilirkişi raporları arasındaki çelişkinin giderilmesi gereği, Yargıtay kararlarında klişeleşmiş ikinci kalıptır. Bu, özellikle, ilk derece mahkemesinde, iki veya daha fazla bilirkişi incelemesine başvurulmuş olması ve mahkemenin bilirkişi raporlarından birini hükmüne esas alması hâlinde kendisini göstermektedir[1681]. Yargıtay kararlarına egemen olan anlayış, bilirkişi raporları arasında bir çelişki varsa, bu çelişkinin giderilmesine yönelik son bir bilirkişi incelemesinin yaptırılması gerektiği yönündedir[1682]. O hâlde, bundan çıkan sonuç, bir bilirkişi raporunun eksik olması ve *hüküm kurmaya elverişli olmaması* hâlinde, hâkimin yeniden bilirkişi görüşüne başvurup başvurmama konusunda bir takdir hakkının bulunmadığıdır. Yargıtay'a göre mesele özel ve teknik bilgiyi gerektiriyorsa, hâkim iki rapor arasındaki çelişkiyi kendi hukukî bilgisi vasıtasıyla gideremez[1683]. Ancak bu anlayışın kendisi, kanımızca bazı çelişkileri içinde barındırmaktadır. Nitekim Yargıtay açıkça "*(m)ahkemece alınan raporlar birbiriyle çelişse dahi hâkim bunlardan birine dayanarak karar verebileceği gibi hiçbirini hüküm kurmaya yeterli bulmaz ise yeniden bilirkişi raporu alabil(eceğine)"* işaret etmekteyken, aynı zamanda, "*…çeşitli tarihlerde alınan bilirkişi raporları arasında çelişki bulunduğunu söylemekle zımnen bu raporların hükme dayanak alınamayacağını…"* kabul etmektedir[1684].

Burada Yargıtayın düştüğü çelişki, kanımızca ikili bir görünüm arz etmektedir. Yargıtay, hem hâkimin raporlardan herhangi birine dayanarak hükmünü kurabileceğini hem de raporlar arasında çelişki varsa, bunlara dayanılamayacağını ifade etmektedir. İkincisi ise, böyle bir faraziyede mahkemeyi yeni bir bilirkişi incelemesine başvurmaya

---

[1681] Nitekim konunun bu yönü hakkındaki açıklamalarımız için bkz. yuk. *Üçüncü Bölüm, 2.2.2.5.*

[1682] Nitekim *"...Hukuk Usulü Muhakemeleri* Kanunu'nun *286.maddesine göre hâkim bilirkişi raporuyla bağlı olmayıp, verilen rapor hüküm kurmaya elverişli değil ise mahkemece yapılacak iş ya HUMK 283 maddesi uyarına aynı bilirkişiden ek rapor almak ya da HUMK. 284 maddesi uyarınca yeniden inceleme yaptırmaktan ibarettir… Mahkemece, davacının davalı banka lehine tesis edilen ipoteklerden dolayı sorumlu olduğu miktarın tespiti için çeşitli tarihlerde bilirkişi incelemeleri yaptırılıp son rapora göre hüküm kurulmuştur. Oysaki, daha önce alınan raporlar ile son rapor arasında çelişki olduğu görülmüştür. Bu durumda mahkemece raporlar arasındaki çelişkiyi gidermek için konusunda uzman bilirkişi veya bilirkişi kurulundan rapor alınarak tüm deliller birlikte değerlendirilmek sureti ile uygun sonuç dairesinde bir karar verilmesi gerekirken eksik incelemeye dayalı yazılı şekilde hüküm kurulmasında isabet görülmemiştir..."* HGK, 3.2.2010, 19-27/50 sayılı Kararından (*İBD,* 2010/84, 6, ss. 3782 – 3783*).*

[1683] "*…(D)avaya konu olayda hasar miktarının belirlenmesinin özel ve teknik bilgiyi gerektiren bir konu olduğu kuşkusuzdur. Bilirkişi incelemesi yaptırılmasına karar verilmiş olması, bu hususun mahkemenin de kabulünde olduğunu göstermektedir. Az yukarıda açıklanan hukuksal olgu ve iki bilirkişi raporunun birbiri ile çelişkili olduğu dikkate alındığında, mahkeme hâkimi yeni bir bilirkişi kurulundan çelişkiyi giderecek yeni bir rapor almaksızın kendi hukukî bilgisi ile hasar değerlendirmesi yapması ve bilirkişi düşüncesine aykırı karar vermesi yasal olarak mümkün değildir."* 7. HD, 9.6.2009, 3541/2563 (*YKD, 2010/2,* s. 229 vd.).

[1684] Bkz. yukarıda ayrıca değindiğimiz HGK, 3.2.2010, 19-27/50 (*İBD,* 2010,84, 6, ss. 3782 – 3783).

zorlamak bakımındandır. Nitekim bu yeni, çelişki giderici bilirkişi raporu, önceki raporların sadece biriyle veya her ikisiyle de, fakat ne olursa olsun, ister kısmen, ister tamamen, diğer raporlarla çelişecektir. O hâlde bu raporu diğer çelişen raporlardan üstün tutan husus ne olacaktır? Tüm raporlar bir araya getirildiğinde, ikna edicilik, inandırıcılık konusunda bu sonuncusuna mı üstünlük tanınacak, yoksa ilk raporlardan herhangi biri, bahsedilen kriterleri taşıdığı takdirde hükme esas alınmaya elverişli kabul edilebilecek midir? Değerlendirme imkânı, hâkime sadece alınacak üçüncü rapor sonucunda tanınanacaksa, ilk iki raporun işlevi ne olacaktır? Her ne olursa olsun, bu yaklaşım son tahlilde mahkemenin takdir yetkisini o veya bu bilirkişi raporuna yargısal bir onay vermekle sınırlandırmaktadır. Diğer bir deyişle Yargıtaya göre, -kararların bir çoğunda aksi ifade edilse de- bilirkişi raporu hâkim için bağlayıcı olup, hâkim burada sadece hangi raporla bağlı kalacağını tayin etmektedir[1685].

Yargıtayın *zorunlu bilirkişilik* ve *resmî bilirkişiler* tarafından yerine getirilen incelemeler karşısındaki yaklaşımından evvel, bir kez daha ifade etmek isteriz ki, bilirkişi incelemesine başvurunun zorunlu olması veya bu incelemenin resmî bilirkişiler tarafından yerine getirilmesi, sağlanan görüşün bağlayıcı olduğu anlamına, hiçbir şekilde, gelmemektedir[1686].

Bununla birlikte Yargıtay'ın bazı kararlarında kullandığı ifadeler, bu konuda tereddüt yaratabilecek niteliktedir. Örneğin, Yargıtay bir kararında[1687], "*her ne kadar HUMK.nun 286. maddelerinde belirtildiği gibi bilirkişinin "rey ve mutaalası" hâkimi bağlamaz ise de, ...psikolojik nedenlerin belirlenmesi, çok zaman hâkimlik mesleğinin dışında özel ve teknik bilgi gerektirmektedir"* hususlarını dile getirmekle, sanki bilirkişiye başvurunun kaçınılmaz olduğu hâllerin, bilirkişi görüşünün hâkimi

[1685] Ayrıca bkz. 11. HD, 12.10.2005, 11968/9614 (*Legal Hukuk Dergisi, 2005/36,* s. 4234 vd.). Öte yandan tahkim mahkemesi nezdinde söz konusu olan bilirkişi incelemeleri bakımından Yargıtay'ın, deyim yerindeyse, bu yaklaşımı yumuşattığını, üçüncü bir bilirkişi incelemesine işaret etmeden, hangi sebeple bir raporun diğerine üstün tutulduğunun gösterilmesi gerekliliğine vurgu yapıldığına şahit olmaktayız "*...Yargı kararında; tarafın sav ve savunmalarının özeti, anlaştıkları ve anlaşamadıkları olgular, çekişmeli konular hakkında toplanan kanıtlar ile kanıtların tartışılarak kabul etmeme ve üstün tutulma nedenleri, uyuşmazlık bulunmayan olaylar ile bunlardan çıkarılan sonuç ve hukukî nedenler açık, kuşku ve duraksama uyandırmayacak biçimde gösterilmesi gereklidir.Yerel mahkemece, dava konusu olaya ilişkin olarak birbiri ile çelişen iki ayrı bilirkişi raporu alınmıştır. Raporlar arasındaki bu çelişki giderilmeden ilk bilirkişi raporuna göre karar verilmiş; ancak, ikinci rapora neden değer verilmediği, ilk rapora neden üstünlük tanındığı belirtilmemiştir*" 4. HD, 21.1.2010, 2269/369 (*Legal Hukuk Dergisi,* 2010/89, s. 1675 vd.).

[1686] Bkz. yuk. *Üçüncü Bölüm, 2.3.1.1.*

[1687] Bkz. 1. HD, 2.12.2008, 8398/12665 (*İKİD, 2009/583,* ss. 6545 vd.).

bağlamayacağı kuralına bir istisna teşkil ettiği gibi bir yaklaşım içinde olduğu sonucunu çıkarmak pekâlâ mümkündür[1688].

Ancak her şeye rağmen Yargıtay, resmî bilirkişiler tarafından sunulan raporlar bakımından, kimi kararlarında, bu raporların Kanunen yetkili kılınmış bir kurum tarafından verilmiş olmasının önem taşımadığına işaret edebilmektedir. Bu raporlar yargılamadan önce alınmış olabileceği gibi, yargılama sırasında da alınmış olabilir[1689]. Bununla birlikte Yargıtay'ın resmî bilirkişi görüşüne yaklaşımında esas aldığı ölçütlerin, diğer bilirkişi görüşlerinden aslında çok da farklı olmadığını görüyoruz. Örneğin bir kararda, hem Adlî Tıp kurulunda yer alan uzmanların, uyuşmazlık konusu ile olan ilişkisi, hem Kurul tarafından alınan kararın oybirliği ile alınmamış olması üzerinde durulmuştur[1690].

Özellikle bu son karardan, Yargıtayın, farklı bilirkişi incelemelerinden edinilen bulgular bir arada kullanılamayacaksa da, kurul hâlinde verilen kararlarda oybirliği aradığı ve kurulda vakıa meselesi hakkında bir uzmanın bulunması zorunluluğunu gözettiği ifade edilebilir. Ancak burada, bu husus sağlanana kadar bilirkişi incelemesi yaptırılması zorunluluğu kendisini bir kez daha göstermektedir. Oysa, tüm bunları yukarıda aktardığımız formülasyonlar ile birarada düşündüğümüzde, bu yaklaşım, kanımızca, hâkimin, farklı bilirkişi raporları ve ispat araçlarından elde ettiği bilgiler

---

[1688] Ancak yine de zikrettiğimiz kararın devamında Yargıtay, yapılacak inceleme sonucunda ilk derece mahkemesinin *tüm delilleri birlikte değerlendirerek* karar vermesi gereğine işaret edebilmektedir.

[1689] Nitekim bir uzman raporunun Kanun gereği belli idarî merciler tarafından bağlayıcı olacağının öngörülmesi, doğal olarak sadece ilgili husus ve merci bakımından geçerli olup, bu raporların yargılama sırasında mahkeme açısından herhangi bir bağlayıcılığı bulunduğundan söz edilemez. Örneğin "*Kural olarak Yüksek Sağlık Kurulu'nca verilen karar Sosyal Güvenlik Kurumu'nu bağlayıcı nitelikte ise de, diğer ilgililer yönünden bir bağlayıcılığı olmadığından Yüksek Sağlık Kurulu Kararına itiraz edilmesi hâlinde inceleme Adli Tıp Kurumu aracılığıyla yaptırılmalıdır… Yapılacak iş; mahkemece davacının askerlikten erken terhisine neden olan hastalığı ile ilgili Adana Askeri Hastanesi'nin 25.10.1963 tarihli, Ankara 1000 Yataklı Sağlık Hastahanesi'nin 07.09.1964 tarihli raporu ve ekleri ilgili Askerlik Şubesinden ve ilgili Hastanelerden istenilerek Adli Tıp Kurumu'ndan bu raporlar da değerlendirilerek davacının Bağ-Kur sigortalılığının başlangıç tarihi olan 13.04.1992 tarihinde iş gücü kaybı oranının ne olduğu mevcut hastalık ve arızasının o tarihte çalışma gücünün üçte ikisini yitirecek oranda olup olmadığını tespit etmek ve sonuca göre karar vermekten ibarettir."* 21. HD, 9.11.2009, 17428/14475 (*YKD, 2011/37 – 1*, ss. 126 vd.).

[1690] *"...Adli Tıp Genel Kurulu raporu oyçokluğu ile verilmiş ve kurul içinde tek bir kadın doğum uzmanı bulunmaktadır. Raporda çoğunluk görüşünün doğru olmadığı yönünde azınlık tarafından inandırıcı gerekçeler ileri sürüldüğü görülmektedir. Bu haliyle rapor inandırıcı ve tatminkar olmaktan uzaktır…"* Bkz. 13. HD, 6.3.2003, 13959/2380 (*İBD,* 2006/2, s. 839 vd.). Bununla birlikte 13. Hukuk Dairesi bir başka kararında *"...Mahkeme Yüksek Sağlık Şurasına başvurup başvurmamakta serbesttir ve onun raporuyla bağlı bulunmamaktadır (HUMK m. 286). Eş söyleyişle, hukuk davalarında, mahkemelerin Yüksek Sağlık Şurası raporlarına itibar etme zorunlulukları..."* bulunmadığını dile getirmektedir ki, (13. HD, 15.10.2002, 7925/10687 (*İBD,* 2004/2, s. 815 vd.)), bunun karşı anlamından, Yargıtayın resmî bilirkişi raporuyla mahkemenin bağlı olacağı görüşünde olduğu sonucuna varılabilir.

sonucunda, kendisinde eksik olan bilgiyi tamamlayabileceği ve hükmünü bu şekilde kurabileceği imkânını dışlamaktadır[1691]. Gerek Fransız Temyiz Mahkemesinin gerek İsviçre Federal Mahkemesinin yukarıda da zikrettiğimiz kimi kararlarından farklı olarak[1692], hâkimlere gerekçesini göstermek yoluyla dahi, bu imkânın tanınmaması, başta yeniden bilirkişi incelemesine yönlendirmek suretiyle, delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesine, fakat aynı zamanda, usûl ekonomisi ilkesine aykırıdır. Ötesi, burada gerçekeştirilen şeyin, gerçek anlamda bir delil değerlendirilmesi olduğu kanısında değiliz. Tersine, bu durumun, bahsedilen koşullar çerçevesinde hâkimin bu yetkisinin bilirkişiye devri anlamına gelmekte olup, Kanuna aykırı olduğu konusunda bir tereddüt yaşamıyoruz.

2.3.2. Özel olarak uzman (özel bilirkişi) görüşünün hükme olan etkisi

Taraf bilirkişisi, Hukuk Muhakemeleri Kanununun 293. maddesindeki ifadesiyle uzman tarafından sağlanan görüşün hükümdeki yeri, değerlendirilmesi ve ispat gücü, ayrıca ve dikkatle ele alınması gereken bir mesele olup, çalışmamızın son başlığını bu konuya ayırmaktayız.

Taraf bilirkişisi (uzman) tarafından sağlanan görüşün hukukî niteliği ve ispat değeri konusunda Türk ve İsviçre hukuklarındaki geleneksel görüş, bunun bir delil veya geniş anlamda bir ispat aracı olmadığı, fakat bir tarafça ileri sürülen bir vakıa iddiası, bu vakıa iddiasını kuvvetlendirmek için bir gerekçe veya argüman olduğu yönündedir[1693]. Fransız hukukunda tek taraflı bilirkişi incelemesine verilen değer de,

---

[1691] Ayrıca bkz. *"...(S)omut olayda da alacak tutarlarının ve sorumluluklarının saptanması için dosya üzerinde bilirkişi incelemeleri yaptırılmış, iki ayrı bilirkişiden rapor alınmıştır. Hakimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgi ile çözülemeyecek bir konuda mahkemenin bilirkişi raporlarının aksine karar vermesi yerinde olmayıp…"* 19. HD, 28.4.2010, 6584/5193 (*LegalBank*). Nitekim bu konudaki açıklamalarımız için bkz. yuk. *Üçüncü Bölüm, 2.3.1.2.*

[1692] Örneğin Fransız hukuku bakımından bkz. Cass. civ. 1re, 20.2.1968, *JCP* 1968, II, 15495; Cass. civ. 3e, 12.6.1969, *Bull. civ.,* III, no 466; Cass. com. 13.4.1972, *Bull. civ.,* IV, no 103 (Redon (2011), no 595, s. 75); Cass. civ. 1re, 31.5.2007, no 06-16.398; Cass. civ. 3e, 8.6.2010, no 08-20.592 (zikreden Redon (2011), no 600, s. 75). İsviçre hukuku bakımından ATF 4A_48/2010 (zikreden Chappuis ve Werro (2011), s. 28 vd.); ATF 18.6.2010, 6B.149/2010 (*www.swisslex.com*).

[1693] Türk hukuku bakımından bu yönde bkz. Pekcanıtez (2009), s. 398 vd.; Ç. Yazıcı-Tıktık (2011). HMK m. 293'teki uzman görüşü kurumu ile anglo-sakson hukuk sistemindeki uzman tanık kurumunun karşılaştırılması. *MİHDER,* C. 7, S. 20/3, ss. 79 – 99, s. 92, 93 vd. Ayrıca bkz. ve karş. Pekcanıtez, Atalay ve Özekes (2011), s. 535, 536; Kiraz (2012), s. 54. Karş. Alangoya, Yıldırım ve Deren-Yıldırım (2011), s. 369, 370. İsviçre hukuku için aynı şekilde bkz. Bettex (2006), s. 212 vd.; Vouilloz (2009), s. 845; F. Vouilloz (2009a). L'expert-comptable appelé comme expert judiciaire. *ECS,* ss. 581 – 586, s. 583, 585;

Türk ve İsviçre hukuklarındakine göre, biraz daha liberal bir yaklaşımın varlığı gözükmekle birlikte, temelde ciddî bir farklılık arz etmemektedir. Bu hukuk düzeninde de, söz konusu raporlara fazla bir itibar tanınmamakta, teknik bir not şeklinde değerlendirilip, kural olarak, mahkemeye sunulan herhangi bir belgeden daha yüksek bir nitelik atfedilmemektedir[1694].

Meseleye bu genel yaklaşım dâhilinde, esasen, taraf bilirkişisi tarafından sağlanan görüşün, teknik yahut hukukî bir meseleyi konu edinmesi arasında bir farklılık bulunmamaktadır[1695]. Ancak ne olursa olsun, hukuku uygulamak zaten hâkimin görevidir (m. 33). Bu anlamda, örneğin bir hukuk profesörü tarafından sunulan bir mütalâa, hâkimin dikkatini belli bir hukukî meseleye çekmek yönünde bir işleve sahip olabilirse de, bundan öte bir değer taşımamaktadır. Zira aksinin kabulü, yargılama yetkisinin devri anlamına gelecektir[1696].

Bu itibarla meseleyi, esasen bilirkişinin görevini oluşturan özel ve teknik görüşün sağlanması noktasında sorgulamamız gerektiği düşüncesindeyiz. Nitekim bugün hâlâ, Anglo-Amerikan hukuku bakımından esas olan taraf bilirkişiliği olup, bunlar tarafından sağlanan görüşe birer delil değeri atfedilmektedir[1697]. Bununla birlikte, ne olursa olsun,

---

Castella (1992), s. 13; Reymond (2008), s. 68; Esseiva ve Zufferey (2009), s. 46; Guyaz (2011), s. 144. Ayrıca bkz. ve karş. Aubry Girardin (2005), s. 1070. Federal Medenî Usûl Kanunu öncesi dönemde, Kantonların önemli bölümü taraf bilirkişiliğinin ispat değeri konusunda klasik anlayışı benimsemekteyken, Fribourg Kanton hukukunda hâkimin bu raporların ispat değerini de serbestçe değerlendirmesi gerektiği, inandırıcı ve gerektiği gibi hazırlanmış bir raporu göz ardı edemeyeceği yönünde bir yaklaşım benimsenmiştir. Bkz. Hohl (2001), C. I, s. 198, n^{o} 1052 (ayrıca bkz. Yazarın aynı yerde naklettiği TC FR, *Extraits 1983,* s. 42).

