

11 Ocak 2016

**BİLİRKİŞİLİK KANUNU TASARISI
TASLAĞI HAKKINDA**

**DAHA İYİ YARGI DERNEĞİ
GÖRÜŞ VE ÖNERİLERİ**



daha iyi yargı

BİLİRKİŞİLİK KANUNU TASARISI TASLAĞI HAKKINDA

GÖRÜŞ VE ÖNERİLERİMİZ

YÖNETİCİ ÖZETİ

"Daha İyi Yargı Derneği" unvanından da anlaşılacağı üzere, Derneğimiz, "Demokrasimizin temel direği ve ülkemizin daha ileriye gitmesinin temel taşı olan **Yargımızı ve işlevini iyileştirmek için çalışmak**, Yargımızın tüm paydaşlarını ve ilgililenen her kişi ve kesimi kapsamak, ortak bir zeminde buluşturmak, çok sesli düşünüp farklılıklar arasında mutabakat sağlayarak yenilikçi, ilerici ve iyileştirici somut çözümler üretmek ve hayata geçirmek için çaba göstermek, yeni anayasa ve yasa çalışmalarına yargı reformu amaçlı öneriler getirerek katkı vermek" amacı ile kurulmuştur. Kuruluş Bildirgemizin tamamı, www.dahaiyyargi.org adresinde görülebilir.

Derneğimiz, yargılamanın hukuk yargılaması, ceza yargılaması veya, idari yargılama olup olmadığına bakılmaksızın yargı organlarının kararlarının doğru, adil ve isabetli olabilmesi için hayati önemi haiz olan, buna karşın hakkında bilirkişilerin kendileri de dahil olmak üzere her kesimin yoğun ve haklı şikayetlerine neden olan "Bilirkişilik" konusunda bir yasal düzenleme yapılmak amacıyla çalışılıyor olmasını sevindirici ve umut verici bulmaktadır.

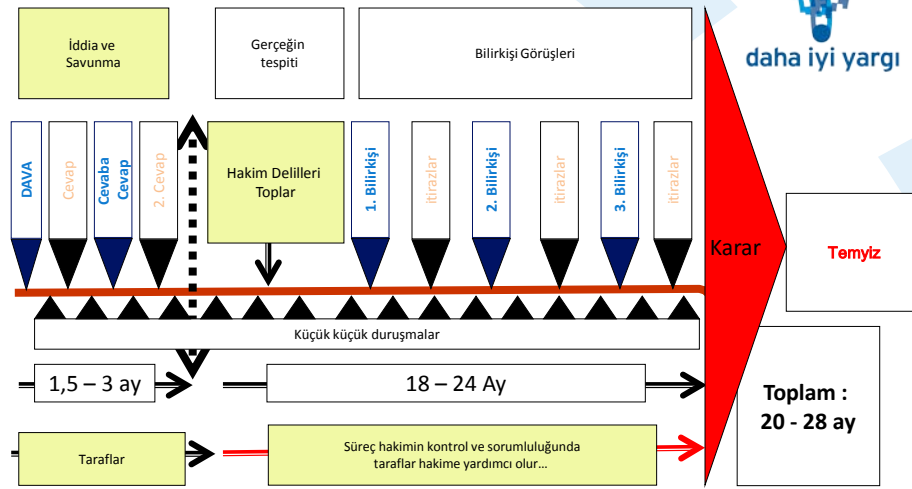
Derneğimiz'in, Bilirkişilik Kanunu Taslağı üzerinde çalışmak üzere oluşturduğu Görev Gücü 14 Eylül 2015 tarihinde ilk toplantısını gerçekleştirmiş ve aşağıda özetlenen düşünce, tespit ve önerileri belirlemiştir.

Derneğimiz, özet olarak, bilirkişiliğin bir meslek olmadığı, her meslek grubunda mesleğinde sivrilen kişilerin yargılamalarda hizmet vermesini ifade ettiği, her ne kadar HMK'de delil olduğu kabul edilmiş ise de bilirkişi görüşünün bir delil olmadığı tarafların iddia ve savunmasını açıklayıcı, tamamlayıcı ve güçlendirici olduğu, bu niteliği ile taraflara ait bir hak ve yükümlülük olduğu, dolayısıyla bilirkişilerin mahkemelerce değil, taraflarca bulunarak atanması gerektiği, ancak, bilirkişilerin, sanki mahkemece atanmış gibi, bağımsız ve tarafsız görüş vermelerinin sağlanması, bunun için de ihmal ve ihlallerinden dolayı hukuki ve cezai yaptırımlara tabi tutulmalarının icap ettiği görüşündedir.

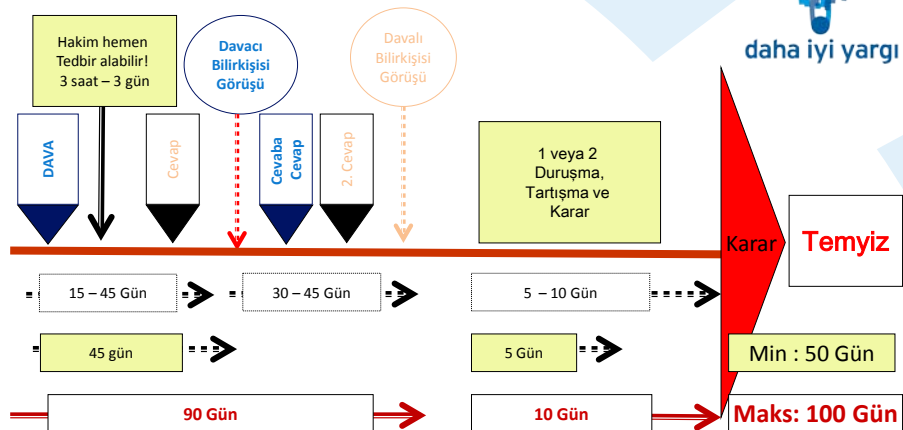
Derneğimiz; önerileri doğrultusunda düzenleme yapılması, özellikle HMK m. 29 ila m. 219 hükümlerinin bir araya getirilerek işletilmesi ve delillerin dava açılmadan önce -hakimin kararıyla ve gözetiminde - toplanması halinde; bilirkişilik sorunlarının önemli miktarda azalacağını düşünmektedir. Bu çerçevede Derneğimiz, yargılama süresinin karmaşık davalarda 100 güne, basit davalarda 50 güne inebileceği, uzlaşmaların artacağı, arabuluculuk ve tahkim gibi dava dışı uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin teşvik edileceği düşüncesindedir:

Takip eden sayfadaki karşılaştırmalı tablolar bu husustaki düşüncemizin somut olarak görülmesine yardımcı olacaktır.

Süreci hakim yönettiği mevcut durumda :



Öneri : Süreci taraflar yönettiğinde!



1. Bilirkişilik meslek değildir, meslek olmadığı dikkate alınmalıdır.

Doktrinde ve daha önceki bilimsel çalışmalarda tartışmasız olarak kabul edildiği üzere Bilirkişilik bir meslek değildir; tersine, genel anlamıyla, her meslek türünde erişilen ve o mesleğin konusuna giren hususlarda diğerlerinden ileride olan ve diğerlerini aydınlatabilecek seviyede bilgi ve tecrübe sahibi olanların eriştiği seviyeyi ifade eder. Yargılamalar bakımından ise, Bilirkişilik, yargılamaların konusunu oluşturan uyuşmazlıklarda bu seviyeye, bilirkişilik yapabilecek, yani diğerlerini de aydınlatabilecek bilgi ve tecrübe seviyesine gelmiş olanların taraflara ve mahkemelere görüş bildirmek suretiyle yardımcı olmasını, uyuşmazlık konuları hakkında bilgilendirme ve aydınlatma yapmaları işlevini ifade eder.

Buna karşın, genel olarak bakıldığında Taslağa, bilirkişiliğin bir meslek olduğunu kabul eden bir yaklaşımın hakim olduğu görülmektedir.

Derneğimiz, düzenlemede bu yaklaşımın terkedilmesi, bilirkişiliğin bir meslek olmadığı, her bir meslekte ulaşılabilen, o meslekteki ve meslek dışındakileri bilgilendirme, çözümünde anlaşılamayan sorunları çözebilme yetkinliğine sahip kimselerin yargılamalarda üstlenebilecekleri "görüş verme işlevi" olduğu dikkate alınarak konuya yaklaşılmasının doğru olacağı, bunun düzenleme yapılmasındaki amacın gerçekleştirilebilmesi bakımından hayati önemi haiz bulunduğu düşüncesindedir.

2. Bilirkişilik yargılamalarda taraflara hizmet verilmesidir.

Yapılacak düzenlemelerde, yargılamalarda bilirkişilik işlevini yerine getirmesi istenen kimselerin bu hizmetlerini bir ücret karşılığında verdikleri, ancak hizmetlerini bir yargılama kapsamında yerine getirmeleri nedeniyle, yargılamanın ve yargı unsurlarının tabi olduğu kurallara riayet etmeleri gerektiği dikkate alınmalı, ancak yargılamadaki işlevlerinin özünde bir yargılama faaliyeti değil, uyuşmazlığın tarafları ve yargı unsurlarının en isabetli kararı verebilmesi için hizmet verilmesi olduğu gözden kaçırılmamalıdır. Özellikle bilirkişi ücretleri bakımından ihmal edilen, bilirkişilerin hizmet kalitesini olumsuz etkileyen, sorumlulukları konusunda tereddütlere ve farklı yaklaşımlara neden olan bu durumun yapılacak düzenlemede çözüme kavuşturulması zorunludur.

3. Düzenlemenin Amacı "(i) bilirkişilerin nasıl bulunacağı, atanacağı ve bilirkişilik görevinin nasıl yerine getirileceği" hususu ve ilaveten (ii) "bilirkişilik kurumunun sorunlarının gözlemlenmesi, giderilmesi ve iyileştirilmesi" olmalıdır.

Taslağın ortaya çıkmasının temel sebebi; yargılamaların isabeti ve adaletin gerçekleştirilmesi hususunda çok önemli ve kaçınılmaz bir işlev olan bilirkişilik kurumundaki bozuşma ve sorunların yargı camiasını aşarak toplumun her kesimine kadar yayılmış olması, bilirkişi görüşü alınması aşamasının neredeyse her davada ve her türlü yargılamada yaşanan gecikmenin temel sebebi olduğu, yargı unsurları üzerindeki iş yükünü lüzumsuz yere ve iki üç katına çıkarmasıdır. Yine bazı davaların ise bilirkişilerden sağlıklı görüş alınabilmesi mücadelesi içinde kabul edilemeyecek şekilde zorlaşarak uzadığı, ağırlaştığı ve benzeri bir çok şikayet ve sorunu giderme iradesinin bu kurumun iyileştirilmesi için kapsamlı bir düzenleme yapılması yolunda gelişmiş olmasıdır.

Öte yandan Bilirkişilik konusundaki düzenleme, ülkemizin en öncelikli konularından biri olan yargı reformunun başarısı için de kilit ve hayati önemi haizdir. Bilirkişilik konusunda başarılı bir düzenleme yapılmadan yargı reformu yapılması ve başarılı olunması mümkün değildir.

Bilirkişiliğin yargılamadaki hayati önemi de dikkate alındığında bu konuda yapılacak düzenlemenin hem mevcut şikayetleri gidermeyi hem de yargı reformu konusunda ilerlemeyi ve reformu sağlayacak şekilde yenilikçi ve akılcı çözümler getirmesi gerekir.

Dolayısıyla Taslağın iki temel amacı ortaya çıkmaktadır:

"(i) adli (hukuk, ceza) veya idari olduğuna bakılmaksızın yargılamalarda bilirkişilerin nasıl bulunacağı, atanacağı ve bilirkişilik görevinin nasıl yerine getirileceği";

"(ii) "bilirkişilik kurumunun sorunlarının gözlemlenmesi, giderilmesi ve iyileştirilmesi".

4. Bilirkişi görüşü edinilmesi yargılamalarda esas itibarıyla tarafların yüküdür ve dolayısıyla taraflara bırakılarak mahkemenin müdahalesi en aza indirilmelidir; bununla birlikte taraflara görüş veren bilirkişilerin mahkemece atanmış gibi sorumlu davranmaları sağlanmalıdır.

Bilirkişi görüşü; mesleki uzmanlık gerektiren bir konuda, mesleki bilgilerin sunulması ya da yargılamalardaki delillerin uzmanlık derecesindeki mesleki bilgi ve tecrübe ile değerlendirilmesi sonucunda ve delillerden çıkarılması gereken sonucun ne olacağına ilişkin bir görüştür. Bu niteliğı ile bilirkişi görüşü iddia ve savunmanın bir parçası ve bütünleyicisidir.

Bilirkişi görüşünün hakimın kanaatinin oluşmasında, onun iddia ve savunmanın tezleri arasında bir seçim yapabilmesinde önemli ve hayati bir etkiye sahip olması gerçeğı, ister yargılama dışında taraflarca isterse yargılama içinde mahkemece alınacak bilirkişi görüşlerinin bilimsel ve sağlıklı olmasının sağlanmasını zorunlu kılmakta; hakimın yargılamada iddia ve savunmaya müdahalesini sadece yargılamanın sağlıklı yürümesi amacı ile sınırlandırmayı gerektirmektedir. Hakim, ilke olarak, tarafların bilirkişiye soracakları sorulara müdahale etmemeli, sadece suiistimallere engel olmalıdır.

Öte yandan, yargılamaların çoğunda görüldüğü üzere, uyuşmazlık konusunu çözmek için en uygun ve en uzman kaynakları taraflar ve vekilleri çok daha kolay şekilde belirleyebilmekte, çok hızlı olarak bilirkişi görüşleri elde edebilmekte ve mahkemelere sunmakta iken, mahkemelerin bilirkişileri bulma ve görev verme sürece yavaş ilerlemekte ve çok uzun sürmektedir. Bilirkişileri hakimın bulması ve görev vermesi yargılamaların gecikmesinin başlıca nedenlerinden birisidir.

Bilirkişiye bulma ve görevlendirme gibi son derece zaman alıcı ve zor olan görevler taraflara ve vekillerine verilmeli; hakimler, tarafların ilkelere uyumunu sağlayarak en iyi kaynakların mahkeme önüne getirilmesini sağlamakla görevli olmalıdırlar.

Bu amaçla düzenlemede en azından aşağıdaki hususlar sağlanmalıdır:

a) Taraflar ihtiyaç duydukları bilirkişi görüşünü mahkemeye sunabilmelidirler. Ancak, görüşüne başvuracağı kişinin bilirkişi olarak yetkinliği konusunda gerekli özeni göstermeleri, yetkin olmayan bir kişiden görüş almaları, görüşüne başvurdukları kişiye karşı tarfin haklı olarak itiraz etmesi veya mahkemece uygun onaylanmaması halinde, yargılamada, elde ettikleri görüşe dayanamama ve/veya sarfettikleri giderleri tazmin ettirememesi ve benzeri yaptırımlara muhatap olmalıdırlar.

b) Kurallar, iki tarafın birlikte anlaşarak bilirkişiye başvurmasını veya diğer tarafa önceden bilgi verilmesini, onun da sorulararak cevap alabilmesini sağlamalıdır.

c) Yargılamalarda dayanılmak üzere bilirkişi görüşü edinen taraflar, vekiller ve bilirkişiler mahkeme huzurunda imiş gibi hukuki ve cezai sorumluluğa tabi olmalıdır.

d) Bilirkişilerin, duruşmada çapraz sorgulanması mutlaka sağlanmalıdır.

