BİLİRKİŞİ ZÜMRESİNE TANINAN İMTİYAZLI KORUMANIN ANAYASA'YA AYKIRILIĞI

HOW CONSTITUTIONAL IS THE PRIVILEGED IMMUNITY OF EXPERTS?

Adv. Mehmet Gün
Adv. Merve Kurdak
Adv. Zeynep Koray

GÜN+

BİLİRKİŞİ ZÜMRESİNE TANINAN İMTİYAZLI KORUMANIN ANAYASA'YA AYKIRILIĞI

İstanbul, Temmuz 2015

GÜN+

BİLİRKİŞİ ZÜMRESİNE TANINAN İMTİYAZLI KORUMANIN ANAYASA'YA AYKIRILIĞI

Av. Mehmet Gün
Av. Merve Kurdak
Av. Zeynep Koray

İstanbul, Temmuz 2015
GÜN+

YAYIN

GÜN +

Yapım Adresi

Gün + Partners Kore Şehitleri Cad. 17
Zincirlikuyu – İstanbul
Tel: 0212 354 00 00 Faks: 0212 274 20 95

İstanbul, Temmuz 2015

ISBN	:	978-605-85014-1-6
Sayfa Düzeni	:	Berrin DOĞRUL
Kapak Tasarımı	:	Kaan KALKAVAN
Baskı	:	Altan Basım San. Tic. Ltd. Şti Matbaacılar Sitesi 222/A 34200 Bağcılar - İstanbul Tel: +90 (212) 629 03 74 Fax.: +90 (212) 629 03 76
Cilt	:	Derya Mücellit (0212) 501 02 72

Bu kitabın hiçbir bölümü, yazılı izin olmadan tamamen, kısmen veya değiştirilerek yayımlanamaz, hiçbir şekilde iktibas edilemez, yabancı dillere çevrilemez, fotokopi dahil, elektronik veya mekanik yollarla kopyası yapılamaz; bilgi olarak depolanamaz ve çoğaltılamaz.

ÖNSÖZ

ya da

Bilirkişilik Hakkında Söylenmesi Gereken Söz:

Bu kitap vesilesi ile Türk hukukunda bilirkişiler ve bilirkişilik hakkında esas söylenmesi gerekeni de söylemek gerekir.

Yargılamalarda bilirkişileri, uyuşmazlıkların çözümünü getiren, hâkimin karar vermesini sağlayan sihirli bir el ya da zembille inerek çözümü bulup ve kaybolan kişi gibi görme yanılsaması vardır. Bilirkişilere bu derecede bağımlı olmak Anayasa'ya ve yasaya açıkça aykırıdır. Ancak işin gerçeği bilirkişilik kurumunun hem bilirkişileri ve hem de hâkimleri kötü performansa yönelttiğidir. Bilirkişiler, kendilerinden sadece görüş sorulduğu, hukuki ve vicdani sorumluluğun hâkimlerde olduğu düşüncesi ile görevlerini ihmal edebilmekte ve etmekteler, gerçeği tam olarak ortaya koymayan ve hatta gerçeğe aykırı görüşler bildirebilmekteler. Eksik ve çetrefilli dosyalarda özenle ve dürüstçe hizmet veren kişileri tenzih ederiz.

Hâkimlerin ise bilirkişi raporlarına göre karar vermek zorunda oldukları, bilirkişi öyle diyorsa doğru olacağı ve hâkimin hataya düşmesine neden olurlarsa vicdanen bilirkişilerin sorumlu olacağı, hukuken ve yargılama disiplini bakımından da kendilerinin kusurlu ve suçlu olmayacağı düşüncesi ile hareket etmeleri olağan olarak beklenir. Genel olarak dillendirildiği üzere, kapasitesinin çok üstünde bir sayıda uyuşmazlık çözmek durumunda kalan, hem sayı olarak çok sayıda davayı sonuçlandırmaya hem de süre olarak kısa sürede karar vermeye zorlanan hâkimlerin bu şartlarda bilirkişilere itimat ederek karar vermelerinden daha doğal ne olabilir ki?

Bilirkişiler ve bilirkişilik yargılamalarda şoför mahallinden indirilmeli, hâkimin yapması gereken incelemeyi yapan ve uyuşmazlık konularını özetleyen ve değerlendiren, nasıl karar verileceğini tespit ederek sonucu belirleyen durumundan çıkarılıp, layık olduğu köşeye çekilip sadece sorulanlara

cevap veren, hem de layık'ı veçhiyle, özel ve teknik bilgi ile tespit edilmesi gereken tüm hususları tespit ederek yargılamalardaki teknik hususları aydınlatan ve o noktadan öteye geçmeyen bir konuma ve sorumluluğa getirilmelidir.

Bunun yolu bilirkişileri ağır kusur ve kasıtlı fillerinden ve gerçeğe aykırı rapor düzenlemekten dolayı sorumsuz ve dokunulmaz kılmaktan değil, kendilerine verilen göreve, özel ve teknik bilgileri nedeniyle duyulan itimada uygun olarak en hafif kusurlarından bile sorumlu tutmaktan geçer.

HMK m. 285'in, Anayasa'ya açıkça aykırı olan ve bilirkişileri sorumsuz ve fütursuz davranmaya cesaretlendirip teşvik eden hükmü iptal edilerek, bu kötü gidişi kısmen de olsa durdurmak mümkün olabilir.

İÇİNDEKİLER

(I) Yargılamada Bilirkişilik Hizmeti 1

(II) Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 46'nın Anayasa'ya Aykırılığı 23

(III) Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 285'in Anayasa'ya Aykırılığı 26

Ekler 65

Kaynakça 117

BİLİRKİŞİ ZÜMRESİNE TANINAN İMTİYAZLI KORUMANIN ANAYASA'YA AYKIRILIĞI

Av. Mehmet Gün, Av. Merve Kurdak, Av. Zeynep Koray*[1]

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 285, Hukuk mahkemelerinde bilirkişilik yapan bilirkişiler zümresine her türlü kusurlarından dolayı tamamıyla dokunulmazlık ve sorumsuzluk getiren bir imtiyaz tanımakta, devlete karşı dava açılabilmesini de "*ağır kusur ve kasıt*" halleri ile sınırlayıp, *ilave şartların da gerçekleşmesine bağlayarak* önemli ölçüde daraltmaktadır.

Gerekçesinde, bilirkişilerin hâkim yardımcısı ve yargı hizmetlerinin bir kısmını gerçekleştiren resmi bir sıfata sahip kamu görevlisi olarak kabul edilerek hâkimlere nispetle HMK m. 46'ya paralel olarak düzenlendiği belirtilen HMK m. 285'teki imtiyazlı dokunulmazlık ve **sorumluluktan bağışıklık düzenlemesi Anayasa m. 10, m. 128 ve m. 129(5)'**e aykırıdır. Ayrıca, Anayasa madde 139'da ifadesini bulan Hâkimlik ve Savcılık Teminatı düzenlemesine ve **Anayasa madde 140 fıkra (1)'deki "Hakimlik ve Savcılık görevleri meslekten hâkim ve savcılar eliyle yürütülür**." hükmü ile de uyumlu değildir.

Dolayısıyla bilirkişiler için imtiyazlı ve ayrık düzenlemeler içeren HMK m. 285 ve ayrıca HMK m. 46 hükümlerinin yürürlükten kaldırılması veya Anayasa'ya aykırılık nedeniyle iptal edilmeleri gerekmektedir.

(I) Yargılamada Bilirkişilik Hizmeti

Monarşilerde hükümdarın egemenliğinin uzantısı olduğu için kralın hakimlerinin "*adalet dağıtmasından*" veya "*adaleti teslim etmesinden*" söz

---

1 *İstanbul Barosuna kayıtlıdırlar, Gün Avukatlık Bürosu © 2015

edilir. Demokrasilerde ise hâkim "*uyuşmazlığı çözmek*" ve çözümün kabul ettirilmesi için *"devlet gücü kullanımına karar vermek"* görevi verilmiş olan kimsedir. Başka bir deyişle, demokraside hâkimler, toplumdan üstün veya ona egemen olan bir güç olmayıp, sadece kendilerine görevlerinin gerektirdiği özel yetkiler verilmiştir. Demokratik yönetimlerdeki bu gerçeği gözardı eden düşünce, monarşilerde hükümdarın tebaya hükmetmesinden yola çıkarak "*adalet dağıtma*" veya "*adaleti teslim etme*" terimleri çerçevesinde düşünür. Bu düşünce hâkimi hak etmediği şekilde ulvi ve hükmedici ve hatta keyfi olabileceği bir mevkie yükseltmekte; aynı şekilde hâkimin yararlandığı uzman kişileri – bilirkişileri de *vakıaları aydınlatma, özel ve teknik bilgilerinden yararlanmanın ötesinde* özel bir yere ve mevkie yükseltir. Oysa demokraside devletin uyuşmazlıkların çözümü için mahkemeler ve hakimler görevlendirmesinin altında, kişilerin kendi kendilerine hak almaya kalkışmasını önlemek, toplumdaki barış ve düzeni korumak amacı yatar.

Bilirkişilik müessesesinin yargılamada önemli fonksiyon icra ettiği, ancak ayrıntılı yasal düzenlemesinin ve denetleyici kurumların olmadığı, denetimsiz, başıboş bir alan olarak görüldüğü, uygulamada görülen olumsuzluk ve suistimallerin yargının güvenilirliğine ağır zararlar verdiği, bilirkişilik kurumunun adaletin tecellisinde yardımcı ve aydınlatıcı bir rol oynamak yerine, adaleti yanıltıcı, geciktirici ve güven kaybına yol açan bir etki yaptığı, ülkedeki tüm hukukçular ve vatandaşların ortak görüşüdür. Bu durum Adalet Bakanlığınca İç Denetim Birimi Başkanlığı'nın 08.12.2010 tarihli Bilirkişilik Sorunları İnceleme Raporu'nda da resmi olarak dile getirilmiştir.

Buna rağmen, HMK m. 285 ile adalete bu kadar hasar veren bilirkişilik kurumuna, HMK m. 46 ile hâkimlere tanınan korumadan çok daha ileri giden bir sorumsuzluk ve dokunulmazlık tanınmıştır.

1. Bilirkişi kimdir ve ne yapar?

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

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

HMK m. 266(1) gereğince yargılamada "*çözümü hukuk dışında,* ***özel veya teknik bilgiyi gerektiren hâllerde****, taraflardan birinin talebi üzerine yahut kendiliğinden,* ***bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına karar verir.*** *Hâkimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgiyle çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişiye başvurulamaz.*" Bu kural HMK m. 269(1)'de şöyle denilerek teyit edilmiştir: "*Bilirkişilik görevi, mahkemece yapılan davete uyup tayin edilen gün ve saatte mahkemede hazır bulunmayı, yemin etmeyi ve bilgisine başvurulan konuda süresinde oy ve görüşünü mahkemeye bildirmeyi kapsar."*[2] Görüleceği üzere bilirkişi kendisine sorulan konularda uzmanlık bilgisini kullanarak oy ve görüş bildirir.

HMK m. 266'nın gerekçesinde "***özel veya teknik bilgi***"den kastedilen husus "*Burada sözü edilen özel bilgiden maksat, hukuk bilimi dışında, belirli bir bilim dalının araştırıp ortaya koyduğu sonuçlara ilişkin bilgidir. Teknik bilgi ile kastedilen ise fizik, kimya, matematik gibi, pozitif bilimlerin verilerini uygulamaya yeterli bilgidir. Yine, belirli bir işletme boyutunu aşan, genel nitelik kazanmış, yetkili kişi, kurum ve kurullarca tespit edilmiş olan teknik standartlar da, teknik bilgi kavramının kapsamı içerisinde yer alır.*" denilerek açıklanmıştır.

Yukarıdaki bilgiler ışığında kapsamlı bir tanım yapılırsa: "*Bilirkişi, uyuşmazlıkların çözümü için yapılan yargılama sırasında, tarafların veya yargı erkinin unsurlarının kendi hukuki bilgileri ve genel bilgileri ile aydınlatamayacakları, özel ve teknik bilgiye gereksinim duyduğu hususlarda o konuda ehliyetli, yeterli teknik bilgi ve uzmanlık sahibi olması nedeniyle oy ve görüşüne başvurdukları kişilerdir.*" denilebilir. Bu tanımda "*tarafların veya yargı erkinin unsurları"* ifadesi bilinçli olarak kullanılmıştır; çünkü, bilirkişi görüşüne sadece mahkeme ve hâkim vasıtasıyla değil, taraflar ve vekilleri avukatlar kendiliklerinden de başvurabilirler ve aldıkları bilirkişi görüşlerinden yargılamada yararlanılır. Özel ve teknik bilgi sahibi uzman kişiler olan bilirkişilerin görüşlerini yazılı olarak ifade ettikleri belgeler genel

2 Arslan, Sempozyum, s. 194 vd.

olarak bilirkişi raporu olarak adlandırılmaktadır. Tarafların kendiliklerinden edindiği bilirkişi görüşlerine "uzman bilirkişi görüşü", mahkeme vasıtası ile edinilen bilirkişi görüşlerine "Bilirkişi raporu" demek, ikisi arasında suni bir fark yaratan bir kelime oyunundan ibarettir; uzman kişi – bilirkişi görüşleri kimin görev verdiğine bakılmaksızın nitelik olarak "görüş"ten ibarettir.[3]

Pekcanıtez'in, tarafların edineceği uzman görüşünü mahkemeye sunmalarının Anayasa m. 10'a aykırı olmayacağı yönündeki görüşü[4] isabetlidir. Bununla birlikte, yazar, mahkemenin başvurduğu uzman kişinin [bilirkişinin] görüşünü "***bilirkişi raporu***", tarafların görevlendirdiği uzman kişinin [bilirkişinin] görüşünü "***uzman görüşü***" olarak adlandırmakta; her iki halde de uzman olan kişilerin görüşleri arasında suni bir farklılık öngörmektedir. Yazar, bu suni farklılıktan yola çıkarak iki uzman görüşü arasında, uzman kişiyi – bilirkişiyi kimin görevlendirdiğine bağlı olarak değer farkı olduğunu, tarafın görevlendirdiği uzman görüşünün delil olmadığını, mahkemenin görevlendirdiği uzman görüşünün, bilirkişi raporu adı altında (bu da sadece uzman görüşü olduğu halde) delil niteliğinde olduğuna dair beyanı ile öngörülen durumun aslında Anayasa'ya aykırı olduğunu gözden kaçırmaktadır.

Nitekim Adalet Bakanlığı Bilirkişilik Sorunları İnceleme Raporu'nda: "Türk hukuk sisteminde; hâkimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukukî bilgi dışında kalan ve teknik ***ya da özel uzmanlık bilgisi ile çözümlenebilecek*** ihtilaflarda[5], ***konunun uzmanı, ehliyetli bir kişinin yardımından istifade edilebilmesi*** kuraldır. Bilirkişinin; '*Adlî makamların kendi hukuk ve genel bilgileri ile çözümleyemeyecekleri ihtilâflarda* ***bilgisine başvurulan, teknik bilgi ve uzmanlık sahibi olup bilgi ve uzmanlığını somut olaya uygulamak suretiyle mahkemeyi aydınlatıcı sözlü veya yazılı kanaat*** *açıklayan kişi*' olarak tanımlanması mümkündür. Bilirkişi denilince ilk akla gelen 'ehliyet' ve 'liyakat' kavramlarıdır. Bazı Yargıtay kararlarında, ***bilirkişinin kendisine tevdi edilen özel ve teknik bilgi gerektiren konuda gerçekten yeterli, yetenekli ve ehliyetli olması gereği*** önemle vurgulanmaktadır." denilerek yukarıdaki tanımın kapsamı kabul edilmektedir.[6]

3 İkisi arasında suni bir fark ve değer ayrımı yaratmak yerine, her ikisinin de aynı kalite ve güvenilirlikte olmasını sağlayacak tedbirler alınmalıdır.

4 Özel Uzman (Bilirkişi) Görüşü ve Değerlendirilmesi, s. 412 vd.

5 "İhtilaflarda" değil [konularda] denilmesi daha doğru olurdu.

6 Adalet Bakanlığı, İç Denetim Birimi Başkanlığı, Bilirkişilik Sorunları İnceleme Raporu, 08.12.2010, Düzenleyenler: Hâkim S. Ahmet Alperen, Hâkim İbrahim Demirtaş,

Arslan'ın, *"Genel kabul görmüş tanıma göre; bilirkişi, bir yargılamada dayanılan olay ve olguların değerlendirilip onlardan sonuçlar çıkarılmasında özel ve teknik bilgiye gereksinim duyulan durumlarda; bilgisine ve görüşüne başvurulan ve verdiği bilgi ve düşünce açıklamalarıyla yargıca yardımcı olan kişidir."*[7] şeklindeki tanımı da Adalet Bakanlığı'nın tanımı doğrultusundadır. Ancak, Arslan, ***mahkemeyi aydınlatıcı sözlü veya yazılı kanaat*** *açıklayan kişi*" olan tanımından farklı olarak "*bilgi ve düşünce açıklamalarıyla yargıca yardımcı olan kişidir."* demektedir. Yazarın, bununla HMK m. 285'in gerekçesine hâkim olan "*Bilirkişinin hâkim yardımcısı olduğu*" görüşünü ifade etmediği açıktır. Yazar, "*bilirkişiyi, bir davanın dayandırıldığı vakıaların değerlendirilip onlardan sonuçlar çıkarılmasında özel veya teknik bilgiye ihtiyaç duyulan durumlarda hâkim tarafından bilgisine ve görüşüne başvurulan ve verdiği bilgiler, yaptığı açıklamalarla hâkime yardımcı olan kişi olarak tanımlamak mümkündür. Bu tanıma göre, hâkim karar veren, bilirkişi de ona yardım edendir. Bilirkişi, sahip olduğu özel bilgisini, hâkimin karar vermesine yardımcı olacak biçim ve içerikle hâkimin yararlanmasına sunmaktadır.*" diyerek[8], bilirkişinin hâkim yardımcısı statüsünü değil, hâkime olayı aydınlatmada yardımcı olma fiilini kastettiğini ortaya koymuştur.

Burada bilirkişi görüşlerinin yazılı olduğu metinlere, bunların görüşlerin yazılmış hali olduğu gerçeğinden daha fazla anlam yükleyen ve hatta, bilirkişilik kurumunun deliller kısmında düzenlenmiş olmasından yola çıkarak uzman kişilerin görüşlerinin yazılı halini "bilirkişi raporu" adı altında sanki yeni ve ayrı bir delilmiş gibi gören ve kemikleşmekte olan bir duruma da dikkati çekmek, bilirkişilerin rapor haline getirilmiş görüşlerine "delil" denilmesine ve delil muamelesi yapılmasına son verilmesi gerektiğini belirtmek isteriz. Yasa metninde de "Bilirkişi raporu" ibaresinin "bilirkişi görüşleri" ya da "Bilirkişi görüşleri raporu" olarak düzeltilmesi temsil ettiği manaya uygun olarak düzeltilmesi uygun olacaktır.

Ancak yine de bilirkişileri hâkim yardımcısı seviyesine yükseltmeye yatkın olan günümüz şartlarında bu ifadenin kullanılmaması daha isabetli olurdu. Nitekim Üstündağ, *"Bilirkişiyi, yargıca yardım eden kişi yerine yargıcın yardımcısı ya da yargıç yardımcısı gibi sözcüklerle açıklamak yanlış*

7 Prof. Dr. Ramazan Arslan, YD,1989 Özel Sayı s. 158. ve dipnot 2'de anılan Yargıtay kararı.

8 Yargı Reformu 2000 Sempozyum, İzmir, s. 191 vd.

yargıların kaynağı olabilir." diyerek tehlikeye işaret etmiştir.[9] Yılmaz da *"Yargılama yetkisi yalnız yargıçlara verilmiştir; bu yetkinin başkalarıyla paylaşılması ya da devri hukuka, Anayasa'ya (m.9) da aykırıdır. Bu nedenle bilirkişiyi, olgu sorunlarında yargıca yardım eden üçüncü kişi (yargıç ve yanların dışında) olarak tanımlamayı yeğliyoruz."* diyerek[10] Üstündağ'ın dikkate getirdiği hassasiyeti paylaşmaktadır.

Gerçekten de bilirkişiler, özel veya teknik bilgiye sahip oldukları konularda kendilerine sorulan hususlarda oy ve görüş bildirirler. Bilirkişiler hâkimin yardımcısı veya benzeri bir görev veya yargısal veya yargısal olmayan bir faaliyet göstermezler. Sorulan hususlarda özel bilgileri ile hâkimi ve tarafları aydınlatırlar. Bilirkişiler hâkime yardımcı olmazlar, ancak, hâkim uyuşmazlığın çözümünde onların özel bilgi, tecrübe ve uzmanlıklarından yararlanır.[11]

Bilirkişilik ile ilgili olarak yazılan eserler ve makaleler incelendiğinde bilirkişinin görüşü ile hâkime (dolayısıyla taraflara) yardımcı olma işlevinden önemli derecede sapıldığı ve bir kısım Alman yazarların Almanya'daki bilirkişilik kurumu için kullandıkları "Hâkim Yardımcısı" nitelemesinin benimsendiği ve dile yerleştiği görülmektedir.[12] Almanya'da bilirkişinin,

9 Saim Üstündağ, age. s. 610. Prof. Dr. Tahir Çağa. YD,1989 Özel Sayı. s.194-195

10 Prof. Dr. Ejder Yılmaz, Türk Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Alman, İsviçre ve Avusturya Hukuklarında Bilirkişilik, TÜRMOB Bilirkişi Eğitim Semineri, Yayın 125, s.6

11 Kalpsüz: "Bilirkişiler bir faaliyet icra etmezler, sadece mütalaa, görüş bildirirler." Bilirkişiler ile hakemler hâkim yardımcı olur deniyor. Hayır olamazlar. … kanun 'özel ve teknik bilgiyi gerektiren hususlarda oy ve görüşü alınır.' diyor."

12 **Arslan,** Bilirkişilik Uygulaması ve Bu Uygulamaya Yargıtay'ın etkisi, Yargıtayın Kuruluşunun 120. Yılı Sempozyumunda sunulan bildiri, s. 164, dipnot 15 civarı, ayrıca Arslan, Bilirkişilik Sorunlar ve Çözüm Önerileri, İzmir Barosu Yargı Reformu 2000 Sempozyumu, İzmir, 5-8 Nisan 2000, s. 196, Dipnot 16 civarı: "Bilirkişinin bir ispat aracı değil, **hâkime yardımcı – hâkimin yardımcısı** olarak nitelendirilmesi gerektiği savunulmaktadır. Bu görüş sahipleri bu nedenle bilirkişiye ilişkin hükümlerin deliller arasında değil, hâkime yardımcı organlar arasında yer alması gerektiğini savunmaktadırlar. Pieper, ZZP, s. 4-5, Pieper, BB, s. 278 – 279, **Tanrıver,** Hukuk Yargısı Bağlamında Bilirkişilikle İlgili Temel Problemler ve Çözüm Arayışları, s. 577, Dipnot 6 civarından "… hâkimle olan işlevsel akrabalığı dikkate alınarak, bilirkişinin hukuki statüsünü tanımlamak için 'ön hâkim', 'yardımcı hâkim', 'hâkim benzeri', 'hâkimin ortağı' kavramları da kullanılmaktadır." Dipnot 6'dan "Blomeyer, Schadenersatzansprüche des im unterlegenenen wegen fehlerverhalterns Driter, Köln Berlin Bonn München 1972, s. 129-130, s. 171 vd."; Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, Demir & Demir, 2001, Cilt. 3, s. 2797, dipnot 543 civarından "aksi halde bilirkişi çok büyük

görüşü ile hâkime yardımcı olan özel bir kişi mi, yoksa, Alman idari ve yargısal yapılanmasına göre özel bir kategoriye sokulmuş olabilecek olan özel statüsü olan bir görevli türü olarak "Hâkim yardımcısı" mı olduğu ancak Almanları ilgilendirir. Almanların bilirkişiler hakkındaki "Hâkim yardımcısı" tanımı ve nitelemesi Türk hukukunu bağlamaz; Türk hukukunda yargılamalarda görüşüne başvurulan kişileri yasal temeli olmadığı ve hatta Anayasa'ya ve yasalara aykırı olduğu halde Alman hukukunda olduğu gibi "Hâkim Yardımcısı" gibi hayali bir statüye getirmeyi haklı ve maruz göstermez. Bu konuda eser üreten değerli usul hukukçularımızı bilirkişiler hakkında "Hâkim Yardımcısı" terimini dillerinden çıkarmaya, terim bulmak için çaba göstermemeye, eğer illa bir tanım terimi bulmak istiyorlarsa görüşüne başvurulan kişinin işlevlerine uygun ve onunla sınırlı bir terim bulmaya davet ediyoruz. Bu davetimizin haklılığını Üstündağ'ın dikkate getirdiği hassasiyete riayet etmemekten kaynaklanan sorun da ortaya koymaktadır.

Gerçekten de ne yazık ki, Üstündağ'ın dikkate getirdiği endişe, Adalet Bakanlığı hâkimlerinin bilirkişileri "*Hakim yardımcısı*" olarak görmeleri ve o düşünce ile hazırlanan HMK'nun 285 maddesinde **bilirkişilere,** Anayasa'ya ve yasaya aykırı olarak, hakim yardımcısı oldukları kabul edilerek, **sorumsuzluk ve dokunulmazlık sağlanması** ile acı bir gerçek olmuştur.

Gerçekten de, 08.12.2010 tarihli Bilirkişi Sorunları İnceleme Raporu'nda Adalet Bakanlığı Hâkimleri *"Bilirkişilerin, yargılamada önemli fonksiyon gördüğü ve bir tür 'hâkim yardımcılığı' görevini ifa ettikleri"* düşüncelerini[13]

bir sorumluluk riski altında görev yapmak zorunda kalır ki, **bu da bilirkişinin hâkim yardımcısı olması durumuna uygun düşmez."** Rosenberg – Schwab, par. 124, IV, 3, e; Pekcanıtez, Medeni Usul Hukuku, 14. Bası, s. 780 "bilirkişi, görevi sebebiyle hâkim yardımcısı olarak görülmüştür. Bu görüşün gerekçesi olarak, bilirkişi atamasının hâkim takdirine bırakılmış olduğu, bilirkişinin de hâkim gibi tarafsız olması gerektiği ve bilirkişi ile mahkeme arasındaki ilişkinin özel hukuka değil kamu hukukuna tabi olduğu gösterilmiştir." ve s. 793 "Bilirkişinin hukuki sorumluluğu konusunda hâkim yardımcısı olma niteliğinin de gereği olarak hâkimlerin hukuki sorumluluğu konusunda benimsenmiş olan hukuki rejime paralel bir biçimde devletin birinci derecede sorumluluğu kabul edilmiştir." Deryal, Türk Hukukunda Bilirkişilik, Seçkin Yayınları, 4. Baskı, s. 54, Dipnot 8 civarından "fonksiyonel açıdan hâkimin yardımcısı olan bilirkişi… [doktrinde bilirkişinin bir ispat aracı (delil) değil hâkimin yardımcısı olarak görülmesi gerektiği yönünde, özellikle Alman doktrini kaynaklı görüşler ileri sürülmektedir. Bkz. Arslan, Bilirkişilik Sorunlar ve Çözüm Önerileri, İzmir Barosu Yargı Reformu 2000 Sempozyumu, İzmir, 5-8 Nisan 2000

13 Bilirkişi Sorunları İnceleme Raporu'nun bu yöndeki beyanları "Farklı hukuk sistemlerinde mevcut bilirkişilik uygulamalarına bakıldığında; Fransa, Almanya ve İtalya gibi

bir kısım Kara Avrupası ülkeleri ile İngiltere'den isabetsiz olarak yansıttıkları tespitlerle desteklemişlerdir. Ayrıca, aşağıda etraflıca değindiğimiz üzere, Anayasa m. 140(2)'ye ve 2802 sayılı Hâkim ve Savcılar Kanunu m. 44'e açıkça aykırı olmasına rağmen hâkim yardımcısı oldukları düşüncesi ile bilirkişiler lehine sorumsuzluk ve dokunulmazlık düzenlemesi getirilmiştir.

2. Bilirkişilik bir meslek midir?

Kalpsüz'ün net olarak ortaya koyduğu üzere: "*Her şeyden önce hakemlik de **bilirkişilik de meslek değildir.** Meslekten bahsedebilmek için icrası hususi bir bilgiye ihtiyaç gösteren, öğrenilen bir sanatın, az çok devamlı bir şekilde uygulanması gerekir. **Bilirkişilik ise, özel ve teknik bir bilgiyi gerektiren hususlarda görüş bildirmeyi ifade eder.** Hakemlik de **bilirkişilik de tamamen arızi, tesadüfi faaliyetlerdir; muntazam icra olunmazlar.** Bilirkişiler **bir faaliyet icra etmezler, sadece mütalaa, görüş bildirirler.***"[14]

Tartışmaya açılan Türkiye Hakem ve Bilirkişi Odaları Birliği Kanunu Taslağı, maalesef, Adalet Bakanlığı'nın bilirkişiliği meslek olarak gördüğüne işaret etmektedir. Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü'nün 14 Mayıs 2001 tarihinde yaptığı bilimsel toplantıda[15] bilirkişiliğin bir meslek olmadığı, mutabakatla ortaya konulmuştur. Bilirkişiliğin bir meslek olmadığı konusunda herkes mutabıktır.[16] Bilirkişiliğin bir meslek olmayıp, herhangi

Kara Avrupası ülkelerinde; hâkim re'sen bir veya birden fazla sayıda bilirkişi görevlendirebildiği, bilirkişi raporuna karşı itiraz etmek mümkün olmayıp **bilirkişinin "hâkim yardımcısı" konumunda olduğu**, Bilirkişiliğin yargılamada ne denli **önemli fonksiyon gördüğü ve bilirkişilerin bir tür "hâkim yardımcılığı" görevini ifa ettiklerinin** anlaşıldığı" mealindedir ve öylece kısaltılmıştır.

14 Prof. Dr. Turgut Kalpsüz, "Bilirkişi ve Hakem Odaları Birliği" – İstanbul'da Milletlerarası Tahkim Merkezi Kurulması Hakkında Adalet Bakanlığı Tarafından Hazırlanan Kanun Taslakları, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü'nde Bu Kanun Taslakları Hakkında 14 Mayıs 2001 tarihinde yapılan toplantı, Sözkesen Matbaacılık, Ankara, 2001, s.13

15 "Bilirkişi ve Hakem Odaları Birliği", İstanbul'da Milletlerarası Tahkim Merkezi Kurulması Hakkında Adalet Bakanlığı Tarafından Hazırlanan Kanun Taslakları, Ankara 2001.

16 **Prof. Mehmet T. Birsel:** "bilirkişiliği bir meslek olarak kabul etmiyorum. Kanımca bilirkişilik bir meslek değildir."; **Prof. Dr. Turgut Kalpsüz:**... *meslekleri dolayısıyla görüş bildirdikleri için ayrıca bir meslek sahibi sayarak o şekilde teşkilatlandırmak, bilirkişilik müessesinin işleyişinden duyulan rahatsızlıkları ortadan kaldırmaz.*" **Prof. Dr. Ergun Özsunay:** "... *bilirkişilik bir meslek olmadığından, ancak bir mesleği icra*

bir meslek sahibinin görüşüne ve oyuna başvurulması, kişinin de konusunda görüş ve oyuna başvurulacak kadar yetkinlik, teknik bilgi, tecrübe ve uzmanlık seviyesine sahip olması durumu[17] olduğu artık tartışmasız olmalıdır.

Ancak HMK m. 285'in hazırlanmasında, bilirkişiliğin bir meslek ve bir çeşit yargısal görev olduğu düşüncesinin egemen olduğu bellidir. Bilirkişiliğin "*hâkim yardımcısı*" gibi – hâkim olmayan ama hâkime benzeyen bir görev ve meslek olmadığı açık olarak ortadadır. Böylece m. 285'de yer alan düşüncenin bir dayanağı olmadığı belli olmaktadır. Bilirkişiliğin bir meslek olmadığı ve olamayacağı Taslağın 5. maddesinde belirtilen amaçların hiç birisinin bilirkişilik için gerçekleştirilebilir olmadığı gerçeğinden de bir bakışta anlaşılabilir. Yılmaz, "*Tasarı, bilirkişi odalarının görevlerini sayarken, herhangi bir kamu kurumu niteliğini haiz meslek kuruluşunu örnek almıştır. Oysa bilirkişilerin bir araya gelerek oluşturacakları oda, hekimlik veya mimarlık yahut muhasebecilik gibi belli meslek gruplarının kendi aralarında oluşturduğundan farklı bir yapıya sahip olacaktır. Bilirkişiler arasındaki benzerlik, bunların farklı farklı alanlardaki uzmanlar olmalarından ibarettir. Bu sebeple, söz konusu görevler belirlenirken, bu husus göz önüne alınarak yeniden düzenleme yapılmalı ve örneğin, 'mesleğin cazip hale getirilmesi', 'mesleki dayanışma' gibi ifadeler metinden çıkartılmalı veya amaca uygun hale getirilmelidir.*" diyerek, bilirkişilikle ilgili bir meslek kurumu veya kurulu oluşturulamayacağını göstermektedir.[18] Yazar, açıkça böyle söylememekle birlikte, önerilerinin gerçekleşmesi "*leyleğin, kuşa benzetilmesi*"nden daha farklı sonuç vermeyecektir demektedir.

Yılmaz, tebliğinin sonuç kısmında "*Tasarının üzerinde yapılacak değişikliklerle birlikte yasalaşması halinde, bilirkişilik uygulamasından dolayı yakındığımız çeşitli sorunların çözüme kavuşacağı ve bilirkişiliğin kurumsallaştırılacağı inancındayım. Bu sayede, bilirkişi listeleri hazırlanarak güncelleştirilecek ve bunun sonucunda uzman bilirkişi seçimi sağlanabi-*

edenlere özgü odalar benzeri 'bilirkişi odaları' tesisi bana ters geliyor." **Uğur Çolak, Fikri Mülkiyet Davalarında Bilirkişi Raporlarının Değerlendirilmesi ve Bağlayıcılığı Sorunu, Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı, [2010]** s. 134 vd. *"Ayrıca bilirkişilik bir meslek de değildir. ... bilirkişiliğin bir meslek olmayıp, istisnai hallerde yapılan bir kamu görevi olduğu göz ardı edilmemeli, ..."*

17 **Aydın Özyaka (Türk Müşavir Mühendis Mimarlar Birliği Temsilcisi):** (s. 19) "... *bilirkişilik ve hakemlik bir meslek olarak değil, tersine mimarlık, mühendislik gibi mesleklerin bir kipi olarak, bir modu olarak algılanmaktadır.*"

18 Ejder Yılmaz, Bilirkişiliğin Kurumsallaştırılması Hakkında Bir Kanun Taslağı, Samsun Barosu, TBB, Bilirkişilik Sempozyumu, s. 538 vd.

lecek; bilirkişi ücreti tarifelere bağlanacak; bilirkişinin uyacağı usuller ve meslek kuralları ortaya konulacak, bilirkişi etiği geliştirilebilecek; bilirkişilerin sorumluluğu hukuki düzenlemeye kavuşacak ve genel olarak bilirkişilik belli bir disipline bağlanacaktır." diyerek sorunların çözümü yönünde bir umut vaat etmektedir. Yılmaz'ın değindiği hususlardan bilirkişilik görevinin deontolojisine ilişkin olanları düzenleyen ve uyuşmazlıkların çözümünde oy ve görüşüne başvurulan uzman kişileri - bilirkişileri disiplin altına alacak kapsamlı bir yasa yapılmasının gerekliliğini kabul etmek gerekir. Ancak her ne sebeple olursa olsun bilirkişi odaları ve odaları birliğinin kurulmasının karşısında durmak gerekir. Kanaatimizce, bilirkişi odaları birliği kurulması, Yargı'nın tamamen bilirkişilerin etkisi altına alması ile sonuçlanacak çok büyük bir tehlike doğuracaktır. Gerçekten de yargının sorunlarının çözümü için, ona en büyük hasarı veren bilirkişiler sınıfını daha da büyük etkiye sahip olacağı bir şekilde güçlendirmek doğru değildir.

3. Bilirkişileri kim(ler) görevlendirir?

HMK m. 266(1) gereğince yargılamada "*çözümü hukuk dışında, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hâllerde, taraflardan birinin talebi üzerine yahut kendiliğinden, bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına karar verir. Hâkimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgiyle çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişiye başvurulamaz.*"

Bu hükme göre, yargılamalar sırasında özel ve teknik bilgiyi gerektiren bir durum ile karşılaşıldığında taraflar kendiliklerinden ya da mahkemeden talepte bulunarak ya da hâkimin gerekli gördüğü durumlarda bilirkişi görüşü alınabilir ve hatta alınmalıdır da. Çünkü bilirkişi görüşü uyuşmazlık konusu hususları aydınlatarak hâkimin sağlıklı karar verebilmesine yardımcı olacaktır.

HMK m. 273(1) gereğince bilirkişinin görevleri, tarafların da görüşünü almak suretiyle belirlenir. Bu görev, bütün sınırlarıyla ve açıkça inceleme konusunu, bilirkişinin cevaplaması gereken soruları ve raporun[19] verilme süresini içerir.

Hukuk davalarında tarafların anlaşarak davanın her aşamasında iradeleri ile davaya yön verebilmeleri, hatta davayı sona erdirebilmeleri dahi mümkündür. Dolayısıyla hukuk davalarında taraflar anlaşarak bilirkişi seçiminde etkin rol üstlenebilirler.

19 Bilirkişi raporu değil, bilirkişi görüşü denilmesi uygun olur.

HUMK'nun mülga 276 ncı maddesinde; ancak *tarafların ittifak edemediği durumlarda* bilirkişinin hâkim tarafından tayin edileceği ifade edilmiştir. Buna göre, hukuk davalarında tarafların anlaşmaları hâlinde, tarafların üzerinde veya nasıl belirleneceğinde anlaştığı kişi veya kişiler bilirkişi olarak atanacaktır. HMK düzenlemesinde mülga m. 276'daki "*iki taraf ittifak edemedikleri halde*" ibaresi çıkarılmıştır. HMK m. 267(1)'in anlamı "*Mahkeme, bilirkişi görevlendirebilir.*" şeklindedir. "Bilirkişilerin Görevlendirilmesi" başlıklı HMK m. 268(1)'in manası "*Bilirkişiler, listelerde yer alan kişiler arasından görevlendirilirler, yoksa liste dışından görevlendirilebilir.*" şeklinde özetlenebilir. Görüleceği üzere HMK, konularında uzmanlığa sahip olduklarından emin olabilmek için kimlerin bilirkişi olarak görevlendirilebileceği konusunda düzenleme getirmiş, bilirkişi görevlendirme yetkisini hâkime vermiştir. HMK düzenlemesinde "*iki taraf ittifak edemedikleri halde*" ibaresinin yer almamasından hâkime daha çok serbesti tanındığı, tarafların ittifak ettikleri bilirkişiden başkasına da başvurabileceği sonucu çıkarılabilir. HMK'nın eğilimi de zaten hâkimin yargılamalardaki rolünü, görevini ve yetkilerini bu yönde artırma yönündedir. Ancak, yine de hâkime verilen görev ve yetkiyi HMK m. 31'deki "*Hakimin Davayı Aydınlatma Ödevi*" kapsamında ve HMK m. 25'teki "*Taraflarca Getirilme İlkesi*" sınırları içinde değerlendirmek gerekir.[20] Zira "*iki taraf ittifak edemedikleri halde*" ibaresinin çıkarılmış olması, Hukuk yargılamalarındaki taraf hâkimiyetini ortadan kaldırmaz. Taraflar anlaşarak davanın her aşamasında iradeleri ile davaya yön verebilir ve hatta davayı sona erdirebilirler. Dolayısıyla hukuk davalarında taraflar anlaşarak bilirkişi seçiminde etkin rol üstlenebilirler.

İdari Yargılama usulünde de bilirkişilik konusunda "*bilirkişinin hâkim tarafından re'sen seçilmesi*" dışında HMK'nun bilirkişiliğe ilişkin kuralla-

20 Taraflarca Getirilme İlkesi karşısında Davayı Aydınlatma Görevi'nin ve hukuk yargılamasına hâkimi hâkim kılan görev ve yetkilerin bir miktar gariplik içerdiğini kabul etmek gerekir. Gerçekten de tarafların talebine ve ispatına bağlı olan hukuk davasında hâkime davayı aydınlatma görevi ve hatta davanın iyi aydınlatılması için uygun bilirkişileri bulma görevi neden yüklensin diye sorulabilir. Öyle ya taraflar davalarını aydınlatacak kanıtları sunmakla yükümlü oldukları gibi, davalarını aydınlatacak bilirkişi görüşünü de bulmak ve mahkemeyi aydınlatmakla yükümlü olmaları uyuşmazlığın niteliğine daha uygun olur. İlişkilerini iyi düzenlemeyen, işlem ve belgelerini iyi oluşturmayan ve uyuşmazlığa düşen kimselerin davalarını aydınlatma yükü neden hâkimlere **yüklensin?** Türk hukuk yargılama usulünde hâkime bu kadar çok görev yüklenmesinden ve görev verilmesinden vazgeçilip, uyuşmazlıkların aydınlatılması ile ilgili yükün tamamı taraflara verilmeli, bilirkişilik de bu bağlamda değerlendirilmeli ve düzenlenmelidir.

rı geçerlidir. İdari yargılama usulünde res'en araştırma ilkesi geçerli olduğu için bilirkişilerin hâkim tarafından seçilmesi uygun görülebilir. Ancak, İYUK m. 31'deki[21] bu kuralın arkasında yatan düşünce *adil ve tarafsız yargı* mantığı ile bağdaşmayabilir. Kişi ile idare arasındaki uyuşmazlığın aydınlatılmasına yardım eden uzman kişiyi hâkimin seçmesinin gerekçesi "*idare'nin korunması*" ise o zaman taraflardan birisini bir şekilde hâkimin koruması tarafsızlık ilkesine aykırı düşmez mi?

Ceza Muhakemeleri Kanunu'nda da bilirkişi atanması yetkisi m. 63(2) ile hâkime ve mahkemeye verilmiştir. Hangi hallerde bilirkişi görüşüne başvurulacağı hususu HMK'dakine benzer şekilde düzenlenmiştir. CMK m. 63(1) gereğince "**çözümü özel veya teknik bilgiyi gerektiren hallerde** bilirkişinin **oy ve görüşünün alınmasına"** karar verilebilir. "*Hâkimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgi ile çözülmesi olanaklı konularda bilirkişi dinlenemez".* Metindeki "*dinlenemez*" ifadesininin "*oy ve görüşü alınamaz*" şeklinde anlaşılması gerektiği açıktır. CMK m. 66(1) gereğince bilirkişiye nasıl görev verileceği HMK'dakine paralel olarak düzenlenmiş; keza m. 72(1)'de "*Bilirkişiye, inceleme ve seyahat gideri ile çalışmasıyla orantılı bir ücret ödenir.*" denilerek, HMK'daki gibi bilirkişi oy ve görüşü verilmesi hizmetinin bedelsiz olmadığı ve makul bedel ödenerek edinilen bir hizmet olduğu ortaya konulmuştur.

