

BİLİRKİŞİYE BAŞVURMA ZORUNLUĞU ve BİLİRKİŞİ RAPORLARI KARŞISINDA YARGICIN DURUMU

Asis. Oral MAVIOĞLU

Uygulamada davaların büyük çoğunluğunda, mahkemelerin bilirkişiye başvurduğu ve çoğu kere bilirkişi düşünce ve oyuna uygun kararlar verdiği görülmektedir. Biz bu incelememizde sözkonusu uygulamanın yasal dayanakları ile gerekliliği üzerinde duracağız ve böylece, bilirkişiye başvurma zorunluğu ve bilirkişi raporları karşısında yargıçların durumlarını belirtmeğe çalışacağız. Asıl konuya girmeden önce de bilirkişilik müessesesine kısaca değineceğiz.

I — BİLİRKİŞİLİK MÜESSESESİ

Yargıçların önlerine gelen yüzlerce davada, karşılaştıkları her konuda yeterli bilgiye sahip olmaları düşünülemez. Birçok konuları (olayları) anlamak, aydınlatmak, çözümlenmek özel bilgiyi, tekniği, tecrübe veya ihtisası gerektirir. Oysa yargıçlar önlerine gelen davayı çözümlenmek ve sonuçlandırmak zorundadırlar. Bu nedenle ele aldıkları davada çözümlenmesi özel bilgiyi veya tekniği gerektiren olaylarla karşılaştıklarında, bu konularda yetenekli gördükleri kişilere başvurup, onların konu ile ilgili raporlarını gözönünde tutarak davayı çözümlerler (HUMK m. 275). Burada hemen belirtilmesi gereken bir husus, yargıçların ancak bir olayın aydınlanması için bilirkişiye başvurmalarıdır. Yoksa hukuki sorunlar için bilirkişiye başvurulmaz (1). İşte, bilirkişilik müessesesi, önüne gelen dâvayı sonuçlandırmak zorunda olan yargıcın davaya etkili ve aydınlanma-

(1) Kuru, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, Ankara 1968 s. 447.

sı özel ve teknik bilgiyi gerektiren olaylar karşısında, sözkonusu olayı aydınlatmada yetenekli olan kişilerden yardım isteme zorunluğundan doğmuştur. Bu müessese yardımıyla yargıç, özel bilgi ve tekniği gerektiren bir olayla karşılaşırsa bile yetenekli kişiler tarafından aydınlatılmakta ve adalete uygun çözümlere ulaşmaktadır (2).

II — BİLİRKİŞİYE BAŞVURMA ZORUNLUĞU

Çözümlemesi özel bilgi ve tekniği gerektiren konularda yargıç, bilirkişiye başvuracaktır (HUMK m. 275). Burada önemli olan sorun, özel bilgi ve tekniği gerektiren konuların neler olduğunun saptanmasıdır. Yasa koyucu bazı hallerde, özel hükümler koyarak, bu hallerin özel bilgi ve tekniği gerektirdiğini kabul edip, bilirkişiye gitmeyi zorunlu kılmıştır. Özel hüküm bulunmayan hallerde ise özel bilgi ve tekniği gerektiren hususların takdir ve tayini kural olarak yargıca bırakılmıştır (3). Ancak Yargıtay, yargıçları sözkonusu takdir ve tayinde, yasada öngörülen biçimde serbest bırakmamaktadır. Birçok kararlarıyla tesis ettiği içtihatlar sonucu, yargıçların bilirkişiye başvurulacak konuları takdir ve tayin yetkileri kısıtlanmıştır.

Bilirkişiye başvurulması gereken konuları aşağıda yapacağımız ayırımlarla daha belirgin bir biçimde inceleyebiliriz.

1 — Yasalarca açıkça bilirkişiye başvurulması öngörülen konular: Özel bazı hükümlerle, yargıcın belirtilen konuda bilirkişiye başvurulması emredilmiştir. Yargıç böyle bir konu ile karşılaştığında bilirkişiye başvurmak zorundadır. Kendi bilgisi bu konuda yeterli olsa dahi, bilirkişi raporu alması gereklidir. Aksine hareket herhalde bozma nedeni olur.