5. Bilirkişilerin sadece sorulara cevap vermesi sağlanmalı, hakime ait konularda değerlendirme yapmaları önlenmelidir.

Bilirkişilerin görüşüne başvuru hususlar, bilirkişi olarak atanacak mesleklerinde uzman kimselerin cevaplandırması gereken soruları içermeli, uyuşmazlıkta hakimin karar vermesi gereken konularda görüş içermemeli, uyuşmazlığın hukuki değerlendirmesi sadece hakime bırakılmalıdır.

6. Hukuki uzmanlık gerektiren konularda hakimin kontrolünde hukukçu bilirkişiye başvurulabilmelidir.

Uyuşmazlığı çözmekle görevli hakimin ve tarafların özellikle yeni veya fazla işlenmemiş ya da teknik bilgilerle iç içe girmiş hukuki konularda gerekli ve yeterli bilgi, tecrübe ve uzmanlığa sahip olmadıkları ve zaman zaman bu gibi hukuki konularda görüş almaya ihtiyaç duydukları bir gerçektir.

Bu şartlarda hakimin ve tarafların hukuki konularda uzman hukukçuların görüşlerine başvurulmasına izin verilmeli; ancak, başvurular, aşağıda belirtilen hususları da içeren sıkı süreç ve şartlara tabi tutulmalıdır:

a) Teknik hususlardaki soruların cevaplarının edinileceği bilirkişi görüşleri ile hukuki konulardaki soruların cevaplarının edinileceği bilirkişi görüşleri birbirinden ayrılmalı; teknik bilirkişilere ayrı, hukukçu bilirkişilere ayrı olarak başvurulmalıdır; hukukçu bilirkişiye başvurular, tercihen, teknik bilirkişinin cevapları edinildikten ve hangi konuda uzman hukukçu görüşüne ihtiyaç olduğunun ortaya çıkmasından sonra yapılmalıdır.

Bununla birlikte uzman hukukçuların görüşüne başvurulmasını gerektiren konularda ya da teknik hususlarda teknik bilirkişilere sorulması gereken hususların belirlenmesi bakımından ihtiyaç duyulması halinde hukukçu bilirkişilere teknik bilirkişilerden önce başvurulması daha uygun olabilir. Bu konunun her olayın gereklerine göre ve gerçekten ihtiyaç duyulması halinde başvurulmak üzere taraflar ve hakim tarafından takdir edilmesi uygun olacaktır.

b) Hukuki konularda bilirkişi görüşüne başvurulduğunda da yukarıda teknik bilirkişilere başvurulmasında olduğu gibi bir yöntem izlenilmelidir. Hukukçu bilirkişilere hakime ait olan yargılama görevinin kapsamına girecek şekilde "iddia ve savunmanın değerlendirilmesi" tarzında görüş sorulmamalı, uzman hukukçu görüşüne ihtiyaç duyulan hususların sorulmasındaki amacın sadece o alandaki hukuki bilgileri elde etmek olduğu, bu bilgilerden hareketle olayı çözmenin hakimin görev alanına girdiği gözden kaçırılmamalıdır.

c) Hukukçu bilirkişiden görüş alınması da tarafların sorumluluğunda olmalı, ancak hakimin eksik bulduğu hususlarda yeni hukukçu bilirkişiye başvurulması sağlanmalıdır.

d) Lüzumsuz yere hukukçu bilirkişi görüşü alınmasını ve hukukçu bilirkişilerin hakimin yerine geçerek uyuşmazlığın sonucu hakkında kanaat belirtmesini önleyecek tedbirler mutlaka alınmalı, gerekirse bu tür bilirkişi raporlarının dosyadan çıkarılması sağlanmalıdır.

7. Uzman Görüşü ve Bilirkişi Görüşü olarak aslında aynı amaca yönelik kurumlar arasındaki suni ayrım kaldırılmalı, HMK m.293'daki Uzman Görüşü kurumu HMK m. 266 ila m. 287 arasındaki hükümler çerçevesinde yukarıdaki ilkeler dikkate alınarak tadil edilmelidir.

8. Bilirkişilere, en az, piyasa şartlarına göre hakettikleri ücret ödenmelidir.

Uyuşmazlıkların çözümü için görüşlerinin edinilmesi zaruri olan teknik ve hukukçu bilirkişilere normal piyasa şartlarına göre uyguladıkları ücretler ödenmelidir. Bu hususta ulusal ve uluslararası saygınlığı bulunan kuruluşların uyguladığı ücret tarifeleri ve ücret belirleme esasları dikkate alınarak onlardan aşağı olmayan asgari ücret tarifeleri ya da asgarisi ve azamisi belirlenen bilirkişi ücret bantları tespit edilmelidir.

Uyuşmazlığın çözümü için zaruri veya zorunlu olmadığı halde taraflarca edinilerek iddia ve savunmalarını desteklemek üzere mahkemelere sunulan görüşlere ilişkin bilirkişi ücretleri kural olarak tazmin ettirilmemeli; bu hususta hakimın takdir hakkı olmalıdır.

9. Bilirkişi sicili herkesin erişimine açık olmalı, bilirkişi görüşü alınanların eklenmesi suretiyle güncellenmelidir.

Bilirkişilik işlevinin özünün uyuşmazlığın giderilmesi amacıyla temelde taraflara hizmet verilmesi olduğu dikkate alındığında; bilirkişilerin taraflarla veya mahkeme ile ilişkisine dışarıdan müdahale anlamına gelebilecek düzenlemelerden kaçınılmalıdır. Yapılacak düzenlemeler, mahkemelerin ve uyuşmazlığın taraflarının ihtiyaçlarına Devletin aradığı standartlarda cevap verebilen en uygun bilirkişi kaynağını oluşturmayı amaçlamalıdır.

Taraflar, görüşlerini alacakları bilirkişilerin, kimlik ve iletişim bilgileri ile bilirkişilik yapmaya ehil olduklarını, yetkinlik alanlarını ve yetkinliklerinin derecesini gösteren her türlü bilgi, belge, diploma, sertifika ve bilimsel çalışmaları ile referanslarına

ilişkin bilgilerini, hakkında verilmiş olan referansları edinerek karşı tarafa ve mahkemeye iletmekle yükümlü tutulmalıdır. Bu şekilde elde edilen ve taraflarca itiraz edilmeyen, itiraz edilmiş ise doğrulanan bilgilerin kaydedilmesi suretiyle bilirkişi veri tabanı oluşturulmalı ve bilirkişi her yeni görev kabul ettiğinde bu bilgilerin kendisi veya kendisinden görüş alan tarafça güncellenmesini sağlayan bir sistem geliştirilmelidir. Bu veri tabanı, her yeni atanan veya görüş veren bilirkişinin eklenmesi suretiyle devamlı geliştirilmeli ve güncel kılınmalıdır.

Bilirkişilerin, görüş verdikleri her uyuşmazlıkla ilgili olarak mahkemelerce performans değerlendirmesi yapılmalı, görevini iyi yerine getirenler olumlu olarak ayrıştırılmalıdır. Böylece etkin bir otokontrol ve yüksek performans ortaya çıkarılmalıdır.

10. Bilirkişi Üst Kurulu, Yargı'nın bağımsızlık ve tarafsızlığına aykırıdır; yerine adalet komisyonları ve baroların katılımı ile oluşan bir komisyon düşünülebilir; komisyonlara bürokratlar yerine yargı ve baro temsilcileri üye olmalıdır.

Öngörülen Bilirkişi Üst Kurulu yargı'nın bağımsızlık ve tarafsızlığına aykırıdır.

Bu kurula verilmesi öngörülen bilirkişileri seçme, görev yapma izni verme ve izni iptal etme işlevlerinin yargı bağımsızlığını ihlal edeceği, böyle bir işlevin bilirkişiler yoluyla yargılamalara müdahale ile sonuçlanacağı düşünülmektedir. Bilirkişilerin özlük durumlarının veya önerilen veri tabanlarındaki etik, performans ve sair konulardaki değerlendirme işlemlerinin bağımsız ve tarafsız yargı unsurlarının dışında bir kuruma veya kimselere verilmesinin dahi yargı bağımsızlığını ve tarafsızlığını ihlal edeceği düşünülmektedir.

Bunun yerine bilirkişiler ile ilgili sorunları izleme, giderilmesi için tedbirler alma, bilirkişi performanslarını ve iş yükünü takip ve değerlendirme ve sair hususları - işlevleri yerine getirmesi düşünülen bir kurul yapılanmasının, bu çerçevede her yargı çevresinde veya her bölge (adli veya idari) mahkemesi yargı çevresinde yetkili olan adalet komisyonları ile baroların temsilcilerinden oluşan bir komisyon veya benzeri yapılanma ile yerine getirilmesinin daha doğru ve yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığına daha uygun olacağı düşünülmektedir. Bu komisyonlara çoğunluğu yargı ve baro temsilcileri

oluşturmak kaydıyla üyeleri arasından bilirkişi atanan meslek odalarından temsilciler ile Adalet Bakanlığı temsilcilerinin katılması da düşünülebilir.

Bu hususta Türkiye ile benzer demografik büyüklüğe sahip Almanya, İngiltere, Fransa, İspanya ve İtalya'dakiler ile varsa diğer ülkelerdeki örnek uygulamalar incelenmeli ve Türkiye'nin sistemine özgün bir organizasyon ve yapılanma sağlanmalıdır.

11. Hakimin bilirkişileri resmi listeden seçmek zorunda olması yargı bağımsızlığını ihlal edici mahiyettedir.

Bilirkişilerin öncelikle taraflarca birlikte veya ayrı ayrı seçilmesi sağlanmalı, hakim bilirkişi atamak zorunda olmadan, taraflarca alınacak bilirkişi görüşlerini de dikkate alarak karar vermelidir.

Hakim, kural olarak, re'sen araştırmak zorunda olmadığı yargılamalarda bilirkişi ataması yapmamalıdır. Buna rağmen hakim, istisnai olarak da olsa, bilirkişi seçmek zorunda olursa veri tabanından uygun gördüklerini seçebileceği gibi, veri tabanında yer almayan, ancak, yetkin olan başka uzman kişiyi de bilirkişi olarak atayabilmelidir.

Nitekim, özellikle teknik branşlarda ve çok kere hukuk alanında birçok değerli uzmanın ve öğretim üyesinin bilirkişi listelerine kayıt olmadıkları bilinen bir gerçektir. Bu kişilerin bilirkişi olarak kullanılamaması bir kayıptır.

12. Bilirkişilerin ihmal ve ihlallerinden sorumluluğu Borçlar Kanunu m. 114(3)'e uygun olacak şekilde düzenlenmelidir.

Bilirkişilerin görevlerini ihmal veya ihlal ettikleri durumlarda en başta lüzumsuz yere yargılama giderine neden olunması olmak üzere, yargılamanın lüzumsuz yere uzaması ve hakkın yerine gelmesinin gecikmesi gibi önemli zararlar ortaya çıkmaktadır. Bilirkişilerin mesleklerinde uzman kişiler olmak zorunda olması karşısında sorumluluklarının Türk Borçlar Kanunu m. 114(3)'ün "*Uzmanlığı gerektiren bir hizmet,*

meslek veya san'at, ancak kanun ya da yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun hafif kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür." hükmüne uygun olarak her türlü kusurlarını kapsayacak şekilde düzenlenmesi gereklidir.

Ancak, böyle bir düzenlemenin kimsenin bilirkişilik yapmayacağı gibi bir sonuç doğurması riski karşısında, yapılacak düzenlemede bilirkişi görüşlerine itiraz edilebildiği, itiraz üzerine ek rapor alınacağı ve itiraz edilen hususları bilirkişinin düzeltebileceği göz önüne alınarak, bilirkişinin herhangi bir şekilde ortaya çıkan hafif ihmalleri nedeniyle değil, itiraz edilmesi, soru sorulması veya ek rapor istenmesine rağmen giderilmeyen ihmalleri ve o ihmallerle illiyet bağı kurulabilen zararlar nedeniyle sorumlu olacakları açıklığa kavuşturulmalıdır.

Dolayısıyla Taslak'ta bilirkişilerin sorumluluğu; Borçlar Kanunu hükümlerine uygun olarak, itiraz ve ikaz edilmesine rağmen gidermedikleri ihmal ve ihlal durumlarında, uygun illiyet bağı kurulabilen zararlardan dolayı hukuki ve cezai sorumluluğu açık ve kolayca işletilebilecek şekilde düzenlenmeli ve işletilmelidir.

13. Bilirkişilik konusundaki düzenlemenin başarılı olabilmesi ve bilirkişilerin yargılamaya etkin bir şekilde yardımcı olabilmeleri için Dürüstlük İlkesi'nin "vakıa ve delillerin tam ve doğru ifşa'sı ve ibrazı"nın sağlanması gerektiği, bunun da halihazırda işletilemeyen HMK'nın 29. ve 219. maddelerinin bütün yargılamalar için işler hale getirilmesi ile mümkün olacağı hakkında...

Yargılamalarda isabetli, doğru ve adil kararlar verilebilmesi ve yargılamaların hızla sonuçlandırılabilmesi, uyuşmazlık konusu maddi gerçeğe ilişkin açıklamaların dürüst, doğru olduğunu denetleyecek olan delillerin en kısa zamanda, maddi gerçeğe tam olarak ulaşabilecek şekilde, samimi, tam ve doğru olarak ortaya konulmasına bağlıdır. Bu bağlamda bilirkişilere, tarafların uyuşmazlık konusu maddi gerçeğe ilişkin vakıaları ve delilleri tam ve doğru olarak açıklamaları sağlanmalı, bilirkişilere de bu noktadan sonra ve maddi gerçeğe ilişkin vakıalar ve delillerin tam ve doğru olarak ifşa ve ibraz edilmesinden sonra başvurulması sağlanmalıdır.

Bu amaçla, hukuk yargılamalarında fiilen işlemez durumda bulunan HMK m. 29 ve 219'un işlerliğinin sağlanması ve bu iki maddenin özünü yansıtan bir kuralın eklenmesi, yargılamalarda hem bilirkişi görüşlerinin isabetli ve tatmin edici olmasını, hem de isabetli karar verilmesini sağlayacaktır. Bu nedenlerle HMK m. 29 ve 219'un birleştirilerek düzenlenmesi ve işler hale getirilmesi, bilirkişilik düzenlemesinin başarılı olması için de zorunludur.

Ayrıca karşı tarafın elindeki deliller de dahil olmak üzere uyuşmazlıkla ilgili delillerin dava açılmadan önce toplanabilmesi sağlanmalı, HMK m. 400 hükmü, özellikle bu maddenin 2. bendi, AB Yönergesi, ve batı hukuklarında son gelişmeler dikkate alınarak Türkiye şartlarına uygun bir düzenleme yapılmalı; yeni düzenlemede delillerin dava açıldıktan sonra toplanması istisnai hallere mahsus olmalıdır.

