DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ

HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Cilt: 11 Özel Sayı 2009

Prof. Dr. Bilge UMAR'a ARMAĞAN

I

ISSN 1303-6963

İZMİR - 2010

BİLİRKİŞİLİĞE İLİŞKİN REFORMLAR SINIRLI GELİŞMELER VE KAÇIRILAN FIRSATLAR*

*Doç. Dr. Olivier LECLERC*** / Çev.: Arş. Gör. Barış TORAMAN****

Mahkemeler nezdinde yürütülen bilirkişilik[1] faaliyeti, Fransız hukuku üzerinde esen reform rüzgârının elinden kendisini kurtara-

* *«Les réformes du droit de l'expertise, Avancées partielles et occasions manquées», revue Experts, no 71, juin 2006, p. 12.*

** Nanterre (Paris Ouest) Üniversitesi, Hukuk Fakültesi (IRERP, UMR 7029).

*** Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku ABD.

Çevirenin notu: Çok değerli Hocamız Sayın Prof. Dr. Bilge Umar için hazırlanan bu armağana, TÜBİTAK Yurt Dışı Araştırma Bursu vesilesiyle doktora tez çalışmamın bir kısmını hâlihazırda yanında sürdürmekte olduğum, Nanterre (Paris Ouest) Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğretim üyesi, Sayın Hocam Doç. Dr. Olivier Leclerc'in, bilirkişiliğe ilişkin olarak Fransız hukukunda yapılan reform çalışmalarını ele aldığı 2006 tarihli bir makalesinin naçizane çevirisini sunmakla katkıda bulunmak istedim. Fransız hukuku, bilirkişiliği ele alma biçimi nedeniyle Türk hukuku bakımından ilginç bir örnek teşkil etmektedir (Bu konuda ayrıca bkz. Halûk Konuralp, Fransız Hukukunda Bilirkişilik, Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukukçuları Toplantısı III, Eskişehir 1 - 2 Ekim 2004, s. 31 vd.). Nitekim yapılan düzenlemeler çerçevesinde getirilen değişiklik ve yeniliklerin, yerine göre eleştirel bir bakış açısıyla değerlendirildiği bu çalışmada da bilirkişilik konusunda kimi farklı ve önemli yaklaşımlara rastlamak mümkündür. Çeviriyi yaparken bazı dipnotlarda belli konulara ilişkin kısa bir takım açıklamalarda bulunmaya; yine eserlere verilen referanslar dışında kalan yasal metinleri ve çeşitli çalışma raporlarını da Türkçeye çevirmeye çalıştık. Son olarak her ne kadar makale 2006 tarihli olsa da, bu tarihten sonra ilgili hükümlerde herhangi bir değişiklik söz konusu değildir. Bu itibarla çalışma hâli hazırda güncelliğini korumaktadır.

1 *Terim meselesi bakımından Fransızca ve Türkçe arasında önemli gördüğümüz bir ayrım bulunmaktadır: Türkçede mahkeme nezdinde, HUMK'un bilirkişiliğe ilişkin hükümleri doğrultusunda tayin edilen ve görevini icra eden uzmanlar için "bilirkişi", teriminin kullanılmasına karşılık, Fransızcada böyle bir terim bulunmamakta, onun yerine bir mahkeme veya yine yargısal bir süreçte taraflarca tayin edilen bilirkişilerden bahsederken "expert judiciaire", yani "adlî" yahut "yargısal uzman" tabiri kullanılmaktadır [ÇN.].*

Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 11, Özel S.: 2009, s. 309-324 (Basım Yılı: 2010)

mamıştır. Bilirkişiliğe ilişkin olarak üç yeni metinle değişiklik yapılmıştır: "Meslekler" Kanunu olarak ifade edilen 11 Şubat 2004 tarihli bir Kanun[2], 23 Aralık 2004 tarihli bir Kararname[3] ve nihayet, daha yakın, 28 Aralık 2005 tarihli bir diğer Kararname[4]. Bilirkişilik hukukunda yapılan bu reform, pek çok kişi tarafından arzu edilen bir yenileştirme amacını yansıtmaktadır. Getirilen bu değişiklikler, öncelikle kimi kanun metinlerinin kaleme alınış biçimlerinde bir iyileştirmeye yahut bunların basitleştirilmesine imkân sağlamıştır. Öte

2 *"Bazı adlî ve yargısal mesleklerin, bilirkişilerin, sınai mülkiyet danışmanlarının ve açık artırma yoluyla satım uzmanlarının statülerinde reform yapan, 11 Şubat 2004 tarih ve 2004-130 sayılı Kanun"* (Loi n° 2004-130 du 11 février 2004 réformant le statut de certaines professions judiciaires ou juridiques, des experts judiciaires, des conseils en propriété industrielle et des experts en ventes aux enchères publiques), JO, 12 février 2004, p. 28472; J.-J. **Daigre**, "Loi du 11 février 2004 dite loi 'professions' (dispositions autre que celles visant les avocats)", JCP, E, 2004, act. 49; M. **Olivier**, "Le nouveau statut des experts judiciaires résultant de la loi du 11 février 2004", Gaz. Pal., no 167, 15 juin 2004, p. 2., P. **Mairé**, "Loi 'professions': les modifications apportées au statut des experts judiciaires", Gaz. Pal., no 167, 15 juin 2004, p. 7; B. **Peckels**, "À propos de la loi no 71-498 du 29 juin 1971 relative aux experts judiciaires, modifiée par la loi no du 11 février 2004 et de son décret d'application n° 2004-1463 du 23 décembre 2004", revue Experts, n° 66, 2005, p. 2.

3 *"23 Aralık 2004 tarih ve 2004-1463 sayılı Kararname"* (Décret n° 2004-1463 du 23 décembre 2004), JO, p. 22351, JCP, G, 2005, act. 13; D. 2005, act., p. 103; M. **Olivier**, "Le décret du 23 décembre 2004 relatif aux experts judiciaires", Gaz. Pal., n° 11, 11 janvier 2005, p. 2; V. **Perruchot-Triboulet**, "Le nouveau statut des experts judiciaires", D. 2005, chron., p. 3045.