Özel hükümler gereği yargıcın bilirkişiye başvurmak zorunda olduğu konulara değinecek olursak, bunlar:

a — *Tıp bilgisini gerektiren konular:*

aa — Boşanma sebeplerinden dimağ hastalığında, hastalığın varlığının bilirkişi raporu ile saptanmış olması gerekir (MK m. 133).

(2) Belgesay, M. Reşit, Ehli Vukuf Mütaleasının İlmî Değeri ve Kanuni İspat Kuvveti, İHFM 1944 s. 547.

(3) Kuru, age, s. 448.

bb — Akıl hastalığı veya akıl zayıflığı nedeniyle verilecek hacir kararı veya bu kararın kaldırılması ancak bilirkişi raporu üzerine hüküm altına alınabilir (MK m. 359 ve 418).

b — Değer biçme ile ilgili konular :

aa — Eser sahibinin bedele istihkakı sözkonusu olduğunda bedelin miktarı bilirkişi reyi alındıktan sonra yargıç tarafından takdir olunacaktır (BK. m. 380).

bb — Anonim ortaklıklarda, ayın olan sermayelerin veya devralınacak işletmenin değerini biçmek için kurucuların istemi üzerine mahkeme bilirkişi tayin edecektir (TK m. 293 ve 303).

cc — 6830 Sayılı Yasanın 15. maddesine göre, kamulaştırma bedelini tayinde bilirkişiye başvurma zorunluğu vardır.

2 — Yargıcın takdiri sonucu bilirkişiye başvuru konular: HUMK m. 275, çözümlenmesi özel bilgi ve tekniği gerektiren konularda yargıcın bilirkişi düşünce ve oyunu alacağını ifade ediyor. Yukarıda da değindiğimiz gibi burada önemli olan hangi konuların özel bilgi ve tekniği gerektirdiğidir. Kesin ve genel bir kriter verme olanağı yoktur. Her somut olayda özel bilgi ve tekniği gerektirecek hususlar ayrı ayrı saptanmak gerekecektir. Kural olarak bu saptamayı yargıç yapacaktır (4). Ancak Yargıtay yargıçları o kadar serbest bırakmamaktadır (5). Bu bölümde bazı ayırımlar yaparak Yargıtayın bilirkişiye başvurmayı zorunlu kıldığı konuları belirtmeye çalışacağız.

Yasada açık hüküm bulunmamasına rağmen Yargıtayın yerleşmiş denebilecek kararlarıyla, yargıçların bilirkişiye başvurmak zorunda olduğu haller şunlardır.

a — Kıymet takdiri

Yargıtay, kıymet takdirlerinin bu konuda yetenekli kişilerce yapılmasını ve buna göre karar verilmesini istemektedir. Kıymet takdirlerinin gerçeği yansıtması için bu takdiri yapacak kişilerin kıymet piyasası ile sürekli olarak ilgili bulunmaları gerekir. Böyle sürekli bir ilgiyi yargıçtan beklemek olanağı yoktur. Bu bakımdan

(4) Kuru, age, s. 448 dipnot 29.

(5) Belgesay, agm, s. 543-544.

Yargıtayın bu içtihadı, haksızlıkları önleyici, istikrarı sağlayıcı ve ayrıca Yargıçların işlerini hafifletici niteliktedir. Bilirkişi yardımıyla günün piyasasına uygun değer takdirine dayanan kararlar verilmesi olanağı sağlanmaktadır. Konu ile ilgili Yargıtay kararları:

aa — 13.5.1959 gün ve E. 4/32 K. 29 sayılı HUH kararında, «Davalının dâva mevzuu eşyalar için dâva dilekçesinde gösterilen kıymetleri kabul ettiğine dair bir beyanı mevcut değildir. Bu itibarla varit olan özel daire bozma ilâmına uyularak *değerin bilirkişilere tesbit ettirilmesi icabederken* aksine yazılı düşünce ile hükmünde ısrar edilmesi yolsuz bulunduğundan...» denerek ısrar kararı bozulmaktadır (6).

bb — 15.7.1953 gün ve 4324/3262 sayılı 4. HD nin bir kararında, «Ecrimisilin *usulen bilirkişilerle mahallinde takdir* ve tarlanın her sene ekilmeyip bir sene nadas olunarak diğer sene ekildiği yolundaki müdafaasında tahkiki lâzımdır.» (7).