[1694] Bkz. X. Lagarde (2010). D'une vérité à l'autre. Brèves réflexions sur les différents cultures de la preuve. *Gazette du Palais, n^{o} 203.* s. 6; Bourgeois, Julien ve Zavaro (1999), n^{o} 150, s. 91. Ayrıca bkz. ve karş. Boulez (2006), s. 241; Leclerc (2006), n^{o} 4, s. 5, dn. 19, n^{o} 355, s. 273.

[1695] Örneğin İsviçre Federal Mahkemesinin kararına konu olan olayda taraf Kanton Mahkemesine bir hukuk profesöründen alınarak sunulan hukukî görüşün reddi konusunda gösterilen gerekçeyi yetersiz görmüş, Federal Mahkeme ise, burada başvuru sahibinin Kanton Mahkemesinin söz konusu rapora bir ispat gücü atfetmesi hususunda herhangi bir anayasal hüküm ileri sürmediğini, kaldı ki bu raporların diğer taraf bilirkişilikleri gibi bir ispat aracı oluşturmadığını, sadece teknik konuda ileri sürülen bir görüş olduğun hatta daha genel olarak taraf iddiaları biçiminde değerlendirildiğine işaret etmiştir (ATF 11.2.2010, 2C 762/2009, *Swisslex*).

[1696] Nitekim bu konudaki açıklamalarımız için bkz. yuk. *Birinci Bölüm, 2.3.2.1.* Öte yandan hukukî konuda uzman görüşü alınabilmesinin zaten bunun bir delil olarak kabul edilmemesi nedeniyle mümkün olabildiği yönündeki görüş için ayrıca bkz. Yazıcı-Tıktık (2011), s. 94.

[1697] Anglo-Amerikan hukuku bakımından toplu bir bakış için bkz. A. C. Budak (1991). Anglo-Amerikan medenî yargılama hukukunda bilirkişilik. *İBD,* C. 65, S.10-12, ss. 827 – 841, s. 835 vd.; Yazıcı-Tıktık (2011), s. 90, 91 vd. İngiliz hukuku bakımından özel olarak bkz. Dwyer (2008), s. 290 vd., ayrıca s. 294 vd. Ancak, dikkat çekmek isteriz ki, söz konusu sistemlerin bakış açısı, aslında burada ele alacağımız benzer ve farklı gerekçelerle eleştiri konusu edilebilmektedir. Nitekim Lord Woolf reformlarının esasen mahkeme bilirkişisi müessesesini etkin kılmak yolundaki çabaları bir kenara bırakılacak olsa dahi (bu konuda ayrıca bkz. yuk. *Birinci Bölüm, 1.1.*de aktardığımız hususlar), vakıanın tek olmasına rağmen, bilirkişilerin objektifliği bakımından yaşanan tereddütler, hatta avukatların kendi vakıa iddialarında

özellikle değerlendirmelerimizde yararlanmaya çalıştığımız İsviçre, Fransız ve Türk hukuklarında bu görüşlerin bir delil olarak kabul edilmemesini nasıl açıklamamız gerekmektedir?

Buradaki temel meseleyi, kanımızca ilk plânda kimsenin kendi lehine bir delil meydana getiremeyeceği şeklinde tezahür eden ilkeyle açıklamamız mümkündür. Zira, gerçekten de, kişi kendi davasında tanık olamayacağı gibi, kural olarak kendisinden sadır olan belgelere de kendi iddialarının ispatı için dayanamaz[1698]. Yani, Kıta Avrupa'sı hukukundan meseleye baktığımızda, özelde Türk hukuku bakımından uzman görüşünün, genelde Kıta Avrupa'sı taraf bilirkişisinin bir delil olarak kabul edilmemesinin altında yatan temel husus, bu çerçevede taraf bilirkişisine duyulan bir güvensizlikten kaynaklanmaktadır[1699].

Buradaki ikinci mesele ise, doğrudan doğruya yargısal temel hak ve güvencelerin, özünde taraf bilirkişisi bakımından söz konusu olmamasıyla ilgilidir. Zira, mahkeme tarafından tayin edilen bilirkişiden farklı olarak, uzman, yemin etmek zorunda olmadığı gibi (bkz. m. 271), Hukuk Muhakemeleri Kanununun 34 ve 36. maddelerinde yer alan yasaklılık ve ret sebepleri bu kimse bakımından geçerli değildir[1700]. Mahkeme tarafından tayin edilen bilirkişilerin uzmanlık bilgisi, listelere kayıt sırasında bir ön denetime tâbi tutulurken[1701], aynı husus, taraf bilirkişisi açısından aranmamaktadır. Nihayet, hukukî dinlenilme hakkının gereği olarak, bilirkişiye yöneltilecek olan soruların belirlenmesi sırasında, hâkim tarafların da görüşünü almak zorundadır[1702].

---

olumlu yönde görüş bildirebilecek bilirkişi arayışına girmeleri bunlar arasında ifade edilebilir. Bu konuda genel olarak bkz. R. Stevenson (1997). L'expertise en Angleterre et au Pays de Galles. *Revue experts*. N° 34, s. 6 vd.

[1698] Lagarde (2010), s. 6. Kişinin kendi lehine bir delil yaratamayacağı ilkesi hakkında ayrıca bkz. Mouralis (2011), n° 36, s. 8 vd.; Ferrand (2006), n° 298, s. 79. Bir Fransız yazar, bunu delillerin tarafsızlığıyla açıklamaktadır. Bkz. M. Oudin (2005). Contrats et obligations. Preuves. Règles générales. *JurisClasseur Civil Code.* Art. 1315, 1315-1, Fasc. 10, n° 53, s. 26. Ancak hiç şüphe yok ki, bir tarafın kendi kayıtları, belli şartlar dâhilinde ispat vasıtası olarak kullanılma şansına sahiptir. Örneğin teknolojideki ilerleme, bu konuda farklı bir takım yaklaşımların geliştirilmesine yol açabilmektedir (örneğin bkz. Oudin (2005), n° 54, s. 28 vd.). Öte yandan bu konuda ticarî defterlerle ispat usûlü de ayrıca önemlidir. Ancak bunda dahi, defterlerin delil değeri, ek bir takım koşulların varlığına bağlıdır (bkz m. 222).

[1699] Bu yaklaşımı aslında yine bu sistem bakımından esas itibariyle kendi lehine konuşan bir tarafın gerçeği söyleyemeyeceğine duyulan inançla açıklamak da mümkün olabilir. Nitekim bkz. Lagarde (2010), s. 6.

[1700] Bkz. Pekcanıtez (2009), s. 415.

[1701] Bkz. yuk. *İkinci Bölüm, 3.3.1* vd.

[1702] Bkz. yuk. *İkinci Bölüm, 2.1.2.2*.

Oysa aynı zorunluluk taraf bilirkişisi bakımından söz konusu olmayıp, bu sorular doğrudan onu görevlendiren tarafça belirlenmektedir[1703].

Tüm bu hususlar bir arada düşünüldüğünde, uzman görüşüne neden bir delil veya geniş anlamda bir ispat aracı niteliği atfedilemeyeceği net bir şekilde ortaya çıkmaktadır. Bununla birlikte, bir taraf iddiası veya sadece teknik bir not veya belge olarak kabul edilsin, söz konusu uzman görüşleri, onun bu niteliği göz ardı edilmeksizin, mahkeme tarafından serbestçe değerlendirilecektir[1704].

Bundan ne anlamak gerekir? Burada ilk olarak, yine yukarıda genel yaklaşım dâhilinde dile getirdiğimiz çerçevede, bu görüşün kural olarak bir vakıa iddiasından ibaret bir husus olduğunu tekrar etmemiz gerekir. Nitekim konuya ilişkin yabancı mahkeme kararları da ilk bu noktadan yola çıkmaktadır[1705].

Bu görüşlerin değerlendirilmesi ise, aslında, ilk başta bunların delil olma vasfından ziyade, hukukî dinlenilme hakkından kaynaklanmaktadır[1706]. Zira söz konusu görüşün dikkate alınmaması, aslında tarafın ileri sürdüğü bir vakıa iddiası veya açıklamanın dikkate alınmamasından farklı bir konu değildir. Bununla birlikte, söz konusu teknik incelemelerin, içeriğinde ispat aracı olarak kullanılabilecek bazı hususları da barındırması mümkün olabilir.

Uzman görüşünün, diğer deyişle taraf bilirkişisi görüşünün dikkate alınması, kendisini *ilk olarak,* her iki tarafın söz konusu görüşte mutabık kalmasında gösterecektir. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesinin 1960 yılında vermiş olduğu bir kararın bu yönde olduğunu görüyoruz. Karara konu olan evlilik dışı doğan bir çocuk için açılan babalık davasında, gerek anne gerek davalı baba, kan incelemesinin nerede gerçekleştirileceği konusunda anlaşmıştır. Nitekim mahkeme, daha evvel bu konuda başka davalarda da bilirkişi olarak tayin edilmiş olan bilirkişinin görüşünü yeterli bulmuş; bu konuda ikinci bir defa bilirkişi incelemesine başvurmayı gerekli görmemiştir[1707].

[1703] Bkz. Pekcanıtez (2009), s. 415.

[1704] Bkz. Pekcanıtez (2009), s. 416, 417; Pekcanıtez, Atalay ve Özekes (2011), s. 536; Yılmaz (2012), s. 1272; Hofmann ve Lüscher (2009), s. 98; Guyaz (2011), s. 144.

[1705] TC (Vaud Kantonu), 24.1.1973, *JdT* 1974 III, s. 36 vd.; ATF, 30.10.2003, 4P.169/2003 (Vouilloz (2009), s. 845, dn. 161; ATF 135 III 670, consid. 3.3.1; ATF 132 III 83, consid. 3.4, *SJ* 2006 I 233, *JdT* 2006 I 334; ATF 95 II 364, consid. 2. (Chappuis ve Werro (2011), s. 28, dn. 49).

[1706] Ayrıca bkz. ve karş. Pekcanıtez (2009), s. 416.

[1707] Bkz. ATF 86 1960 II 134/135 consid. 3. (bkz. Castella (1992), s. 13). Ayrıca bkz. Bettex (2006), s. 213; Pekcanıtez (2009), s. 415. Yazar, böyle bir durumda söz konusu görüşün mahkeme tarafından tayin

İkinci olarak, taraf bilirkişisi (uzman) tarafından sağlanan görüşün, kanımızca işlevinin asıl olarak iki noktada kendisini gösterdiğini görüyoruz. Bu çerçevede ilk işlev, mahkeme tarafından tayin edilen bilirkişi tarafından sunulan görüş üzerinde bir tereddüt yaratarak, mahkemeyi ek bir rapor almaya veya ikinci bir bilirkişi raporu almaya sevk etmektir[1708]. Bu da aslında, uzman görüşlerinin mahkeme tarafından tayin edilen bilirkişi raporlarına göre talî niteliğini göstermektedir[1709]. İkinci işlev ise, mahkeme yeni bir bilirkişiden görüş almasa dahi, bu raporda tereddüt yaratan hususları hâkimin dikkate almamasını sağlayıp, hâkimin taraf bilirkişisi görüşünü, mahkeme bilirkişisinin görüşü bakımından tereddüt yaratmayan hususlar ve diğer ispat araçlarıyla birlikte dikkate almasını sağlamaktır[1710]. Yani hâkim, esasen bu görüşlere kural olarak, doğrudan doğruya dayanamaz; ancak, diğer bilirkişi raporları ve deliller ile birlikte vereceği hükme esas alabilmektedir. Özellikle, ikinci mesele bakımından söz konusu olan şey, mahkeme bilirkişisi ve taraf bilirkişisi raporlarının birbirlerini doğrulamasıdır[1711].

Ancak bu görüşler, tali bir işleve sahip de olsalar, hâkim tarafından tartışılmaları, hatta tarafların tartışmasına tâbi kılınmaları gerekmektedir[1712]. Hâkim hiç şüphe yok ki, bir uzman görüşü sunulmuşken, kendisi bir bilirkişi incelemesine başvurup, bilirkişi raporunu hükme esas alabilir[1713]. Bununla birlikte, burada önem taşıyan nokta, taraf bilirkişisi görüşünün keyfî şekilde reddedilmemesi gereğidir[1714]. Nitekim hâkim, taraf

---

edilen bilirkişi görüşü olarak kabul edilebileceğini ifade etmektedir. Bu görüşe, özellikle tarafların mutabık kalmasının doğurduğu sonuçlar bağlamında katılmaktayız.

[1708] Türk hukuku bakımından bkz. Pekcanıtez (2009), s. 415. İsviçre hukuku bakımından bu yönde bkz. Guyaz (2011), s. 144; Bettex (2006), s. 213. Ayrıca bkz. ATF 5.11.2007, 6B.283/2007, *forumpoenale 2008,* ss. 211, 212. Fransız hukuku bakımından Boulez (2006), s. 241.

[1709] Bkz. Aubry Girardin (2005), s. 1071.

[1710] Örneğin bir İsviçre Federal Mahkeme kararı bu konuda dikkat çekicidir (ATF, 9.7.2010, 4A_48/2010). Federal Mahkemenin incelemesine konu olan olayda, hamile bir kadına hastanede sezaryen yapılmış. Ancak havasız kalan bebekte bir sakatlık ortaya çıkmıştır. Uyuşmazlık, oluşan bu zararın müdahalede geç bulunmaktan kaynaklanıp kaynaklanmadığıdır. Nitekim hem mahkeme tarafından bilirkişi incelemesine başvurulmuş, hem de, bir taraf bilirkişisinden de görüş alınmıştır. Ayrıca bir de her iki tarafın anlaştığı bir başka bilirkişi de mahkemeye görüş sunmuştur. Nihayetinde mahkeme, kendi tayin ettiği bilirkişinin görüşünün bir kısmını, tecrübe kurallarına aykırılık bulunduğu gerekçesiyle kabul etmemiş, bununla birlikte, söz konusu görüşü, taraf bilirkişisinin görüşü ile birlikte hükmüne esas almıştır. Federal Mahkeme de bu yaklaşımı uygun görmüştür (açıklamalar için bkz. Chappuis ve Werro (2011), s. 28 vd.).

[1711] Bkz. ATF 135 (2009) I, ss. 176 – 187, s. 183, 184 *(www.swisslex.com).*

[1712] Pekcanıtez (2009), s. 415.

[1713] Örneğin, ortada hem mahkeme tarafından tayin edilen bilirkişinin raporu, hem de davanın her iki tarafınca başvurulan bilirkişi raporu varsa, mahkeme burada da yine kendi tayin ettiği bilirkişinin görüşü doğrultusunda karar verebilir. Bkz. ATF 4A_242/2008 *(www.swisslex.com).*

[1714] Bkz. Bettex (2006), s. 213; Pekcanıtez (2009), s. 416.

bilirkişisi görüşünü dikkate almadığı takdirde, bunun gerekçesini göstermek zorundadır[1715]. Bu itibarla, hâkim, taraf ile onun tarafından tayin edilen uzman arasındaki güven ilişkisini hesaba katabilir, hatta katmalıdır. Bununla birlikte, bir tarafça tayin edilen bilirkişinin raporu, mahkeme tarafından tayin edilen bilirkişininkiyle aynı değerde olmasa da, bu durum hâkimin söz konusu raporun ispat değerini sadece bilirkişinin bir tarafça tayin edilmiş olması nedeniyle, salt bu gerekçeyle şüpheli görebileceği, yetersiz kabul edeceği anlamına gelmemektedir. Yani bu vakıanın dışında raporun ispat değerini, güvenilirliğini hükümden düşürecek olan açık, somut belirtilerin, göstergelerin bulunması durumunda, hâkim raporu kabul etmeyebilir[1716]. Ancak, meseleye ilişkin tatmin edici bir gerekçenin gösterilmemiş olması, bir bozma sebebi teşkil edecektir[1717].

Meseleye ilişkin genel yaklaşım bu olmakla birlikte, son bir hususun daha dikkat çekici olduğunu görüyoruz. İlk olarak, uzman görüşünden davanın her iki tarafı da yararlanabilecektir. Böyle bir faraziyede mesele, hâkimin, her iki tarafça sunulan uzman görüşlerini karşılıklı olarak değerlendirdikten sonra, hükmünü bu raporlardan birine dayandırıp dayandıramayacağı noktasında toplanmaktadır. Örneğin İsviçre Federal Mahkemesinin bir kararına[1718] konu olan olayda, patent hakkına ilişkin bir uyuşmazlık hakkında davanın her iki tarafı da birer uzman görüşünden yararlanmış, mahkeme yapmış olduğu inceleme neticesinde uzman görüşlerinden biri doğrultusunda karar vermiştir. Kararı veren kanton mahkemesi, aleyhine karar verdiği tarafın yararlandığı uzmanın teknik görüşünü belli bir inandırıcılığa sahip bulmakla birlikte, uzmanın bir patent bilirkişisi olmaması sebebiyle dikkate almamıştır. Federal Mahkeme ise, kanton mahkemesinin kararını, tarafların özel bilirkişi raporlarında yer alan ve hakkın varlığı veya yokluğunun tespiti açısından belirleyici olan teknik hususların ihtilaflı olmasına rağmen, görüşlerden birini diğerine tercih ederek kararını basit iddialara dayandırdığı, oysa hâkimin meseleyi çözmek ve taraf bilirkişiliklerini

[1715] Aubry Girardin (2005), s. 1071.
[1716] ATAF, 13.11.2009, E-6010/2006, n° 4.3.4 *(www.swisslex.com)*.
[1717] Nitekim Federal Mahkeme kararları bu yöndedir. ATF 4P.205/2003 du 22.12.2003 consid. 2.1; ATF 98 II 265 consid. II/2. *(www.swisslex.com)*
[1718] ATF 132 III 83. Karar metni için bkz. *SJ 2006 I,* ss. 233 – 235. Kararın tahlili için Dessemontet (2006), s. 334 vd.

değerlendirmek konusunda yeterli teknik bilgiye sahip bulunmadığı gerekçesiyle bozmuştur[1719].

Söz konusu Federal Mahkeme Kararına ilişkin olarak öğretide dikkat çekilen husus, bilirkişilerin sunduğu raporlardaki pür "teknik hususları" mahkemenin teknik uzmanlığının bulunmaması sebebiyle bizzat kendisinin değerlendirebilecek durumda olmadığıdır. Buna mukabil mahkemenin yapması gereken, bilirkişi raporlarında yer alan ve teknik içeriğe sahip bu iddiaların "inandırıcılığını değerlendirmekle" sınırlıdır. Bunlar birer delil değil de iddia niteliğinde olduğundan, mahkeme bu iddiaları tartışmak zorundadır. Mahkeme uyuşmazlık konusu hakkında bir karara varabilmek amacıyla birden fazla bilirkişi görüşü arasında bir tercihte bulunabilmek için bunları karşılıklı olarak değerlendirebilir. Burada keyfî olan bir husus bulunmamaktadır. Ancak uyuşmazlığın merkezini oluşturup da teknik niteliği konusunda tartışma bulunmayan bir konuda, bir bilirkişiden görüş almaksızın karar vermek keyfilik anlamına gelmektedir[1720].

[1719] *SJ 2006 I,* s. 234, 235.
[1720] Dessemontet (2006), s. 337, 338.

Sonuç

Bu çalışmada, medenî usûl hukukunda bilirkişi incelemesini, bilirkişilik faaliyetine ilişkin temel bazı tartışmalar çerçevesinde değerlendirmeye çalıştık. Çalışmamız, temelde, bilirkişi incelemesi sürecini, onun konusu, incelemeye başvuru, yerine getirilmesi ve nihayet bilirkişi tarafından sunulan görüşün değerlendirilmesi aşamalarını tahlil etmek, bazı yabancı ülke hukukları bakımından dikkat çekici bazı hususları aktarmak ve bu çerçevede, ilgili konularda Türk hukuku bakımından bir değerlendirme çabasında bulunmak amacına odaklanmıştır. Bununla birlikte, bilirkişilik faaliyetinin geneli bakımından tartışılan hususların önemli bir kısmı, çalışmamız içerisinde doğrudan ele almamız gereken birer husus biçiminde karşımıza çıkmış ve yapmaya çalıştığımız değerlendirmelerde etkisini doğrudan doğruya göstermiştir.