Ceza Muhakemesi Kanunu m. 325(1) ve (2) gereğince **cezaya veya güvenlik tedbirine mahkûm edilmesi, hükmün açıklanmasının geri bırakılması ve cezanın ertelenmesi hallerinde bütün yargılama giderleri sanığa yüklenir.** CMK m. 324(1) gereğince Yargılama Giderleri'ne avukatlık ücretleri ile soruşturma ve kovuşturma evrelerinde yargılamanın yürütülmesi amacıyla Devlet hazinesinden yapılan her türlü harcamalar ve taraflarca yapılan ödemeler dâhildir. CMK M. 327(1) gereğince **de beraat eden kişinin ödemek zorunda olduğu giderler Devlet hazinesince üstlenilir.**

21 İdari Yargılama Usulü Kanunu ("İYUK") MADDE 31 – 1. Bu Kanunda hüküm bulunmayan hususlarda; hâkimin davaya bakmaktan memnuiyeti ve reddi ehliyet, üçüncü şahısların davaya katılması, davanın ihbarı, tarafların vekilleri, feragat ve kabul, teminat, mukabil dava, bilirkişi, keşif, delillerin tespiti, yargılama giderleri, adlî yardım hallerinde ve duruşma sırasında tarafların mahkemenin sukûnunu ve inzibatını bozacak hareketlerine karşı yapılacak işlemler ile elektronik işlemlerde Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümleri uygulanır. **Ancak, davanın ihbarı ve bilirkişi seçimi Danıştay, mahkeme veya hâkim tarafından re'sen yapılır.**

Görüleceği üzere bilirkişilere, taraflarca, tarafların anlaşması veya birlikte veya tek yanlı olarak talepte bulunmaları üzerine hâkim tarafından başvurulur. Yargılama sırasında aydınlatılması özel ve teknik bilgi gerektiren durumlarda oy ve görüş bildirmek üzere bilirkişiye başvurulması tarafların isteği üzerine ve menfaatleri gereğincedir.

4. Bilirkişilik hizmetinden kimler yararlanır, bedelini kim öder?

İster idari yargı, ister ceza yargısı ve isterse hukuk yargısı olsun, bütün yargı yollarında görülen uyuşmazlıkların çözümü o uyuşmazlıkların taraflarının menfaati içindir. Devletin menfaati, yargılamaların iyi yapılması suretiyle toplum düzeninin sağlanması ve güçlendirilmesidir. Ancak, devletin buradaki menfaati topluma yargılama hizmetinin verilmesi ve bu amaçla kişilerin gerektiğinde başvurabileceği bir yargı mekanizmasının mevcudiyetinin sağlanması ile sınırlıdır.

Bireysel menfaatler devletin menfaatinin dışındadır. Bu noktadan bakıldığında bireysel menfaat ile toplumsal menfaati birbirinden ayırmak gerekliдir. Toplumsal menfaatin bireysel bir olay sebebiyle bireyselleşmesi durumunda da toplumun bireysel bir menfaati vardır: örneğin, bir suç işlendiğinde failinin cezalandırılması ve verilen zararın telafi edilmesi toplumun o bireysel olaydaki bireysel menfaatidir. Toplumun toplumsal/kamu menfaati, suç teşkil eden fiillerin ceza yargılamasına tabi olması ile ayrıca ve genel olarak yerine getirilmektedir.

Ceza yargısında, kamu (toplumsal) menfaati önde gelirken, özel hukuk yargısında, davanın taraflarının kişisel menfaatleri ön plandadır. Özel hukuk yargısında toplumun bireysel menfaatinin bulunması istisnaidir.[22] Ancak özel hukuk uyuşmazlıklarının taraflarının devlet mahkemelerine gidiyor olması toplumsal bir menfaattir. Kendiliğinden hak alma suçunun getirilmiş olması bu nedenledir.[23] Hukuk yargılamasının konusu salt özel hukuk

22 Aynı yönde ancak daha belirsiz bir ayrımlaştırma Yılmaz tarafından yapılmaktadır; ancak kamunun kamusal menfaati ile bireysel menfaati ayrımı net olarak ortaya konulmamıştır. Ejder Yılmaz, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2013, 2. Baskı, s. 37

23 Kuru, "Özel hukuk kurallarının bireylere tanımış olduğu sübjektif haklar üzerinde ihtilaf çıkması halinde kimi durumlarda ilişkinin her iki tarafı da kendini haklı görebilir. Hakkının tecavüze uğradığını iddia eden taraf bu hakkını tespit ettirmek ve yerine getirilmesini sağlamak için ihkak'ı hak (kendiliğinden hak alma) yoluna başvurması yasak olduğundan ancak Devlet mahkemelerine başvurabilir.

alanındaki uyuşmazlıklardır.[24] Çekişmeli yargı objektif hukukun kişilere tanımış olduğu ve fakat başkaları tarafından itiraza uğrayan kişisel hakların gerçekleştirilmesini sağlar.[25]

İdari yargılamada da yargılanan uyuşmazlık konusu olan hususlar devletin kamusal alandaki faaliyetleri ile ilgili olarak kamunun o olay, işlem veya karardaki bireyselleşmiş menfaatleri ile ondan dolayı hakları etkilenen bireylerin bireysel menfaatleri söz konusudur. Sanıldığının aksine idari yargılamanın konusu da kişilerin veya toplumun kişiselleşmiş – ya da bireselleşmiş menfaatleridir. Hatta idari yargı yoluna başvurmadan önce üst idari makamın, idari karar veya işlemi yeniden değerlendirerek devam ettirme ya da değiştirme kararı verebiliyor olması da, idari yargılama konusu uyuşmazlıklarda idarenin bireyselleşmiş menfaati olduğunu gösterir. İdari yargılamada idarenin tek yanlı olarak aldığı kararların doğruluğu ve geçerliliği belirleneceği için de idarenin dava konusu olaya ilişkin bireysel menfaati söz konusudur. Nitekim idari yargılamanın sonucunda verilecek karar, hukuka aykırı idari kararı alan idari görevlilerin sorumluluğuna kadar giden bir yolu açabilir. İdari görevlilerin sorumluluğu ise açıkça bireysel bir sorumluluktur.

Mesleklerinde bilirkişi sıfatı ile görüş verebilecek kadar yetkin olan kimselerin kural olarak verilen görevi kabul etme yükümlülükleri yoktur. Başka bir deyişle ilkesel olarak kendilerine bilirkişilik teklif edilen şahıslar bu görevi kabul etmek zorunda değillerdir. Hukukumuzda bilirkişilik yapma zorunluluğu, kural olarak, bulunmamaktadır. Bu sebeple, kural olarak, bilirkişi olarak mahkemeye çağrılan kişinin mahkemeye giderek dosyayı alması zorunluluğu yoktur.[26] Bu görevi kabul etmek istisnai hallerde zorunludur.[27]

24 Baki Kuru, Medeni Usul Hukuku, 2001, 13. Baskı, s. 61

25 Kuru, age, s. 76

26 Ejder Yılmaz, Hukukumuzda Bilirkişilik Kurumu, s. 1, (II/A): " Ancak, buna rağmen mahkemece bilirkişilik yapmak üzere çağrılan kişinin mahkemenin çağrısına uyarak mahkemeye gitmesi, fakat hâkime durumunu açıklayarak, neden bilirkişilik yapmayacağını/ yapamayacağını bildirmesi, mahkemeye olan saygının ve nezaketin bir gereğidir. Öte yandan, bilirkişilik yapmak bir zorunluluk değilse de, kutsal bir iş olan yargılama faaliyetine katılarak, sahip olunan bilgi ve becerinin mahkeme emrine sunulması (bilirkişilik) da kutsal ve "şerefli" bir görevdir kanısındayım."

27 Bilirkişi Sorunları İnceleme Raporu, s. "HUMK'nun 278 inci ve gerekse CMK'nun 65 inci maddelerinde; uzmanlığına başvurulacak konuda bilgisi olmaksızın mesleğini icra etmesi mümkün olmayan kimseler ile kanunen resmî bilirkişilik yapmakla görevlendirilen gerçek ve tüzel kişilerin bilirkişilik görevini kabul etmekle yükümlü oldukları belirtilmiştir."

Bilirkişiliği kabule mecbur olup da davetiyeye rağmen gelmeyen yahut görüş **bildirmekten çekinenler** şahitlere ilişkin hükümlere tabidir.

Bilirkişilik ücretsiz veya karşılıksız verilmesi gereken bir hizmet değildir. Nitekim CMK m. 72'de "*Bilirkişiye, inceleme ve seyahat gideri ile çalışmasıyla orantılı bir ücret ödenir.*" hükmü yer almaktadır. HMK m. 283 (1) gereğince bilirkişiye, sarf etmiş olduğu emek ve mesaiyle orantılı bir ücret ile inceleme, ulaşım, konaklama ve diğer giderleri ödenir. Bu konuda, Adalet Bakanlığı'nca çıkarılacak ve her yıl güncellenecek olan tarife esas alınır.

Bilirkişiye, her halukarda hak ettiği ücretin ödenmesi şarttır. Nitekim **HMK Bilirkişi Ücret Tarifesi (BÜT)** m. 7'de hakimin işin niteliğine göre Tarifede yazılı bilirkişi ücretlerini arttırabileceği ya da indirebileceği belirtilmektedir. Bilirkişinin ücretinin hâkim tarafından belirleneceğine dair HMK m.283 hükmü[28], hâkimin bilirkişiyi ücreti bakımından tek taraflı bir kararı ile bağlayabileceği anlamında değil, yargılamanın tarafları adına ve tarafların kabulüne bağlı olmaksızın bu kararı verebileceği anlamındadır.

HMK m. 323(1)(e) gereğince "bilirkişiye ödenen ücretler" yargılama giderlerindendir ve HMK m. 326 gereğince de "aleyhine hüküm verilen" yani haksız çıkan taraf yargılama giderlerinden ve bilirkişi ücretinin ödenmesinden sorumludur. Yargılama giderlerinden sorumluluk ister ceza, ister idare ve isterse hukuk yargılaması olsun her türlü yargılama usulünde de aynı prensip üzerine kuruludur. Yargılama giderlerini haksız çıkan taraf üstlenir.

Yargılama sırasında taraflardan biri tarafından (ceza davasında kamu, hukuk ve idare davalarında özel kişiler) üstlenilen yargılama giderleri tazmin ettirilir. Yargılama giderlerinden sorumluluk bir cezalandırma vasıtası olmayıp haksız çıkan tarafın diğer tarafın üstlendiği giderlerin tazmini yöntemidir. Yargılama giderlerinin tazmin ettirilmesinin arkasında, haksız çıkan tarafın, yargılamaya neden olarak haklı çıkan tarafa yargılama gideri kadar zarar verdiği düşüncesi yatar.

Dolayısıyla, bu yargılamaların sürdürülmesinden ve konusu olan uyuşmazlıkların çözümünden yararlananlar, uyuşmazlıkta bireyselleşmiş menfaatleri olan taraflardır.

28 Bilirkişi gider ve ücreti

MADDE 283- (1) Bilirkişiye, sarf etmiş olduğu emek ve mesaiyle orantılı bir ücret ile inceleme, ulaşım, konaklama ve diğer giderleri ödenir. Bu konuda, Adalet Bakanlığı'nca çıkarılacak ve her yıl güncellenecek olan tarife esas alınır.

Sonuç olarak bilirkişiler, yargılamalarda, tarafların ve mahkemenin önüne çıkan, özel ve teknik bilgiyi gerektiren konularda ücret mukabilinde oy ve görüş bildirmek suretiyle hizmet veren ve prensip olarak hizmeti verip vermemek konusunda takdir yetkisi olan hizmet sağlayıcılardır. Verilen hizmetin devletin asli bir kamu görevi ile ilgili olması bilirkişinin verdiği hizmeti kamu hizmeti seviyesine çıkarmayı da, bilirkişilere başka bir sıfat verilmesini de, hak etmediği dokunulmazlık ve sorumsuzluk zırhına büründürülmesini de haklı göstermez.

5. Mahkeme, taraflar ve bilirkişi arasındaki ilişkinin niteliği

HMK m. 285'in gerekçesinde dayanılan *"mahkemece yapılan görevlendirme sonucunda mahkeme ile bilirkişi arasında **kamu hukuku karakterli bir hukuki ilişki** kurulmaktadır."* şeklinde ifade edilen görüş[29] hatalı ve yanlıştır.

En başında belirtmek gerekir ki; Devlet ile kişi arasında kamu hukuku karakterli bir ilişki kurulabilmesi için Anayasa m. 128(2)'de belirtildiği, 657 sayılı yasa ve diğer özel yasalarda da örnekleri görüldüğü üzere özel ve sıkı bir bağın kurulması şarttır. Bilirkişilerle mahkeme arasında böyle sıkı bir bağın olduğunu söylemek mümkün değildir. Mahkeme ile bilirkişi arasındaki ilişki, mahkemenin keşif mahalline gitmek için kiraladığı araç şöförü ile ilişkisinden farklı nitelikte değildir. Her iki halde de tarafların uyuşmazlığını çözmek için hâkim bir özel kişinin hizmetinden yararlanmakta, ödenmesine karar verdiği ücret taraflarca ödenmekte ve sonunda haksız çıkan tarafa yüklenmektedir.

Başlangıçta açıklandığı üzere bilirkişi ile mahkeme arasında kurulan ilişki, bilirkişinin, görev almayı kabul ettiği takdirde, ücreti mukabilinde, sorulan hususlarda görüş beyan etme hizmetidir. Gerçekten de mahkeme, uyuşmazlığın taraflarının nam ve hesabına bilirkişiyi göreve davet etmekte ve ne ücret ödeneceğini açıklamakta; bilirkişi de görüş vermeyi ve önerilen ücreti kabul ederse, yargılama hukukunda belirtilen şartlarda hizmet verme yükümü altına girmektedir. Buradan da görülebileceği üzere mahkeme ile bilirkişi arasındaki ilişki temelde bir özel hukuk ilişkisidir.

29 Prof. Süha Tanrıver, Bilirkişinin Sorumluluğu, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2005, Sayı: 56, s.143

Mahkeme ile bilirkişi arasında kamu hukuku karakterli ilişki olduğunu ileri süren yazarlar, bu görüşlerine, *"Bilgi alma, yardımcı şahıs görevlendirme, çekinme, bazı hallerde görevi kabulle yükümlü olmaları, yemin etme, tarafsız ve objektif olma yükümlülükleri, reddedilebilmeleri ve özel disiplin hükümlerine tabi olmaları"* nedenlerini dayanak göstermektedirler. Oysa gerçekte böyle bir neden ya yoktur ya da belirtilen nedenler görüşü destekleyecek mahiyette değildir.

Bilirkişiler sadece kendilerine sorulan hususlarda oy ve görüş beyan ederler. Bilirkişilerin kendiliklerinden bilgi ve belge toplama gibi bir yetkileri ve görevlerinin böyle bir yönü yoktur. Görüş beyan edebilmek için bilgi veya belgeye ihtiyaç duydukları takdirde, bunu mahkemeden talep etmek durumundadırlar.

Bilirkişiler, HMK m. 276 gereğince, görevi bizzat yerine getirmekle yükümlüdürler, bu görevin bir kısmı veya tamamı başkalarına devredilemez. HMK m. 276'nın *"Bilirkişi mahkemece kendisine tevdi olunan görevi bizzat yerine getirmekle yükümlü olup, görevinin icrasını kısmen yahut tamamen başka bir kimseye bırakamaz."* hükmü yeterince açıktır. Dolayısıyla bilirkişilerin yardımcı şahıs görevlendirme yetkileri de yoktur.

Bilirkişiler kamu görevlileri ile ilgili olarak öngörülen özel disiplin hükümlerine tabi değildir. Bilirkişiliğin özel bir disiplin kuralı yoktur. Meslekllerinin niteliği gereğince görevi kabul etmek zorunda olan bilirkişiler hakkında bile ancak tanıklar hakkındaki hükümler uygulanabilir. Bunlar kamu görevlilerinin tabi olduğu türden disiplin kuralları değil, yargılama ve duruşma usulüne ilişkin kurallardır. Nitekim Danıştay 8. Dairesi 31.01.2006 tarihli E.2005/5211 K. 2006/352 sayılı kararında *"... meslek mensupları, disiplin kuralları kapsamında meslek kuruluşlarının denetimine tabi kılınmıştır. Hukuk Usulü Muhakemeleri Yasası uyarınca değerlendirmeye tabi tutulacak hususların ise disiplin kuralları ile bir bağlantısı olmadığı açıktır."* diyerek bu hususu teyit etmiştir.[30]

Bilirkişilerin yemin etme yükümlülüğü olması, belirli sebeplerle çekinebilmeleri ve reddedilebilmeleri, tarafsız ve objektif olarak görüş vermelerini ve hizmetlerinin usul yasalarında belirtilen asgari standartları sağlamasını temin etmeyi amaçlayan kurallardır. Nitekim benzer kurallar tanıklık için de geçerlidir.

30 Aynı yönde Danıştay 8. Dairesinin 2004/3785, 2005/2009 sayılı kararları, Bakınız: Av. Nezih Sütçü, Yeni ve Eski Usul Kanunumuza Göre Hukuk Davalarında Bilirkişilik, Yargı Dünyası, Nisan 2011, Sayı 184, s. 29, Dipnot 56.

Yargılama unsurlarının davranışlarının usul kuralları ile düzenlenmiş olması bilirkişilerin görevinin kamu hizmeti olarak düzenlendiği anlamına gelmez. Kanun, bilirkişilik faaliyetini değil yargılama faaliyetini düzenlemektedir.

HMK m. 285'in gerekçesinde yukarıdakilere ilaveten ifade edilen önermelerin neredeyse tamamı hatalı ve birbirleri ile de çelişkilidir. Şöyle ki;

(a) "**Bilirkişilerin görevlendirilmesinin özel hukuk sözleşmesinden kaynaklanmayıp genel çerçevede de olsa kanun hükümleriyle belirlenmiş bulunması,**" ve **"görevlendirilmelerinin adli bir organın kamusal tasarrufu ile gerçekleştirilmesi,"** görüşü, yukarıda belirttiğimiz ve kanundaki bir hükümden kaynaklanan özel temsil ilişkisi niteliğini ve bu ilişkiyi belirleyen HMK hükümleri ile devlet ve bilirkişi arasında hiçbir şekilde statüer ilişki kurulmadığını gözardı etmektedir.

Bilirkişilerin nasıl görevlendirileceğine ilişkin hükümler bilirkişiyi değil yargılama görevini yerine getiren hâkimi ve uyuşmazlığın taraflarını bağlar ve onların yargılama sürecindeki davranışlarını düzenler.

Bilirkişilere bağımsız mahkemeler tarafından ihtiyaç duyulduğunda uzmanlık ve teknik bilgilerinden yararlanmak için başvurulabilir; ancak bu kamusal bir tasarruf değildir. Kamu görevlilerinin, özel kişilerin herhangi bir şekilde hizmetine başvurmaları aradaki ilişkiyi kamusal bir ilişki haline getirmez. Kamu görevlisinin böyle bir ilişki kurması da bir özel hukuk ilişkisi kurulması, yani kamu görevlisinin özel hukuka tabi olan dolayısıyla ikili ilişkide özel hukuk alanına giren faaliyetidir. Kamu görevlisinin kamu görevi iç ilişkisindeki durumu, dış ilişkinin özel hukuka tabi olması durumunu değiştirmez.

Nitekim, idarenin taraf olduğu her sözleşme idari sözleşme değildir. İdarenin taraf olduğu sözleşmelerden yalnız idare hukuku kurallarına göre yapılmış olanlar, idari sözleşmelerdir. İdarenin özel hukuk kurallarına göre yaptığı sözleşmeler de vardır. Bu tür sözleşmeler bireylerin kendi aralarında yaptıkları sözleşmelerden farksızdır. Bir başka deyişle, bu sözleşmelerin taraflarından biri olan idare, karşı tarafa göre üstün ve ayrıcalıklı bir konumda değildir. Örneğin 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu, 4734 sayılı Kamu İhaleleri Kanunu'na göre yapılan sözleşmelerde, tarafların, "*sözleşme hükümlerinin uygulanmasında eşit hak ve yükümlülüklere*" sahip olduğunu, Yasa'da hüküm bulunmayan hallerde Borçlar Kanunu hükümleri uygulanacağını ifade ederek idarenin yapacağı bu tür sözleşmelerin özel hukuk sözleşmesi niteliğinde olduğunu belirtmiştir.[31]

Sonuç olarak idarenin taraf olduğu bütün sözleşmeler kamu hukuku karakterli değildir. İdare, taraflar arası eşitlik esasına dayalı özel hukuka tabi sözleşmeler de yapabilir. Kamu görevlileri tarafından *idare adına* yapılan sözleşmeler idari nitelikte olabileceği gibi özel hukuk karakterli de olabilir. Bir kamu görevlisi olan hâkimlerin özel hukuk sözleşmeleri akdetmeleri mümkündür.

Hâkimlerin bilirkişilerle kurduğu özel hukuk ilişkisi mahkemenin adına kurulan bir ilişki olmayıp, uyuşmazlığın taraflarının nam ve hesabına ve onların menfaatine olarak kurulur. Hâkim tarafından, ücreti taraflarca karşılanmak suretiyle, bilirkişiye başvurulması özel hukuk karakterli ve kural olarak da bilirkişinin de kabul etmesi ile oluşan bir oy ve görüş bildirme hizmeti ilişkisidir. Adliye çevresinde bilirkişi listeleri de yargılamalarda bilirkişi olarak hizmet vermeye istekli olanların başvuruları ile oluşturulmaktadır.

(b) **"kamu görevi yapmaları"** beyanı bilirkişilerin kamu görevi yapmadıkları hususundaki etraflı açıklamalarımızla ortaya konulmuştur.

(c) **"bazı hallerde bu görevi kabulle yükümlü tutulmaları,"** hususu bilirkişiliğe ilişkin kurallardan dolayı değil, görüşüne başvurulacak olan kişinin mesleğinin gereklerinden dolayıdır.

Görüleceği üzere uzman kişi – bilirkişi oy ve görüş verilmesi hizmetinin kamusal nitelikte olduğu yolundaki görüşler, ya gerçeğe aykırıdır ya da bu görüşe dayanak olabilecek nitelikte değildir.

Dolayısı ile yukarıda kısaca değinilen nedenler gösterilerek mahkeme ile bilirkişiler arasındaki ilişkinin kamu hukuku karakterli olduğunu iddia etmek doğru değildir. Doğrusu, mahkeme ile bilirkişiler arasındaki ilişkinin özel hukuka tabi bir ilişki olduğu[32] ve bu ilişkinin hizmet veren kişiye (bilirkişi) ve vereceği hizmete ilişkin olarak - kamusal amaçla getirilmiş - bir kısım özel şartlara tabi olduğudur.

---

31 **Gözübüyük/Tan,** s.554-562 civarı.

32 "Bilirkişi ile kendisini görevlendiren mahkeme arasında özel bir hukuki bağ mevcuttur. Onun hukuki sorumluluğu da bu özel hukuki bağdan kaynaklanan akit benzeri bir sorumluluk olarak nitelendirilmektedir."

Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin 26.01.1959 tarihli içtihadında bilirkişinin sorumluluğunun haksız fiil hükümlerine tabi olduğu ifade edilmekteydi. Alman Temyiz Mahkemesi'nin bir kararında "*Bilirkişinin devlet kudretini kullanarak kamu görevini icra eden bir kişi konumunda bulunmaması nedeniyle, hukuki sorumluluğunun tayininde devletin kamu görevlilerinin fiillerinden kaynaklanan zararlardan dolayı mali sorumluluğunu öngören hükümlerin uygulama alanı bulamayacağı, hatalı bilirkişi raporlarından dolayı bilirkişinin hukuki sorumluluğunun belirlenmesinde haksız fiil sorumluluğuna ilişkin kuralın esas alınması gerektiği.*" belirtilmiştir.[33] Alman doktrininin de bu yönde olduğu bilinmektedir.

Alman kanun koyucusu, Tazminat Hukukunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'nun 2. maddesinin 5. fıkrası ile Alman Medeni Kanunu'na 839(a) maddesini eklemiş ve bu suretle bilirkişinin hukuki sorumluluğunu "*Bilirkişi kasten veya ağır ihmal suretiyle gerçeğe aykırı rapor vermiş, bu rapor hükme dayanak yapılmış ve bundan bir zarar doğmuşsa ortaya çıkan bu zararı tazmin etmekle ödevlidir.*"[34] şeklinde haksız fiil sorumluluğu kabul edilerek düzenlemiştir.

İsviçre hukukundaki düzenlemeye göre bilirkişilerin mesleki işlevlerinin[35] yerine getirilmesine yönelik faaliyetlerinden, yani hatalı rapor vermiş olmalarından kaynaklanan zararların tazmininde de İsviçre Borçlar Kanunu'nun haksız fiil ile ilgili hükümleri esas alınmalıdır.[36] Tanrıver[37], Avusturya hukukunda bilirkişilerin yargının bir organı olmadığını, dolayısıyla kamu görevlisi olarak görülmediğini, bu nedenle bilirkişinin kusurunun ürünü olan gerçeğe aykırı rapordan kaynaklanan zararların tazmini için devletin mali sorumluluğunu öngören yasal düzenlemenin işletilemediğini bildirmekte; ancak, istisnai olarak, *resmen görevlendirilmiş olan kuruluşların* kusurlu raporlarından kaynaklanan zararın tazmininden devletin sorumlu tutulabileceğini belirtmektedir.

33 Tanrıver, s. 136, Dipnot 11.

34 Tanrıver, Bilirkişinin Sorumluluğu, s. 137

35 Bilirkişinin mesleki işlevlerinden, herhangi bir kamusal yetkinin kullanımına gerek kalmadan gerçekleştirmiş olduğu faaliyetleri anlaşılmalı ve bu bağlamda sadece iletilecek olan tecrübe kurallarını veya bu kuralların yardımı ile vakıa tespitini ya da vakıalardan çıkartılan sonuçları içerecek olan rapor verme mütalaa edilmelidir.

36 Tanrıver, s. 140 vd, dipnot 27.

37 Tanrıver, s. 139.

Bu alıntılar Alman, İsviçre ve Avusturya hukuklarında bilirkişinin hukuki sorumluluğunun özel hukuk hükümlerine tabi olduğunu açıkça ortaya koymaktadır.[38] Dolayısıyla karşılaştırmalı hukukta da bilirkişinin yargılama ile ilişkisinin özel hukuka tabi olduğu tartışmasızdır.

Ancak kanaatimizce, bilirkişi ile kurulan ilişki, genel kusur sorumluluğu olan haksız fiil hükümlerine tabi bir ilişki olmayıp, mahkemenin görüşünü sorması ve bilirkişinin de kabul etmesi üzerine oluşan akdi bir ilişkidir. Bu akdi ilişkinin temel unsurları olan hangi konuda görüş verileceği ve karşılığında ne ücret ödeneceği hâkimin kararının bilirkişice kabul edilmesi ile oluşur. Diğer şartları ise bilirkişi görevlendirmesine uygulanacak olan diğer kurallardır.

Hâkimin bilirkişi atayarak oluşturduğu özel hukuk ilişkisi, hâkimin kendi şahsi menfaatine ilişkin değildir. Hâkim tarafların uyuşmazlığının çözümü için gerekli olan bir hizmeti onların yararına olarak edinmektedir. Yani hâkim bilirkişi görevlendirirken bir nevi tarafları temsil etmektedir. Borçlar Kanununun genel hükümlerine göre de temsil ilişkisi ya taraflar arasındaki özel bir sözleşmeden ya da velayet ve vesayetteki gibi yasadaki açık bir hükümden kaynaklanmaktadır. Gerçekten de yargılamalarda hâkimin bilirkişi atama yetkisi benzer bir şekilde HMK'da yer alan açık bir hükme dayanmaktadır. Dolayısıyla hâkimin bilirkişi ataması sırasında kanundan doğan bir yetkiye dayanarak tarafları temsilen hareket ettiği ve böylelikle, taraflar ile bilirkişi arasında hâkimin aracılığıyla bir özel hukuk ilişkisi kurulacağı açıktır. Bu ilişki de kanaatimizce yukarıda açıklandığı şekilde bir akdi ilişkidir.

Nitekim tahkim yargılamasında, taraflar ile hakem arasındaki ilişkinin bir vekâlet ilişkisi olduğu doktrinin çoğunluğu tarafından ve birçok Yargıtay içtihadında kabul edilmiştir.[39] Tahkim yargılamasında hakemin taraflara göre durumu ile devlet mahkemesi yargılamasında hakimin taraflarla ilişkisi neredeyse tıpatıp aynıdır. Aradaki fark, hakemin resmi bir kamu görevlisi

38 Bu ülke hukuklarından en azından esinlenmiş olan HMK m. 285'in gerekçesindeki bilirkişilerin kamu görevlisi oldukları, kamu hizmeti verdikleri, kusurlarından dolayı sorumluluklarının kamu görevlisi olmalarından kaynaklandığı yönündeki görüş ve ifadelerin temel dayanağının olmadığı ortadadır.

39 13.05.1964 tarihli 1-3,64/1 Esas ve 3 sayılı İBK, Bkz. Alim Taşkın, Hakem Sözleşmesi, 2. Bası, 2005, Turhan Kitabevi, s. 39, Dipnot 71 ve civarı; Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin 15.06.1989 tarihli 1023/2844 sayılı kararı, Bkz. Ziya Akıncı, Milletlerarası Tahkim, Vedat Kitapçılık, 2013, 3. bası, s. 15, Dipnot 36 civarı.

olmaması ve ihtiyaç duyulduğunda taraflarca aranıp, bulunması ve atanması buna karşın hâkimin ise devlet tarafından görevlendirilmiş ve her an hazır durumda bulunmasıdır. Hukuk uyuşmazlıklarında bu fark çok daha net olarak bellidir, çünkü taraflar uyuşmazlık öncesinde veya sonrasında dilerlerse hakeme dilerlerse hâkime gidebilirler. Hâkim ile hakem arasındaki bu çok yakın benzerlik durumu da devlet mahkemesi yargılamasında hakimin tarafları temsil ettiğini, bu hususta kanundan kaynaklanan özel bir temsil yetkisine sahip olduğunu göstermektedir. Bu durum da taraflar ile bilirkişi arasındaki ilişkinin akdi bir ilişki olmasını gerektirir.

Duruma bilirkişi açısından bakıldığında da bilirkişinin görevinin ücreti mukabilinde oy ve görüş bildirmek şeklinde bir taahhüdü içerdiğini kabul etmek zorunludur. Zira, kural olarak, oy ve görüş vermeyi kabul etmek zorunda olmayan bilirkişi, önerilen görevi kabul ederek, istenilen oy ve görüşü verme yükümü altına girmektedir. Oy ve görüş verilmesi bilirkişi açısından yerine getirilmesi kabul ve taahüt edilen şey yani edimdir, bu edimi yerine getirmenin karşılığında da kendisine ücret ödenmektedir. Bilirkişinin oy ve görüş verme yükümü altına girmesi onun tek taraflı bir irade beyanı olarak da değerlendirilemez. Bilirkişilik görevi bilirkişiye zorla kabul ettirilen bir yüküm değildir; mahkemenin teklifinin kabul edilmesi ile yüküm haline gelmektedir. Bilirkişi kendisine verilecek ücret mukabilinde bu yüküm altına girmektedir. Bu da mahkeme ile bilirkişi arasındaki ilişkinin sözleşmesel bir ilişki olduğuna emaredir.

Kaldı ki, tarafları bağlayan ve yerine getirilmediği takdirde tenfiz kararı ile yerine getirilmesi için devlet gücünün kullanılmasına karar verilerek yerine getirilen, yani devlet kudreti ile icra edilebilen hakem kararları vermek gibi güçlü kamusal sonuçları oluşturabilen, gerektiğinde kendi başlarına mahkemeye gitme yetkileri olan hakemler bile kamu görevlisi kabul edilmez iken, bu yetkilerin hiç birisine sahip olmayan ve sadece oy ve görüşüne başvurulan bilirkişilerin taraflardan bağımsız ve onlara üstün durumda olan ve hükmeden bir kamu görevlisi gibi kabul edilmeleri doğru bir düşünce değildir.

Aktardığımız görüş ve içtihatlar bilirkişinin sorumluluğunu haksız fiile bağlamakta, hâkimin tarafları temsil ederek bir ilişki kurduğunu gözardı etmekte; hâkim ile bilirkişi arasında bir ilişki olduğu, taraflar ile hakim arasında ayrı bir ilişki olduğu, bilirkişinin hakim ile olan ilişkisini ihlal etmesinin, o ilişkinin tarafı olmayan taraflar bakımından haksız fiil teşkil edeceği düşüncesinden kaynaklanmaktadır. Ancak dolambaçlı ve karmaşık olmasından da anlaşıldığı üzere bu düşünce isabetli değildir.

(II) Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 46'nın Anayasa'ya Aykırılığı

HMK m. 285'in gerekçesinde "*bilirkişinin hakimin yardımcısı olma niteliği de dikkate alınarak hakimlerin hukuki sorumluluğu konusunda benimsenmiş olan hukuki rejimle (46.ncı madde) paralellik arzedecek bir biçimde düzenlenmiştir.*" denilmesi nedeniyle öncelikle HMK m. 46'nın Anayasa'ya aykırılığı sorununu irdeleyeceğiz.

6100 sayılı HMK m. 46, yargılama faaliyetleri sırasındaki kusurlu hareketleri nedeniyle hukuk mahkemesi hâkimleri aleyhine tazminat davası açılmasını engelleyerek sadece devlet aleyhine tazminat davası açılmasını öngörmekte; hakkında dava açılabilecek kusur türlerini de ağır kusur ve kasıt halleri olarak sınıflandırılabilecek sebeplerle sınırlandırmaktadır.

Anayasa m. 10 fıkra (1) gereğince "*Herkes kanun önünde eşittir*"; fıkra (4) gereğince "*Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz.*" Belli bir zümreyi diğerlerinden farklı bir duruma getiren ve farklı haklar veren düzenlemeler imtiyaz niteliğindedir. İmtiyaz, TDK sözlüğünde "*başkalarına tanınmayan özel, kişisel hak veya şart, ayrıcalık*" olarak tanımlanmaktadır. Temel olarak eşitlik kuralına aykırı her tür düzenleme imtiyaz teşkil eder.

Anayasa Mahkemesi 22.3.2007 tarihli ve 2007/33 sayılı kararında[40], Bankacılık Kanunu[41] m. 127(6)'daki Fon tarafından atanmayan yöneticiler kişisel kusurlu ve zararlı eylem ve işlemlerinden dolayı sorumlu tutulmuş olmalarına karşın TMSF tarafından atanan yöneticilerin kusurları bulunsa dahi sorumlu **tutulmamalarına** ilişkin düzenlemenin "eşitlik ilkesi" ile bağdaşmayacağını ortaya koymuştur. Anayasa Mahkemesi söz konusu kararında "*Hukuk devleti (hukukun üstünlüğü) temeli üzerine oturur; Kanun önünde eşitlik bu temelde esaslı bir unsurdur. Böyle bir kavram her türlü imtiyazı reddeder. Bu temel ilke Anayasa'nın 10'uncu maddesinin üçüncü fıkrasında 'Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz' şeklinde ifade edilmiştir. Bilindiği gibi eşitlik, her yönüyle aynı hukuki durumda bulunanlar arasında söz konusudur. Fon tarafından atanan yöneticiler ile diğer yöneticilerin 'yönetim kurulu üyesi' sıfatıyla aynı hukuki durum içinde bulundukları açıktır. Bu nedenle iptali istenen kural, Anayasa'nın 10'uncu maddesine aykırıdır.*" diyerek bu kuralı açıklamıştır.

40 RG, 15 Aralık 2007, s. 26731

41 19 Ekim 2005 tarihli ve 5411 sayılı ve bu kanunla ilga edilen 4389 sayılı Bankalar Kanunu m. 15(7)(a)

İmtiyazlı ve ayrıcalıklı düzenlemeler Anayasa m. 10 kapsamına girer ve ancak Anayasa'da dayanağı bulunması kaydı ile mümkün olabilir.

Nitekim, Anayasa m. 129 fıkra (5)'te[42] memurlar ve kamu görevlileri ile ilgili olarak, özel hüküm getirilmiş ve kamu görevi nedeni ile verilen yetkilerini kullanırken işledikleri kusurdan dolayı idare aleyhine tazminat davası açılabileceği[43] düzenlenmiştir.

Hâkim ve Savcıların asli ve sürekli olarak adalet hizmeti veren kamu görevlisi olmaları sebebiyle Anayasa m. 140(2)'deki teminattan ayrıca Anayasa m. 129(5)'teki teminattan da yararlanacakları, Anayasa m. 40 gereğince kusurlarından dolayı devletin sorumlu tutulabileceği tartışmasızdır.

Dolayısıyla Anayasa m. 129(5)'teki düzenlemeye uygun olmak kaydı ile hâkimler ve savcıların **yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davalarının,** kendilerine rücu edilmek kaydıyla **idare aleyhine açılabileceğine dair** yasal düzenlemeler yapılabilir.

Nitekim **2802 sayılı Hâkim ve Savcılar yasasına,** 9.2.2011 tarihli 6110 sayılı Yasanın 12. maddesi ile eklenen, bilahare 2014'te ilga edilen **93/A**[44] **maddesinin** (1.) fıkrasında fıkranın (a) bendinde tazminat davasının "**Ancak devlet aleyhine tazminat davası açılabilir.**" ve fıkranın (b) bendinde de "**Kişisel kusur, haksız fiil veya diğer sorumluluk sebeplerine dayanılarak da olsa hâkim veya savcı aleyhine tazminat davası açılamaz.**" hükmü getirilerek hâkimler ve savcılar aleyhine tazminat davası açılması yasaklanmıştı.

42 Anayasa m. 129(5): **Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları,** kendilerine rücu edilmek kaydıyla **idare aleyhine açılabilir**.

43 Anayasa m. 129 gereğince normalde bir kişi aleyhine açılacak tazminat davasının devlete karşı açılabilmesi için iki şartın birlikte gerçekleşmesi, **(i)** kişinin **memur veya kamu görevlisi** olması ve **(ii)** tazminat yükümünün **memurluk ve kamu görevi nedeni ile verilen yetkilerini kullanırken işledikleri bir kusurdan** kaynaklanması, şarttır.

44 Madde 93/A başlığı ve hükmü aynen aşağıdaki gibidir.

"Tazminat davaları:

MADDE 93/A - Hâkim ve savcıların bir soruşturma, kovuşturma veya davayla ilgili olarak yaptıkları işlem, yürüttükleri faaliyet veya verdikleri her türlü kararlar nedeniyle:

a) Ancak Devlet aleyhine tazminat davası açılabilir.

b) Kişisel kusur, haksız fiil veya diğer sorumluluk sebeplerine dayanılarak da olsa hâkim veya savcı aleyhine tazminat davası açılamaz."

Söz konusu 93/A maddedekine paralel bir düzenleme 1 Ekim 2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 46. maddesi[45] ile getirilmiştir. HMK m. 46'da hâkimlerin yargılama faaliyeti sırasındaki kusurlu sayılacağı haller sınırlı olarak belirlenmiş ve bu haller sebebiyle ortaya çıkabilecek zararlarının tazmini için Devlet aleyhine tazminat davası açılabileceği öngörülmüştür.

Tazminat davası, sadece söz konusu 46. maddenin (1) fıkrasının (a), (b), (c), (d) ve (e) bentlerinde sayılan hallerde açılabilecek; bunların dışındaki hallerde açılamayacaktır. Devlet aleyhine tazminat davası açılabilecek haller şunlardır: (a) şahsi bir sebeple hukuka aykırı; (b) menfaat sebebiyle kanuna aykırı; (c) kanunun açık hükmüne aykırı, (ç) tutanakta mevcut olmayan bir sebebe dayanılarak, (d) söylenmeyen bir söz söylenmiş gibi gösterilmiş ve ona dayanılarak karar verilmiş olması; ve (e) belirtilen hakkın yerine getirilmesinden kaçınılmış olması…

HMK m. 46 metni, mülga 93/A maddenin (b) bendindeki gibi **hakim aleyhine tazminat davası açılamayacağına dair açık bir yasak hükmü içermemektedir.** Ancak madde gerekçesinden tazminat davasının ilk plan-

45 HMK m. 46 başlığı ve hükmü aşağıdaki gibidir:

"Devletin sorumluluğu ve rücu

MADDE 46- (1) Hâkimlerin yargılama faaliyetinden dolayı aşağıdaki sebeplere dayanılarak Devlet aleyhine tazminat davası açılabilir:

a) Kayırma veya taraf tutma yahut taraflardan birine olan kin veya düşmanlık sebebiyle hukuka aykırı bir hüküm veya karar verilmiş olması.

b) Sağlanan veya vaat edilen bir menfaat sebebiyle kanuna aykırı bir hüküm veya karar verilmiş olması.

c) Farklı bir anlam yüklenemeyecek kadar açık ve kesin bir kanun hükmüne aykırı karar veya hüküm verilmiş olması.

ç) Duruşma tutanağında mevcut olmayan bir sebebe dayanılarak hüküm verilmiş olması.

d) Duruşma tutanakları ile hüküm veya kararların değiştirilmiş yahut tahrif edilmiş veya söylenmeyen bir sözün hüküm ya da karara etkili olacak şekilde söylenmiş gibi gösterilmiş ve buna dayanılarak hüküm verilmiş olması.

e) Hakkın yerine getirilmesinden kaçınılmış olması.

(2) Tazminat davasının açılması, hâkime karşı bir ceza soruşturmasının yapılması yahut mahkûmiyet şartına bağlanamaz.

(3) Devlet, ödediği tazminat nedeniyle, sorumlu hâkime ödeme tarihinden itibaren bir yıl içinde rücu eder."

da devlete karşı açılmasının, ödenecek tazminat için devletin kusurlu hâkime rücu etmesinin amaçlandığı anlaşılmaktadır. Diğer bir deyişle 2802 sayılı yasanın Mülga 93/A maddesi ile aynı olan 6100 sayılı HMK m. 46, kusurlu hareketi nedeniyle hâkim aleyhine dava açılmasını yasaklamakta ve sadece devlet aleyhine tazminat davası açılmasını öngörmektedir. Yani, söz konusu madde 93/A'daki ayrık düzenlemenin tıpatıp aynısı 6100 sayılı HMK m. 46 ile hukuk mahkemeleri hâkimleri lehine mükerrer olarak düzenlenmiş ve hukuk hâkimleri aynı konuda iki kere koruma altına alınmıştır.

2802 sayılı yasanın 93/A maddesinin 21.2.2014 tarih ve 6526 sayılı Kanunun 19/a. maddesi ile yürürlükten kaldırılması sonucunda hâkim ve savcıların tamamı için getirilen dokunulmazlık ve sorumsuzluk koruması ortadan kalkmış bulunmaktadır. Buna karşın, hukuk hakimleri için mükerrer olarak özel koruma getiren HMK m. 46 hükmü yürürlükte bırakılmıştır.

Bunun sonucunda HMK m. 46, hukuk mahkemesi hâkimlerine, diğer hâkim ve savcılardan ayrıcalıklı, özel bir sorumsuzluk ve dokunulmazlık koruması vermektedir. Bu durum hukuk hâkimleri zümresine tanınan bir imtiyaz niteliğindedir. Zira, ceza, idare ve sair yargı disiplinlerinde yer alan hâkimler ve savcılar aynı hukuki statü içinde olmalarına rağmen hukuk hakimlerine farklı ve ayrık bir koruma verilmiştir.