cc — 8.1.1952 gün ve 334/200 sayılı 3. HD kararında, «Davalı tarafından itlâf edilen merkebin kıymeti şahitler tarafından tesbit ettirilmeyip merkebin vasfı şahitle tayin ettirildikten sonra o vasfa göre *kıymetinin, usulen seçilecek bilirkişi vasıtasıyla tesbiti icabeder.*» (8).

b — Kusur tesbiti

Yargıtay, kusur tesbitinin özel bilgi ve tekniği gerektirdiği görülmüşdür ve bu konuya büyük özen göstermektedir. Bu özeni belirten kararları:

aa — 20.1.1967 gün ve E. 966/10609 K. 371 sayılı 4. HD kararında, «Mahkemece olaydan sonra gelen trafik polisinin düzenlediği rapor esas tutularak hüküm verilmiştir. Usulün 275 inci ve sonraki maddelerine göre çözümü özel bilgiye dayanan konularda ihtisas sahibi kimselerin dinlenmesi ve onların vereceği rapor esas alınarak hüküm verilmesi gerekir. Trafik kuralları özel bilgiyi gerektiren bir ihtisas kolu olarak tanımlanmış konulardandır. Sadece bir trafik polisinin bu konudaki düşüncesi hükme yeterli olarak kabul edile-

(6) Müstekar Hukuk İçtihatları, s. 325.

(7) Ersoy, Rifat, Yeni İçtihatlı HUMK, s. 149.

(8) Ersoy, age, s. 151.

mez. Olayın gerçekleşme şekli, yol durumu, araçların seyir vaziyeti, olayın olduğu yerdeki trafik yoğunluğu gözönünde tutularak kanaat getirici veyeterli bir bilirkişi kurulu raporu alınarak kusurun tesbiti lâzımgelirken eksik inceleme esas tutularak hüküm verilmesi usul ve kanuna aykırıdır.» (9).

bb — 17.6.1954 gün ve E. 3969 sayılı 4. HD kararında, «Kesinleşen ceza ilâmı hâdisenin subutu bakımından hukuk hakimini takyit ederse de kusurun takdiri bahsinde, işbu ilâm münderecatına ve ceza dosyasında mevcut delaile istinat edilmesi kâfi bulunmayıp, trafik kaidelerinin arzettiği hususiyet ve hadisenin oluş şekli bakımından ve taraflara kabili atıf kusurun mevcut olup olmadığının ihtisasa taalluk eder mesele olması itibariyle, keyfiyet bilgi ve vukuf sahibi ehli vukuflardan sorulmak ve elde edilecek sonuca göre kusurun takdirine girişilmek lâzımdır...» (10).

cc — 28.2.1954 gün ve Esas 640 sayılı kararda, «Hâdisede kusur olup olmadığını, kusur varsa derecesiyle taraflardan hangisine isnadı kabil olduğunun tâyini doğrudan doğruya hâkimin takdir edeceği meselelerden değildir. Usulen bilirkişi tetkikatı yaptırılarak bu hususların tahkik ve tesbiti ve hasıl olacak neticeye göre bir karar verilmesi lâzım gelirken bundan zuhulle kusurun derece ve mahiyeti itibariyle kat'iyet ifade etmiyen tesbiti delail raporuna göre mahkemece re'sen mütalâa serdiyle masrafların tahsiline karar verilmesi yolsuzdur.» (11).

dd — 28.9.1953 gün ve 4612/3782 sayılı 4. HD kararında, «Kazanın vukuuna sebeb olan maddî hadiselerin sabit olan vecihleri gözönünde tutularak seyrisifer işlerinden anlar bilirkişi heyeti teşkili ile taraflara atfı kabil kusur nisbetinin bu heyetten alınacak mucip sebepli raporla tayini lâzımgelirken bu husustan zuhulle seyrisifer işlerine vukufu ve bu bapta ihtisası anlaşılamiyan bilirkişinin indi mütalâasına müsteniden yazılı şekilde karar verilmesi yolsuzdur.» (12).

ee — 26.6.1953 gün ve 384/2923 sayılı 4. HD kararında, «..., da-

(9) ABD 1967, sayı 6 s. 1004.

(10) Ersoy, age, s. 148.

(11) Ersoy, age, s. 149.