Bu doğrultuda çalışmamızı üç bölümle sınırladık. Aşağıda, takip eden paragraflarda, her bir bölümde ele aldığımız hususları ve vardığımız sonuçları, temel noktaları itibariyle aktarmaya çalışacağız:

Çalışmamızın *birinci bölümünü* bilirkişi incelemesinin genel çerçevesi ve konusuna ayırdık. Burada ilk olarak bilirkişilik faaliyetinin gelişim sürecini, özellikle bilirkişilik konusunda yaşanan tartışmalar ve bu çerçevede gündeme getirilen çözüm önerileri etrafında ele almaya çalıştık. Bu bağlamda ifade etmemiz gereken husus, bilirkişi incelemesine ilişkin tartışmaların ve ileri sürülen çözüm önerilerinin, yargılama sürecine ilişkin olarak dile getirilenler ile paralellik arz ettiğidir. Bilirkişilik faaliyeti karara götürücü bir işleve sahiptir. Onun bu işlevi, yargılama hukukuna ilişkin hak ve ilkelerin önemli bir kısmının bilirkişilik özelinde değerlendirilmesini zorunlu kılmaktadır. Nitekim, medenî usûl hukukuna ilişkin reform hareketlerinin de bu hususları dikkate aldığını görüyoruz.

Diğer taraftan dikkat çekici bir başka husus, Kıta Avrupası ve Anglo-Amerikan hukuk sistemleri arasındaki yakınlaşmadır. Özellikle, Kıta Avrupası hukukunda özel bilirkişilik (Türk hukukundaki ifade ediliş biçimiyle *uzman görüşü*), her ne kadar açık ve belirleyici bir etkiye sahip olmasa da, mahkeme bilirkişileri yanında kendisine bir yer bulurken, İngiliz hukukunda Lord Woolf reformları çerçevesinde mahkeme tarafından tayin edilen bilirkişilerin işlevinin artırılması yönündeki eğilim de ilgi çekicidir.

Ancak bu etkileşimin ötesinde, bizi esas meşgul eden husus, *bilirkişi incelemesinin ayırt edici özellikleri ve niteliği* noktasında olmuştur. Kanaatimiz, bir süje olarak bilirkişinin ve onun tarafından yerine getirilen incelemenin ayrı ayrı bir nitelendirmeye tâbi tutulmasıdır. Bu doğrultuda bilirkişi bir hâkim yardımcısıdır. Ancak, bilirkişinin üstlendiğini görevin, kişisel bakımdan geçici bir nitelik arz etmesi, onu, görevini sürekli bir şekilde ifa eden diğer hâkim yardımcılarından farklı olarak, *geçici nitelikte (okazyonel, durumun gerektirdiği sürece) bir hâkim yardımcısı* şeklinde nitelendirmeyi gerektirmektedir. Bilirkişi, kamusal bir görevin gereğini yerine getirmektedir. Bu itibarla, kendisini tayin eden mahkeme ile arasındaki ilişki de kamusal niteliktedir. Buna karşılık, özel bilirkişi, yani HMK m. 293 anlamında uzmanlar ile bu kimseleri görevlendiren kimseler arasındaki ilişki, tamamen özel hukuka tâbi olup, somut olarak bir eser sözleşmesinin konusunu oluşturmaktadır.

Öte yandan, bilirkişi incelemesine ve bu inceleme kapsamında sunulan görüşe geldiğimiz vakit, bilirkişi tarafından yerine getirilen faaliyetin, delil elde etme amacına yönelmiş bir inceleme yöntemi olduğunu görüyoruz. Bilirkişi tarafından sunulan raporu ise, temsili bir niteliği bulunmamasından dolayı, bir tanık beyanı veya belge gibi dar anlamda bir delil olarak ifade edebilmek bize mümkün gözükmemiştir. Ancak ne olursa olsun, inceleme ve inceleme neticesinde sunulan görüş, kural olarak, gerek bir delili elde etmeye gerek bu delili mahkemeye sunmaya yöneldiğine göre, kanımızca, geniş anlamda bir ispat aracı olarak nitelendirilmelidir. Bununla birlikte, ifade etmemiz gerekir ki, bilirkişi incelemesinin niteliği, ister bir delil ister daha geniş bir çerçevede değerlendirilsin, sunulan görüşün diğer ispat araçları ile birlikte serbestçe değerlendirileceği vakıasını değiştirmeyecektir.

Nihayet, *Birinci Bölüm* kapsamında son olarak, *vakıa ile hukuk ayrımı çerçevesinde bilirkişi incelemesinin konusu* üzerinde durmaya çalıştık. Geleneksel olarak, bilirkişinin görevi, belli bir vakıa meselesi hakkında açıklamalarda bulunmakken, mahkemenin görevi, hukuku bildirmekten ibarettir. Bu geleneksel yaklaşım Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanununun 275. maddesinde olduğu kadar, hatta daha ısrarlı bir ifadeyle, Hukuk Muhakemeleri Kanununun 266. maddesinde, karşılık bulmaktadır. Ne var ki, uygulamanın meseleye bakış açısı ve yine uygulamadan kaynaklı olduğu ifade edilen kimi bazı gerekçeler başta olmak üzere, bazı hâllerde vakıa ile hukuk arasındaki sınırların belirsiz bir nitelik arz edebilmesi, bu ayrıma uyulmasını

güçleştirebilmektedir. Öte yandan bilirkişinin bir tecrübe kuralını aktardığını ifade etmenin de meseleyi tam anlamıyla çözemediği sonucuna ulaştık. Zira, tecrübe kuralı kavramının kendisi, vakıa – hukuk ayrımının belirsizliği sonucu ortaya konulmuş, fakat yine hangi alana dâhil olduğu, belli bazı meseleler bakımından belirsizliğini koruyan bir kavramdır.

Meseleyi değerlendirme çabamızın sonucunda, söz konusu belirsizliklerin, belirli bazı noktalarda zikredilen kavramların doğasından kaynaklandığını gördük. Bununla birlikte, ne olursa olsun, bu belirsizlikler, hiç bir şekilde vakıa ile hukuk ayrımını göz ardı etmeyi, bu anlamda, söz konusu sınır esneterek, bilirkişiye belli bazı hâllerde, hukukî konuda görüş verme imkânının sağlanmasını, bize haklı gösterememektedir. İşin uygulamaya ilişkin yönü bir tarafa, burada olması gereken hukuk bakımından, tartışılan üç ayrı yöntemin hayata geçirilmesi, kanımızca önem taşımaktadır. Bunlardan ilki, uzmanlık mahkemelerinin yaygınlaştırılması ve hâkimlerin uzmanlık bilgisine ilişkin eğitim faaliyetlerine ağırlık verilmesidir. İkincisi adlî hizmet uzmanlığı müessesesinin hayata geçirilmesidir. Tüm bunların yanı sıra, hiç şüphe yok ki, TMK m. 1 hükmünde de yer aldığı gibi, hâkim karar verirken bilimsel görüşlerden yararlanabilir. Bu çerçevede, *mahkeme dostu (amicus curiae)* müessesesi de, Türk hukuku bakımından tartışılmalı, hatta Fransız hukukundaki son gelişmeler çerçevesinde olduğu gibi açık şekilde tanınabilmelidir. Ancak bu müessese, ilk derece hâkimlerinin karşılaştıkları alelâde bir hukukî mesele nedeniyle, bu konuda bilirkişi incelemesine, örneğin bir avukata başvurmalarının değil, salt davanın tarafların ötesinde, toplumun belli bir kesimini ilgilendiren davalarda, karmaşık bir hukukî veya sosyolojik yahut benzer bir konuda, somut vakıanın ötesinde, davanın geneli bağlamında bir görüş sağlanmasının aracı olarak kullanılmalıdır. Bu ise, onun istisnaî bir niteliğe sahip olmasını gerektirmekte ve uygulama alanını, içtihadın da oluşmasına hizmet edecek şekilde, temyiz ile fiilen yürürlüğe girdiği takdirde istinaf aşamaları ile sınırlandırmaktadır. Ancak, hiç şüphe yok ki, bilirkişilik özelinde zikrettiğimiz bu müessese, Türk hukuku bakımından, pozitif bir düzenlemenin öncesinde, ciddî bir şekilde tartışılmaya ihtiyaç duymaktadır.

İkinci Bölümümüzde, bilirkişi incelemesine başvuru ve bilirkişinin görevlendirilmesi sürecini farklı yönleriyle incelemeye ve değerlendirmeye çalıştık. Burada ilk olarak, bilirkişi incelemesine başvurunun yerindeliği ve elverişliğinin

değerlendirilmesini, konuya ilişkin çeşitli ihtimalleri de dikkate alarak ele almak istedik. Bu durum konuyu incelerken, meseleye hâkimin takdir yetkisi ve bu yetkinin sınırları açısından bakmamızı gerektirmiştir.

Nitekim, bilirkişi incelemesi, *kronolojik bakımdan* tahkikat aşamasında başvurulacak bir inceleme yöntemidir. Buna karşılık, ön inceleme aşaması, yerine getirilen faaliyet gereği, kural olarak, bir bilirkişi incelemesine elverişli değildir. Ancak, bu aşamada dahi, özellikle bir uzlaşmanın koşullarının ortaya konabilmesi, fakat bundan evvel, usûle ilişkin bazı meseleler bakımından bilirkişi incelemesine başvurulması mümkündür. Açılmış ve görülmekte olan bir dava bakımından mesele bu olmakla birlikte, inceleme kendisini esas hakkındaki yargılamadan önce, bir geçici hukukî korumanın kapsamında veya geçici koruma talebi üzerine yapılacak yargılamada da gösterebilmektedir. Ancak, bilirkişi incelemesine başvurulurken, aynı zamanda vakıa meselesinin de bu incelemeye elverişli olması gerekmektedir. Bu ise, vakıa meselesinin kesin deliller ile ispatının gerekip gerekmediğinin belirlenmesini gerektirmektedir. Vakıa meselesinin takdirî delillerle ispatı mükün ise, ispat araçları arasında bir hiyerarşi bulunmamaktadır. Ancak, uyuşmazlık konusu vakıa hâkimin elindeki diğer ispat araçlarıyla aydınlanmaktaysa, bilirkişi incelemesine de ihtiyaç bulunmamaktadır. Bu anlamda, bilirkişi incelemesi, talî bir inceleme yöntemi addedilmelidir. Bu, usûl ekonomisinin de bir gereğidir.

Burada karşımıza çıkan bir başka mesele ise, aynı vakıa meselesi hakkında daha önce bilirkişi incelemesine başvurulmuş olmasının inceleme kararının alınmasında etkisidir. İlk derece mahkemeleri kural olarak, delil tespiti çerçevesinde başvurulan bilirkişi incelemelerine talî bir nitelik atfetmektedir. Bir başka mahkeme tarafından bilirkişi incelemesine başvurulmuş olması hâlinde, hâkimin gerek duymuyorsa yeniden incelemeye başvurmaması mümkündür. Ancak burada da, Yargıtay'ın özellikle bilirkişi incelemesine icra mahkemesi tarafından başvurulması faraziyesinde, bu mahkeme kararlarının bir kesin hüküm teşkil etmemesi nedeniyle, yeniden bir incelemeye başvurulması gerektiği görüşünde olduğunu görüyoruz. Oysa, ister icra ister ceza mahkemesi tarafından başvurulsun, bilirkişi incelemesinin bir diğer mahkeme tarafından göz önüne alınıp alınmayacağı noktasında başat rol oynayan husus, ona hangi mahkeme tarafından, hangi yargılama usûlü çerçevesinde başvurulduğu değil, o inceleme kapsamında söz konusu olan vakıa meselesidir.

Bilirkişi incelemesine başvuruda taraflar da önemli bir rol üstlenmektedir. Buradaki öncelikli mesele, *tarafların vakıalar bakımından, iddia ve somutlaştırma yükünün gereğini yerine getirmiş olmalarıdır*. Vakıa iddiası belirsiz veya bu vakıalara ilişkin unsurlar taraflarca mahkemeye sunulmamışken, hâkim, ne bu vakıaların belirlenmesi için bilirkişi incelemesine başvurabilir ne de taraflardan gelecek bu içerikte bir talebi kabul edebilir. İkinci mesele ise, *bilirkişi incelemesine başvurulması yönündeki talebin ispat hakkı kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceğidir*. İncelememiz sonucunda, kural olarak bilirkişi incelemesine başvurulmasını talep yönünde bir hakkın, kural olarak, bulunmadığı kanısına vardık. Ancak, buradaki mesele, ispat hakkına ilişkin genel ilkelerden bağımsız olmayıp, bu inceleme yerindelik, elverişlilik ve gereklilik koşullarını taşıyorsa, hâkimin talebi reddetmesi, söz konusu hakkın da ihlâli anlamına gelecektir. Nihayet buradaki son mesele, *bilirkişi incelemesine ilişkin gider ve masraflar* olup, konuya ilişkin genel tartışmalar dışında, özellikle gider ve delil avansına ilişkin hususlar belli bir öneme sahiptir. Burada avans kapsamında henüz başvurulmayan bir inceleme için de belli bir miktarın alınması, konunun hak arama hürriyeti ile olan ilişkisi bir yana, aslında düzenli ve yargısal bir alışkanlık biçiminde bilirkişi incelemesine başvurunun da bir sonucu şeklinde gözükmektedir. Bu konuda konuya ilişkin Yönetmelik ve Tarife'de yapılacak olan değişiklik, salt tarafların hak arama hürriyeti bağlamında yaşadıkları olumsuzlıkların giderilmesine değil, fakat aynı zamanda, bahsettiğimiz yargısal alışkanlıktan kurtulmaya da hizmet edecektir. Burada son bir husus, bilirkişi incelemesine başvurulmasında, taraflarca hazırlama veya kendiliğinden araştırma ilkesinin uygulanması, kanımızca bir farklılık yaratmamaktadır. Bu nedenle, taraflarca hazırlama ilkesine tâbi bir davada, hâkim re'sen bilirkişi incelemesine başvurmuş ve giderler ilgili taraf veya taraflarca yatırılmamışsa, hâkim, söz konusu gider ve masrafları Hazineden sağlamak ve dava sonunda haksız çıkan tarafa yüklemek üzere, her halükârda bu incelemeye başvurabilecektir.

Hâkim, söz konusu *uzmanlık bilgisine* kendisinin sahip olduğu kanısındaysa, bilirkişi incelemesine başvurmaktan kaçınıp kaçınamayacağı sorusuna ise, olumsuz yanıt vermekteyiz. Zira öncelikle, burada hâkimin uzmanlık bilgisinin tartışılması ve bir değerlendirmeye tâbi tutulması imkânı sınırlanmakta, bu ise hukukî dinlenilme hakkı ile çelişmektedir. Mesele, bazı yabancı ülke hukuklarında gördüğümüz gibi, bir üyenin o

konunu uzmanı olması veya meslekten hâkim olmayan kimselerin de mahkeme heyetinde görev yapması bakımından ayrıca değerlendirilebilirse de, Türk hukukunda mevcut düzenlemeler çerçevesinde, bu yapıda bir mahkeme de bulunmamaktadır.

Bilirkişi incelemesine başvurunun Kanunda veya yargı kararları ile zorunlu addedildiği hâlleri, hâkimin takdir yetkisinin kısıtlanması bağlamında değerlendirmeye çalıştık. Esas itibariyle dikkat çekici olan nokta, bilirkişi incelemesine başvuru zorunluluğunun ortaya çıkmasında, Kanun hükmünden ziyade, yargı kararlarının daha etkin bir rol oynadığıdır.

Bilirkişi incelemesi, henüz yürürlüğe girmiş olmamakla birlikte, *istinaf aşamasında da* başvurulabilen bir inceleme yöntemidir. Zira istinaf aşamasında, ilk derece mahkemesinin kararı hakkında hukukî bir denetimde bulunulduğu kadar, belli ölçüde vakıaların yeniden incelenmesi de söz konusudur. Bu durumda, bölge adliye mahkemesi, ilk derece yargılamasında bilirkişi incelemesine başvurulmamışsa dahi, bunu gerekli gördüğü takdirde veya ilk derece aşamasındaki incelemeyi veya incelemeleri yeterli görmediği takdirde yeniden bilirkişi incelemesine başvurabilecektir. Buna karşılık aynı durum *temyiz incelemesi bakımından*, karar düzeltme aşaması da dâhil olmak üzere söz konusu değildir. Zira, istinaf aşamasından farklı olarak, temyiz mahkemesinin denetimi, hukukî mesele ile sınırlıdır. Burada, hâlihazırda yürürlükte olan hükümler dâhilinde, Yargıtay, ilk derece mahkemesinin maddî mesele hakkında hataya düştüğü düşüncesinde olsa dahi, HMK m. 266 anlamında yeniden bilirkişi incelemesine başvuramaz.

Bilirkişi incelemesi hakkındaki karar bakımından ilk üzerinde durmak istediğimiz mesele, bilirkişiye tevdi edilen *görevin kapsam ve içeriğinin belirlenmesi* olmuştur. Bilirkişiye tevdi edilen görev, bir vakıanın tespitini, bu vakıadan sonuçlar çıkartılmasını ve nihayet salt bir uzmanlık bilgisinin aktarılmasını konu edinebilir. Gerçekten de, bilirkişi salt bir vakıa tespitiyle görevlendirilebileceği gibi, bu inceleme, aynı zamanda vakıalardan çıkan değerlendirmeleri de içerebilecektir. Ancak, bir uzmanlık bilgisinin aktarılması, genellikle tek başına değil, özellikle incelemenin belli bir vakıadan sonuç çıkartılması hâline eşlik eden bir görünüm biçimidir. Bazı yabancı ülke hukukları, bahsettiğimiz görünüm biçimlerine, pozitif düzenlemelerinde yer vermiştir. Türk hukuku bakımından bu noktada vardığımız sonuç, özellikle belli bazı incelemelerin, diğerlerinden daha basit veya karmaşık olduğu gerçeği karşısında, bilirkişilik faaliyetini,

pozitif düzeyde, onun karmaşıklığına göre, en azından ikili bir ayrıma tâbi tutmanın, olması gereken hukuk bakımından fayda sağlayabileceği yönündedir.

Bilirkişinin görevinin belirlenmesinde dikkat edilmesi gereken başlıca husus, dosyanın bir kül hâlinde bilirkişiye devredilmemesi gereğidir. Aksi hâlde, bilirkişinin görevinin kapsam ve içeriğinin belirlendiğinden söz edilemez. Dosyanın kül hâlinde devredilmemesi, incelemenin konusunu oluşturan hususların, yani soruların, tek tek, açık bir şekilde belirtilmesi anlamına gelmektedir. Aksi hâlde bilirkişi, tereddütlerinin giderilmesini isteme yetkisi çerçevesinde, hâkimden gerekli açıklamayı talep edebilir.

Hukukî dinlenilme hakkının gereği olarak, her ne kadar bilirkişi incelemesinin kapsam ve içeriğinin belirlenmesinde son söz hâkime aitse de, *tarafların da mutlaka görüşlerinin alınması gerekmektedir.* Bu görüşler, kural olarak, görev bilirkişiye tevdi edilirken alınacaktır. Bununla birlikte, bu görüşlerin inceleme sırasında da dile getirilmesi mümkündür. Nitekim hâkim, gerek re'sen gerek tarafların önerileri doğrultusunda, görevin kapsam ve içeriğinde değişikliğe gidebilmelidir. Öte yandan bilirkişi de, bu sürece katılabilir. Özellikle HMK m. 275 hükmünde ifade bulan haber verme yükümlülüğü çerçevesinde, görevin kapsam ve içeriği konusunda hâkime bazı önerilerde bulunması mümkün olabilir. Elbette, bu öneriler hâkim tarafından kabul edilse de, bilirkişi görüşünün sunulması sonrasında taraflarca tartışılma imkânının sağlanması gerekecektir.