4 *"28 Aralık 2005 tarih ve 2005-1678 sayılı Kararname"* (Décret n° 2005-1678 du 28 decembre 2005), JO, 29 décembre 2005, p. 20350; P. de FONTBRESSIN, "Le décret du 28 décembre 2005 et les experts judiciaires", revue Experts, n° 70, 2006, p. 8; J. **Villacèque**, "A propos du décret du 28 décembre 2005 réformant la procédure civile: perspectives et regrets", D. 2006, chron., p. 539; S. **Amrani-Mekki**, E. **Jeuland**, Y.-M. **Serinet**, L. **Cadiet**, "Premières vues du décret du 28 décembre 2005 relatif à la procédure civile", JCP, éd. G., n° 8, 2006, act. 87.

yandan söz konusu düzenlemeler, daha derin bir takım değişiklikleri hedeflemiş durumdadır ki, burada esas itibariyle iki düşünceden ilham alınması söz konusudur: Mahkemelerin hizmetindeki bilirkişilik faaliyetinin kalitesini artırmak ve dava sürecini hızlandırmak.

Medenî usul hukuku, aralıksız bir reform hareketine odaklanmış durumdadır[5]. Bununla beraber yakın tarihli olan bu değişiklikler, artık gelinen noktada durmaya değer düzeydedir. Bilirkişilik faaliyetinin niteliğindeki dönüşüme gösterdiğimiz ilgi[6] ve bilirkişiliğin iyileştirilmesine yönelik olarak harekete geçilmesi konusunda, birçok kişi ile paylaşmakta olduğumuz arzu, bize hedeflenen reformlar konusunda görüşümüzü bildirmeye, doğru veya yanlış, imkân sunmaktadır.

Bilirkişilik kurumu, geçtiğimiz son on beş yıl boyunca, Avrupa'nın birçok ülkesinde ve Amerika Birleşik Devletleri'nde yapılan esaslı değişikliklerden etkilenmiştir. Yine bu değişikliklere, ulusal hukuklar üzerinde etkisini günden güne daha fazla hissettiren Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihatlarının da eklenmesi mümkündür. Uluslararası hukuklar arasında yapılacak olan bir karşılaştırma, birbirinden farklı ülkelerin, hukuk sistemleri arasındaki ayrımın ötesinde, aynı sorun ve güçlüklerle yüzleştiğini göstermektedir: Yargılamada bilirkişilik faaliyetinin kalitesi nasıl sağlanacaktır? Bilirkişilerin bilgi kapasitesi nasıl garanti edilecektir? Bilirkişi ve hâkim, uyuşmazlıkların çözümünde karşılıklı olarak hangi yeri işgal edeceklerdir?

Yapılan bu reformlar, gerek yukarıda sorulan sorular karşısında, gerek bazı yabancı hukuk sistemleri ile yapılan karşılaştırma netice-

5 V.G. **Wiederkehr**, "Le Nouveau Code de procédure civile: la réforme permanente", in Études offerts à Jacques Béguin, Litec, 2005, p. 787.

6 *Araştırmalarımız bizi, hâkim ve bilirkişi arasındaki ilişkiler konusunda Fransız ve ABD hukuku bakımından, bir doktora tezini kaleme almaya yönlendirmiştir (Université Paris 10 – Nanterre, 2003)*: O. Leclerc, Le juge et l'expert. Contribution à l'étude des rapports entre le droit et la science, LGDJ, 2005.

sinde, ara renkte bir bilânçoyu ortaya koymaktadır. Şüphesiz söz konusu değişiklikler, içlerinden bazısı önemli olan çeşitli ıslah çalışmalarına katkıda bulunmakta; ancak diğer yandan da bazen kaçırılmış bir fırsat izlenimi vererek ciddi şekilde geride kalmaktadır. Getirilen metinlerin içeriğine yoğunlaşıldığı veyahut bu metinlerin suskunluğuna dikkat edildiği vakit, söz konusu izlenim doğrulanmaktadır. Nitekim ifade edilmemiş olan hususlar da, aslında söylenmiş olanlar kadar dikkat çekicidir.

Tümünü ele almak iddiasında olmaksızın, iki temel soru olan bilirkişilerin seçimi (1) ve faaliyetlerinin ne şekilde cereyan edeceğine (2) ilişkin olarak, yapılan değişikliklerdeki olumlu ve zayıf noktaları ortaya koymaya çalışacağız.

I. BİLİRKİŞİLİK FAALİYETİNİN ÇERÇEVESİNİ ÇİZMEK ve BİLİRKİŞİLERİ SEÇMEK

Yargılamada seçilen bilirkişilerin bilgi kapasitelerinin garanti edilmesi amacıyla, önemli değişiklikler getirilmiştir. Şüphesiz, herkes bu görüşe katılıp katılmamakta serbest olmakla birlikte, kanımızca hâkim, bilirkişilerini sadece *bilirkişiler listesine* kayıtlı olanlar arasından seçmek zorunda olsaydı, bahsedilen bu nitelik daha fazla garanti altına alınmış olurdu. Bilirkişi ortaklıkları da, bilirkişiler bakımından pekiştirilmiş bir eğitim zorunluluğuna karşı çıkmakla beraber, bu görüşü savunmuşlardır[7]. Ancak kanun koyucu, hiç şüphe yok ki teknisyenin[8] seçiminde hâkime geniş bir serbestî bırakmak kaygısıyla,

7 *Bkz. Ulusal Adlî Bilirkişi Ortaklıkları Federasyonu'nun* (Fédération Nationale des Compagnies d'Experts Judiciaires) *iyileştirme önerileri*: revue Experts, n° 60, sept. 2003, p. 5.

