



HAL
open science

Bilirkişiliğe İlişkin Reformlar. Sınırlı Gelişmeler ve Kaçırılan Fırsatlar

Olivier Leclerc

► **To cite this version:**

Olivier Leclerc. Bilirkişiliğe İlişkin Reformlar. Sınırlı Gelişmeler ve Kaçırılan Fırsatlar. Prof.Dr. Bilge UMAR'a Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Dergisi, p. 309-324, 2010, ISSN : 1303-6963. halshs-00933196

HAL Id: halshs-00933196

<https://shs.hal.science/halshs-00933196v1>

Submitted on 1 Oct 2015

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

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 faaliyetleri, 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 Medeni Usûl ve İcra-İflas Hukuku ABD.

Çevirenin notu: Çok değerli Hocamız Sayın Prof. Dr. Bilge Umar için hazırlanan bu arnağınca, TÜBİTAK Yurt Dışı Araştırma Bursu vesilesiyle doktora tez çalışmamın bir kısmını hatırlarızda 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 nazikane çevirisini sunmada katkıda bulunmak istedim. Fransız hukuku, bilirkişiliği ele alma biçimi nedeniyle Türk hukuku bakımından ilginç bir örnek teşkil etmektedir (Bu konuda ayrıca bkz. Habîk Konuralp, *Fransız Hukukunda Bilirkişilik, Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukuları Toplantısı III, Ekişehir 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 komisusunda kimi farkları ve önemli yaklaşımlara rastlanmak mümkündür. Çeviriyi yaparken bazı dipnotlarda belli konulara ilişkin kısa bir taban açıklamalarda bulunmaya; yine eserlere verilen referanslar dışında kalan yasal metinleri ve çeşitli çalışmaya raporlarını da Türkiye'ye 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 görülmüş bir ayrım bulunmaktadır. Türkçede mahkeme nezdinde, HUMK'un bilirkişiliğe ilişkin hükümleri doğrultusunda tayin edilen ve görevini icra eden uzmanlar için "bilirkişi", teriminin kullanılmasına karşılık, Fransızca'da böyle bir terim bulunmamakta, onun yerine bir mahkeme veya yine yargısal bir süreçte taraflarca tayin edilen bilirkişilerden bahsederken "expert judiciaire", yani "adli" yahut "yargısal uzman" tabiri kullanılmaktadır [ÇN].

manıştır. Bilirkişiliğe ilişkin olarak üç yeni metinle değişiklik yapılmıştır: "Meslekler" Kanunu olarak ifade edilen 11 Şubat 2004 tarihli bir Kanun², 23 Aralık 2004 tarihli bir Kararname³ ve nihayet, daha yakın, 28 Aralık 2005 tarihli bir diğer Kararname⁴. 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 adli ve yargısal mesleklerin, bilirkişilerin, suai mülkiyet dâvışmalarının ve açak artma yoluyla satın uzmanlarının statülerinde reformu yapın, 11 Şubat 2004 tarih ve 2004-130 sayılı Kanun" (Loi n° 2004-150 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. 109; 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 décembre 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. Cadet, "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 itibarıyla iki düşünmeden ilham alınması söz konusudur: Mahkemelerin hizmetindeki bilirkişilik faaliyetinin kalitesini artırmak ve dava sürecini hızlandırmak.

Medenî usul hukuku, aralıksız bir reform hareketine odaklanmış durumdadır⁵. Bununla beraber yakın tarihli olan bu değişiklikler, artık gelinen noktada durmaya değer düzeydedir. Bilirkişilik faaliyetinin niteliğindeki dönüşüme gösterdiğimiz ilgi⁶ 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 kurumunu, geçtiğimiz son on beş yıl boyunca, Avrupa'nın birçok ülkesinde ve Amerika Birleşik Devletleri'nde yapılan esaslı değişikliklerden etkilennmiştir. 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 ayırım ötesinde, aynı sorun ve güçlüklerle yüzleştiğini göstermektedir: Yargulamada bilirkişilik faaliyetinin kalitesi nasıl sağlanacaktır? Bilirkişilerin bilgi kapasitesi nasıl garanti edilecektir? Bilirkişi ve hâkim, uyumsuzlukların 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 bilinçoyu ortaya koymaktadır. Şüphesiz söz konusu değişiklikler, içlerinden bazıları önemli olan çeşitli işlah 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 edilmiş olan hususlar da, aşırıda 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