Bilirkişi incelemesi hakkındaki karara ilişkin, diğer iki mesele ise, *söz konusu kararın gerekçelendirilmesi ve bu karara karşı başvuru imkânlarıdır*. Bir kararın gerekçelendirilmesi, salt esas hakkındaki kararlara özgü bir durum değildir. Ara kararları da, nihaî kararlar kadar ayrıntılı olamayacaksa da, konusu çerçevesinde, bu kararı almaya sevk eden hususları içermek durumundadır. Nitekim, bilirkişi incelemesine neden başvurulduğu veya bu yöndeki talebin neden reddedildiği, buna ilişkin ara kararında yer alması gereken bir husustur. Ancak, bu durum, esasen söz konusu karara karşı tanınmış başvuru imkânları ile tamamlanacak bir husustur. Bazı yabancı ülke hukuklarında, bilirkişi incelemesi hakkındaki karara karşı istinaf yoluna başvurma imkânı tanınmıştır. Buna karşılık, Türk hukuku bakımından o an için başvurulabilecek yol, kararı veren mahkemeye itiraz etmek olup, söz konusu karar, aynı zamanda esas hakkındaki kararla birlikte tartışma konusu yapılabilecektir. Olması gereken hukuk bakımından görüşümüz, bilirkişi incelemesi hakkındaki kararlara karşı,

gerekirse izne tâbi bir istinaf yolunun kabul edilmesidir. Zira, elverişsiz bir bilirkişi incelemesi (gerek konu gerek tayin edilen bilirkişi bakımından), kanun yolu denetiminde, ilk derece mahkemesinin kararının bozulmasına ilişkin bir gerekçe olarak kabul edilmesinden ziyade, hatanın henüz, esas hakkındaki karar verilmeden düzeltilmesi, usûl ekonomisine uygun bir yol olacaktır.

Bilirkişi incelemesinin en hassas konularından bir tanesini, *bilirkişinin seçimi ve tayini oluşturmaktadır*. Zira, bilirkişi olarak, ilgili uzmanlık dalında, ihtiyaç duyulan bilgiye sahip bir kimsenin tayin edilmemesi, kimi zaman bilirkişi incelemesi sürecinin uzamasında, kimi zaman yeni bir bilirkişi incelemesine başvuru gereğinin ortaya çıkmasında, kimi zaman ise, bu bilirkişi tarafından verilen eksik veya hatalı görüşün, hükme esas alınması hâlinde kararın bozulmasında etkisini gösterebilmektedir. Türk hukuku, Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile birlikte, bilirkişilerin seçimi konusunda önceden oluşturulan bilirkişi listelerinden yararlanılmasını kabul etmiş durumdadır.

Bilirkişi listelerinin en önemli özelliği ve avantajı, bilirkişi olarak görev yapmak isteyen kimselerin uzmanlık bilgilerinin bir ön denetime tâbi tutulmasında yatmaktadır. Bu listeler şüphesiz, hâkimin seçim bakımından takdir yetkisini sınırlamaktadır. Ancak, uzmanlık bilgisinin listeler sayesinde garanti edilmesi, kanımızca bu sakıncayı ortadan kaldırmaktadır. Kaldı ki, bir liste usûlüne açıkça yer vermeyen hukuk düzenlerinde dahi bugün kabul edilen, listelerin, listesiz bir seçimden daha elverişli olduğu yönündedir.

Listelere kayıt konusunu, sübjektif ve objektif (esasa ilişkin) olmak üzere, ikili bir ayrım altında değerlendirmeyi uygun gördük. Sübjektif koşullar ile murat ettiğimiz, yaş, belli cezaî yahut idarî yaptırımların muhatabı olmamak gibi koşullardır. Bu noktada ifade etmek isteriz ki, gerçek kişiler kadar, tüzel kişiler de, bilirkişi listelerine kaydedilebilmelidir. Bu, özellikle, belli meselelerde, kanımızca bağımsızlıktan yoksun olan resmî bilirkişi kurumları karşısında da, özel bir anlam ifade etmektedir.

Esasa ilişkin koşulların değerlendirilmesi bakımından, Türk hukuku, listelerin Adalet Komisyonları bünyesinde tutulacağını öngörmektedir. Ancak, başvuru taleplerinin tamamen hukukçular tarafından değerlendirilecek olması, söz konusu ön denetimin gerçekleştirebilmesi bakımından kanımızca olumsuz sonuç doğuracaktır. Bu konuda, olması gereken hukuk bakımından kanaatimiz, söz konusu seçimde, ilgili uzmanlık dalında bilirkişi olarak görev yapan, tercihen meslek kuruluşları tarafından gönderilen kimselerin de görev yapmasıdır. Bu olmayacaksa, başvuran adaylara meslek

kuruluşları tarafından gerçekleştirilecek olan bilirkişiliğe ilişkin eğitim faaliyetlerine katılma zorunluluğu getirilmelidir. Her iki hâlde de amaçlanan, bilirkişiler bakımından, yargı nezdinde bir tür akreditasyonun sağlanmasıdır. Nihayet, Komisyon tarafından verilen karara karşı, adaylara itiraz hakkı tanınmaktadır. Kanımızca, bu incelemenin ciddî bir şekilde yapılmasına verdiğimiz önem doğrultusunda, olması gereken hukuk bakımından burada, söz konusu karara karşı idarî yargı yolunun açılması uygun olacaktır. Bir diğer mesele ise, listelerin sürekli şekilde kamuya açık, yani alenî olmasıdır. Bu aleniyet, taraflar bakımından, bilirkişinin tayin sürecinde söz hakkı olabilmeleri bakımından da anlam ifade edecektir.

İkinci bölümümüzün son kısmını ise, *bilirkişinin tayinine* ilişkin açıklamalarımıza ayırdık. Burada ilk ifade etmemiz gereken husus, ortada resmî bilirkişilere başvuruyu gerektiren bir hâl bulunmadığı sürece, bilirkişinin bir listeden tayin edilmesi zorunluluğu bulunmaktadır. Ancak meseleye ilişkin aslî sorun, kanımızca, bir bilirkişinin, adlî yıl boyunca toplam kaç davada görev alabileceğidir. Türk hukuku bilirkişilik yönetmeliğinde bunu üç yüz dosya ile sınırlamıştır. Bu, son derece aşırı bir miktardır. Bir bilirkişinin üç yüz dosyada görev yapabildiği bir yapıda, ne hâkimin sürekli aynı bilirkişiler ile çalışmasının önüne geçilebilir, ne de, bilirkişiliğin bir meslek addedilmesi yönündeki tartışma ve sorunlar giderilebilir.

Bir liste usûlünde, uzmanlık dalları belli bir sınıflandırmaya tâbi tutulmaktadır. Burada hâkime düşen görev, tayin edilecek bilirkişinin uzmanlığının uyuşmazlık konusu vakıa meselesine ilişkin olmasına dikkat etmektir. Aksi durum, yeni bir bilirkişi incelemesini zorunlu kılabileceği gibi, hükmün salt bu nedenle de bozulması sonucunu doğurabilecektir. Burada, HMK m. 275 hükmü bağlamında, bilirkişiye de, söz konusu uzmanlık dalının kendisininkinden farklı olduğunu belirtmek konusunda, bir görev düşmektedir.

Ancak, tayin konusunda özellik gösteren önemli bir diğer hususun, bilirkişi sayısı olduğunu görüyoruz. Kanun koyucu, tercihini, bir bilirkişi kuruluna başvurulacak hâllerde, kurulun mutlaka tek sayıda bilirkişiden oluşması gerekeceği yönünde kullanmıştır. Buradaki temel argüman, bilirkişi kurulunun çift sayıda olması ve fakat, bilirkişilerin aynı görüşte olmamaları durumunda, çoğunluğun sağlanamayacak olması nedeniyle, hâkimin tereddütte kalacağı ve yeni bir bilirkişi kurulu oluşturmaya yöneleceğidir. Bu yaklaşım üzerinde tereddütlerimiz bulunmaktadır. Esas mesele,

uyuşmazlık konusu vakıa, salt iki ayrı uzmanlık dalında bilirkişiye ihtiyaç duyuyorsa, üçüncü bilirkişinin nasıl tayin edileceğidir. Hele ki, her iki uzmanlık dalı da, bu uyuşmazlık bakımından eşit derecede önemli ise, hangi uzmanlık dalından iki bilirkişi tayin edilecektir? Şayet bu durumun önüne geçebilmek adına, iki ayrı uzmanlık dalından üçer bilirkişi tayin edilirse, bu durum usûl ekonomisine aykırılık teşkil etmeyecek midir? Uygulama bakımından tespit edebildiğimiz bir husus ise, bilirkişi kurulunun oluşturulduğu pek çok hâlde, aslında kuruldaki bilirkişilerden sadece ikisinin *teknik* bilirkişi olduğu, diğerinin ise, *hukukçu* bilirkişi olduğudur. Şüphesiz bunun aksi durumlar mevcuttur. Ancak, tespit ettiğimiz örneklerin fazlalığı, bilirkişi kurulunun çift sayıda bilirkişiden oluşabileceğinin pekâlâ mümkün olduğunu bize göstermektedir. Son bir mesele ise, üç bilirkişiden teşekkül eden bir kurul, raporunu oy çokluğuyla almış olsa dahi, azınlıkta kalan bilirkişinin görüşü lehine olan taraf bakımından, söz konusu görüş, raporu tartışmalı hâle getirebilmektedir. Hâkim teorik olarak her ne kadar, çoğunluktaki veya azınlıktaki görüşe dayanarak karar vermek konusunda serbest de olsa, bu durum, hâkimi bir ek rapor yahut yeni bir bilirkişi kurulu oluşturmaya sevk edebilmektedir. Bu ise, kanun koyucunun amacıyla çelişmektedir. Kanımızca, çift bilirkişiden oluşan bir kurul, HUMK döneminde olduğu gibi bugün de, şayet bilirkişilerin görüşü aynı doğrultuda ve bu görüş karara esas alınmaya elverişli ise, mutlak bir bozma sebebi teşkil edemeyecektir.

Bilirkişinin tayini sırasında, her ne kadar HUMK'tan farklı olarak, asıl söz sahibi hâkimse de, burada tarafların da görüşüne başvurulması gerekmektedir. Bunu, hukukî dinlenilme hakkının doğal bir sonucu olarak görmek gerekir. Nitekim, listelerin alenî olması konusunda dile getirdiğimiz hususlar, burada bir kez daha önem taşımaktadır.

Son bir mesele, bilirkişinin kendisine tevdi edilen görevi kabul yükümlülüğü noktasındadır. Listelere kayıtlı olan ve resmî statüdeki bilirkişilerin görevi kabul yükümlülüğü altında oldukları konusunda bir tereddüt yoktur. Buna karşılık, bilirkişi Kanunda yer alan sebeplerle görevi üstlenmekten kaçınabilir. Ancak burada da, mahkemece kabul edilebilir nitelikteki kaçınma sebeplerinin dikkatle değerlendirilmesi gerekmektedir. Nihayet, HUMK döneminde aslında tartışma konusu olmaması gerekmekle birlikte, uygulamada kimi zaman sorun yaratan, hukuk fakültesi öğretim üyelerinin bilirkişiliğe zorlanıp zorlanamayacakları konusunun da artık tereddütten uzak

olacağı düşüncesindeyiz. Bir başka ifadeyle, bir hukuk fakültesi öğretim üyesinin HMK m. 270, f. 1, b. 2 kapsamında değerlendirilmesi mümkün değildir.

Çalışmamızın son bölümü olan *Üçüncü Bölümünü* ise, bilirkişi incelemesinin yerine getirilmesi ve bilirkişi tarafından sunulan görüşün mahkeme hükmündeki yerine ayırmış bulunmaktayız. Bilirkişi incelemesinin yerine getirilmesini, üçlü bir ayrım altında, yani *inceleme sırasında hâkimin genel olarak rol ve konumu*, *bilirkişinin ödev ve yetkileri* ve nihayet, *tarafların ve üçüncü kişilerin bilirkişi incelemesi sırasındaki rol ve konumları* çerçevesinde değerlendirmeyi uygun gördük.

Hâkimin rol ve konumu bakımından Hukuk Muhakemeleri Kanunu, HUMK'a göre, bilirkişi incelemesi sürecinde hâkime daha aktif olma görevini yüklemektedir. Bilirkişinin görevini hâkimin sevk ve idaresinde yürütüyor olması, hâkimin, görevin bilirkişiye tevdi edilmesinden, görüşün sunulmasına kadar geçen süre zarfında, bilirkişiyi ve bilirkişi incelemesinin ne şekilde cereyan etmesini gözetmesini gerektirmektedir. Bu çerçevede hâkim, kimi zaman bilirkişinin belli bir konuda tereddüte düşmesi hâlinde, kimi zaman tarafların bu konudaki şikâyeti üzerine, kimi zaman ise, re'sen harekete geçebilecektir. Bu anlamda, hâkim, bilirkişinin yerine getirdiği incelemeye eşlik edebileceği gibi, belli durumlarda görevin kapsam ve içeriğinde değişikliğe gidebilir. Hâkim, bilirkişinin görevi, süresinde yahut gereği gibi yerine getirmediğini tespit ettiği durumlarda, onu bir diğer bilirkişiyle değiştirebilir.

Bilirkişi bakımından ise, meseleyi önce onun *ödevleri,* daha sonra ise, *yetkileri* bağlamında değerlendirmeye çalıştık. Bilirkişinin ödevleri olarak ifade edilen hususlar, ister Kanunda ister HMK Bilirkişilik Yönetmeliğinde ifade edilsin, esasen bilirkişilik etiğinin görünüm biçimlerini meydana getirmektedir. Gerçekten de bilirkişi, kendi mesleğinden gelen etik kuralların yanı sıra, görevini bağımsız, tarafsız, dürüst, objektif, şahsen ve süresinde yerine getirmeli; inceleme sırasında edinmiş olduğu sırları ifşa etmekten kaçınmalıdır. Nitekim hangi etik kural söz konusu olursa olsun, bunun gereğini yerine getirmediği sabit olan bir kimse, listelere kaytlı ise, ilgili etik kuralı ne ölçüde ihlâl ettiğine göre, listeden geçici veya kalıcı olarak çıkartılmalı ve herhangi bir surette bilirkişi olarak görev yapmamalıdır. Zikredilen ödevlerin her biri kendi içerisinde, ayrıca değerlendirmeye çalıştığımız birer konu meydana getirmiştir. Ancak özellikle, bilirkişinin bağımsızlığının diğerleri arasında hassas bir konu oluşturduğunu burada bir kez daha vurgulamamız gerektiği düşüncesindeyiz. Zira, bağımsızlığa ilişkin

bir tereddüt, diğer tüm ödevlere riayet edilip edilmediği hususlarını da şüpheli hâle getirmektedir. Hatta ifade edebiliriz ki, bilirkişi bağımsız değilse, onun görevi şahsen veya süresinde yerine getirmesinin de bir anlamı kalmamaktadır. Bağımsızlık bakımından en sorunlu bilirkişiler, resmî bilirkişiler, daha özel olarak Adlî Tıp Kurumudur. Zira, söz konusu kurumun, yürütmeye bağlı ve özerklikten yoksun oluşu, Kurum tarafından sağlanan görüşlerin güvenilirliği bakımından tereddüt yaratmakta, bu durum karşısında, yeni bir yapılanma modeli kaçınılmaz olmaktadır.

Bilirkişinin yetkileri bakımından ise, bilirkişi daha ilk başta, görevinin kapsam ve içeriği konusunda tereddütlerinin giderilmesini hâkimden isteyebilir. Ancak bunun dışında kalan yetkiler, yani, *gerekli belgelere (ve diğer hususlara) ulaşmak, incelemenin belli bir şey üzerinde gerçekleştirilmesi* ve *tarafları ve üçüncü kişileri dinleyebilme,* ancak ve ancak hâkimin bu konudaki izniyle kullanılabilecektir. Belgelerden murat ettiğimiz, bilirkişinin incelemesi için ihtiyaç duyulanlardır. Buna karşılık, bilirkişiye dava dosyasının devredilmesi ihtiyaç duyulan belgelerin teslim edildiği anlamına gelmemektedir. Söz konusu belgeler, kural olarak davanın başında mahkemeye sunulmuş olsa dahi, sunulmayanlar bakımından, mahkemenin bunların ibrazını emretmesi gerekecektir. İncelemenin bir şey üzerinde gerçekleştirilmesi ise, niteliği bakımından keşif icrasından farklı bir husus değildir. Farkı, incelemenin bilirkişi tarafından gerçekleştiriliyor olmasıdır. Nitekim, bilirkişinin bu yöndeki incelemeyi çoğu kez bir keşif icrası sırasında gerçekleştirmesine rağmen, hâkimin iştirakinden bağımsız olarak da bu incelemeyi gerçekleştirdiği pek çok hâl bulunmaktadır. Nitekim soybağının tespiti için yapılan incelemeler buna uygun bir örnek teşkil etmektedir. Nihayet bilirkişinin tarafları dinleyebileceği hususuna, HMK m. 278, f. 4 hükmü yer vermiş olmakla birlikte, aynı hüküm üçüncü kişiler bakımından bir hususu içermemektedir. Kanaatimiz, bilirkişinin taraflar kadar, tanıkları da dinleyebileceği yönündedir. Ancak bu dinleme tanık beyanlarının alınması anlamına gelmediği gibi, bilirkişi tanık beyanlarını da değerlendiremez. Burada söz konusu olan, sadece inceleme bakımından bilgilenme amaçlı bir dinlemeden ibarettir.

Tarafların rol ve konumu bağlamında iki mesele karşımıza çıkmaktadır. Bunlardan ilki, tarafların *bilirkişi incelemesine katkıda bulunma ödevi ve bu ödevin sınırlarıdır.* Bu ödev, esasında ispat faaliyetine katkıda bulunma ödevinin, bilirkişi incelemesi özelindeki görünümüdür. Bu çerçevede, tarafların ve üçüncü kişilerin görevi,

bilirkişinin incelemesi bakımından ihtiyaç duyduğu ve kendi ellerinde bulunan belge ve diğer hususları mahkemeye ibraz etmek, bilirkişinin belli bir yerde inceleme gerçekleştireceği durumlarda, söz konusu incelemeye katlanmaktır. Buradaki ödev, esasen usûlî bir yük teşkil edip, sonuçları da buna göre belirlenmektedir. Nitekim, belgenin ibraz edilmemesi, vakıa iddiası, belgeyi ibraz etmeyen tarafın aleyhine ileri sürüldüğü hâllerde, mahkemeyi diğer tarafın beyanını kabul etmeye sevk edebilecektir. Üçüncü kişiler bakımından ise, burada mahkemenin incelemenin yerinde yapılmasına karar vermesi söz konusu olabilir. Buna karşılık, bilirkişinin belli bir yerde gerçekleştireceği incelemeye engel olunmuşsa, mahkeme duruma göre zor kullabileceği gibi, incelemeyi gerçekleştiremezse, engel olan tarafın ispat yükünü taşıyıp taşımamasına göre, uyuşmazlık konusu vakıa hakkında karar verebilir. Ancak, gerek belgeler gerek yerinde gerçekleştirilecek inceleme bakımından, söz konusu sonuca varabilmek için, bilirkişi incelemesinin, somut vakıa meselesi bakımından aslî ispat aracı olması gerekmektedir. Nihayet, karşı konulan inceleme, soybağının tespiti kapsamında, bir DNA incelemesi ise, mahkeme bunun gereğini zor kullanarak yerine getirebilecektir. Türk kanun koyucunun bu tercihi, vücut dokunulmazlığı bakımından eleştiri konusu edilebilirse de, kanun koyucu, haklı, örneğin tıbbî bir sebeple bundan kaçınma imkânını da zaten tanımıştır. Buradaki tercih, babalık davasına, daha özel olarak çocuğun, kimliğini, köklerini öğrenme hakkına, vücut dokunulmazlığı karşısında öncelik tanımaktan ibarettir. Kaldı ki, böyle bir zorlamanın bulunmadığı Fransız hukukunda da, incelemenin reddedilmesi hâlinde, uygulamada mahkemeler, bu ret kararını, çoğu davada babalığa karine olarak yorumlamakta ve bu yönde karar vermektedir.