**BİLİRKİŞİLİK KANUNU TASARISI
TASLAĞI HAKKINDA
GÖRÜŞ VE ÖNERİLERİMİZ
ve GEREKÇELERİ**

Daha İyi Yargı Derneği ve Amacı

"Daha İyi Yargı" unvanından da anlaşılacağı üzere Derneğimiz, ülkemiz yargı erkinin daha iyi hale getirilmesi ve işlevinin geliştirilmesi amacı ile kurulmuştur.

Derneğimizin Kuruluş Bildirgesi (manifestosu) :

"Demokrasimizin temel direği ve ülkemizin daha ileriye gitmesinin temel taşı olan **Yargımızı ve işlevini iyileştirmek için çalışmak,**

Bu doğrultuda faaliyet gösterirken ilgili resmi ve özel kurumlar ile sivil toplum kuruluşları, hakimler, savcılar, avukatlar, diğer adli görevliler, akademisyenler, iş ve çalışma dünyası temsilcileri de dahil olarak Yargımızın tüm paydaşlarını ve ilgililenen her kişi ve kesimi kapsamak, ortak bir zeminde buluşturmak, çok sesli düşünüp farklılıklar arasında mutabakat sağlayarak yenilikçi, ilerici ve iyileştirici somut çözümler üretmek ve hayata geçirmek için çaba göstermek,

Yeni anayasa ve yasa çalışmalarına yargı reformu amaçlı öneriler getirerek katkı vermek;"

şeklinde olup; tamamı, www.dahaiyyargi.org adresinde görülebilir.

Dernek amacının gerçekleştirilmesi yolunda kilit bir önem arzemesi nedeniyle yargıya intikal eden uyuşmazlıklarda vakıaların ve delillerin tam ve doğru ifşası hususu dernek tüzüğünde çalışma konusu olarak belirlenmiş bulunmaktadır.

Giriş ;

Yargılamanın hukuk yargılaması, ceza yargılaması, idari yargılama olup olmadığına bakılmaksızın yargı organlarının kararlarının doğru, adil ve isabetli olabilmesi için hayati önemi haiz olan, buna karşın hakkında bilirkişilerin kendileri de dahil olmak üzere her kesimin yoğun ve haklı şikayetlerine neden olan "Bilirkişilik" konusunda bir yasal düzenleme yapılmak amacıyla çalışılıyor olmasını sevindirici ve umut verici buluyoruz.

Derneğimiz, Bilirkişilik Kanunu Taslağı üzerinde çalışmak üzere bir Görev Gücü oluşturmuş; görev gücümüz 14 Eylül 2015 tarihinde ilk toplantısını gerçekleştirmiş ve öncü düşünce, tespit ve önerileri tespit etmiştir. Orada ortaya çıkan öneriler bilahare kaleme alınmış; hazırlanan metin üzerinde üyelerin düşünceleri toplanmak suretiyle Derneğimizin aşağıda belirtilen görüş ve önerileri ortaya çıkmıştır.

1. Genel olarak Bilirkişilik ve Niteliği Hakkında :

Genel olarak bakıldığında Taslağa, bilirkişiliğin bir meslek olduğunu kabul eden bir yaklaşımın hakim olduğu görülmektedir. Oysa bilirkişilik bir meslek değildir. Bu husus doktrinde ve daha önceki bilimsel çalışmalarda tartışmasız olarak kabul edilmiştir.

Tersine, bilirkişilik, genel anlamıyla, her meslek türünde erişilen ve o mesleğin konusuna giren hususlarda diğerlerinden ileride olan ve diğerlerini aydınlayabilecek seviyede bilgi ve tecrübe sahibi bulunanların eriştiği seviyeyi ifade eder; yargılamalar bakımından ise yargılamaların konusu olan uyuşmazlıklarda bu seviyeye gelmiş olanların taraflara ve mahkemelere görüş bildirmek suretiyle yardımcı olmalarını, uyuşmazlık konuları hakkında bilgilendirme ve aydınlatılma işlevini yerine getirmelerini ifade eder.

Gerçekten de yargılamanın konusu bir kimya formülü ise kimyacılık alanında, muhasebe meselesi ise muhasebecilik alanında, inşaat ise inşaat alanında diğerlerine göre daha bilgili ve tecrübeli olanların, yani o alandaki uzmanların bilgilerine başvurulması gerektiğinde o kişilere, o konuları "bilir olan kişiler", yani "bilirkişi" oldukları için uyuşmazlığı aydınlatmaları amacıyla başvurulur.

Türk Dil Kurumu'nun "tdk.gov.tr" adresindeki resmi web sitesinde Bilirkişi'nin kelime anlamı şöyle tanımlanmıştır: "1. isim **Belirli bir konudan iyi anlayan**

ve bir anlaşmazlığı çözmek için kendisine başvuru kimse, uzman, ehlihibre, ehlivukuf, eksper.” Bu tanımdan görüleceği üzere bilirkişi, “**Belirli bir konudan iyi anlayan**” ve bu niteliği gereğince “**bir anlaşmazlığı çözmek için kendisine başvuru kimse**”dir. Bilirkişinin belirli bir konudan iyi anladığının ölçüsü, [anladığı konudaki] bir uyuşmazlığı çözmek için kendisine başvurulabilir olmasıdır.

Türk Dil Kurumu, Bilirkişi teriminin hukuk alanındaki anlamını da şöyle vermektedir: “2. hukuk Çözümlemesi **özel veya bilimsel bilgiye dayanan konularda oyuna veya düşüncesine başvuru kimse**, ehlihibre, ehlivukuf.” Buna göre de bilirkişi olarak hukuk alanında, **oyuna veya düşüncesine başvuru** kimsenin özelliği; **başvurulacak konuda özel veya bilimsel bilgiye sahip** olarak oy veya düşünce beyan edebilecek yetkinlikte olan kişi olmasıdır.

Dolayısıyla bilirkişiliğin, bir meslek olmadığı, her bir meslekte ulaşılabilen, o meslektekileri veya meslek dışındakileri bilgilendirme, çözümünde anlaşılamayan sorunları çözebilme yetkinliğine sahip kimselerin, yargılamalarda üstlenebilecekleri "görüş verme işlevi" olduğu dikkate alınarak konuya yaklaşılmalıdır.

Bilirkişilik meslek değildir, olmadığı dikkate alınmalıdır.

Doktrinde ve daha önceki bilimsel çalışmalarda tartışmasız olarak kabul edildiği üzere, Bilirkişilik bir meslek değildir; tersine, genel anlamıyla, her meslek türünde erişilen ve o mesleğin konusuna giren hususlarda diğerlerinden ileride olan ve diğerlerini aydınlatabilecek seviyede bilgi ve tecrübe sahibi olanların eriştiği seviyeyi ifade eder. Yargılamalar bakımından ise, Bilirkişilik, yargılamaların konusu olan uyuşmazlıklarda bu seviyeye, bilirkişilik yapabilecek, yani diğerlerini de aydınlatabilecek bilgi ve tecrübe seviyesine gelmiş olanların taraflara ve mahkemelere görüş bildirmek suretiyle yardımcı olmalarını, uyuşmazlık konuları hakkında bilgilendirme ve aydınlatma işlevini yerine getirmelerini ifade eder.

Buna karşın, genel olarak bakıldığında Taslağa, bilirkişiliğin bir meslek olduğunu kabul eden bir yaklaşımın hakim olduğu görülmektedir. Bu yaklaşımın terkedilmesi ve düzenlemede Bilirkişilik'in bir meslek olmadığına dikkate alınmasının, düzenleme yapılmasındaki amacın gerçekleştirilebilmesi bakımından hayati önemi haiz olduğu düşünülmektedir.

Bilirkişiliğin, bir meslek olmadığı, her bir meslekte ulaşılabilen, o meslekteki veya meslek dışındakileri bilgilendirme, çözümünde anlaşılamayan sorunları çözebilme yetkinliğine sahip kimselerin, yargılamalarda üstlenebilecekleri "görüş verme işlevi" olduğu dikkate alınarak konuya yaklaşılmalıdır.

Bilirkişilik yargılamalarda taraflara hizmet verilmesidir.

Yapılacak düzenlemelerde, yargılamalarda bilirkişilik işlevini yerine getirmesi istenen kimselerin bu hizmetlerini bir ücret karşılığında verdikleri, ancak hizmetlerini bir yargılama kapsamında yerine getirmeleri nedeniyle, yargılamanın ve yargı unsurlarının tabi olduğu kurallara riayet etmeleri gerektiği dikkate alınmalı, ancak yerine getirdikleri işlevin, özünde , uyuşmazlığın tarafları ve yargı unsurlarının en isabetli kararı verebilmesi için hizmet verilmesi olduğu gözden kaçırılmamalıdır.

Özellikle bilirkişi ücretleri bakımından ihmal edilen, bilirkişilerin hizmet kalitesini olumsuz etkileyen, sorumlulukları konusunda tereddütlere ve farklı yaklaşımlara neden olan bu durumun yapılacak düzenlemede çözüme kavuşturulması zorunludur.

2. Amaç ve Kapsam Hakkında :

Taslağın ortaya çıkmasının temel sebebi yargılamalarda bilirkişilik kurumundaki bozuşmanın ve sorunların yargı camiasını aşarak toplumun her kesimine kadar yayılmış olması, bu sorunları giderme iradesinin de bu kurumun iyileştirilmesi için kapsamlı bir düzenleme yapılması yolunda gelişmiş olmasıdır.

Bilirkişiliğin yargılamaların sağlığı ve adaletin gerçekleştirilmesi hususunda çok önemli ve kaçınılmaz bir işlev olduğu da dikkate alındığında, bu konuda yapılacak düzenlemenin hem mevcut şikayetleri gidermesi hem de yargılamanın bilirkişi görüşü aşaması ile ilgili olarak yenilikçi ve akılcı çözümler getirmesi gerekir.

Bu bakımdan bilirkişi görüşü alınması aşamasının her davada ve her türlü yargılamadaki gecikmenin başlıca sebeplerinden biri olduğu, yargılamadaki gecikmelerin % 80'inin bilirkişilikten kaynaklandığı, yargı unsurları üzerindeki iş yükünü lüzumsuz yere ve kolaylıkla iki üç katına çıkardığı ve bazı davaların ise bilirkişilerden sağlıklı görüş alınabilmesi mücadelesi içinde cereyan ederek kabul edilemeyecek şekilde uzadığı ve ağırlaştığı dikkate alınmalıdır.

Bilirkişilik hakkında, onlarca değişik türde şikayet mevcuttur. Bunlar kısaca aşağıdaki gibi sıralanabilir:

1. bilirkişiye başvuru müessesesinin yaygın olarak kötüye kullanıldığı,
2. tarafların "parasını vererek" kendi iddia, menfaat ve görüşleri doğrultusunda yanlış özel bilirkişi görüşleri (uzman görüşü) edindikleri, bunlarla yargılamaları lehlerine etkilemeye çalıştıkları,
3. bunların yargılamaya yardımcı olmadığı, tersine lüzumsuz yere zorlaştırıp karmaşıktırdığı,
4. mahkemelerin ise yerli yersiz bilirkişilere başvurduğu,
5. yetkin olmayan kimselerin bilirkişi olarak atandıkları,
6. bilirkişilikten elde edilen gelirin bazıları için geçim kapısı haline geldiği,
7. karmaşık dosyalarda teknik bilirkişilerin olayın hukuki boyutunu kavramakta sık sık güçlük çektikleri dikkate alınarak, sırf teknik bilirkişiye yardımcı olması, ona hakimnin neyin cevabını aradığının anlatılması için hukukçu bilirkişi seçilmesi zorunluluğu ortaya çıktığı, teknik ve hukukçu bilirkişilerin bir araya gelmesi sonucunda düzenledikleri raporların bilirkişilik görevinin kapsamını aşarak hakime verilmesi gereken kararı tavsiye anlamına gelen raporlar düzenledikleri, ve bu tür raporların benimsenmesi ile yeterli yargılama yapılmadan kararlar verilebildiği,
8. bilirkişilere verilen görevlerin net ve açık olarak belirlenmediği, neredeyse verilecek kararın ne olacağının sorulduğu,
9. böylelikle yargı yetkisinin devri anlamına gelebilecek şekilde atamalar yapıldığı,
10. bilirkişilerin görevlerini yapmadıkları,
11. bilirkişilerin görev sınırlarını aştıkları,

12. yargılama taraflarını aydınlatmaya ve hüküm kurmaya elverişli bilirkişi raporları düzenlenmediği,
13. raporların, heyetçe değil de heyetteki bir kişi tarafından düzenlendiği ve fakat rapora hiç katkı vermeyen heyetin diğer üyelerince imzalandığı,
14. basit soruların cevaplarının bile karmaşılaştırıldığı,
15. bilirkişilerin duruşmalara katılmadıkları,
16. raporlarda yer alan basit hataların bile düzeltilmesi için karmaşık ve uzun bir süreç gerektiği,
17. bilirkişilerin hatalarını savunarak, yargılamalarda üçüncü taraf gibi bir konuma geldikleri,
18. zaman zaman gerçeğe aykırı görüşler verdikleri,
19. yargılamalarda yargılama süresinin 3 ila 5 kat uzamasına neden olan gecikmeler yarattıkları,
20. yetersiz, hatalı, gerçeğe aykırı ve tarafları ve mahkemeyi aydınlatmaya yeterli olmayan ve tatmin edici bulunmayan bilirkişi raporları ile hem tarafların hem de mahkemelerin bir davada yapılması gerekenin çok üstünde, bilirkişilikle ilintili gereksiz ve lüzumsuz iş yüküne maruz kaldıkları,
21. Bilirkişilerin ilkesiz, sorumsuz davrandıkları, Türk dili kurallarına bile uymayan anlaşılabilir raporlar hazırladıkları,
22. Bilirkişiler arasında geniş çaplı ve yaygın olduğuna inanılan mesleki ve etik bozuşmanın söz konusu olduğu,
23. Bilirkişilik hizmeti için takdir olunan ücretlerinin yetersiz ve istenen hizmet ile çok orantısız olduğu, neredeyse ücretsiz hizmet verilmesinin beklendiği, bunun çeşitli suistimallere yol açabildiği,
24. Bilirkişilerin, düşük ücretle hizmet verdikleri için, savsaklama, ağır ihmal teşkil eden davranışları karşısında korundukları,
25. "Düşük" ücretli bilirkişilerin yargılama disiplinine aykırı davranışlarının müsamaha gördüğü ve yaptırımsız kaldığı.