8 *Türk hukukundan farklı olarak, Fransız hukukunda çözümü özel ve teknik bir bilgi gerektiren hâllerde görüş ve bilgisine başvurulan kimse, "teknisyen" olarak adlandırılmaktadır. Nitekim bu tercih doğrultusunda, ilgili hükümler "Bir Teknisyen Tarafından İcra Edilen Tahkikat İncelemeleri"(Mesures d'instruction exécutée par un technicien) başlığı altında düzenlenmiştir (m. 232-284-1). Burada teknisyen tarafından icra edilen tahkikat incelemeleri, bilirkişiliğin de dâhil olduğu üç ayrı*

bilirkişilerin yalnızca listelere kayıtlı olanlar arasından seçilmesi usulünü benimsemeyi arzu etmemiştir.

Yapılan değişiklikler, bilirkişilerin seçimine ilişkin olduğu kadar, bilirkişi incelemesine başvurulan uzmanlık dalları hakkındaki listelerin hazırlanmasına dair düzenlemeleri de içermektedir.

A. *BİLİRKİŞİLİK YAPILACAK UZMANLIK DALLARININ LİSTESİ NASIL DÜZENLENECEKTİR?*

Mahkemelerce bilirkişi listelerinin düzenlenmesi usulü, ilk olarak uygulamada ortaya çıkmış olmakla birlikte, bugün artık yasal bir çerçeveye kavuşmuş durumdadır[9]. Bu listeleri oluşturan kategorilerin düzenlenmesi, uzunca bir süre yetkili organların takdir yetkisine bırakılmıştı. Nitekim istinaf mahkemelerince hazırlanan listelerde yer alan uzmanlık dalları irdelendiğinde, bu mahkemelerde görev yapan yargıçlar tarafından karşılaşılan ihtiyaçlara göre belirlenen, yeknesaklıktan uzak, karma (heterojen) bir yapının mevcut olduğu görülmekteydi.

23 Aralık 2004 tarihli Kararname (m. 1, f. 2) uzmanlık dalları konusundaki bu çeşitliliğe bir son vermiştir: "Listeler Adalet Bakanının kararıyla düzenlenen tabloya uygun olarak hazırlanır"[10]. Bu

inceleme yöntemini (vaka tespitleri, danışman görüşü ve bilirkişilik) kapsamaktadır. Bu usuller arasında bilirkişilik, vaka tespitleri ve danışman görüşünün alınmasının uyuşmazlık konusu vakıayı aydınlatma konusunda yetersiz kalacağı hâllere münhasır olarak öngörülmüştür. Öte yandan söz konusu usullerin tamamını da 'geniş anlamda' bilirkişi incelemesi olarak ifade etmekte herhangi bir sıkıntı bulunmamaktadır [ÇN.].

9 *29 Temmuz 1971 tarih ve 71-498 sayılı Bilirkişiler Hakkında Kanun, m. 2 (11 Şubat 2004 tarih ve 2004-130 sayılı Kanunla değişik).*

10 *Bkz. 23 Aralık 2004 tarih ve 2004-163 sayılı Yönetmeliğin birinci maddesinde öngörülen kataloga ilişkin 10 Haziran 2005 tarihli Karar,* JO, n° 149, 28 juin 2005, p. 10674; *23 Aralık 2004 tarih ve 2004-163 sayılı Yönetmeliğin birinci maddesinde öngörülen kataloga ilişkin 10 Haziran 2005 tarihli kararı değiştiren 22 Şubat 2006 tarihli Karar,* JO, n° 54, 4 mars 2006, p. 3297. *Söz konusu katalog yedi sayfadan*

Kararname neticesinde bilirkişilik faaliyeti ile ilgili olarak 2002 yılında Adalet Bakanlığı tarafından bilirkişi ortaklıklarıyla istişare edilmek suretiyle hazırlanan uzmanlık dalları tablosunun, istinaf mahkemelerinin (cour d'appel) her biri ve temyiz mahkemesi (Cour de cassation) tarafından kabul edilmesi mecburî kılınmış olmaktadır.

Tek bir uzmanlık dalları tablosunun kabul edilmesi tamamıyla yerinde bir tercih olmuştur. Zira söz konusu tablo, yargı çevreleri arasında bir yeknesaklık ve açıklık kazanımının ifadesidir. Belirtilen bu gerekçeler her ne kadar yapılan tercih konusunda tamamıyla ikna edici olsa da, tablonun oluşturulması için kabul edilen yol ve yöntemler bize tartışmalı gözükmektedir. Gerçekten de bir alanın tabloya kaydedilmiş olması, onun bir uzmanlık dalı olarak kabulüne onay verildiği anlamına gelecektir. Dolayısıyla bir uzmanlık dalının tabloda öngörülen diğer uzmanlık dalları arasında yer aldığı bu durumda, o uzmanlık dalında listeye kaydedilen bilirkişinin kendisi haydi haydi meşru görünecektir.

Bu itibarla tablonun hazırlanmasına takdir yetkisinin egemen olması üzüntü vericidir. Hatırlanacağı üzere, Birleşik Devletler hukukunda, bilimsel ve teknik bilgilerin sağlamlığı (akla uygunluğu) alenî bir biçimde tartışılmaktadır[11], bu açıdan Fransız hukukunda yapılan seçimler konusunda bir izahatta bulunulmaması kanımızca dikkate değer bir tezatlık göstermektedir. Elbette eski ve istikrar kazanmış uzmanlık dalları bakımından bu açıdan bir tartışma bulun-

ibaret olup, ziraî konulardan tercümanlığa, fikrî haklardan tıbbî konulara kadar çok sayıda disiplini ve bunların alt disiplinlerini içermektedir. Örneğin, sadece sanat ve koleksiyon konularında bilirkişiliğe ilişkin antika silahlardan vitraya kadar on sekiz alt başlık yer almaktadır [ÇN.].