Nihayet, *katkıda bulunma ödevinin sınırlarını,* esas itibariyle *sırlar* meydana getirmektedir. Bu sırlar, kişisel, ticarî, meslekî veya tıbbî olabilir. Aynı şekilde, özellikle, HMK m. 291, son fıkranın kıyasen uygulanmasıyla, bilirkişinin incelemesini belli bir yerde gerçekleştireceği durumlarda, tanıklıktan kaçınma sebeplerinin de gündeme getirilmesi mümkündür. Nihayet, biraz yukarıda da işaret ettiğimiz üzere, bilirkişi incelemesinin bir *kimse* üzerinde gerçekleştirilecek olduğu hâllerde, haklı bir sebebin, örneğin tıbbî bir durumun gösterilmesi de bu kapsamda değerlendirilecektir.

Üçüncü Bölümümüzün son ana başlığını oluşturan *Bilirkişi raporu,* bu raporun *mahkemeye sunulması* ve onun *hükümdeki yeri* konusunda da şu noktaları ifade

edebilmekteyiz. Öncelikle, bilirkişi görüşü, sözlü veya yazılı olarak verilebilirse de, esas olanın bunun yazılı olarak sunulması olduğunu görüyoruz. Bu bağlamda sözlü görüşün sunulması, genellikle, incelemenin konusunun basit bir takım hususlardan oluşmasına münhasır kalmaktadır. Görüşün bir raporda tecessüm etmesinde ise, onun biçimsel bakımdan 279. maddede ifade edilen koşulları taşıması gerekmektedir. Bunun yanı sıra, bilirkişi raporunun içeriği bakımından esasen iki kısımdan oluştuğunu söylememiz mümkündür. Kronolojik olarak ilk kısım, bilirkişinin gözlem ve tespitleridir. Burada, maddî vakıalar hakkında ayrıca bir açıklama veya değerlendirmede bulunmaksızın, gözlenen ve tespit edilen vakıalar rapora aktarılır. İnceleme konusunun kapsam ve içeriğine göre, raporun bundan ibaret olması da mümkün olabilir. Bununla birlikte, bilirkişi söz konusu vakıalardan, yine bu vakıa alanında kalmak koşuluyla sonuç çıkarmakla da görevlendirilmişse, ikinci kısım, yani, bilirkişinin vardığı sonuçlar ve bu sonuçlara ilişkin gerekçelerin gösterilmesi gündeme gelecektir. Buradaki temel mesele, bu sonuçlar konusunda ilgili uzmanlık dalına ilişkin ilkeler ve yaklaşımlar bakımından tutarlılığın sağlanmasıdır.

Bilirkişi raporunun mahkemeye sunulması bağlamında önem taşıyan bir mesele, bu raporun taraflara tebliğidir. Öncelikle usûl ekonomisi ilkesine uygunluk bakımından, raporun takip eden duruşma günü beklenmeksizin *derhal* taraflara tebliğ edilmesi gerekmektedir. Diğer yandan görüşümüz, salt *mahkeme* bilirkişisi tarafından hazırlanan raporların değil, özel bilirkişi (uzman) raporlarının da, mutlaka karşı tarafa tebliğ edilmesi gerektiği yönündedir. Zira, bunlar tek başına bir delil vasfına sahip olamasa da, hâkimde oluşacak kanaati etkilemeye yöneldiğine göre, aslî bilirkişi raporları kadar, diğer tarafın da tartışmasına tâbi kılınmalıdır.

Nihayet bu noktada, *bilirkişi görüşünün taraflarca tartışılması*, meseleyi ikili bir ayırm altında incelememizi gerektirmiştir. Bunlardan ilki, *bilirkişiye soru yöneltilmesidir*. Nitekim, taraf vekilleri duruşma sırasında bilirkişiye doğrudan soru yöneltebilecekleri gibi, taraflar da, hâkim vasıtasıyla bunu gerçekleştirebileceklerdir. Öte yandan aynı husus, özel bilirkişiler bakımından da geçerlidir. Bilirkişiye soru yöneltilmesi, bilirkişi görüşünün karşılıklı olarak tartışılmasına imkân sağladığı için, hem ispat hem genel olarak hukukî dinlenilme hakkına hizmet edecektir. İkinci mesele ise, *bilirkişi raporuna itirazdır*. Hukuk Muhakemeleri Kanunu, yürürlükten kalkan HUMK hükümlerine göre, bilirkişi görüşüne itiraz konusunu ve bunun süresini açık bir

şekilde içermektedir. Bununla birlikte, konuya ilişkin bazı tartışmalar, bugün de canlılığını korumaktadır. Ne olursa olsun, burada söz konusu sürenin taraflar bakımından hak düşürücü nitelikte olduğu konusunda bir tereddütümüz bulunmamaktadır. Ancak, bu sürenin geçmiş olması ve itiraz hakkının taraflar bakımından kaybı ayrı bir konu, hâkimin bu görüşü değerlendirmesi, yeterli bulması veya bulmaması bir diğer konudur.

Nitekim, bu son husus, bizi buna bağlı olan bir diğer önemli bir meseleyi sorgulamaya yönlendirmiştir ki, bu da, süresinde rapora itiraz etmiş olmamanın, *karşı taraf lehine bir usûlî kazanılmış hak* yaratacağı yönündeki Yargıtay uygulamasıdır. Meselenin kanun yolları bakımından görünümü bir tarafa, bilirkişi incelemesi özelinde de, herhangi bir kanunî dayanağı olmadığı gibi, inceleyebildiğimiz yabancı ülke hukuklarında da, bir örneği bulunmamaktadır. Usûlî kazanılmış hak uygulaması neticesinde, salt bir usûl işleminde bulunmamak, yani rapora itiraz etmemek, o raporun diğer taraf lehine olan kısmının bağlayıcılığına yol açmaktadır. Yargıtayın bu hatalı yaklaşımı, ne delillerin serbestçe değerlendirilmesi ne de bilirkişiliğin genel teorisiyle bağdaşmaktadır.

O hâlde rapora itiraz edilmiş olsun olmasın, hâkim, sunulan görüşten kısmen veya tamamen tatmin olmadıysa, iki yola başvurabilecektir. Bunlardan ilki, hâkimin aynı bilirkişi veya bilirkişilerden, *ek (tamamlayıcı) görüş* almasıdır. Buna karşılık, ek görüş almaktan bir fayda sağlanamadığı veya sağlanamayacağının açık olduğu hâllerde yapılacak olan şey, *yeniden bilirkişi incelemesine* başvurmaktır. Burada vurgulanması gereken ilk mesele, yeniden bilirkişi incelemesine başvurunun, ek görüş almaya göre talî nitelikte olduğudur. Yani, hâkim, her şeyden önce, ek görüş alarak bilirkişi raporundaki eksiklikleri veya tarafların itirazlarını gidermeye çalışmalı, şayet bu mümkün değilse ancak o zaman, yeni bir bilirkişi incelemesine başvurmalıdır. İkinci olarak, şayet başvurulan, yeni bir bilirkişi incelemesi ise, burada aynı bilirkişi veya bilirkişilerin görevlendirilmemesi gerekmektedir. Üçüncü bir husus, yeniden bilirkişi incelemesine başvurunun işlevi noktasındadır. Bu işlev, ancak ve ancak, vakıanın bir kez daha incelenmesinden ibarettir. Bu anlamda hâkim, önceki bilirkişi raporu veya raporlarının değerlendirilmesi amacıyla bilirkişi incelemesine başvuramaz. Zira, böyle bir görevlendirme, yargılama yetkisinin devri anlamına gelecektir.

Nihayet, *bilirkişi incelemesi ve bunun neticesinde sağlanan görüşün hükümdeki yerine geldiğimizde*, bu konudaki temel ilke olan, bilirkişi raporunun hâkimi bağlamaması ilkesinin, aslında, çok daha genel bir ilkeden, hâkimin delilleri serbestçe değerlendirmek suretiyle, vicdanî kanaatine göre hüküm verecek olmasından kaynaklandığını ifade etmek gerekmektedir. Bununla birlikte, kanun koyucu, örneğine inceleme konumuz bağlamında biraz nüansla salt Fransız hukukunda rastladığımız şekilde, bilirkişi görüşünün serbestçe değerlendirileceğini ayrıca düzenlemek yolunu tercih etmiştir. Şüphesiz, delillerin, kanundaki istisnalar haricinde serbestçe değerlendirilebilecek olması karşısında, böyle bir hükmün bulunmaması, bir eksiklik yaratmayacaktır. Ne var ki, kanun koyucu, kanımızca burada, bilirkişi incelemesinin taşıdığı özelliklerden ve ayrıca, uygulamada, bilirkişi görüşünü düzenli bir şekilde takip etmek yönündeki yargısal alışkanlık karşısında, bu hususları vurgulamak ihtiyacını duymuştur.

Öte yandan meselenin geneli bağlamında, değerlendirmeye çalıştığımız hususlar, dört temel noktada toplanmaktadır. Bunlardan *ilki*, bilirkişi görüşünün değerlendirilmesi bakımından, bilirkişinin yaptığı *tespitler* ve vardığı *sonuçlar* bakımından bir farklılık bulunmadığıdır. *İkincisi,* bilirkişiye başvurunun zorunlu olduğu hâller veya resmî bilirkişilerin görevlendirildiği meseleler, söz konusu ilkenin hiçbir surette istisnasını oluşturmamaktadır. *Üçüncüsü,* bilirkişi incelemesine başvurulan yargısal süreç (geçici hukukî koruma veya istinaf aşaması) yahut uygulanan yargılama usûlü, bilirkişinin görüşünün içeriği bakımından, kural olarak bir farklılık arz etmez. Zira, bilirkişinin görevinin hükümdeki yerini belirleyen şey, diğer şartların yanı sıra, söz konusu görevin kapsam ve içeriğidir. *Dördüncüsü* ise, deliller arasında bir hiyerarşi yoktur. Bu anlamda, bilirkişi görüşü, her ne kadar bilimsel ve teknik bilginin, somut vakıa bakımından sunulmasıyla ortaya çıkıyorsa da, bu durum, bu görüş yanında söz konusu olan ve inandırıcı nitelikteki diğer ispat araçlarına talî bir nitelik atfedileceği anlamına gelmemektedir.

Bilirkişi görüşüyle bağlı olmama ilkesinin sınırları, bilimsel veya teknik yahut ne içerikte olursa olsun, özel bilgi karşısında hâkimin durumunda, yani bu bilgiyi nasıl değerlendireceği noktasında kendisini göstermektedir. Bu bilinen bir tartışma olmakla birlikte, öğretinin bir kısmı, bu noktada, hâkimin söz konusu bilgi karşısında, onun takdir yetkisinin sınırlı olacağına dikkat çekmektedir. Bizim yaklaşımımız, biraz

nüansla, takdir yetkisinin her hâlükârda varolduğu yönündedir. Şüphesiz, hâkimin bu teknik bilginin bizatihi kendisini tartışması beklenemez. Ancak, buradaki mesele, söz konusu bilginin güvenilirliğinin tartışılmasıdır. Bu tartışma, salt hâkimin değil, tarafların ve yeri geldiği takdirde, bunların teknik uzmanlarının da katılacağı bir süreçtir. Bu noktada, öğretide dile getirilen kimi bazı ölçütleri, yeniden bir değerlendirmeye tâbi tutmaya çalıştık. Kıta Avrupa'sı hukuku öğretisinde dile getirilenlerin yanı sıra, Amerikan hukukunun tecrübesi de bu anlamda son derece ilgi çekicidir. Temel nokta, bilirkişinin uzmanlığına, söz konusu uzmanlık bilgisinin geçerliliğine ve kullanılan yöntemlere karşılık gelmektedir. İşte, tüm bu ölçütlerin tartışılması sonucunda, hâkim, bilirkişinin ve görüşünün ölçütleri karşıladığı kanaatine vardığı takdirde, raporu hükmüne esas alabilecektir. Bu tartışma, bir kez daha, bilirkişi seçiminin önemini, bu anlamda liste usûlünün ciddî bir şekilde uygulanması zorunluluğunu zikretmemizi gerektirmektedir. Bu ölçütler varolduğu sürece, aslında görüşün, bir mahkeme yahut taraf bilirkişisi tarafından sağlandığı, kural olarak ve diğer şartlar ile birlikte talî bir unsur kalmaktadır.

Son tahlilde mesele şudur: Bilirkişi görüşü, hâkime sadece bir takım değerlendirme unsurlarını sağlar. Bu değerlendirme unsurları vasıtasıyla, nitelendirmede bulunmak ve hükmü vermek hâkimin işidir. Temel nokta bu olduğuna göre, hâkimin, özellikle birden fazla ispat aracının ve hatta bilirkişi görüşünün bulunduğu hâllerde, kendi görüşünü bunların bir sentezi üzerine kurması, ondan beklenen şeydir.

Ancak, bilirkişi görüşünün değerlendirilmesini, kanun yolu denetiminde, Yargıtayın bakış açısından bağımsız düşünmek mümkün değildir. Yargıtay uygulamasında karşımıza çıkan iki temel ifade, *hâkimin bilirkişi yerine geçemeyeceği,* ikincisi ise, bilirkişi raporundaki *çelişkilerin giderilmesi*dir. Bu ifadelerden ilki, aslında teknik bilginin güvenilirliği karşısında hâkimin bağlılığını vurgulamakla birlikte, onun uygun gördüğü rapor karşısında bağlılığına da işaret etmektedir. Yani, hâkim, Yargıtay'ın görüşü çerçevesinde, yukarıda aktardığımız şekilde bir sentez imkânına sahip olmayıp, uygun (veya güvenilir) raporu hükmüne esas almalıdır. Bilirkişi görüşünün alındığı hâllerin belli bir kısmında, özellikle, teknik bilirkişinin güvenilir olması faraziyesinde, bu yaklaşım bir sorun teşkil etmeyebilir. Ancak, Yargıtay somut uyuşmazlık bakımından kaç tane bilirkişi incelemesi söz konusu olursa olsun, vakıa

hakkındaki meselenin, tek ve güvenilir bir bilirkişi raporuna bağlanması yönündeki yaklaşımıyla, hâkimin delillerin değerlendirilmesi noktasındaki takdir hakkını, hatalı olarak sınırlandırmaktadır.

Çalışmamızın son başlığında ise, özel olarak *uzman görüşünün,* yani özel bilirkişinin (taraf bilirkişisinin) sunduğu raporun değerlendirilmesine ayırdık. Tespit ettiğimiz ölçüde, özellikle İsviçre ve Fransız hukuku sistemlerinde, söz konusu görüşlerin değeri, geleneksel olarak, bir vakıa iddiasından, bir basit teknik nottan ibaret görülmektedir. Ancak bu durum, hiçbir surette, söz konusu görüşlerin, değerlendirme dışı bırakılacağı anlamını da taşımamaktadır. Bunların temel olarak iki işlevi bulunduğunu görüyoruz. *İlki,* mahkeme tarafından tayin edilen bilirkişi tarafından sunulan görüş üzerinde bir tereddüt yaratarak, mahkemeyi ek bir rapor almaya veya ikinci bir bilirkişi raporu almaya sevk etmektir. *İkincisi* ise, mahkeme bilirkişisinin sunduğu raporda tereddüt yaratan hususları hâkimin dikkate almamasını sağlayıp, hâkimin taraf bilirkişisi görüşünü, mahkeme bilirkişisinin görüşü bakımından tereddüt yaratmayan hususlar ve diğer ispat araçlarıyla birlikte dikkate almasını sağlamaktır. Ne olursa olsun, hâkim, sunulan uzman görüşünü, aynen kendi tayin ettiği bilirkişinin sunduğu görüş bakımından olduğu gibi, hangi gerekçelerle inandırıcı bulmadığını veya tersine, inandırıcı bulduğunu ve bu görüşten, diğer ispat araçlarıyla birlikte hükmünü kurarken yararlandığını, gerekçeleriyle göstermek zorundadır.

Kaynakça

Genel Eserler, Şerhler ve Hukuk Ansiklopedilerinden Bölümler

Akipek, J. G. ve Akıntürk, T. (2002). *Türk medenî hukuku. Yeni Medenî Kanuna uyarlanmış başlangıç hükümleri, Kişiler hukuku (4. Bası).* İstanbul: Beta.

Alangoya, Y., Yıldırım, K. ve Deren-Yıldırım, N. (2011). *Medenî usul hukuku esasları. (8. Bası).* İstanbul: Beta.

Atalı, M. (2011). *Medenî usul hukuku.* Eskişehir: Anadolu Üniversitesi.

Ansay, S. Ş. (1957). *Hukuk yargılama usûlleri* (6. Bası). Ankara: AÜHF.

Atabek, R. (1960). *Eşya taşıma hukuku.* İstanbul: Sulhi Garan Matbaası.

Berkin, N. (1961). *Tatbikatçılara medenî usul hukuku rehberi.* İstanbul: Filiz Kitabevi.

Bilge, N. (2003). *Hukuk başlangıcı. Hukukun temel kavramları ve kurumları (17. Bası).* Ankara: Turhan.

Bilge, N. ve Önen, E. (1978). *Medenî yargılama hukuku* (3. Bası). Ankara: A.Ü.H.F. Yayınları.

Bohnet, F. (2005). *Code de procédure civile neuchâtelois.* Bâle: Helbing & Lichtenhahn.

Bohnet, F. (2007). *Procédure civile, Support des cours 2007/2008,* http:// www2.unine.ch/webdav/site/droit/shared/documents/support_cours/Proc_civile/PC_support_07_08.pdf (Son erişim: 6.3.2011).

Bohnet, F., vd. (2011). *Code de procédure civile commentée.* Basel: Helbing Lichtenhahn.

Cadiet, L. ve Jeuland, E. (2006). *Droit judiciaire privé (5^{e} éd.).* Paris: Litec.

Centel, N. ve Zafer, H. (2008). *Ceza muhakemesi hukuku (5. Bası).* İstanbul: Beta.

Charpentier, S. (2009). Expertise en matière civile. *JurisClasseur Procédures Formulaires, V^{o} Expertise, Fasc. 10.*

Cornu, G. ve Foyer, J. (1996). *Procédure civile,* Paris: PUF.

Croze, H., Morel, C. ve Fradin, O. (2003). *Procédure civile,* Paris: Litec.

Couchez, G. (2006). *Procédure civile.* Paris: Sirey.

Croisier, J.-L. ve Guéry, C. (2010). Expertise. *Rép. pén. Dalloz.*

Çelikel, A. ve Erdem, B. (2010). *Milletlerarası özel hukuk* (10. Bası). İstanbul: Beta.

Favre, A. (1967). *Droit des poursuites.* Fribourg: Éditions universitaires Fribourg.

Ferrand, F. (2008). Appel. *Rép. pr. civ. Dalloz.*

Gallet, J.-L. (2003). *La procédure civile devant la cour d'appel.* Paris: Juris-Classeur.

Gazeau, O., Lemaire, H. ve Vancleemput, F. (2010). Rôles du notaire. *JurisClasseur Notarial Formulaire.* V° Divorce, Fasc. 100.

Genine-Méric, R. (1995). Mesures d'instruction exécutées par un technicien. Intervention du technicien dans l'instruction du litige. *JurisClasseur Procédure civile. Fasc. 660.*

Genine-Méric, R. (2010). Mesures d'instruction exécutée par un technicien. Les trois modalités de l'intervention du technicien. *JurisClasseur Procédure civile. Fasc. 662.*

Gilliéron, P.-R. (2003). *Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite.* Lausanne: Editions Payot.

Gözübüyük, Ş. ve Dinçer, G. (1999). *İdarî yargılama usulü.* (2. Bası). Ankara: Turhan.

Guldener, M. (1979). *Schweizerisches zivilprozessrecht* (3. Aufl.). Zurich: Schulthess.

Habscheid, W. J. (1981). *Droit judiciaire privé suisse.* (2e éd.). Genève.

Hatemi, H. (2011). *Medenî hukuk'a giriş (5. Bası).* İstanbul: Vedat.