Yargulamada seçilen bilirkişilerin bilgi kapasitelerinin garanti edilmesi amacıyla, önemli değişiklikler getirilmiştir. Şüphesiz, herkes bu görüşe katılıp katılmamakta serbest olmakla birlikte, karımızca 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 pekştirilmiş bir eğitim zorunluluğuna karşı çıkmakla beraber, bu görüşü savunmuşlardır⁷. Ancak kanun koyucu, hiç şüphe yok ki tekniyenir⁸ seçiminde hâkime geniş bir serbesti bırakmak kaygısıyla,

7 Bkz. Ulusal Adli 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 çözümlü özel ve teknik bir bilgi gerektiren hâllerde görüş ve bilgisine başvuru olan kişi, "teknisyen" olarak adlandırılmaktadır. Nitekim bu terim doğrultusunda, ilgili hükümler "Bir Teknisyen Tarafından İcrâ Edilen Tahkikat İncelemeleri" (Mesures d'Instruction exécutée par un technicien) başlığı altında düzenlenmiştir (m. 232-284-1). Burada teknisyen tarafından icrâ 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 başvuru uzmanlık dalları hakkındaki listelerin hazırlanmasına dair düzenlemeleri de içermektedir.

A. BİLİRKİŞİLİK YAPILACAK UZMANLIK DALLARININ LİSTESİ NASIL DÜZENLENECEKTİR?

Mahkemelerde bilirkişi listelerinin düzenlenmesi usulü, ilk olarak uygulamada ortaya çıkmış olmakla birlikte, bugün artık yasal bir çerçeveye kavuşmuş durumdadır. 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, dâmsman görüşü ve bilirkişilik) kapsamaktadır. Bu usuller arasında bilirkişilik, vaka tespitleri ve dâmsman görüşünün alınmasının ayrılmazlık konusu vakanın aydınlatma konusunda yetersiz kalacağı hâllere münhasır olarak öngörülmüştür. Öte yandan söz konusu usullerin tamamının 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 karar değişikten 22 Şubat 2006 tarihli Karar, JO, n° 54, 4 mars 2006, p. 3297. Söz konusu katalog yetki 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 gözükmemektedir. Gerçekten de bir alanın tabloya kaydedilmiş olması, onun bir uzmanlık dalı olarak kabulüne onay verildiği anlamına gelecektir. Dolayısıyla bir uzmanlık dalının tablodan 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 sağlanlığı (akla uygunluğu) ahenî bir biçimde tartışılmaktadır¹¹, 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-

¹¹ ibaret olup, ziraî konulardan tercihanlığa, fikrî haklardan tıbbî konulara kadar çok sayıda alışımlı ve bunların alt disiplinlerini içermektedir. Örneğin, sadece sanat ve koleksiyon konularında bilirkişiliğe ilişkin antika silahlardan vitraya kadar on sekiz alt başlık yer almaktadır [ÇN].

¹² 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 dayanılmaması olduğu 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 sağlanlığının belirsiz yahut tartışmalı olduğu bir hâl hâla 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 olsaydı¹², böyle bir otorite, yargı faaliyeti dışındaki kamusal karakter taşıyan uzmanlık (bilirkişilik) faaliyetleri hariç olmak üzere, yargı örgütünün hizmetinde olan uzmanlık dallarının sağlanlığının 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 olmaktadır. 1971 Kanunu ve 1974 Kararnamesi yalnızca bilirkişinin listeye kayıt sırasında taşınması gereken niteliği koruy edilmektedir, 11 Şubat 2004 tarihli Kanun bilirkişinin sahip olması gereken özelliklerin kazanımı ve sürekliliğini dânamük 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 taktim edilen Kamu bilirkişiliğinin organizasyonu ve değerlendirilmesine ilişkin Kanun önerisi, Sénat, n° 106, 2005. Hâli hazırda bir raporda, bir bilirkişilik bürosunun oluşturulması önerilmiştir: C. 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/pp105-106.html> [ÇN].