Ortaya çıkış sebebine göre bakıldığında, Taslağın en azından yukarıda özetlenen şikayetleri ve sorunları gidermeyi amaçlaması gerekir. Bununla birlikte, bu sorunları

çözmek yargılamalarda kayda değer bir iyileştirme sağlamak ve topluma kaliteli yargı hizmeti verilebilmek için yeterli değildir. Beklenen faydanın sağlanabilmesi için taslağın; yargılamalardaki hayati önemi ile orantılı olarak mesleklerinde en yetkin kişilerin bilirkişi olarak belirlenmelerini, bu kişilerin yargılamalarda istekli olarak hizmet vererek hakime destek olmalarını, taraflara ve yargı mercilerine o konuda edinilebilecek hizmetin en iyisinin, en kalitelisinin en iyi şartlarda verilmesini, bilirkişilerin yargılamanın şartlarına, ihtiyaçlarına ve önceliklerine uygun olarak hizmet vermelerini ve bilirkişilikten etkin ve verimli olarak yararlanılmasını ve benzeri iyileştirici hususları sağlamayı, böylece yargılamaların ve yargı kararlarının kalitesini artırmayı amaçlaması gerekir.

Bu çerçevede, taslağın, mahkemelerin bilirkişilere başvurma ihtiyacını azaltmak, tarafların uyuşmazlık konusunda bilirkişilerden daha etkin ve verimli olarak yararlanmalarını sağlamak, bu hususta önlerindeki usuli ve fiili engelleri kaldırarak bilirkişi görüşü edinme sürecini hem tarafların aralarında uzlaşmalarını teşvik edici hem de taraflar ve mahkeme için tatmin edici hale getirmeyi de amaçlaması gerekir.

Öte yandan Bilirkişilik konusundaki düzenleme, ülkemizin en öncelikli konularından biri olan yargı reformunun başarısı için de kilit ve hayati önemi haizdir. Bilirkişilik konusunda başarılı bir düzenleme yapılmadan yargı reformu yapılması ve başarılı olunması mümkün değildir.

Yukarıdakilerin yanında Bilirkişiliğin yargılamalardaki hayati önemi de dikkate alındığında, bu konuda yapılacak düzenlemenin hem mevcut şikayetleri gidermeyi hedef tutması hem de yargı reformu konusunda ilerlemeyi ve reformu sağlayacak şekilde yenilikçi ve akılcı çözümler getirmesi gerekir.

Dolayısıyla, Taslağın en başta gelen amacının; "(i) adli (hukuk, ceza) veya idari olduğuna bakılmaksızın yargılamalarda bilirkişilerin nasıl bulunacağı, atanacağı ve bilirkişilik görevinin nasıl yerine getirileceği" hususunu ve ilaveten (ii) "bilirkişilik kurumunun sorunlarının gözlemlenmesi, giderilmesi ve iyileştirilmesi " hususunu düzenlemek olmalıdır.

Taslağın Amaç maddesinin buna göre genişletilerek kaleme alınmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

Bu gerekçelerle, Daha İyi Yargı Derneği'nin düşüncesine göre Taslağın amacının özet olarak:

"(i) adli (hukuk, ceza) veya idari olduğuna bakılmaksızın yargılamada bilirkişilerin nasıl bulunacağı, atanacağı ve bilirkişilik görevinin nasıl yerine getirileceği" hususunu ve ilaveten (ii) "bilirkişilik kurumunun sorunlarının gözlemlenmesi, giderilmesi ve iyileştirilmesi"

hususunu, düzenlemek olmasının ve Taslağın içeriğini de bu amaca göre düzenlemenin uygun olacağı düşünülmektedir.

Daha İyi Yargı Derneği, bütün yargılama türlerindeki sorunlara toptan ve yeknesak bir çözüm getirebilme kapasitesi nedeniyle yukarıdaki amaca uygun bir düzenlemenin tercih edilmesi gerektiği düşüncesindedir. CMK, HMK ve sair yasalardaki bilirkişilik hükümlerinde değişiklik öngörülmesinden Taslağın da bu amaca uygun bir yaklaşımla hazırlanmış olduğu anlaşılmaktadır. Ancak, Taslağa hakim olan bu yaklaşım, bütün yargılama türlerinde bilirkişilik kurumunun Bilirkişilik Kanunu adı altında ve tek bir kanun metninde düzenlenmesini; diğer kanunlardaki hükümlerin bu kanun içine nakledilerek ortak bir metin halinde birleştirilmesini gerektirir.

Bütün yargılama türlerinde bilirkişilik konusunun tek bir kanunla düzenlenmesi, (ii)'deki "gözleme ve iyileştirme" hususunun aynı kanun içinde bağımsız bir yargı kurumuna görev olarak verilmesini kendiliğinden gerektirecek ve kolaylıkla gerçekleştirebilecektir. Buna karşın eğer bütün yargılama türlerindeki bilirkişilik tek bir ve ayrı bir kanunla düzenlenmeyecek ise, Taslağın yukarıdaki (ii)'deki hususla sınırlı bir düzenleme ile yetinmesi, yani sadece "gözleme ve iyileştirme" hususunu düzenlemesi daha uygun olacaktır.

Daha İyi Yargı Derneği, daha kısa zamanda iyileştirmeler sağlayabilmek için öncelikle (ii)'deki hususta düzenleme yapılmasının daha uygun ve yararlı olacağını, böyle bir düzenlemenin (i)'de belirtilen konuda köklü ve sağlıklı bir düzenleme için uygun zemin ve sağlam veriler oluşturacağını düşünmektedir.

Bilahare (i)'deki hususta tüm yargı paydaşlarının dahil edileceği geniş katılımlı çalışmalarla tüm yargılamalar için yeknesak kurallar getirilmesinin hem bilirkişilik hem de yargı reformu konusunda büyük ilerlemeler sağlayacağı öngörülmektedir.

3. Bilirkişi Atanması ve Görüş Alınması Usulü Hakkında :

Yargılamalarda bilirkişilerin görüşüne başvurulması kaçınılmaz bir ihtiyaçtır. Bu ihtiyaç hakim ve tarafların genel ve olağan şartlardaki bilgisi içinde olmayan hususlarda olduğu gibi, hakim ve hukuk bilgisi içinde olmakla birlikte isabetli ve adaletli çözümü için ihtisaslaşmış bir hukuk uzmanlığı gerektiren konularda da söz konusu olabilmektedir. Örneğin uluslararası nitelikli ihtilaflarda, özellikle yabancı bir hukukun dikkate alınması veya uygulanması gereken durumlarda, o yabancı hukuku bilen uzmanların görüşlerini öğrenmeden karar verilebilmesi mümkün değildir. Özel hukuki uzmanlık ve derinleşme gereken durumlarda da benzer bir durum söz konusudur. Nitekim özel hukuki uzmanlık gerektiren konularda uzmanlaşmış mahkemelerin kurulması gerektiği genel olarak kabul edilmekte ve faydaları görülmektedir. Fakat ihtisas mahkemelerinin çoğaltılmasının da bazı önemli sorunlara neden olduğu gözden kaçırılmamalıdır.

Elbette, en ideali, mahkemelerin önlerine gelen uyuşmazlıklarda en derin ve uzmanlaşmış hukuki bilgiye sahip olmaları ve hukuki konularda görüş almaya hiç ihtiyaç duymadan sağlıklı karar verebilir olmalarıdır. Ancak, ülkemizde hukuk eğitimi konusunda genel kabul gören şikayetler ve hukukçuların meslek içi eğitiminin kurumsal olarak düzenlenmemiş olması nedeniyle, yargı unsurlarının ve mahkemelerin hukuki bilgi bakımından desteğe ihtiyaç duydukları da yadsınamaz bir gerçektir.

Bununla birlikte hakime tanınan yargı yetkisini etkileyebilecek ve daha da önemlisi yargı yetkisinin bilirkişilere devri anlamına gelebilecek şekilde bilirkişi görüşüne başvurulmasından kaçınılmasını sağlamak gerekir.

Tarafların iddia ve savunmalarının değerlendirilmesi konusunda özel önemi haiz olan bilirkişi görüşleri alınması konusunda, bir yandan hakim ve sürece ve dolayısıyla tarafların savunmalarına müdahalesini ve aynı zamanda bilirkişi görüşleri hakkında yapması gereken işlemleri en aza indirmek, diğer yandan da iddia ve savunmaların ispatı konusunda bilirkişi görüşü alınması sürecindeki yükü taraflara yükleyerek, tarafların, hakimi bilirkişilik konusundaki kararlarından dolayı eleştirmelerini önlemek gerekir.

Tarafların mahkemece alınan bilirkişi görüşlerine vaki itirazlarının en aza indirilmesi ve bilirkişilerin mümkün olduğu kadar yüksek isabetlilikle ve her iki tarafın da

haklı sorularını tarafsız ve yargılamaya yardımcı olmak amacıyla rapor düzenlendiklerinin bilincinde olarak sunmalarını sağlamak gerekir.

Bilirkişi görüşü alınması aşamasının yargılamaların gecikmesinde en önemli etkenlerden biri olduğu, bilirkişi raporlarındaki isabetsizliklerin de yargı kararlarının isabet oranını belirlediği dikkate alınarak, bilirkişi görevlendirmesinin ve bilirkişilerin görüş vermelerinin en kısa zamanda sağlanması amaçlanmalı, öte yandan da tarafların iddia ve savunmaları ile alakalı gördükleri tüm hususların tatmin edici bir şekilde cevaplandırılmış olması sağlanmalıdır.

Tarafların savunmalarını kanıtlamak için ihtiyaç duyduğu konularda en uzman kişi kim ise onu bulabilecekleri, kısa sürede görüş alarak mahkemeyi kısa sürede aydınlatabilecekleri bir ortam yaratılmalı; yargılamalarla ilgili olarak bilirkişi görüşü veren uzmanların bilgileri, bilimsel bir esasa ve adli makamlarca yönetilecek bir veri tabanında toplanmalı ve şeffaf olarak vatandaşın erişimine açılmalıdır.

Uyuşmazlıklarını çözmek isteyen tarafların, adli makamlardan çok daha hızlı bir şekilde mesleklerinde uzmanlık seviyeleri itibarıyla bilirkişilik yapabilecek kimseleri arayıp bulabilecekleri ve en azından kendilerini tatmin edici bir şekilde görüş edinebilecekleri bir gerçektir. Adli makamların tarafların görüş edinerek mahkemeye sundukları uzman kimseleri de ekleyecekleri bir veri tabanını oluşturarak tüm yargı taraflarının erişebileceği çok geniş kapsamlı bir uzman kaynağı oluşturabileceği dikkate alınmalıdır.

Böyle bir veri tabanı bilirkişi görüşü verebilecek olanların, görüşlerinin sağlıklı ve tarafsız olmasını etkileyebilecek her türlü durumlarının, kabul ettikleri işlerden dolayı mevcut iş yüklerinin, bilirkişilik yaptıkları durumlardaki performanslarının aleni ve açık bir şekilde değerlendirilmesi yolu ile iyi performanslı olanların seçilmesi, uzmanların ihtiyaç duyulan seviyelerdeki işlerle buluşması sağlanmalıdır.

Özellikle tarafların özel bilirkişi görüşü ya da özel uzman hukukçu görüşü olarak yargılamalara ibraz ettiği durumlar dikkate alınarak, taraflarca başvurulmuş olsa bile bilirkişi görüşü verenlerin yargılamada atanmış gibi etik kurallara tabi bir şekilde görüş düzenlemeleri ve yargılamalarda dayanılmak amacıyla özel görüş verdikleri durumlarda bile objektif davranarak objektif görüş vermeleri sağlanmalıdır. Bunun için özel görüş

verilmesi sırasında dahi objektifliğin gerçekleşmesini sağlayacak süreç ve mekanizmalar oluşturulmalı, bunları bertaraf ederek veya ona rağmen objektif olmayan özel görüş verilmesi ihtimalinden caydıracak yaptırım getirilmelidir.

Böylelikle, tarafların "*parasını vererek [satın] aldığı*" görüşler almalarının yerine, yargılama konusu uyuşmazlığı giderme konusunda yargılamaya, mahkemeye ve karşı tarafa yardımı olacak olan ve yargılamada herkes tarafından güvenilebilir, özel olmakla beraber objektif nitelikte olan görüşler alınması sağlanmalıdır. Özel bilirkişiye başvurulması sürecinde en azından aşağıdaki ilkelere uyulmalıdır.

"Bilirkişilik" ibaresinin anlam itibarıyla bir hususu "bilen", o konunun uzmanı olan kişinin uyuşmazlığın taraflarına ve mahkemeye yaptığı görüş verme işlevini ifade ettiği dikkate alınarak, aynı mesleki erişkinlik seviyesini belirten eş anlamlı kelimeler arasında suni bir ayırım yaratılarak başka anlamlar yüklenmesine çalışmaktan kaçınılmalıdır. Bir konuyu iyi bildiği için kendisinin bilgisine başvuru alan kişiye taraflar başvurduğunda "uzman", mahkeme başvurduğunda "bilirkişi" demenin bu kişinin aynı amaca yönelik olan işlevinde sübjektif olarak suni bir farklılık yarattığı ve mantıklı olmadığı dikkate alınmalıdır. Bu hususta zihin ve terim karışıklığına neden olmamak için, herkes tarafından kabul görecektir ve tercihan ulusal ve uluslararası uygulamada yerleşmiş terimler kullanılarak kimin tarafından atandığına bağlı olarak gerekli terimsel farklılık dilbilgisi kurallarına uygun olarak oluşturulabilir; örneğin "uzman" terimi yerine "taraf bilirkişisi" ya da "özel bilirkişi" terimleri tercih edilebilir.

Bu amaçla en azından aşağıdaki şekilde düzenleme yapılmalıdır:

a) Bilirkişi görüşüne başvurulması ihtiyacı duyan taraf hangi hususta görüşe ihtiyaç duyduğunu belirlemeli, kendi bulacağı bilirkişilerden edineceği görüşü mahkemeye sunmalı; mahkeme bilirkişinin tespiti ve görüş alınması işi ile uğraştırılmamalıdır.

Ancak, tek taraflı olarak bilirkişiye başvuran tarafın, kural olarak, başvuruyu yapmadan önce, başvuracağı bilirkişiyi, yetkinlik ve tecrübelerini diğer tarafa ve mahkemeye bildirerek diğer tarafın onayını, itiraz ederse mahkemenin onayını alarak hareket etmesi, acil olmayan hallerde diğer tarafın da sorularını istemesi sağlanmalı, mahkemenin onaylamayacağı bir bilirkişiye başvuran taraf, mahkemece uygun bulunmaması halinde edineceği görüşün yargılamada dikkate alınmayacağı veya giderlerini yargılama gideri olarak tazmin ettiremeyeceği gibi bir yaptırıma muhatap olmalıdır.

b) Kurallar, iki tarafın birlikte anlaşarak bilirkişiye başvurmasını, olmazsa başvuran tarafın diğer tarafa önceden bilgi vermesini ve onun sorularını da içeren görüş edinmesini teşvik etmeli, bunlar olmadan görüş alınmış ise gıyabında görüş alınan tarafın soru ve itirazlarının ücretsiz olarak cevaplandırılmasını sağlayan bir mekanizma içermeli ve olmadığı takdirde ise görüşün yargılamada hiç dikkate alınmayacağı gibi bir yaptırım öngörmelidir.

c) İddia ve savunmanın kanıtlanması amacıyla yargılamalarda dayanılmak üzere bilirkişi görüşü edinen taraflar ve vekilleri ile görüş veren bilirkişilerin sanki hali hazırdaki durumda mahkemece atanmış olanlar gibi hukuki ve cezai sorumluluğu olmalı, bu husus açıkça düzenlenmeli ve sorumluluk için mahkemece veya hakim tarafından atanmış olması aranmamalı; yargılama konusu ile ilgili görüş edinilmiş ve düzenlenmiş olması yeterli olmalıdır.