Héron, J. ve Le Bars, Th. (2006). *Droit judiciaire privé* (3e éd.). Paris: Montchrestien.

Hoffman, D. ve Lüscher, C. (2009). *Le code de procédure civile.* Berne: Staempfli.

Hohl, F. (2001). *Procédure civile, T. I.* Berne: Staempfli.

Hohl, F. (2002). *Procédure civile, T. II.* Berne: Staempfli.

Julien, P. ve Fricero, N. (2009). *Droit judiciaire prive* (3e éd.). Paris: L.G.D.J.

Karafakih, İ. H. (1952). *Hukuk muhakemeleri usulü.* Ankara: AÜSBF.

Karslı, A. (2010). *İcra hukuku ders kitabı.* İstanbul: Alternatif.

Konuralp, H. (2009). *Medenî usul hukuku.* (2. Bası). Eskişehir: Anadolu Üniversitesi.

Kuru, B. (2001). *Hukuk muhakemeleri usulü, C. I.* İstanbul: Beta.

Kuru, B. (2001). *Hukuk muhakemeleri usulü, C. III.* İstanbul: Beta

Kuru, B. (2004). *İcra ve iflâs hukuku el kitabı.* İstanbul: Türkmen.

Kuru, B., Arslan, R. ve Yılmaz, E. (2009). *Medenî usul hukuku. (20. Bası)*. Ankara: Yetkin.

Kuru, B. Arslan, R. ve Yılmaz, E. (2012). *Medenî usul hukuku. (23. Bası)*. Ankara: Yetkin.

Labrusse-Riou, C. (2009). Filiation (1°, généralités). *Rép. civ. Dalloz.*

Leclercq, C. (1993). *Éléments pratiques de procédure civile.* Bruxelles: Bruylant.

De Leval, G. (2005). *Éléments de procédure civile.* Bruxelles: Larcier.

Loughlin, P. ve Gerlis, S. (2004). *Civil procedure.* London: Cavendish.

Martin, R. (2000). Principes directeurs du procès. *Rép. pr. civ. Dalloz.*

Mayer, P. ve Heuze, V. (2007). *Droit international privé.* Paris: Dalloz.

Mougenot, D. (2002). *Droit des obligations. La preuve.* Bruxelles: Larcier.

Mougenot, D. (2009). *Principes du droit judiciaire privé.* Bruxelles: Larcier.

J.-L. Mouralis (2011). Preuve (2°, règles de preuve). *Rép. civ. Dalloz.*

J.-L. Mouralis (2011a). Preuve (2°, règles de preuve). *Rép. civ. Dalloz.*

Muşul, T. (2005). *İcra ve iflâs hukuku.* İstanbul: Legal.

Muşul, T. (2012). *Medenî usul hukuku (3. Bası).* Ankara: Adalet.

Nomer, E. (2009). *Milletlerarası usul hukuku.* İstanbu: Beta.

Oğuzman, K. ve Barlas, N. (2012). *Medenî hukuk (18. Bası).* İstanbul: Vedat.

Oskay, M., vd. (2007). *İcra ve iflâs kanunu şerhi, C. II.* Ankara: Turhan Kitabevi.

Özbek, V. Ö. (2006). *Ceza muhakemesi hukuku.* Ankara: Seçkin.

Öztan, B. (2000). *Aile hukuku.* Ankara: 3. Bası, Turhan Kitabevi.

Öztürk, B. ve Erdem, M. R. (2008). *Uygulamalı ceza muhakemesi hukuku (12. Bası).* Ankara: Seçkin.

Öztürk, B., vd. (2009). *Nazari ve uygulamalı ceza muhakemesi hukuku ders kitabı.* Ankara: Seçkin.

Pekcanıtez, H, Atalay, O. ve Özekes, M. (2010). *İcra ve iflâs hukuku,* Ankara: Yetkin.

Pekcanıtez, H., Atalay, O. ve Özekes, M. (2010). *Medenî usûl hukuku. (9. Bası).* Ankara: Yetkin.

H. Pekcanıtez, O. Atalay ve M. Özekes (2012). *Medenî usûl hukuku. (12. Bası).* Ankara: Yetkin.

Postacıoğlu, İ. E. (1975). *Medenî usul hukuku dersleri.* (6. Bası). İstanbul: İstanbul Üniversitesi.

Postacıoğlu, İ. E. ve Altay, S. (2010). *İcra hukuku esasları, 5. Bası.* İstanbul: Vedat Kitapçılık.

Poudret, J. F., Wurzburger, A. ve Haldy, J. (1996). *Procédure civile vaudoise.* Lausanne: Éditions Payot.

Redon, M. (2011). Mesures d'instruction confiées à un technicien. *Rép. immo. Dalloz.*

Rosenberg, L., Schwab, K. H. ve Gottwald, P. (2004). *Zivilprozessrecht, 26. Aufl.* München: Beck.

Rubellin-Devichi, J. (2010). Divorce.-Preuves. *JurisClasseur Procédure civile.*

Ruhi, A. C. (2005). *Nafaka hukuku.* Ankara: 2. Bası, Seçkin.

Salati, O. (2007). Mise en état. *Rép. pr. civ. Dalloz.*

Serozan, R. (2004). *Medenî hukuk. Genel bölüm.* İstanbul: Vedat.

Solus, H. ve Perrot, R. (1991). *Droit judiciaire privé, C. III,* Paris: Sirey.

Seven, V. (2010). *Taşıma hukuku.* Eskişehir: Andolu Ü.

Stoffel, W. (2002). *Voies d'exécution.* Berne: Stæmpfli.

Tandoğan, H. (1987). *Borçlar hukuku – Özel borç ilişkileri, C. II.* Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü.

Tercier, P. ve Favre, P. G. (2009). *Les contrats spéciaux.* Bâle-Genève-Zurich: Schulthess.

Travier, B. ve Watremet, F. (2005). Procédure devant la cour d'appel. *Rép. pr. civ. Dalloz.*

Umar, B. (2011). *Hukuk Muhakemeleri Kanunu şerhi.* Ankara: Yetkin.

Uyar, T. (2009). *İcra ve iflâs kanunu şerhi, C. II.* Ankara: Feryal Matbaası.

Ünver, Y. ve Hakeri, H. (2009). *Ceza muhakemesi hukuku.* Ankara: Adalet.

Üstündağ, S. (2000). *Medenî yargılama hukuku. (7. Bası).* İstanbul: Nesil Matbaacılık.

Vincent, J. ve Guinchard, S. (2003). *Procédure civile. 27e éd.,* Paris: Dalloz.

Yıldırım, K. ve Deren-Yıldırım, N. (2009). *İcra hukuku.* İstanbul: 4. Bası, Beta.

Yurtcan, E. (2004). *Ceza yargılaması hukuku. (11. Bası).* İstanbul: Vedat.

Monografiler, Tezler ve Araştırma Raporları

Akil, C. (2010). *İstinaf kavramı.* Ankara: Yetkin.

Akkaya, T. (2009). *Medenî usûl hukukunda istinaf.* Ankara: Yetkin.

Ascensi, L. (2006). *Du principe de la contradiction.* Paris: L.G.D.J.

Atalay, O. (2001). *Medenî usul hukukunda menfi vakıaların ispatı.* İzmir: DEÜ.

Le Bars, Th. (1997). *Le défaut de base légale en droit judiciaire privé.* Paris: L.G.D.J.

Başözen, A. (2010). *Medenî usul hukukunda ilk görünüş ispatı.* Ankara: Adalet.

Belvaux, P.-A. (1954). *Théorie et pratique de l'expertise judiciaire* (3e éd.). Bruxelles: Les Éditions Comptables, Commerciales et Financières.

Bergeaud, A. (2010). *Le droit à la preuve.* Paris: L.G.D.J.

Berkin, N. (1962). *İhtiyati haciz.* İstanbul: Hamle.

Bettex, B. (2006). *L'expertise judiciaire. Étude de droit fédérale et de procédure civile vaudois.* Berne: Staempfli.

Boulez, J. (2006). *Expertises judiciaires* (14e éd.). Paris: Delmas.

Bourcier, D. ve De Bonis, M. (1999). *Les paradoxes de l'expertise. Savoir ou juger?* Paris: Les empecheurs de penser en rond.

Bourgeois, G., Julien, P. ve Zavaro, M. (1999). *La pratique de l'expertise judiciaire.* Paris: Litec.

Brogli, A. (2003). *La procédure sommaire en droit des poursuites.* Lausanne: Chabloz.

Bronstein, D. A. (2007). *Law for the expert witness.* 3rd ed., Boca Raton, FL: CRC Press.

Chavaud, F. ve Dumoulin, L. (2003), *Experts et expertise judiciaire, France, XIXe et XXe siècles.* Rennes: Presses universitaires de Rennes.

Conte, M. (2005). *Le prove civili*. Milano: Giuffrè Edittori.

Daigre, J.-J. (1979). *La production forcée de pièces dans le procès civil.* Paris: PUF.

Dalbignat-Deharo, G. (2004). *Vérité scientifique et vérité judiciaire en droit privé.* Paris: L.G.D.J.

Deren-Yıldırım, N. (2002). *Haksız rekabet hukuku ile fikri ve sınai mülkiyet hukukunda ihtiyati tedbirler. 2. Bası.* İstanbul: Alkım Yayınevi.

Després, I. (2004). *Les mesures d'instruction in futurum.* Paris: Dalloz.

Deynekli, A. ve Saldırım, M. (2005). *Öğretide ve uygulamada ihtiyati haciz.* Ankara: Turhan.

Diaz, C. (2008). *Le guide des expertises judiciaires.* Paris: Dalloz.

Van Drooghenbroeck, J.-G. (2004). *Cassation et juridiction. Iura dicit curia.* Bruxelles: Bruylant.

Dumoulin, L. (2007). *L'expert en justice.* Paris: Economica.

Dwyer, D. (2008). *The judicial assessment of expert evidence.* New York: Cambridge University Press.

Elveriş, İ., Jahic, G. ve Kalem, S. (2009). *İstanbul asliye hukuk mahkemelerinde yargılama süreci.* İstanbul: İstanbul Bilgi Ü.

Erdönmez, G. (2010). *Medenî usûl hukukunda belgelerin ibrazı mecburiyeti.* İstanbul: XII Levha.

Erişir, E. (2010). *İhtiyatî tedbir türleri.* Doktora Tezi, DEÜ Sosyal Bilimler Enstitüsü.

Erol, N. (1969). *Hukukta deliller ve ikamesi*. Ankara: Doğuş Matbaacılık.

Gaillard, L. (2010). *Introduction au code de procédure civile, à l'attention des praticiens.* www.bmglaw.ch (Son erişim tarihi: 7.3.2011).

Georges, F. (2002). *Rapport belge sure les mesures provisoires.* http://www.ipr.uni-heidelberg.de/studie/nationalrep.htm (son erişim tarihi: 31 Mart 2011).

Ghueldre, R. (2011). L'expertise. *Lamy, Assurances (Dir.: J. Kullmann),* n^{os} 4799 – 4810.

Gürelli, N. (1967). *Türk ceza muhakemesi hukukunda bilirkişilik.* İstanbul: Cezaevi Matbaası.

Hanağası, E. (2008). *Davada menfaat.* Ankara: Yetkin Yayınları.

Ivainer, T. (1998). *L'interprétation des faits en droit.* Paris: L.G.D.J.

Karayalçın, Y. ve Yongalık, A. (2008). *Hukukda öğretim – kaynaklar – metod – problem çözme.* Ankara: 7. Bası, Banka ve Ticaret H.A.E.

Kiraz, T. Ö. (2012). *6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile getirilen yenilikler.* Ankara: Adalet

Köroğlu, H. (2001). *Türk mahkemelerinde bilirkişilik ve bilirkişi kurumları.* Ankara: Seçkin.

Kuru, B. ve Budak, A. C. (2010). *Tespit davaları.* İstanbul: 2. Bası, XII Levha.

Lagarde, X. (1994). *Reflexions critiques sur le droit de la preuve.* Paris: L.G.D.J.

Leclerc, O. (2005). *Le juge et l'expert. Contribution à l'étude entre droit et la science.* Paris: L.G.D.J.

Lukic, S. (Ed.) (2008). *Le projet du code de procédure civile fédérale. Travaux de la journée d'etude du 8 mars 2007.* Lausanne: CEDIDAC.

Magendie, J.-C. (2004). *Célérité et qualité de la justice. La gestion du temps dans le procès.* Rapport au Garde des sceux, ministre de la Justice.

Matson, J. F., Daou, S. F. ve Soper, J. G. (2004). *Effective expert witnessing.* Boca Raton: CRC Press LLC.

Menétrey, S. (2010). *L'amicus curiae, vers un principe commun de droit procédural?,* Paris: Dalloz.

Mestre, P. (1937). *Les experts. Auxiliaires de la justice civile.* Paris: Sirey.

Mignolet, O. (2009). *L'expertise judiciaire.* Bruxelles: Larcier.

Miniato, L. (2008). *Le principe du contradictoire en droit processuel.* Paris: L.G.D.J.

Moussa, T. (1988). *Dictionnaire juridique. Expertise. Matières civile et pénale (2e éd.).* Paris: Dalloz.

Niyungeko, G. (2005). *La preuve devant les juridictions internationales.* Bruxelles: Bruylant.

Öntan, Y. (2011). *Ceza muhakemesi hukukunda bilirkişilik.* Ankara: Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, AÜSBE.

Özbek, M. (2004). *Alternatif uyuşmazlık çözümü.* Ankara: Yaklaşım.

Özekes, M. (1999). *İcra ve iflâs hukukunda ihtiyati haciz.* Ankara: Seçkin Yayınları.

Özekes, M. (2003). *Hukuki dinlenilme hakkı.* Ankara: Yetkin.

Özekes, M. (2008). *Sorularla medenî usul hukukunda yeni kanun yolu sistemi.* Ankara: Türkiye Barolar Birliği.

Pastorel, J. B. (1994). *L'expertise dans le contentieux administratif.* Paris: L.G.D.J

Pinchon, F. (2002). *L'expertise judiciaire en Europe.* Paris: Éditions d'Organisation.

Rigaux, F. (1961). *La nature du contrôle de la cour de cassation.* Bruxelles: Bruylant.

Rousseau, G. ve De Fontbressin, P. (2008). *L'expert et l'expertise judiciaire en France.* Bruxelles: Bruylant.

Roussel, G. ve Hertzog, P. (1955). *Le traité-formulaire de l'expertise judiciaire (7e éd.).* Paris: Librairies techniques.

Rousselle, P.-M. (1981). *Le droit à la preuve. Étude de droit fédéral et de procédure vaudoise.* Lausanne: Imprimerie Vaudoise.

Sarısözen, S. (2011). *Uyuşmazlıkların alternatif çözüm yolları ışığında avukatlık hukukunda uzlaştırma.* Ankara: Yetkin.

Souris, P. (2010). *Manuel d'expertise judiciaire.* Bruxelles: Créadif.

Suluk, C. (2003). *Tasarım hukuku.* Ankara: Seçkin.

Tanrıver, S. (2002). *Bilirkişinin hukukî statüsü, yükümlülükleri, yetkileri ve sorumluluğu.* Ankara: Yetkin.

Tanverdi, M. (1991). *Medenî usul hukukunda bilirkişilik.* İstanbul: Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi.

M. Taşkın (2010). *Meslek dışı (halktan) hakimler.* Ankara: Adalet.

Taşpınar, S. (2001). *Medenî yargılama hukukunda ispat sözleşmeleri.* Ankara: Yetkin.

Tiwisina, D. (2005). *Sachverständigenbeweis im deutschen und englischen zivilprozess.* Göttingen: V&R unipress.

Turan, A. U. (2006). *Kalem mevzuatı.* Eskişehir: Anadolu Üniversitesi.

Tutumlu, M. A. (2007). *Hukuk yargılamasında hüküm ve gerekçeli karar.* Ankara: Seçkin.

Umar, B. ve Yılmaz, E. (1980). *İspat yükü.* İstanbul: Kazancı Yayınları.

Üstündağ, S. (1967). *İddia ve müdafaanın değiştirilmesi yasağı.* İstanbul: İstanbul Üniversitesi

Üstündağ, S. (1981). *İhtiyatî tedbirler [Geçici hukukî himaye (koruma) önlemleri]*. İstanbul: Fakülteler Matbaası.

Vuitton, J. ve Vuitton, X. (2006). *Les référés.* Paris: Litec.

Woog, J. C. ve Laurin, Y. (2005). "Amicus curiae", *Rép. pr. civ. Dalloz., V^o*.

Yavaş, M. (2009). *Senetle ispat ve senede karşı senetle ispat kuralları ile bu kuralların istisnaları.* Ankara: Turhan.

Yeşilırmak, A. (2011). *Doğrudan görüşme, arabuluculuk, hakem-bilirkişilik ve tahkim.* İstanbul: XII Levha.

Yıldırım, K. (1990). *Medenî usul hukukunda delillerin değerlendirilmesi,* İstanbul: Kazancı.

Yılmaz, E. (2001). *Geçici hukukî himaye tecbirleri, C. I.* Ankara: Yetkin.

Yılmaz, E. (2001). *Geçici hukukî himaye tedbirleri, C. II.* Ankara: Yetkin.

Yılmaz, E. (2005). *İstinaf.* Ankara: Yetkin.

Yılmaz, E. (2010). *Medenî yargılama hukukunda ıslah* (2. Bası). Ankara: Yetkin.

Yılmaz, E. (2012). *Hukuk muhakemeleri kanunu şerhi.* Ankara: Yetkin

Yücel, M. T. (2008). *Türkiye'de yargının etkinliği.* Ankara: TBB.

... (2001). "*Bilirkişi ve hakem odaları birliği" – "İstanbul'da milletlerarası tahkim merkezi kurulması" hakkında Adalet Bakanlığı tarafından hazırlanan kanun*

taslakları (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü'nde bu kanun taslakları hakkında 14 mayıs 2001 tarihinde yapılan toplantı). Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü.

... (2007). *Ceza muhakemesinde istinaf el kitabı.* Ankara: T.C. Adalet Bakanlığı.

... (2007). *Conférence de consensus – L'expertise judiciaire civile.* http://www.cecaam.org/ DOCUMENTS/ consensus_ expertises_tc. pdf (Erişim tarihi: 17.11.2010).

... (1984). *Institute of Law Research and Reform, Report no. 43, Protection of Children's Interests in Custody Disputes, Edmonton,* Alberta.

... (2006). *Message relatif au code de procédure civile.* http://www.admin. ch/ch/f/ff/2006/6841.pdf (Son erişim: 7.3.2011).

... *ALRC Background Paper 6*, http://www.austlii.edu.au/au/ other/alrc/publications/ bp/6/experts.html# Heading53 (Erişim tarihi 14.12.2010).

... (1972). *I. Türk Hukuk Kongresi Tutanağı, 23 – 25 Nisan 1972.* Ankara: Sevinç.

Makaleler, Tebliğler, Çok Yazarlı Çalışmalardaki Bağımsız Bölümler, Çeviriler ve Karar İncelemeleri

Abacı, N. (2002). Osmanlı Dönemi Bilirkişilik Uygulamaları Üzerine Bir Araştırma. *UÜ, Fen-Edebiyat F., SBD, (3) 3,* ss. 75 – 84.

Akil, C. (2008). Hâkimin hukuku kendiliğinden uygulama ilkesi. *AÜHFD,* C. 57, S. 3, ss. 1 – 32.

Arets, J. ve Horsmans, G. (1969). Belgique. *L'expertise dans les principaux systèmes juridiques de l'Europe.* Paris: Éditions de l'Épargne, ss. 113 – 131.

Atalay, O. (2001a). Bilirkişinin Seçimi ve Zorunlu Bilirkişilik. *Bilirkişilik Sempozyumu, Samsun 9 – 10 Kasım 2001,* Ankara: TBB, ss. 174 – 189.

Atalay, O. (2009). Delil kavramı üzerine. *Halûk Konuralp anısına armağan, C. I.* Ankara: Yetkin, ss. 129 – 138.