listeler bakımından yedi yıllık bir süre için gerçekleştirilecektir. Listeye tekrardan kaydolunması, ilgilinin her seferinde yeni bir değerlendirilmeye 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 kavuşturmak-tadır. Buna göre komisyonun on yedi üyesi arasında yer alacak olan beş bilirkişi, istinaf mahkemesinin birinci başkanı ve başsavcısı taraflardan, bilirkişi ortaklıkları veya ortaklıklar birliği yahut gerek-tiginde temsil edilen herhangi bir kuruluşun görüşünün alınması suretiyle tayin edilecektir.

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

Buna göre yapılacak olan değerlendirme bilirkişinin kendi ala-rındaki bilgisi kadar, mahkemenin hizmetine sunduğu görevi doğru bir şekilde gerçekleştirmek konusundaki kapasitesini de konu edin-mektedir. Şayet değerlendirme sadece bilirkişinin yargulama mütesse-sesine özgü gerekliliklere göstermiş olduğu saygıyı konu etmekten ibaret olsaydı (tayin edilen sürelerle uyma, hukukî dinlenilme hakkını gözetmek gibi), bilirkişinin kendi uzmanlık dalındaki bilgisini gözet-mek ve bununla yargulama faaliyetine ortak olan profesyonellerin niteliğini yadsınmaz bir biçimde garanti etmek hususunda kaçırıl-

¹³ 29 Haziran 1971 tarihli Kanunun değişik 2. maddesinin üçüncü fıkrası.

nuş bir fırsat söz konusu olurdu. O hâlde bu komisyonlarda yer alacak olan bilirkişilere düşen görev, komisyonları salt yargı örgütü-nün maddî bir takım ihtiyaçlarına cevap veren basit birer kayıt odasına değil, listelere kayıtlı bilirkişilerin bilgilerinin sağlanmasına yardım eden bir araç hâline dönüştürmektir.

II. BİLİRKİŞİLİK USULÜNÜ DÜZENLE KÖYMAK

"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 yargulama fonksiyonuna tecavüz etmesi yasaklanmıştır. Ne var ki yargısal içtihat, adli kamu hizmetinin istisnaf bir çalışma arkadaşına olma niteliğini bilirkişiye vermemekte¹⁵ ve hâkim yardımcılara ilişkin Medeni Usul Kanununun 47. maddesinde¹⁶ yer alan düzenlemeleri bunlar hakkında uygulamayı reddet-mektedir¹⁷. Bilirkişi ortaklıkları tarafından bu niteliğin onlara tanı-

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

¹⁵ Cass., Civ. 1^o 21 décembre 1987, Guilhaume, 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. 1^o, 14 février 1989, Bull. Civ. 1, n^o 81; Cass., Civ. 1^o, 4 juin 1991, Bull. Civ. 1, n^o 183. İdarî yargı konusunda karşı: CE., 26 décembre 1971, Aragon, Rec., p. 172; AJDA, 1971, p. 1956, chron. D. Labetoulle et P. Cabanes.

¹⁶ Söz konusu maddede yer itibarıyla yetkiyi düzenleyen hükümler (FMLİK m. 42 - 48) arasında yer almaktadır. Buna göre, bir hâkim veya mahkeme (hâkim) yardımcısı (auxiliaire de justice) görevlerini sürükli olarak icra ettikleri yargı çerçevesinde görülen bir davanın tarafları oldukları takdirde, davacı davanın bir başka yargı çerçevesinde görülmesini isteyebilir (bkz. FMLİK m. 47, f) [ÇN].