Başka bir ifade ile, Anayasa m. 129(5) hükmü gereğince, tüm hâkim ve savcıların görevleri sırasındaki kusurlu hareketlerinden dolayı devlete karşı tazminat davası açılabileceğine ilişkin bir düzenleme yapılması mümkündür. Ancak sadece hukuk mahkemesi hâkimlerine yönelik olarak ayrık ve imtiyazlı bir düzenleme yapılamaz.

HMK m. 46'daki düzenleme sadece hukuk mahkemesi hâkimlerine yönelik olduğu ve bu düzenleme bütün hakim ve savcılar içinde hukuk mahkemesi hakimleri zümresi için ayrık bir düzenleme olduğu için Anayasa m. 10 hükmüne aykırıdır. Nitekim Anayasa Mahkemesi yukarıda sözünü ettiğimiz 22.3.2007 tarihli ve 2007/33 sayılı kararında banka yöneticileri arasında sorumluluk bakımından farklı düzenleme yapılmasını Anayasa m. 10'a aykırı bulmuştur. HMK m. 46, salt bu yönü ile dahi Anayasa m. 10'a aykırıdır.

(III) Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 285'in Anayasa'ya Aykırılığı

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 285, bilirkişilere, HMK m. 46 ile hukuk hâkimlerine tanınandan çok daha geniş bir sorumsuzluk ve dokunulmazlık imtiyazını tanımaktadır.

HMK m. 285(1) **"Bilirkişinin kasten veya ağır ihmal suretiyle düzenlemiş olduğu gerçeğe aykırı raporun, mahkemece hükme esas alınması sebebiyle zarar görmüş olanlar, bu zararın tazmini için devlete karşı tazminat davası açabilirler."** demekte maddenin (2.) fıkrası da **"Devlet, ödediği tazminat için sorumlu bilirkişiye rücu eder."** demektedir.

Buna göre kusurları nedeniyle bilirkişilerin sorumlu tutulabilmesi için (i) **raporun gerçeğe aykırı olması,** (ii) gerçeğe aykırı raporun **ağır kusur veya kasıt ile düzenlenmiş olması**, (iii) **gerçeğe aykırı raporun hâkim tarafından hükme esas alınmış olması**, ve **(iv) devlete karşı tazminat davası açılmış ve sonucunda devletin tazminat ödemiş olması** şartlarının birlikte gerçekleşmiş olması şarttır.

Görüleceği üzere bilirkişilerin gerçeğe aykırı rapor düzenlemeleri nedeniyle tazminat ödeme sorumluluğunun doğması için **kasten ve ağır kusur ile gerçeğe aykırı rapor düzenlemiş olması bile yeterli değildir.**

Söz konusu m. 285'teki bu düzenlemeye göre bilirkişiler ağır kusur ve kasıt dışındaki kusurlarından ve ihmallerinden dolayı dahi sorumlu olmadıkları gibi, hâkimin gerçeğe aykırı raporu hükme esas almaması halinde de kusurlarından ya da raporun hatalı, yetersiz veya isabetsiz olmasından dolayı sorumlu tutulmayacaklardır. Gerçekten de bilirkişiler görevlerini yapmamaları, eksik veya yanlı ya da çarpık rapor düzenlemeleri, doğru olmayan kanaat belirtmeleri halinde sorumlu tutulamayacakları gibi, ağır kusur veya kasıt ile bile olsa gerçeğe aykırı rapor düzenlemeleri halinde dahi - hâkim hükme esas almamış ise – sorumlu tutulamayacaklardır.

Bütün bunlar, HMK m. 285 ile bilirkişiler zümresine HMK m. 46'da hukuk hâkimlerine tanınandan çok daha ileriye giden bir sorumsuzluk ve dokunulmazlık tanındığını ortaya koymaktadır.

Bilirkişilere, ihmal, kusur ve yanlı bilirkişilik ve gerçeğe aykırı rapor düzenlemeleri halinde bile sorumlu tutulmalarını önleyen ve aleyhlerine tazminat davaları açılmasından bağışıklık tanıyan söz konusu 285. madde düzenlemesi temel iki sebep dolayısı ile Anayasa'ya aykırıdır.

A. Anayasa madde 10(1) ve 10(4)'e aykırılık:

Gerekçesinden, madde 285'in, bilirkişilerin hâkimlerin görev ve yetkilerine sahip oldukları ve bir nevi yarı hâkim veya hakim yardımcısı statüsünde oldukları kabulü çerçevesinde kaleme alındığı anlaşılmaktadır.

Adalet Bakanlığı nezdinde "Bilirkişilik" kurumunu, hâkim yardımcısı ve benzeri rollere sahip olan ve yargı sistemi içinde kamusal bir görev olan bir meslek olarak görmek düşüncesi hâkimdir. Bu durum HMK m. 285'in gerekçesinden olduğu gibi bir ara tartışmaya açılan, "Türkiye Hakem ve Bilirkişi Odaları Birliği Kanunu Tasarısı" ile Adalet Bakanlığı İç Denetim Birimi Başkanlığı'nın amacı "mevcut bilirkişilik müessesesinin sorunlarının tespiti ve bunlara çözüm önerisi getirilmesi" olarak açıklanan "İnceleme Raporu"ndaki[46] beyanlardan anlaşılabilmektedir.[47]

İç Denetim İnceleme Raporu'nda, muhakeyeli hukuk açısından durum incelendiğinde "Fransa, Almanya ve İtalya gibi Kara Avrupası ülkelerinde standart temini açısından resmi bilirkişi listeleri oluşturulduğu, sistemde hâkimin daha aktif ve yönlendirici role sahip olması sebebiyle bilirkişilerin listeden mahkemece seçilip atandığı, bilirkişi raporuna ikinci bir rapor ile itiraz etmenin mümkün olmadığı söylenilmekte ve bunlardan da "*bilirkişinin hakim yardımcısı konumunda olduğu*" çıkarımı ileri sürülmektedir. İnceleme raporunun, adı geçen ülkelerdeki bilirkişi kurumuna ilişkin tespitlerinin isabetli olduğundan emin olmadığımızı belirtmek isteriz. Ancak, isabetsiz olduğuna dair emareler vardır. Bu tespit beyanından yola çıkılarak ileri sürülen "[bu ülkelerde] *bilirkişinin hâkim yardımcısı konumunda olduğu"* çıkarımı isabetli değildir. Bu durum Türkiye'nin de resmi istatistiklerini sunduğu CEPEJ web sitesinde yayınlanan resmi ülke istatistiklerindeki bilgilerden anlaşılmaktadır. İşin doğrusu bu ülkelerden bir kısmında "hâkim yardımcısı" olarak adlandırılan resmi bir yargı görevi ve görevlileri olduğu, bilirkişilere böyle bir görev ve sıfat verilmediğidir. Türkiye'de ise bu farklı durum Anayasa'ya aykırı olarak bilirkişilik kurumuna "hâkim yardımcısı" gibi bir rol verilerek doldurulmak istenmektedir.

46 İnceleme Raporu 08.12.2010 tarihli olup, Bakanlık İç Denetçileri Sayın Hâkimler S. Ahmet Alperen ve İbrahim Demirtaş tarafından düzenlendiği yazılıdır.

47 İnceleme Raporu'nun ilgili kısımları şöyledir:

"B- Mukayeseli Hukuk Açısından Durum

Farklı hukuk sistemlerinde mevcut bilirkişilik uygulamalarına bakıldığında; Fransa, Almanya ve İtalya gibi Kara Avrupası ülkelerinde; standart temini açısından güncellenme özelliğine sahip resmî bilirkişi listeleri oluşturulduğu; bu sistemde hâkimin daha aktif ve yönlendirici bir role sahip olması sebebiyle bilirkişiler listeden mahkemece seçilip atandığı ve hâkim re'sen bir veya birden fazla sayıda bilirkişi görevlendirebildiği, bilirkişi raporuna karşı ikinci bir rapor ile itiraz etmek mümkün olmayıp **bilirkişinin "hâkim yardımcısı" konumunda olduğu,"**

Anglo Sakson hukuk sistemleri, Türkiyenin de takip ettiği Kara Avrupası sisteminden farklı bir mantıkla çalışmaktadır; özellikle yargılama usulleri konusunda önemli farklılıkları vardır. İç Denetim İnceleme Raporu, bu farklılıkları ortaya koymadan, Anglo-Sakson hukuk sistemlerindeki bilirkişilik kurumunu çıkarımlarına dayanak göstermiştir. Bu durum inceleme raporunun temel hatasıdır.

Ayrıca rapordaki Anglo-Sakson bilirkişilik uygulamalarına ilişkin tespitler de gerçek durumu yansıtmamaktadır.[48]

Anglo-Sakson yargılama sisteminin temel ilkesi, her bir tarafın uyuşmazlık konusu hakkında hakimi tam ve doğru olarak bilgilendirmekle yükümlü olmasıdır. Hakimi tam ve doğru olarak aydınlatma yükümü taraflara ait olduğu için, bu yolda uzman kişiye başvurulması zorunlu olduğunda bilirkişi bulma ve görevlendirme yükümünü, hakim değil, temelde taraflar yerine getirir. Başka bir deyişle bilirkişi görüşüne ihtiyaç olduğunda bilirkişiyi bulmak ve görev vermek tarafların yükümlülüğündedir.

Taraflarca görevlendirilmekle birlikte, bilirkişinin görevi kendini görevlendiren tarafa değil, mahkemeye karşıdır. Dolayısıyla görüşüne başvurulan bilirkişilerin hem tarafları ve hem de mahkemeyi tam ve isabetli olarak aydınlatma yükümlülüğü vardır. Bilirkişiler kendilerine başvuran taraftan bağımsız olarak taraflara ve mahkemeye karşı objektif olarak görev yapmakla yükümlüdür.

Hâkim tarafların iddialarını kanıtlamak için bilirkişi görüşüne başvurmasına esas olarak müdahale edemez. Hâkim, bilirkişi görüşüne başvurulmasına ancak uyuşmazlığın çözümü ile ilgili olup olmadığı bakımından müdahale edebilir. Bu müdahale ise Türk hukuk usulünde de olduğu gibi gösterilen bir delilin uyuşmazlığın çözümü ile alakalı olup olmadığına, başka bir deyişle, delilin kabulüne veya reddine kararı verilmesinden ibarettir.

48 İlgili kısım aynen şöyle demektedir: "Anglo-Sakson hukuk sistemlerinde ise; bilirkişilerin tıpkı tanık ve diğer deliller gibi iddialarını desteklemek amacıyla taraflarca belirlendikleri, mahkemenin bilirkişileri değil, onların mahkemeye sundukları görüşün kabul **edilebilirliğinin denetlemesinin söz konusu** olduğu, yapılan eleştiriler doğrultusunda **İngiltere'de yapılan değişiklikle; bilirkişinin** esas olarak mahkemece atanacağı kabul edilerek tarafların bilirkişi dinletmesinin mahkemenin onayına bağlı kılındığı, bilirkişiliğin yargılamada ne denli önemli fonksiyon gördüğü **ve bilirkişilerin bir tür "hâkim yardımcılığı" görevini ifa ettiklerinin anlaşıldığı,"**

İngiliz usul hukukunda tarafların müştereken anlaşarak uzman bir kişiyi görevlendirmesi arzu edilir. Ancak bu mümkün olmadığında her iki taraf da kendilerinin ayrı ayrı bularak görevlendirdikleri bilirkişiler vasıtası ile hâkimi bilgilendirirler. Ayrı ayrı görüşüne başvurulan taraf bilirkişilerinin mutabakata varmaması halinde tarafların anlaşarak ortak bir bilirkişiye başvurmaları beklenir. Böyle bir anlaşma olmadığında da hâkim kendisinin bulacağı kişileri bilirkişi atamaz. Hâkim, taraflarca mahkemeye verilen listeden ya tarafların mutabık kalacağı kişiyi, mutabık kalmamaları halinde, kendi seçeceği kişiyi bilirkişi atar. Görüleceği üzere hâkimin kendi başına bilirkişi atması en son ihtimaldir; o halde bile tarafların vereceği listeye bağlıdır. Taraflarca atanan bilirkişiler ile mahkemece atanan bilirkişilerin ücretleri taraflarca ödenir ve genellikle kaybeden tarafa yüklenir.

Bu şekilde atanan bilirkişilerin mahkemeyi tam ve doğru olarak bilgilendirmesi için bilirkişinin mahkemede de ifade vermesi ve görüşünün doğru, tam ve isabetli olarak netleştirilmesi, görüşündeki yanlı, şüpheli ve çelişkili hususlar ortaya çıkartılıp giderilerek hakimin tam olarak bilgilendirilebilmesi için çapraz sorgulamaya girmesi, diğer tarafın sorularına yanıt vermesi zorunludur. Uzman tanık olarak adlandırılan bilirkişilerin de çapraz sorguya girmesi bir bakıma görüşlerindeki samimi olup olmadıklarının da test edilmesini sağlar. Dinlenilmeye gelmeyen ve geldiği halde sorulara cevap vermeyen veya çelişkili cevaplar veren uzman kişinin hariçten verdiği rapor şeklindeki görüşlerinin bir değeri olmaz; hatta yazılı görüş verip de mahkemeye dinlenmeye gelmeyen bilirkişinin itibarsızlaşır ve bu itibarsızlık ilgili tarafın aleyhine olarak iddialarının samimi olmadığına yorulur.

Bilirkişinin yanlış bilgilendirmesi halinde kendini görevlendiren tarafa karşı akit sorumluluğu nedeniyle sorumlu olacağı kabul edilmiştir. Ayrıca bilirkişiler kusurları nedeniyle mahkemece yargılama giderlerine de mahkum edilebilirler.

Bu hususlar inceleme raporunda belirtilmemiş olup, yukarıdaki açıklamalardan da anlaşılacağı üzere İç Denetim Raporu'ndaki "*İngiltere'de bilirkişinin esas olarak mahkemece atanacağı*" tespiti isabetli değildir. Aynı şekilde "*tarafların bilirkişi dinletmesinin mahkemenin onayına bağlı kılındığı*" şeklindeki tespit de yerinde değildir.

Daha da önemlisi, rapordaki isabetsiz tespitler dahi "*bilirkişilerin bir tür hakim yardımcılığı görevini ifa ettiklerinin anlaşıldığı*" çıkarımını desteklememektedir.

Bu isabetsiz tespit ve çıkarımların, Yargı hizmetinin yükünü bilirkişilik vasıtası ile giderme düşüncesinin durumu böyle görme isteğinin sonucu ol-

duğunu, başka ülkelerdeki uygulamaları iyi analiz ederek dersler çıkarmak ve ülkemizin ihtiyaçlarına özgü köklü çözümler üretmek yerine, fiiliyattaki kötü durumu daha da güçlendirerek koruma amacıyla diğer ülkelerin uygulamalarının isabetsiz olarak takdim edildiğini düşünüyoruz.

Gerçekten de HMK m. 285'in düzenlenmesinde bu anlayışın egemen olduğu maddenin gerekçesinden anlaşılmaktadır. Gerekçede özet olarak "*Bilirkişi, yargı organının ve yargı görevlisi hâkimin yetkilerini kullanmakta, hakimin görevlerini hakimin ve devletin adına gerçekleştirmekte, devlet adına asli bir görev ifa etmektedir.*" demekte ve "*... **bilirkişilerin hukukî sorumluluğu hususu, hâkimlerin hukukî sorumluluğu konusunda benimsenmiş olan hukukî rejimle paralellik arzedecek bir biçimde düzenlenmiştir.***" denilerek bu kabule dayalı olarak da **bilirkişilerin sorumluluğunu hakimlerin sorumluluğu esaslarına göre düzenlendiği açıkça belirtilmektedir.** Madde gerekçesinde beyanların bir kısmı aşağıya çıkarıldığı gibidir:

"*Her şeyden önce, bilirkişi, adli düzen içerisinde, **adli organın faaliyet alanına giren işlerin bir kısmını,** hâkim ya da diğer bir **adli organ** tarafından yapılan görevlendirme çerçevesinde, **ona ait kamusal yetkileri kullanmak suretiyle, onun** [hakimin] **adına daha genel plânda ise Devlet adına gerçekleştirmekte, yani, Devlet adına asli bir görev ifa etmektedir.***"

"***Bilirkişi,** yargı düzeni içerisinde hâkimin yerine kaim olmamakla birlikte, hâkim tarafından yapılan görevlendirme çerçevesinde onun **[hakimin] yetki sahasına giren faaliyetin önemli bir kısmını üstlenmek suretiyle, alacağı kararda büyük ölçüde belirleyici ve etkin bir rol oynamakta;** yargı işlevinin daha genel plânda ise klasik kamu hizmetleri arasında yer aldığı tartışmasız kabul edilen adalet hizmetlerinin işleyişine katkıda bulunmaktadır.*"

"***Bilirkişilerin hukukî sorumluluğu hususu, bilirkişinin, Tasarıda ağır basan hâkimin yardımcısı olma niteliği de dikkate alınarak, hâkimlerin hukukî sorumluluğu konusunda benimsenmiş olan hukukî rejimle paralellik arzedecek bir biçimde düzenlenmiştir.***"[49]

"*Bilirkişilik görevinin üstlenilemez hâle gelmesini önlemek amacıyla, **gerçeğe aykırı rapor vermeden kaynaklanan zararlardan Devlet'in tazmi-***

49 Metnin tamamı şöyledir: "Maddenin birinci fıkrasında yer alan hükümle, bilirkişilerin hukukî sorumluluğu hususu, **bilirkişinin, Tasarıda ağır basan hâkimin yardımcısı olma niteliği de dikkate alınarak, hâkimlerin hukukî sorumluluğu konusunda benimsenmiş olan hukukî rejimle (51 inci madde) paralellik arzedecek bir biçimde düzenlenmiştir.**"

natla sorumlu tutulmasında, *gerçeğe aykırı olarak verilmiş ve hükme dayanak yapılmış bulunan raporun, bilirkişinin* ***kasdi yahut ağır ihmâlini içeren iradesinin ürünü olması aranmış;*** *bu düzenlemede,* ***hâkimler bağlamında yapılan tercihte olduğu gibi, hafif ihmâl hâli ise tümüyle devre dışı bırakılmıştır."***

Yukarıya alıntılanan gerekçelerden, bilirkişilere hakimler ve diğer kamu görevlileri için öngörülen korumadan daha fazlasını tanıyan Anayasa'ya aykırı bu düzenlemenin, bilirkişileri hakimin bir kısım görevlerini yerine getiren kişiler, hakim yardımcısı ve devlet adına yargı ve adalet hizmeti veren kişiler gibi gören bir düşünce ile kaleme alındığı açık ve net bir şekilde anlaşılmaktadır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, bilirkişileri hakim yardımcısı veya hakimin görevlerinin bir kısmını yerine getiren herhangi bir kişi durumuna koymak Anayasa m. 140(2)'ye aykırı olur[50]. Aynı şekilde hakimlik ve savcılık görevini ve işlevlerini kısmen veya tamamen bilirkişilerin yerine getirmesi de, Anayasa m. 140(1) ve 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu m. 44'e aykırıdır ve mümkün değildir.

Aksini düşünmek, devletin vermekle yükümlü olduğu en asli görevi olan yargı yetkisinin ve görevinin, Anayasa ve Hakimler ve Savcılar Kanunu'nun açık hükmüne rağmen özel kişilere kısmen veya tamamen devri, tabiri caizse yargı işlevinin kanunsuz olarak özelleştirilmesi anlamına gelir.

Nitekim Yargıtay 15. HD, 26.03.1992 tarihli bir kararında[51] ve birçok kararında *"hakimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgi ile çözümü mümkün olan konularda bilirkişi dinlenemez. Aksine tutum yargı erkinin bağımsız hakimlerce kullanılmasını öngören anayasal kurala aykırı olur."* diyerek, lüzumsuz yere bilirkişiye başvurulmasını bile Anayasa'ya aykırı bulmuştur.

Yılmaz'ın ifadesiyle[52] *"Hâkimin hüküm vermesiyle, bilirkişinin onun yerine geçip adaleti dağıtması (şeklen hükmü hâkim yazıyorsa da, içeriğini bilirkişi tarafından hazırlanmış bir metnin aynen oluşturması, adaletin bilir-*

50 Böyle bir durum aynı zamanda 2802 sayılı Hâkim ve Savcılar Kanunun m. 140(2)'ye aykırı olur.

51 26.3.1992, 1430/1586 sayılı kararı ve bu yönde birçok kararında Bkz. Yılmaz, s. 137 vd.

52 Ejder Yılmaz, Hukukumuzda Bilirkişilik Kurumu, s. 3, (VIII): **VIII BİLİRKİŞİLİK (HÂKİMLİK BENZERİ) TEMİNATI**

kişi tarafından dağıtıldığını gösterir), birbirinden özenle ayrılması gereken hususlardır. Zira hâkim (mahkeme), görev, yetki ve sorumlulukları kanunlarla ve anayasalarla belirlenmiş ve ayrıca yargı bağımsızlığı ve teminatı gibi son derece önemli zırhlarla bürünmüş şekilde hareket eden kişidir. Oysa bilirkişide hâkimin özellikleri, nitelikleri ve en azından onun sahibi bulunduğu ***"hâkimlik bağımsızlığı ve hâkimlerin teminatı"*** *zırhları bulunmamaktadır. Bu olgu, altı* ***"kazınarak"*** *çizilmesi gereken bir olgudur."*

Nitekim, Kalpsüz, *"bilirkişiler hâkime yardımcı olur deniyor. Hayır olamazlar. ... Kanun 'özel ve teknik bilgiyi gerektiren hususlarda oy ve görüşü alınır.' diyor!"* diyerek bu yöndeki görüşlere tepkisini belirtmiştir.[53]

Öte yandan gerekçedeki bilirkişilerin "hakim yardımcılığı"nın yanı sıra bir bakımdan da Adalet Bakanlığının kamu görevlisi seviyesine yükseltildiği aşağıda sadeleştirilen gerekçe metninden anlaşılabilmektedir.

"Bilirkişinin, raporun hazırlanmasından önceki evrede, rapora hazırlık bağlamında gerçekleştirmiş olduğu tasarruflardan kaynaklanan zararlardan doğan hukukî sorumluluğu ise anılan yasal düzenlemenin kapsamı dışındadır. Bilirkişilerin raporlarının hazırlanmasından önceki evrede[ki], *zarar verici eylemleri, adlî–idarî eylem niteliği taşırlar ve idare bu eylemlerden kaynaklanan zararları, hizmet kusurunun varlığı nedeniyle tazminle yükümlü tutulmalı; Adalet Bakanlığına karşı idarî yargı yerinde tam yargı davası açılması yoluna gidilmelidir.*[54]*"*

53 "Bilirkişi ve Hakem Odaları Birliği" – İstanbul'da Milletlerarası Tahkim Merkezi Kurulması Hakkında Adalet Bakanlığı Tarafından Hazırlanan Kanun Taslakları, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü'nde Bu Kanun Taslakları Hakkında 14 Mayıs 2001 tarihinde yapılan toplantı, Sözkesen Matbaacılık, Ankara, 2001, s.27

54 *Bilirkişinin, raporun hazırlanmasından önceki evrede, rapora hazırlık bağlamında gerçekleştirmiş olduğu tasarruflardan kaynaklanan zararlardan doğan hukukî sorumluluğu ise anılan yasal düzenlemenin kapsamı dışındadır.* Bilirkişilerin çoğunlukla tecrübe kuralları yardımıyla vakıa tespitini ya da tecrübe kurallarını vakıalara uygulayarak varmış oldukları sonuçları içerecek olan raporlarının hazırlanmasından önceki evrede, kamusal bir yetkiye dayalı olarak, kendilerine tevdi edilmiş olan malzemeler (sanat eserleri, teknik araçlar ve belgeler) ya da gözlem, müşahede, kan alma ve benzeri eylemleri nedeniyle de inceleme adı altında bizatihi kişiler üzerinde tasarrufta bulunması mümkündür. Bilirkişinin sözü edilen tasarrufları esnasında kendisine tevdii edilmiş olan malzemeyi (örneğin; orijinalliğini tespit bağlamında kendisine tevdii edilmiş olan tabloyu, kıymet takdiri ya da niteliğinin tayini için kendisine verilmiş bulunan vazo ya da heykelleri), bir zarara uğratması veya tıbbî inceleme evresinde kişilerin beden tamlıklarını, ruh bütünlüklerini veya sağlıklarını tehlikeye düşürmesi, her zaman olasıdır. *Sözü edilen zarar verici eylemler, kamu görevi niteliği tartışmasız kabul edilen adli*

Tanrıver, HMK m. 285'in gerekçesinin son bendinde bu ifadenin bir benzerinin İsviçre hukukunda da "*bilirkişilerin **resmi** görevlerinin ifası sırasında gerçekleştirmiş oldukları eylemler*[55] *dolayısıyla vermiş oldukları zararlardan ötürü, **kamu görevini ifa eden bir görevli konumunda bulunmaları** ve **bizatihi mahkemenin yerine geçip** onun üstlenmiş olduğu **kamusal bir faaliyeti icra ediyor olmaları** hasebiyle İsviçre BK'nın 61. paragrafı uyarınca devlet sorumlu tutulmalıdır.*" şeklinde yer aldığını bildirmektedir.[56]

Bu ifadedeki "***resmi** görevlerinin ifası*", "*kamu görevini ifa eden bir görevli konumunda bulunmaları*" "***mahkemenin yerine geçip***" şeklindeki beyanların Anayasa m. 140(2)'ye ve Hâkimler ve Savcılar Kanunu m. 44'e aykırı olacağını, Türk hukukunda böyle bir kabulün doğru olmadığını ortaya koymuş bulunuyoruz. Mahkemece görevlendirilen bilirkişiyi Adalet Bakanlığı'nın memuru olarak kabul etmek, bilirkişinin zarar verici eylemini de idarenin hizmet kusuru olabilecek bir eylem olarak nitelemek son derece hatalıdır.

Bilirkişiler, kendilerine görevleri ile ilgili olarak verilen talimat ve yetkiler dolayısıyla hiçbir şekilde kamusal bir sıfat edinmezler. Verilen yetki çerçevesinde yapacakları faaliyet sırasında verebilecekleri bu zararlardan dolayı devletin sorumlu olması, bilirkişiler kamu görevlisi oldukları veya sayıldıkları için değil, bilirkişilere yetki verilmesinin yargılama kamu hizmetinin bir parçası olarak hâkim tarafından gerçekleştirilen bir fiil olması sebebiyledir.

Uyuşmazlık konusu ya da uyuşmazlığın çözümü için gerekli olan şeyler ya mahkeme memurlarına ya da bu tür şeyleri teslim alarak koruma görevi verilmiş bulunan emanet memurlarına emanet edilir. Bu kişilerin ve onları

bir görevin ifası bağlamında, adli bir organın istemi doğrultusunda ve onun görevlendirmesi dolayısıyla *kamusal bir yetkiye dayanılmak suretiyle gerçekleştirildikleri için adlî–idarî eylem niteliği taşırlar ve idare bu eylemlerden kaynaklanın zararları, hizmet kusurunun varlığı nedeniyle* (Anayasanın 125. maddesinin son fıkrası) *tazminle yükümlü tutulmalı;* bu durumda Adalet Bakanlığına karşı idarî yargı yerinde ilgililerce tam yargı davası açılması yoluna gidilmelidir.

55 Raporun hazırlanmasından önceki evrede ve rapora hazırlık bağlamında hâkim tarafından yapılan görevlendirme çerçevesinde onun yerine kamu kudretini kullanmak suretiyle gerçekleştirmiş olduğu, keşif, tarafları ve tanıkları sorgulama, malzeme ve teknik aletleri inceleme, organik ve psikolojik muayene, senet ve belgeleri tetkik gibi faaliyetler

56 Tanrıver, s. 140 vd, dipnot 25 civarında

görevlendiren kamu kurumunun kendilerine emanet edilen şeyleri saklama ve koruma görevleri vardır. Bu görev emanet edilen şeylerin bilirkişilere karşı da korunması için gerekli tedbirlerin alınmasını gerektirir. Emanet edilen şeyleri zayi etmeleri veya zarara uğratmaları halinde, onları korumakla görevli olan kamu kurum ve görevlilerinin kamu hukuku esaslarına göre ilgililere karşı sorumlu oldukları tartışmasızdır. Dolayısı ile bu tür zararlardan dolayı Adalet Bakanlığı'nın ve sair kamu kuruluşlarının sorumlu tutulabilmesi için, bu tür zararları verebilecek olan bilirkişilerin, ayrıca Adalet Bakanlığı'nın memuru statüsüne sokulmasına ihtiyaç bulunmamaktadır.

Bilirkişileri herhangi bir şekilde Adalet Bakanlığının idari yapısı içinde görev veren bir kamu görevlisi olarak görmek de hem Anayasa m. 128(2)'ye, hem bu konudaki genel düzenleme olan 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'na ve Adalet Bakanlığı hakkındaki özel düzenleme olan 2992 sayılı Adalet Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun'a açıkça aykırı olur.

Etraflıca açıkladığımız üzere hukuk yargılamasında mahkemece atanan bilirkişi Adalet Bakanlığının memuru olmadığı ve olamayacağı gibi, Adalet Bakanlığı'nın yargısal bir faaliyette bulunabileceği de düşünülemez.

Öte yandan, 2802 sayılı yasanın 93/A maddesi ile tüm hâkim ve savcılara tanınan korumanın kaldırılması sonrasında HMK m. 46'nın yürürlükte kalması suretiyle hukuk hâkimleri zümresine tanınan ayrık korumanın Anayasa'ya aykırı olması karşısında, m. 46'da sağlanandan daha geniş bir korumayı hukuk hâkimi olmayanlara sağlayan m. 285 de aynı ve hatta daha ağır sebeplerle Anayasa'ya aykırıdır.

Bir an için bilirkişileri hâkim yardımcısı yapmaya Anayasal ve yasal bir engel olmadığı ve gerçekten de hâkim yardımcısı statüsü verilmesi mümkün olacağı düşünülseydi bile böyle bir dokunulmazlık düzenlemesi yapılamazdı. Zira m. 46'nın Anayasa'ya aykırılığı bölümünde açıkladığımız üzere 2802 sayılı yasa m. 93/A ile eskiden tüm hâkim ve savcılara sağlanmış olan veya 6100 sayılı HMK m. 46 sağlanan ayrık ve imtiyazlı korumanın bilirkişilere de sağlanmasına veya sorumluluk konusunda ayrık düzenleme yapılmasına imkân veren bir Anayasa hükmü yoktur.

Bilirkişilere hâkimin yardımcısı olma niteliği verilmesi de, bilirkişi zümresine hâkimlere bile tanınmayan kusurlarından dolayı sorumsuzluk ve dokunulmazlık tanınması, dolayısı ile HMK m. 285 hükmü, Anayasa m. 10 hükmüne **açıkça aykırıdır.**

B. Anayasa m. 128 ve m. 129(5)'e Aykırılık:

Anayasa m. 10'daki kanun önündeki eşitlik ilkesine aykırı olacak ve herhangi bir sınıf veya zümre için imtiyaz teşkil eden farklı ve ayrık bir düzenleme yapılabilmesi bu hususta Anayasa'da özel bir hüküm bulunmasına bağlıdır. Nitekim, HMK m. 285'in gerekçesinde de bilirkişiler zümresi için yapılan ayrık düzenleme onların hâkim yardımcısı ve diğer kamu görevlilerinden oldukları kabulü ile Anayasa m. 40 ve m. 129(5)'e dayandırılmıştır. Ancak aşağıda açıklandığı üzere gerekçedeki bilirkişilerin hâkim yardımcısı ve kamu görevlisi olduklarına dair kabul Anayasa'nın kamu görevlileri ile ilgili özel yükümlerine uyarısız ve aykırıdır.

Memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında ayrık ve imtiyazlı düzenleme yapılmasına imkân veren Anayasa m. 129(5) hükmü şöyledir:

[Anayasa m. 128(1)'de sözü edilen görevleri yerine getiren] "**Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları,** kendilerine rücu edilmek kaydıyla **idare aleyhine açılabilir**."

Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin kimler oldukları, hangi hizmetleri yerine getirecekleri ve hangi kamusal yetkileri hangi sebeple kullanacakları Anayasa madde 128'de düzenlenmiştir. Anayasa m. 128(1) şöyle demektedir:

"**Devletin,** kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre **yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği aslî ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür."**

Dolayısı ile Anayasa m. 128(1)'e göre "**memur ve diğer kamu görevlilerinin devletin** genel idare esaslarına göre **yürütmekle yükümlü olduğu kamu hizmetini yürüten görevliler olması;** ve ayrıca yerine getirilen **kamu görevlerinin** kamu hizmetinin gerektirdiği **"asli ve sürekli görevler" olması** zorunludur.[57] Anayasa m. 129(5)'e göre de normalde kusurlu hareket eden kişi aleyhine açılması gereken tazminat davasının devlete karşı açılabilmesi için *kusurlu fiilinden dolayı tazminat davası açılacak kişinin* **memur veya kamu görevlisi** olması ve *tazminat yükümünün* **memurluk ve kamu**

57 Ayrıca Anayasa madde 68(5) ve 76(2)'de yapılmış olan "**yaptıkları hizmet bakımından işçi niteliği taşımayan**" belirlemesi gereğince kamu görevinin işçi veya başka bir ad altında veya nitelikte yapılmamış olması gereklidir.

görevi nedeni ile verilen yetkilerini kullanırken işledikleri bir kusurdan kaynaklanması şarttır.

Dolayısı ile bilirkişilerin kusurlarından dolayı devlet aleyhine tazminat davası açılabilmesi için Anayasa 128(1) ve 129(5) hükümlerinin gerektirdiği aşağıdaki şartların hepsinin birden - kümülatif olarak yerine gelmiş olması şarttır:

(i) Bilirkişilik hizmetinin **devletin,** KİT'ler ve diğer kamu tüzelkişilerinin *genel idare esaslarına göre* **yürütmekle yükümlü olduğu kamu hizmeti olması;**

(ii) Devletin yürütmekle yükümlü olduğu **kamu hizmetinin asli ve sürekli nitelikte görevleri (bilirkişilik görevini) gerektirmesi;**

(iii) **Bilirkişilerin asli ve sürekli olarak oy ve görüş bildiren memur veya diğer kamu görevlilerinden olması.**

Bilirkişilik görevinin ve bilirkişilerin, özel kanunlarla düzenlenen Adli Tıp gibi resmi bilirkişilik kurumu ve o kurumlarda çalışan görevliler dışında, yukarıda sayılan ve Anayasa m. 128 ve 129'dan çıkarılan şartların hiçbirisini taşımadığı hiçbir açıklamayı gerektirmeyecek şekilde açık olarak ortadadır.

Kanaatimizce, HMK m. 285'in Anayasa m. 10'a ve ayrıca m. 128 ve m. 129(5)'e de aykırı olduğu başka bir açıklamaya ihtiyaç göstermeyecek şekilde ortadadır ve iptal edilmesi gerekir.

Bununla birlikte, bu hükümlerin Anayasa'ya aykırılıklarını yukarıda sayılan unsurlar bağlamında biraz daha detaylı irdeleyerek ortaya koyacağız.

1. Devletin uzmanlık geliştirmek ve uzman kişiler vasıtasıyla bilirkişi görüşü verilmesi şeklinde bir kamu hizmeti verme görevinin olmadığı, bilirkişilik hizmetinin devletin yürütmekle yükümlü olduğu kamu hizmeti olmadığı; bilirkişilik görevinin, asli ve sürekli olmadığı:

En geniş tanıma göre kamu hizmeti, devlet ya da diğer kamu tüzel kişileri tarafından ya da bunların gözetim ve denetimleri altında, genel ve ortak gereksinimleri karşılamak, kamu yararı ya da çıkarını sağlamak için yapılan ve topluma sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli etkinliklerdir.[58] Toplumsal yaşamın zorunlu gereksinimlerini karşılayan hizmetler, nitelikleri gereği kamu hizmeti olarak görülmüştür. Düzenlilik ve süreklilik kamu hizmetinin önemli öğelerinden birini oluşturmuştur. Çünkü bunun yokluğu toplum

58 Danıştay 5. D; 16.12.1998, E. 996/1467-K.998/3085 sayılı kararı, Gözübüyük/Tan, İdare Hukuku Cilt 1 Genel Esaslar, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011, s. 582

yaşamını altüst eder. Örneğin elektrik üretimi, iletimi ve dağıtımı ile ilgili etkinlikler kamu hizmetidir. Çünkü bu etkinlikler, kamu yararına dönük, toplumun ortak gereksinmesinin karşılanmasına yönelik, düzenli ve sürekli etkinliklerdir.[59]

Kamu hizmetlerinin mutlaka devlet tarafından yürütülmesi zorunlu değildir; kamu hizmetleri özel kişilerce de yerine getirilebilir. Anayasa m. 128 ve 129 hükümleri, devletin[60] yürütmekle yükümlü olduğu kamu hizmetlerini ilgilendirmektedir. Devlet yürütmekle yükümlü olduğu kamu hizmetlerini genel idare esaslarına gore vermek zorundadır. Kamu hizmetinin bu iki madde kapsamında değerlendirilebilmesi için "**kamu hizmeti**"nin temel **iki unsuru bir arada bulundurması** gerekmektedir: (i) **hizmetin devletin yürütmekle yükümlü olduğu kamu hizmeti olması,** ve (ii) **devletin, hizmeti genel idare esaslarına göre yürütmek zorunda olması.**

Bilirkişilik Anayasa madde 128'de "**memur ve kamu görevlileri için öngörülen iki temel şartı da "devletin yürütmekle yükümlü olduğu kamu hizmeti" olması** unsurunu da "yerine getirilen **kamu görevlerinin "asli ve sürekli görevler" olması** unsurunu da taşımaz.

(i) Bilirkişiliğin bir meslek olmayıp, her türlü meslekte erişilen bir uzmanlık seviyesi olduğu, hizmetin uzmanlığa sahip olanlarca verileceği, uzmanlık geliştirilmesi veya uzmanlık hizmeti verilmesinin devletin yürütmekle yükümlü olduğu kamu hizmeti olmadığı:

Devletin temel amaç ve görevleri Anayasa m. 5'te belirtilmiştir. Kişilerin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmak, insanın maddi ve manevi gelişimi için gerekli şartları hazırlamak devletin temel amaç ve görevlerindendir. Devlet bu amacı, temel olarak kamu hizmetleri vermek suretiyle gerçekleştirir. Toplumsal gereksinimlerin ortaya çıkardığı kamu hizmetlerinin takdiri yasama organına aittir. Yasama organı kamusal ihtiyaçların gerekli kıldığı hallerde herhangi bir alanı yasal statü içine alarak bir kamu hizmeti tesis edebilir.[61] Eğitim, sağlık, sosyal güvenlik

59 AYM 09.12.1994 tarihli, E.1994/43, K.1994/42-2 sayılı kararı, 24.01.1995 tarih ve 22181 sayılı Resmi Gazete

60 "Devletin" ile kastedilen Devletin kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişileridir.

61 Anayasa Mahkemesinin 26.11.1985 tarihli E. 985/2, K.985/22 sayılı kararı, Bkz. Gözübüyük/Tan, s. 588, Dipnot 87.

gibi konularda faaliyetin kamu hizmeti niteliği doğrudan Anayasa'dan kaynaklanır.[62] Bu da herhangi bir hizmetin kamu hizmeti sayılabilmesi için ya Anayasa'da doğrudan belirtilmiş; ya da özel bir yasa ile düzenlenmiş olması gerektiğini ortaya koymaktadır.

Hemen şunu belirtmek gerekir ki, bilirkişilik mimarlık, doktorluk veya mühendislik gibi özel ve teknik bilgi sahibi ve oy ve görüşüne başvurulabilecek kadar uzmanlık sahibi olma durumunu anlatan bir sıfattır. Yani yeteri kadar tecrübeye sahip olan bir mimar, mimari konularda oy ve görüşüne başvurulabilecek bir seviyede yani bilirkişi olarak görüşüne başvurulabilecek yetkinlikte olabilir. Mahkemelerde bilirkişilik ise özel ve teknik bilgiye sahip olanların kendilerine sorulan konularda oy ve görüş bildiren, böylece uyuşmazlık konularının aydınlatılmasına yardımcı olma fiilidir. Bilirkişilik mimarlık, doktorluk veya mühendislik gibi bir meslek veya hizmet türü olmadığı gibi, uyuşmazlık konularının aydınlatılması konularında oy ve görüş verilmesi devletin yürütmekle yükümlü olduğu bir hizmet değildir.

Yargılamalarda ihtiyaç duyulabilecek olan uzmanlığın devlet tarafından geliştirileceğine ve uzman kişi oy ve görüşleri verileceğine dair Anayasa'da bir hüküm olmadığı gibi, bu konuda özel bir yasal düzenleme de bulunmamaktadır. Bununla birlikte yasa koyucu ihtiyaç olduğunu düşündüğü adli tıp alanında kanunla Adli Tıp Kurumu'nu oluşturarak resmi bir bilirkişilik kurumu oluşturmuştur. Ceza yargılamalarında bu kurumun hizmetlerinden yararlanılmaktadır.

HMK'nın bilirkişilikle ilgili hükümlerinin resmi bir bilirkişilik kurumu oluşturmadığı, tam tersine bilirkişilik yapmaya istekli özel kişilerin bir listesinin oluşturulmasını öngördüğü tartışmasızdır. Başka bir deyişle, HMK, ihtiyaç duyulan konularda uzmanlığa ve teknik bilgiye sahip olarak bilirkişilik oy ve görüşü verme hizmetinin devlet tarafından verilmesini öngörmez. HMK hükümlerini Adli Tıp Kanunu ile getirilen resmi bilirkişilik kurumuna dair hükümler olarak nitelendirmek mümkün değildir.

Dolayısı ile yargılamalarda ihtiyaç duyulan konularda oy ve görüş bildirmek olan bilirkişilik devletin yürütmekle yükümlü olduğu bir kamu hizmeti değildir. Belirli konularda bilirkişilik hizmeti vermek üzere kanunla kurulan resmi bilirkişilik kurumları dışında Devlet, yargılamalarda bilirkişilik hizmeti de vermemektedir. Resmi bilirkişilik kurumlarının kanunla oluşturulması yeterli bilirkişi bulunamadığı veya bilirkişilik için yapılması

62 Gözübüyük/Tan, s. 588, Dipnot 89 civarı.

gereken yatırımların yapılabilmesi amacıyladır. Esasen zaruretten kaynaklanan durumlar dışında devletin yargılamalara hâkim ve savcı rolünden başka rollerle - bilirkişi ve sair şekillerde rol alması yargı bağımsızlığı ilkesi ile de çelişecektir.