11 *Örneğin bir Amerikan hâkimi, önüne gelen olayda parmak izi vasıtasıyla bir kişinin kimliği tespit edilirken, tarafların bunu tartışma imkânına sahip kılınmamış olmaları nedeniyle, yeterince sağlam bilimsel bilgilere dayanılmamış olduğuna kanaat getirmiştir*: United States of America v. Carlos Ivan Llera Plaza, Wilfredo Martinez Acosta, and Roger Rodriguez, 179 F. Sup. 2d 492, 2002 U.S. Dist. Cf. O. Leclerc, op. cit., n°483.

madığından, bir izahata da gerek yoktur. Öte yandan şu soruları da sormamız gerekir ki, bilimsel disiplinler bakımından, bunların sağlamlığının belirsiz yahut tartışmalı olduğu bir hâl hâlâ bulunmakta mıdır? Bu alanlar, uzmanlık dalları, hangi koşullar altında bahsedilen bilirkişi tablosuna kaydedilebilir veya buradan çıkartılabilir?

Şayet bilirkişilik konusunda bir yüksek kamu otoritesi tesis edilmiş olsaydı[12], böyle bir otorite, yargı faaliyeti dışındaki kamusal karakter taşıyan uzmanlık (bilirkişilik) faaliyetleri hariç olmak üzere, yargı örgütünün hizmetinde olan uzmanlık dallarının sağlamlığının tartışılması imkânını, Adalet Bakanlığı ve ilgili diğer uzman kuruluşlar ile irtibat hâlinde olarak, organize edebilirdi.

B. BİLİRKİŞİLER NASIL SEÇİLECEKTİR?

Yapılan reformlar sadece listelerde yer alacak uzmanlık dallarının çerçevesini çizmekten ibaret kalmamıştır. Reformlar aynı zamanda söz konusu listelere kaydolabilecek bilirkişilerin seçimini de düzenlemektedir. Burada en dikkate değer düzenleme, listelere yapılacak yeni kayıtların iki yıllık geçici bir süre için gerçekleştirileceğine ilişkin olanıdır. 1971 Kanunu ve 1974 Kararnamesi yalnızca bilirkişinin listeye kayıt sırasında taşıması gereken niteliği konu edinmekteyken, 11 Şubat 2004 tarihli Kanun bilirkişinin sahip olması gereken özelliklerin kazanımı ve sürekliliğini dinamik bir şekilde dikkate almaktadır. Bahsedilen geçici sürenin bitiminde, yeniden kayıt konusu ilgilinin kapasitesinin değerlendirilmesinden sonra karara bağlanacaktır. Karar olumlu olduğu takdirde, kayıt istinaf mahkemeleri nezdindeki listeler bakımından beş yıllık veya ulusal

12 *Bu anlamda bir Kanun önerisi Senato'ya sunulmuştur: Claude Saunier tarafından takdim edilen Kamu bilirkişiliğinin organizasyonu ve değerlendirilmesine ilişkin Kanun önerisi*, Sénat, n° 106, 2005. *Hâli hazırda bir raporda, bir bilirkişilik bürosunun oluşturulması önerilmiştir*: G. Viney et Ph. Kourilsky, Le principe de précaution, Rapport au Premier Ministre, La documentation française, Odile Jacob, 2000, spéc. pp. 65 et ss. *Söz konusu Kanun önerisi kadük olmuştur. Bkz. http://www.senat.fr/dossierleg/ppl05-106.html [ÇN.].*

listeler bakımından yedi yıllık bir süre için gerçekleştirilecektir. Listeye tekrardan kaydolunması, ilgilinin her seferinde yeni bir değerlendirmeye tâbi olmasına yol açacaktır.

Bilirkişinin kapasitesinin değerlendirilmesi, 11 Şubat 2004 tarihli Kanunla "mahkemelerin ve bilirkişilerin temsilcilerinden mütevellit bir komisyon"a tevdi edilmiştir[13]. 23 Aralık 2004 tarihli Kararname (madde 12) bahsedilen komisyonun yapısını açıklığa kavuşturmaktadır. Buna göre komisyonun on yedi üyesi arasında yer alacak olan beş bilirkişi, istinaf mahkemesinin birinci başkanı ve başsavcısı tarafından, bilirkişi ortaklıkları veya ortaklıklar birliği yahut gerektiğinde temsil edilen herhangi bir kuruluşun görüşünün alınması suretiyle tayin edilecektir.

Böylece bilirkişinin bilgi kapasitesi düzenli olarak değerlendirilmiş olacaktır. Bu takdir edilmesi gereken bir yeniliktir. Ne var ki bu değerlendirmenin ne şekilde gerçekleştirileceği, bunun biçimi, fazlasıyla belirsiz kalmıştır. 11 Şubat 2004 tarihli Kanun bilirkişinin "ilgilinin *tecrübesi* ve *yargılamaya egemen olan ilkeler ve bir teknisyene tevdi edilen tahkikat incelemelerine uygulanan usul kuralları* konularında sahip olduğu bilgi" bakımından değerlendirileceğini belirtmektedir (m. 47). 23 Aralık 2004 tarihli Kararname de "adayın sahip olduğu tecrübenin, hem uzmanlığı, hem bilirkişi işlevini fiiliyatta yerine getirmesi bakımından" dikkate alınacağını eklemektedir (m. 10).

Buna göre yapılacak olan değerlendirme bilirkişinin kendi alanındaki bilgisi kadar, mahkemenin hizmetine sunduğu görevi doğru bir şekilde gerçekleştirmek konusundaki kapasitesini de konu edinmektedir. Şayet değerlendirme sadece bilirkişinin yargılama müessesesine özgü gerekliliklere göstermiş olduğu saygıyı konu etmekten ibaret olsaydı (tayin edilen sürelere uyma, hukukî dinlenilme hakkını gözetmek gibi), bilirkişinin kendi uzmanlık dalındaki bilgisini gözetmek ve bununla yargılama faaliyetine ortak olan profesyonellerin niteliğini yadsınamaz bir biçimde garanti etmek hususunda kaçırılmış bir fırsat söz konusu olurdu. O hâlde bu komisyonlarda yer alacak olan bilirkişilere düşen görev, komisyonları salt yargı örgütünün maddî bir takım ihtiyaçlarına cevap veren basit birer kayıt odasına değil, listelere kayıtlı bilirkişilerin bilgilerinin sağlamlığına yardım eden bir araç hâline dönüştürmektir.