¹⁷ "(...) bilirkişi, MLİK m. 47 anlamında bir hâkim yardımcısı değildir": Cass., Civ. 2^o, 7 mai 1980, Bull. Civ. II, n^o 98; Gaz. Pal., 1981, 1, p. 38, note J. Viatte.

ması önerilmiştir¹⁸. Birlikçi ortaklıklarının buradaki kazancı kuşkusuz birlikçiye ödenmemiş ücretlerin Devlet tarafından garanti edilmesi, hatta birlikçilerin idare hukukuna özgü sorumluluk rejiminden yararlanmalarını sağlamasıdır¹⁹. Ancak kanun koyucu söz konusu öneri doğrultusunda hareket etmemiştir. Bu tercih ister uygun olsun ister olmasın, davada birlikçinin sahip olduğu bireysel konum, birlikçi ile hâkim ve taraflar arasındaki ilişkiler bakımından olduğu gibi hemüz yeterince açıklığa kavuşturulabilmiş değildir.

A. BİLİRKİŞİ VE HÂKİM ARASINDAKİ İLİŞKİLER

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

Yukarıda bahsedilen değişiklik, usulün serileştirilmesi düşüncesiyle kaleme alınmıştır. Birlikçilik çok uzun zamandan beri, dava süresinin uzamasına yol açması nedeniyle eleştirilmektedir: “birlikçi incelemelerinin yavaşlığı, adli soruşturmalarda sonuçlanmasındaki veya bilhassa finansal konularda davalarda hükme bağlanmasında yaşanan gecikmelerin temel sebeplerinden biridir”²⁰. Öte yandan

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

¹⁹ D. Carreau, “L’expert et le service public de la justice”, D. 1988, chron. XV, p. 97.

²⁰ “Cezai konularında birlikçilik faaliyetine ilişkin 8 Ağustos 1935 tarihli Kararname” (Décret du 8 août 1935, concernant l’expertise en matière criminelle et

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de, yargılamanın taraflarına makul bir sürede uyumsuzluk çözümünü (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, m. 6 § 1) sağlamayan devletleri, birlikçiden kaynaklı bir gecikme söz konusu olduğunda mahkûm etmekte tereddüt etmemektedir. Mahkeme, birlikçilik faaliyetinin uygun bir biçimde yerine getirilmesini gözetmenin yargısal otoritelere düştüğüne işaret etmektedir²¹. Bu itibarla *Magenie raporunun* birlikçilik faaliyetine dikkat çekmesini yargılamanın haklı bir nedeni bulunmamaktadır²².

Ancak Kararnamein hâkim ve birlikçi arasındaki ilişkilerin düzenlenmesi konusunda daha ileriye gitmemiş olması üzücü bir husustur. Yargılamanın seriliği (célérité) usulün geliştirmek zorunda olduğu yegâne fazilet değildir; uyumsuzlukların çözümlenmesine zaman ayrılması da kimi zaman bir meziyettir²³. 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.

correctionnelle), JO, 9 août 1935, p. 8705, rapport au Président de la République.

²¹ Örneğin, AİHM, 2 Şubat 1993, *Billi/Italya*, 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 Cadre des Seceaux, Ministre de la Justice, juin 2004. Paris *Aşfyje Hukuk Mahkemesi Başkanı J.-C. Magendie tarafından yargılamanın seriliği ve kalitesi konusunda Adalet Bakanlığı'na sunulmuş üzere hazırlanan raporda, diğer usulî meselelerin yanı sıra birlikçilik üzerinde de özel olarak durulmuş, birlikçilik 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 mahkemelerde²⁴ tecrübe edilmiş bir usulün serileştirilmesi yoluyla 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 konusunda anlaşılır. 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 önlenilebilmektedir²⁵.

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

²⁴ J.-C. Magendie, "Le nouveau contrat de procédure civile: objectifs, exigences, enjeux de la réforme parisienne", *Gaz. Pal.*, n° 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 Drat*, 2000, p. 427.