(ii) Uzman bir kişinin verdiği veya vereceği hizmetin genel idare esaslarına göre yürütülen kamu hizmeti olmadığı…

Anayasa m. 128(1)'de sözü edilen "genel idare esasları" terimi, yalnızca "devlet idaresi" veya " merkezi idare" deyimleri ile de anlatılan "genel idarenin bağlı olduğu kuralları ve usulleri anlatmamakta, özel kesimde uygulanan kural ve usullerin karşısında "kamusal yönetim biçimi"ni anlatmaktadır.[63] Anayasa m. 128(1) hükmü, bu yönetim biçimini, yani genel idare esaslarına uygun yönetimi, kamu hizmetlerinin yerine getirilmesinde tüm kamu kesimi için zorunlu kılmaktadır.[64]

Kamu hizmetlerinin verilmesinde devletin, KİT'ler ve diğer kamu tüzelkişilerinin uymakla yükümlü olduğu kamusal yönetim ilkelerine[65] (i) idareye özgü hukuk kurallarına tabi olması, (ii) işleyişinin sürekli ve düzgün olması, (iii) idarenin hizmet sırasındaki eylem ve işlemlerinden doğan zararları karşılayacak olması, (iv) idarenin eylem ve işlemlerinin yargı denetimine tabi olması hususları dahildir.[66]

Bilirkişilik burada belirtilen kurallara tabi olan bir idari hizmet değildir. Hizmet özel kişilerce verilmektedir. Bilirkişi, yargılamada taraflara ve tarafların başvurması sonucunda uyuşmazlığı çözecek durumda olan mahkeme ve hâkime hizmet etmektedir. Nitekim, çok dolaylı da olsa, HMK m. 285, bilirkişilerin taraflara vereceği zararlardan dolayı sorumlu olacağını kabul ederek kamuya değil taraflara hizmet verdiğini ortaya koymaktadır. Kural olarak bilirkişilik görevinin kabulü zorunlu değildir; karşılığında devlet tarafından bir maaş ve benzeri sürekli ödeme de yapılmamamakta, bilirkişinin emeği karşılığında ödenecek olan ücret taraflarca ödenmekte; yargılama gideri olarak kaybeden tarafa yüklenmektedir. Ayrıca, oy ve görüşüne başvuran kişilerin verdiği bilirkişilik hizmeti idare hukuku ilkelerine veya idari yargı denetimine de tabi değildir.

63 Gözübüyük/Tan, İdare Hukuku Cilt 1 Genel Esaslar, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011, 8. Bası, s. 804

64 Danıştay 1. Dairesinin 2000/29-2059 sayılı kararı da bunu ortaya koymaktadır..

65 Yani "genel idare esasları"

66 Gözübüyük/Tan, s.565

Bilirkişinin oy ve görüşüne başvuran yargı organ ve görevlilerinin verdiği hizmetin kamu hizmeti olması, bilirkişilerin hizmetini kamu hizmeti, görevini de kamu görevi yapmaz. Kamu hizmeti olması için bilirkişinin, Adli Tıp'ta olduğu gibi, kamu tarafından resmen görevlendirilmiş olması, ücretinin devlet tarafından ödenmesi, kendisine bu görevi her hal ve şartta yerine getirmek zorunda olacağı şekilde bir görev verilmiş olmasını gerektirir.

Dolayısıyla bilirkişilerin yargılamalarda oy ve görüş bildirme hizmetinin genel idare esaslarına göre yürütülen bir kamu hizmeti olduğu düşünülemez bile. Bilirkişi olan kimselerin yargılamalarda oy ve görüş bildirerek uyuşmazlık konularının aydınlanmasına yardımcı olmasının kamu yararına olduğu, bu yüzden verilen görevi zorunlu olmasa da kabul etmenin ulvi ve şerefli bir davranış olacak olması[67], bu hizmeti genel idare esaslarına yürütülen bir kamu hizmeti olarak nitelemek için gerekçe olamaz. O zaman sokaktaki aç hayvana yiyecek vermek de, afetlerde Kızılay'a bağış yapmak da kamu hizmeti ve görevi olarak nitelendirilebilir, ki bu mümkün değildir.

2. Devletin oy ve görüş verme ve bilirkişilik hizmeti yürütmekle yükümlü olmadığı, bilirkişilik görevinin asli ve sürekli olmadığı, bilirkişilerin asli ve sürekli olarak görev yapmadıkları

Kamu hizmetlerinin verilmesinde aslilik ve süreklilik esastır.

Aslilik ilkesi, hem kamu hizmetleri bakımından devletin asli yükümlülüklerini hem de devletin yerine getireceği kamu hizmetlerini yerine getirmek için oluşturulacak görevlerin asliliğini ortaya koyar. Kamu hizmetlerinin yerine getirilmesi özel kişilere bırakılsa bile, Devletin asli yükümlülüklerini yerine getirebilmek için gözetim ve denetim yoluyla hizmeti yönlendirmesi zorunludur.[68] Buna göre Devlet, devletin asli yükümlülüklerini yerine getirmek için görevler oluşturacak, bu görevleri yerine getirmek üzere kamu görevlileri atayacak, bu kişilerin asli görevleri de, atanmalarına uygun olarak devletin asli yükümlülüğünü yerine getirmek olacaktır. Devlet, hizmeti kendisi yerine getirdiği durumlarda oluşturacağı görevlerin ve bu görevlere atayacağı görevlilerin devletin bu yükümünü yerine getirmelerini sağlamak

67 Yılmaz, Hukukumuzda Bilirkişilik Kurumu, İlk sayfa, "Öte yandan bilirkişilik yapmak bir zorunluluk değilse de, kutsal bir iş olan yargılama faaliyetine katılarak, sahip olunan bilgi ve becerinin mahkeme emrine sunulması (bilirkişilik) da kutsal ve "şerefli" bir görevdir kanısındayım."

68 Bkz. aynı yönde AYM 12.04.1990 tarihli ve 1990/4-6 sayılı kararı.

zorundadır. Başka bir deyişle, kamu hizmetini yerine getirmek üzere görevlendirilen memur ve diğer kamu görevlilerinin asli görevleri devletin asli görevlerini yerine getirmekten ibarettir.

Adaletin sağlanması devletin görevidir. Bunun için devletin yargı hizmeti vermesi zorunludur. Anayasa yargı hizmetlerinin hâkim ve savcılar tarafından verilmesini de şart koşmuştur. Başka bir deyişle devletin yürütmekle yükümlü olduğu yargı hizmeti için kimin görevlendirilebileceği konusunda sınırlama getirilmiş ve hâkim ve savcı ile sınırlanmıştır. Bunun sonucunda da yargı kamu hizmetinin gerektirdiği asli görevler, bu hizmetin verilebilmesi için zorunlu olan mahkemelerde görev yapan hâkimlik ve savcılık görevleridir. Esasen bütün dünyada olduğu gibi adalet hizmetinin sürekli olarak yerine getirilebilmesi için hâkim ve savcı gibi asli görevlerin olması zorunludur. Bu görevlerin asliliği, tabii hâkim, bağımsızlık ve tarafsızlık, hâkim teminatı gibi başka evrensel yargısal ilkelerin de gerektirmesi nedeniyle Anayasa ile belirlenmiştir.

Zaman zaman ortaya çıkan konularda kimliği ve yetkinliği önceden bilinmeyen, ortaya çıkan ihtiyaca göre uzman kişi olup olmadığı, özel ve teknik bilgiye sahip olup olmadığı tespit edilerek oy ve görüşüne başvurulan bilirkişilerin rolünün yargı içinde asli olmadığı, arızi ve geçici olduğu tartışmasızdır.

Süreklilik ilkesinden toplumun ortak gereksinimlerini karşılamaya yönelik hizmetler olan kamu hizmetlerinin sürekli ve düzenli biçimde görülmeleri gerektiği anlaşılır. Örneğin memurların grev yasağına tabi olmaları, çekinme hallerinde bile yerine yeni görevli gelinceye kadar göreve devam etmek zorunda olmaları süreklilik ilkesinin gereği ve sonucudur. Kamu görevinin sürekliliğini aksatacak olması halinde sözleşmeli personelin sözleşmesinin feshini iptal eden idari yargı kararları kamu hizmetlerinin sürekliliği ilkesine dayalıdır.[69]

Bilirkişilerin ihtiyaç olduğunda başvurulması üzerine oy ve görüş bildirmesi bir seferlik bir faaliyettir. Görüşündeki hataların ve eksiklerin giderilmesi için ek olarak oy ve görüşlerini içeren rapor düzenlemesinin istenmesi de bunun tek seferlik bir faaliyet olması gerçeğini değiştirmez. Bilirkişilerin oy ve görüş bildirme faaliyetinde süreklilik olduğunu söylemek mümkün değildir.

69 Bkz. Gözübüyük/Tan s. 592, par. 724 ve dipnotları.

Usûl kurallarında bilirkişi oy ve görüşünün alınmasına ilişkin hükümler bulunması ve bu hükümlerin sürekli olarak usûl yasaları içinde yer alması hizmetin ve görevin asliliği ve sürekliliği iddiası için dayanak gösterilmesi abestir. Bir usûl kurumunun bulunması o usûl kurumuna göre arızi olarak görüşüne başvurulan kişiyi de arızi oy ve görüş bildirme faaliyetini de asli ve sürekli kılmaz.

Sonuç olarak, **"kamu görevinin asli ve sürekli olması"** unsuru da bilirkişiler için söz konusu değildir. Çünkü bu görev asli ve sürekli bir görev değildir. Bir konuda uzman olan kimselerin, örneğin bir kimya profesörünün, bir davada ortaya çıkan kimyasal bir sorun hakkında üstleneceği mahkemeyi aydınlatma görevi, sadece o olaya ve o davaya ilişkin olarak verilen geçici ve bir seferlik bir görevdir. Kişinin böyle bir görevi kabul etmesi onu asli olarak bilirkişi yapmaz. O, asli mesleği ve görevi neyse, onu devam ettirir. Eğer kişiye, bilirkişilik konusunda kanun ile oluşturulmuş Adli Tıp Kurumu gibi bir kurumda sadece bilirkişilik yapma görevi verilmiş ise o kurumdaki görevi bakımından aslilik ve süreklilikten bahsedilebilir. Buna rağmen dahi, o kişinin oy ve görüş bildirdiği yargılama makamı bakımından bilirkişinin oy ve görüş vermesi her hâlükârda arızi ve geçici bir işlev olmaya devam eder. Zira bilirkişinin işlevinin niteliğini görev aldığı kurumdaki konumu noktai nazarından değil, oy ve görüşü ile yardımcı olduğu yargılama faaliyetindeki konumu ve işlevi bakımından irdelemek gerekir.

Madde 285'in gerekçesinin 1. bendindeki bilirkişilik görevinin aslilik ve süreklilik arz ettiğine dair açıklamalar hem maddi olarak ve hem de mantıken ve hukuken yanlıştır.

Gerekçenin 1. bendinde şöyle denmektedir:

"Bilirkişilik görevi, klasik bir kamu hizmeti olan adli hizmetlerin ifasına yahut işleyişine katkı sağlamaya yönelik bir görev olduğuna göre, böyle bir hizmetin karakteristik unsurları olan aslilik ve süreklilik niteliklerini de, bünyesinde doğal olarak barındıracaktır."

Bilirkişilerin adli hizmetlere katkı sağlayacak olması mantıken bilirkişiliğin aslilik ve sürekliliği barındırmasını gerektirmediği gibi, tam tersine bu katkının arızi ve kısa süreli olmasını gerektirir. Adli hizmetin sürdürülmesi, hizmetin sürekli olması ve adli görevlinin her an ulaşılabilir olmasını gerektirir. Vatandaşın hakkını aramak için başvurabileceği bir mahkemenin bulunması ve bu mahkemede sürekli olarak görev yapan bir hâkiminin olması *(aslilik)* ve her zaman *(süreklilik)* yargı kamu hizmeti veriyor olmaları bir zorunluluktur. Yargı hizmeti vermek üzere bir mahkemenin bulunması, her

an açık olması, hâkimin her zaman görevinin başında bulunması, görevde olmadığında yerine bir başka hâkimin vekâlet etmesi yargı kamu hizmetinin sürekliliğini sağlamak içindir.

Yargı hizmetinin yerine getirilmesine bilirkişilik oy ve görüşü ile katkı verilmesi ise ancak bilirkişinin uzmanlığına ihtiyaç duyulması halinde söz konusu olacaktır. Bilirkişilerden yargılamaya katkı vermelerinin istenmesi için hâkimin bilgi ve tecrübesi dışında kalan bir hususta yardımlarına ihtiyaç duyulması gerekir. Yargılamalarda hâkimin bilgisini aşan teknik konularda alınacak katkı da böyle bir katkıdır. Hangi olayda ve ne zaman bilirkişiye ihtiyaç duyulacağı yargılamanın başında belli bile değildir. Bilirkişi yargılamanın bir aşamasında ortaya çıkmakta, oy ve görüşünü içeren raporu verdikten sonra kaybolmaktadır.

Gerekçede bilirkişilik görevinin niteliği gereği aslilik ve süreklilik gösterdiği yönünde çarpıtılmış ve zorlanmış görüşlerin tutarlılığı ve dayanağı olmadığı gibi, dayanak olarak gösterilen açıklamalar bunun tersini söylemekte ve doğrulamaktadır.

Gerekçenin 1. bendinde "*bir görevin kesintisizliğini ve sürekliliğini belirleyen olgu, onun süresi değil; [potansiyel olarak] her an ilgililerin ihtiyaçlarına cevap verebilecek bir durumda bulunmasıdır.*" denilmekte ve buna dayanarak da hemen arkasından "*Bilirkişilik görevi de, potansiyel olarak, her an ilgililerin ihtiyaçlarını karşılayabilecek şekilde işler bir durumda bulunmaktadır.*" diyerek, bilirkişilik görevinin kesintisiz ve sürekli olduğu yönünde çarpıtma yapılmaktadır.[70]

Öncelikle belirtelim ki Anayasa hükmünün manası, hükümde yer almayan "*potansiyel olarak*" ibaresi gerekçeye eklenmek suretiyle değiştirilmekte ve çarpıtılmaktadır. Ancak bu ekleme ile yapılan çarpıtmaya rağmen de bilirkişilerin oy ve görüş verme görevinin kesintisizlik ve süreklilik özelliklerini taşımadığı gerekçenin kendi içindeki devam eden açıklamalardan bile belli olmaktadır.

70 Gerekçe metni aynen şöyledir: "**Bilirkişilik görevi, kesintisizlik ve süreklilik de göstermektedir.** Zira, bir görevin kesintisizliğini ve sürekliliğini belirleyen olgu, onun süresi değil; potansiyel olarak her an ilgililerin ihtiyaçlarına cevap verebilecek bir durumda bulunmasıdır. Bilirkişilik görevi de, potansiyel olarak, her an ilgililerin ihtiyaçlarını karşılayabilecek şekilde işler bir durumda bulunmaktadır. Bu durumda, onun da, kesintisiz ve sürekli olduğu söylenebilir."

Şöyle ki aynı bendin takip eden cümlelerinde *"[bilirkişilik görevi] ilgililerin istemlerine göre zaman zaman işlerlik kazanıyor..."* denilerek, bilirkişiliğin ihtiyaç halinde başvurulmak üzere hazırda bekleyen bir görev bile olmadığı ortaya konulmaktadır. Yani bilirkişilik görevi *[potansiyel olarak]* bile hazır bulunan bir görev değildir.

Hal böyle iken hemen arkasından getirilen "***zaman zaman işlerlik kazanıyor olması, bilirkişilik görevinin, potansiyel olarak taşıdığı süreklilik ve kesintisizlik niteliklerine herhangi bir hâlel getirmez;***"[71] cümlesindeki "***süreklilik ve kesintisizlik niteliklerine herhangi bir hâlel getirmez***" çıkarımı da açıkça hatalıdır ve gerçeğin tersini söylemektedir.

Gerçekten de zaman zaman bilirkişi oy ve görüşüne delilmiş gibi başvurulması – gerekçedeki tabiriyle işlerlik kazanması – bilirkişilerin oy ve görüş bildirme görevinin tamamen arızi olduğunu, gerektiğinde bir kere başvurulan ve yerine geldikten sonra sona eren bir görev olduğunu gösterir. Bu cümleye (;) ile bağlanan takip eden "[zaman zaman işlerlik kazanıyor olması], [bilirkişilik görevinin] taşıdığı **bu niteliklerin pek belirgin bir boyut kazanmadığını ortaya koyar."** cümlesi de gerçeği açık bir şekilde çarpıtmakta, bilirkişilik görevinin süreklilik niteliğini taşımadığı gerçeğini gizleyerek okuyucuyu yanıltmaktadır.

Nitekim hemen arkasından gelen "*Öte yandan,* ***her bir durumda, (somut olayda) üstlenilen bilirkişilik görevi, diğerlerinden ayrı ve bağımsız bir süreçtir*** *ve kendi içerisinde sürekli ve kesintisizdir.*" cümlesi ve bu cümlenin arkasından gelen "*Her bir durumda (somut olayda),* ***görevi üstlenen kişilerin değişmesi ve süreli olarak faaliyet göstermesi, cevap verilmesi gereken ihtiyaçların niteliğinden ve işin özelliğinden kaynaklanmaktadır.***" cümlelerindeki açıklamalar bilirkişilik görevinin sürekli olmadığını, her bir olayda, ihtiyaç olduğunda başvurulan, sürekli olarak bu konularda faaliyet gösteren görevlilerden değil, her olayda değişen kimselerden alınan hizmet olduğunu ortaya koymaktadır.

Bu açıklamalar karşısında bilirkişilik görevinin sürekli ve kesintisiz olmadığını, tam tersine zaman zaman başvurulabilen arızi bir görev olduğunu teslim etmek gerekirken, tam tersi yönde "*Bu ise hiçbir zaman bağımsız bir*

71 Gerekçenin metni aynen şöyledir: "İlgililerin istemlerine göre **zaman zaman işlerlik kazanıyor olması, bilirkişilik görevinin, potansiyel olarak taşıdığı süreklilik ve kesintisizlik niteliklerine herhangi bir hâlel getirmez;** sadece söz konusu görevin taşıdığı **bu niteliklerin pek belirgin bir boyut kazanmadığını ortaya koyar."**

süreç olan ***bilirkişilik görevinin, kesintisizlik ve süreklilik niteliklerini taşımadığı şeklinde yorumlanamaz."*** şeklindeki görüş gerçeklerin ve temel hukuk kurallarının ne kadar zorlandığının göstergesidir.

Gerekçede birçok yerde karşımıza çıkan diğer açıklamalar da bilirkişilere Anayasa'ya aykırı bir dokunulmazlık sağlanabilmesi için çaba gösterildiğini ve gerçek durumun ve Anayasa hükmünün zorlandığını göstermektedir. Gerçekten de gerekçede yer alan "*Özellikle,* ***bilirkişilik görevini ifa eden kişilerin, her bir somut olayda değişim göstermesi,*** *bu görevin sürekli olma niteliğinden yoksun bulunduğu anlamına gelmez. Zira, adli hizmetlerin ifasına ya da işleyişine katkı sağlamaya yönelik* ***bilirkişilik görevi, bu görevi ifa edeceklerin şahsından bağımsız olarak süreklidir."***[72] şeklindeki iki cümle de bariz hatalıdır.

Hemen söylemek gerekir ki; [görevi ifa edecek kişilerin her bir somut olayda değişmesi] görevin sürekli olmadığını, bir seferlik bir görev olduğunu ve dolayısı ile sürekli olmadığını gösterir ve sürekli olmadığı anlamına gelir. Oysa gerekçede bunun tam tersi söylenmektedir. Birinci cümleyi desteklemek için "zira" bağlacı ile bağlanan, ikinci cümle'deki "***bilirkişilik görevi, bu görevi ifa edeceklerin şahsından bağımsız olarak süreklidir.***" beyanı da açıkça yanlış olup, bu beyanın birinci cümleyi destekleme yeteneği ve kapasitesi yoktur. Gerekçenin bu bendinin sonuna eklenen "*bilirkişilik görevinin, kamu yararı temeline dayandığı konusunda herhangi bir kuşku da bulunmamaktadır*" şeklindeki beyanın[73] da bu görevin sürekli ve kesintisiz

72 Gerekçenin metni aynen şöyledir: "Özellikle, bilirkişilik görevini ifa eden kişilerin, her bir somut olayda değişim göstermesi, bu görevin sürekli olma niteliğinden yoksun bulunduğu anlamına gelmez. Zira, adli hizmetlerin ifasına ya da işleyişine katkı sağlamaya yönelik bilirkişilik görevi, bu görevi ifa edeceklerin şahsından bağımsız olarak süreklidir."

73 Beyanın tamamı şöyledir: "Ayrıca, sözü edilen görevin, gerçeğin ortaya çıkarılabilmesi ve doğru karara varılabilmesi için arz ettiği özel önem de dikkate alındığında, kamu yararı temeline dayandığı konusunda herhangi bir kuşku da bulunmamaktadır. Aksi takdirde, adaletin gereği gibi tecellisi de mümkün olmaz."

Üstelik bu görüşler kanaatimizce anlamsızdır. Bilirkişi teknik bilgisi ile taraflara ve hâkimin teknik bilgisinin yetmediği, bilgi ve tecrübesini aşan konularda bilgisine ve tecrübesine başvurulan kimsedir. Bilirkişi hâkimin karar vermesine yardım etmez, hâkim karar verebilmek için bilirkişinin teknik yardımını alır. Yargılamada bilgi ve tecrübesine başvurulan bilirkişinin ücretini de devlet değil taraflar öderler. Mahkemelerdeki iş yükünü yüklenmek, işyükü altında daha isabetli karar verebilmek için pragmatik düşüncelerle ancak Anayasa'nın temel ilkelerine aykırı olarak bilirkişilere rol ve sorumluluklar verme düşüncesi bu söylemleri haklı imiş gibi gösterebilir. Ancak

olmadığı iddiası ile bir alakası yoktur.

Gerekçedeki "*bilirkişilerin, adli hizmetlerin ifasına ya da işleyişine katkı sağlamaya yönelik, aslî, sürekli, kesintisiz ve kamu yararı temeline dayalı bulunan bir görev; yani, kamu görevi yaptıkları söylenebilir.*" şeklindeki ibare açıkça yanlış ve tamamıyla hatalıdır.

3. Bilirkişilerin asli ve sürekli olarak oy ve görüş bildiren hâkim yardımcısı, memur veya yargıda görev verilen diğer kamu görevlilerinden olmadıkları

HMK m. 285'in gerekçesinde, madde ile bilirkişi zümresine tanınan geniş korumanın verilebilmesi için olsa gerek, bilirkişiler için "*hâkim yardımcısı*", "*yargı görevini yerine getiren kamu görevlisi*", "*resmi görevli*" ve "*resmi sıfatı bulunan kamu görevlisi*" gibi birçok terim kullanılmakta, her bir terime ilişkin kamusal özellikler bir araya getirilerek bilirkişilerin kamu görevlisi oldukları yönündeki hatalı görüşe dayanak yapılmakta ve böylelikle bilirkişiler sanki nev'i şahsına münhasır bir kamu görevlisi sınıfı gibi takdim edilmektedir.

"Kamu görevlisi" teriminden Anayasa m. 128(1)'deki **"devletin, yürütmekle yükümlü olduğu kamu hizmetlerinin gerektirdiği aslî ve sürekli görevleri yürüten kişiler"** anlaşılır.

Eğitim, sağlık, güvenlik, ulaşım, haberleşme kamu hizmetleri alanlarında olduğu gibi, kamu hizmetlerinin aynı zamanda hem özel hukuk kişilerince ve hem de Devlet, KİT'ler ve diğer kamu tüzelkişileri vasıtasıyla verilmesi mümkündür. Kamu hizmetlerinin devlet tarafından verilmesi durumunda kamu hizmetini yerine getirmek üzere asli ve sürekli olarak görev yapan memur veya kamu görevlilerinin atanması zorunludur.

Başka bir deyişle devlet ile devlet adına kamu hizmetlerini asli ve sürekli olarak yerine getirecek olan memur ve diğer kamu görevlileri arasında kamu hukukuna tabi bir statü ilişkisinin kurulması gereklidir. Gerçekten de Anayasa m. 128(1) bu gerekliliği **"Devletin, yürütmekle yükümlü olduğu kamu hizmetlerinin gerektirdiği aslî ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür."** hükmü ile öngörmüştür. Anayasa m. 128(2)'de de "***Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenek-***

adaleti tecelli ettirmek hâkimlerin görevidir; bu görevi bilirkişilerin kararına ve keyfine bırakan bu görüş sağlıklı değildir.

leri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir." denilerek devlet ile kamu görevlileri arasındaki ilişkinin bir kanunla oluşturulacağı ve kanunun hangi hususları düzenleyeceği ortaya konulmuştur. Devletin yürütmekle yükümlü olduğu kamu görevlerinin niteliği ve Anayasa m. 128(2)'nin hükmü gereğince devlet ile kamu görevlisi arasındaki statüye ilişkin özel bir yasal düzenleme yapılması, yasal düzenlemenin en azından görevlilerin asli ve sürekli olarak görev yapmasını, karşılığında kendilerine devlet bütçesinden ücret ve sair haklar ödenmesini içermesi zorunludur. Nitekim kamu görevinin asililik ve süreklilik niteliğinin o görev için kadro tahsisi ile ortaya çıktığı kabul edilmektedir.[74]

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 14.9.1983 tarihli ve E. 980/1714, K. 983/803 sayılı kararında Türk idare hukukunda baskın ve yaygın görüşe göre "kamu görevlisi" deyiminin iki ana unsur içerdiği; birincisinin **görevlinin bir kamu hizmetini yüklenmesi**, ikincisinin ise bu **kamu hizmeti görevi karşılığında kişiye devlet bütçesinden maaş, ücret, ödenek** vs. gibi her ne nam altında olursa olsun bir maddi meblağın **tahsis edilmesi gerekmesi** olduğu açıklanmıştır.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun aynı kararında belirtildiği üzere **bir kamu hizmeti yaptıkları halde bu hizmetlerinin maddi karşılığı devlet bütçesinden karşılanmayan kimseler kamu görevlisi değildirler.**

"Kamuya yararlı bir hizmeti görenler (örneğin taksi ya da dolmuş şoförleri ya da fırıncılar) veya yaptıkları hizmetin kamu hizmeti olduğu yasalarca kabul olunan (örneğin serbest avukatlar), kamu kesimindeki bir kuruluşta çalışmadıkları sürece kamu görevlisi sayılmazlar"[75] [bu] böyledir, çünkü şoförün de, firmanın da serbest avukatın da kamu hizmetinin özelliklerine (süreklilik, düzenlilik vs.) göre çalışma yükümlülükleri yoktur.[76]

Anayasa Mahkemesi, 22.6.1988 tarihli ve E. 987/18, K. 988/23 sayılı kararında, kamu hizmeti veren kurum ile aralarında statü, hiyerarşi bağı olmadan kamu hizmetlerine geçici ve arızi olarak katılan, kamu hizmetleri dışında varlıklarını iş ve meslek statüsündeki yerlerini koruyan kimseleri memur ya da kamu görevlisi saymaya olanak olmadığını ortaya koymuştur.[77]

74 Gözübüyük/Tan, s. 803

75 M.Günday, İdare Hukuku, Ankara, 2004, s.516

76 Yayla, İdare Hukuku, Beta Basım, İstanbul, 2009, s.275

77 Kararda aynen şöyle denmiştir: "Geniş anlamda kamu görevlileri için "kamusal ajan" deyiminin de kullanıldığı olmaktadır. Anayasa Mahkemesi'ne göre, "Ajan kavramı me-

Danıştay 1. Dairesi de 19.12.1996 tarihli ve E. 996/131 - K. 996/242 sayılı kararında belediye ve il genel meclisi ve encümeninin seçilmiş üyelerinin, seçimle ve belirli bir süre için kamu hizmetine katıldıkları ve genelde kurul halinde çalıştıkları halde, kurulun dışında resmi sıfat ve statülerinin bulunmadığını, kendi iş ve meslek statülerini koruduklarını belirterek kamu görevlisi sayılmalarına olanak bulunmadığını ortaya koymuştur. Aynı kararda Danıştay, kamu hizmetlerinde geçici ve arızi olarak katılan köy korucuları ile öğretmenlerin de kamu görevlisi sayılamayacaklarını da açık ve net bir şekilde belirtmiştir.

Danıştay 1. Dairesi, kamu görevlisi sayılabilmenin temel kriterlerini ortaya koyduğu söz konusu 19.12.1996 tarihli kararında kamu hizmetlerini yürüten kişilerden, idare örgütüne ve hizmet kadrosuna sürekli biçimde girmiş ve onunla kaynaşmış olan, örgüt içinde ve aralarında hiyerarşi bağı ve kendilerine özgü statüleri bulunan, görevleri dışında da bu statüleri ile resmi sıfat ve yetkilerini koruyan, kamu hizmetinin gerektirdiği alanlarda uzmanlaşmış olanların dahi "memur ya da kamu görevlisi" deyimi kapsamında kabul edilmeyeceğini açıklamıştır.

Bilirkişilerin hâkim yardımcısı olmadığı, hâkim yetkilerini kullanamayacağı

HMK m. 285'in gerekçesinden, Anayasa'nın açık hükümlerine aykırı ve hayret etmeyi gerektirir bir şekilde bilirkişilerin hâkim ve savcılarla eş görüldüğü ve onlara hâkim ve savcı kisvesi ve zırhı giydirilmek istendiği anlaşılmaktadır.

Gerçekten de Madde 285'in gerekçesinin 1. bendinde şöyle denmektedir. *"Her şeyden önce, bilirkişi, adli düzen içerisinde,* ***adli organın faaliyet alanına giren işlerin bir kısmını,*** *hâkim ya da diğer bir* ***adli organ*** *tarafından yapılan görevlendirme çerçevesinde,* ***ona ait kamusal yetkileri kullanmak suretiyle, onun adına daha genel planda ise Devlet adına gerçekleştirmekte, yani, Devlet adına asli bir görev ifa etmektedir.****"*

murların olduğu kadar il genel meclisi üyeleri ile belediye meclisi üyeleri gibi onursal (fahri) ajanları da kapsar. Her memur bir ajandır, ama her ajan bir memur değildir. Onursal ajan kategorisine giren il genel meclis üyeleri hizmet kadrosuna sürekli biçimde girmiş ve onunla kaynaşmış olmadıkları, kamu hizmetlerine geçici ve arızi olarak katıldıkları, örgüt içinde ve aralarında hiyerarşi bağı bulunmadığı, üstlendikleri kamu hizmetleri dışında varlıklarını iş ve meslek statüsündeki yerlerini koruduklarını, kamu hizmetlerinin gerektirdiği alan ve ölçülerde uzmanlaşmadıkları için memur ya da kamu görevlisi sayılmaları olanağı yoktur."

Bilirkişilerin hâkim adına adli görev yaptığı, hâkimin yetkilerini kullandığı yönündeki mevcut durum tespitine yönelik beyanlar fiiliyatta açıkça Anayasa'ya aykırı bir durumun varlığına ve bunda bir sorun görülmediğine işaret etmektedir. Bilirkişileri hâkim yerine koymak hakimlere "*görevlerini yapmıyorlar, bilirkişilere yaptırıyorlar*" demekle eşdeğerdir ve kabul edilemez.

Gerekçenin 1. bendindeki bilirkişinin hâkimin kamusal yetkilerini kullandığı ve hâkimin adına ve devlet adına yargı hizmeti verdiği görüşü hem usûl kanunlarında bilirkişiye verilen görevlerin niteliğine açıkça aykırıdır hem de **Anayasa Madde 140'taki hâkimlik ve savcılık** görevlerinin meslekten hâkim ve savcılar eliyle yürütüleceğine dair temel hükmüne aykırıdır.

Gerçekten de **Anayasa m. 140 fıkra (1) "Hâkimlik ve savcılık görevleri meslekten hâkim ve savcılar eliyle yürütülür."**[78] hükmünü amir olup; aynı hüküm 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu'nda da yer almaktadır. Bu anayasal ve yasal hükümler karşısında bilirkişilerin hâkim ve savcıların yerine geçerek, onların yargısal yetkilerini kısmen dahi olsa kullanarak devlet adına – hâkimin verdiği – asli görevleri yerine getirdiği veya getireceği söylenemez.

Bilirkişilerin hâkim veya hâkim yetkilerini kullanan nevi şahsına münhasır bir kamu görevlisi türü olduğu söylenemeyeceği gibi Anayasa m. 128(1)'in[79] açık hükmü karşısında devletin asli görevlerini yerine getiren herhangi bir kamu görevlisi olduğu da söylenemez; hatta böyle düşünülmesi bile abestir.

Kişilerin bilirkişilik yaparak kamu hizmetine katkıda bulunması ve hatta – kabul etmemekle birlikte - kamu hizmeti olması, bilirkişilerin memur ve diğer kamu görevlileri kapsamına girmeleri için ve de Anayasa m. 129(5)'teki ayrık ve imtiyazlı düzenlemeden yararlanmaları için de yeterli değildir.

78 2802 Sayılı Hâkim ve Savcılar Kanunu Madde 140 fıkra (1) hükmü gereğince **meslekten olmayan kişiler hâkimlik ve savcılık görevlerini yürütemezler.**

79 Anayasa madde 128 fıkra (1) "Devletin, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği aslî ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür." demektedir. Ayrıca Anayasa madde 68(5) ve 76(2)'de yapılmış olan "yaptıkları hizmet bakımından işçi niteliği taşımayan" belirlemesi gereğince kamu görevinin işçi veya başka bir ad altında veya nitelikte yapılmamış olması gereklidir.

Salt kamu hizmeti yapıyor veya kamu hizmetine katkıda bulunuyor olmalarının, hizmeti veren kişileri memur veya diğer kamu görevlisi statüsüne getirmeyeceği, kamu hizmetlerinin özel hukuk kişilerince de yerine getirilebileceğini ve kamu hizmetini yerine getirmek için memur ve diğer kamu görevlisi olmanın zorunlu olmadığını ortaya koyan Anayasa Mahkemesi'nin sözü edilen 09.12.1994 tarihli kararından da anlaşılabilir.

Gerekçe, bilirkişilere gerçeğe aykırı olarak verdiği "***resmi kimliği olan kamu görevlisi***" sıfatına dayalı olarak bilirkişilerin kusurundan ilk derecede devletin sorumlu olması gerektiğini ileri sürmektedir. Gerçekten de gerekçede "***Anayasanın 129 uncu maddesinin beşinci fıkrası anlamında kamu görevlisi, 40 ıncı maddesinin ikinci fıkrası anlamında ise resmî görevli konumunda bulunan bilirkişinin, kasten yahut ihmâl suretiyle gerçeğe aykırı rapor vermiş ve bunun mahkemece hükme dayanak yapılmış bulunmasından*** *kaynaklanan zararlardan dolayı,* ***Devlet birinci derecede sorumlu olmalı;***"[80] denilerek bilirkişilere dokunulmazlık ve sorumsuzluk imtiyazı veren m. 285 düzenlemesi savunulmaktadır.

Bilirkişilerin resmi kimliği olan diğer kamu görevlisi de olmadıkları

HMK m. 285'in gerekçesinde, ***bilirkişiler,*** devletin yürütmekle olduğu kamu hizmetini yerine getiren "***diğer kamu görevlisi***" olarak kabul edilmektedir. Gerçekten de HMK m. 285'in gerekçesinin 1. ve 2. bentlerinde bilirkişilerin "*hâkim yardımcısı olma niteliği*" taşıdığı, "*[hâkimin] yetki sahasına giren faaliyetin önemli bir kısmını üstlendiği*" ve böylece "*[hâkimin] alacağı*

80 Gerekçenin ilgili bölümü aynen şöyledir: "Anayasanın 40 ıncı maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarında, kişinin, resmî görevliler tarafından vaki haksız işlemler sonucu uğradığı zararların, kanuna göre Devletçe tazmin edileceği, Devletin sorumlu durumunda bulunan ilgili görevliye rücu hakkının saklı olacağı; **129 uncu maddesinin beşinci fıkrasında da, memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davalarının, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabileceği belirtilmiştir.** Bu iki anayasal düzenleme birbiri ile çatışmamakta; aksine birbiri ile bir uyum içerisinde bulunmaktadır. Zira, her iki düzenlemede, memur ve diğer kamu görevlilerinin, daha geniş bir ifadeyle resmî görevlilerin görevlerini ifa ederken yahut yetkilerini kullanırken kusurlu davranışlarıyla verdikleri zarardan dolayı, Devletin birinci derecede sorumluluğunu öngörmektedir. **Bu durumda Anayasanın 129 uncu maddesinin beşinci fıkrası anlamında kamu görevlisi, 40 ıncı maddesinin ikinci fıkrası anlamında ise resmî görevli konumunda bulunan bilirkişinin, kasten yahut ihmâl suretiyle gerçeğe aykırı rapor vermiş ve bunun mahkemece hükme dayanak yapılmış bulunmasından** kaynaklanan zararlardan dolayı, Devlet birinci derecede sorumlu olmalı; ancak onun kusurlu bilirkişiye de rücu hakkı saklı tutulmalıdır.

kararda büyük ölçüde belirleyici ve etkin bir rol oynadığı" belirtilmektedir.[81]

Gerekçenin 2. bendinin sonunda "*Bu açıdan yaklaşıldığında, bilirkişinin, kamu görevi yapan bir kamu görevlisi, genel çerçevede de resmî kimliği bulunan bir görevli (yani, resmî görevli) olduğu söylenebilir.*" denmektedir. 3. bentte ise "*Bu durumda Anayasa'nın 129 uncu maddesinin beşinci fıkrası anlamında kamu görevlisi, 40 ıncı maddesinin ikinci fıkrası anlamında ise resmî görevli konumunda bulunan bilirkişinin...*" şeklinde bilirkişinin kamu görevlisi olduğu vurgulanmıştır.

Anayasa m. 128(1) gereğince devletin yürütmekle olduğu kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler memurlar ve diğer kamu görevlileri tarafından yerine getirilir. Anayasa m. 128(2) gereğince de "***Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir.***"

Gerçekten de memur ve diğer kamu görevlilerinin atamalarının, Anayasa m. 128(2) gereğince çıkarılan başta 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu ve diğer özel kanunlarla düzenlenmektedir.

Anayasa madde 128 fıkra (1) "***Devletin, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin*** *gerektirdiği aslî ve sürekli görevler,* ***memurlar ve diğer kamu görevlileri*** *eliyle görülür.*" demektedir. Ayrıca Anayasa madde 68(5) ve 76(2)'de yapılmış olan "***yaptıkları hizmet bakı-***

81 Madde 285'in gerekçesinin söz konusu 1. ve 2. bendleri aynen aşağıya çıkarılmıştır.

"**Madde 285-** Bu maddede, bilirkişinin hukukî sorumluluğu ile ilgili özel bir düzenleme getirilmiştir. Maddenin birinci fıkrasında yer alan hükümle, bilirkişilerin hukukî sorumluluğu hususu, **bilirkişinin, Tasarıda ağır basan hâkimin yardımcısı olma niteliği de dikkate alınarak, hâkimlerin hukukî sorumluluğu konusunda benimsenmiş olan hukukî rejimle (51 inci madde) paralellik arzedecek bir biçimde düzenlenmiştir.** Anılan düzenlemeye göre, bilirkişinin **kasten veya ağır ihmâl suretiyle düzenlemiş olduğu gerçeğe aykırı raporun mahkemece hükme esas alınması sebebiyle, zarar görmüş olanlar,** bu zararlarının tazmini için, **Devlete karşı tazminat davası açabileceklerdir."**

"**Bilirkişi,** yargı düzeni içerisinde hâkimin yerine kaim olmamakla birlikte, hâkim tarafından yapılan görevlendirme çerçevesinde onun **[hâkimin] yetki sahasına giren faaliyetin önemli bir kısmını üstlenmek suretiyle, alacağı kararda büyük ölçüde belirleyici ve etkin bir rol oynamakta;** yargı işlevinin daha genel plânda ise klasik kamu hizmetleri arasında yer aldığı tartışmasız kabul edilen adalet hizmetlerinin işleyişine katkıda bulunmaktadır."

mından işçi niteliği taşımayan" belirlemesi gereğince kamu görevinin işçi veya başka bir ad altında veya nitelikte yapılmamış olması gereklidir.

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu madde 4(1)'de "*Kamu hizmetleri; memurlar, sözleşmeli personel, geçici personel ve işçiler eliyle gördürülür.*" denilmekte; maddenin (A) fıkrasında ise, "*Mevcut kuruluş biçimine bakılmaksızın,* ***Devlet ve diğer kamu tüzel kişiliklerince*** *genel idare esaslarına göre* ***yürütülen aslî ve sürekli kamu hizmetlerini ifa ile görevlendirilenler,*** *bu Kanunun uygulanmasında memur sayılır.*" denilerek memurların devlet ve kamu tüzel kişiliklerinde görevlendirilmiş olmaları şartı getirilmiştir.

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu madde 1(3)'te bu kanun kapsamına girmeyen kamu görevleri sayılmış olup hâkimlik ve savcılık mesleklerinde veya bu mesleklerden sayılan görevlerde bulunanların özel kanunları hükümlerine tabi olduğu belirtilmiştir. Anayasa m. 140(2)'nin açık hükmü ve 2802 sayılı Hâkim ve Savcılar Kanunu m. 140(2)'nin açık hükmü karşısında bilirkişilerin hâkim veya hâkim yardımcısı olarak nitelendirilemeyeceğini daha önce açıklamıştık.

Diğer yandan "*mahkemece yapılan görevlendirme sonucunda mahkeme ile bilirkişi arasında* ***kamu hukuku karakterli bir hukuki ilişki*** *kurulmaktadır.*" şeklinde ifade edilen görüş de[82] hatalı ve yanlıştır.

Şöyle ki; 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 4. maddesi, kamu kurumlarında istihdam şekillerini **memur, sözleşmeli personel, geçici personel ve işçiler** olmak üzere dört sınıfta sınırlı sayılı bir şekilde belirlemiştir. 657 sayılı Kanunun 5. maddesi gereğince "*Bu Kanuna tabi kurumlar, dördüncü maddede yazılı dört istihdam şekli dışında personel çalıştıramazlar.*"

Bilirkişi ile devlet arasında bir kamu ilişkisi olabileceğini söylemek için 657 sayılı Kanunun 4(A) veya (B) bendinde tanımlandığı şekilde bir ilişki bulunması zorunludur. Çünkü (i) Devlet 657 sayılı kanunun 4. maddesinde belirtilenler dışında personel çalıştıramaz; (ii) 4. maddenin (C) bendinde tanımlanan geçici personelin görev süresi sureli ve geçicidir, dolayısıyla görev sürekli de değildir, asli de değildir; (iii) 4. maddenin (D) bendinde belirtilen işçiler ise açık bir şekilde memur ve diğer kamu görevlileri kapsamının dışında kalmaktadır.

82 Prof. Süha Tanrıver, Bilirkişinin Sorumluluğu, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2005, Sayı: 56, s.143

Anayasa Mahkemesi, 19.04.1988 tarihli 1987/16-8 sayılı kararında "*diğer kamu görevlilerinin de yönetime kamu hukuku ilkeleri ile bağlı olması gerektiğini*" 22.12.1988 tarihli ve 1988/5-55 sayılı kararı ile de "*memurlar gibi diğer kamu görevlileri için de atanma koşulunun geçerli olduğunu*" belirterek; Yargıtay HGK da 8.02.1995 tarihli ve 774-45 sayılı kararında "*memurlar ve diğer kamu görevlileri arasında en azından yetki ve aylık konusunda benzerlik vardır.*" diyerek, kamu görevlileri ile ilgili düzenlemelerde yer alacak asgari ve ortak unsurları ortaya koymuşlardır. Bu kararların da gösterdiği üzere diğer kamu görevlileri de, memurlar gibi, nitelikleri, özlük işleri, atanmaları, görevleri ve yetkileri ile ücretlerinin kanunla belirlenen ve belirlenmesi gereken görevlilerdir.[83]

Bu hususlar HMK m. 285'in gerekçesinde: "*kamu görevlisi kavramının unsurları ise kısaca; aslî ve sürekli kamu görevlerinde çalışma, işçi dışında **personelden olma** ile Devlete kamu hukukî ilişkisiyle bağlı bulunmadır*[84]" denilerek kabul ve teyit edilmiştir.