[13] *29 Haziran 1971 tarihli Kanunun değişik 2. maddesinin ikinci fıkrası.*

II. BİLİRKİŞİLİK USULÜNÜ DÜZENE KOYMAK

"Bilirkişinin bir hâkim yardımcısı olduğu konusunda ortak bir anlayış bulunmaktadır: Bilirkişi ne tarafların vekili, ne de onların memuru konumundadır; şu da ifade edilebilir ki, bilirkişi geçici olarak bir kamu hizmetini yerine getirmekle görevlidir"[14]. Bilirkişi gerçekten de davada özel bir yer işgal eder: Hâkim yardımcısıdır ve hâkime emanet edilmiş olan yargılama fonksiyonuna tecavüz etmesi yasaklanmıştır. Ne var ki yargısal içtihat, adlî kamu hizmetinin istisnaî bir çalışma arkadaşı olma niteliğini bilirkişiye vermemekte[15] ve hâkim yardımcılarına ilişkin Medenî Usul Kanununun 47. maddesinde[16] yer alan düzenlemeleri bunlar hakkında uygulamayı reddetmektedir[17]. Bilirkişi ortaklıkları tarafından bu niteliğin onlara tanın-

[14] H. **Motulsky**, "Notions générales" dans L'expertise dans les principaux sytèmes juridiques d'Europe, Travaux de recherce de l'Institut de droit comparé de Paris, t. XXXII, Éditions de l'épargne, 1969, p. 13.

[15] Cass., Civ. 1e 21 décembre 1987, **Guihaume**, D. 1988, jur., p. 578, note T. **Moussa**; Gaz. Pal., 1988, 1, p. 149, somm. M. **Sellon** et M. Caratini; RTD civ., 1988, p. 397, obs. R. **Perrot**; Cass., Civ. 1e, 14 février 1989, Bull. Civ. I, nº 81; Cass., Civ. 1e, 4 juin 1991, Bull. Civ. I, nº 183. *İdarî yargı konusunda karş.*: CE., 26 décembre 1971, Aragon, Rec., p. 172; AJDA, 1971, p. 1956, chron. D. Labetoulle et P. Cabanes.

[16] *Söz konusu madde yer itibariyle yetkiyi düzenleyen hükümler (FMUK m. 42 - 48) arasında yer almaktadır. Buna göre, bir hâkim veya mahkeme (hâkim) yardımcısı (auxiliaire de justice) görevlerini sürekli olarak icra ettikleri yargı çevresinde görülen bir davanın tarafı oldukları takdirde, davacı davanın bir başka yargı çevresinde görülmesini isteyebilir (bkz. FMUK m. 47, I) [ÇN.].*

[17] "(...) *bilirkişi, MUK m. 47 anlamında bir hâkim yardımcısı değildir*": Cass., Civ. 2e, 7 mai 1980, Bull. Civ. II, nº 98; Gaz. Pal., 1981, 1, p. 38, note J. Viatte.

ması önerilmiştir[18]. Bilirkişi ortaklıklarının buradaki kazancı kuşkusuz bilirkişiye ödenmemiş ücretlerin Devlet tarafından garanti edilmesi, hatta bilirkişilerin idare hukukuna özgü sorumluluk rejiminden yararlanmalarının sağlanmasıdır[19]. Ancak kanun koyucu söz konusu öneri doğrultusunda hareket etmemiştir. Bu tercih ister uygun olsun ister olmasın, davada bilirkişinin sahip olduğu bireysel konum, bilirkişi ile hâkim ve taraflar arasındaki ilişkiler bakımından olduğu gibi henüz yeterince açıklığa kavuşturulabilmiş değildir.

A. BİLİRKİŞİ ve HÂKİM ARASINDAKİ İLİŞKİLER

Bilirkişi ve hâkim arasındaki ilişki konusunda çok fazla değişiklik yapılmamıştır. 28 Aralık 2005 tarihli Kararnameyle Medenî Usul Kanununun 153. maddesine yeni bir fıkra eklenmiştir: "[bir tahkikat incelemesi yöntemine başvurulmasına ilişkin] kararda, davanın bir sonraki inceleme için ele alınacağı tarih belirtilir". Kararnameyle getirilen bir diğer yenilik, mahkeme kalemine, bilirkişiye görevini artık "basit mektup (*lettre simple*) vasıtasıyla" değil, "her türlü vasıtayla" bildirme imkânının verilmesidir (FMUK m. 267). Sonuç olarak, bilirkişi görevini, elektronik posta yoluyla da alabilecektir. Ancak bu, onun görevi yerine getireceği süreyi kısaltmamalıdır.

Yukarıda bahsedilen değişiklik, usulün serileştirilmesi düşüncesiyle kaleme alınmıştır. Bilirkişilik çok uzun zamandan beri, dava süresinin uzamasına yol açması nedeniyle eleştirilmektedir: "bilirkişi incelemelerinin yavaşlığı, adlî soruşturmaların sonuçlanmasındaki veya bilhassa finansal konularda davaların hükme bağlanmasında yaşanan gecikmelerin temel sebeplerinden biridir"[20]. Öte yandan

18 *Bkz. Ulusal Adlî Bilirkişi Ortaklıkları Federasyonu tarafından getirilen değişiklik önerileri*: revue Experts, n° 60, sept. 2003, p. 5.