Aras, B. (2008). Türk hukukunda bilirkişilik ve yeni Hukuk Muhakemeleri Kanun tasarısının getirdiği düzenlemeler. *Legal, S. 65,* ss. 1613 – 1652.

Arnault, S. (2003). *La durée des expertises judiciaires civiles.* Paris: Ministère de la justice, http://www.courdecassation.fr/colloques_activites_ formation_4/ 2007_2254/groupes_travail_10909.html (son erişim: Ocak 2011).

Arslan, R. (1989). Bilirkişilik uygulaması ve bu uygulamaya Yargıtay'ın etkisi. *YD, Özel sayı. C. 15, S. 1 – 4,* ss. 155 – 183.

Aşçıoğlu, Ç. (1998). Kusurun belirlenmesinde ve derecelendirilmesinde hâkimin ve bilirkişinin fonksiyonları. *Ticaret hukuku ve Yargıtay kararları sempozyumu, V*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku AE, ss. 105 – 120.

Aşçıoğlu, Ç. (2001). Bilirkişilik kavramı ve görev sınırları. *Bilirkişilik sempozyumu. 9-10 Kasım 2001 Samsun.* Ankara: TBB Yayınları, ss. 25 – 107.

Aşçıoğlu, Ç. (2004). Bilirkişi odalarının kurulması çözüm olabilir mi? *Madencilik bülteni,* Aralık, ss. 24 – 25.

Aşçıoğlu, Ç. (2009). Bilirkişi uygulamasında suç işleniyor. *BBD, S. 86,* ss. 21, 22.

Auberson, F. (2004). L'irrecévabilité des mesures d'instruction *in futurum* contestant un acte authentique. *Recueil Dalloz.* s. 830.

Aubry-Girardin, F. (2005). Égalité salariale et décisions judiciaires: questions pratiques du point de vue de la justice. *PJA,* ss. 1062 – 1073.

Baker, W. R. (1999). L'expertise comparée. Les Etats-Unis et la France. *Revue Experts,* 43, s. 13.

Le Bars, Th. (1997). Le contradictoire et l'expert en matière civile. *Revue Experts.* No: 36, s. 4 vd. (*www.lexisnexis.com*).

Batut, A.-M. (2000). Les mesures d'instruction in futurum. *Rapport de la Cour de cassation pour 1999.* http://www.courdecassation.fr/ publications_cour_26/ rapport_annuel_36/rapport_1999_ 91/ etudes_documents_ 93/anne_marie_ 5790.html. (son erişim tarihi: 31.3.2011).

Biçer, Ü. (2008). Adli Tıp. *"Adalet Bakanlığı yargı reform stratejisi" belgesi gölgesinde yargı reformu sempozyumu.* Ankara: TBB, ss. 510 – 523.

Binard, M. ve De Geradon, F. (2007). Le déroulement de l'expertise: le point de vue de l'expert. *Le nouveau droit de l'expertise judiciaire en pratique (Dir: H. Boularbah).* Bruxelles: Larcier, ss. 101 – 107.

Blom-Cooper, L. (2006). Assessors. *Experts in the civil courts.* (Ed.: L. Blom-Cooper). New York: Oxford University Press, ss. 113 – 117.

Bosshard, P. Y. (2008). La bonne expertise judiciaire. *RSPC,* s. 207 vd.

Bosshard, P. Y. (2009). La réglementation de la preuve par expertise dans le projet de Code de procédure civile suisse. *RSPC,* 3, ss. 333 – 338.

Boularbah, H. (2007). Le nouveau droit de l'expertise judiciaire. *Le nouveau droit de l'expertise judiciaire en pratique (Dir.: H. Boularbah).* Bruxelles: Larcier, ss. 9 – 36.

Bovey, G. (2011). Le juge face à l'expert. *La preuve en droit de la responsabilité civile (Ed.: C. Chappuis ve B. Winiger).* Zurich: Schulthess, ss. 95 – 116.

Brault, J.-C. (2002). Le notaire expert. *Répertoire du notariat Défrenois.* N^{o} 18, s. 1115, 37597.

De Briey, R. ve Petit, B. (2009). Le déroulement de l'expertise. *L'expertise judiciaire: des reforms aux pratiques (Dir.: J.-Fr. Van Drooghenboeck ve R. De Briey).* Waterloo: Kluwer, ss. 37 – 87.

Broglin, P. (2009). Questions choisies en procédure administrative: effets suspensives, mesures provisionnelles, élargisement de l'accès au juge et féries. *Revue jurassien de jurisprudence,* ss. 1 – 24.

Brown-Berset, D. ve Scherer, M. (2007). III. Les modes alternatifs de règlement des différends: état des lieux. *Journées suisse du droit de la construction.* Fribourg: Institut pour le droit suisse et international de la construction, ss. 268 – 278.

Budak, A. C. (1991). Anglo Amerikan medenî yargılama hukukunda bilirkişilik. *İBD,* 65 (10-11-12), ss. 827 – 841.

Buffet Delmas D'Autane, X. ve Morelli, L. (2008). De quelques évolutions importantes en matière de preuve de la contrefaçon. *Revue propriété industrielle, n^{o} 11, étude 24.*

Bugnion, U. (1997). Verfahren und Sanktionen. *Exercice des droits de propriété intellectuelle, Procédure et sanctions. Rapports des Groupes, (Ed.: J. D. Meisser).* Zurich: AIPPI, ss. 313 – 329.

Burnand, Y. (2004). Liberté de la preuve et intime conviction. *Revue jurassienne de jurisprudence,* ss. 89 – 122.

Catala, P. (1969). Les suites de l'expertise. *L'expertise dans les principaux systèmes juridiques de l'Europe.* Paris: Éditions de l'Épargne, ss. 75 – 83.

Castellon, M. G. (2009). Indépendance et autorité de l'expert. *Expertise civile et procès équitable en Europe.* Paris: IEEE, ss. 20 – 23.

Chabot, G. (2000). Remarques sur la finalité probatoire de l'article 145 du nouveau code de procédure civile. *Recueil Dalloz,* s. 256.

Chaix, F. (2003). Du contrat d'entreprise. *Commentaire romand. Code des obligations I (Ed.: L. Thévenoz ve F. Verro).* Basel: Helbing & Lichtenhahn, ss. 1853 – 1988.

Champaud, C. (1995). Société contemporaine et métamorphose de l'expertise judiciaire. *Mélanges en l'honneur de Henri Blaise,* Paris: Economica, s. 59 – 79.

De Chassy, C. B., Peckels, B. ve Hureau, J. (2000). L'expert: Essai de classification, le point de vue français. *Revue experts.* 47, s. 38.

Chauvaux, D. ve Courtial, J. (2010). Le décret du 22 février 2010 relatif au compétences et aux fonctionnement des juridictions administratives, AJDA, s. 605 vd.

Claux, P.-J. ve David, S. (2008). Divorce: le notaire nommé expert au cours de la procédure. *Défrenois.* N° 13, s. 1413 vd.

Closset-Marchal, G. (1994). Considérations générales sur l'expertise. *L'expertise (dir.: J. Gillardin ve P. Jadoul).* Bruxelles: Larcier, ss. 7 – 23.

Closset-Marchal, G. (1999). Belgium. *Recours against judgements in the European Union.* The Hague-London-Boston: Kluwer Law International, ss. 49 – 70.

Collins, P. M (2004). "Friends of the Court: Examining the Influence of Amicus Curiae Participation in U.S. Supreme Court Litigation", *Law & Society Review,* Vol. 38, 4, ss. 807 – 832.

A. Compte-Sponville (2008). Philosophie de l'expertise. *Revue Experts.* N° 78.

N. Contis ve D. Brevot (2010). Le procès civil et les mesures avant dire droit. *La Semaine Juridique Edition Générale n° 45, 8,* n° 1132.

I. Corpart (2004). Les mesures d'instruction *in futurum* appliquées à la détermination des causes d'un décès. *Recueil Dalloz,* s. 2527.

J.-M. Cottier (1986). L'architecte comme expert, en cas de défaut de l'ouvrage. *Droit de l'architecte (Ed.: P. Tercier ve P. Gauch).* Fribourg: Fribourg University Press, ss. 363 – 374.

M. Cousté ve F. Guilbot (2007). Réforme de l'indemnisation du préjudice de contrefaçon en France: du jardin à la française à l'Eldorado américain?.- Point de vue de praticiens. *Revue propriété industrielle, n^{o} 12, étude 26.*

L. Creissen (1995). Les empreintes génétiques: vérité scientifique et droit de la filiation. *RIDC,* 3, ss. 765 – 770.

B.Çiçekli (2008). Bilirkişilik Uygulamasındaki Aksaklıklar ve Çözüm Önerileri, *"Adalet Bakanlığı yargı reform stratejisi" belgesi gölgesinde yargı reformu sempozyumu.* Ankara: TBB Yayınları, ss. 492 – 510.

S. Çörtoğlu Koca (2007). Danışmanlık sözleşmesinin esasına uygulanacak hukuk. *GÜHFD, C. XI, S. 1 – 2,* ss. 233 – 257.

E. Demirkapı (2003). Anglo-Amerikan hukukunda bilirkişilik kurumunda yeni eğilimler. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi.* C. 5, S. 2, ss. 39 – 75.

A. Depondt (2006). Réflexions sur le rôle du notaire dans le nouveau divorce. *Répertoire du notariat Défrenois.* N^{o} 23, s. 1815, 38494.

N. Deren-Yıldırım (1994). Hakem-bilirkişi sözleşmesinin hukukî mahiyeti ve delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesinin vazgeçilmezliği. *İÜHFM, C. LIV, S. 1-4,* ss. 321 – 330.

F. Dessemontet (2006). Droit des brevets. Aperçu de jurisprudence, extraits et résumés d'arrêts du Tribunal fédéral. *JdT,* ss. 334 – 338.

J. P. Doll (1971). La désignation des experts en matière civile et la protection du titre d'expert judiciaire. *Gaz. Pal. 2, doctr.,* 368.

J. Donio (2008). L'expertise européenne son histoire et ses histoires. *Revue Experts, 78,* ss. 73 – 75.

B. Dönmez (2007). Yeni CMK'da bilirkişi kavramı. *DEÜHFD, C. 9, Özel Sayı.* ss. 1145 – 1177.

S. Dufrene (1998). L'expertise. *JT, 107, 5456,* ss. 181 – 189.

Ö. F. Eminağaoğlu (2008). Yargı bağımsızlığı. *"Adalet Bakanlığı yargı reform stratejisi" belgesi gölgesinde yargı reformu sempozyumu.* Ankara: TBB, ss. 431 – 453.

R. Encinas de Munagorri (2003). Expert et expertise. *Dictionnaire de la culture juridique.* (Éd: D. Alland ve S. Rials). Paris: Presses universitaires de France.

_____ (2005) L'ouverture de la Cour de cassation aux amici curiae. *RTD Civ.,* s. 88.

_____ (2007). Pour une théorie juridique de l'expertise. *Revue experts. N^{o} 77,* ss. 7 – 9, s.

_____ (2002). Quel statut pour l'expert. *Revue français d'administration publique.* N^{o} 103, ss. 379 – 389.

R. Encinas de Munagorri ve O. Leclerc (2009). *Théorie du droit et expertise: conclusion prospective sur les apports de l'analyse juridique.* Expertise et gouvernance du changement climatique. (Éd: R. Encinas de Munagorri). Paris: L.G.D.J. (*ayrı bası*).

_____ (2010). *Les apports de la théorie juridique à la délimitation de l'expertise. Réflexions sur le lien de droit.* Aux frontières de l'expertise. (Éd.: Y. Bérard ve R. Crespin), Rennes: Presses Universitaires de Rennes, coll. "Res Publica" (*ayrı bası*).

J. Englebert (2003). Le référé judiciaire: principes et questions de procédure. *Le référé judiciaire (Ed.: H. Boularbah).* Bruxelles: Jeune Barreau (http://www.procedurecivile.be/index.php?id=66, son erişim tarihi: 31 Mart 2011).

D. Esseiva ve J.-B. Zufferey (2009). L'arbitrage et la médiation dans les procédures de marchés public et privés. *Droit de la construction,* ss. 44 – 50.

R. Frank (1995). L'examen biologique sous contrainte dans le cadre de l'établissement de la filiation en droit allemand. *RIDC,* 4, ss. 905 – 920.

J.-J. Franses-Magre (1975). Caractère subsidiaire de l'expertise par rapport aux mesures d'instruction exécutées par un technicien. *JCP, G,* IV, 6549, ss. 321 – 324.

M.A. Frison-Roche (1995). La procédure de l'expertise. *L'expertise, (éd.: M. A. Frison-Roche ve D. Mazeaud),* Paris: Dalloz, ss. 87 – 103.

U. Fritze (1997). Durchsetzung von Rechten des geistigen Eigentums: Verfahren und Sanktionen. *Exercice des droits de propriété intellectuelle, Procédure et sanctions. Rapports des Groupes, (Ed.: J. D. Meisser).* Zurich: AIPPI, ss. 29 – 57.

F. Furkel (2004). L'identification par empreintes génétiques en matière civile en république fédérale d'Allemagne. *RIDC,* 2, ss. 389 – 416.

Gaudemet-Tallon, H., (2001). "Quel Juge?", *Vers un procès universel? Les règles transnationales de procédure civile de l'American Law Institute (Dir. Fouchard, P.),* Paris, Editions Panthéon Assas, ss. 67 – 71.

Gillardin, J. (1994). Le déroulement de l'expertise. *L'expertise (dir. J. Gillardin ve P. Jadoul).* Bruxelles: Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, ss. 139 – 167.

Gilliéron, P.-R. (2004). Procédures rapides. *Unification de la procédure civile. Journée en l'honneur du Professeur François Perret (Ed.: R. T. Trindade, N. Jeandin).* Genève-Zurich-Bâle: Schulthess, ss. 91 – 108.

Goubeaux, G. (1981). Le droit à la preuve. *La preuve en droit, (Éd.: Ch. Perelman ve P. Foriers).* Bruxelles: Bruylant, ss. 277 – 301.

De Gottrau, N. (2005). Art. 95 à 100. *Poursuite et faillite (éd.: L. Dallèves, B. Foëx ve N. Jeandin).* Bâle – Genève – Munich: Helbing & Lichtenhahn, ss. 443 – 478.

Göksu, M. (2009). Hukuk yargılamasında karşı tarafın elindeki belgelere delil olarak başvurulabilmesi. *MİHDER,* C. 5, S. 13, ss. 251 – 282.

Göksu, M. (2009). Hukuk yargılamasında vakıa ve hukuk. *Halûk Konuralp Anısına Armağan.* Ankara: Yetkin, ss. 323 – 350.

Guinchard, S. (1995). L'expertise judiciaire civile: L'expert, le juge et les parties. *L'expertise, (éd.: M. A. Frison-Roche ve D. Mazeaud).* Paris: Dalloz, ss. 69 – 81.

Haldy, J. (2008). Projet de Code de procédure civile suisse: cadre, objectifs et choix fondamentaux. *Le projet de code de procédure civile fédérale (Ed.: S. Lukic).* Lausanne: CEDIDAC, ss. 1 – 23.

Henrion, M.-L. ve Dufrene, S. (2007). Le déroulement de l'expertise dans une perspective systémique. *Le nouveau droit de l'expertise judiciaire en pratique (Dir.: H. Boularbah).* Bruxelles: Larcier, ss. 37 – 79.

Heugas-Darraspen, H. (2006). Elargissement du domaine de l'expertise judiciaire par le décret du 13 mai 2005. *AJDI,* 6, s. 447 – 451.

Heugas-Darraspen, H. (2010). Réforme de l'expertise administrative et des mesures d'instruction connexes, *AJDI,* s. 441 vd.

Hermitte , M. A. (1997). L'expertise scientifique à finalité politique, réflexions sur l'organisation et responsabilité des experts, *Justices,* 8, ss. 79 – 103.

Hohl, F. (2008). La procédure sommaire selon le code de procédure civile suisse. *Revue jurassien de jurisprudence,* ss. 263 – 316.

Hoonakker, P. (2006). Le déroulement des procédures. *Droit et pratique de la procédure civile (Dir.: S. Guinchard)*. Paris: Dalloz.

Hureau, J. ve Peckels, B. (2006). Expertises et experts en France, essai de définitons et de classifications. *Revue experts.* 70, s. 5.

Ildır, G. (2004). Alternatif uyuşmazlık çözümü ve hak arama özgürlüğü. *Prof. Dr. Bâki Kuru armağanı.* Ankara: TBB, ss. 385 – 401.

Israel, J.-J. (2001). L'expert et la médiation en matiere administrative – l'expert peut-il désigné en qualité de médiateur?", *L'expertise devant le juge administratif – Mission, rôle et responsabilité de l'expert, Colloque du 12 décembre 2001*. Paris: Revue Experts, ss. 109 – 111.

Jaffé, P. D. (2008). Wanted: experts psycho-judiciaires professionnelles. *RSC/2,* ss. 41 – 43.

Jarosson, C. (2007). Les perspectives offerts par l'expertise juridique. *Gazette du Palais,* 28.6.2007, n^{o} 179, s. 74 vd.

Jauffret-Spinoza, C. (1995). L'expertise en droit comparé, *Revue Experts,* N^{o} 26, Chronique juridique et judiciaire, s. 5.

Jeantin, M. (1980). Mesures d'instruction "in futurum". *Recueil Dalloz, chron., 205,* s. 207.

Jeuland, E. (2004). Syllogisme judiciaire. *Dictionnaire de la justice (Dir.: L. Cadiet).* Paris: PUF, ss. 1269 – 1272,

Jeuland, E. (2004). Expertise. *Dictionnaire de la justice.* Paris: PUF, ss. 503 – 510.

Junillon, J. (2006). Voies de recous ordinaires. Appel. *Droit et pratique de la procédure civile (Ed.: S. Guinchard).* Paris: Dalloz.

Henry, P. ve De Cocquéau, B. (2002). L'expertise en matière immobilière. *L'expertise (Dir.: J. Van Compernolle & B. Dubuisson).* Bruxelles: Larcier, ss. 111 – 159.

Kaplan, G. (2004). İdarî yargılama hukukunda usulü kazanılmış hak. *AÜEHFD, C. VIII, S. 1-2,* ss. 115 – 154.

Karafakih, İ. H. (1955). Hukuk Usulüne Dair Çıkan Bir Eser Münasebetiyle, Ehlivukufluğu Kabul Mecburiyeti ve Taraf Yemininin Mahiyeti. *İBD, 2,* s. 86 – 91.

Kılıçoğlu, A. (1986). Yargıda bilirkişilik çıkmazı. *ABD, S. 5,* ss. 643 – 648.

Koç, S. (2004). Bilirkişilik ve Adli Tıp Kurumu. *TBB, S. 50,* ss. 144 – 151.

Konuralp, H. (2001). Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları ve bilirkişilik. *Bilirkişilik sempozyumu. Samsun, 9 – 10 Kasım 2001.* Ankara: TBB, s. 489 – 510.

Konuralp, H. (2007). Fransız Hukukunda Bilirkişilik. *Medenî Usûl ve İcra – İflâs Hukukçuları Toplantısı, II – III (Eskişehir, 2003 – 2004).* Ankara: TBB, ss. 319 – 363.

Konuralp, H. (2007). Hukuk usulü muhakemeleri kanununda değişiklik tasarısına göre istinaf derecesi. *Medenî usûl ve icra – iflâs hukukçuları toplantısı ii. Eskişehir 3 – 5 Ekim 2003.* Ankara: Türkiye Barolar Birliği, ss. 18 – 40.

Konuralp, H. (2008). İstinafta kamu düzeni kavramı. *Medenî usûl ve icra – iflâs hukukçuları toplantısı vi. İzmir, 19 – 20 Ekim 2007.* Ankara: TBB, ss. 133 – 150.

Kuru, B. (2006). Hukuk usulünde dava sebebi. *Makaleler.* İstanbul: Arıkan Matbaası, ss. 215 – 246.

Kuru, B. (2006). Usulî müktesep hak (Usule ilişkin kazanılmış hak). *Makaleler.* İstanbul: Arıkan, ss. 329 – 341.