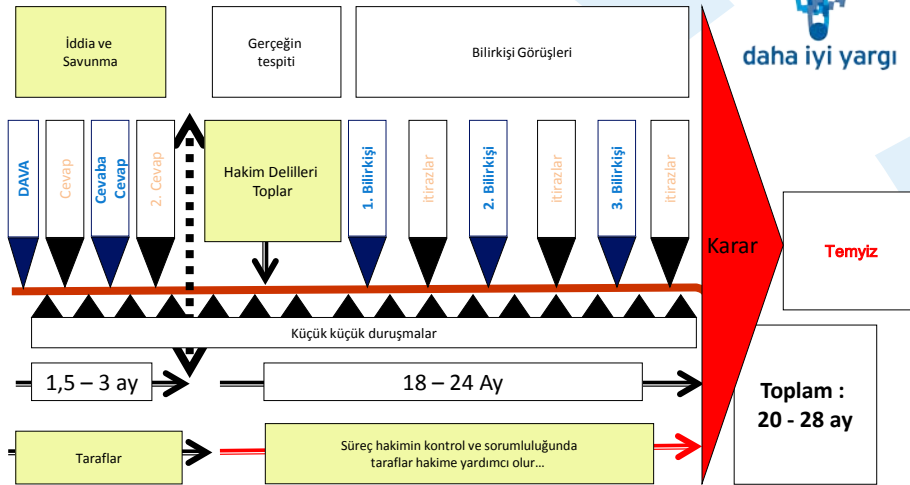
d) Bilirkişilerin, gerektiğinde tarafların ve/veya vekillerinin yanlarına alacakları diğer uzman kişilerin de katılımı ile duruşmada çapraz sorgulanması mutlaka sağlanmalı; sorgulama sürecine hakimlerin müdahalesi oldukça sınırlı olmalıdır.

Bununla birlikte hakim, bilirkişiyi ve görüşünü onaylamadığı ya da verilen görüşü kanaat oluşturmak ve uyuşmazlığı gidermek bakımından yeterli görmediği takdirde, yeni bir bilirkişi belirleyebilmeli ve bu bilirkişiden, tarafların sunduğu bilirkişi görüşlerini de değerlendiren ve varsa ilave sorularını cevaplandıran görüş alabilmelidir.

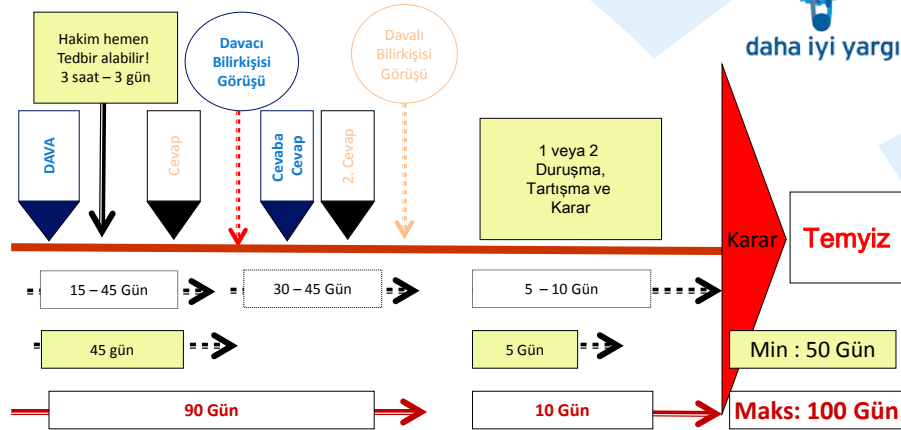
Önerdiğimiz sistemde bilirkişi incelemeleri de dahil toplam yargılama süreleri ortalama zorluktaki hukuk davalarında 100 gün'e, küçük uyuşmazlıklarda 50 güne indirilebilir. Ayrıca sürecin uyuşmazlık konusu vakıaları erken aşamalarda ortaya çıkarması ve bilirkişi görüşleri ile uyuşmazlık konularının kısa sürede aydınlanmasıyla, duruşmaya ve mahkemenin karar vermesine gerek kalmadan bir çok uyuşmazlık sulh yolu ile sonuçlandırılabilir. Bu da yargının üzerindeki iş yükünü hızlı bir şekilde ortadan kaldırmaya yardımcı olacaktır.

Hukuk yargılamalarında mevcut bilirkişilik uygulamasında yargılamaların sürecinin gecikmesinin başta gelen sebebinin bilirkişilik olduğu, buna karşın, sürecin taraflara bırakıldığı, ancak disiplin altına alındığı durumda sağlanacak hız, aşağıdaki tablolardaki mevcut durum ve önerilen durum karşılaştırılmasında kolayca görülebilir.

Süreci hakim yönettiği mevcut durumda :



Öneri : Süreci taraflar yönettiğinde!



Bilirkişilerin sadece sorulara cevap vermeleri sağlanmalı, hakimın görev alanına giren konularda değerlendirme yapmaları önlenmelidir.

Bilirkişilerin görüşüne başvurulun hususlar bilirkişi olarak atanacak ve mesleklerinde uzman kimselerin cevaplandırması gereken soruları içermeli, uyuşmazlıkta hakimın karar vermesi gereken konularda görüş içermemeli, uyuşmazlığın hukuki değerlendirmesi sadece hakime bırakılmalıdır.

Hukuki uzmanlık gerektiren konularda hakimın kontrolünde hukukçu bilirkişiye başvurulabilmelidir.

İdeali ve arzu edileni; uyuşmazlığı çözmekle görevli hakimın gerekli ve yeterli bilgi, tecrübe ve uzmanlığa sahip olması, hukuki konularda görüş almaya ihtiyaç duymamasıdır. Bununla birlikte mahkemelerimizde yeterli uzmanlaşmanın henüz sağlanamamış olması ve zaten bu konuda aşırıya gidilmesinin sakıncaları olduğu ise bir gerçektir. Bu şartlarda hukuk eğitiminin kalitesinin yükseltilmesi ve mahkemelerimizde yeterli uzmanlaşmanın sağlanmasına kadar hukuki konularda, en azından yeni ortaya çıkan ve tartışmalı olan konularda uzman hukukçuların görüşlerine başvurma ihtiyacı

olduğu da bir gerçektir. Nitekim HMK'nda yasaklanmış olmasına karşın mahkemeler bilirkişi heyetlerine hukukçuları da dahil etmektedir. Bu durum fiiliyatta büyük bir ihtiyaç olarak ortaya çıkmakta; yasaklanması da bir fayda getirmemektedir.

Özellikle teknik ağırlıklı konularda konunun hukuki boyutunun teknik uzmanlara açıklanması ve onların kendilerinden ne istendiğinin bilincinde olarak rapor vermelerinin sağlanması amacıyla teknik uzmanlara "yardımcı" olmaları için heyete hukukçu bilirkişi de dahil tayin edilmektedir.

Fakat, uyuşmazlığı hukuki yönden çözmek için atanmamış olmalarına rağmen bilirkişi heyetlerine hukukçu dahil edilmesi, teknik konularda görüş belirtilmesinin yanında hukuki konularda da görüş beyan edilmesine ve bilirkişi heyeti raporlarının hakime vereceği karar bakımından bir tavsiye ve hatta karar taslağı gibi ortaya çıkmasına neden olmaktadır. Bu durumların yaygınlaşması hakimlik görev ve yetkileri ile yargı hakkının bilirkişilere devredilmesi gibi olarak da algılanmakta, yargıya güvensizliğe neden olmaktadır.

Dolayısıyla bu hususta yapılacak düzenlemenin yukarıda kısaca özetlenen sorunları ve oluşan fiili durumları gidermesi gerekir. Bu bakımdan aşağıdaki hususları içeren bir düzenlemenin uygun olacağı düşünülmektedir:

a) Teknik hususlardaki soruların cevaplarının edinileceği bilirkişi görüşleri ile hukuki konulardaki soruların cevaplarının edinileceği bilirkişi görüşleri birbirinden ayrılmalı; kural olarak teknik bilirkişilere ayrı, hukukçu bilirkişilere ayrı olarak başvurulmalıdır; hukukçu bilirkişiye başvurular, tercihen, teknik bilirkişinin cevapları edinildikten ve hangi konuda uzman hukukçu görüşüne ihtiyaç olduğunun ortaya çıkmasından sonra yapılmalıdır.

Bununla birlikte uzman hukukçuların görüşüne başvurulmasını gerektiren konularda ya da teknik hususlardaki bilirkişilere sorulması gereken hususların belirlenmesi bakımından ihtiyaç duyulması halinde, bazı durumlarda hukukçu bilirkişilere teknik bilirkişilerden önce başvurulması daha uygun olabilir. Bu konunun her olayın gereklerine göre taraflar ve hakim tarafından takdir edilmesi uygun olacaktır.

b) Hukuki konularda bilirkişi görüşüne başvurulduğunda da yukarıda teknik bilirkişilere başvurulmasında olduğu gibi bir yöntem izlenilmelidir. Hukukçu bilirkişilere elde olan delillere ve teknik bilirkişi cevaplarına göre hangi sonuca varılması gerektiği gibi -hakime ait olan yargılama görevinin kapsamına girecek şekilde görüş sorulmamalı, uzman hukukçu görüşüne ihtiyaç duyulan hususlarda hukukçu bilirkişiden sadece o alandaki hukuki bilgiler elde edilmelidir.

c) Hukukçu bilirkişinin görüşlerinin alınması da tarafların sorumluluğunda olmalı, ancak hakimin eksik bulduğu hususlarda yeni hukukçu bilirkişiye başvurulmalıdır.

d) Lüzumsuz yere hukukçu bilirkişi görüşü alınmasını ve hukukçu bilirkişilerin hakimin yerine geçerek uyuşmazlığın sonucu hakkında kanaat belirtmesini önleyecek tedbirler alınmalıdır.

Uzman Görüşü ve Bilirkişi Görüşü olarak aynı manalı terimler üzerinden oluşturulan suni ayırım kaldırılmalı, HMK m.293'daki Uzman Görüşü kurumu HMK m. 266 ile m. 287 arasındaki hükümler çerçevesinde ve yukarıdaki ilkeler dikkate alınarak tadil edilmelidir.

HMK, m. 266(1) "özel veya teknik bilgiyi gerektiren hallerde görüşüne başvurulabilecek olan kişi"den "bilirkişi" olarak bahsederken, m. 293(1) de dava konusu olayla ilgili olarak "bilimsel mütalaa" düzenleyecek "uzman" bir kişiden söz etmekte; ve adeta eski ve yeni Türkçe kelimelerle bir terim karmaşası ortaya çıkmaktadır.

Şöyle ki m. 266(1)'deki "görüş" kelimesi ile m. 293(1)'deki "mütalaa" kelimesi aynı anlamı taşır. Bilirkişi mesleki bilgiye sahip olan "uzman" kişidir; "uzman" ise mesleğinin gerektirdiği bilgileri bilen "bilirkişi"dir. Yani, HMK m. 266(1)'deki terim ile m. 293(1)'deki terim aynı anlamı taşımaktadır. Bilirkişinin hazırlayacağı görüş de "bilimsel" olmak zorundadır; oysa m.293(1)'de de uzman kişinin "bilimsel mütalaa/görüş" hazırlayacağı söylenmektedir.

Sonuç olarak aynı kanun içinde aynı şey, iki farklı madde içinde ve eski ve yeni

Türkçe terimler kullanılarak, sanki iki farklı şeymiş ve iki farklı işlev gösteriyorlarmış gibi bir izlenim yaratılmış bulunmaktadır. Bu suni bir ayrım yaratma çabasından ibarettir. Bu suni ayrımın sadece duraksamaya ve ilerlemeyi önlemeye neden olacağı açıktır.

Öte yandan bu görüşümüzde belirttiğimiz üzere, adına ister bilirkişi isterse uzman kişi denilsin uyuşmazlıkla ilgili olarak bilimsel görüşüne başvurulanan kişinin görüş vererek gösterdiği işlev, taraflara iddia ve savunmalarında destek olmak, toplanılan deliller üzerinden nasıl bir sonuca varılabileceği hakkında bilimsel görüş vermekten ibarettir.

Eğer bilirkişilere kimin başvurduğuna bağlı olarak farklı bir sıfat veya isim verilmek istenirse bulunacak isim veya sıfatın bu niteliğe uygun olarak belirlenmesi dilbilgisi kurallarına uygun ve zaruridir.

Derneğimiz, bilirkişiliğin işlevine uygun olarak, taraflarca başvurulmuşsa "Taraf Bilirkişisi", her iki tarafça başvurulmuş ise "Müşterek Taraf Bilirkişisi", mahkemece atanmış ise "Mahkemece Atanmış Bilirkişi" sıfatları verilmesinin ve metinlerde bu terimlere riayet edilmesinin uygun olacağını düşünmektedir.

Bilirkişilere, en az, piyasa şartlarına göre hakettikleri ücret ödenmelidir.

Uyuşmazlıkların çözümü için görüşlerinin edinilmesi zaruri olan teknik ve hukukçu bilirkişilere normal piyasa şartlarına göre uyguladıkları ücretler ödenmelidir. Bu hususta ulusal ve uluslararası saygınlığı bulunan kuruluşların uyguladığı ücret tarifeleri ve ücret belirleme esasları dikkate alınarak, onlardan aşağı olmayan asgari ücret tarifeleri ya da asgarisi ve azamisi belirlenen bilirkişi ücret bantları belirlenebilir.

Taraflarca veya mahkemece görev verilmiş olmasına bakılmaksızın bilirkişilere ödenecek ücretlerin belirlenmesinde ve ödenmesinde ilk olarak bilirkişinin mesaisi karşılığında almayı hak ettiği, bilirkişilik yapmasaydı o mesaisi karşılığında makul olarak elde edebileceği miktar ve şartlar belirleyici olmalıdır. Bilirkişilik görevini mesleklerinde en üst düzeyde uzman olan kimseler için çekici hale getirmek için aynı meslek grubunda farklı uzmanlık seviyelerindeki kişilerin ücretleri arasında farklılaşma olacağı gerçeğinin kabul edilmesi ve dikkate alınması zorunludur.

Eğer bir asgari ücret tarifesi çıkarılacaksa, bilirkişilik görevini Anayasa anlamında bir angarya haline dönüştüren komik ücretler belirlenmesinden ve örneğin üç profesörün bilirkişi ücretinin her biri için 300.-TL gibi ücretlerle taltif edilmesinden kaçınılmalıdır. Ayrıca, bilirkişi ücretleri tespit edilirken daha mahkeme veznesinde %35 gelir vergisi kesintisi yapıldığı da dikkate alınmalı, uzman olarak bazen onlarca klasör üzerinde saatlerce, günlerce mesai sarfeden kişilerin, özellikle İstanbul'da vergi, yol ve kırtasiye masrafları düşüldükten sonra 100.-TL gibi onur kırıcı ücretlerle çalıştırılmasından vazgeçilmelidir. Unutulmamalıdır ki, böylesine düşük ücretler, zaten yeterince işi gücü olan uzmanların bilirkişilik görevi yapmaktan köşe bucak kaçmalarına neden olmaktadır.