19 D. Garreau, "L'expert et le service public de la justice", D. 1988, chron. XV, p. 97.

20 *"Cezaî konularda bilirkişilik faaliyetine ilişkin 8 Ağustos 1935 tarihli Kararname"* (Décret du 8 août 1935, concernant l'expertise en matière criminelle et correctionnelle), JO, 9 août 1935, p. 8705, rapport au Président de la République.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de, yargılamanın taraflarına makul bir sürede uyuşmazlık çözümünü (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, m. 6 § 1) sağlamayan devletleri, bilirkişiden kaynaklı bir gecikme söz konusu olduğunda mahkûm etmekte tereddüt etmemektedir. Mahkeme, bilirkişilik faaliyetinin uygun bir biçimde yerine getirilmesini gözetmenin yargısal otoritelere düştüğüne işaret etmektedir[21]. Bu itibarla *Magendie raporunun* bilirkişilik faaliyetine dikkat çekmesini yadırgamanın haklı bir nedeni bulunmamaktadır[22].

Ancak Kararnamenin hâkim ve bilirkişi arasındaki ilişkilerin düzenlenmesi konusunda daha ileriye gitmemiş olması üzücü bir husustur. Yargılamanın seriliği (célérité) usulün geliştirmek zorunda olduğu yegâne fazilet değildir; uyuşmazlıkların çözümlenmesine zaman ayrılması da kimi zaman bir meziyettir[23]. Öte yandan diyalog (concertation) da bu ikisi kadar dikkate alınmaya değer bir kavramdır. Nitekim bu konuda ilham kaynağı olan çeşitli ilgi çekici ve işe yarar öneriler dile getirilmiştir.

21 *Örneğin, AİHM, 2 Şubat 1993, Billi/İtalya, seri A, 257-G; AİHM, 10 Temmuz 2001, Versini/Fransa, başvuru no: 40096/98; AİHM, 4 Nisan 2002, Volkwein/Almanya, başvuru no: 45181/99; AİHM, 18 Haziran 2002, Delbec/Fransa, başvuru no: 43125/98; AİHM, 27 Temmuz 2002, D.M./Fransa, başvuru no: 41376/98...*

22 Célérité et qualité de la justice. La gestion du temps dans le procès, Rapport au Gadre des Sceaux, Ministre de la Justice, juin 2004. *Paris Asliye Hukuk Mahkemesi Başkanı J.-C. Magendie tarafından yargılamanın seriliği ve kalitesi konusunda Adalet Bakanlığı'na sunulmak üzere hazırlanan raporda, diğer usulî meselelerin yanı sıra bilirkişilik üzerinde de özel olarak durulmuş, bilirkişilik konusunda yaşanan problemler tespit edilerek somut bazı çözümler getirilmeye çalışılmıştır. Bu konuda bkz. özellikle s. 101 vd. [ÇN].*

23 H. **Solus**, "Les réformes de procédure civile. Étapes franchies et vues d'avenir" in Le droit privé au milieu du XX^e siècle. Études offerts à Georges Ripert, Paris, LGDJ, 1950, p. 193.

Bunlardan biri usul sözleşmesidir (*contrat de procédure*). Bazı mahkemelerde[24] tecrübe edilmiş bir usulün serileştirilmesi yolu[25] olarak, hâkim, taraflar ve yine davada rol oynayan -avukatlar, bilirkişiler...- bakımından bunların işbirliğinin yöntemleri üzerinde uzlaşılması söz konusudur. Hâkim, bilirkişi ve taraflar bilirkişinin tayininde, ona emanet edilecek görev, görevini tamamlaması gereken süre, tarafların bilirkişinin faaliyetine eşlik etmelerinin yolu ve yine tarafların bilirkişiye iletmek durumunda oldukları belgeler konularında anlaşırlar. Böylece bilirkişi incelemesinin aşamaları ve takvimi, önceden ve diyalog yoluyla belirlenir. Bu şekilde yetersiz bilirkişi incelemeleri, bilirkişinin reddi veya değiştirilmesi talepleri, gerekli belgelerin iletilmemesi gibi pek çok olumsuz durum, mümkün olduğu kadar önlenebilmektedir[26].

28 Aralık 2005 tarihli kararnamede, tahkikat hâkimi bakımından bu yola girişilmiştir (FMUK m. 764). Bu imkân bilirkişi incelemesinin kapsamının genişletilmesi bakımından kullanılabilirdi. Şu da gerçektir ki, FMUK m. 266 hâli hazırda bilirkişi incelemesini yürüten veya bilirkişinin faaliyetini denetlemekle yükümlü hâkimin, taraflar ile "görevi ve şayet gerekliyse bilirkişi incelemesine ilişkin takvimi

24 J.-C. Magendie, "Le nouveau contrat de procédure civile: objectifs, exigences, enjeux de la réforme parisienne", Gaz. Pal., nº 94-95, 2001, p. 2.

25 J. Normand, "Les facteurs d'accélération de la procédure civile", in Le juge entre deux millénaires. Mélanges offerts à Pierre Drai, 2000, p. 427.

26 *Burada söz konusu olan usul sözleşmesi (contrat veya convention de procédure), alışılagelenden farklı bir içeriğe sahiptir. Şüphesiz Fransız hukukunda da Türk usul hukukunda olduğu gibi, bilinen anlamıyla özellikle yetki veya ispat konusundaki sözleşmeler kanun ve içtihatların izin verdiği ölçüde caizdir. Ancak tüm bu klasik usulî sözleşmelerde sözleşmenin yanları davanın tarafları olup, sözleşme belli bir hukukî meselenin çözümü esnasında uygulanacak usulî kuralları hedef tutmaktadır. Oysa burada bahsedilen anlaşma, mahkeme, baro ve bilirkişi ortaklıklarının temsilcileri arasında bilirkişi incelemesi sırasında gözetilecek hususları konu edinmektedir. Örneğin, bu konuda en son Paris İstinaf Mahkemesi ile çeşitli baro birlikleri ve Paris İstinaf Mahkemesi nezdindeki Bilirkişi Ortakları Birliği arasında yapılan 8 Haziran 2009 tarihli bir anlaşma bulunmaktadır [ÇN.].*