²⁶ Burada söz konusu olan usul sözleşmesi (*contrat veya convention de procédure*), alışlaganlardan 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 usul sözleşmelerde sözleşmenin yanları dâvânın tarafları olup, sözleşme belli bir hukukî meselenin çözümünü esasnasında uygulanacak usulî kuralları hedef tutmaktadır. Oysa burada bahsedilen anlaşma, mahkeme, baro ve bilirkişi ortaklıklarının temsilcileri arasında bilirkişi incelemesi sırasında gözetilecek hususları konu edilmektedir. Örneğin, bu konuda en son Paris İstinaf Mahkemesi ile geçilli baro biriktikleri ve Paris İstinaf Mahkemesi nezdindeki Bilirkişi Ortaklıkları 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 gerçekleştirilmeyorsa zorunlu kılmak, amaçlarını daha anlaşılır kılar²⁷. 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 zamanın ardında kalmayın.

B. BİLİRKİŞİ VE TARAFLAR ARASINDAKİ İLİŞKİLER

Bilirkişi ve davanın tarafları arasındaki ilişki konusunda 28 Aralık 2005 tarihli Kararname'nin, 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, ciddi ve haklı bir neden olmadıysa 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 Medeni Usul Kanununun 276. maddesinin, zikredilen Kararnameyle değişik üçüncü fıkrası ayrı şekilde, gözlem ve iddia-

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

ların yazılı olması durumunda, bilirkişiye iletilen bu belgelerin "sonuç kısmında, aktarılan iddia ve gözlemlerin içeriğine ilişkin bir özeti yer alması gerek(tigi), 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 bulunabileceklerdir. 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 Medeni 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 husustan vazgeçmiş olduğu varsayılarak mahkemenin yalnızca son dilekçede yer alan hususlar doğrultusunda hükümünü (vereceği)" yönünde karar vermiştir²⁸. Aynı şekilde, "tahkikatın sona erdiği bildirildikten sonra, re'sen dikkate alınacak bir geçersizlik yaptırımını altında, dava dosyasına ne herhangi bir dilekçe, ne de bir belge ibraz edilebilir" (FMUK m. 783).

²⁸ Cass., Civ. 2^e, 16 févr. 2005; Juris-Data n° 2005-026978; Cass., Civ. 2^e, 6 oct. 2005, D. 2005, IR, p. 2625; D. 2006, par., 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 "vakalar davası (*procès des faits*)" hâkimini görebileceklerdir²⁹. Bilirkişinin sahip olduğu yetkilerde yapılan bu güçlendirme bilirkişilik faaliyeti bakımından hukukî dimlenilme 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 sağlamaktır³⁰. Bunun yanı sıra Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de, bilirkişiye yöneltilen soruların vakaların hâkim tarafından değerlendirilmesine "üstün gelecek biçimde etkilenebileceği" durumunda bunu bir zorunluluk olarak görmektedir. Mahkemeye göre tarafların "görüştürmelerinin 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 nederiyle taraf bilirkişisine başvurulmasında da aynı şekildedir³¹. 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. 1^e, 24 septembre 2002, *Procédures*, n° 200, 2002, note R. Perrot; Cass., Civ. 1^e, 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 kapsamaktadır³². 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. 278-1³³ hükmü bakımından da her halükârda böyledir: Tarafların bilirkişi tarafından tayin edilecek olan bu kim-senin gerçekleştireceği faaliyete de eşlik etmelerinin, katılmalarının sağlanması gerekecektir.

³² Bu anlamda bkz. Vallini ve Houillon raporu, Ass. Nat., nr° 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 kimse'nin yardım etmesi mümkündür" [ÇN.]

ÖZEL HUKUKA İLİŞKİN UYUŞMAZLIKLARDA RESMÎ BİR BİLİRKİŞİ KURUMU OLARAK ADLI 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 İhtisâs Daireleri, cc. Adli Tıp İhtisâs 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'nun 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 Denetimini, V. Adli Tıp Kurumu Raporunun Detil Olarak Değeri, SONUÇ, KAYNAKÇA.

H Hakem incelemesinden geçmiştir.

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