Öte yandan, asgari ücret tarifeleri çıkarılması halinde, mesleklerinde diğerlerinden daha ileride olanların bilirkişilik yapmalarını teşvik edici mahiyet ve miktarlarda olmalı ve buna göre belirlenecek asgari ücret miktarlarının fazlasının bilirkişi ücreti olarak belirlenmesi ve asgari miktarların belli bir oranı aşmayan fazlalıklarının da yargılama gideri olarak tazmin edilmesine izin verilmelidir.

Taraflar bilirkişi görüşü almakta tamamen serbest olmalıdırlar. Ancak, sarfettikleri bilirkişi ücretlerinden sadece yargılama, iddia ve savunmanın kanıtlanması için edinilmesi zaruri olanları ve bu çerçevede belirlenmiş olan miktarlar tazmin ettirilmelidir.

Uyuşmazlığın çözümü için zaruri veya zorunlu olmadığı halde iddia ve savunmalarını desteklemek üzere taraflarca edinilerek mahkemelere sunulan görüşlere ilişkin bilirkişi ücretleri davayı kaybeden tarafa tazmin ettirilmemelidir. Bu hususta hakimın takdir hakkı olmalıdır.

4. Bilirkişi Sicili Hakkında :

Bilirkişi sicili herkesin erişimine açık olmalı, bilirkişi görüşü alınanların eklenmesi suretiyle güncellenmelidir.

Bir uyuşmazlığın giderilmesi, doğrudan doğruya uyuşmazlığın taraflarının menfaatlerini ilgilendirir. Uyuşmazlığın giderilmesi hususunda görüş verilmesi de dolayısıyla doğrudan tarafların menfaatlerini ilgilendiren bir hizmettir. Onun için, ister hukuk, ister ceza ve isterse idare hukuku uyuşmazlığı hakkında olsun, bilirkişilerin görüş oluşturması, özünde, uyuşmazlığın taraflarına ve sadece onların menfaatlerini ilgilendiren bir konuda hizmet verilmesidir. Bu öz niteliğı dikkate alındığında; bilirkişilerin taraflar ile veya mahkeme ile ilişkisine dışarıdan bir müdahale anlamına gelebilecek düzenlemeler işlevin niteliğine uygun değildir. Bilirkişilerin mahkeme ile ilişkisi, bilirkişi görüşünün yargılamada aranılan şartlarda ve standartlarda hizmet verilmesini sağlamaktan ibarettir. Başka bir deyişle, bilirkişi taraflara hizmet vermekte, ancak, hizmetinin, kanunla belirlenen ve mahkemece denetlenen kalite ve standartlarda olması gerekmektedir.

Bu nedenle de, bu alanda yapılacak düzenlemelerin, mahkemelerin ve uyuşmazlığın taraflarının ihtiyaçlarına, Devletin aradığı standartlarda cevap verebilen en uygun bilirkişi kaynağını oluşturmayı amaçlaması gerekli ve zaruridir.

Bu da bilirkişilik yapabileceklerin merkezi bir otorite tarafından seçilerek görev verilmesini - yani bilirkişilik yapabileceklerin belirlenerek bir sicile kaydedilmesini - değil, tersine mahkemelerin bilirkişi olarak yararlandığı bilirkişi insan kaynaklarının kaydedileceğı bir veri tabanı oluşturularak bunun başka uyuşmazlıklarda da yararlanılabilir hale getirilmesini gerektirir.

Öte yandan yargılamaların çoğunda görüldüğü üzere, uyuşmazlık konusunu çözmek için en uygun ve en uzman kaynakları taraflar ve vekilleri çok daha kolay belirlemekte, çok hızlı olarak bilirkişi görüşleri elde edebilmekte ve mahkemelere sunabilmektedir.

Buna mukabil, bilirkişilerin mahkemelerce tespit edilerek bulunması, ve bir uzman bulmanın bazen gerekenden çok daha uzun sürmesi, mahkemelerin en uzman kaynaklara ulaşmaktaki sıkıntıları, hali hazırdaki bilirkişilik şikayetlerinden en başta gelenleri ve yargılamaların gecikmesinin en önemli nedenlerinden birisidir. Bu durumda hakim uzun araştırmalar sonucunda bulduğu birkaç bilirkişiye adeta mahkum olmakta, devamlı olarak bu bilirkişileri kullanır hale gelmektedir.

Son derece zaman alıcı ve zor olan bilirkişilik işlevini yerine getirebilecek en iyi kaynağı bulma görevi hakimlerin üzerinden alınıp taraflara ve vekillerine verilmelidir. Gerçekten de taraflar, iddia ve savunmalarını güçlendirmek için görüşlerini alacakları bilirkişilerin, bilirkişilik yapmaya ehil olduklarına ilişkin bilgileri mahkemelere sunulabilir ve mahkemeler de bunları önerilen veri tabanına aktarmak suretiyle bilirkişi veri tabanını geliştirebilirler. Tarafların araştırıp bulduğu ve bilirkişilik yapmaya ehil ve istekli kimselerin ekleneceği böyle bir veri tabanı, her yeni atanan veya görüş veren bilirkişinin eklenmesi suretiyle devamlı gelişen güncel bir kaynak haline gelecektir.

Zaman içinde taraflarca bulunarak hizmetleri alınan ve isteyerek bilirkişilik yapacak uzmanlardan oluşan son derece sağlıklı bir veri tabanı oluşarak bu veri tabanı hem bilirkişiliği çekici hale getirebilir ve hem de yargılamalarda bilirkişi seçiminde böylece hukuki konularda da uzmanlaşmış bilirkişilere başvurulması artırılmış olur.

Görüş verdikleri her uyuşmazlıkla ilgili olarak taraflarca ve mahkemelerce performans değerlendirmeleri yapılmak suretiyle bilirkişilerin performanslarının izlenebilmesi mümkün olacak ve görevini iyi yerine getirenler olumlu olarak ayrışacaklardır. Gerçekten de bilirkişilerin performansını en iyi değerlendirebilecek olanlar o görüşün değerlendirildiği mahkemeler ve taraflar olacaktır. Bununla birlikte Bilirkişilerin performans değerlendirmesinin, bu konularda bir uzmanlığı olmayan kimselerce yapılmasının isabetli sonuçlar çıkarmayabileceği, mahkemelerin iş yükünü de artırabileceği dikkate alınmalı ve bu endişeleri giderecek objektif ve tartışmasız olacak göstergelere bağlı değerlendirme sistemi oluşturulmalıdır. Bu hususta kurulların ve kurullarda görev alabilecek meslek kuruluşu temsilcilerinin değerlendirmelere katılması da düşünülebilir. Böylece hem tarafların değerlendirmesine tabi olmaları ve hem de kamuoyunun gözü önünde olmaları etkin bir otokontrol ve yüksek performans ortaya çıkacaktır.

Oluşturulacak performans sisteminin, verilecek görüşlerin nesnelliğini ve görüşün belli bir yönde olmasından olumsuz olarak etkilenmesini önleyecek veya etkisini en aza indirecek, değerlendirmeler hakkında ilgililerin başvuru ve yeniden değerlendirme talep edebileceği süreç ve yöntemleri içermesi sağlıklı sonuç elde edilebilmesi için elzemdir.

Bu nedenle taslağın mantığının bu şekilde bir veri tabanı oluşturulacak, bilirkişiler hakkında da performans değerlendirme sistemi öngörülecek şekilde geliştirilmesi ve değiştirilmesi yararlı olacaktır.

Böyle bir sistemin bir kaç kritik noktası olacaktır:

(1) taraflar münferit olarak veya birlikte bilirkişiye başvurularken, yaptıkları açıklamaların ve verdikleri görevlerin bilirkişiyi hakim görevlendirmiş olsa idi nasıl olacak ise öyle olmasının sağlanması -bu amaçla diğer tarafın bilirkişinin görevlendirilmesine etkin ve aktif katkısının ve sorularının cevaplandırılmasının sağlanması,

(2) bilirkişilere, verilen görevlerde normal şartlarda verdikleri hizmetler için aldıkları ücretin ve yargılamada görev yapıyor olmalarının getirebileceği sonuçlar nedeniyle bir yargısal görev primi eklenmesi suretiyle tespit edilerek ve piyasa şartlarına uygun olarak ödenmesi,

(3) tarafların ve bilirkişilerin suiistimallerini önleyecek veya en aza indirecek etkili çalışan bir mekanizmanın kurulması ve mekanizmayı etkin olmaktan çıkaracak davranışların caydırıcı yaptırıma bağlanması.

Yukarıdakilere ilaveten;

(4) bilirkişilik yapan çeşitli meslek mensuplarının yargılamalarda dayanılmak üzere görüş verme konusunda gittikçe daha yetkin hale gelmeleri, örneğin, mahkemelerce aranan hususları tam olarak içeren ve iyi uygulama örneği olan raporlar düzenlemeleri uzun vadede uyuşmazlık çözümünü kolaylaştıracaktır. Ancak bilirkişilerin kendi mesleklerini bir yana bırakarak bilirkişiliği profesyonel bir iş veya ticaret haline getirmeleri, kaldıramayacakları kadar ağır bilirkişilik görevi kabul etmeleri önlenmeli;

(5) ayrıca, güçlü konumda olan tarafların, silahların eşitliği ilkesine aykırı olarak bilirkişiler üzerinde etki oluşturmaları önlenmelidir.

5. Bilirkişi Üst Kurulu Yargı Bağımsızlığını Zedeleyicidir:

Öngörülen Bilirkişi Üst Kurulu yargı'nın bağımsızlık ve tarafsızlığına aykırıdır.

Öncelikle taslakta bu kurula verilmesi öngörülen bilirkişileri seçme, görev yapma izni verme ve izni iptal etme işlevlerinin yargı bağımsızlığını ihlal edeceği, böyle bir işlevin bilirkişiler yoluyla yargıya müdahale ile sonuçlanabileceği düşünülmektedir.

Bilirkişilerin özlük durumlarının veya önerilen veri tabanlarındaki etik, performans ve sair konulardaki değerlendirme işlemlerinin herhangi bir düzenleme ile bağımsız ve tarafsız yargı unsurlarının dışında bir kuruma, bu çerçevede tasarıda öngörüldüğü gibi çoğunluğu Adalet Bakanlığı yetkililerinden veya diğer idare makamlarının yetkili veya temsilcilerinden oluşan bir kurul veya yapılanmaya açık tutulmasının da yargı bağımsızlığını ve tarafsızlığını ihlal edeceği düşünülmektedir.

Bunun yerine bilirkişiler ile ilgili sorunları izleme, bu sorunları giderme için tedbirler alma, bilirkişi performanslarını ve iş yükünü takip ve değerlendirme ve sair hususlar ile işlevleri yerine getirmesi düşünülen bir kurul yapılanması düşünülmelidir. Bilirkişilik ve bilirkişiler ile ilgili şikayetleri takip edecek, sorunların giderilmesi için gerekli tedbirleri alacak ve gerektiğinde bilirkişilerin bireysel ihlal ve ihlalleri hakkında gerekli yasal işlemleri yapacak, ancak bağımsız ve tarafsız olacak bir yapılanmanın taslağın amacına daha uygun olacağı düşünülmektedir.

Bu çerçevede Taslakta öngörülen kurul yerine, her yargı çevresinde veya her bölge (adli veya idari) mahkemesi yargı çevresinde yetkili olan adalet komisyonları ile baroların temsilcilerinden oluşan bir komisyon veya benzeri yapılanma ile bu görevin yerine getirilmesinin, daha doğru ve yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığına daha uygun olacağını düşünmekteyiz.

Yargı bağımsızlığını zedelemeyecek olan yapılanma için, adalet komisyonları ve baroların katılımı ile oluşan bir komisyon şeklinde bir yapı düşünülebilir. Bu komisyonlara bürokratlar katılmamalı, sadece yargı ve baro temsilcileri üye vermeli veya bunlar her halükarda çoğunluğu teşkil etmelidir. Keza, komisyonlar merkezden bağımsız olmalı; bağımsız komisyonların düzenli olarak bir araya gelmesini sağlayan bir merkezi

koordinasyon kurulu, kurulun kendi içinde oluşturulmalıdır.

Yargı ve Baro temsilcilerinin oluşturacağı komisyonlara, üyeleri arasından bilirkişiler atanan meslek odalarından temsilciler ile Adalet Bakanlığından temsilcilerin (Adalet Bakanlığı temsilcileri çoğunluğu teşkil etmemek üzere) atanması da düşünülebilir.

Bu hususta Türkiye ile benzer demografik büyüklüğe sahip Almanya, İngiltere, Fransa, İspanya ve İtalya'dakiler ile varsa diğer ülkelerdeki örnek uygulamalar incelenmeli ve Türkiye'nin sistemine özgün bir organizasyon ve yapılanma sağlanmalıdır.

Hakimin bilirkişiyi resmi listeden seçmek zorunda olması bağımsızlığını ihlal edecektir.

Bilirkişilerin öncelikle taraflarca birlikte veya ayrı ayrı seçilmesi sağlanmalı, hakim bilirkişi atamak zorunda olmadan, taraflarca alınacak bilirkişi görüşlerini de dikkate alarak karar vermelidir. Buna rağmen hakim bilirkişi seçmek zorunda olursa, veri tabanından uygun gördüklerini seçebileceği gibi, veri tabanında yer almayan, ancak yetkin olan bir başka uzman kişiyi de bilirkişi olarak atayabilmelidir.

6. **Bilirkişilerin İhmal ve İhlallerinden Sorumluluğu :**

Bilirkişilerin ihmal ve ihlallerinden sorumluluğu Borçlar Kanunu m. 114(3)'e uygun olarak düzenlenmelidir.

Bilirkişiler ister taraflarca ister mahkemelerce atanmış olsun, yargılamalarda kullanılmak üzere görüş verdiklerinde: ücretlerini başta taraflardan birisi ödemiş ve hatta kendisine bir tarafça başvurulmuş olmasına bağlı olmaksızın bağımsız ve tarafsız olarak ve görüş verdiği konudaki tüm bilgi ve belgeleri inceledikten, emin olmadığı konularda yeterli açıklamayı aldıktan ve bildiklerinin tamamının ve uyuşmazlıkla ilgili olabilecek diğer hususları da tam, doğru ve samimi bir şekilde açıkladıklarına dair bir "yazılı yemin beyanı" verdikten sonra rapor düzenlemelidirler. Bu beyanı içermeyen bilirkişi görüşlerinin mahkemelere verilmesi ve bu görüşlere dayanılması yasaklanmalıdır.