belirlemek" amacıyla bir toplantı düzenlemesine izin vermektedir. Zikredilen maddenin ikinci fıkrası, "bilirkişi incelemesi için gerekli olan belgelerin bilirkişiye toplantı sırasında verilmesini" öngörmektedir. Ancak hâkime sunulan bu imkân çok kullanışlı görünmemektedir. Bu imkânın kapsamını genişletmek ve hâkimleri bu yola daha sistematik bir şekilde başvurmaya yönlendirmek, bu gerçekleşmiyorsa zorunlu kılmak, amaçlananı daha anlaşılır kılardı[27]. Bu sayede bilirkişilik faaliyetleri de, sahip olduğu otorite vasıtasıyla teknisyenin katılımını destekleyecek bir hâkimin himayesinde düzene koyulmuş olurdu. Bu olduğu takdirde bilirkişi bir hâkim yardımcısı olarak görülecektir, yeter ki hâkim bu uzmanın ardında kalmasın.

B. BİLİRKİŞİ ve TARAFLAR ARASINDAKİ İLİŞKİLER

Bilirkişi ve davanın tarafları arasındaki ilişki konusunda 28 Aralık 2005 tarihli Kararnamenin, bilirkişi incelemesinde seriliğin sağlanmasına yardımcı olacak iki yenilik getirdiği görülmektedir. FMUK m. 276'nın ikinci fıkrasının yeni hâli bilirkişiye, taraflara "gözlem veya iddialarını dile getirmeleri" için bir süre tayin etme hakkını vermektedir. Söz konusu madde bilirkişinin "süre geçtikten sonra yapılan *gözlem ve iddiaları*, ciddî ve haklı bir neden olmadığı müddetçe dikkate almak zorunda olmayıp, durumu hâkime rapor" edeceğini belirtmektedir. Öte yandan bilirkişi, incelemesi sırasında tarafların görüşlerini dikkate almak zorundadır (FMUK m. 276, I), fakat bundan sonra tarafların davayı uzatıcı nitelikteki beyanlarını kabul etmekten kaçınabilir; gözlemlerde geç bulunulmasına engel olabilir.

Fransız Medenî Usul Kanununun 276. maddesinin, zikredilen Kararnameyle değişik üçüncü fıkrası aynı şekilde, gözlem ve iddia-

27 *Kurul üyesi P. Matet tarafından sunulan bilirkişilik hakkındaki çalışma grubu raporu, bilirkişilik konusundaki sözleşmeselleştirme (contractualisation) imkânlarının geliştirilmesi yönündedir* (séminaire "Risques, assurances, responsabilités": le traitement juridique et judiciaire de l'incertitude, Cour de casssation, 2004 – 2005).

ların yazılı olması durumunda, bilirkişiye iletilen bu belgelerin "sonuç kısmında, aktarılan iddia ve gözlemlerin içeriğine ilişkin bir özetin yer alması gerek(tiği), aksi takdirde, taraflar(ın) bu iddia ve tespitlerin rapor kapsamına dâhil edilmesinden vazgeçmiş" sayılacaklarını düzenlemektedir. Burada bir kez daha serilik ve etkililik amacı egemen olmaktadır: Bilirkişinin kendisi, birbirinin ardından gelen gözlemleri kontrol etmek zorunda değildir; bu gözlemlerin son hâline dayanması onun için yeterli olacaktır.

Şüphesiz bu tedbirler medeni usulün seriliğine katkıda bulunabilecektir. Ancak yine de, bu düzenlemelerin tarafların zihninde hâkim ve bilirkişiye ait fonksiyonlara ilişkin olarak bir karmaşa yaratma riski taşıyıp taşımadığı sorusu gündeme gelebilir. Gerçekten de bahsedilen düzenlemeler Medenî Usul Kanununun hâkimler hakkında ön görmüş olduğu hükümler ile açık bir paralellik arz etmektedir. Hâkim uzun süreden beri davanın yönetiminde iktidar sahibidir: "yargılamanın düzgün bir şekilde cereyan etmesini gözetir; süreleri belirleme ve gerekli tedbirleri alma yetkisine sahiptir" (FMUK m. 3). Aynı şekilde, 28 Aralık 1998 ve 98-1231 sayılı Kararnameyle yapılan değişiklikle taraflara iddialarını özet şekilde sunma zorunluluğu getirilmiştir (FMUK m. 753). Öte yandan temyiz mahkemesi de ilgili maddeye uygun olarak "taraflar(ın), son dilekçelerinde, önceki iddialarında evvelce ileri sürdükleri veya sundukları iddia ve gerekçeleri yeniden ele almak zorunda (olduklarına), bunun yokluğu hâlinde, tarafların bu hususta vazgeçmiş olduğu varsayılarak mahkemenin yalnızca son dilekçede yer alan hususlar doğrultusunda hükmünü (vereceği)" yönünde karar vermiştir[28]. Aynı şekilde, "tahkikatın sona erdiği bildirildikten sonra, re'sen dikkate alınacak bir geçersizlik yaptırımı altında, dava dosyasına ne herhangi bir dilekçe, ne de bir belge ibraz edilebilir" (FMUK m. 783).

[28] Cass., Civ. 2e, 16 févr. 2005: Juris-Data n° 2005-026978; Cass., Civ. 2e, 6 oct. 2005, D. 2005, IR, p. 2625; D. 2006, pan., p. 550, obs. N. Fricero et P. Julien.