(12) Öztekin-Kazancı, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, s. 173.

valının hadisede kusurlu olup olmadığının tayini fen ve ihtisasa taalluk eden hallerden olmasına binaen şahitlerin ifadelerini muhtevi mahkeme zabıtnamesi ile diğer ilgili evrak usulü dairesinde seçilecek bilirkişiye tevdi edilerek *davalının kusurlu olup olmadığı hakkında bilirkişi mütalâası alınması ve sonuca göre deliller takdir edilerek davanın kanuni bir neticeye bağlanması iktiza eder.*» (13).

c — Kira tesbiti

6570 sayılı yasanın bazı hükümlerinin Anayasaya aykırılık nedeniyle iptalinden sonra ortaya çıkan boşluğu doldurmak amacıyla saptanan 18.11.1964 gün ve 2/4 sayılı İBK ında, «... kira parasının sınırlandırılmasına ilişkin boşluğun bilirkişice tesbit edilecek olağan rayiç ve bu tesbit edilemezse ekonomi esasları ve hak ve nasafet uyarınca bilirkişi tarafından bildirilecek kira parası esas alınarak hakim tarafından doldurulması gerektiğine...» denilmektedir (14).

Bu İBK, yargıçları bağlamakta ve kira tesbitleri mutlaka bilirkişi raporuna dayandırılmaktadır. Aksine hareketle verilen karar Yargıtayca bozulmaktadır. Örneğin, 3.10.1967 gün ve 2303/3803 sayılı 6. HD kararında, «1 — 2 — Taraflar arasında kira anlaşmazlığı bulunduğuna göre yukarıda tarih ve numarası yazılı bulunan İçtihadı Birleştirme Kararı (18.11.1964 tarihli karar) gereğince 15.7.1964 tarihinden sonraki beyan için *kira parasının rayice göre bilirkişiye takdir ettirilen kira parasının hesaplanması ve davalının müktesep hakkında gözönünde bulundurulması* karar verilmesi gerekirken bundan zuhul olunması yolsuzdur.» (15) denilmektedir.

Öğretide Kuru, sözü edilen İBK nı yermekte ve yılda binlerce kira tesbiti davasına bakan «ve bu sebeple o yerdeki emsal kiralar hakkında en iy bilgiye sahibolan bir hâkime, kira bedelini bizzat tesbit etmek yetkisinin tanınmaması ve hâkimi bilirkişi olarak seçtiği bir avukatın tesbit ettiği kira bedeline göre karar vermeğe mecbur tutmak izahı güç bir tenakuzdur» demektedir (16). Kuru gerçekte haklı olmakla beraber bu günkü uygulama günün ihtiyaçla-

(13) Ersoy, age, s. 150.

(14) Resmi Gazete 11867.

(15) Ünal, M. Burhanettin, Kira Tesbiti, Kat Mülkiyeti ve Tahliye Davalarına Ait İçtihatlar, İstanbul 1969 s. 28.

(16) Kuru, age, s. 449 dipnot 29.

rına cevap verecek niteliktedir. Çünkü bu gün yargıçların herbirine düşen dâva sayısı bir hayli kabarık ve bir yargıcın gücünün üstündedir. Bu durumda yargıcın bizzat kendisinin dahi yapabileceği bir işi üçüncü bir kişinin yardımıyla halletmesi günün ihtiyaçlarına cevap vermekte ve davaların dahada uzamasını az da olsa önlemektedir (16 a). Fakat herhalde en iyi çözüm şekli, yargıçların yüklerinin azaltılması ve kendi görebileceği işleri bizzat yapmasıdır. Yargıcın bilirkişi raporuyla bağlı olup olmadığı konusuna ilerde değineceğiz.

d — Yazı ve imza incelemesi

Bir yazı veya imzanın herhangi bir kişiye ait olup olmadığının araştırılması özel bilgiyi gerektiren konudur. Hatta grafoloji adı altında ayrı bir bilim dalıdır. Her yargıcın grafoloji bilgisine sahip olması beklenemez. Yargıç, yazı veya imza incelemesi gereken konuda, gerçeği yansıtabilecek bir karara varmak için sözkonusu konuda yetkili bir grafologtan yararlanmalıdır. Yargıtay da imza ve yazı incelemesinin bilirkişilerce yapılmasını ısrarla istemektedir. Bu konudaki kararlar:

aa — 23.1.1963 gün ve T/37-7 sayılı HGK kararında, *imza incelemesinin özel bilgi ve tecrübeyi gerektirdiği ve bunun ihtisasa, fenni bilgi ve tecrübeye bağlı bulunduğu gerekçesiyle, hemen daima bilirkişiye başvurulmaktadır, dendiği görülüyor* (17).