Ancak gerekçe, devletin yürütmekle yükümlü olduğu kamu hizmetini yerine getiren tüm kamu görevlileri için kabul edilen bu hususları her nedense "diğer kamu görevlileri" bağlamıyla sınırlandırmayı tercih etmiştir. Gerekçede "*Kamu görevlisi kavramı, memur kavramını da içeren ve kapsam itibarıyla ondan daha geniş olan bir kavramdır. Bu durum gözetildiğinde, memur kavramını belirlemede kullanılan ölçütlerin, diğer kamu görevlisi kavramının kapsamının tayininde kullanılamayacağı kendiliğinden ortaya çıkar.*" denilerek, sanki "memur" kamu görevlileri ayrı, "diğer kamu görevlileri" ayrı ilkelere tabi olacakmış gibi bir ayrıma gidilmiştir. Bu ayrımdan yola çıkılarak da bilirkişi zümresini de içine alan sözde "diğer kamu görevlileri" statüsü oluşturulmaya çalışılmıştır.

Gerçekten de gerekçede aynen "*Genel çerçevede bir memurun varlığından söz edilebilmesi için, **şu iki unsurun bir arada bulunması** gerektiği söylenebilir. Bunlar; ortada bir **kamu hizmetinin bulunması** ve **kamu hizmetinin gerektirdiği aslî ve sürekli görevleri ifa eden kişinin, sürekli bir biçimde idarî kadro ve idarî hiyerarşi içinde yer almasıdır**.*" denilmekte,

83 Hasan Tahsin Gökcan/Mustafa Ardtuç, Kamu Görevlisi ve Özel Soruşturma Usulleri, 2. Baskı s. 325.

84 Cümlenin tamamı şöyledir: "Diğer kamu görevlisi kavramının unsurları ise kısaca şu şekilde ortaya konabilir; aslî ve sürekli görevlerde (kamu görevinde) çalışıp da, **memur ve işçilerin dışında kalan personelden olma** ile Devlete kamu hukukî ilişkisiyle bağlı bulunmadır."

devletin yürütmekle yükümlü olduğu kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevleri yürütenler sadece "memur"lar ile sınırlandırılmış bulunmaktadır. Buna karşın gerekçede "*Kamu görevlisi kavramı, memur kavramını da içeren ve kapsam itibarıyla ondan daha geniş olan bir kavramdır. Bu durum gözetildiğinde, memur kavramını belirlemede kullanılan ölçütlerin, diğer kamu görevlisi kavramının kapsamının tayininde kullanılamayacağı kendiliğinden ortaya çıkar.*" denilerek aslilik ve süreklilik unsurları ile devletin yürütmekle yükümlü olduğu kamu hizmetinin bu görevi gerektirmesi şartını diğer kamu görevleri bakımından aranmayacağı gibi yanlış bir izlenim oluşturulmuştur.

Böylelikle gerekçe, Anayasa m. 128(1)'in **devletin yürütmekle yükümlü olduğu kamu hizmetlerini gerektirdiği asli ve sürekli görevler unsurlarını, sadece memurlara indirgemiş bulunmaktadır.** Oysa Anayasa m. 128(1) **memur ve diğer kamu görevlilerinin yerine getireceği görevlerin (i) kamu hizmetinin gerektirdiği, (ii) "asli ve sürekli"** olduğu oldukça açık bir şekilde ve yoruma ihtiyaç göstermeyecek şekilde ortaya koymaktadır. Anayasa m. 128'in açık hükmünün böylelikle çarpıtılması dehşet vericidir. Gerekçe, bilirkişi zümresi için ayrık bir imtiyaz düzenlemesi getirebilmek için adeta Anayasa hükmünü değiştirmektedir.

Anayasa m. 128(1) hükmünü sadece memurlara indirgeyerek "diğer kamu görevlileri"ni dışarıda tutan gerekçe, devamında bir çok mantık hatası içeren uzun uzadıya açıklamaların ardından "***[bilirkişilerle] Devlet arasında özel bir kamu hukuku ilişkisi bulunduğunun somut göstergelerini oluşturmaktadır***[85]***. Bu açıdan yaklaşıldığında, bilirkişinin, kamu görevi yapan bir kamu görevlisi, genel çerçevede de resmî kimliği bulunan bir görevli***[86] ***(yani, resmî görevli) olduğu söylenebilir.***" şeklinde bir çıkarım ileri sürülmekte ve bilirkişiler hem kamu görevlisi hem de resmi kimliği olan bir kamu görevlisi olarak takdim edilmektedir.

85 Bilirkişilerle devlet arasında hangi tür bir özel kamu hukuku ilişkisi olabilir? Böyle bir ilişki hiçbir zaman yoktur, olması da mümkün değildir. Varsa gerekçede bunun ne olduğunu ortaya koymak gerekirdi ancak bu mümkün değildir; çünkü böyle bir ilişki yoktur.

86 Bilirkişiye bir de kamu görevlisi ve resmi kimliği eklenmesi maddeyi getirenlerin ve gerekçeyi yazanların ne kadar zorlandığının açık bir emaresidir. Bilirkişi kamu görevlisi değil, serbest çalışan ve bilirkişi olarak resmi hiçbir kimliği ve ayrıcalığı bulunmayan bir kimsedir. Bir öğretim üyesinin, bir mühendisin, bir esnafın bilirkişi olarak görevlendirilmesi ona bilirkişi gibi resmi bir kimlik bağışlamaz.

Gerekçedeki, "***Anayasanın 129 uncu maddesinin beşinci fıkrası anlamında kamu görevlisi, 40 ıncı maddesinin ikinci fıkrası anlamında ise resmî görevli konumunda bulunan bilirkişinin***" şeklindeki ifade tamamen hatalı ve gerçeğe aykırıdır.

Bilirkişi Anayasa m. 128 veya 129 anlamında memur veya kamu görevlisi olmadığı gibi, memur ve kamu görevlilerinin görevleri sırasında verdiği zararlardan devletin sorumlu tutulabilmesini öngören düzenlemelerin bilirkişiler hakkında uygulanabilmesi de mümkün değildir. Bu ifadenin gerekçeyi kaleme alan ve bilirkişi zümresine Anayasa'ya uyarsız bir dokunulmazlık vermeye istekli bir düşüncenin eseri olduğu bellidir.

Anayasanın 40. ve 129. maddeleri hükümleri, memur veya kamu görevlisi olmayan bilirkişilere sorumsuzluk ve dokunulmazlık tanımanın ve neden oldukları zararların devlete tazmin ettirilmesinin hiçbir şekilde gerekçesi olamaz. Hukuku zorlayarak bilirkişileri kamu görevlisi kapsamına sokmaya çalışan bu ifade de Anayasa'ya açıkça aykırı ve Devlet Memurları Kanunu'na da uyarsızdır.

Bilirkişilerin, memur veya diğer kamu görevlisi olarak görev yapabilmeleri için öngörülen yukarıda belirtilen hususların hiçbirisini taşımadığı apaçık ortadadır. Bilirkişiler, öyle ya da böyle gerekçelerle *"memur ve diğer kamu görevlileri"* tanımı içine sokulabilecek kişiler değillerdir. Bilirkişilerin bu nitelikleri taşımadıkları gerekçede yer alan "***Bilirkişilerin, Devletin sürekli bir biçimde idarî kadrosu ve idarî hiyerarşisi içinde yer almamaları sebebiyle***"[87] şeklindeki beyan ile de açık ve net bir şekilde kabul ve teslim edilmiştir.

4. Anayasa m. 129 ve m. 40'ın kamu görevlilerinin kusurlarından dolayı sorumluluğunu ortadan kaldıran düzenlemeler olmadığı, görevlilerin tazminat sorumluluğunun devam ettiği hakkında

Öte yandan, Anayasa m. 40 ve m. 129, memur ve kamu görevlilerinin kusurları ile verecekleri zararlardan dolayı sorumlu tutulmayacaklarını düzenlemez. Bu iki hüküm, memur ve kamu görevlilerinin kusurları ile verecekleri zararlardan dolayı, onların yanında devletin de sorumlu tutulabileceğine ilişkindir. Başka bir deyişle, zarar görene karşı devlet zarara neden olan memur ve kamu görevlisi ile birlikte sorumludur. Bu iki madde zarar

87 Gerekçedeki cümle aynen şöyledir: "**Bilirkişilerin,** bu tanımlama çerçevesinde, **Devletin sürekli bir biçimde idarî kadrosu ve idarî hiyerarşisi içinde yer almamaları sebebiyle** memur olmadıkları açıktır."

nedeniyle memur ve kamu görevlisine dava açılamayacağına dair bir hüküm içermemektedir. Hükümlerinin lafzına göre, zarar gören kişi dilerse sadece memur ve kamu görevlisini, dilerse onlarla birlikte devleti, dilerse de sadece devleti sorumlu tutarak dava açabilir.

HMK m. 285'te düzenlenen hâkimin gerçeğe aykırı raporu hükme dayanak alması durumu, zaten hakimin kusuru nedeniyle devletin sorumlu olmasını gerektiren bir durumdur. Böyle bir durumda ortaya çıkan zarar, aslında bilirkişinin gerçeğe aykırı raporu ile verdiği bir zarar değil, hâkimin gerçeğe aykırı raporu hükme esas alması nedeniyle oluşan, yani hâkimin kusurundan doğan zarardır. Diğer bir deyişle uğranılan zarar ile arasında illiyet bağı olan fiil bilirkişinin gerçeğe aykırı rapor düzenlemesi fiili değil, hâkimin gerçeğe aykırı raporu hükme esas almış olması şeklindeki kusurlu fiilidir.

Ancak maddenin lafzından hâkimin bu tür kusurlarından dolayı sorumluluğunun kaldırılmak istendiği, tazminat ödemesi halinde devletin hâkime değil de bilirkişiye rücu etmesi suretiyle hâkimin rücu edilmekten kurtarılmak, bu özel durumdan dolayı sadece bilirkişinin sorumlu tutulmak istendiği anlaşılmaktadır.[88] Hâkim HMK m. 46'daki sorumluluğu ortadan kaldırılmadığına göre birlikte değerlendirildiğinde, bu hüküm ile bilirkişinin, hâkim ile birlikte sorumluluğunun özel olarak düzenlendiği söylenebilir. Bu halde maddenin devletin bilirkişilere rücu edebilmesi için özel bir sorumluluk durumu öngördüğü de düşünülebilir.

5. M. 285'teki ağır kusur ve kasıt dışındaki kusurlardan dolayı sorumsuzluk düzenlemesinin Anayasa'ya aykırılığı bakımından…

Genel davranış kurallarına veya yüklendiği bir borca aykırı davranan, hukuka aykırı kusurlu bir fiil ile başkasına zarar veren kimse bu zararı tazmine mecburdur. Genel davranış kurallarına aykırılık halinde haksız fiilden sorumluluk veya haksız fiil sorumluluğu; borca aykırılık halinde, borca aykırı davranıştan sorumluluk, (en çok rastlananı olan sözleşmeye aykırılık halinde akdi sorumluluk) söz konusu olur. Sorumluluk tazminat borcunun kaynağıdır. Tazminat borcu hukuka aykırı davranışla doğar.

Kişi, borcuna aykırı sonucu tasarlayarak ve arzu ederek veya bu sonucu göze alarak hareket ettiği yahut borca aykırı sonucu önlemek için gerekli özeni göstermediği takdirde kusurludur. Tasarlayarak ve arzu ederek veya

88 Bu düşünce, hâkimin bilirkişinin gerçeğe aykırı raporunu ayırt edemeyebileceğinin ve yargılamaların bilirkişi zümresinin oy ve görüşlerine bağımlı hale geldiğinin ikrarı mahiyetindedir.

bu sonucu göze alarak hareket ederse "kasıt", gerekli özeni göstermez ise "ihmal" kusuru söz konusu olur.

Borçlunun kusuruna bağlı sorumluluğu ya kanun özel bir hükmü ile ya da tarafların aralarında yapacakları bir sorumsuzluk anlaşması ile daralтılabilir. Bununla birlikte Türk Borçlar Kanunu ("TBK") m. 115(1) gereğince borçlunun kasıt veya ağır ihmalinden dolayı sorumlu olmayacağı kararlaştırılamaz. TBK m. 115(3) gereğince ise kusura bağlı sorumluluk, kanun ya da yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülen bir hizmet, meslek veya sanat faaliyetinden doğuyorsa borçlunun hafif kusurundan sorumlu olmayacağına dair anlaşmalar geçersiz sayılacaktır.

Bilirkişilerin ve hâkimlerin her türlü kusurlu hareketlerinden dolayı zarar görülebileceği açıktır. Akdi ilişkideki kusurdan sorumluluk yukarıda belirtilen kısıtlamalara tabi olarak akit tarafın rızasına bağlıdır. Akdi sorumluluk halleri dışındaki kusurlu hareketlerden dolayı zarar görenlerin tazminat hakkı, ancak, Anayasa m. 13'te belirtilen şartlara uygun olarak çıkarılacak bir kanunla sınırlandırılabilir. Anayasa m. 13 gereğince "*Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca* ***Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir****. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.*" Aynı zamanda hak arama hürriyetini garanti altına alan Anayasa m. 36'nın "*Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.*" hükmü gereğince başkasının kusurlu hareketinden dolayı zarar gören kişinin hakkını yargı mercilerinde açacağı dava yolu ile arama hakkına sahip olduğunu da dikkate almak gerekir.

Yukarıda açıkladığımız üzere bilirkişilerin kusurlarından dolayı sorumluluğunun kısıtlanmasını öngören Anayasa veya yasa hükmü yoktur. Lafzına gore yorumlandığında HMK m. 285'in bilirkişilere sorumsuzluk bağışıklığı getirmediği, herhangi bir şekilde sorumluluk sınırlaması öngörmediği açıktır. Dolayısıyla bilirkişilerin, hafif ihmal, ağır ihmal ve kasıt şeklinde ortaya çıkabilecek her türlü kusurlarından dolayı sorumlu oldukları, tartışmadan kabul edilmesi gereken bir olgudur.

HMK m. 285, madde gerekçesine hakim olan düşüncenin mantığına gore bilirkişilerin kusurlarından dolayı sorumlu olmayacakları şeklindeki yorumu Anayasa m.40 ve 129(5) hükümlerine uyarsız olacaktır. Zira Anayasa m. 40 ve 129(5), kusur türleri bakımından bir ayrım yapmadan devletin de

sorumlu tutulabileceğini öngörmektedir. Yukarıda metinleri aynen alıntılan her iki Anayasa hükmünde de kusur türlerine göre sorumsuzluk veya sorumluluktan bağışıklık tanındığına veya böyle bir anlam çıkarmaya imkan veren bir ifade mevcut değildir. Anayasa m. 40 ve 129(5) hükümleri, sadece ve sadece, memur ve kamu görevlilerinin kusurları nedeniyle oluşacak zararlardan dolayı devletin de sorumlu tutulabileceğini düzenlemektedir.

Anayasa m. 40 ve m. 129(5) hükümleri hiçbir kişi ve sınıf için genel sorumluluk ilkelerini ortadan kaldıran hükümler değildir. Bu nitelikleri ile bu iki hükmün hâkim ve savcılar için bile ağır kusur ve kasıt halleri dışındaki kusurlarından dolayı sorumluluklarını ortadan kaldırdığı veya sınırlandırdığı ileri sürülemez. HMK m. 46'nın hâkimlerin sorumlu olacakları kusurlu fiillerini ağır kusur ve kasıt halleri olarak sayılabilecek şekilde sınırlandıran hükmünün diğer kusur hallerinden sorumlu olmadıkları şeklinde yorumu bile Anayasa'nın sözü edilen hükümlerine aykırı olacaktır. Kaldı ki, HMK m. 46'nın, hukuk mahkemeleri hâkimleri zümresine diğer hâkim ve savcılar arasında farklı bir koruma öngörmesi nedeniyle, tümden Anayasa'ya aykırı olduğunu yukarıda ortaya koymuş bulunuyoruz.

HMK m. 285'in gerçek manası, bilirkişilerin her türlü kusurundan dolayı değil, sadece ağır kusurlu veya kasıtlı olarak rapor düzenlemeleri, ilaveten de hâkimin de gerçeğe aykırı raporu hükme esas alması, yani iki şartın birlikte gerçekleşmesine tabi olarak devletin de bilirkişilere ilaveten sorumlu olacağını öngörmüş olmasıdır.

Ancak, madde gerekçesini hazırlayan düşüncenin, maddeye lafzından ve hukuken olabileceğinden farklı bir anlam verdiği, devletin ve dolaylı olarak bilirkişilerin kusurlarından dolayı sorumluluğunu ağır kusur ve kasıt halleri ile sınırlandırmayı, diğer kusur hallerinden, örneğin hatalı veya eksik rapor düzenlemeden dolayı sorumluluklarını kaldırmayı amaçladığı ve bir çeşit sorumsuzluk dokunulmazlığı getirilmesinin niyetlendiği anlaşılmaktadır. Gerçekten de maddenin hükmü açık olan lafzı ile bağdaşmayan bu bu niyet, gerekçeden aşağıya alıntılanan beyan ile ortaya konmaktadır.

"İşte, ***Tasarının 289 uncu maddesinin birinci ve üçüncü fıkralarında yer alan düzenleme ile yukarıda anılan anayasal kuralların bir kamu görevlisi olan bilirkişiler bakımından da, hafif ihmâl hâli kapsam dışı bırakılarak, hukukî sorumluluk noktasında somutlaştırılması sağlanmak istenmiştir.****"*

"Bilirkişilik görevinin üstlenilemez hâle gelmesini önlemek amacıyla, ***gerçeğe aykırı rapor vermeden kaynaklanan zararlardan Devletin tazmi-***

natla sorumlu tutulmasında, *gerçeğe aykırı olarak verilmiş ve hükme dayanak yapılmış bulunan raporun, bilirkişinin* ***kasdi yahut ağır ihmâlini içeren iradesinin ürünü olması aranmış;*** *bu düzenlemede,* ***hâkimler bağlamında yapılan tercihte olduğu gibi, hafif ihmâl hâli ise tümüyle devre dışı bırakılmıştır."***

Yukarıya alıntıladığımız gerekçede aynen "*hafif ihmal hali ise tümüyle devre dışı bırakılmıştır*" denilerek, ağır kusur ve kasıt kusuru halleri dışındaki hafif kusur ve ihmal hallerinde devlete karşı bile sorumluluk davası açılamayacağı belirtilmektedir.

Öncelikle belirtelim ki, bilirkişiler memur ve kamu görevlisi sayılsalar bile, görevleri sırasındaki kusurlarından dolayı memurlar ve kamu görevlileri ve hâkimler aleyhine tazminat davası açılmasının önleyen Anayasa m. 40 ve 129(5) hükümleri, haklarında devlet aleyhine tazminat davası açılması öngörülmeyen diğer kusurlu hareketleri nedeniyle tazminat davası açılamayacağına dair değildir. Anayasa'nın her iki hükmü de memur ve kamu görevlilerinin kusurları nedeniyle oluşacak zararların tazmini için devlete karşı da dava açılabilmesini öngörmekte; memur ve kamu görevlilerinin kusurları arasında, hafif kusur, ağır kusur veya kasıt (kusuru) gibi bir ayrım yapmamaktadır. Anayasa kusur türleri bakımından bir ayrım yapmadığı halde, kanun ile tazminat davası açma hakkının ağır kusur ve kasıt halleri ile sınırlandırılmak istenmesi Anayasanın söz konusu hükümlerine açıkça aykırıdır. Bu yorumun, Anayasa m. 40 ve 129(5)'e aykırılık yanında Anayasa'nın 10(1) maddesindeki "kanun önünde eşitlik" ve 10(4) maddesindeki "hiçbir zümreye imtiyaz tanınamayacağı" hükmünü ihlal ettiği ve edeceği açıktır.

Öte yandan bu düzenleme aynı zamanda hak arama özgürlüğünü de kısıtladığı için Anayasa m. 36 hükmüne de aykırı olacaktır.

Gerekçede ağır kusur ve kasıt halleri dışındaki kusurlar nedeniyle dava hakkını kısıtlamanın gerekçesi olarak kanunen kabul edilmesi mümkün olmayan bir sebep ileri sürülmüştür. Aşağıya alıntılanan bu sebep, bu madde hükmünün, mahkemelerin yargı görevi ve işini bilirkişilere aktarmayı çözüm yolu olarak gören düşüncenin hatalı bir eseri olduğunu göstermektedir.

Madde 285'in gerekçesindeki *"Maddenin üçüncü fıkrasında ise verilmiş olan* ***gerçeğe aykırı raporun hükme esas alınmasından kaynaklanan zararları Devletin tazmin etmesi durumunda,*** *asıl sorumlu konumunda olan kusurlu bilirkişiye rücu hakkının bulunduğu, yukarıda anılan anayasa kuralları da dikkate alınarak açıkça ifade olunmuştur. Çünkü, nihai plânda zararı tazmin etmekle yükümlü olan, kusurlu bilirkişinin kendisidir. Devlet*

burada, idarî güvence ilkesinin işlerlik kazanmış olması sebebiyle, ilgililerin mağduriyetinin önlenmesi için, zararın tazmini bağlamında devreye girmektedir." şeklindeki ifadedeki düşüncenin de hatalı olduğunu söylemeliyiz. En başında bilirkişilerin kasıt ve ağır kusur halleri dışındaki kusurlar için ne devletin ne de bilirkişilerin sorumlu olması söz konusu değildir. Dolayısı ile zarar görene verilen bir güvence söz konusu değildir.

Öte yandan gerekçedeki düşünce, zararın oluşmasını önlemek yerine zarar oluşturulmasına davetiye çıkarmakta; zarar oluştuğunda ise tazmin edilmesini ve zarara neden olanlara tazmin ettirilmesi konusunda tabiri caiz ise "ipe un seren" bir durumu etkin bir yaptırım imiş gibi takdim etmektedir. Zira, bilirkişilerin sorumsuz tutulması en başında özensiz ve isabetsiz oy ve görüş içeren raporlar düzenlenmesine, yargının isabetsiz kararlar vermesine ve tarafların hem kararların isabetsizliği ve hem de bilirkişilerin sorumsuz davranışları nedeniyle zarar görmesine neden olur. Bu zararların ortaya çıkarılması ve giderilmesi de ayrı bir yargı faaliyetini gerektirdiği, devlet tazminat ödese bile bilirkişiye rücu edilmesinin de ayrı bir davayı gerektireceği ve bu arada rücu edilecek şeyin değerinin de düşeceği veya bilirkişiden tahsilinin imkansız hale geleceği düşünüldüğünde aslında, bilirkişiye rücu etme durumunun sözde kalacağı bellidir.

Bilirkişilerin fütursuzca, çoğu zaman hatalı ve eksik, zaman zaman da gerçeğe aykırı rapor düzenleyip, yargılamaları daha da kötüleştirmesi, vatandaşın hakkını almasının böylece daha da zorlaşacağı ve hatta gerçekleşemeyeceği, gerçeğe aykırı rapora dayalı olarak hüküm verilip, her şey bittikten sonra vatandaşın raporun gerçeğe aykırılığını, bilirkişinin ağır kusurlu veya kasıtlı olduğunu kanıtlamak için, aynı tür ağır kusur ve kasıtlı raporların alınma ihtimali olan yargı yolunu bir daha tercih etmeyeceği kolayca görülebilecek hayat gerçekleridir.

Bu düzenleme yetkin ve gerçekten yararlı olabilecek kimselerin bilirkişilik görevi üstlenmekten kaçınmasına neden olacak, yetkin ve dürüst olmayanların haksız menfaat elde etmek için bu görevlere üşüşmesine, gerçeğe aykırı rapor düzenlenmesine ve zaten kontrol edilemeyen bilirkişilik kurumunun adalete daha da çok zarar vermesine neden olacaktır.

"*Bilirkişilik görevinin üstlenilemez hale gelmesi*" ancak yargıyı ve yargı sorunlarını bilirkişiler vasıtası ile çözmeyi amaçlayan düşünce tarafından bir tehlike olarak görülebilir. Bunun gerçekte böyle olmadığı bilinmektedir. Nitekim, hususi bilirkişilerin, kusurları nedeniyle kendilerine görev veren tarafa karşı sorumlu tutulmasına dair İngiliz Temyiz Mahkemesi, 30 Mart 2011 tarihli Jones v Kaney [2011] UKSC 13 kararında, bilirkişinin hizmet sunma

yönünde bir karar verdiği ve yükümlülük altına girdiği, bilirkişileri sorumlu tutmanın yararının, sorumluluktan bağışık tutmadan elde edilecek yarardan çok daha fazla olduğu, sorumlu tutmanın en büyük sonucunun, bilirkişilerin davanın esasına dair ilk görüşlerini açıklarken, daha sonra bunlar nedeniyle pişman olmamak için, daha dikkatli davranacak olmalarıdır. Bunun da uzman kişilerin nihai görevleri olan uyuşmazlığın adilce çözümlenmesi için mahkemeye yardımcı olma (ya da taraflara dava öncesi uzlaşma konusunda yardım etme) yaklaşımında sağlıklı bir gelişme sağlayacağı belirtilmiştir.

Her ne saikle olursa olsun bilirkişilerin kusurlarının maruz görüleceği bir ortam yargı sorunlarını azaltmaz, tam tersine, sorunları giderek artırır. Hele hele, bilirkişilerin ağır kusurlu veya kasıtlı olarak gerçeğe aykırı rapor düzenlemelerine bu şekilde müsabaha gösterilmesi haksızlıklara, adalette kokuşmaya ve bozuşmaya neden olur. Bilirkişileri gerçeğe aykırı raporlarından dolayı sorumsuz kılmak, mahkemelerin böyle raporlar vasıtasıyla yanıltılabileceği, bilirkişilerin, görüşlerinin gayrı ahlaki yöntemlerle satın alınması ve dolayısıyla yargının vereceği kararların satın alınan raporlar vasıtasıyla mahkeme dışında ve hakim olmayan kimselerce belirleneceği bir zemin ve ortam hazırlar. Böyle tehlikeli bir durumun oluşacağı ancak yargının sorunlarını bu şekilde palyatif yöntemlere çözmeye çalışan düşüncenin körleştirmesi ile görülmeyebilir.

HMK m. 285'in yargı hizmetlerine getirdiği bu tehlikenin bir an önce giderilmesi için ya gerekçenin madde metnini desteklemediği yolunda bir içtihat oluşturulması, ya da gerekçedeki gibi yorumlanacak olur ise, Anayasa mahkemesine başvurularak iptalinin sağlanması acil bir zorunluluktur.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 11.09.2014 tarihli 2013/6333 Esas ve 2014/13605 Karar sayılı temyiz ve 30.04.2015 tarihli 2015/797 – 6170 sayılı karar düzeltme kararlarında[89] HMK. 285'in bilirkişilerin sorumluluğunu kısıtlayan özel bir düzenleme olduğuna karar vererek madde gerekçesindeki Anayasaya aykırı beyanlara itibar etmiş buna karşın o şekilde yorumun Anayasaya aykırılığı hususunda sessiz kalmış olması endişe vericidir.

Gerçeğe aykırı raporun verildiği davada mahkeme, bilirkişiler hakkında suç duyurusunda bulunulması taleplerini reddetmiş ve tarafları şikayette bulunmakta serbest bırakmış iken, İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığının gerçeğe aykırı rapor düzenlemekten dolayı şikayet edilen bilirkişilerin ko-

89 Anayasaya aykırılık nedeniyle iptal başvurusu talebini de içeren dilekçemiz ile sözü edilen iki karar ekler arasında sunulmaktadır.

vuşturulabilmesi için mahkemenin suç duyurusunda bulunmasının gerektiği gerekçesi ile takipsizlik kararı[90] vermiş olması, buna karşı itirazın da gerekçe göstermeksizin reddedilmiş olması, endişeleri daha da güçlendirmektedir.

25 Haziran 2015

90 İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığının 08,09,2014 tarihli 2014/81447 – 60012 sayılı takipsizlik kararı, İstanbul 4. Sulh Ceza Hakimliğinin 09.10.2014 tarihli ve 2014/1611 D. İş sayılı kararı.

Danıştay 1. Dairesi 19.12.1996 tarihli ve E. 996/131 - K. 996/242 sayılı karar

GEÇİCİ VE GÖNÜLLÜ KÖY KORUCULARI, BELEDİYE MECLİS VE ENCÜMEN ÜYELERİ, İL GENEL MECLİSİ VE DAİMİ ENCÜMEN ÜYELERİ İLE VEKİL ÖĞRETMENLER VE GEÇİCİ İŞÇİLER 3713 SAYIN TERÖRLE MÜCADELE KANUNUNUN 4131 SAYILI KANUNLA EKLENEN EK 1. MADDESİNDE YER ALAN KAMU GÖREVLİLERİNDEN DEĞİLLERDİR.

İçtihat Metni

3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun 4131 sayılı Kanunla eklenen Ek 1'inci maddesinde yer alan kamu görevlileri deyiminin kapsamı konusunda düşülen duraksamanın giderilmesi amacıyla istişari düşünce istemine ilişkin Başbakanlığın 27.6.1996 günlü ve Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğü B.02.0.KKG/174-168/2778 sayılı yazısına ekli İçişleri Bakanlığının 24.6.1996 günlü ve Personel Genel Müdürlüğü B.050.PGM.0.07.0000/7167 sayılı yazısında aynen:

"13.11.1995 tarihli ve 4131 sayılı Terörle Mücadele Kanununun Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması ve Bu Kanuna Bir Ek Madde Eklenmesi Hakkında Kanun. 16.11.1995 gün ve 22465 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Bu Kanunun, 12.04.1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununa Bir Ek Madde Eklenmesine İlişkin 3 üncü maddesi hükmü gereğince bakanlığınızca, hazırlanan "Terör Eylemleri Nedeniyle Şehit ve Malul Olanların Yakınlarının ve Çalışabilecek Durumdaki Malullerin Kamu Kurum ve Kuruluşlarında İstihdamı Hakkında Yönetmelik" ise 29.03.1996 gün ve 22595 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiş ve Bakanlığınızca uygulanmasına başlanmıştır.

3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununa bir ek madde eklenmesine ilişkin 4131 sayılı Kanunun 3 üncü maddesinde, bu Kanun kapsamına alınan kamu kurum ve kuruluşları belirlendikten sonra kimlerin istihdam edilecekleri de; "... bu Kanunun 1'inci maddesinde yazılı terör eylemleri nedeni ve etkisiyle:

a) Şehit veya çalışamayacak derecede malul olan kamu görevlileri ile er ve erbaşların varsa eşleri yoksa çocuklarından birisi, çocukları da yoksa kardeşlerinden birisi veya,

b) Malul olup da çalışabilir durumda olanlar..." şeklinde tespit edilmiştir.

Kanunun aynı maddesinin devamında; "İçişleri Bakanlığı, yukarıdaki fıkra kapsamına giren kişileri tespit etmek, bunlardan bir işe girmek için istekli olanların nitelikleri ile iş gereklerini gözönüne almak suretiyle, işe alınmaları veya atamalarının yapılması için, durumlarına uygun kadrosu mevcut olan kamu kurum ve kuruluşlarına bildirmekle görevlidir." hükmü getirilmiş, ayrıca aynı maddenin son fıkrası ile de yönetmelik çıkarılması konusunda da bakanlığınız görevlendirilmiştir.

Bakanlığınızca hazırlanan yönetmelikle, hak sahiplerinin belirlenmesinde Kanunda yer alan "Şehit olan veya çalışamayacak derecede malul olan kamu görevlileri..." ifadesi aynen kullanılmıştır. Ancak uygulamada yukarıda ifadede yeralan "kamu görevlileri" tabirinin kapsamında tereddüde düşülmüştür.

Bilindiği üzere Anayasamızın 128 inci maddesinde "Devletin, Kamu İktisadi Teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür." şeklinde kamu hizmetli görevlileri tanımı yer almıştır. Öte yandan 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun değişik 4 üncü maddesinde ise "Kamu Hizmetleri; memurlar, sözleşmeli personel, geçici personel ve işçiler eliyle gördürülür." hükmü getirilmiştir. Türk Ceza Kanununun 279 uncu maddesinde ise, kamu görevlilerinin tanımına ilişkin bir hüküm bulunmakta ise de bu hüküm sadece Ceza Kanunu uygulaması açısından önem arzetmektedir.

Mevzuatımızda "kamu görevlisi" ifadesinin kapsamını belirleyecek net bir tanımı yapılmamışsa da yukarıda özetlenen Anayasa ve Yasa hükümlerinden, kamu hizmeti görenlerin "kamu görevlisi" olarak tanımlanması gerektiği sonucuna varılmaktadır. Anayasamızın 128 inci maddesinde ifadesini bulan "kamu hizmeti" deyimi ise; "memurlar ve diğer kamu görevlileri tarafından yerine getirilen ve devlet veya kamu tüzel kişileri tarafından veya bunların denetimi altında genel ihtiyaçları karşılamak ve kamu yararını sağlamak amacına yönelik genel kapsamı, devamlı ve düzenli faaliyetler" şeklinde tanımlanabilir.

Bütün bu tanımlamalardan anlaşılabileceği ve Anayasamızın 128 inci maddesinde de vurgulandığı şekliyle, yürütülen bir hizmetin "kamu hizme-

ti" sayılabilmesi için asli ve sürekli olmasının yanısıra kamu yararına yönelik olması gerekmektedir. Bu hususlar dikkate alındığında Belediye Meclisi ve encümeninin seçilmiş üyeleri ile il genel meclisi ve daimi encümeninin seçilmiş üyelerinin: geçici işçilerin ve 442 sayılı Köy Kanununun değişik 74 üncü maddesine göre görevlendirilen geçici ve gönüllü köy korucularının, 4131 sayılı Kanun kapsamına alınan kamu görevlilerinden olup olmadıkları konusunda bir karar vermek mümkün olmadığı gibi 4131 sayılı Kanunun gerekçesi ve aynı konudaki İçişleri Komisyonu ile Plan ve Bütçe Komisyonu raporları da incelenmiş ancak tereddütleri giderecek bir açıklık bulunamamıştır.

Bu nedenle; Bakanlığınızca, geçici ve gönüllü köy korucuları; belediye meclis ve encümen üyeleri; il genel meclisi ve il daimi encümeni üyeleri; vekil öğretmenler ile geçici işçilerin 4131 sayılı Kanunun uygulanmasında kamu hizmetinin, Anayasamızın 128 inci maddesinde ifade edilen "... asli ve sürekli..." olması özelliğinden hareketle kamu görevlisi sayılmayacağı düşünülmekte ise de, bu konuda 2575 sayılı Kanunun 23/e maddesi uyarınca Danıştay görüşünün alınması için gereğini takdirlerinize arz ederim." denilmektedir.

Dairemizce yapılan çağrı üzerine gelen İçişleri Bakanlığı Personel Genel Müdürlüğü Olağanüstü hal Personel Daire Başkanı ...'in açıklamaları dinlendikten sonra,

Gereği Görüşülüp Düşünüldü:

3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun 4131 sayılı Kanunla eklenen Ek 1'inci maddesi ile terör eylemleri nedeniyle şehit veya çalışamayacak derecede malul olan kamu görevlileri ile er ve erbaşların yakınlarının ve malul olup da çalışabilir durumda olanların kamu kurum ve kuruluşlarında istihdamına olanak sağlanmış, ancak, uygulamada geçici ve gönüllü köy korucuları, belediye meclis ve encümen üyeleri, il genel meclisi ve daimi encümen üyeleri ile vekil öğretmenler ve geçici işçilerin maddede belirtilen "kamu görevlileri"nden olup olmadıkları konusunda duraksamaya düşülmüş, istemle de bu duraksamanın giderilmesi istenilmiştir.

Anayasanın 128 inci maddesinin 1 inci fıkrasında, "Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür." denilmekte, "kamu görevlileri" deyimi ile ilgili olarak yasalarda da açık bir niteleme ve tanım yer almış bulunmamaktadır.

Öğreti ve yargısal kararlarda, kamu idare ve kurumlarında kamu hizmetlerini yürüten kişilerden; idare örgütüne ve hizmet kadrosuna sürekli biçimde girmiş ve onunla kaynaşmış olan, örgüt içinde ve aralarında hiyerarşi bağı ve kendilerine özgü statüleri bulunan, görevleri dışında da bu statüleri ile resmi sıfat ve yetkilerini koruyan, kamu hizmetinin gerektirdiği alanlarda uzmanlaşmış olanlar "memur ya da kamu görevlisi" sayılmakta, bu nitelik ve koşulları taşımayanlar ise, "memur ya da kamu görevlisi" deyimi kapsamında kabul edilmemektedir.

Bu olgular gözönüne alınarak, kamu görevlileri olup olmadıkları hususunda duraksamaya düşülen sözü edilen kişilerin durumları incelenmiş ve varılan sonuçlar aşağıda açıklanmıştır.

Bunlardan benzer nitelikleri taşıyan belediye meclis ve encümeninin seçilmiş üyeleri ile il genel meclisi ve daimi encümeninin seçilmiş üyelerinin, seçimle ve belirli bir süre için kamu hizmetine katıldıkları, genelde kurul halinde çalıştıkları, kurulun dışında resmi sıfat ve statüleri bulunmayıp kendi iş ve meslek statülerini korudukları; geçici ve gönüllü köy koruculari ile geçici işçiler ve öğretmenlerin ise kamu hizmetlerine geçici ve arızi olarak katıldıkları için kamu görevlisi sayılmasına olanak bulunmamaktadır.

Belirtilen nedenlerle, sözü edilen kişilerin 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun 4131 sayılı Kanunla eklenen Ek 1'inci maddesinde yer alan "kamu görevlileri "nden olmadığı sonucuna ulaşılarak dosyanın Danıştay Başkanlığına sunulmasına 19.12.1996 gününde oybirliğiyle karar verildi.

Danıştay 1. Dairesi 2000/29-2059 sayılı 17.4.2000 tarihli karar

ÖZET : 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun'un bazı maddelerinin uygulanmasının açıklaması.

4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun'un bazı maddelerinin uygulanmasında düşülen duraksamanın giderilmesine ilişkin Başbakanlığın 11.2.2000 günlü, Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğü 802 sayılı yazısına ekli Başbakanlık Teftiş Kurulu Başkanlığının 7.2.2000 günlü ve 013/0165 sayılı yazısında aynen:

""Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında 4483 sayılı Kanunun uygulanmasına ilişkin olarak bakanlık teftiş kurullarından başkanlığımıza intikal eden yazılara göre, kanunun;

-""Kapsam"" başlıklı 2 nci maddesi,

-""İzin Vermeye Yetkili Merciler"" başlıklı, 3 üncü maddesi,

-""Ön İnceleme"" başlıklı 5 inci maddesi,

-""Süre"" başlıklı 7 nci maddesi,

-""Ön İnceleme Yapanların Yetkisi ve Rapor"" başlıklı 6 ncı maddesi,

-""Soruşturma İzninin Kapsamı"" başlıklı 8 inci maddesi,

-""İtiraz"" başlıklı 9 uncu maddesi,

-""İştirak Halinde İşlenen Suçlar"" başlıklı 10 uncu maddesi ile geçici 1 inci maddesi üzerinde tereddütler bildirilmiştir.

Tereddüte düşülen hükümlerle ilgili başkanlığımız görüşü; ""4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanuna Dair Uygulama Esasları"" başlıklı ilişikteki metinde yer almış olup: bakanlık teftiş kurullarından başkanlığımıza intikal eden yazılar ve SHÇEK Genel Müdürlüğü Teftiş Kurulu Başkanlığının yazısı da yazımıza eklenmiştir.

4483 sayılı Kanunun uygulanmasıyla ilgili olarak tereddüte düşülen hususlarda Danıştay 1 inci Dairesinden görüş alınması hususunda bilginizi ve gereğini rica ederim."" denilmektedir.

Dairemizce yapılan çağrı üzerine gelen Başbakanlık Başmüfettişleri .....Adalet Başmüfettişi .... Maliye Bakanlığı Başmüfettişleri ..... İçişleri Bakanlığı Başmüfettişleri ..... Maliye Bakanlığı Bütçe ve Mali Kontrol Genel Müdürlüğü Bütçe Uzmanı ..., Devlet Personel Başkanlığı Daire Başkanı ... ve Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü Öğretim Üyesi Prof. Dr. ...'in açıklamaları dinlendikten ve Başbakanlığın 29.2.2000 günlü, 1200 sayılı yazısı ve gönderilen diğer yazılarla dosyadaki belgeler incelendikten sonra,

Gereği Görüşülüp Düşünüldü:

Konu, istem yazısı ve eklerinde, 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanunun duraksamaya neden olan maddeleri ve bunlarla ilgili açıklama ve görüşler çerçevesinde incelenmiş ve varılan sonuçlar aşağıda açıklanmıştır.

Madde 1 ve 2 -4483 sayılı Yasanın bu maddeleri amacı ve kapsamı belirlemektedir.

Bu maddeler Memurin Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkat kapsamında yer alan “”görev sebebiyle”” ve “”görev sırasında”” işlenen suçlardan yalnızca “”görev sebebiyle”” işlenen suçları yasa kapsamına almış, “”görev sırasında”” işlenen suçlar ise kapsam dışına çıkartılmıştır. Böylece görev sırasında görev sebebi dışında bir nedenle işlenen suçların genel hükümlere tabi olması sağlanmıştır.

Görev sebebiyle işlenen suçlar memuriyet görevinin ifası nedeniyle işlenen suçları içermektedir. Suçun memuriyet görevinden doğmuş sayılması için memuriyet işleriyle ilgili olması, diğer bir anlatımla suçu doğuran fiil ile kişinin görevi arasında illiyet bağı bulunması gerekmektedir.

Yasanın 2 nci maddesine göre, bu yasa devlet ile anayasanın 123 üncü maddesine uygun olarak kanunla veya kanunun verdiği yetkiye dayanılarak kurulan diğer kamu tüzelkişilerinde çalışanlar hakkında uygulanacak, devlet tüzelkişiliği içinde yer almayan, kamu tüzelkişiliği niteliği taşımayan kuruluşlarda çalışanlar hakkında uygulanmayacaktır.

Anayasanın 128 inci maddesinin birinci fıkrasında yer alan “” Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür”” hükmü, 4483 sayılı Yasanın 2 nci maddesine “”kamu iktisadi teşebbüsleri”” deyimi çıkarılarak aynen alınmak suretiyle kamu iktisadı teşebbüsleri per-

soneli yasa kapsamı dışında tutulmuş, 17 nci maddesi ile de teşebbüs genel müdürleri ve yönetim kurulu üyelerinin yargılanmaları ilgili bakanın iznine bağlı kılınarak yalnızca bunlar hakkında 4483 sayılı Yasa hükümlerinin uygulanması öngörülmüştür.

Diğer taraftan, kamu iktisadi teşebbüsleri genel müdürleri 399 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye bağlı (1) sayılı cetvelde diğer personel yanında yer almak suretiyle 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa tabi tutulmuştur. Bu kanun hükmünde kararnamenin (1) sayılı cetvelinde yer alan personelden yalnız genel müdürlerin 4483 sayılı Yasa kapsamına alınması suretiyle genel müdür dışında kalan (1) ve (2) sayılı cetvelde gösterilen diğer kamu iktisadi teşebbüsleri personeline genel hükümlerin uygulanmasının öngörüldüğü sonucuna ulaşılmaktadır.