Böylece 28 Aralık 2005 Kararnamesiyle bilirkişiye verilmiş olan imtiyazlar, aslında hâkime verilmiş olanlardan kopya edilmiş, bununla bilirkişinin yargılamada oynadığı temel işlev güçlendirilmiştir. Bilirkişinin usulî yetkileri, burada hâkime ait olanların biçimine bürünmektedir. Bu durumda taraflar, bilirkişide bir "vakıalar davası (*procés des faits*)" hâkimini görebileceklerdir[29]. Bilirkişinin sahip olduğu yetkilerde yapılan bu güçlendirme bilirkişilik faaliyeti bakımından hukukî dinlenilme hakkına (*principe de la contradiction*) riayet zorunluluğunu bir kez daha ısrarlı bir şekilde ortaya koymaktadır.

Burada hâkime düşen görev, bu zorunluluğa uygun hareket etmek ve bilirkişinin de buna uygun davranmasını sağlamaktır[30]. Bunun yanı sıra Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de, bilirkişiye yöneltilen soruların vakıaların hâkim tarafından değerlendirilmesine "*üstün gelecek biçimde etkilemeye elverişli olması*" durumunda bunu bir zorunluluk olarak görmektedir. Mahkemeye göre tarafların "görüşlerinin hakiki bir şekilde dinlenilmiş" olması ancak raporun mahkemeye sunulmasından önce tarafların gözlemlerinin dikkate alınmış olması durumunda kabul edilebilir. Uygun olan, tarafların bilirkişi raporunu sadece tamamlandıktan sonra tartışmaları değil, fakat bilirkişinin gerçekleştirdiği faaliyete eşlik etmeleridir. O hâlde dileğimiz, bunun sağlanmadığı hâllerin ortadan kalkmasıdır. Bu durum, dava nedeniyle taraf bilirkişisine başvurulmasında da aynı şekildedir[31]. Bu durum özellikle, üzerinde ayrıca durulması gereken, ceza

[29] *Bkz.* F.-X. Testu, "Présentation générale", dans M.-A. Frison-Roche et D. Mazeaud (dir.), L'expertise, Dalloz, 1995, p. 5.

[30] P. Julien, "Principe de la contradiction et expertise en droit privé", dans La procédure dans tous ses états. Mélanges Jean Buffet, éd. Petites Affiches, 2004, p. 293.

[31] Cass., Civ. 1e, 24 septembre 2002, *Procédures*, n° 200, 2002, note R. Perrot ; Cass., Civ. 1e, 11 mars 2003, *D.* 2005, jur., p. 46, note G. Cavalier ; Cass., Civ. 3, 23 mars 2005, *Procédures*, 2005, n° 177, obs. R. Perrot.

yargılamasındaki bilirkişiliği de kapsamaktadır[32]. Bu yine 28 Aralık 2005 Kararnamesiyle getirilen yeni bir düzenleme olan ve bilirkişiye yürüttüğü faaliyet sırasında üçüncü bir kişiden yardım alma imkânı veren FMUK m. 278-1[33] hükmü bakımından da her halükârda böyledir: Tarafların bilirkişi tarafından tayin edilecek olan bu kimsenin gerçekleştireceği faaliyete de eşlik etmelerinin, katılmalarının sağlanması gerekecektir.

32 *Bu anlamda bkz. Vallini ve Houillon raporu,* Ass. Nat., nº 3125, 2006, *özellikle* p. 334 *vd.*

33 *FMUK m. 278-1 : "Bilirkişiye görevini yerine getirmesi sırasında kendi tayin edeceği ve kendi denetim ve sorumluluğunda olacak bir kimsenin yardım etmesi mümkündür" [ÇN.].*

HÖZEL HUKUKA İLİŞKİN UYUŞMAZLIKLARDA RESMÎ BİR BİLİRKİŞİ KURUMU OLARAK ADLİ TIP KURUMU

*Arş. Gör. Deniz MERAKLI**

İnceleme Planı: *GİRİŞ, **I.** Bilirkişi Kavramı, **II.** Bilirkişiye Başvurulması ve Bilirkişi Seçimi, **III.** Resmî Bilirkişi Olarak Adli Tıp Kurumu ve Benzerlerinden Farkı, **A.** Resmî Bilirkişilik, **1.** Genel Olarak, **2.** Adli Tıp Kurumu, **a.** Genel Olarak, **b.** Adli Tıp Kurumu'nun Yapısı, **aa.** Genel Olarak, **bb.** Adli Tıp İhtisas Daireleri, **cc.** Adli Tıp İhtisas Kurulları, **dd.** Adli Tıp Genel Kurulu, **c.** Adli Tıp Kurumu'nun Kararları, **3.** Adli Tıp Kurumu ve Diğer Resmî Bilirkişilerin Farkı **a.** Adli Tıp Kurumu ile Yükseköğretim Kurumları ve Sağlık Bakanlığı Hastaneleri'nin Bilirkişilik Görevlerinin Farkı, **b.** Adli Tıp Kurumu ile Yüksek Sağlık Şûrası'nın Resmî Bilirkişilik Görevlerinin Farkı, **c.** Adli Tıp Kurumu ile Ocak Hekimlerinin Resmî Bilirkişilik Görevlerinin Farkı, **d.** Adli Tıp Kurumu ile Sosyal Sigorta Yüksek Sağlık Kurulu'nun Resmî Bilirkişilik Görevlerinin Farkı, **e.** İmza İncelemesi Konusunda Adli Tıp Kurumu ve Diğer Resmî Bilirkişilerin Farkı, **B.** Resmî Olmayan Bilirkişiden Farkı, **C.** Uzman Görüşünden Farkı, **D.** Hakem-Bilirkişiden Farkı, **IV.** Adli Tıp Kurumu Tarafından Hazırlanan Raporlar, **A.** Kapsamı ve Sınırları, **B.** Adli Tıp Kurumu Denetimi, **V.** Adli Tıp Kurumu Raporunun Delil Olarak Değeri, SONUÇ, KAYNAKÇA.*

H Hakem incelemesinden geçmiştir.

* Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı.

Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 11, Özel S.: 2009, s. 325-376 (Basım Yılı: 2010)