Bilirkişilerin görevlerini ihmal veya ihlal ettikleri durumlarda en başta lüzumsuz yere yargılama giderine neden olunması olmak üzere, yargılamanın lüzumsuz yere uzaması ve hakkın yerine gelmesinin gecikmesi gibi önemli zararlar ortaya çıkmaktadır. Bilirkişiler mesleklerinde uzman kişiler arasından seçilmek zorundadırlar. Dolayısı ile çok dikkatli olmak, aksi halde kast ve ihmallerinin sorumluluğuna katlanmak zorundadırlar. Nitekim Türk Borçlar Kanunu m. 114(3)'ün "*Uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya san'at, ancak kanun ya da yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun hafif kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür.*" şeklindeki hükmü, mesleklerinde uzman kişiler olan bilirkişilerin her türlü (ihmal ve ihlal) kusurlarından sorumlu olmalarını gerektirdiğini ve bağışık olamayacaklarını göstermektedir. Bu hüküm yargılamalarda bilirkişilik yapacakların her türlü kusurlarından sorumlu olacağını ortaya koymaktadır.

Burada doğal olarak Bilirkişilerin hafif ihmalleri nedeniyle sorumlu tutulmalarının uygun olmayabileceği düşüncesi akla gelecektir. Yapılacak düzenlemede bilirkişilerin herhangi bir hafif ihmalinden dolayı değil de, yargılamada ve bilirkişi görüşü alınması sürecinde tekrar soru sorulması, itiraz veya ek görüş istenmesi süreçlerinde hata ve eksiklikleri gösterilmesine ve bu hata ve eksikliklerin aşık olmasına rağmen bunları düzeltmemelerinden veya gidermemelerinden doğan ihmallerinden dolayı ve illiyet bağı kurulabilen (örneğin yeni bilirkişi ücreti ödenmesi gibi) zararlardan sorumlu tutulacakları, örneğin, salt kök raporda ihmallerinin olmasının sorumlu tutulmaları için yeterli olmayacağına yönelik düzenleme yapılması bu husustaki soru işaretlerini giderecektir.

Dolayısıyla Taslak'ta bilirkişilerin sorumluluğu Borçlar Kanunu hükümlerine uygun olarak ve yukarıdaki esaslar dairesinde, bilirkişinin görüşünün hükme esas alınıp alınmadığına bakılmaksızın, ihmal veya ihlal ile uygun illiyet bağı kurulabilen zararlardan dolayı hukuki ve cezai sorumluluğu açık ve kolayca işletilebilecek şekilde düzenlenmeli, düzenlemeler etkin bir şekilde işletilmelidir. Bu hususta bu tür davranışlarla karşılaşan yargılama hakiminin disiplin yaptırımları uygulaması ve suç teşkil ettiğinden ciddi olarak şüphelenilen durumlarda mutlaka savcılıklara suç duyurusunda bulunması düşünülebilir.

7. Bilirkişilik Düzenlemesinin Başarısının Dürüstlük İlkesinin Hayata Geçirilmesine, Vakıa ve Delillerin Tam ve Doğru İfşası'na Bağlı Olduğu:

Hukuk uyuşmazlıklarının çözümünde hem yargılamanın etkin ve verimli şekilde yürütülerek en kısa zamanda sonuçlandırılabilmesi hem de uyuşmazlığı çözen kararın gerçeğe uygun ve isabetli olarak verilebilmesi için, uyuşmazlık konusu vakıaların tam ve doğru olarak açıklanmış olması, uyuşmazlık konularını giderecek delillerin de eksiksiz olarak sunulması ve en kısa sürede elde edilmiş şarttır.

Bu durum, hem bilirkişilerin sağlıklı ve isabetli görüş verebilmelerini temin etmek için hem de bilirkişilik sisteminden isabetli ve etkin sonuç alınması için bilirkişilerden görüş istenilmesinden önce, tarafların uyuşmazlık konusu maddi gerçeğe ilişkin olarak vakıaları ve delilleri tam ve doğru olarak açıklamış, maddi gerçeğe ilişkin vakıalar ve delilleri tam ve doğru olarak ifşa ve ibraz etmiş olmalarının sağlanmış olması maddi bir zorunluluk olarak ortaya çıkmaktadır.

Öte yandan yargılamalarda isabetli, doğru ve adil kararlar verilebilmesi, ve aynı zamanda uzman görüşü gereken konularda bilirkişilikten hızlı, etkin ve verimli olarak yararlanılabilmesi, uyuşmazlık konusu maddi gerçeğe ilişkin açıklamaların dürüst ve doğru olduğunu denetleyecek olan delillerin en kısa zamanda, maddi gerçek tam olarak ortaya çıkarabilecek şekilde samimi, tam ve doğru olarak ortaya konulmasına bağlıdır. Vakıa ifşalarının samimi, tam ve doğru olması, delillerin de erken bir aşamada tam ve eksiksiz olarak ibraz ve elde edilmesi - aynı zamanda - taraflar arası uzlaşmanın, mahkeme öncesi çözüm yollarının teşvik edilebilmesi, uzlaşamadığında ise yargılamaların en yüksek isabetle ve hızla sonuçlandırılabilmesi için de zorunludur.

Başka bir deyişle bilirkişiliğin yargılamaya yardımcı ve etkin olabilmesi, Dürüstlük İlkesi'nin "vakıa ve delillerin tam ve doğru ifşa'sı ve ibrazı" suretiyle hayata geçirilmesi yoluyla mümkün olabilecektir.

Öte yandan, ülkemizin tarafı olduğu ve Anayasa m. 90 gereğince Anayasa'ya aykırılığı iddia edilemeyecek olan uluslararası sözleşmelerden doğan yükümlülüklerine uyum sağlanabilmesi için de tam ve doğru ifşa ve ibraz ile delillerin dava öncesinde toplanmasına ihtiyaç vardır. Nitekim, ülkemizin tarafı olduğu TRIPs m. 43'te Anglosakson hukukundaki "*Vakıaların ve delillerin tam, doğru ve samimi olarak ifşası*"

"full and frank disclosure" ilkesini yansıtmakta; adli mercilerin, tarşı tarafın elinde bulunan delili ibraz etmesini emredebileceğini öngörmektedir.

AB'nin 29 Nisan 2004 tarihli 2004/48/EC Yönergesinin "Deliller" başlığını m.6(1)'in *"Üye ülkeler, gerekli düzenlemeler yaparak, yeterli ve makul delil sunulması durumunda, adli mercilerin karşı tarafın elinde bulunan delillerin sunulmasını emretme yetkisine sahip olmasını sağlayacaklardır."* hükme TRIPS'in Deliller başlıklı m. 43(1) ile tamamen aynıdır. Ayrıca, sözü edilen Yönerge'nin "Delillerin Muhafazası için Tedbirler" başlığını taşıyan 7(1) maddesi delillerin çıkarttırılması (ifşa ve ibraz ettirilme) talebinin dava içinde veya dava açılmadan önce yapılabilmesini, delillerin çabuk ve etkin tedbirlerle muhafaza altına alınmasını öngörmektedir.

TRIPS m. 43'ten kaynaklanan yükümlülük husus TRIPs üyesi olan İngiltere'de "Anton Piller Order" denilen, Fransa'da "Saisie Contrefaçon" ismi verilen delil toplama yöntemleri ile etkin bir şekilde halledilmiş bulunmaktadır. Bu hususta "Prof. Dr. Köksal Bayraktar'a Armağan", Cilt I, s. 49'daki Mehmet Gün'ün *"Türkiye, Uyuşmazlıklarda Doğrunun Tam Olarak Açıklanmasına - Çağdaş Bir İfşa ve İbraz Sistemine Muhtaçtır"* isimli makalesine ve özellikle s. 57 ve devamındaki karşılaştırmalı hukuk açıklamaları'na bakınız.

Prensip olarak, delillerin ancak dava açıldıktan sonra çıkartılmasını öngören ancak, hakimın, karşı tarafın veya üçüncü bir şahsın elinde bulunan delilin çıkartılmasını emredebildiği Alman hukuk yargılama usulünde, karşı tarafın elindeki delillerin dava açılmadan önce elde edilmesini ve çıkartılmasını öngören 2004/48/EC AB Yönergesinin 7. maddesi, Alman Patent Yasası m. 140 ile hayata geçirilmiştir. Şartları yerine getirilmek kaydı ile karşı tarafın elindeki delillerin dava açılmadan önce hakimın kararı ve gözetimi altında elde edilmesi böylece mümkün hale gelmiştir. Fransa'da da benzer bir durum söz konusudur. Başvuran tarafın meşru bir gerekçesi olması kaydıyla, herhangi bir davanın açılmasından önceki bir tarihte talep üzerine delillerin toplanılmasına ve muhafazasına karar verilebilmekte; bu yöndeki kararlar, bizzat hakim tarafından veya hakimın gözetiminde bir yardımcı tarafından (mahkeme katibi veya icra memuru) yerine getirilmektedir.

Bununla birlikte her iki sistemin buluştuğu ortak noktalar: (i) karşı tarafın elinde bulunan delillerin elde edileceği; (ii) bu delillerin dava açılmasından önceki bir tarihte talep üzerine ve belli bazı şartlar mevcutsa elde edilebileceği; (iii) karşı tarafın elindeki delillere hakimın şartlar yerine geldiği takdirde hızlı bir şekilde vereceği geçici bir tedbir niteliğindeki bir kararı ile ulaşılabileceği; ve (iv) karşı tarafın elindeki delillerin hakim tarafından veya hakimın gözetimi altında elde edileceği şeklinde belirlemektedir.

Batı ülkeleri hukuk sistemlerinde, uyuşmazlıklara ilişkin delillerin dava öncesinde elde edilmesi hususunda gelişmeler olmakta; Anglosakson hukuk sistemlerindeki dava öncesi ifşa, ibraz ve elde etme sistemlerinin yarar ve sakıncaları değerlendirilerek yeni çözümler geliştirilmeye çalışılmaktadır.

Türkiye'de ise HMK m. 29 ile m. 219'un birlikte, "*Vakıaların ve delillerin tam, doğru ve samimi olarak ifşası*"nı öngörerek TRIPs m. 43'ü fazlasıyla karşıladığı söylenebilir. Ancak HMK m. 29 ve m. 219 (Mülga HUMK m.326) hükümleri, fiilen uygulanamaz durumdadır.

Bu hükümler, özellikle kapsam olarak - karşı tarafın elindeki delilleri çıkarttıramaması bakımından - eksik, işlemlerini sağlayacak bir mekanizma ve etkin bir yaptırım olmadığı için de hiç işletilmez ve/veya işlemesi tarafların iyiniyetine bağlı bir durumdadır. HMK m. 29'un işlemlerini sağlayacak bir mekanizma ve aykırı davranıştan caydıracak etkili bir yaptırım yoktur. HMK m.220'de öngörülen şartların yerine getirilmesi fiilen imkansız olması HMK m.219'u fiilen işlemez hale getirmektedir. Zira karşı taraf ibrazdan kaçındığı takdirde hakimın zorla delilleri toplatma yetkisi olmadığı gibi, çıkartılmasını sağlamak için etkin bir yaptırım uygulama imkanı yoktur. Öngörülen "*o delilin ispat edilmek istenilen hususu kabul etmiş sayma*" yaptırımının işletilmesi imkansızdır; çünkü çıkarılmayan delilin neyi isbat edeceği hakkında istenilen şartların yerine gelmesi imkansızdır. Nitekim bu madde hükmünün uygulandığına dair içtihat bulunmamaktadır.

Nitekim, bu durumun getirdiği kısıtları gidermek amacıyla TRIPs m. 43'e karşı gelmek üzere Marka KHK m. 65, Patent KHK m. 139'da özel hükümler getirilmiş bulunmaktadır. Karşı tarafın vermesi gereken delilleri vermekten kaçınması halinde - bu hükümlerin de - uygulanamaz olması durumu, 5846 sayılı FSEK m. 76 ve m. 77'de olağanüstü ayırık hükümler getirilerek giderilmeye çalışılmış; HUMK m.332 HMK

m.220'nin yetersizliği "*iddiayı kabul etmiş saymak*" ve "*bir yerin açılmasını veya kapatılmasını emretme veya bir kısım şeylerin zaptına karar verme*" gibi hukuk usulüne uyarlığı tartışılabilir olacak olağanüstü tedbirlerle aşılmaya çalışılmıştır.

Türkiye'nin hukuk yargılamalarında, özellikle karşı tarafın elinde bulunan delillerin dava açılmadan önce elde edilmesi suretiyle vakıaların dürüstçe açıklanmasını ve ilgili delillerin en erken zamanda ve tam olarak toplanmış olmasını ve dolayısıyla davaların en başından iyi hazırlanmış olmasını sağlayacak, dosya içeriğine ve taraf beyanlarına mahkemenin ilk andan itibaren itimat edebileceği bir ortam oluşturacak düzenlemeler yapması gereklidir.

Bunun için en başta HMK m. 29 ve 219'un bütün yargılamalar için işler hale getirilmesi, HMK'daki, delillerin kural olarak dava açıldıktan sonra toplanacağına ilişkin HMK hükümlerin, delillerin ilke olarak dava açılmadan önce toplanacağı, istisnai hallerde dava açıldıktan sonra toplanacağı bir şekilde değiştirilmesi, ayrıca karşı tarafın elindeki delillerin çıkartılmasını imkansız hale getiren HMK m. 220 hükmünün Alman ve Fransız Usul yasalarının öngördüğü sonucu verecek şekilde değiştirilerek düzeltilmesinin gerekli olduğu düşünülmektedir.

Bu açıdan bakıldığında, Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 29'da "*Dürüst davranma ve doğruyu söyleme yükümlülüğü*"; m. 219'da da "*Tarafların belgeleri ibraz zorunluluğu*"nın amaçladığı düzeni hayata geçirerek, tarafların uyuşmazlıklarla ilgili vakıaları samimi, tam ve doğru olarak ifşa etmesini, vakıalara ilişkin delilleri de tam ve eksiksiz olarak daha uyuşmazlığın yargılamasının en başında ve hatta yargılama başlamadan önceki bir evrede ibraz ve elde edilmesini sağlayan bir hukuk sisteminin hem bilirkişi görüşleri, hem de yargılamalarda isabetli ve etkin sonuçlar elde edebileceği düşünülmektedir.

Delillerin, yargılama öncesinde veya yargılamanın erken aşamalarında tam olarak elde edilebilir olması, bilirkişi görüşlerinin de sürecin erken aşamalarında ve yüksek isabetlilikle ortaya çıkmasını sağlayacak ve böylelikle uyuşmazlıklarının sulhen veya mahkemece çözümüne yüksek derecede katkı sağlayacaktır.

Delillerin dava açılmadan önce toplanabildiği bir ortamda dosyalar hem vakıalar bakımından tam ve doğru ve hem de deliller bakımından tekemmül etmiş olarak mahkemelerin önüne gelecektir. Öte yandan tekemmül etmiş dosyaların hazırlanabildiği böyle bir ortamda bilirkişi görüşü edinilmesi disiplin altına alınarak taraflara yüklendiği takdirde bilirkişi görüşlerinin daha dava açılmadan bile elde edilmesi mümkün olabilecektir. Bu halde ise uyuşmazlık tarafları oldukça netleşmiş olan uyuşmazlıkları konusunda uzlaşmaya daha yatkın olacak ve mahkemelere intikal eden işlerde azalma olacaktır.