Kuruluş kanunlarında, personeline Memurin Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkatın uygulanmayacağı veya özel hukuk hükümlerine tabi olduğu belirtilen kamu tüzelkişilerinin 4483 sayılı Yasa kapsamına girmeyeceği, buna karşın kuruluş kanunlarında Memurin Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkatin uygulanacağı belirtilen kamu tüzelkişileri personeli hakkında ise 4483 sayılı Yasa hükümlerinin uygulanacağı tabii bulunmaktadır.

Bilindiği üzere, kamu hizmeti, umuma arzedilen, sürekli ve kesintisiz bir biçimde işlemesi zorunlu, toplumun genel ve ortak gereksinimlerini karşılamak amacıyla kanunla kurulan idarenin, doğrudan ya da yakın gözetim ve sorumluluğu altında kamusal yetki ve usuller kullanarak yürüttüğü faaliyetlerdir. Bu faaliyetler, anayasanın 128 inci maddesinde de belirtildiği gibi genel idare esaslarına göre yürütülür.

Asli ve sürekli görevler, genel idare esaslarına göre, kamu gücü kullanılarak yürütülen görevlerdir. Bu görevlerde kamu gücünü kullanarak çalışanlar ise, kamu görevlileridir. Kamu görevlileri, kamu hizmetinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerde yönetime kamu hukuku ilişkisi ile bağlı olarak çalışan, kendilerine kadro tahsis edilen, bütçeden ödeme yapılan ve haklarında yasalarda belirlenen özel kurallar uygulanan memurlar ile diğer kamu görevlileridir.

Bu durumda, genel idare esaslarına göre asli ve sürekli görevlerde çalışmayan, kamu gücünü kullanma yetkisi olmayan personel 4483 sayılı Yasa kapsamına girmemektedir. Nitekim bunlar, yaptıkları hizmet kamu görevi olarak kabul edilmediğinden Türk Ceza Kanununun uygulamasında memur sayılmamaktadırlar. Maddi ceza hukuku yönünden memur sayılmayan ve memur suçlarıyla cezalandırılmayan bu kişileri usul hukuku yönünden ayrı-

calıklı bir duruma getirip memurlar gibi soruşturmaya tabi tutmak düşünülemez.

Madde 3- Anayasanın 129 uncu maddesinin son fıkrasında, memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında işledikleri iddia edilen suçlardan ötürü ceza kovuşturması açılmasının, kanunla belirlenen istisnalar dışında, kanunun gösterdiği idari merciin iznine bağlı olduğu belirtildiğinden, 4483 sayılı Yasa, anayasanın bu hükmüne paralel olarak, bir memurun ya da diğer kamu görevlisinin görev sebebiyle işlediği iddia edilen suçlardan dolayı yargılanabilmesi için 3 üncü maddede sayılan idari mercilerin iznini aramıştır.

4483 sayılı Yasanın 3 üncü maddesinde, hangi memur ya da kamu görevlisi için hangi merciin soruşturma izni vereceği ayrıntılı olarak belirtilmiş, ayrıca bunların yokluklarında izin yetkisinin vekilleri tarafından kullanılacağı öngörülmüştür. Maddede izin mercileri sıralanırken, yetkiyi kullanacak belli unvanlara sahip kişilerden söz edildiğinden, yetkinin kişilere bağlı münhasır yetki olduğu kuşkusuzdur. Kişiye bağlı bu yetkinin de bizzat kullanılması zorunludur.

4483 sayılı Yasanın 3 üncü maddesinde, yetkili merciin saptanmasında, memur veya diğer kamu görevlisinin suç tarihindeki görevinin esas alınacağı belirtilerek, memur ya diğer kamu görevlisinin suçun işlendiği tarihte fiilen görevli olduğu yerin yetkili merciinin soruşturma izni vermesi sağlanmış, böylece islendiği iddia edilen bir suçtan sonra yer veya görev değişikliği nedeniyle izin mercii konusunda çıkması olası sorunların önlenmesi yoluna gidilmiştir.

İstem yazısı eklerinde, izin vermeye yetkili merciler başlıklı 3 üncü maddeyle ilgili duraksama konusunda öncelikle “”en üst idari amir”” kavramından ne anlaşılması gerektiği, üst merciin alt mercie ait izin yetkisini kullanıp kullanamayacağı hususlarına değinilmiş, bu konuda özellikle başbakanın ve bakanların teşkilatlarının en üst amiri olmaları nedeniyle yasa kapsamına giren tüm görevlileri hakkında izin vermeye yetkili merci olmaları gerektiği görüşüne yer verilmiştir.

Anayasaya göre. idari makamlar kullandıkları yetkiyi kanundan alırlar. Kanuni idare ilkesi uyarınca, idarenin yetkileri ve bu yetkiyi kullanacak makamlar kanunla belirlenir. İdari işlemlerin hukuken geçerli sayılması için kararların kanunla yetkili kılınan makam ve kişilerce alınması gerektiğinden idari makamların işlemin yetki unsuru üzerinde takdir yetkisi olamaz. Yasanın 3 üncü maddesinde izin vermeye yetkili merciler bu ilkelere uygun olarak sıralanmış, maddenin (e) bendinde, ilgili bakan ve başbakanın hangi

memur ve diğer kamu görevlileri hakkında soruşturma izni vermeye yetkili oldukları açıkça düzenlenmiştir.

Diğer yandan, yasanın 9 uncu maddesinin üçüncü fıkrasında, soruşturma izni verilmesine ya da verilmemesine ilişkin kararlara karşı yapılacak itiraza bakacak idari yargı mercilerinin belirlenmesinde de 3 üncü maddedeki sıralama esas alındığından, üst mercilerin alt mercilere ait izin yetkisini kullanmaları halinde, aynı görevliler hakkında soruşturma izni verecek merciler ile itirazları inceleyecek merciler değişecek, bu da yasaya aykırılık oluşturacaktır.

Bu nedenle 3046 ve 3056 sayılı Yasaların ilgili hükümlerinden hareketle başbakanın ve bakanların, teşkilatlarının en üst amiri oldukları ve teftiş kurullarının başbakan ve bakan emri veya onayı üzerine teftiş, inceleme ve soruşturma yapma görevleri bulunduğu gerekçesiyle üst mercilerin alt mercilere ait izin yetkisini kullanabileceklerini kabul etmek olanaklı değildir.

3 üncü maddenin diğer bir duraksama konusunu da (d) bendinde yer alan “”en üst idari amir”” deyimi oluşturmaktadır. Yasalarımızda ve diğer düzenleyici metinlerde “”en üst idari amir”” tanımlanmamıştır. 3046 sayılı Yasanın 21 inci maddesine göre bakan, bakanlık kuruluşunun en üst amiridir. 4483 sayılı Yasanın3 ün maddesinin (d) bendinde “”en üst idari amir”” deyimi kullanıldığına göre, bu deyimin siyasi otoriteyi temsil eden bakandan sonra gelen ve idari otoritenin en üst noktasında bulunan, Başbakanlıkta Başbakanlık Müsteşarını, bakanlıklarda bakanlık müsteşarlarını ifade ettiği anlaşılmaktadır. İlgili ve bağlı kuruluşlarda ise müsteşarlar, genel müdürler ve kurum başkanlarının en üst idari amir oldukları kuşkusuzdur.

Maddenin son fıkrasına göre ast memur ile üst memurun aynı fiile iştiraki halinde üst memurun izin mercii, ast memurun da izin mercii olacak, haklarındaki ön inceleme de üst memurun izin mercii tarafından başlatılacaktır.

Madde 4- Yasanın 4 üncü maddesi, olayın yetkili mercie iletilmesi ve işleme konulmayacak ihbar ve şikayetleri düzenlemektedir. Maddenin üçüncü fıkrasında, bu kanuna göre memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında yapılacak ihbar ve şikayetlerin soyut ve genel nitelikte olmaması, ihbar veya şikayetlerde kişi ve/veya olay belirtilmesi zorunluluğu getirilmiş, son fıkrasında da bu fıkraya aykırı bulunan ihbar ve şikayetlerin, cumhuriyet başsavcıları ve izin vermeye yetkili merciler tarafından işleme konulmayacağı, durumun ihbar ve şikayette bulunana bildirileceği belirtilmiştir. Maddede, ihbar ve şikayetlerde kişi ve/veya olay belirtilmesi zorunlu sayılmış, ancak

ihbar ve şikayette kişi belirtilmesi halinde bu kişinin eyleminin de somut olarak gösterilmesi amaçlanmıştır.

Yasada açık bir düzenleme bulunmamakla birlikte, 4 üncü maddenin son fıkrası hükmünde öngörülen ""işleme koymama"" sonucuna ulaşılabilmesi için, ihbar ve şikayetlerin somut ve özel nitelikte olup olmadığının, kişi ve/veya olay belirtilip belirtilmediğinin, ön inceleme başlatılmadan yapılacak bir araştırma ile tesbiti uygun olacaktır.

Aynı maddenin ikinci fıkrası hükmüne göre, bakanlığının veya kurumunun merkezi dışında bir birimin denetimi sırasında ihbar alan ya da bu yasa kapsamına giren suç işlendiğine ilişkin delillere rastlayan müfettişin, bakanlığının veya kurumunun onayını almaksızın durumu izin vermeye yetkili mercie iletmesi zorunludur. Bu halde müfettişlerin suç işlendiğine ilişkin delilleri toplayıp değerlendirmelerini de içeren bir tevdi raporu ile olayı izin vermeye yetkili mercie iletmelerinde yasal bir sakınca olmadığı gibi, yasanın hükümlerinin uygulanmasına katkı sağlayacağında da kuşku bulunmamaktadır.

Madde 5- Yasanın 5 inci maddesine göre izin vermeye yetkili merci, yasa kapsamına giren bir suçun işlendiğini bizzat veya 4 üncü maddede yazılı şekilde öğrendiğinde ön inceleme başlatacaktır. Ön inceleme yetkili merci tarafından bizzat yapılabileceği gibi, görevlendirilen bir veya birkaç denetim elemanına, hakkında inceleme yapılanın üstü konumundaki memur veya kamu görevlilerinden biri veya birkaçına yaptırılabilecektir.

Ön incelemenin, izin vermeye yetkili merciin bulunduğu kamu kurum veya kuruluşu içindeki kişilere yaptırılması esastır. Ancak işin özelliğine göre inceleme mercii, incelemenin başka kurum ya da kuruluş elemanlarınca yapılmasını isteyebilecektir. Bu isteğin yerine getirilmesi ilgili kuruluşun takdirine bırakılmıştır.

Ayrıca, izin vermeye yetkili vali ve kaymakamlar yasa kapsamına giren bir suçun ön incelemesinin, memurun bağlı olduğu bakanlık müfettişlerince yapılmasını ilgili bakanlıktan isteyebilecekler, ilgili bakanın görevlendirmesi halinde, ön inceleme bakanlık müfettişlerince yapılacak ve müfettişler raporlarını doğrudan, izin vermeye yetkili merci olan vali veya kaymakama sunacaklardır.

Madde 6- Maddede, ön inceleme ile görevlendirilenlerin yetkileri düzenlenmiştir.

Ön inceleme ile görevlendirilen kişi veya kişiler, bakanlık müfettişleri ile kendilerini görevlendiren merciin bütün yetkilerine sahip olacaklar. Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununa göre de işlem yapabileceklerdir.

Buna göre, ön incelemeyle görevli kişi, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun kamu davasının hazırlanmasına ilişkin hükümleri çerçevesinde cumhuriyet başsavcısının yapmakla yetkili olduğu işleri yapabilecek, sanığın lehine olanlar da dahil, olayı aydınlatabilecek delilleri, bilgi ve belgeleri toplayacak, tanık ve sanık ifadelerini alacak, gerektiğinde keşif yapacak ve bilirkişi incelemesi yaptıracaktır.

Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 135 inci maddesinde yazılı susma hakkı saklı kalmak kaydıyla hakkında inceleme yapılan memur veya diğer kamu görevlisinin ifadesinin alınması zorunludur. İfadenin inceleme mahallinde, vicahen alınması asıl olmakla birlikte, gerektiğinde ifade, yasa ile getirilen ön inceleme süresi dikkate alınarak, makul bir süre verilmek suretiyle yazıyla da istenebilecektir.

Burada, ön inceleme ile görevli kişilerin ""görevden uzaklaştırma"" kararı verme yetkilerinin bulunup bulunmadığı konusu duraksamaya neden olabilmektedir.

Görevi başında kalmasında sakınca görülen memurlar hakkında uygulanacak olan görevden uzaklaştırma tedbirine ilişkin hükümler. 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 137 ve devamı maddelerinde düzenlenmiş ve bu kararı almaya yetkili olanlar gösterilmiştir. Görevden uzaklaştırma kararı idari bir işlemdir. Ön inceleme ile görevli kişilerin 657 sayılı Kanunun 138 inci maddesinde sayılan kişilerden olması durumunda görevden uzaklaştırma kararını verebilmeleri doğaldır. Ancak, ön inceleme ile görevli kişilerin 138 inci maddede gösterilen kimselerden olmamaları durumunda, bu kişilerin, münhasıran 4483 sayılı Yasa kapsamında bir suçun açığa çıkarılması amacına yönelik işleri yapmaya yetkili olmaları nedeniyle idari bir işlem olan görevden uzaklaştırma kararını vermeye yetkilerinin bulunmadığı sonucuna ulaşılmaktadır.

Ön inceleme ile görevlendirilen kişiler, incelemelerinin sonucunu bir raporla izin vermeye yetkili mercie sunacaklardır. Yetkili merci, raporu inceleyip soruşturma izni verilmesine veya verilmemesine karar verecektir. İzin vermeye yetkili merciin soruşturma izni verilmesi veya verilmemesi konusunda bir takdir yetkisi yoktur. Yetkili merci, memurun veya diğer kamu görevlisinin üzerine atılan suçu işlediğine ilişkin yeterli delil olması halinde izin verecek, aksi halde izin vermeyecektir. Ölüm, af, zaman aşımı ve benze-

ri olaylar gerekçesiyle de izin verilmemesine karar verecektir. Bu kararların, anayasanın 141 ve Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 32 nci maddelerine paralel olarak, itiraz edildiklerinde denetimlerini sağlamak yönünden gerekçeli olmalarında yarar bulunmaktadır.

İzin verilmeme kararından sonra aynı olay hakkında yeni delillerin elde edilmesi halinde, yetkili merciin, yeniden ön inceleme yaptırarak sonucuna göre karar vermesi uygun olacaktır,

Madde 7- Madde, soruşturma izni kararının verilme süresine ilişkindir. Süre 30 gündür, zorunlu hallerde süre 15 günü geçmemek üzere bir defa uzatılabilecektir.

Maddenin ilk fıkrasına göre bu süre, yetkili merciin suçun işlendiğini 5 inci maddenin birinci fıkrasına göre öğrenmesinden itibaren başlamaktadır. Buna göre izin vermeye yetkili merci, suçun işlendiğini bizzat veya soruşturma iznini isteyen cumhuriyet başsavcısının talebinden veya herhangi bir ihbar veya şikayet aldığında öğrenebilecektir. Basın-yayın organlarında çıkan yasa kapsamına giren bir suça ilişkin haber de ihbar kabul edilmelidir.

Maddenin açık hükmü izin merciinin suçun işlendiğini yukarıda belirtilen biçimlerde öğrendiğinde süreyi başlattığına göre, sürenin başlangıcının, ön inceleme emrinin verildiği tarih olarak kabul edilmesi gerekmektedir.

Ön incelemenin 30 gün içerisinde bitirilememesi durumunda, 15 günlük ek süre de izin vermeye yetkili merciden, istenmeli ve ek süre bu merci tarafından verilmelidir.

Bu hükümlere göre yasa koyucu, konunun sürüncemede kalmasını önlemek amacıyla ön incelemenin kısa sürede sonuçlandırılmasını öngörmüştür. Bu nedenle izin mercii 30+15 günlük süre içerisinde soruşturma iznini verme veya vermeme kararını almak zorundadır.

Maddede öngörülen süreler içerisinde izin konusunda bir karar verilememiş ise ne olacaktır? Kanun tasarısında yer alan, “”maddede öngörülen sürelerde izin verilmediği takdirde izin verilmiş sayılır.”” yolundaki hüküm Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurulunda tasarıdan çıkarılmıştır. Bu durumda, gösterilen süre içerisinde izin verilmediği takdirde izin verilmiş veya verilmemiş sayılır biçiminde bir yorum yapma olanağı kalmamıştır.

İşin sonuçlanabilmesi için, izin vermeye yetkili merciin zorunlu olarak olumlu veya olumsuz bir kararının aranması gerekecektir. Bu nedenle izin vermeye yetkili merci sürenin aşılması halinde dahi olumlu veya olumsuz bir karar vermek zorundadır. Öngörülen sürelerde işi sonuçlandırmayara

kasten sürüncemede bırakan izin vermeye yetkili mercilerin de cezai sorumluluklarının bulunduğu açıktır.

Madde 8- Bilindiği üzere ceza yargılamasında kişi ve fiil olmak üzere iki temel unsur söz konusudur. Öncelikle suç oluşturduğu iddia olunan olayın kimler tarafından gerçekleştirildiği, ikinci olarak da bu kişilerin hangi fiili işledikleri belirlenmelidir.

Yasanın 8 inci maddesinin birinci fıkrası bu ilkeleri göz önünde bulundurarak soruşturma izninin kapsamını düzenlemektedir. Buna göre, soruşturma izni, şikayet, ihbar veya iddia konusu olaylar ile bunlara bağlı olarak soruşturma sırasında ortaya çıkabilecek konuları kapsayacaktır. Verilen izin üzerine cumhuriyet başsavcısının yapacağı hazırlık soruşturmasında, işi geciktirecek sorunlarla karşılaşılmaması için yetkili merciin soruşturma izninde, olayı gerçekleştirdiği ileri sürülen kişilerin kimler olduğu ve bunların işledikleri iddia olunan fiillerinin neler olduğu açıkça yazılmalıdır.

Maddenin ikinci ve üçüncü fıkraları Cumhuriyet başsavcılıkları ile yargı mercileri tarafından uygulanacak hükümleri içermektedir.

Madde 9- Madde, yetkili merciin soruşturma izni verilmesine veya verilmemesine ilişkin kararına karşı itiraz yolunu düzenlemektedir.

Maddeye göre soruşturma izni verildiğinde, bu karara karşı hakkında inceleme yapılan memur veya diğer kamu görevlisi itiraz edebilecektir. Soruşturma izni verilmediğinde ise Cumhuriyet başsavcılığı veya varsa şikayetçi itiraz yoluna gidebilecektir.

İtiraz hakkı 10 günlük süre içerisinde kullanılacaktır. Süre, bildirimden itibaren başlayacaktır. İtiraza konu kararlar ilgililere Tebligat Kanunu hükümleri uyarınca tebliğ edilmelidir.

İzin verilmemesine ilişkin tüm kararlar Cumhuriyet başsavcılığına bildirilecektir. Cumhuriyet başsavcılığının ön inceleme evrakını görmeden yalnızca izin verilmeme kararını inceleyerek itiraz hakkını kullanması mümkün olamayacağından, kararların ön inceleme evrakı ile birlikte Cumhuriyet başsavcılığına gönderilmesi gerekmektedir.

Maddenin üçüncü fıkrasına göre itirazlar, Kanunun 3 üncü maddesinin (e), (f), (h) ve Cumhurbaşkanınca verilen izin hariç (g) bentlerinde sayılanlar Danıştay İkinci Dairesince, diğerleri ilgili bölge idare mahkemesince incelenecektir.

Madde 10- Bu madde, yasa kapsamındaki bir suçun, memur olanlar ile memur olmayanlar ya da üst memurla ast memur tarafından iştirak halinde işlenmesi durumunda, yargılamanın hangi mahkemede yapılacağına ilişkin hükümler getirmektedir. Buna göre, memur olmayan sanıklar memurun, ast memur ise üst memurun tabi olduğu mahkemede yargılanacaktır.

Madde 11- Madde hükmüne göre, soruşturma izninin itiraz edilmeden veya itirazın reddi sonucu kesinleşmesi ya da soruşturma izni verilmemesine ilişkin karara karşı yapılan itirazın kabulü üzerine, dosya derhal ilgisine göre Yasanın 12 nci maddesinde gösterilen hazırlık soruşturmasını yapacak mercilere gönderilecektir.

Madde 12-13-14-15- Bu maddeler, Cumhuriyet başsavcılıkları ve yargı mercileri tarafından uygulanacak hükümleri içermektedir.

Geçici Madde 1- Maddede, yasanın yürürlüğe girmesinden önce Memurin Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkat hükümlerine göre başlatılmış bulunan işlemlerin adı geçen kanun hükümlerine göre sonuçlandırılması öngörülmektedir.

4483 sayılı Yasanın yürürlüğünden önce Memurin Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkat hükümlerine göre başlatılmış işlemlerde, adı geçen kanunun uygulanmasına devam olunacaktır. Memurin Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkata göre, bir suç hakkında inceleme veya soruşturma emrinin verilmiş olması, işlemlerin başlaması anlamına gelmektedir. Buna göre 4483 sayılı Yasanın yayımından önce Memurin Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkat kapsamına giren bir suç hakkında inceleme veya soruşturma emri verilmiş ise bu suç için 4483 sayılı Yasa uygulanmayacaktır. Memurin Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkat kapsamına giren bir suçtan dolayı inceleme ve soruşturma emri verilmiş olaylarda, soruşturmaların Memurin Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkat hükümleri uygulanmak suretiyle sonuçlandırılması gerekmektedir.

SONUÇ : Yukarıda belirtilen görüşlerin yanı sıra, 4483 sayılı Yasanın uygulanmasında ortaya çıkabilecek duraksama konuları hakkında yargı organlarınca verilecek kararlar doğrultusunda işlem yapılması gerekeceği sonucuna varılarak dosyanın Danıştay Başkanlığına sunulmasına 17.4.2000 gününde oybirliğiyle karar verildi.

Danıştay 8. Dairesi E. 2005/5211 sayılı 31.1.2006 tarihli karar

ÖZET : Uyuşmazlık, davacı tarafından Asliye Hukuk Mahkemesinde açılan davada, bilirkişilik yapan inşaat mühendisini, düzenlediği bilirkişi raporundan dolayı disiplin soruşturması açılarak cezalandırılması yolundaki şikayeti üzerine ilgilinin Onur Kuruluna sevkine gerek olmadığına ilişkin İnşaat Mühendisleri Odası Şubesi kararının ve bu karara yönelik yapılan itirazın zımnen reddine ilişkin işlemin iptali isteminden kaynaklanmaktadır. İdarenin takdir yetkisinin kullanımına ve kamu gücüne dayalı, tek taraflı kararlar olup, kamu düzeni ve suçu bildiren açısından da hukuki sonuç doğuran niteliktedir. Belirlenen şekli ile kesin ve yürütülmesi zorunlu idari işlem niteliği bulunan söz konusu kararların, idari yargı denetimine tabi tutulması gerektiğinin kabulü zorunludur.

Öte yandan, davacının şikayet konusunun meslek mensubunun bilirkişi olarak hazırladığı rapor dolayısıyla görevini gereği gibi yapmamasından kaynaklanıyor olması nedeniyle bu hususun, Hukuk Usulü Muhakemeleri Yasası uyarınca ilgili mahkeme nezdinde değerlendirileceği yolundaki yaklaşımda kabul edilebilir değildir. Meslek mensupları, disiplin hukuku kuralları kapsamında meslek kuruluşlarının denetimine tabi kılınmıştır. Hukuk Usulü Muhakemeleri Yasası uyarınca değerlendirmeye tabi tutulacak hususların ise disiplin kuralları ile bir bağlantısı olmadığı açıktır. Bu durumda, davanın esasının incelenerek bir karar verilmesi gerekir

İstemin Özeti : Davacı tarafından Elmadağ Asliye Hukuk Mahkemesinin E: 2002/464 esasında açılan davada, bilirkişilik yapan inşaat mühendisini, düzenlediği bilirkişi raporundan dolayı şikayeti üzerine ilgilinin Onur Kuruluna sevkine gerek olmadığına ilişkin İnşaat Mühendisleri Odası Ankara Şubesinin 20.9.2004 gün ve 10 numaralı toplantısında alınan 169 sayılı kararının ve bu karara yönelik olarak 12.10.2004 tarihinde yapılan itirazın zımnen reddine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davada, Elmadağ Asliye Hukuk Mahkemesi nezdinde, bilirkişinin kişiliğine ya da hazırladığı rapora itiraz hakkı bulunduğu, bu şekildeki itirazların yargısal işlemler kapsamında Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa göre davanın görüldüğü yargı mercince değerlendirebileceğinden, bilirkişinin raporundan dolayı hakkındaki

şikayet üzerine tesis edilen işlemin idari davaya konu edilemeyeceği sonucuna varıldığı gerekçesiyle 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Yasasının 15/1-b maddesi uyarınca davanın incelenmeksizin reddine karar veren Ankara 1. İdare Mahkemesinin 29.03.2005 gün ve E:2004/3358, K:2005/182 sayılı kararının; hukuka aykırı olduğu öne sürülerek, 2577 sayılı Yasanın 49. maddesi uyarınca temyizen incelenerek bozulması istemidir.

Savunmanın Özeti: Yanıt verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi Melek ŞENDİL YAN'ın Düşüncesi: Dava konusu işlem kesin ve yürütülmesi gereken bir idari işlem olduğundan davanın esasının incelenmesi ve bu nedenle Mahkeme kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Radiye TİRYAKİ'nin Düşüncesi: İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49 uncu maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, söz konusu maddede yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığından, istemin reddi ile temyiz edilen Mahkeme kararının onanmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Sekizinci Dairesince davacının duruşma istemi 2577 sayılı Yasanın 17. maddesi uyarınca kabul edilmeyerek işin gereği görüşüldü:

KARAR : Uyuşmazlık, davacı tarafından Elmadağ Asliye Hukuk Mahkemesinin E:2002/464 esasında açılan davada, bilirkişilik yapan inşaat mühendisini, düzenlediği bilirkişi raporundan dolayı disiplin soruşturması açılarak cezalandırılması yolundaki şikayeti üzerine ilgilinin Onur Kuruluna sevkine gerek olmadığına ilişkin İnşaat Mühendisleri Odası Ankara Şubesinin 20.09.2004 gün ve 10 numaralı toplantısında alınan 169 sayılı kararının ve bu karara yönelik olarak 12.10.2004 tarihinde yapılan itirazın zımnen reddine ilişkin işlemin iptali istemine ilişkindir.

Anayasanın 125. maddesinde, idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğu kurala bağlanmış, gerek bu madde de gerek başka maddelerde sayma yolu ile bu kuralın istisnaları da belirlenmiştir. 135. maddesinde yer alan kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının, bir mesleğe mensup olanların müşterek ihtiyaçlarını karşılamak, mesleki faaliyetlerini kolaylaştırmak, mesleğin genel menfaatlerine uygun olarak geliş-

mesini sağlamak, meslek mensuplarının birbirleri ve halk ile olan ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni hakim kılmak üzere meslek disiplini ve ahlakını korumak maksadı ile kurulacağı yolundaki kurala paralel düzenlemeye 6235 sayılı Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Yasasının 2/b maddesinde de yer verilmiştir.

Bu kurallar ile, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının örgütlenme amacının, meslek mensuplarının ve bu mesleki faaliyetten yararlananların karşılıklı hak ve menfaatlerini koruyarak belli bir meslek disiplini sağlamaya yönelik olduğu belirlenmiş, bu amaç doğrultusunda meslek mensubu kimliğiyle disipline aykırı harekette bulunanlar meslek kuruluşunun denetimine tabi kılınmıştır.

Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Disiplin Yönetmeliğinde de bu denetime esas teşkil eden kurallar düzenlenmiştir. Böylece disiplin hukukun genel ilkeleri çerçevesinde, meslek mensubu hakkında suç işlediğine ilişkin bir bildirimde bulunulduğunda ya da resen işletilecek süreç belirlenerek, disiplin suçları ve sonuçta uygulanacak cezalarda sayılmıştır. Bu sürecin sonunda disiplin cezası alan meslek mensubunun yargı yoluna başvurabileceği tartışmasızdır. Bu bakımdan, bu süreci şikayetini bildirmek suretiyle başlatan ilgili açısından da, şikayetçi olduğu kişi için disiplin kovuşturmasına yer olmadığına ya da onur kuruluna sevk edilmeme yolunda verilen kararların hukuki denetime tabi kılınması gerekmektedir. Aksi takdirde, bu tür kararlar yargısal bağışıklığı olan işlemler türüne dönüştürülmüş olacaktır.

Kaldı ki bu kararlar, idarenin takdir yetkisinin kullanımına ve kamu gücüne dayalı, tek taraflı kararlar olup, kamu düzeni ve suçu bildiren açısından da hukuki sonuç doğuran niteliktedir. Belirlenen şekli ile kesin ve yürütülmesi zorunlu idari işlem niteliği bulunan söz konusu kararların, idari yargı denetimine tabi tutulması gerektiğinin kabulü zorunludur.

Öte yandan, davacının şikayet konusunun meslek mensubunun bilirkişi olarak hazırladığı rapor dolayısıyla görevini gereği gibi yapmamasından kaynaklanıyor olması nedeniyle bu hususun, Hukuk Usulü Muhakemeleri Yasası uyarınca ilgili mahkeme nezdinde değerlendirileceği yolundaki yaklaşımda kabul edilebilir değildir. Şöyle ki, yukarıda da açıklandığı üzere meslek mensupları, disiplin hukuku kuralları kapsamında meslek kuruluşlarının denetimine tabi kılınmıştır. Hukuk Usulü Muhakemeleri Yasası uyarınca değerlendirmeye tabi tutulacak hususların ise disiplin kuralları ile bir bağlantısı olmadığı açıktır.

Bu durumda, davanın esasının incelenerek bir karar verilmesi gerekirken, usul yönünden verilen kararda hukuki isabet görülmemiştir.

SONUÇ : Açıklanan nedenlerle, Ankara 1. İdare Mahkemesi kararının bozulmasına, dosyanın yeniden bir karar verilmek üzere anılan Mahkemeye gönderilmesine, 31.01.2006 gününde oybirliği ile karar verildi.

Yargıtay HGK 8.02.1995 tarihli ve 774-45 sayılı karar

Taraflar arasındaki "rücuan alacak" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; (Sivaslı Asliye Hukuk (İş) Mahkemesi)'nce davanın TEK için kabulüne dair verilen 1.11.1991 gün ve 1990/42-1991/205 sayılı kararın incelenmesi taraf vekillerince istenilmesi üzerine, Yargıtay Onuncu Hukuk Dairesi'nin 18.5.1993 gün ve 1991/15970-1993/5459 sayılı ilamiyle; (...Davalılardan TEK görevlisi Salih, sigortalının ölümüyle sonuçlanan zararlandırıcı sigorta olayının oluşmasında kusurlu görülerek ceza mahkemesince cezalandırılmış ve karar kesinleşmiş bulunmaktadır. Adı geçen davalı hakkında 506 sayılı Kanunun 26. maddesine dayanılarak Kurum'ca açılan tazminat davası ise, Anayasanın 129/5. maddesi hükmünden sözedilerek reddedilmiştir. Anılan Anayasa maddesi, gerçekten kamu görevlilerinin yetki ve görevlerini yerine getirirken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davalarının, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ancak idare aleyhine açılabileceğini öngörmektedir. Giderek 657 sayılı Kanunun 13. maddesine 2670 sayılı Kanunla şu hüküm getirilmiştir. "Kişiler, Kamu Hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlardan ötürü bu görevleri yerine getiren personel aleyhine değil, ilgili kurum aleyhine dava açarlar, hemen belirtmek gerekir ki, davacı Sosyal Sigortalar Kurumu anılan hükümde geçen kişi kavramı kapsamına girmez. Zira, Kurum, temel haklardan olan sosyal güvenlik hakkını sağlayan Devlet Kurumudur (4972 sayılı Kanun m.1). Bu nedenle, 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 13. maddesinin davada uygulanması sözkonusu olamaz. Anayasanın yukarıda yazılı ve geniş içerikli hükmünün doğrudan uygulanması da mümkün değildir. Çünkü, Anayasanın 177/e maddesinde, ancak, mevcut veya kurulacak kurum, kuruluş ve kurullar için yeniden Kanun yapılması veya mevcut Kanunlarda değişiklik yapılması gerekiyorsa doğrudan Anayasa hükümlerinin uygulanması kabul edilmiştir." Sözü geçen 129. maddede yeni bir kurum, kuruluş ya da kurul getirilmemiştir. Başka bir anlatımla 129. madde, doğrudan uygulanacak Anayasa hükümlerinden değildir. Mahkeme, Anayasa hükmüne oranla, Kanun hükmüne daha dar bulsa dahi, yine Kanun hükmüne uygulamak, şayet bu hükmü Anayasa'ya aykırı görüyorsa, iptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvurmak durumundadır. Bundan başka, 506 sayılı Kanunun 26. maddesi rücu hakkını kısıtlayıcı

özel bir hüküm taşımaktadır. Gerçekten anılan maddeye 24.10.1983 günlü, 2934 sayılı Kanunla eklenen son fıkra hükmüne göre, iş kazası veya meslek hastalığının meydana gelmesinde kasdı ve kusuru bulunup ta, aynı iş kazası veya meslek hastalığı sonucu ölen sigortalının haksahiplerine Kurum'ca rücu edilemez. Anılan özel hüküm dışında Kurum'un rücu hakkına başkaca engel bulunmadığını kabul etmek gerekir. Açıklanan maddi ve hukuksal olgular gözetilmeksizin davalı Salih hakkındaki davanın yazılı gerekçelerle reddi usul ve kanuna aykırıdır...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

Temyiz eden:1- Davalı TEK vekili. 2Davacı SSK vekili.

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüşüldü:

1- Davalılardan TEK vekilince, direnme kararının 23.3.1994 tarihinde yüzüne karşı verilmesine karşın, 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanununun 8. maddesinde öngörülen 8 günlük yasal süre geçirildikten sonra 10.8.1994 gününde temyiz başvurusunda bulunulmuştur.

O itibarla, davalı TEK vekilinin temyiz istemi bu nedenle reddedilmelidir.

2- Diğer davalı SSK Genel Müdürlüğü vekilinin temyiz itirazlarına gelince;

Dava, işkazasında ölen sigortalı işçinin haksahiplerine yapılan harcamalar üzerine uğranılan SSK zararının, rücuan ödetilmesi istemine ilişkindir. 5.7.1988 olay günü, Yayalar Köyü'nün trafo direği üzerinde bulunan seksiyonerin ark yapmasını gidermek için davalı (ekip şefi Salih), (üçüncü kişi Selçuk ve (haksahipleri için harcama yapılan) Nazmi, Pınarbaşı Köyü'nde bulunan hatbaşı seksiyonerini açtıktan sonra direk Selçuk'u nöbetçi bırakıp ark yapan Yayalar Köyü'ndeki trafonun bulunduğu yere gitmişler ve Nazmi direğe çıkmıştır. Akımın kesilmiş ve direk altına Selçuk'un bırakılmış olmasına rağmen bu direkteki (R) fazına ait çember telinin kopup seksiyoner bıçağına düşmesi sonucu Nazmi, gerilim altında kalarak ölmüştür. Bu kaza nedeni ile açılan kamu davasında davalı ekip şefi Salih belli ölçüde kusurlu bulunarak tecziyesine zarar verilmiştir.

Somut olayda da Özet Daire ile Yerel Mahkeme arasındaki uyuşmazlık, giderim davasının doğrudan davalı Salih'e yöneltilip yöneltilmeyeceği noktasında toplanmaktadır. Anayasa'nın 129/5. maddesi "memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve Kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak ancak İdare aleyhine açılabilir" hükmünü taşımaktadır. "Yetkilerini kullanırken" deyimi, uygulamada "görevlerini yaparken" biçiminde de yorumlanmaktadır. O nedenle kişi, görevi gereği kendisine tanınan yetkileri, hırs, kin ve garezine araç yaparsa başka bir söyleyişle kötülük kasdıyla davranışta bulunursa, hakkındaki davanın husumet yönünden reddini isteyemez. Maddenin getiriliş amacı, kötü niyeti kollamak olmadığından mahkemece de görevinden dolayı (re'sen) husumet yönünden dava reddedilemez. Somut olay, özetlendiği biçimde gerçekleştiğine göre anılan kuralın uygulama yeri yoktur. (Eğer davalı, memursa gene dava husumet gözetilerek) redle sonuçlanacaktır.

Sorun, davalının "işçi" niteliği taşıması halidir, çünkü maddede "diğer kamu görevlileri"nden söz edilmektedir. "Diğer kamu görevlileri" deyimi, Anayasada bir terim olarak yer almıştır. 68. maddede açıkca (yaptıkları hizmet bakımından işçi niteliği taşımayan "diğer kamu görevlileri") biçimindeki sözcük dizisiyle terim tanımlanmış ve buna özdeş olarak 76. maddede tanım yinelenmiştir. Bir bütünlük gösteren 129. maddenin son paragrafı, "Memurlar ve (diğer kamu görevlileri) hakkında işledikleri iddia edilen suçlardan ötürü ceza kovuşturması açılması, kanunla belirlenen istisnalar dışında, kanunun gösterdiği idari merciin iznine bağlıdır" biçimindedir. Öyleyse "diğer kamu görevlileri" kovuşturma bakımından idari izine bağlıdır. Öte yandan,129. maddeyle bağlantılı 128. maddede "memurların ve (diğer kamu görevlilerinin) nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir" denilmektedir. İşçilerin "atanmaları" değil bireysel ya da toplu iş sözleşmeleri ile işe alınmaları söz konusudur. Diğer kamu görevlilerinden" amacın, seçimle göreve gelenler ve bu arada TRT Yüksek Kurulu Başkanı, Üniversite Rektörü, Senato Üyesi gibi kişiler olduğu yargısal kararlarla belirlenmiştir. Bakan da bunlardandır. "İstisna" anılanlar için sözkonusudur. Memurlar ve diğer kamu görevlileri arasında, en azından "yetki" ve "aylık" konusunda benzerlik vardır; dolayısıyla, işçiler diğer kamu görevlileri kümesinin dışında yer alırlar.

Konuya ilişkin bu genel açıklamalar ışığında yeniden önümüzdeki olaya baktığımızda, davalı ekip şefinin seçimle göreve gelenler gibi diğer kamu görevlisi olmadığı belirgindir. İşçiler de bu kapsama girmediğine göre, onun memur veya işçi olup olmadığı açık değildir. Bu durumda, sağlıklı ve hukuksal bir çözüme ulaşılabilmesi için öncelikle davalının statüsü tam olarak

araştırılmalıdır. Memursa hakkındaki dava, husumet yönünden reddedilmeli; işçiyse, işin esasına girilerek hüküm kurulmalıdır.

Bu husus düşünülmeksizin önceki kararda direnilmesi doğru değildir. O halde usul ve yasaya uygun bulunmayan direnme kararı bozulmalıdır.

S o n u ç :1- Birinci bentde gösterilen nedenle TEK temyiz isteminin süre aşımı nedeniyle (REDDİNE), istek halinde temyiz peşin harcının geri verilmesine, 1.2.1995 gününde oybirliğiyle,

2- İkinci bentde gösterilen sebeplerden dolayı davacı SSK'nun temyiz itirazlarının kabulü ile direnme kararının HUMK.nun 429. maddesi gereğince açıklanan nedenden ötürü (BOZULMASINA), ilk toplantıda yeterli çoğunluk sağlanamadığından, 8.2.1995 gününde yapılan ikinci görüşmede oyçokluğu ile karar verildi.

Yargıtay 15. HD E. 1992/1430 sayılı 26.3.1992 tarihli karar

ÖZET : Bilirkişi, çözümü özel veya teknik bilgiyi gerektiren hallerde oy ve görüşüne başvurulan kişidir. Hakimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgi ile çözümü mümkün olan konularda bilirkişi dinlenemez. Aksine tutum yargı erkinin bağımsız hakimlerce kullanılmasını öngören anayasal kurala da aykırı olur. Ayrıca, yargılamanın sürat ve az masrafla yapılması ilkesini de zedeler.

DAVA : Taraflar arasındaki davanın, (Ankara Dördüncü Asliye Ticaret Mahkemesi)nce görülerek mahkeme ilamında belirtilen gerekçelere binaen verilen 8.3.1991 tarih ve 111-129 sayılı hükmün temyizen tetkiki taraflar vekillerince istenmiş ve temyiz dilekçelerinin süresi içinde verildiği anlaşılmış olmakla; dosyadaki kağıtlar okundu, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : Davacı yüklenicinin, 26.9.1988 günlü sözleşme ile davalı belediyeye ait park inşaatını üstlendiği, süre uzatımı sonucu işi ikmal edip 12.12.1988 tarihinde teslim ettiği, toplam 78.911.602 TL. tutan iş parasından 54.564.823 TL. ödendiği ileri sürülerek, ayrıca ödenmesi gereken 2.434.677 TL., KDV ile birlikte 26.781.450 TL. alacağın vadeli mevzuata ödenen faiz oranıyla tahsili dava edilmiştir.

Davalı yanca verilen cevapla 9.007.482 TL. tutarında beş kalem işin sözleşmeye dahil edilmediği, bu işlerin belediyece yapılacağının encümence kararlaştırılmış bulunduğu, sözleşmenin 8. maddesi uyarınca fiyat farkı talep edilemeyeceği, kötü ifaya rağmen ayıpların yüklenici tarafından giderilmediği, kabul eden görevli hakkında soruşturma yapıldığı bildirilerek davanın reddi istenilmiş, fazla ödemeden ötürü dava hakkı saklı tutulmuştur.

Mahkemece; işle ilgili evrak celbedilmiş, mahallinde yapılan keşif sonucu bilirkişilerden alınan rapora dayanılarak 24.236.381,82 TL.'nin tahsiline karar verilmiş, bu karar davalı yanca temyiz edilmiştir.

1- Dosyadaki yazılara, toplanan delillerle, özellikle yapıldığı inkar edilemeyen sözleşme dışı beş kalem işin belediyece yapılmış olduğunun kanıtlanamamış olmasına göre tarafların aşağıdaki bendlerin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde görülmemiştir.

2- Bilirkişi, çözümü özel veya teknik bilgiyi gerektiren hallerde oy ve görüşüne başvurulan kişidir. Hakimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgi ile çözümü mümkün olan konularda bilirkişi dinlenemez (HUMK. m. 275). Aksine tutum yargı erkinin bağımsız hakimlerce kullanılmasını öngören anayasal kurala da aykırı olur. Ayrıca yargılanmanın sürat ve az masrafla yapılması ilkesini de zedeler. Somut olayda uyuşmazlığa esas olan ve 2886 sayılı Yasanın 81. maddesine göre yapılan sözleşme hükümlerinin yorumu hakime aittir. Hukuki bilgiyi gerektiren bu husus bilirkişi düşüncesine terkedilemez. Kaldı ki bilirkişi mütalaası da hakimi bağlamaz (HUMK. m. 286). Bundandır ki noksan, müphem ya da yansızlığı kuşkulu görülen raporların varlığında, ek rapor alması, dahası yeniden seçilecek bilirkişilere başvurması için kanun koyucu hakime olanaklar tanımıştır (HUMK. m. 283, 284). Hal böyle iken ve sözleşmenin 8. maddesinde açıkça "keşif cetvelinde bulunan birim fiyatlar değişmeyeceği gibi, yıl içerisinde herhangi bir fiyat farkı ve eskalosyon uygulanamaz" hükmüne taraflar serbest iradeyle yer vermiş olduğu halde, olayla ilgisi bulunmayan Yargıtay kararlarının varlığından bahisle fiyat farkına yüklenicinin hak kazandığına dair bilirkişi düşüncesinin aynen benimsenmesi ve bunun sonucu olarak fiyat farkına dair talebin kabul edilmesi doğru değildir. Sözleşmenin anılan bu açık hükmü bir yana, 28.8.1988 günlü encümen kararı gereğince yapılan sözleşmenin 26.9.1988 tarihli olmasına, işin aynı yıl içinde ve 12.12.1988'de bitirilmesine, sözleşme birim fiyatlarıyla uygulama yılı birim fiyatlarının aynı bulunmasına göre de yüklenicinin 88/13181 sayılı Bakanlar Kurulu Kararından ayrıca yararlanması düşünülemez. O halde fiyat farkına dair istemin reddi gerekir.