Kuru, B. (2007). Hukuk Muhakemeleri Kanun Tasarısı hakkında genel değerlendirme. *Medenî usûl ve icra-iflâs hukukçuları toplantısı V, Ankara 8-9 Eylül 2006.* Ankara: TBB, ss. 57 – 85.

Lagarde, X. (2010). D'une vérité à l'autre. Brèves Réflexions sur les différents cultures de la preuve. *Gazette du Palais, n^{o} 203.* s. 6.

Leclerc, O. (2009). L'indépendance de l'expert. *L'expertise: enjeux et pratiques (dir.: K. Favro).* Paris: Lavoisier, ss. 167 – 180.

Leclerc, O. (Çev. B. Toraman) (2010). Bilirkişiliğe ilişkin reformlar, sınırlı gelişmeler ve kaçırılan fırsatlar. *Prof. Dr. Bilge Umar'a armağan, DEÜHFD, C. 11, Özel Sayı.* İzmir: DEÜ, ss. 309 – 324.

Lorieux, A. (1995). L'expertise et le jugement. *L'expertise (éd.: M. A. Frison-Roche ve D. Mazeaud)* Paris: Dalloz, ss. 123 – 129.

Lowman, M. K. (1992). The Litigating Amicus Curiae: When Does the Party Begin After the Friends Leave?, *The American University Law Review,* Vol. 41, ss. 1243 – 1299.

De Lucia, G. (2008). L'expertise à l'italienne. *L'expertise de justice en Europe: état des lieux, perspectives et reccomandations. Actes du colloque de 4 et 5 avril 2008.* Paris: www.experts-institute.eu, ss. 49 – 54.

De Lucia, G. (2008a). Harmonisation de la formation. *L'expertise de justice en Europe: état des lieux, perspectives et reccomandations. Actes du colloque de 4 et 5 avril 2008.* Paris: www.experts-institute.eu, ss. 168 – 171.

Mandel, O. (2009). Le nouvel arsenal de lutte contre la contrefaçon. *Revue propriété industrielle, n°2, étude 4.*

Martin, R. (1974). Le fait et le droit ou les parties et le juge. *JCP,* I, s. 2625.

Mazeaud, D. (1995). L'expertise de droit à travers l'amicus curiae, *L'expertise (Dir.: Frison-Roche, M. A./Mazeaud, D.).* Paris: Dalloz, ss. 109 – 121

McNeil, P. (2006). Expert reports. *Experts in the civil courts (Ed.: L. Blom-Cooper).* New York: Oxford University Press, ss. 77 – 102

Mignolet, O. (2007). Nouveautés en matière d'expertise: le régime général de l'expertise, modifié par la loi du 15 mai 2007 et la saisie en maitère de contrefaçon, modifié par la loi du 10 mai 2007. *Nouveautés en matière d'expertise et de propriété intellectuelle (Dir.: P. Jadoul & A. Strowel).* Bruxelles: Larcier, ss. 9 – 90.

Moncheny, M., vd. (1997). Procédure et sanctions. *Exercice des droits de propriété intellectuelle, Procédure et sanctions. Rapports des Groupes, (Ed.: J. D. Meisser).* Zurich: AIPPI, ss. 175 – 203.

Motulsky, H. (1969). Notions générales. *L'expertise dans les principaux systèmes juridiques de l'Europe.* Paris: Éditions de l'Épargne, ss. 13 – 33.

Moury, J. (2009). Les limites de la quête en matière de preuve: expertise et jurisdictio. *RTD Civ.* s. 665 vd. (*www.dalloz.fr*).

Mouy, G. (2009). Abandon de la condition de l'urgence dans l'ordonnance sur requête probatoire de l'article 145 du code de procédure civile. *Recueil Dalloz,* s. 1455.

Narbay, Ş ve Özbay, İ. (2005). Türk hukukunda hukukî mütalâanın önemi ve niteliği. *ATİDER,* C. XXIII, S. 2, ss. 117 – 146.

Normand, J.(1981). Remarques sur l'expertise judiciaire au lendemain du nouveau Code de procédure civile. *Mélanges dédiés à Jean Vincent.* Paris: Dalloz, ss. 255 – 271.

Normand, J. (2001). La confrontation des principes directeurs. *Vers un procès universel? Les règles transnationales de procédure civile de l'American Law Institute (Dir. Fouchard, P.),* Paris, Editions Panthéon Assas, ss. 89 – 97.

Normand, J. (2003). Les limites de référé-probatoire (art. 145 NCPC). Le cas de l'inscription de faux. *RTD. Civ.,* s. 539.

Olivier, M. (1993). L'expertise dans l'Europe Communautaire. *Revue Experts,* 18, s. 12.

Olivier, M. (1995). Les effets et conséquences de l'inscription sur la liste nationale d'experts. *De l'expertise civile et des experts (t. II).* Paris: Berger-Levrault, ss. 109 – 117.

Oytan, M. (1993). Türk ve Fransız hukukunda bilirkişi incelemesi, keşif, delil tespiti, anket uygulaması ve sahteliğin ileri sürülmesi. *Türk İdare Dergisi, Y. 65, S. 398.* ss. 45 – 93.

Öğüt, A. Y. (2009). Bilirkişilerin eğitimi ve bilirkişilik etiği. *Bilirkişilik, uygulama alanları, sorunlar, öneriler, Sempozyum, 18-19 Aralık 2008.* Ankara: TMMOB Mimarlar Odası, ss. 130 – 136.

Önder, M. A. (1968). Mevzuatımızda bilirkişi müessesesi. *Yargıtay yüzüncü yıldönümü armağanı.* İstanbul: Adalet Bakanlığı, ss. 523 – 535

Öz, E. (2010). Vergi yargısında bilirkişilik. *TAAD, S. 3,* ss. 75 – 92.

Özbek, V. Ö. (2009). Ceza muhakemeleri alanı. *Bilirkişilik, uygulama alanları, sorunlar, öneriler. Sempozyum, Ankara 18-19 Aralık 2008.* Ankara: TMMOB Mimarlar Odası, ss. 100 – 110.

Özekes, M. (2008). Bilirkişinin konumu ve karşılaştırmalı bir bakış. *TMMOB Bilirkişilik Sempozuyumu'*nda sunulan bildiri (teksir hâlinde),

Özekes, M. (2009). Adil Yargılanmaya Tehdit: Bilgisiz Hâkim ve Avukat. *İstanbul Barosu-Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojik Bakışlar IV Sempozyumu, İstanbul / 25-29 Ağustos, Teksir Hâlinde.*

Özekes, M. ve Erişir, E. (2006). Konusu para alacağı olan geçici hukukî korumaların karşılaştırılması ve değerlendirilmesi. *Mihder, S. 5,* ss. 1235 – 1274.

Öztek, S. **(**1989). Fransız Hukukunda Bilirkişilik. *Mukayeseli Hukukta Bilirkişilik ve Sorunları, Yargıtay'ın Kuruluşunun 125. Yılı,* ss. 45 – 56.

Öztek, S. (2001). Tartışmalar. *Bilirkişilik sempozyumu, Samsun 9-10 Kasım 2001.* Ankara: TBB, ss. 395 – 398.

Öztürk, Y. (2001). Bilirkişinin seçimi ile ilgili başımıza gelen bazı konular. *Bilirkişilik sempozyumu. 9-10 Kasım 2001, Samsun.* Ankara: TBB, ss. 237 – 248.

Parodi, C. (1976). Les règles spécifiques aux mesures d'instruction exécutées par un technicien. *Les roles respectifs du juge et du technicien dans l'administration de la preuve: X^e colloque des instituts d'études judiciaires.* Paris: PUF, ss. 37 – 52.

Pekcanıtez, H. (2007). Hukuk Muhakemeleri Kanun Tasarısı'nın tanıtımı. *Medenî usûl ve icra-iflâs hukukçuları toplantısı V, Ankara 8-9 Eylül 2006.* Ankara: TBB, ss. 3 – 31.

Pekcanıtez, H. (2009). Özel uzman (bilirkişi) görüşü ve değerlendirilmesi. *Prof. Dr. Saim Üstündağ'a armağan.* Ankara: Adalet Yayınevi, ss. 397 – 418,

Perrot, R. (1969). La décision qui ordonne l'expertise. *L'expertise dans les principaux systèmes d'Europe.* Paris: Editions de l'Epargne, ss. 49 – 59.

Perrot, R. (2009). L'urgence n'est pas nécessaire. *Revue procédures.* N^o 3, comm. 72.

Perruchot-Triboulet, V. (2005). Le nouveau statut des experts judiciaires. *Recueil Dalloz,* s. 3045.

Piguet, J. O (2011). Le choix de l'expert et sa récusation: le cas particulier des assurances sociales. *Responsabilité et assurances REAS,* ss. 127 – 138.

Pütz, A. (2000). Liberté et expertise; approche empirique; le juge et l'expertise. *Revue Experts, 1 Juin No: 47,* http://www. lexisnexis.com/us/Inacademic.

...(1997). *Rapport du Groupe belge. Exercice des droits de propriété intellectuelle, Procédure et sanctions. Rapports des Groupes, (Ed.: J. D. Meisser).* Zurich: AIPPI, ss. 110 – 115.

Raynaud, M. (1964). "Les experts". *Les délégations judiciaires en matière civile et commerciale, Colloque de l'Institut d'Etudes Judiciaires, 26 – 27 avril 1963.* Paris: Dalloz, ss. 31 vd.

Restier-Melleray, C. (1990). Experts et expertise scientifique. Le cas de la France. *Revue française de science politique, 4,* ss. 546–585.

Reymond, J.-M. (2008). Les conditions de recevabilité, la litispendance et les preuves. *Le projet de Code de procédure civile fédérale (Ed.: S. Lukic).* Lausanne: CEDIDAC, ss. 27 – 71.

Roelants, M. (2007). L'expertise obligatoire: domaines et caractères. http://www.courdecassation.fr/colloques_activites_formation_4/2007_2254/expertise_obligatoire_domaines_caractere_10914.html (son erişim tarihi: 10.9.2012).

A. Schmidt (2007). Note concernant l'expertise selon l'art 367 al. 2 CO (à propos de l'arrêt publié dans SJ 2006 I, 384 – 390). *SJ I,* ss. 96 – 99.

Schmidt-Szalewski, J. (2007). La détérmination des conséquences civiles de la contrefaçon selon le projet de loi de lutte contre la contrefaçon. *Revue propriété industrielle, n^{o} 11, étude 22.*

Schüpbach, H. (2004). Preuve et droit à l'information. *Unification de la procédure civile. Journée en l'honneur du Professeur François Perret (Ed.: R. T. Trindade ve N. Jeandin).* Genève-Zurich-Bâle: Schulthess, ss. 51 – 71.

Schwab, K. H. (1968). Allemagne. *L'expertise dans les principaux systèmes juridiques de l'Europe.* Paris: Éditions de l'Épargne, ss. 91 – 111.

Sengir, T. (1976). Yazı ve imza konusunda mahkemelerde bilirkişi seçimi. *İBD, 1976/9-10,* ss. 51 – 55.

Slim, H. (2011). La responsabilité des experts. *Lamy, Droit de la responsabilité (Dir.: D. Mazeaud),* n^{os} 440-1 – 440-69.

Steinitz, C. ve Gaultier, J. F. (2009). Avantages du système français au sein de l'Union européenne: les mesures provisoires et conservatoires (2e volet). *Revue propriété industrielle, n^{o} 9, étude 19.*

Stoffel, W. ve Chabloz, I. (2005). Du séquestre. *Poursuite et faillite, (éd.: L. Dallèves, B. Foëx ve N. Jeandin).* Bâle – Genève – Munich: Helbing & Lichtenhahn, ss. 1255 – 1335.

Şahin, C. (2001). Ceza muhakemesinde bilirkişi atanması ve zorunlu bilirkişilik. *Bilirkişilik sempozyumu, 9-10 Kasım 2001 Samsun.* Ankara: TBB, ss. 190 – 236.

Şeker, H. (2007). Soykütüğü ile bağı koparılmış bir kurum: Bilirkişilik. *Legal, Yıl 5, S. 49,* ss. 95 – 105.

Tanrıver, S. (2001). Bilirkişinin etik, hukukî ve cezaî açılardan sorumluluğu. *Bilirkişilik sempozyumu, Samsun, 9-10 Kasım 2001.* Ankara: TBB, ss. 406 – 448.

Tanrıver, S. (2005). Bilirkişinin sorumluluğu. *TBBD, S. 56,* ss. 133 – 166.

Tanrıver, S. (2007). Bilirkişinin sorumluluğu. *Medenî usûl ve icra – iflâs hukukçuları toplantısı II – III, Eskişehir, 3 – 5 Ekim 2003 ve 1 – 2 Ekim 2004.* Ankara: TBB, ss. 367 – 411.

Tanrıver, S. (2008). Hukuk yargısının temel sorunları ve bu bağlamda alınması gereken önlemler. *"Adalet Bakanlığı yargı reformu stratejisi" belgesi gölgesinde yargı reformu sempozyumu.* Ankara: TBB, ss. 201 – 230.

Tanrver, S. (2010). İşlevsel açıdan noterlik kurumuna yeni bir vizyon kazandırılmasına yönelik bazı düşünceler. *Medenî usûl ve icra-iflâs hukukçuları toplantısı VIII. Abant 9 – 10 Ekim 2009.* Ankara: TBB, ss. 495 – 521.

Tanrıver, S. (2012). 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun revizyonu üzerine bazı düşünceler. *TBB Dergisi, 99,* ss. 16 – 34.

Tappy, D. (2005). L'expertise notariale dans les procès en partage: passé, présent, avénir. *Mélanges de l'association des notaires vaudois. (éd: F. Bainchi)*. Zurich: Schulhess, ss. 121 – 135.

Taşpınar, S. (2001). Bilirkişi ücreti. *Bilirkişilik sempozyumu, Samsun, 9-10 Kasım 2001.* Ankara: TBB Yayınları, ss. 347 – 394.

Tercier, P. (1988). Expertise à titre de preuve à futur – Frais d'expertise; CO 367 II (*Friburg Kanton Mahkemesinin 16.5.1984 tarihli Kararına ilişkin Karar Notu*: TC FR 16.5.1984; ATCF 1984, p. 21). *BR,* s. 13.

Testu, X. (1995). Présentation générale. *L'expertise (Dir.: M.-A. Frison Roche ve D. Mazeaud)*. Paris: Dalloz, s. 5 vd.

Thorens, J. (1968). L'expertise-arbitrage en droit suisse et en droit allemand. *SJ,* ss. 601 – 612.

Timmerbeil, S. (2003). The role of expert witness in German and U.S. civil litigation. *Ann. Surv. Int'l & Comp. L.* 163, 9, ss. 163 – 187.

Toraman, B. (2009). Fransız medenî usul hukukunda belgelerin taraflar arasında iletilmesi ve zorunlu ibrazı. *Halûk Konuralp anısına armağan.* Ankara: Yetkin, ss. 1085 – 1104.

Toraman, B. (2012). İtibar bilirkişiliği ve yargısal lobicilik arasında bir müessese olarak "Amicus Curiae" (Mahkeme Dostu). *MİHDER,* C. 8, S. 22, ss. 161 – 197.

Ulukapı, Ö. (2001). Bilirkişi raporu ve bilirkişi raporunun delil değeri. *Bilirkişilik sempozyumu. Samsun, 9-10 Kasım 2001.* Ankara: TBB, ss. 291 – 315.

Umar, B. (2007). Hukuk Muhakemeleri Kanun Tasarısı'na katkı. *Medenî usûl ve icra-iflâs hukukçuları toplantısı V. Ankara, 8-9 Eylül 2006.* Ankara: TBB, ss. 87 – 129.

Ünver, Y. (2008). Türk yargı sistemine bakış. *Adalet Bakanlığı "yargı reformu stratejisi" belgesi gölgesinde yargı reformu sempozyumu.* Ankara: TBB, ss. 20 – 74.

Vigneau, V. (2009). Cas particuliers d'intervention des sachants. *Droit de l'expertise (Dir.: T. Moussa).* Paris: Dalloz, ss. 58 – 65.

Vigneau, V. (2009a). Dispositions propres aux expertises: exécution des opérations de l'expertise. *Droit de l'expertise (Dir.: T. Moussa).* Paris: Dalloz, ss. 165 – 178.

Vigneau, V. 2009b). Les dispositions communes à l'exécution des différentes mesures d'instruction. *Droit de l'expertise (Dir.: T. Moussa).* Paris: Dalloz, ss. 69 – 144.

Vouilloz, F. (2009). La preuve dans le code de procédure civile suisse (art. 150 à 193 CPC). *AJP/PJA 7,* ss. 830 – 848.

Vouilloz, F. (2009a). L'expert-comptable appelé comme expert judiciaire. *ECS,* ss. 581 – 586.

Vray, H. (2002). À propos de l'article 145 du nouveau code de procédure civile: spécifités et limites du pouvoir des juges des référés d'ordonner une mesure d'instruction in futurum. *Gazette du Palais, n^{o} 87,* s. 39.

Yeşilova, B. (2009). Yargılama diyalektiği ve silahların eşitliği. *TBBD,* S. 86, ss. 47 – 101.

Yıldırım, M. K. (2004). Bilirkişi delilin mukayeseli hukuk ve Türk hukukundaki durumu. *Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı.* Ankara: TBB, ss. 833 – 841.

Yıldız, A. K. (2006). Ceza muhakemesi hukukunda bilirkişilik. *EÜHFD, C. X, S. 3 – 4.* ss. 273 – 345.

Yılmaz, E., (1996). Uygulamada bilirkişilik ve bilirkişi raporları. *Mali Hukuk, 62,* ss. 12 – 31.

Yılmaz, E. (2001). Bilirkişiliğin kurumsallaştırılması hakkında bir kanun taslağı. *Bilirkişilik sempozyumu. Samsun 9-10 Kasım 2001.* Ankara: TBB, ss. 538 – 550.

Yılmaz, S. S. ve Aydoğan Kaplan, N. (2012). 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu bakımından kadın. *TBBD, 99,* ss. 297 – 302.

Yücel, A. R. (2009). Bilirkişilik örgütlenmesi karşısında TMMOB'nin tutumu. *Bilirkişilik, uygulama alanları, sorunlar, öneriler. Sempozyum, 18-19 Aralık 2008.* Ankara: TMMOB Mimarlar Odası, ss. 136 – 151.

Zufferey, J.-B. (2008). L'expert: clé des procédures dans l'immobilier et la construction. Des catégories générales aux problèmes concrets. *CFPG, Vol. 39, Perizie guidiziarie.* Lugano: Rossa, s. 17-51, http://www.unifr.ch/droitadministratif/pdf/Expertise .pdf (Erişim tarihi: 17.11.2010).

Zufferey, J.-B. (2011). *L'expertise, l'expertise-arbitrage et le témoignage-expertise.* http://www.unifr.ch/droitadministratif/assets/files/Doc_cours/ CI_procedure/Cours10/Expertise_arbitrage.pdf (Son erişim: 30 Ağustos 2011).

Kanun Derlemeleri, Raporlar, Sözlükler, Söylevler, İçtihat Bilgi Bankaları, İnternet Kaynakları ve Kişisel Arşivler

Budak, A. C. (2011). *Karşılaştırmalı hukuk muhakemeleri kanunu.* İstanbul: XII Levha.

Cadiet, L. (2010). *Code de procédure civile.* Paris: Litec.

Dalloz jurisprudence.

JurisData (LexisNexis – JurisClasseur)

Cornu, G. (2009). *Vocabulaire juridique.* Paris: 8e éd., PUF.

... (1993). *Türk hukuk lûgatı.* Ankara: Türk Hukuk Kurumu.

Özok, Ö. (2007). *Savunmaya saygı. TBB Başkanı Av. Özdemir Özok'un konuşması.* Ankara: TBB.

Dokuzuncu kalkınma planı (2007 – 2013). Adalet hizmetleri özel ihtisas komisyonu raporu

Kazancı Bilişim – İçtihat Bilgi Bankası (KBİBB).

Legal Yayıncılık – Legalbank.

Prof. Dr. Bâki Kuru Arşivi

http://www.lexisnexis.com

http://www.lextenso.fr/weblextenso