Böyle bir ortamda uyuşmazlık çözümü süreçlerinde taraflar dürüstlük ilkesine uymak zorunda kalacak, uyuşmazlıkları hakkında uzlaşma zarureti hissedecekler ve mahkemelere düşen iş yükü hem dava sayısı ve hem de her bir davada hakimin yapması gereken iş miktarı bakımından önemli miktarda azalacaktır.

Derneğimizin tahminlerine göre delillerin önceden toplanması ve bilirkişi görüşünün taraflarca edinilmesi sisteminde mahkemelere intikal eden uyuşmazlık sayısı hızla azalacak ve zamanla mevcut sayının % 20'si civarına düşürülebilecektir. Öte yandan her bir davada hakim tarafından yapılması gereken yargılama işlemleri birim olarak % 80 - 90 oranında azalabilecek ve hakimin temel olarak ihtiyatı ve koruyucu tedbirler ile kapsamlı nihai duruşmaya ve iyi gerekçeli kararlar yazılmasına imkan veren bir ortam oluşturabilecektir.

Bu amaçla, hukuk yargılamalarında fiilen işlemez durumda bulunan HMK m. 29 ve 219'un işlerliğinin sağlanması ve bu iki maddenin özünü yansıtan bir kuralın eklenmesinin zaruri olduğu düşünülmektedir. HMK m. 29 ve 219'un birleştirildiği bir metin önerisini yazımız ekinde takdim ediyoruz.

Ayrıca karşı tarafın elindeki deliller de dahil olmak üzere uyuşmazlıkla ilgili delillerin dava açılmadan önce toplanabilmesi sağlanmalı, HMK m. 400 hükmü ve özellikle 400.maddenin 2.bendi, AB Yönergesi, Almanya'da Patent yasasına getirilen düzenleme, Fransız Usul Yasasının hükümleri ve özellikle m. 145'de öngördüğü sistemi daha iyi ve etkin olarak gerçekleştirmeye yönelik olarak, Türkiye'nin gerçeklerine ve şartlarına uygun bir düzenleme yapılmalı; delillerin dava açıldıktan sonra toplanması istisnai hallere mahsus olmalıdır.

"Dürüst Davranma, Doğruyu Söyleme ve Belgeleri İbraz Yükümlülüğü

Madde No. (1) Taraflar, uyuşmazlıkları ile ilgili olarak birbirleri arasında ve mahkeme ve görüşüne başvuracakları bilirkişiler ile ilişkilerinde ve uyuşmazlığın çözümü süreci boyunca, dürüst davranmak zorundadırlar ve uyuşmazlığın dayanağı olan vakıalara ilişkin açıklamalarını gerçeğe uygun bir biçimde yapmakla yükümlüdürler.

(2) Taraflar, kendilerinin veya karşı tarafın delil olarak dayandıkları ve ellerinde veya kontrollerinde bulunan tüm belgeleri ibraz ve/veya ibrazını temin etmek ve diğer tarafa tebliğ etmek zorundadırlar.

(3) Tarafların bu maddedeki yükümlülükleri nasıl yerine getireceği hususunda, uluslararası alanda kabul gören kurallar da dikkate alınarak bir yönetmelik çıkarılacaktır."

Önerilen Metin

"Amaç ve Kapsam

MADDE 1 - (1) Bu Kanunun amacı, yargılamalarda bilirkişilik müessesesinden tarafların ve yargı organlarının en etkin ve verimli şekilde yararlanmasını sağlamak olup, bu amaçla aşağıdaki hususları kapsar:

(a) Yargılamalara görüşleri ile yardımcı olabilecek, mesleklerinde yetkin ve bilirkişilik yapacak seviyede bilgi, tecrübe ve uzmanlık sahibi kişilerin belirlenerek, bilgilerinin mahkemeler, avukatlar ve tarafların yararlanabileceği şeffaf bir ortamda kamuoyu ile paylaşılması;

(b) Yargılamalarda bilirkişilerin, bilirkişilik niteliğine sahip olanlar arasından seçilmesinin ve mesleklerinde yetkin kimselerin yargılamalarda bilirkişi olarak görev almalarının ve görüşlerinden yararlanılmasının sağlanması,

(c) Bilirkişilerin etkin ve verimli hizmet vermeleri için gerekli tedbirlerin alınması,

(d) Bilirkişilerin yargılamalarda adli gerekliliklere ve etik kurallara uygun görüş vermelerinin sağlanması,

(e) Bilirkişilikle ilgili sorunların ve şikayetlerin düzenli ve dönemsel olarak belirlenmesi, derlenmesi ve giderilmesi için mekanizma geliştirilmesi,

(f) Bilirkişilik görevlerinin yerine getirilmesi sırasında ortaya çıkan suç, kabahat ve sair hukuka aykırılıkların belirlenmesi ve takibi,

(g) Mesleklerinde uzman kişilerin yargılamalarda görev almaya teşvik edilmesi, ücret, çalışma şartları ve görevlendirmeleriyle ilgili hususlarda sorunlarının belirlenmesi ve giderilmesi için tedbir alınması,

(h) Tarafların yargılama ile ilgili hususlarda yargılama ilkelerine uygun olarak bilirkişi görüşü edinmelerinin ve silahların eşitliği ilkesine uyumunu sağlayacak tedbirlerin alınması,

(ı) Bilirkişiye tevdi edilen görev ile bu görev karşılığında ödenen ücret arasında orantının sağlanması. "

"Bilirkişi Görüşü Alınması Usulü:

MADDE 1 - (1) Yargılamada tarafların delillerinin toplanması üzerine, taraflar, hakkında bilirkişi görüşü alınarak çözülmesi gereken hususları belirleyerek mahkemeye bildirirler. Taraflar müştereken bir listede anlaşılmadıkları takdirde Mahkeme, iki tarafın bildirdiklerini birleştirerek bilirkişilere sorulacak hususları belirler.

(2) Taraflar, mahkemece toplanan delillerin tamamının tasdikli bir suretini ve (1). bende göre tespit edilen soruları takdim ederek, bu konuda bilirkişi görüşü vermeye yetkin olduğunu tespit edecekleri mesleklerinde uzman kişi veya kişilerden görüşlerini yazılı olarak temin ederler.

(3) Taraflar, görüşüne başvurdukları uzman kişilerin "davanın görüldüğü mahkemeye hitaben, kendilerine bilirkişi görüşü için başvurulduğunu, bilirkişilik yapmaya ehil ve yetkin olduklarını, bu konudaki eğitim ve tecrübelerini, taraflar ve dava konusu ile ilgili olarak bilirkişilik yapmalarına engel olan bir durumları olmadığını ve sunulan delillere ve bilgilere göre doğru ve isabetli görüş vereceklerini taahhüt eden, gerçeğe aykırı görüş vermeleri halinde TCK m. ... gereğince cezai sorumlulukları olduğunu bildiklerini ve bunun bilincinde olarak görüş düzenlediklerini beyan eden, bağımsızlıkları ve tarafsızlıkları veya görüşlerinin sağlığı hakkında şüpheye neden olabilecek durumlarının olmadığını ve/veya varsa neler olduğunu açıklayan" yazılı ve taraf avukatı ile birlikte veya bir noter huzurunda bir beyanname imzalanarak mahkemeye sunulmasını sağlamak zorundadırlar.

(4) Taraflar "tüzükte" şekli ve içeriği belirlenecek bir bilirkişi kimlik, yetkinlik ve tecrübe bildirim formunu doldurarak kendisine başvuran avukat huzurunda imzalanmış bu formu mahkemeye sunmak zorundadır. Mahkeme bu formun mahkemece tasdikli bir suretini Bilirkişi Veri Tabanına eklenmek üzere [Adalet Komisyonu/ Bilirkişi Sorunları İzleme Komisyonu'na] gönderir.

(5) Yargılama öncesinde veya yargılama içerisinde olup da, delillerin toplanmış olmasından önceki bir aşamada taraflardan herhangi biri iddia veya savunmasını desteklemek üzere, diğer tarafın sorularını aldıktan sonra ya da almadan önce, yukarıdaki diğer esaslara riayet

ederek, bilirkişi görüşü edinebilir. Bir tarafın böylelikle alacağı bilirkişi görüşünün mahkemeye sunulabilmesi için, aşağıdaki hususlara riayet edilmesi şarttır. Aksi takdirde bilirkişi görüşünün dosyaya sunulması kabul edilmez, herhangi bir şekilde sunulmuş ise dosyadan çıkarılarak sahibine iade edilir:

(a) Görüş alan tarafın, henüz mahkemeye sunmamış olsa bile, davada sunmak zorunda olduğu ve iddiasının kanıtı olarak dayanacağı bütün delilleri ve bilgileri bilirkişiye bir lisyeye bağlı olarak açıklaması şarttır;

(b) Dava açıldıktan sonra bilirkişiye başvurulmuş ise dava dosyasına sunulmuş tüm dilekçe ve delillerin tam birer suretinin, listeye bağlı olarak bilirkişiye sunulması şarttır.

(c) Görüş veren bilirkişinin kendisine sunulan her türlü dilekçe ve belgelerin bir listesini görüşüne eklemiş ve görüşünü bu bilgi ve belgeler çerçevesinde oluşturduğunu beyan etmiş olması zorunludur.

(d) Görüşü sunan tarafın, dava dosyasına sunulan bilirkişi görüşü hakkında olabilecek sorularının cevaplanması için gereken ücretleri de bilirkişiye ödemiş veya mahkemeye depo etmiş olması ve diğer tarafın hiç bir kısıta tabi olmadan sorularını sorarak bilirkişinin cevaplandırmasını sağlaması şarttır.

(e) Görüş veren bilirkişiler, delillerin tamamının toplanmasından sonra, yeniden delil sunulması halinde, sonradan toplanan delilleri de dikkate alarak görüşlerini tekrar gözden geçirmek, gerekirse değiştirmek, taraflar veya mahkemece sorulacak sorulara cevap vermek zorunda olacaklardır.

(6) Tarafların farklı bilirkişilerden görüşler almış olmaları ve görüşler arasında farklılık bulunması durumunda, tarafların üzerinde mutabık oldukları, olamadıkları takdirde ise mahkemece belirlenecek bilirkişiden görüş alınabilir. Dosyaya rapor ibraz eden bilirkişiler taraflardan birinin talebi üzerine duruşmada çapraz sorguya tabi tutulabilir.”

"Bilirkişilerin Belirlenmesi, Atanması ve Ücretleri:

MADDE xxx - (1) Bilirkişilere, verecekleri görüş nedeni ile mesleklerini yaparken olağan şartlarda uyguladıkları fiyat ve ücretlerden daha az olmayan, yargılamada bilirkişilik yapmalarının gerek ve zorluklarını da dikkate alan, mesaipleri ile uyumlu bir ücret ödenir.

(2) Taraflar, bilirkişi görüşüne başvuracaklarında, görüş alınmasına gerek duyulan konunun uzmanı olanlardan en az üç bilirkişi adayı belirler; adayların her birisinin bilirkişilik yapabilecek yetkinlik, tecrübe ve uzmanlıkta olduklarını gösteren bilgileri içeren özgeçmişlerini edinerek, istenilen görüşün oluşturulması için talep edecekleri ücreti, ücretin nasıl belirleneceğini ve hesaplanacağını, mümkün ise alt ve üst sınırını gösteren ücret teklifleri alırlar.

(3) Tarafların her birisi, üçten az olmamak üzere bilirkişi adaylarını belirler ve görüş ve itirazlarını, varsa çekinme sebeplerini bildirmesi için diğer tarafa bildirir.

(4) Taraflar, bilirkişi olarak görüşüne başvurulabilecekleri hususunda anlaştıkları kişilere birlikte başvurarak tek bir görüş alabilecekleri gibi, isterlerse ayrı ayrı bilirkişilere başvurarak ayrı ayrı görüşler alabilirler; ancak, bilirkişilerin, tek taraflı olarak alınan görüşler hakkında karşı tarafın sorularını cevaplandırmak suretiyle ek görüş düzenlemeleri zorunludur.

(5) En düşük ücret teklif eden adaydan değil, hizmeti en iyi şekilde verebilecek olan kişiden bilirkişi görüşü alınır. Tarafların uzmana başvurması halinde uzmana ödenecek ücret, uzmanın karşılığında görüş vermeyi kabul ettiği ücrettir.

(6) Taraflar, diğer tarafa bildirimde bulunmaksızın da bilirkişilik yapmaya ehil olan ve engeli bulunmayan kimselerden bilirkişi görüşü alabilirler; ancak, bu şekilde alınan görüşlerin, mahkemeye sunularak yargılamada dayanılabilmesi için, (xxx) maddedeki diğer hususlara riayet edilmesi ve diğer tarafın bilirkişi sürecindeki soru sorma ve sair haklarının rapor alınmasından sonra yerine getirilmiş olması zorunludur.

(7) Bilirkişilere ödenecek ücretler kimin tarafından ödendiğine bağlı olmaksızın, o hizmet için piyasa şartlarına uygun olarak belirlenecek makul bir miktarı yargılama gideri olarak kabul edilir.

Yargılama giderlerinin tazmini hususunda hakim, diğer, bilirkişi adaylarının, ücret tekliflerini dikkate alarak bilirkişi ücretinde uygun gördüğü miktarda bir ayarlama yapabilir. Bu hususta varsa üniversitelerin döner sermaye işletmelerinin uyguladığı tarife ve ücret belirleme yöntemleri de dikkate alınır.

"Bilirkişi Görüşleri Arasında Çelişi :

MADDE XXX. (1) Tarafların, aynı konularda, müştereken veya ayrı ayrı olarak elde edecekleri bilirkişi görüşleri arasında farklılık olması durumunda, aradaki fark, bilirkişilerin sözlü duruşmada, hakimın uygun göreceği bir şekilde birlikte veya ayrı ayrı dinlenip taraflarca çapraz sorguya çekilmesi suretiyle giderilir.

(2) Bilirkişilerin görüşlerinin birleşmemesi durumunda hakim, konu hakkında yeterli kanaate ulaşmış ise hangi sonuca vardığını ve bilirkişi görüşlerine neden itibar etmediği açıklamak suretiyle karar verebilir.

(3) Hakimın kanaatinin oluşmaması halinde, tarafların üstünde mutabık olacakları, olmamaları durumunda tarafların önceki hükümlere uygun olarak yetkinliklerini, tecrübelerini ve mümkün ise ücretlerini de bildirecekleri, konularında uzman kişiler arasından ya da bilirkişi veri tabanından, bu konu hakkında en uzman kişi olduğu tespit edilecekler arasından atayacağı bir bilirkişi veya bilirkişi heyeti vasıtasıyla, önceki görüşler arasındaki farkı gideren bir bilirkişi görüşü alabilir.

(4) Önceki görüşleri telif edecek bu raporu veren bilirkişilerin, görüşleri sözlü duruşmada tarafların çapraz sorgusu sureti ile nihai hale getirilebilir.



daha iyi yargı