3- Sözleşme, 2886 sayılı Yasaya göre yapılmış olduğundan anılan Yasanın 8. ve Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesinin 1. maddeleri uyarınca bu şartname hükümleri taraflar için bağlayıcıdır. BİGŞ.'nin 41 ve 44. maddelerinde geçici ve kesin kabul işlemlerinin ne şekilde yapılacağı düzenlenmiştir. Bilirkişilerce de "kabul tutanağı" bulunmadığı saptanmıştır. Buna karşın ve yüklenicinin kesin kabul yapılması için İdareye verdiği dilekçenin 15.2.1988 tarihini taşıdığına, aynı tarihde idare yetkililerince mahallinde düzenlenen raporda noksan ve ayıplı işlerin tesbit edildiğine bakılmaksızın -hakkında bu işteki tutumundan ötürü soruşturma başlatılanidare görevlisinin SSK.'ya gönderdiği yazıya dayanılarak işin 12.12.1988 tarihinde noksansız kabul edildiği sonucuna varılmış olması ve kesin hesabın buna göre çıkarılması da doğru değildir.

Sözleşmede yer almayan beş kalem işin yüklenici tarafından yapıldığı, davalı idarece buna ses çıkarılmadığı kabul edildiğine göre bu işlerin

bedelinin sözleşme birim fiyatlarından değil vekaletsiz iş görme hükümleri dairesinde hesabedilmesi, davalı İdarece düzenlenen tutanakda belirlenen noksan ve ayıplı işlerden dolayı nefaset farkı gerekip gerekmiyeceğinin üzerinde durulması suretiyle konusunda ehil bilirkişi kurulundan rapor alınıp, oluşacak sonuç çerçevesinde hükme varılması yerine, çelişkili ve yetersiz rapora dayanılarak yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bu nedenlerle karar bozulmalıdır.

4- Davacı, yaptığı iş parasını ödemesi için davalı İdareye 10.4.1989 ve 3.7.1989 günlü yazılarıyla başvurmuş olduğunu ileri sürmüş ve bu yazı örneklerini ibraz etmiştir. Bu yazıların davalı İdarece alındığı saptanacak ilk tebliğ tarihinde davalının temerrüde düşmüş olacağı düşünülerek faiz başlangıcına buna göre karar verilmesi gerekirken faizin dava tarihinden başlatılması da doğru değildir.

SONUÇ : Yukarıda 2 ve 3. bendlerde yazılı nedenlerle hükmün temyiz eden davalı yararına, 4. bendde yazılı nedenlerle de davacı yararına (BOZULMASINA), 1. bendde yazılı nedenlerle sair temyiz itirazlarının reddine, istekleri halinde ödedikleri temyiz peşin harçlarının temyiz eden taraflara geri verilmesine, 26.3.1992 gününde oybirliğiyle karar verildi.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 14.9.1983 tarihli ve E. 980/1714, K. 983/803 sayılı karar

Taraflar arasındaki "tazminat" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; (Ankara Onikinci Asliye Hukuk Mahkemesi)nce davanın zamanaşımı nedeniyle reddine dair verilen 3.10.1977 gün ve 1975/672 1977/472 sayılı kararın incelenmesi davacı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay Dördüncü Hukuk Dairesi'nin 9.1.1979 gün ve 1978/877 1979/67 sayılı ilamıyla; (...olayda zamanaşımının gerçekleşmediği...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle; yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

Temyiz eden : Davacı vekili.

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüşüldü :

Dava, haksız eyleme dayalı maddi tazminat isteminden kaynaklanmaktadır. Davada, davacı ifa ettiği müsteşar muavinliği görevinden alındığını, Danıştay'ca verilen yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararların uygulanmadığını ve hatta işlemin daha sonra iptaline rağmen görevine iade edilmediğini, bu konuda açılan manevi tazminat istemine ilişkin davanın lehine sonuçlandığını ileri sürerek, sonradan atandığı müşavirlik görevi ile müsteşar muavinliği görevi arasında aleyhine ortaya çıkan toplam 6400 lira tutarındaki maddi zararın davalı Bakan'dan tahsiline karar verilmesini dava ve talep etmiştir.

Yapılan yargılama sonunda, dava zamanaşımı nedeniyle reddedilmiş, davacı vekilinin temyizi üzerine hüküm özel dairece, olayda zamanaşımı gerçekleşmemiş bulunduğundan bozulmuştur. Yerel mahkeme aynı gerekçelerle eski hükmünde direnmiştir.

1) Uyuşmazlığın esasına girilmeden konunun Anayasa Hukuku açısından öncelikle incelenmesi zorunlu bulunmaktadır. Bilindiği gibi, halk oylaması sonucu kabul edilip yürürlüğe giren T.C. Anayasası'nın 129/5. maddesinde yazılı koşulların gerçekleşmesi halinde tazminat davalarının, ileride

asıl sorumlularına rücu edilmek kaydı ile ancak idare aleyhine açılabileceği hükme bağlanmıştır. İş bu hükmün Anayasa'nın yürürlüğe girmesinden önce açılan ve henüz derdest bulunan davalarda da uygulanıp uygulanmayacağı, sorunun birinci yönünü oluşturmaktadır. Başka bir deyimle, işin ve uyuşmazlığın esasına girilebilmesi, mevcut Anayasa hükmünün daha önce açılan davalara da uygulanmaması koşuluna bağlıdır.

Konu T.C. Anayasası'nın genel sistematiği içerisinde incelendiğinde görülmektedir ki 1982 Anayasası yürürlük açısından önceki 1924 ve 1961 Anayasalarına ve bunların tadillerine göre çok daha ayrıntılı ve kesin hükümler içermektedir. "Anayasanın yürürlüğe girmesi" kenar başlıklı 177. maddenin (e) bendinde, 11. maddeye de atıfta bulunmak suretiyle kanunların Anayasaya uygunluğu sağlanıncaya ya da yeni kanunlar çıkarılıncaya kadar mevcut kanunların Anayasaya aykırı olmayan hükümlerinin veya doğrudan Anayasa hükümlerinin uygulanacağı çok açık bir biçimde belirtilmiştir. Bu hükmün muhalif mefhumundan kanunların Anayasaya aykırı hükümlerinin Anayasaya rağmen uygulanmasının söz konusu olamayacağı sonucunu çıkartmak gerçekçi ve aynı zamanda Anayasanın özüne ve sözüne uygun bir yorum biçimi olarak kabul edilmelidir. Anayasa bu hükmü ile 1961 Anayasası'ndan ayrılmış, kanunlardaki Anayasaya aykırı hükümlerin çözümü için öngörülmüş prosedüre başvurulmaksızın doğrudan ve tereddütsüz Anayasa hükümlerinin uygulanması zorunluluğunu getirmiştir. İşte kamu düzenine ilişkin bulunduğu böylesine açık bir yaptırım hükmünün varlığı karşısında mevcut Anayasa hükümlerinin, kesinleşmiş yargı kararları dışında geçmişe etkili [makable şamil] bir şekilde uygulanması ve genel ilke olarak ajanlarının sorumluluklarından yalnızca idarenin muhatap sayılması kaçınılmaz bulunmaktadır. Gerek Danışma Meclisi Anayasa Komisyonu ve gerekse Millî Güvenlik Konseyi Anayasa Komisyonu tasarı ve gerekçe metinlerinde mevcut bulunmayan 177. madde hükmünün Anayasanın ülke bütününde ve tüm Ulusca eksiksiz uygulanmasını sağlamak ve her türlü tereddütleri ortadan kaldıracak bir yaptırım maddesi biçiminde Anayasa metnine dahil edildiğini kabul etmek, amaca uygun bir yorum ve düşünce biçimi olarak benimsenmelidir.

Nitekim, sözü geçen 177. maddenin atıfta bulunduğu ve esasen eski Anayasalarımızda da mevcut olup Danışma Meclisi Anayasa Komisyonu'ndan başlayarak hiçbir değişikliğe uğramadan kanunlaşmış bulunan 11. madde de (Anayasa hükümlerinin bağlayıcılığı ve üstünlüğü ilkesi) yargı organlarını bağlayan temel bir hukuk kuralı olarak belirlenmiş ve ilaveten hakimin bu

ilkeyi doğrudan uygulayacağı, anılan maddenin gerekçesinde de çok açık bir biçimde vurgulanmıştır (Mad. 177/e).

Yapılan görüşmeler sırasında her ne kadar bazı üyeler bir hukuk davasının açıldığı zaman mevcut hükümlere göre yürütülmesi gerektiğini, sonradan çıkarılan yasaların kişilerin doğmuş haklarını ortadan kaldıramayacağını ve hakimin doğrudan Anayasa hükümlerini uygulayamayacağını savunmuş iseler de, bu düşünceler yukarıda özetlenen gerekçenin ışığında çoğunluk tarafından uygun görülmemiş ve benimsenmemiştir. Kaldı ki, sonradan yürürlüğe giren Anayasa hükmünün zamanında gerçek sorumlular hakkında dava açan kişilerin dava haklarını ortadan kaldırdığı yolundaki düşünceler de gerçeklere uygun ve kabule şayan bulunmamaktadır. Zira, T.C. Anayasası zararın doğumuna neden olan eylem ve davranışlarla buna bağlı hukuki sorumluluğu hiçbir zaman ortadan kaldırılmamış, aksine zarar görenler açısından daha güvenli sayılması gereken Devletin sorumluluğu ilkesini getirmiştir. Açılan davalar zarar görenlere hiçbir ciddi külfet yüklemeden ve sadece hasım değiştirmek suretiyle merciinde idareye karşı devam ettirilecek ve sonuçlandırılacaktır.

2) Olayımızda öncelikle incelenmesi gereken ikinci yön, derdest davalara da uygulanması çoğunluk tarafından kabul edilen T.C. Anayasası'nın 129/5. maddesi hükmünün, bakanlar hakkında açılan davaları da kapsayıp kapsamayacağı hususudur. Şayet sözü geçen 129/5. madde hükmü bakanlar idarenin sorumluluğuna ilişkin genel ilkenin kapsamı dışında mütalaa ediyorsa, bu takdirde bakan hakkında açılmış bulunan iş bu davanın da esasına girilmesi gerekecektir.

T.C. Anayasası'nın 129/5. maddesi diğer koşulların da varlığı halinde "memurların ve diğer kamu görevlilerinin" kusurlarından doğan tazminat davalarının ancak idare aleyhine açılabileceğini hükme bağlamıştır. O halde üzerinde durulması gereken husus memur olmadığı tartışmasız bulunan bakanların "kamu görevlileri" deyimi kapsamına girip girmediğinin tesbitinden ibarettir.

Bilindiği gibi bakan, belli bir hizmet alanında icrai kararlar, almak selahiyetini taşıyan ve kamu otoritesini kullanan en yüksek organ, o hizmetin başı ve son hiyerarşik merciidir. Türk İdare Hukukunun ve Devlet Sistemimizin Cumhuriyetten bugüne kadar değişmeyen en önemli vasfı, merkezi otoriteye bağlı bir meratip silsilesinin (la hierarchie) varlığıdır. İşte bakan, bu hiyerarşinin mutlak hakimi ve yöneticisidir; Devlet ve Hükümet adına idareye yön veren kişidir. 1982 Anayasası'nın 1961 ve hatta 1924 Anaya-

salarına karşı güçlü devlet ve otoriter idare kavramlarına daha fazla önem verdiği ve özellikle yürütmeyi yasama ve yargı karşısında daha da güçlendirdiği tartışmasızdır. Anayasanın bir çok maddeleri bu temel düşünceye uygun olarak değiştirilmiş ve yeniden düzenlenmiştir. Hal böyle olunca Anayasa yapıcısının idarenin bütün organları gibi en üst merci bakanları da geniş yetkilerle mücehhez kıldığını söylemek yanlış olmayacaktır. Çoğu zaman belli bir konuda temelde Devlet felsefesini ve özelde de hükümet (Bakanlar Kurulu) karar ve tasarruflarını uygulamak durumunda kalan bakanı bu uygulamadan doğan zararların sorumluluğu ile karşı karşıya bırakmak, yukarıda açıklanan temel felsefe ve ilke ile açık bir çelişki meydana getirir. Bundan dolayıdır ki, idare kendi icraatı sonucu ortaya çıkacak hukuki sorumluluğu tamamen yüklenecek, ajanları ile olan iç ilişkide rücu konusunu organlarının temel ilkelere uygun davranma ölçüsünde çözümlemeye çalışacaktır. İşte Anayasanın 129/5. maddesinde düzenlenen ve getirilen temel felsefe böyle bir amaca yöneliktir. Devlet, kendi adına belli bir hizmet alanını yöneten bakanı mahkeme koridorlarında dolaşmaktan ve çok daha önemlisi açılan davalardan dolayı manevi bir baskı altında kalıp hizmeti aksatmaktan ve nihayet gereken cesur kararları alabilme iradesinden uzaklaşmaktan kurtarmak istemiştir. Her ne kadar bir kısım üyeler bakanı idari hiyerarşi içinden soyutlayarak bakanların "kamu görevlisi" kapsamında bulunmadığını savunmuş iseler de; bu düşünce tarzı çoğunluğu oluşturan üyeler tarafından sözü geçen 129. maddenin genel amaç ve kapsamına uygun mütalaa edilmemiştir. Aksi halde herhangi bir bakanlığın görev ve yetki yönünden çok alt derecede bir memurunun ya da kamu görevlisinin tasarrufu Devletin sorumluluğu ilkesi ile karşılanırken, bakanı bu uygulamadan istisna kabul etmek izahı son derece zor açık bir çelişki oluştururdu.

Bu arada "kamu görevlisi" deyimi üzerinde de kısaca durulmasında fayda mütalaa edilmektedir. Türk İdare Hukukunda baskın ve yaygın görüş, bu deyimin iki ana unsuru içerdiğidir. Bunlardan birincisi görevlinin bir kamu hizmetini yüklenmesi, ikincisi ise bu görev karşılığı Devlet bütçesinden maaş, ücret, ödenek vs. gibi her ne nam altında olursa olsun görevliye bir maddi meblağın tahsis edilmesidir. İşte bu yüzdendir ki avukatlar ve başkaca hizmet grupları aslında bir kamu hizmeti yaptıkları halde bu hizmetlerinin maddi karşılığı Devlet bütçesinden karşılanmadığı için birer kamu görevlisi olarak kabul edilmemektedirler.Bakanların bu iki ana unsuru tam olarak taşımaları "kamu görevlisi" olarak kabullerinin açık bir kanıtını oluşturmaktadır.

Diğer taraftan T.C. Anayasası'nın 129. maddesi, 126, 127 ve 128. maddelerini de kapsayan ve gerek merkezi ve gerekse mahalli idareleri oluşturan

(idarenin kuruluşu) kenar başlıklı ve (idare) anabaşlıklı bölümün içinde yer almaktadır. Nitekim, bölümün ana girişine ilişkin 123. maddede idarenin kuruluş ve görevleri ile bir bütün olduğu hususu açıkça vurgulanmıştır. Bakanı idareden soyutlamak bu bütünlüğü bozan ve hiçbir haklı nedeni olmayan bir düşünce tarzıdır. İşte bütün bu nedenlerle bakanları "kamu görevlileri" kapsamı içinde mütalaa etmek Türk İdare Sistemine, 1982 Anayasası'nın güçlü Devlet ve etkili yürütme felsefesine ve nihayet iş bu Anayasa ile reddedilen geçmiş dönemin üzücü uygulamalarından dönülmesi ilkesine son derece uygun düşecektir.

Bütün bunlardan sonra artık konunun esasına girilmesi ve Anayasa'nın 129/5. maddesinin öngördüğü koşullar ile yasal unsurlar açısından idarenin karşılaması gereken bir sorumluluğunun var olup olmadığının belirlenmesi ve sonucuna göre uyuşmazlığın incelenmesi gerekmektedir. Ne var ki, yerel mahkemenin karar tarihinde henüz yürürlüğe girmemiş bulunan Anayasa hükmünü ve bu açıdan sorumluluğun yasal unsurlarını da incelemediği belli bir vakıadır. Öyle ise bu yönler incelenmek üzere direnme kararının bozulması gerekmektedir.

Sonuç : Davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının yukarıda gösterilen sebeplerden dolayı HUMK. nun 429. maddesi gereğince (BOZULMASINA), istek olursa temyiz peşin harcının geri verilmesine, 1.6.1983 gününde yapılan ilk görüşmede yeterli çoğunluk sağlanamadığı için, 14.9.1983 gününde yapılan ikinci görüşmede oyçokluğu ile karar verildi.

Yargıtay İBK 13.05.1964 tarihli 1-3.64/1 ve 3 sayılı karar

DAVA :

Hakimlerin, hakemlik yapıp yapamayacakları, hakemlerin kendi ücretlerini belli edip edemeyecekleri, ücretlerinin belli edilmesinde avukatlık ücret tarifesinin uygulanıp uygulanamayacağı konularında Yargıtay Ticaret Dairesinin önceki kararlarının aksine yeni bir içtihat belirmiş olduğundan Yargıtay Kuruluş Kanununun 6082 sayılı Kanunla değiştirilen 8 inci maddesinin, (A) bendi uyarınca ve içtihadı birleştirme yolu ile-bu gelişmelerin giderilmesi Daire Başkanlığının 11/4/1964 gün ve 84 sayılı yazısı ile istenmesi üzerine 13/5/1964 gününde toplanan içtihadı Birleştirme Hukuk Bölümü Genel Kurulunda olaya ilişkin Ticaret Dairesinin 10/10/1942 gün ve E. 2158. K. 2312 gün ve E. 2416, K. 2911, 28/9/1963 gün ve E. 3432, K. 3515, 21/11/1963 gün ve E. 4310, K. 4340 sayılı kararları okunup incelendikten ve dairenin önceki kararlarının aksine beliren yeni içtihat daire başkanı tarafından açıklandıktan sonra, ortada içtihadı birleştirme sebebi bulunduğuna oyçokluğu ile karar verilmekle, işin esası görüşülüp konuşuldu :

KARAR :

19/7/1961 gün ve 334 sayılı Anayasanın 134 üncü maddesinin üçüncü fıkrasında (Hakimler, kanunda belirtilenlerden başka, genel ve özel hiç bir görev alamazlar) hükmü konulmuştur.

Eski Anayasanın yürürlükte bulunduğu sırada Yargıtay Ticaret Dairesinin 10/10/1942 gün ve E. 42-2158, K. 2312 sayılı kararında, o Anayasanın 57 inci maddede kastedilen vazifenin hakimlerin hakemliği, vasiliği gibi işler olmadığı kanısı ileri sürülmüş, sonraki uygulamalar da bu yolda devam edegelmiş ise de eski Anayasanın 57 inci maddesine benzeyen yeni Anayasanın 134 üncü maddesindeki (GENEL VE ÖZEL HİÇBİR GÖREV ALAMAZLAR) hükmünün anlamı ve bu yasağın konulmasının sebepleri ile yasa koyucunun güttüğü amacın incelenmesi, konuyu aydınlatmış olacaktır.

Görev (vazife), bir kimseye yüklenen iç, bir kimsenin yapmaya zorunlu bulunduğu iş anlamındadır. Hakemi, taraflar arasındaki uyuşmazlığı incelemek, delilleri toplamak, sonucu çerçevesinde uyuşmazlığı karara bağlamak

işini yüklenmiştir. Buna göre hakemlik Anayasanın 134 üncü maddesindeki (GÖREV) sözünün kapsamı dışında bir iş sayılamaz.

Taraflarla hakem arasındaki akit, bir özel hukuk ilişkisi (münasebeti) olup hakemliği kabul eden kimseyi, görevini yerine getirmekle sorumlu kılar. Bu yönden de hakemliğin, 134 üncü maddede belirtilen özel görevlerden olduğu açıktır.

Anayasa Tasarısında 134 üncü maddenin son fıkrası yer almamıştır. Bu fıkra, Temsilciler Meclisinde 134 üncü maddenin konuşulması sırasında üyeler tarafından verilen önergeler üzerine maddeye eklenmiş olup üzerinde herhangi bir tartışma yapılmamış olması da, yasa koyucu tarafından hakimlerin yasada belirtilenlerden başka genel ve özel herhangi bir görev almalarının, kural olarak yasaklanması amacının güdüldüğünü açıkça göstermektedir. (Temsilciler Meclisi Tutanak Dergisi, cilt 4, Sa. 143-144, 24/4/1961 0.3).

Bundan başka, bir çok yabancı anayasalarda bulunmayan bu yasağın Anayasamıza eklenmesinin gerekçeleri üzerinde de durulmak yerinde olur: Gerçekten yabancı ülkelere oranla işleri pek çok olan hakimlerimizin, ayrıca iş yüklenmeleri, esas görevlerini aksatabileceği gibi taraflarla hakem arasındaki ilişkinin, özel hukuk anlamına giren hizmetle ilgili bir akit olması ve bu yüzden ücreti kapsaması yönünden de, hakimlerin hakemlik görevini kabul etmeleri doğru olmaz. Böyle bir durumda, hakimin belli kimselere karşı ruhi bir bağlılık akma girdiği yolunda bir kanı, sosyal çevrede yerleşebilir ki bu da, hakimlerin tarafsızlıklarına karşı bir takım kuşkular uyanmasına yer verebilir. Hakimlerin, gördüğü işin özel sosyal önemi dolayısıyla. Anayasada görevleri öngörülen, diğer bütün kimse veya organların hepsinden daha sıkı bir düzene bağlı tutulması gerekli olduğu göz önünde bulundurulursa, onların hakem olamamaları ile, insanlık haklarından ve özgürlüklerinden aşırı olarak yoksun kılınacakları yolundaki düşünceler, doğru görülemez.

Anayasanın 8 inci maddesi, Anayasa hükümlerinin yargı organlarını ve kişileri bağlayan temel hukuk kuralları olduğu esasını koymuştur. Buna göre 134 üncü maddedeki yasağın, gerek kişileri, gerekse mahkemeleri bağlayan ve doğrudan doğruya uygulanması gereken bir kural olarak kabulü zorunluğu vardır ki, bu da eski ve yem. Anayasalar arasında bir fark meydana getirilmektedir.

Hakimlerin hakem olamayacakları düşüncesini, bilim alanında dahi savunanlar vardır, nitekim eski Anayasanın 57 inci maddesi hükmüne dayanarak bu görüşü savunan Profesör ismail H. Karafakih'ten (Siyasal Bilgiler

Fakültesi yayınlarından Hukuk Muhakemeleri Usulü esasları Ankara 1952, Sah. 227 ve 278) başka, yeni Anayasanın, yukarıda anılan hükmüne dayanan ve hakimin hakem olmasındaki ruhi etki ve esas göreve engel olma sakıncaları üzerinde duran Doçent B.Kuru dahi, ((Hukuk Muhakemeleri Usulü-Ajans Türk Matbaası Ankara 1964 Sah. 49) aynı görüşü, kesinlikle, benimsemiştir.

Hakimlerin hakem olamayacaklarının kabulü halinde, hakimin eşinin vekaletnamesiyle tapuda onun adına işlem yapmak gibi yetkilerden dahi yoksun kalacağı görüşü doğru değildir; çünkü her hüküm gibi Anayasa hükümlerinin dahi, konuluş amaçları gözönünde tutularak yorumlanması, hukukun genel ilkelerindendir; o halde, her olayın özellikleri incelenerek ve Anayasa hükmünün amacı düşünülerek bir sonuca varılacaktır.

2Anayasanın 134 üncü maddesinin 3 üncü fıkrası hükmü, kamu düzeni düşüncesiyle konulmuş olduğundan ve Anayasanın 8 inci maddesi gereğince Anayasa hükümleri, bütün kişileri veya organları, doğrudan doğruya bağladığından, temyiz incelemesi sırasında bu yön ileri sürülmese dahi, Yargıtayca doğrudan doğruya gözönünde tutulacaktır. Gerçekten bu durum, hakem kararlarının bozma ve sebeplerini gösteren usulün 533 üncü maddesi kapsamına girmektedir.

3Hakemlerin kendi ücretlerini belli edememeleri bir kimsenin kişisel alacağı hakkında hakim olamayacağı, hüküm veremeyeceği kuralına dayanır. Gerçekten, hakemin kendi emeğinin karşılığı için hakim durumuna girerek hüküm vermesi, hakemin tarafsızlığı kuralı ile bağdaşamaz.

H.ücretinin akitle taraflarca belirtilmesi halinde (ki böyle bir akit Borçlar Kanununun 19 uncu maddesi hükmünce yapılabilir ve geçerliği şekle bağlı değildir), bu ücretin hakemlerce alınması mümkündür, aksi halde hakemlerin genel hükümler uyarınca yetkili mahkemelere başvurarak emeklerinin karşılığı olan alacaklarının ödetilmesi için karar almaları gerekir. Ancak bu yön, kamu düzenini ilgilendirmediğinden, Yargıtayca kendiliğinden gözönünde tutulamaz.

4H., ücretleri hakkında avukatlık ücret tarifesinin uygulanması hakemlikle avukatlık arasında tam bir benzerlik bulunmaması yönünden doğru değildir. Yasa koyucu, avukatlık ücreti için bir sınırlama kabul ettiği halde hakemlik için böyle bir sınırlama söz konusu olmamıştır. H.ücretinin taraflar arasındaki uyuşmazlığın değer ve niteliğine, hakemin emeğine ve olayların olağan yürüyüşüne göre mahkemece belli edilmesi gerekir.

5Burada tartışma konusu olan hakemlik, bir akitle veya bir akte konulmuş özel hükümle kabul edilen hakemliktir, yoksa özel bir yasa ile hakimin hakemliği kabul edilebilir ve böyle bir durumda hakim, hakem olmakla yükümlüdür.

Bu kararın hakem ücretlerine ilişikin fıkrası, bütün hakemleri (ve bu arada yasa ile belli edilen hakemleri dahi) ilgilendirmektedir. özel yasa hükmü ile belli edilen hakemin, ücretini de karara bağlayacağı o yasa da öngörülmüş ise, bu hüküm, şüphesiz, uygulanacaktır. Sonuç :

Yasalarla belli edilen hakemlikler dışında, hakimlerin hakem olamayacaklarına ve bu yasağın mahkemelerce doğrudan doğruya (resen) uygulanacağına, ücretin taraflarca belli edilmemiş olması halinde, hakemlerin kendi ücretlerini belli edemeyeceklerine, tarafların belli etmemiş oldukları hakem ücretlerinin. belli edilmesinde avukatlık ücret tarifesinin uygulanamayacağına, 13/5/1964 günlü 1 inci toplantıda ilk konuda 10 muhalif oya karşı 47 oyla, ikinci konuda 8 muhalif oya karşı 49 oyla ve üçüncü konuda oybirliğiyle karar verildi.

AYKIRI GÖRÜŞLER

K. Tepeci, H. S. Tırpan, Ö. G., H. Gürçel, S. K.:

Hakim, hakem olur.

H. Ş. P.:

H., kendisine ücret takdir eder.

C. Cerim :

H.kendisine ücret tayin eder.

Ş. A.:

Hakim, hakem olur ve kendisine ücret takdir eder.

M. F. A.:

Hakim, hakem olur ve kendisine ücret tayin eder.

A. N. O.:

Hakim, hakem olur ve hakemler kendisine ücret tayin eder.

K. T. :

Hakim, hakem olur. Ücret takdir eder.

AYKIRI GÖRÜŞ

İ. Ö.(7. HD. Bşk.) :

1Anayasa karşısında hakimlerin hakem olabilecekleri dairelerin müstakar içtihatlarındandır. Yüksek Ticaret Dairesinde aksine bir içtihadın kabul olunduğunu tazammun eden bir karar örneği Hukuk Genel Kuruluna takdim edilmemiştir. Bu itibarla olayda müzakere açılmasına mahal bulunmamaktadır.

2İzmir Baro Dergisinin 1943/27-28 sayılı nüshalarında neşredilen yazımda belirttiğim ve Profesör İ.Postacıoğlu'nun Medeni Hukuk Dersleri 1962 ikinci bası, sahife 52 de kabul ettiği gerekçelere binaen hakimin bir davada hakemlik yapması Anaya saya aykırı değildir; Anayasanın 134 üncü maddesinde yer alan (görev) hakimi bir şahsın veya üst makamın emir, nüfuz ve otoritesi altına koyacak nitelikteki işlerdir. Buradaki (görev) terimini geniş manada alamayız. Aksi halde hakimleri bir çok medeni ve sosyal halklardan istifade edemez bir hale sokarız. H.hiç bir şahsın veya makamın emir ve nüfuzu altına girmiş sayılamaz. Aksi halde (tahkim) müessesesinin meşruiyetini kabul etmemek lazım gelir. Görevin lugat manasında mecburiyet mefhumu da dahildir. Hakemlikte mecburiyet yoktur. Bir hakim esas görevine müessir olacak şekilde fazla miktarda tahkim işini üzerine almış ise disiplin yolu ile muahaze olunabilir. Bir şahsın veya bir müessesenin hakemliğini yapmış olan bir hakim aynı şahıs veya müessesenin başka bir işi kendi mahkemesine geldiği evvelki işte fazla ücret aldığından dolayı bitaraflığından şüphe edilirse reddolunabilir. Bu haller hakimin hakem sıfatı ile evvelce verdiği karara tesir edemez. Hakemlik en çok hakime yakışan bir iştir. Hakimlerimizin bilgi ve seciyelerine itimat ediyor ve kendilerine hakem olmaları için başvuruluyorsa bundan iftihar duymak lazımdır.

Yargıtay 15. Hukuk Dairesi 15.06.1989 tarihli 1023/2844 sayılı karar

Davacı (A....) İnşaat Sanayii ve Ticaret A.Ş. ile davalı (İSKİ) İstanbul Su ve Kanalizasyon İdaresi Genel Müdürlüğü arasında çıkan anlaşmazlığın çözülmesi için seçilen Hakem Kurulu tarafından verilen kararın duruşmalı olarak temyizen tetkiki davalı vekili tarafından istenmiş ve dosya İstanbul Yedinci Asliye Ticaret Mahkemesi'nce 28.2.1989 tarih ve 1989/82 sayılı yazı ile gönderilmiş olmakla; dosyadaki kağıtlar okundu, gereği konuşulup düşünüldü:

1- İleri sürülen temyiz itirazları HUMK. nun 533. maddesinde sayılan sebeplerden olmadığından ve özellikle hakem kararının HUMK. da öngörülen süreler içinde verildiği anlaşılmış olup gerek taraflar arasındaki sözleşmenin 67. maddesinde yazılı tahkim kartında gerekse 17.12.1987 tarihli tahkim sözleşmesinde duraksamayı gerektirmeyecek şekilde taraflar arasında çıkacak uyuşmazlıkların hakemler eliyle çözümlenmesi kabul edilmiş olmasına göre davalı İdare vekilinin aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan diğer temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir.

2- Yukarıda sözü edilen 17.12.1987 tarihli ek sözleşmenin (A) maddesinde aynen; "tüm ihtilaflar, Türk Hukuk Muhakemeleri Usulü Hakkındaki Kanunun tahkim hükümlerine göre çözüme bağlanacaktır. Tahkimde, Türk Usul Hukuku Hükümleri uygulanacaktır.İhtilaf Türk Maddi Hukuk Hükümleri uyarınca halledilecektir" hükmüne yer verilmiştir. Görülüyor ki, uyuşmazlığın çözümünde uygulanacak usul hükümleri ve maddi hukuk kuralları tarafların serbest iradeleriyle açık seçik belirtilmiş bulunmaktadır. Gerçekten Usul Hukukumuz tahkimnamede böyle bir koşula yer verilmesine olanak tanımıştır. HUMK. nun 525. maddesinde hakemlerin sözleşmede aksine hüküm olmadıkça incelemenin şeklini tayin edebilecekleri yolundaki hüküm bu hususu doğrulamaktadır. Demek oluyor ki, taraflar ister tahkimnamede ister daha sonraki bir aşamada hakemlerin uymaları gerekli hukuk kurallarını ve yargılama usulünü tesbit ve tayin yetkisine sahiptir. Hakemler dahi tahkimnamenin bu koşulunu aynen yerine getirmekle yükümlüdürler. Tarafların iradelerine bağlı tutulan hakem şartı veya tahkim sözleşmesinde böyle bir

kayıt yer almamışsa, hakemler, maddi hukuk kurallarından ayrılarak, adalet ve nasafet esaslarına göre karar verebilirler. Bu nedenle tahkim sözleşmesinde taraflarca kararlaştırılan maddi hukuka uymak koşulunun hem tarafları hem de hakemleri bağlıyacağı kuşkusuzdur. Bilindiği gibi uyuşmazlığın tarafları ile hakemler arasında oluşan hukuki ilişkide galip unsur vekalet ilişkisidir. Yasada bu konuda bir açıklık mevcut olmamakla beraber bu gibi sözleşmelerdeki usul hükümleri yanında Borçlar Kanununa giren hükümler de yer almaktadır. Ne var ki, özel borç ilişkileri içinde taraf iradelerine dayanan tahkim sözleşmesinin herhangi bir akit tipine tabi olduğu belirtilmemiş olduğundan, kural olarak uyuşmazlığın tarafları ile hakemler arasında bir vekalet akdi oluştuğunun kabulü gerekir (BK. m. 386/2).

Böyle olunca, vekil durumundaki hakemler sözleşme dairesinde kendisine yükletilen işin idaresini ve aldıkları ücretin karşılığı olan hizmetin ifasını kabul etmiş sayılırlar (BK. m. 386/1). Daha açık bir deyimle vekil, kendisine yetki veren kişinin yani vekil edenin açık olan talimatına aykırı davranamaz (BK. m. 389/1). Somut olayda taraflar uyuşmazlığın çözümü için "Maddi Hukuk" koşulu üzerinde anlaşmaya varmakla hakemlerin karar verme yetkilerini bilerek sınırlandırmış olmaktadırlar. Bunun sonucu olarak, hakemler maddi hukuk kuralları dışına çıkmak suretiyle hüküm kurdukları takdirde yetkilerini aşmış olacaklarından, HUMK. 533/3. madde hükmü gereğince bu husus Yargıtay'ca bozma nedeni yapılabilir. Bundan başka Yargıtay, hakem kararının tarafların kararlaştırdıkları maddi hukuk ilkelerine gerçekten uygun olup olmadığını denetlemek durumundadır ve bu açıdan anılan maddedeki bozma nedenleriyle de bağlı değildir.

Öyle ise, tahkim sözleşmesinde, hakemlerin uyuşmazlığı Türk Maddi Hukuk Hükümleri çerçevesinde çözümleyecekleri açıklanmış olduğuna göre uyuşmazlık konusu tüm kalemlerde bu kurallara uyulup uyulmadığı önem kazanmaktadır. Yargıtay'ın yerleşmiş içtihatları da bu doğrultudadır (Yargıtay 3.HD., 31.3.1961 gün, 1215/2321. Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, 1974 Baskı, Sh. 1015, dn. 120; yine 15 HD., 26.2.1985-984/4288 esas, 985/652 karar). Yapılan uygulamada, hakemlerin iddia ve savunmaların değerlendirilmesi konusunda gerek usul hükümlerinin gerekse maddi hukuk hükümlerinin dışına çıkarak hüküm kurdukları görülmüştür. Örneğin, rıhtım duvarı hesabın da bilirkişi kurulunu oluşturan üyeler arasında teknik yönden uyuşmazlık ortaya çıktığı halde davalı İdarenin hükme dayanak yapılan çoğunluk görüşüne yönelttiği itirazlar ek raporda gereği gibi incelenip cevaplandırılmamış, HUMK. nun 284. madde hükmü yerine getirilmemiştir. Diğer bir örnek için, faizi aşan istemin kabulü hakkındaki karar gösterilebi-

Yargıtay 15. Hukuk Dairesi 15.06.1989 tarihli 1023/2844 sayılı karar

Davacı (A....) İnşaat Sanayii ve Ticaret A.Ş. ile davalı (İSKİ) İstanbul Su ve Kanalizasyon İdaresi Genel Müdürlüğü arasında çıkan anlaşmazlığın çözülmesi için seçilen Hakem Kurulu tarafından verilen kararın duruşmalı olarak temyizen tetkiki davalı vekili tarafından istenmiş ve dosya İstanbul Yedinci Asliye Ticaret Mahkemesi'nce 28.2.1989 tarih ve 1989/82 sayılı yazı ile gönderilmiş olmakla; dosyadaki kağıtlar okundu, gereği konuşulup düşünüldü:

1- İleri sürülen temyiz itirazları HUMK. nun 533. maddesinde sayılan sebeplerden olmadığından ve özellikle hakem kararının HUMK. da öngörülen süreler içinde verildiği anlaşılmış olup gerek taraflar arasındaki sözleşmenin 67. maddesinde yazılı tahkim kartında gerekse 17.12.1987 tarihli tahkim sözleşmesinde duraksamayı gerektirmeyecek şekilde taraflar arasında çıkacak uyuşmazlıkların hakemler eliyle çözümlenmesi kabul edilmiş olmasına göre davalı İdare vekilinin aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan diğer temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir.

2- Yukarıda sözü edilen 17.12.1987 tarihli ek sözleşmenin (A) maddesinde aynen; "tüm ihtilaflar, Türk Hukuk Muhakemeleri Usulü Hakkındaki Kanunun tahkim hükümlerine göre çözüme bağlanacaktır. Tahkimde, Türk Usul Hukuku Hükümleri uygulanacaktır.İhtilaf Türk Maddi Hukuk Hükümleri uyarınca halledilecektir" hükmüne yer verilmiştir. Görülüyor ki, uyuşmazlığın çözümünde uygulanacak usul hükümleri ve maddi hukuk kuralları tarafların serbest iradeleriyle açık seçik belirtilmiş bulunmaktadır. Gerçekten Usul Hukukumuz tahkimnamede böyle bir koşula yer verilmesine olanak tanımıştır. HUMK. nun 525. maddesinde hakemlerin sözleşmede aksine hüküm olmadıkça incelemenin şeklini tayin edebilecekleri yolundaki hüküm bu hususu doğrulamaktadır. Demek oluyor ki, taraflar ister tahkimnamede ister daha sonraki bir aşamada hakemlerin uymaları gerekli hukuk kuralları ve yargılama usulünü tesbit ve tayin yetkisine sahiptir. Hakemler dahi tahkimnamenin bu koşulunu aynen yerine getirmekle yükümlüdürler. Tarafların iradelerine bağlı tutulan hakem şartı veya tahkim sözleşmesinde böyle bir

kayıt yer almamışsa, hakemler, maddi hukuk kurallarından ayrılarak, adalet ve nasafet esaslarına göre karar verebilirler. Bu nedenle tahkim sözleşmesinde taraflarca kararlaştırılan maddi hukuka uymak koşulunun hem tarafları hem de hakemleri bağlıyacağı kuşkusuzdur. Bilindiği gibi uyuşmazlığın tarafları ile hakemler arasında oluşan hukuki ilişkide galip unsur vekalet ilişkisidir. Yasada bu konuda bir açıklık mevcut olmamakla beraber bu gibi sözleşmelerdeki usul hükümleri yanında Borçlar Kanununa giren hükümler de yer almaktadır. Ne var ki, özel borç ilişkileri içinde taraf iradelerine dayanan tahkim sözleşmesinin herhangi bir akit tipine tabi olduğu belirtilmemiş olduğundan, kural olarak uyuşmazlığın tarafları ile hakemler arasında bir vekalet akdi oluştuğunun kabulü gerekir (BK. m. 386/2).

Böyle olunca, vekil durumundaki hakemler sözleşme dairesinde kendisine yükletilen işin idaresini ve aldıkları ücretin karşılığı olan hizmetin ifasını kabul etmiş sayılırlar (BK. m. 386/1). Daha açık bir deyimle vekil, kendisine yetki veren kişinin yani vekil edenin açık olan talimatına aykırı davranamaz (BK. m. 389/1). Somut olayda taraflar uyuşmazlığın çözümü için "Maddi Hukuk" koşulu üzerinde anlaşmaya varmakla hakemlerin karar verme yetkilerini bilerek sınırlandırmış olmaktadırlar. Bunun sonucu olarak, hakemler maddi hukuk kuralları dışına çıkmak suretiyle hüküm kurdukları takdirde yetkilerini aşmış olacaklarından, HUMK. 533/3. madde hükmü gereğince bu husus Yargıtay'ca bozma nedeni yapılabilir. Bundan başka Yargıtay, hakem kararının tarafların kararlaştırdıkları maddi hukuk ilkelerine gerçekten uygun olup olmadığını denetlemek durumundadır ve bu açıdan anılan maddedeki bozma nedenleriyle de bağlı değildir.

Öyle ise, tahkim sözleşmesinde, hakemlerin uyuşmazlığı Türk Maddi Hukuk Hükümleri çerçevesinde çözümleyecekleri açıklanmış olduğuna göre uyuşmazlık konusu tüm kalemlerde bu kurallara uyulup uyulmadığı önem kazanmaktadır. Yargıtay'ın yerleşmiş içtihatları da bu doğrultudadır (Yargıtay 3.HD., 31.3.1961 gün, 1215/2321. Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, 1974 Baskı, Sh. 1015, dn. 120; yine 15 HD., 26.2.1985-984/4288 esas, 985/652 karar). Yapılan uygulamada, hakemlerin iddia ve savunmaların değerlendirilmesi konusunda gerek usul hükümlerinin gerekse maddi hukuk hükümlerinin dışına çıkarak hüküm kurdukları görülmüştür. Örneğin, rıhtım duvarı hesabın da bilirkişi kurulunu oluşturan üyeler arasında teknik yönden uyuşmazlık ortaya çıktığı halde davalı İdarenin hükme dayanak yapılan çoğunluk görüşüne yönelttiği itirazlar ek raporda gereği gibi incelenip cevaplandırılmamış, HUMK. nun 284. madde hükmü yerine getirilmemiştir. Diğer bir örnek için, faizi aşan istemin kabulü hakkındaki karar gösterilebi-

lir. Davacı istihkaklarının süresinde ödenmediğini ileri sürerek faiz dışında kalan zararlarının da ödetilmesini istemiş olup hakem kurulunca, ülkemizdeki enflasyon şartları dolayısıyla, davacının zararının faizle karşılanmadığı sonucuna varılmış, ancak davacının munzam zararı kesin olarak ispat edemediği kabul edildiği halde, munzam zararı karşılamak üzere davacıya 60 milyon TL. ödeme yapılmasına karar verilmiştir. Oysa BK. nun 105. maddesi hükmü gereğince alacaklının uğramış olduğu zarar geçmiş günler faizinden fazla olduğu takdirde borçlu kendisine hiçbir kusur isnat edilemeyeceğini ispat etmedikçe bu zararı dahi ödemekle yükümlüdür.Burada kusursuzluğun ispatı borçluya ait ise de, alacaklının faizi aşan bir zarara uğradığını öncelikle ispat etmek durumundadır. Diğer bir deyimle, hükmedilen temerrüt faiziyle karşılanmıyan bir zararın varlığı sözkonusudur; ve davacı tarafça ispat edilmelidir. Olayda, hakem kurulu reeskont faizi uyguladığı halde bu faizin dışında kalan zararın ne surette gerçekleştiği belirtilmemiş ve dayanakları da gösterilmemiştir.

Öte yandan, Yedikule bir numaralı sahada zemin oturması nedeniyle yapılan dolgu ve duvar hesabında talepten fazlaya hükmedildiği tesbit edilmiş, bundan başka, hakem kurulu kararının 21. sahifesinin (F) bölümüyle ilgili isteme karşı davalı tarafça hesap şekline itiraz ileri sürüldüğü halde, hakem kurulunca bu talep olduğu gibi kabul edilmiş sayılarak hüküm kurulmuştur. Tüm bu yönler ve tarafları iddia ve savunmaları gözönünde tutularak gerçeğin ortaya çıkması bakımından hakemlerin maddi hukuk ve HUMK. nun 284. madde hükmü doğrultusunda yeniden inceleme yapılmasının zorunlu olduğu, hükme dayanak yapılan bilirkişi kurulu raporunun ise, yetersiz ve Yargıtay denetimine olanak vermediği sonucuna varılmıştır.

O halde, hakem kurulunun gerek Türk Maddi Hukukunu gerekse Usul Kanununu uygulamamak suretiyle yetkileri dahilinde olmayan konuda karar vermiş olmaları ve talep edilmemiş birşey hakkında da karar vermiş bulunmaları karşısında temyize konu edilen karar HUMK. nun 533/2-3 madde ve bentleri hükmünce bozulmalıdır.

Sonuç: Yukarıda birinci bendde açıklanan nedenlerle davalı İdare vekilinin sair temyiz itirazlarının reddine, ikinci bendde yazılı nedenlerle kararın davalı İdare yararına (BOZULMASINA), 24.800 TL. vekalet ücretinin davacıdan alınarak davalıya verilmesine ve temyiz peşin harcının istek halinde davalıya iadesine, 15.6.19

GELDİ
19 Kasım 2019

T.C.
YARGITAY
11. Hukuk Dairesi

ESAS NO : 2013/6333
KARAR NO : 2014/13605

YARGITAY İLAMI

MAHKEMESİ : İSTANBUL 1.FİKRİ VE SINAİ HAKLAR HUKUK MAHKEMESİ
TARİHİ : 24/09/2012
NUMARASI : 2012/230-2012/192
DAVACI : NOVARTIS AG
VEKİLİ : AV. MEHMET GÜN
DAVALILAR : 1-PROF DR AFİFE MAT
2-PROF DR YALDIZ ERGİNER
3-SERKAN ÖZKAN
4-SEVGİ GÜNGÖR
5-SEDAT COŞKUN
6-AV. SIRRI DÜGER

Taraflar arasında görülen davada İstanbul 1.Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi'nce verilen 24.09.2012 tarih ve 2012/230-2012/192 sayılı kararın duruşmalı olarak incelenmesi davacı vekili tarafından istenmiş olup, duruşma için belirlenen 02.09.2014 günü başkaca gelen olmadığı yoklama ile anlaşılıp hazır bulunan davacı vekili Av. Mehmet Gün ve davalılardan asil Serkan Özkan dinlenildikten sonra duruşmalı işlerin yoğunluğu ve süre darlığından ötürü işin incelenerek karara bağlanması ileriye bırakıldı. Tetkik Hakimi Güliz Okyar Çalışkan tarafından düzenlenen rapor dinlenildikten ve yine dosya içerisindeki dilekçe, layihalar, duruşma tutanakları ve tüm belgeler okunup incelendikten sonra işin gereği görüşülüp, düşünüldü:

Davacı vekili, müvekkilinin, yaptığı araştırma geliştirme çalışmaları sonunda "imatinib mesilat" etken maddesi ve "Glivec" adlı ilaç için EPO'dan patent aldığını, Avrupa patentinin, tercümeleri sunulmak suretiyle TPE tarafından da patent belgesi ile koruma altına alındığını, patente EPO nezdinde itiraz edildiği, yapılan değerlendirmelerden sonra tüm itirazların reddedildiğini, ilaç üretimi ve satışı ile uğraşan dava dışı Logus İlaç San. Tic. Ltd. Şti.'nin, Avrupa Patentine EPO nezdinde itiraz etme hakkına sahip iken Türkiye'deki karşılığı olan TR 2007/06715 sayılı patentin hükümsüzlüğü için dava açtığını, davalıların bu dava kapsamında bilirkişi olarak atandıklarını, düzendikleri rapor ve ek raporlarda gerçeğe aykırı beyanda bulunduklarını, bu durumu ortaya çıkaran itirazların reddine yönelik Avrupa Patent Ofisi İtiraz Kurulu kararını ve bu kararda yer alan bilimsel tespitleri keyfi olarak dikkate almadıklarını, bilirkişi raporlarına itiraz dilekçelerinin hazırlanması için müvekkilinin teknik uzmanlardan danışmanlık hizmeti aldığını, görevli avukatlara saat başı ücret ödediğini ve kendi uzmanlarını çalıştırdığını, bu giderlere lüzumsuz yere katlanmak zorunda kaldığını, bilirkişilerin gerçeğe aykırı raporlarının mahkeme tarafından hükme esas alınması halinde devlete karşı dava açılabileceğini, ancak raporun hükme esas alınmaması halinde zarardan devletin sorumluluğu bulunmadığını ileri sürerek, davalıların hükümsüzlük davası kapsamında bilirkişi raporu düzenlediklerinin, raporlarda gerçeği aykırı beyanda bulunduklarının, görevlerini ihlal ve ihmal ettiklerinin, müvekkilinin zarara uğradığının, bu zararın miktarının tespitini ve şimdilik 50.000 TL'nin davalılardan tahsilini talep ve dava etmiştir.

.../...

Bu belge 5070 sayılı Yasa hükümlerine göre elektronik olarak imzalanmıştır.

ESAS NO : 2013/6333
KARAR NO : 2014/13605

Mahkemece, bilirkişilerce rapor düzenlenen davanın hüküz sonuçlanmaması nedeniyle HMK'nın 285. maddesinde öngörülen dava şartının bu aşamada oluşmadığı, ayrıca bu tür davaların istinaf mahkemesinde, istinaf mahkemesi kurulmamış ise Yargıtay'ın ilgili dairesinde açılabileceği, belgelerin eksik değerlendirildiğinin ise asıl davada ileri sürülebileceği, ayrı bir davada ileri sürülmesinde hukuki yarar bulunmadığı gerekçesiyle davanın dava şartı yokluğundan reddine karar verilmiştir.

Kararı, davacı vekili temyiz etmiştir.

Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına ve huzurdaki dava 6100 sayılı HMK'nın 285. maddesi uyarınca açılmadığından, bilirkişilerce rapor düzenlenen davanın sonuçlanmadığı ve bu aşamada dava şartının oluşmadığı yönündeki gerekçe yerinde değil ise de, bilirkişilerin hukuki sorumluluğunun HMK'nın anılan maddesinde ayrıntılı olarak düzenlenmiş olmasına ve özel olarak getirilen bu düzenlemenin haksız fiil sorumluluğuna ilişkin genel hükümlere dayanılarak bertaraf edilemeyecek bulunmasına göre davacı vekilinin tüm temyiz itirazları yerinde değildir.

SONUÇ:Yukarıda açıklanan nedenlerden dolayı, davacı vekilinin bütün temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun bulunan hükmün ONANMASINA, aşağıda yazılı bakiye 4,05 TL temyiz ilamı harcının temyiz eden davacıdan alınmasına, 11.09.2014 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Başkan Vekili	Üye	Üye	Üye	Üye
Ahmet Özgan	L.Yavuz	A.A.Doğan	R.C.Hanedan	S.Köksal

Davacı
25,20 H
21,15 PH
04,05 **BH**
10.10.2014-Y/K

Bu belge 5070 sayılı Yasa hükümlerine göre elektronik olarak imzalanmıştır.

T.C.
YARGITAY
11. Hukuk Dairesi

17-02-2015

ESAS NO : 2015/797
KARAR NO : 2015/6170

YARGITAY İLAMI

MAHKEMESİ	: İSTANBUL 1. FİKRÎ VE SINAÎ HAKLAR HUKUK MAHKEMESİ
TARİHİ	: 24/09/2012
NUMARASI	: 2012/230-2012/192
DAVACI	: NOVARTIS AG
DAVALILAR	: 1- PROF. DR. AFİFE MAT 2- PROF. DR. YALDIZ ERGİNER 3- SERKAN ÖZKAN 4- DOÇ. DR. SEVGİ GÜNGÖR 5- YRD. DOÇ. DR. SEDAT COŞKUN 6- AV. SIRRI DÜGER

Taraflar arasında görülen davada İstanbul 1. Fikrî ve Sınaî Haklar Hukuk Mahkemesi'nce verilen 24/09/2012 gün ve 2012/230-2012/192 sayılı kararı onayan Daire'nin 11/09/2014 gün ve 2013/6333-2014/13605 sayılı kararı aleyhinde davacı vekili tarafından karar düzeltilmesi isteğinde bulunulmuş ve karar düzeltme dilekçesinin süresi içinde verildiği anlaşılmış olmakla, dosya için düzenlenen rapor dinlenildikten ve yine dosya içerisindeki dilekçe, layihalar, duruşma tutanakları ve tüm belgeler okunup, incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

Davacı vekili, müvekkilinin, yaptığı araştırma geliştirme çalışmaları sonunda "imatinib mesilat" etken maddesi ve "Glivec" adlı ilaç için EPO'dan patent aldığını, Avrupa patentinin, tercümeleri sunulmak suretiyle TPE tarafından da patent belgesi ile koruma altına alındığını, patente EPO nezdinde itiraz edildiği, yapılan değerlendirmelerden sonra tüm itirazların reddedildiğini, ilaç üretimi ve satışı ile uğraşan dava dışı Logus İlaç San. Tic. Ltd. Şti.'nin, Avrupa Patentine EPO nezdinde itiraz etme hakkına sahip iken Türkiye'deki karşılığı olan TR 2007/06715 sayılı patentin hükümsüzlüğü için dava açtığını, davalıların bu dava kapsamında bilirkişi olarak atandıklarını, düzendikleri rapor ve ek raporlarda gerçeğe aykırı beyanda bulunduklarını, bu durumu ortaya çıkaran itirazların reddine yönelik Avrupa Patent Ofisi İtiraz Kurulu kararını ve bu kararda yer alan bilimsel tespitleri keyfi olarak dikkate almadıklarını, bilirkişi raporlarına itiraz dilekçelerinin hazırlanması için müvekkilinin teknik uzmanlardan danışmanlık hizmeti aldığını, görevli avukatlara saat başı ücret ödediğini ve kendi uzmanlarını çalıştırdığını, bu giderlere lüzumsuz yere katlanmak zorunda kaldığını, bilirkişilerin gerçeğe aykırı raporlarının mahkeme tarafından hükme esas alınması halinde devlete karşı dava açılabileceğini, ancak raporun hükme esas alınmaması halinde zarardan devletin sorumluluğu bulunmadığını ileri sürerek, davalıların hükümsüzlük davası kapsamında bilirkişi raporu düzenlediklerinin, raporlarda gerçeği aykırı beyanda bulunduklarının, görevlerini ihlal ve ihmal ettiklerinin, müvekkilinin zarara uğradığının, bu zararın miktarının tespitini ve şimdilik 50.000 TL'nin davalılardan tahsilini talep ve dava etmiştir.

Mahkemece, davanın dava şartı yokluğundan reddine dair verilen karar davacı vekilinin temyizi üzerine Dairemizce gerekçe ilave edilerek onanmıştır.

Davacı vekili bu kez karar düzeltme isteminde bulunmuştur.

.../...

Bu belge 5070 sayılı Yasa hükümlerine göre elektronik olarak imzalanmıştır.

ESAS NO : 2015/797 2
KARAR NO : 2015/6170

Yargıtay ilamında benimsenen gerektirici sebeplere göre, davacı vekilinin HUMK'nın 440. maddesinde sayılan hallerden hiçbirini ihtiva etmeyen karar düzeltme isteğinin reddi gerekir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerden dolayı, davacı vekilinin karar düzeltme isteğinin HUMK'nın 442. maddesi gereğince REDDİNE, aşağıda yazılı bakiye 05,20 TL karar düzeltme harcının ve 3506 sayılı Yasa ile değiştirilen HUMK'nın 442/3. maddesi hükmü uyarınca takdiren 251,00 TL para cezasının karar düzeltilmesini isteyenden alınarak hazineye gelir kaydedilmesine, 30/04/2015 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Başkan Vekili	Üye	Üye	Üye	Üye
Ahmet Özgan	L.Yavuz	A.A.Doğan	S.Köksal	Dr. A.Aslan

57,60 KDH
52,40 KDPH
05.20 KDBH
251.00 Ceza
07/05/2015 - GB

Bu belge 5070 sayılı Yasa hükümlerine göre elektronik olarak imzalanmıştır.

GÜN + PARTNERS
AVUKATLIK BÜROSU

Kore Şehitleri Cad. 17
Zincirlikuyu 34394
İstanbul, Turkey

T: +90 (212) 354 00 00
F: +90 (212) 274 20 95
E: gun@gun.av.tr
www.gun.av.tr

YARGITAY (11.) HUKUK DAİRESİ
SAYIN BAŞKANLIĞI'NA

İstanbul 1. Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi vasıtasıyla

Dosya no.	**2012/230E.** **2012/192K.**	**1 Aralık 2014**
Karar Düzeltme İsteyen (Davacı)	**NOVARTIS AG** Lichtstrasse 35, CH-4056 Basel, İsviçre	
Vekilleri	**Av. Mehmet Gün, Av. Prof. Dr. Hüseyin Ülgen, Av. Özge Atılgan Karakulak Av. Aysel Korkmaz** Kore Şehitleri Cad. No:17 34394, Zincirlikuyu - İstanbul	
Davalılar	1. Prof. Dr. Afife Mat 2. Prof. Dr. Yıldız Erginer 3. Serkan Özkan 4. Doç. Dr. Sevgi Güngör 5. Yrd. Doç. Dr. Sedat Coşkun 6. Av. Sırrı Düger	

T.C.
İSTANBUL
1. FİKRİ VE SINAİ
HAKLAR HUKUK MAHKEMESİ

Aslı dosyasına alındı
01/12/2014

Konusu: Dairenizin (i) Anayasa'ya aykırılık hususundaki bir kısım temyiz itirazlarımızı cevaplanmayan, (ii) onama gerekçesi kendi içinde çelişkili olan 11.09.2014 tarihli kararının düzeltilmesi HMK m. 285 hükmünün, madde gerekçesine ve dairenizin kabulüne göre, kapsamının Anayasa m. 10, 128, 129(5) ve 138 maddelere aykırılığı nedeniyle iptali için Anayasa Mahkemesine başvurulması talebidir.

AÇIKLAMALAR VE KARAR DÜZELTME SEBEPLERİ

1. Yerel mahkemece verilen 24.09.2012 tarihli karar, tarafımızdan 28 Aralık 2012 tarihli dilekçe ile temyiz edilmiş; bilahare davada tatbik edilen HMK m. 285'in Anayasaya aykırılığı hakkında 14 Temmuz 2014 tarihli dilekçe verilmiş ve dilekçe ekinde Anayasaya aykırılık hususunu ortaya koyan kapsamlı bir makale takdim edilmiş ve Anayasa m. 285'in gerekçesine itibar edilecek ise iptali için Anayasa mahkemesine başvurulması talep edilmişti.

2. Daireniz, 11.09.2014 tarihli E. 2013/6333 ve K. 2014/13605 sayılı, düzeltilmesini istediğimiz karar ile yerel mahkeme kararının gerekçesinin yerinde olmadığını belirtmekte ancak mahkemece verilen kararın sonuç kısmını onamaktadır.

3. Dairenizin söz konusu 11.09.2014 tarihli kararının aşağıdaki açıklamalarımız doğrultusunda düzeltilmesini talep etmek zorunlu olmuştur:

I. Usule ilişkin temyiz itirazlarımızın cevaplanmamış olması...

4. Dava konusu olayda *"bilirkişilerin gerçeğe aykırı rapor düzenlemesi"* nedeniyle, raporun verildiği dava henüz devam etmekte, yani, ***gerçeğe aykırı rapor henüz hükme esas alınmamış olduğu bir tarihte,*** davalı bilirkişiler aleyhine tazminat davası açılmış idi. Yerel mahkeme davayı, *taraf teşkili dahi gerçekleştirilmeden*, savunmalar da alınmadan, tensip zaptı ile çelişkili bir şekilde evrak üzerinde karara bağlamıştı. Mahkeme, Davayı, bilirkişilere karşı böyle bir dava açılamayacağı ve açmakta hukuki yarar olmadığını belirterek dava şartı yokluğu gerekçesi ile reddetmişti.

5. 28 Aralık 2012 tarihli temyiz dilekçesinin V. bölümünde, 22. ila 37. bentler arasında HMK m. 27'de belirtilen hukuki dinlenilme hakkının ihlal edildiği ortaya konulmuştu. **Hukuki dinlenilme hakkı adil yargılanma hakkının en önemli unsurlarından birisi ve Anayasa m. 36 ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile korunan Hak Arama Özgürlüğü'nün yansımasıdır.**

6. Mahkemenin doğru sonuca tesadüfen varması yeterli değildir. Tersine mahkemenin **yargılamada, süreçleri** doğru işletmesi ve doğru gerekçelerle doğru sonuca varması ve bunun kararın gerekçesinden anlaşılabilmesi zorunludur. AİHM ve Anayasa

Mahkemesi kararlarında da açıklandığı üzere davanın esası hakkında makul gerekçe gösterilmesi zorunludur.

7. Daireniz, mahkemenin "dava şartının oluşmadığına" dair gerekçesinin yanlış olduğunu söylediğine göre, **mahkemenin yargılama yapmadan bir karar vermiş olmasının** da hatalı olduğunu kabul etmektedir. Öyle ise, hukuki dinlenilme hakkının yargılama yapmadan karar verilmesi suretiyle ihlal edildiğine ilişkin 22. ila 37. bentler arasındaki temyiz sebeplerimizin de kabulüne karar verilmesi ve kararın müvekkilimiz lehine olarak "yargılama yapılarak sonucuna göre bir karar verilmesi" gerekçesi ile bozulması zorunludur.

8. Bu durum karşısında dairenizin 11.09.2014 tarihli kararı hem eksik, hem hatalı ve hem de kendi kendisi ile çelişkilidir.

9. Bu nedenle dairenizin kararının ***"yargılama yapılarak sonucuna göre bir karar verilmesi"*** gerekçesi eklenerek ve sonuç kısmı ***"kararın bozulmasına"*** denilerek düzeltilmesi zorunludur.

II. HMK m. 285 Hükmünün Bu Davaya Uygulanamayacağı

10. Dava'da, bilirkişilerin yargılama sırasında gerçeğe aykırı rapor düzenlemesi nedeni ile - henüz hükme esas alınmadan önce - uğranılan zararın tazmini istenmiştir. Bilirkişilerin gerçeğe aykırı rapor düzenlemesi aynı zamanda TCK gereğince suçtur. Bilirkişilerin yargılama sırasındaki zarar verici davranışlarından dolayı sorumlu olmadıklarına dair bir kanun hükmü yoktur; olması da Anayasa'ya göre mümkün değildir. HMK m. 285'in bilirkişilerin yargılama sırasındaki zarar verici davranışları ile ilgili değildir. HMK m. 285, ***bilirkişilerin gerçeğe aykırı olarak düzenledikleri raporun hâkim tarafından hükme esas alınması sebebiyle*** *ortaya çıkacak zararların tazmini davasına ilişkindir.*

11. Olayımızda ise, dava henüz mahkemece hüküm kurulmadan önceki bir tarihte açılmış ve gerçeğe aykırı rapor düzenlemeleri nedeniyle müvekkilin lüzumsuz yere katlanmak zorunda olduğu savunma giderlerinin tazmini talep edilmiştir. Mahkemenin gerçeğe aykırı rapora dayanarak hüküm vermesi halinde ortaya çıkacak - milyonlarca dolar değerindeki patentin kaybı - şeklindeki zararın tazmini

için açılacak davanın HMK m. 285'e göre devlete karşı açılacağı tabiidir. Gerçeğe aykırı raporun hükme esas alınması durumunda böyle bir dava açılacak olması, rapor hükme esas alınmadan önceki bir tarihte açılan davaya bu hükmün uygulanmasını gerektirmez ve haklı kılmaz.

12. Gerçekten de HMK m. 285'in özü, bilirkişinin gerçeğe aykırı raporu ile yanılan hakimin verdiği zararın tazminine, ancak, bu durumda devletin sadece hakime değil bilirkişiye de rücu edebilmesine ilişkindir. Esasen gerçeğe aykırı rapora göre karar verilmesi durumunda ortaya çıkan zarar hakim ve bilirkişinin birlikte kusurundan kaynaklanmakta olup bu durumda zarardan her ikisi birlikte sorumludurlar. Dolayısı ile devletin sadece hâkime değil bilirkişiye de rücu etmesi bu madde ile mümkün hale getirilmektedir. Ancak bu durum, hiç bir dokunulmazlık hakkı olmayan bilirkişilerin genel hükümlere göre sorumluluğunu ortadan kaldırıldığı ve kendilerine sorumluluktan bağışıklık tanındığı gibi yorumlanamaz.

13. Gerçeğe aykırı rapor düzenlemenin suç olarak da tanımlanmış olması bu fiilin haksız **fiil** niteliğini açık ve tartışmasız olarak ortaya koyar. Davaya uygulanması gereken hükümler Borçlar Kanunu'nun haksız fiile ilişkin hükümleridir.

14. Dolayısı ile dava konusu olayda HMK m. 285 hükmü uygulanamaz.

15. Daireniz, düzeltilmesini istediğimiz 11.09.2014 tarihli kararda olaya uygulanması gereken kanun hükümlerini uygulamamış, tersine uygulanma kabiliyeti olmayan HMK m. 285 hükmünü uygulamıştır.

16. **Bu nedenle de daireniz kararının düzeltilmesine ve** Borçlar Kanunu'nun *"haksız fiil hükümlerine göre yargılama yapılması gerektiği"* gerekçesi eklenerek *"kararın bozulmasına"* **şeklinde karar verilmesi zorunludur.**

III. Kararda Dayanıldığı Halde, Res'en de Dikkate Alınması Zorunlu Olan HMK m. 285'in Anayasaya Aykırılığı Hususunun - Ayrı ve Kapsamlı Bir dilekçe ile Dikkate Getirilmesine Rağmen İncelenmemiş ve Cevaplanmamış Olması

17. Daireniz, 19.11.2014 tarihli kararının 2. sayfasında *"Bilirkişilerin hukuki sorumluluğunun HMK'nun anılan [m. 285] maddesinde ayrıntılı olarak düzenlenmiş*

olmasına ve özel olarak getirilen bu düzenlemenin haksız fiil sorumluluğuna ilişkin genel hükümlere dayanılarak bertaraf edilemeyecek bulunmasına göre" diyerek temyiz itirazlarımızı reddetmekte ve kararın onanmasına karar vermiş bulunmaktadır.

18. Bir önceki bölümde bu gerekçeni doğru olmadığını, olaya HMK m. 285'in **uygulanamayacağını belirtmiştik.** Bir an için HMK m. 285'in yerel mahkeme ve **dairenizce kabul edildiği gibi** bilirkişileri sorumluluktan kurtaran özel bir düzenleme olduğu kabul edilecek olsa bile, bu durumda bu hükmün Anayasa'ya açıkça aykırı olduğu kendiliğinden ortaya çıkmaktadır. Mahkemenin ve Dairenizin HMK m. 285 hükmünün Anayasa'ya aykırılığını irdelememiş olması kanaatimizce büyük bir eksikliktir.

19. Davada yargılama yapılmadığı için HMK m. 285'in Anayasa'ya aykırılığı hususu ilk derece mahkemesinde gündeme getirilememiştir. Tarafımızdan gündeme getirilmemiş olması, mahkemenin bu konuyu irdelememiş olmasını doğru ve haklı göstermez.

20. HMK m. 285'in, bu şekildeki yorumunun, Anayasa'ya aykırı olacağını Dairenizin de kendiliğinden dikkate alması gerekirdi. Daireniz, bu hususu 14 Temmuz 2014 tarihli dilekçemiz ile HMK m. 285'in bu yöndeki bir yorumunun Anayasa'ya aykırı olacağını bildirmiş ve Anayasa'ya aykırılık durumunun dikkate alınmasını talep etmiştik. Dilekçemiz ekinde, bu hususta hazırladığımız ve hali hazırda kitap olarak yayınlanmak üzere olan 62 sayfalık bir bilimsel çalışmayı da takdim etmiştik.

21. Buna karşın Daireniz, 11.09.2014 tarihli kararını HMK m.285'in özel hüküm olduğuna dayandırmış olmasına rağmen, kapsamlı Anayasa m. 10, 128, 129(5) ve 138 maddelerine aykırı olacağına dair temyiz sebeplerimiz incelenmemiş ve hakkında bir kelime dahi edilmemiştir.

22. HMK m. 285'in Dairenizce de itibar edilen yorumunun Anayasa'ya açık bir şekilde aykırı olduğu, 14 Temmuz 2014 tarihli dilekçemiz ve ekindeki bilimsel çalışmada net bir şekilde ortaya konulmuştur. Anayasa'ya aykırılık hususundaki sebeplerimiz değerlendirildiğinde hükmün iptali için Anayasa mahkemesine başvurulması gerekeceği açıktır.

5

23. Anayasa'ya aykırılık konusundaki talebimiz hakkında *"temyiz itirazları yerinde değildir"* ibaresinden ibaret olmayan, talebin neden kabul veya ret edildiğini gösteren makul bir gerekçe göstermesi zorunludur.

24. Açıklanan nedenle de 11.09.2014 tarihli kararın düzeltilmesi zorunludur.

IV. HUMK m. 439/I ve m. 440/I Gereğince Temyiz İtirazlarımızın Reddi veya Kabulü Kararlarının Makul Gerekçesinin Açıklanması Talebi...

25. Yukarıda açıkladığımız üzere Sayın Daireniz, 11.09.2014 tarihli kararında temyiz itirazlarımızı, bunları irdelemeden **ve** gerekçe göstermeden, reddetmiş bulunmaktadır. Gerekçe gösterilmemesi HUMK m. 439'a aykırıdır. Gerçekten de HUMK m. 439/I uyarınca temyiz dilekçesinde ileri sürülen bütün itiraz ve savunmaların göz önünde bulundurulması ve neden dolayı ret veya kabul edildiğinin makul gerekçe ile **açıklanması gereklidir.**

26. Temyiz kararında gerekçe gösterilmemiş olması, HUMK m. 440/I, 1'de bir karar düzeltme sebebi olarak öngörülmüştür. Baki Kuru, kanunun Hükümet gerekçesine dayanarak şu tespiti aktarmaktadır: *"Yargıtay temyiz dilekçesinde öne sürülen sebep ve itirazları hükmün bozulması veya onanması sırasında kısmen veya tamamen cevapsız bırakmış ise, karar düzeltilmesi üzerine bu sebep ve itirazları ayrı ayrı cevaplandırmak zorundadır. Gerçekten, temyiz edenlerin, yaptıkları itirazlar hakkında Yargıtay'ın ne yolda düşündüğünü bilmelerinde iç huzuru bakımından olduğu kadar, iddia ve savunmalarının hangi hukuki esaslar yönünden kabul olunmadığının açıkça gösterilmesinde usuli bakımdan da fayda vardır.* Zira mahkemelere karşı duyulan saygı ve güvenin korunması **ve** gelişmesinde bu cihetin rolü büyük olduğu gibi, kanunların mahkemelerce anlaşılmasını kolaylaştırmak yönünden de büyük fayda **sağlayacağına** şüphe yoktur".

27. AİHM ve Anayasa Mahkemesinin kararları da makul gerekçe gösterilmesini adil yargılanma hakkının gereği olarak görmekte, aksi halin temel insan haklarının ihlali olarak değerlendirmektedir.

28. Sözü edilen hükümler de dikkate alınarak temyiz itirazlarımızın neden kabul edilmediği hakkında makul gerekçe gösterilmesini arz ve talep etmekteyiz.

SONUÇ VE TALEP

Yukarıda açıkladığımız nedenlerle özellikle adil yargılama - hukuki dinlenilme hakkının ihlali şeklindeki aykırılığın giderilerek dava hakkında yargılama yapılması gerektiğine dair temyiz itirazlarımızın, bozma kararındaki gerekçeye göre Daireniz kararında ortaya çıkan çelişkinin, HMK m. 285'in dava konusu olaya uygulanma kabiliyeti olmadığının ve uygulanacağı düşünüldüğüne göre bu hükmün Anayasa'ya aykırılığının da irdelenerek Sayın Dairenizin 2013/6333 E. ve 2014/13605 K. sayılı onama kararının kaldırılmasına ve yerel mahkeme kararının bozulmasına karar verilmesini, temyiz sebeplerimiz hakkında kabul veya ret **kararı** verilirken Anayasa Mahkemesi ve HUMK m. 440 gereğince makul gerekçe **gösterilmesini** vekâleten arz ve talep ederiz.

Karar Düzeltmesi İsteyen

Davacı Vekilleri

Av. **Mehmet** Gün Av. **Özge** Atılgan Karakulak Av. Aysel Korkmaz

T.C.
İSTANBUL
CUMHURİYET BAŞSAVCILIĞI
MEMUR SUÇLARI SORUŞTURMA BÜROSU

Soruşturma No : 2014/81447
Karar No : 2014/60012

KOVUŞTURMAYA YER OLMADIĞINA DAİR KARAR

DAVACI : K.H.
MÜŞTEKİ : FERRERO S.P.A, , PİAZZELA PİETRO FERRERO , CUNEO ALBA İTALY
VEKİLİ : Av. METİN SİNAN ASLAN, İSTANBUL Halaskargazi Cad. Harbiye Palas Apt. No:10 D:14 Şişli / İSTANBUL
ŞÜPHELİLER : 1- HAKAN TAŞTAN, DURAN Oğlu DÖNDÜ'den olma, 10/10/1969 doğumlu, KAYSERİ ili, SARIOĞLAN ilçesi, KARAÖZÜ/GAZİPAŞA köy/mahallesi, 29 cilt, 33 aile sıra no, 83 sıra no'da nüfusa kayıtlı Altunizade Nuh Kuyusu Cad. N:235/3 Üsküdar/ İSTANBUL ikamet eder.
: 2- AHMET SELAMİ BÖLÜKBAŞI, CEMAL Oğlu SAMİME'den olma, 20/01/1959 doğumlu, İSTANBUL ili, SARIYER ilçesi, İSTİNYE köy/mahallesi, 4 cilt, 154 aile sıra no, 19 sıra no'da nüfusa kayıtlı Bulgurlu Mah. Toygarçeşme Sk. No:14 İç Kapı No:17 Üsküdar/ İSTANBUL ikamet eder.
: 3- MEHMET ESEN, RAHİM Oğlu NAZMİYE'den olma, 03/01/1954 doğumlu, ÇANAKKALE ili, ÇAN ilçesi, ÇAKIL köy/mahallesi, 15 cilt, 23 aile sıra no, sıra no'da nüfusa kayıtlı Türapoğlu Sk Sümko Sitesi A2 Blok N:3 Kozyatağı Kadıköy/ İSTANBUL
: 4- MEVLÜT OSMANÇELEBİOĞLU, CEVAT Oğlu LÜTFİYE'den olma, 19/11/1955 doğumlu, KONYA ili, CİHANBEYLİ ilçesi, BULDUK KSB, köy/mahallesi, 35 cilt, 113 aile sıra no, 9 sıra no'da nüfusa kayıtlı Çetin Cad. Kule Sok. Tuvin Park Konut No:10 A Blok D.1 Şerifali Ümraniye/ İSTANBUL
: 5- YAVUZ ILGAZ, YUSUF Oğlu ŞİVEKAR'den olma, 02/04/1960 doğumlu, IĞDIR ili, MERKEZ ilçesi, KARAAĞAÇ köy/mahallesi, 2 cilt, 1048 aile sıra no, sıra no'da nüfusa kayıtlı İstanbul Üniversitesi Beyazıt Merkez/ İSTANBUL.
SUÇ : Görevi Kötüye Kullanma, Gerçeğe Aykırı Bilirkişilik veya Tercümanlık Yapma
SUÇ TARİHİ : 05/08/2013

UYAP Bilişim Sistemi'nde yer alan bu dokümanın http://vatandas.uyap.gov.tr adresinden jSmHYId - ezgDW9i - fkZohsq - aFXDAw= kodu ile erişilebilmesi.

Soruşturma Evrakı İncelendi:

Müşteki Şirket vekilinin 09/06/2014 havale tarihli dilekçesiyle İstanbul 4. Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesinin 2008/183 esas sayılı dosyasında bilirkişi olarak görevlendirilen şüphelilerin gerçeğe aykırı ve yanlı rapor düzenlediklerinden bahisle şikayette bulunduğu olayda;

HMK'nun 198.maddesinde delillerin hakim tarafından değerlendirilmesi ve HMK'nun 281 maddesinde bilirkişi raporuna itiraz usulünün açıklıkla düzenlendiği, buna göre hukuk yargılamasında delil niteliğindeki bilirkişi raporlarının kabul edilebilirliğini değerlendirme yetkisinin yargılamayı yapan mahkemeye ait bulunduğu, dolayısıyla bilirkişi raporunun eksik, taraflı yada gerçeğe aykırı olup olmadığı hususlarının yargılamayı yapan merci tarafından değerlendirilebileceği, tarafların yasal haklarını kullanarak itiraz yoluyla yargılamayı yapan mahkemeden raporun hükme esas alınmamasını yada eksik konuların ikmal edilmesini talep etme haklarını kullanabilecekleri, uyuşmazlığı çözmekle görevli mahkeme dışında herhangi bir makam veya merciin anılan delili takdir ve değerlendirme yetkisinin bulunmadığı, buna göre delil niteliğinde olan bilirkişi raporunun gerçeğe aykırı taraflı, yanlış yada eksik olduğuna dair iddiaların yargılamayı yürüten mahkemeye sunulması ve mahkemece bu hususun değerlendirilerek raporu düzenleyen bilirkişinin suç teşkil eden bir eyleminin varlığının tespiti halinde ilgili bilirkişi hakkında suç duyurusunda bulunmasının gerektiği,

Bu haliyle bilirkişilik görevini kötüye kullandığına dair, müşteki vekilinin soyut iddiası dışında, şüpheliler hakkında kamu davası açmayı gerektirir başkaca delil bulunmadığı anlaşıldığından;

Şüpheliler hakkında müsnet suçtan dolayı kamu adına **KOVUŞTURMAYA YER OLMADIĞINA**, kararın şikayetçi vekili ve ifadesi alınan şüphelilere tebliğine, tebliğ tarihinden itibaren 15 gün içerisinde İstanbul Sulh Ceza Hakimliğine itirazı kabil olmak üzere CMK.nun 172-173. Maddeleri uyarınca karar verildi. 08/09/2014

MÜSEYİN KAYA 25443
Cumhuriyet Savcısı

e-imza

UYAP Bilişim Sistemi'nde yer alan bu dokümanın http://vatandas.uyap.gov.tr adresinden jSmHYId - ezgDW9i - fkZohsq - aFXDAw= kodu ile erişilebilmesi.

T.C.
İSTANBUL
4. SULH CEZA HÂKİMLİĞİ

DEĞİŞİK İŞ KARAR

DEĞİŞİK İŞ NO : 2014/1611 D.İş

HAKİM : RECEP UYANIK 40351
KATİP : HAKAN YEŞİL 109303

İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı Memur Suçları Soruşturma Bürosunun 2014/81447 soruşturma sayılı dosyasında 2014/60012 sayılı verilen takipsizlik kararına müşteki vekili Av. Serdar MERMUT tarafından itiraz edilmiş olmakla; hakimliğimize tevzii edilen itirazın incelenmesi için ibraz edilen dilekçe ve ekindeki 2014/81447 soruşturma sayılı hazırlık evrakı incelendi.

GEREĞİ DÜŞÜNÜLDÜ:

Her ne kadar İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı Memur Suçları Soruşturma Bürosunun 2014/81447 soruşturma sayılı dosyasında 2014/60012 sayılı verilen takipsizlik kararına müşteki vekili Av. Serdar MERMUT tarafından itiraz edilmiş ise de; incelenen soruşturma evrakı kapsamına göre; verilen kovuşturmaya yer olmadığı kararı gerekçesine göre usul ve yasaya uygun olmakla, müştekinin **İTİRAZININ REDDİNE,**

Kararın bir suretinin itiraz edene İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı Memur Suçları Soruşturma Bürosunca tebliğ edilmesine,

Mahkememizce incelenen itiraz dilekçesi ekinde gönderilen soruşturma dosyasının İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı Memur Suçları Soruşturma Bürosuna iade edilmesine,

Dair dosya üzerinde yapılan inceleme sonucunda CMK nun 173 maddesi uyarınca kesin olarak karar verildi. 09/10/2014

Katip 109303
e-imzalıdır

Hakim 40351
e-imzalıdır

Bu evrak UYAP ortamından hazırlanmış olup güvenli e-imza ile imzalanmıştır.

1/1

UYAP Bilişim Sisteminde yer alan bu dokümanın bütünlüğü orijinalinden farklı olmadığı ... vTq7QPw + 5kMCZqm + z+WXxMr + AWhtlw==

KAYNAKÇA

- Adalet Bakanlığı, İç Denetim Birimi Başkanlığı, Bilirkişilik Sorunları İnceleme Raporu, 08.12.2010, Düzenleyenler: Hâkim S. Ahmet Alperen, Hâkim İbrahim Demirtaş
- **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, Vedat Kitapçılık, 2013, 3. bası
- **Ateş,** HMK Yargıtay İlke Kararları, 2. Cilt, 2013
- **Arslan**, Bilirkişilik Uygulaması ve Bu Uygulamaya Yargıtay'ın Etkisi, Yargıtayın Kuruluşunun 120. Yılı Sempozyumunda sunulan bildiri
- **Arslan**, Yargıtay Dergisi, 1989 Özel Sayı
- **Bilirkişilik Sorunlar ve Çözüm Önerileri, İzmir Barosu Yargı Reformu** 2000 Sempozyumu, İzmir, 5-8 Nisan 2000
- **Çağa**, Yargıtay Dergisi, 1989 Özel Sayı
- **Çolak**, Fikri Mülkiyet Davalarında Bilirkişi Raporlarının Değerlendirilmesi ve Bağlayıcılığı Sorunu, Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı, 2010
- **Deryal**, Türk Hukukunda Bilirkişilik, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012
- **Deryal**, Türk Hukukunda Bilirkişinin Nitelikleri ve Avukatın Bilirkişilik Yapması, Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80. yıl yaş günü armağanı: cilt 1, 2001
- **Gökcan/Artuç**, Kamu Görevlisi ve Özel Soruşturma Usulleri, 2. Baskı
- **Gözübüyük/Tan**, İdare Hukuku Cilt 1 Genel Esaslar, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011, 8. Bası
- **Günday**, İdare Hukuku, Ankara, 2004
- **Kalpsüz**, "Bilirkişi ve Hakem Odaları Birliği" – "İstanbul'da Milletlerarası Tahkim Merkezi" Kurulması Hakkında Adalet Bakanlığı Tarafından Hazırlanan Kanun Taslakları, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü'nde Bu Kanun Taslakları Hakkında 14 Mayıs 2001 tarihinde yapılan toplantı, Sözkesen Matbaacılık, Ankara, 2001

- **Karslı**, Medeni Muhakeme Hukuku, Alternatif Yayıncılık, İstanbul, 2012
- **Köroğlu**, En Son Değişikliklerle Uygulamada ve İçtihatlarda Türk Mahkemelerinde Bilirkişilik ve Bilirkişi Kurumları, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2001
- **Kuru**, Hukuk Muhakemeleri Usulü, Cilt 3, Beta Basım, İstanbul, 2001
- **Özbek**, Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik (CMK m. 62-73)Bilirkişilik, Haluk Konuralp Anısına Armağan: Cilt 2, 2009
- **Pekcanıtez, Atalay, Özekes,** Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011
- **Pekcanıtez**, Özel Uzman (Bilirkişi) Görüşü ve Değerlendirilmesi, Prof. Dr. Saim Üstündağ'a Armağan, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009
- **Saldırım**, Bilirkişinin Hukuki, Cezai ve Disiplin Sorumluluğu http://saldirim.com/yeni/wp-content/uploads/2013/11/B%C4%B0L%C4%B0RK%C4%B0%C5%9E%C4%B0N%C4%B0N-HUKUK%C4%B0-VE-CEZA%C4%B0-SORUMLULU%C4%9EU.pdf
- **Sütçü**, Yeni ve Eski Usul Kanunumuza Göre Hukuk Davalarında Bilirkişilik, Yargı Dünyası, Sayı 184, 2011
- **Tanrıver,** Bilirkişinin Sorumluluğu, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 56, 2005
- **Tanrıver**, Hukuk Yargılaması Bağlamında Bilirkişilikle İlgili Temel Problemler ve Çözüm Arayışları, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 11 Özel Sayı 2009, Prof.Dr. Bilge Umar'a Armağan
- **Tanrıver**, Bilirkişinin Etik, Hukuki ve Cezai Açılardan Sorumluluğu, Bilirkişiliğin Kurumsallaştırılması Hakkında Bir Kanun Taslağı, Samsun Barosu, TBB, Bilirkişilik Sempozyumu
- **Taşkın**, Hakem Sözleşmesi, 2. Bası, 2005, Turhan Kitabevi
- **Üstündağ**, Medeni Yargılama Hukuku Cilt 1 Yargılama Safhası, Fakülteler Matbaası, İstanbul
- **Yaşar, Gökcan, Artuç,** Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt VI, Madde 257-345, Gerçeğe Aykırı Bilirkişi veya Tercümanlık (Md.276), 2010
- **Yayla**, İdare Hukuku, Beta Basım, İstanbul, 2009

- **Yılmaz,** Uygulamada Bilirkişilik ve Bilirkişi Raporları (1), Mali Hukuk, Sayı 62, 1996
- **Yılmaz**, Türk Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Alman, İsviçre ve Avusturya Hukuklarında Bilirkişilik, TÜRMOB Bilirkişi Eğitim Semineri
- **Yılmaz**, Bilirkişiliğin Kurumsallaştırılması Hakkında Bir Kanun Taslağı, Samsun Barosu, TBB, Bilirkişilik Sempozyumu
- **Yılmaz**, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Yetkin Yayınları, 2013, 2. Baskı
- **Yılmaz**, Hukukumuzda Bilirkişilik Kurumu, Yaklaşım Dergisi, 1996/42

HOW CONSTITUTIONAL IS THE PRIVILEGED IMMUNITY OF EXPERTS?

BİLİRKİŞİ ZÜMRESİNE TANINAN İMTİYAZLI KORUMANIN ANAYASA'YA AYKIRILIĞI

ISBN 978-605-85014-1-6

Adv. Mehmet Gün
Adv. Merve Kurdak
Adv. Zeynep Koray

GÜN+

THG 126183 DPV