bb — 21.1.1969 gün ve E. 583 K. 572 sayılı İİD kararında, «Hâkimin bilirkişi incelemesine ihtiyaç göstermeyen hallerde bizzat yapacağı tatbik ve tetkikten, mevcut delil ve karinelere edineceği kanaate dayanarak karar vermesi mümkün isede, kendisini bu kanaaya ulaştıran sebepleri ve olayları açıklaması, delil ve karineleri takdir ederken hataya düşmemesi lâzımdır. Bilhassa özel ihtisası, fenni bilgi ve tecrübeyi gerektiren hallerde, *hertürlü tereddüt ve şüpheyi gidermek alakalıları tatmin edebilmek için HYUK nun 275*

(16 a) Burada hemen belirtmek isteriz ki bu konuda bilirkişilerin yetenekli olmaları çok önemlidir. Ekonomik esaslarını iyi bilenlerden seçilmelidir. Örneğin, ülkedeki tüketim maddelerindeki fiyat artışlarının mutlaka konut ve işyeri kiralarına yansıtacağı peşin hükmü ile hareket edilmemesi ve inşaat sektöründeki arz ve talebin de gözönüne alınması gerekir.

(17) Kuru, age, s 399 dipnot 67.

inci maddesine uyarak gerekli istiktap ve tatbikatı bilirkişiye yaptırması doğru olur (18).

Yargıtayın bu konuda değişik görüşü, yani imza veya yazı incelemesini yargıcın bizzat yapabileceğini belirten kararlarına da rastlanmaktadır. Örneğin, 4.7.1957 gün ve 32008/4103 sayılı 2. HD nin kararında, «Müteveffanın noter huzurunda atılmış imzası bulunduğu tereke dosyasının tetkikinden anlaşılmıştır. Bu mahiyetteki bir imzanın mahkemece medarı tatbik ittihazı muvafıktır. Usulün 308 inci maddesi mucibince imzaların mukayesesinden aynı olduğuna mahkemece kanaat getirilmiş ve ayrıca bilirkişi tetkikatını istilzam eden muhik bir sebep te dermeyan edilmemiş bulunmasına» (19) denildiği görülmektedir. Ancak bu görüşü benimseyen kararlara özellikle son yıllarda pek raslanmamaktadır. Yazı ve imza incelemesi için hemen daima bilirkişiye başvurulduğunu saptamış bulunuyoruz.

e — Tapu uygulaması ve mevki tayini

Bir tapunun gösterilen araziye uygulanması ve tapuda belirtilen yer ve mevkilerin tayini özel bilgi ve tekniği gerektirir. Böyle bir durum karşısında yargıç bilirkişilerden yararlanmak zorundadır. Yargıtayında bu yolda birçok kararı vardır. Bunlar:

aa — 29.4.1955 gün ve 3067/2480 sayılı 1. HD kararında, «Tapu tatbiki gibi halli hususi bilgiye lüzum gösteren işlerde bitaraf kimseler marifetiyle mahallinde tatbikat yaptırmak gibi tahkik muamelesinin icrası lâzımdır» (20).

bb — 6.1.1954 gün ve 6643/90 sayılı 1. HD kararında da, «Bir kaydın ihtilafli yere uyup uymadığının şahitle tesbiti caiz olmayıp yeniden bilirkişiler marifetiyle tapu kaydının mahalline tatbiki icabeder» (21).

cc — 11.2.1954 gün ve 1/52 K, 15 sayılı HUH nin kararında, «... Gerek davacı tarafın, gerekse davalı tarafın dayandığı kayıtlar tatbik olunurken tapudaki hadler birer birer okunarak bunların arz üzerinde tekabül ettikleri yerlerin nereleri olduğu bilirkişilerden sorulmak, bu husus ve bilirkişilerden alınacak cevap keşif zaptına sa-

(18) RKD, Şubat 1969 s. 22.

Ayrıca, Postacıoğlu 20.5.1964 günlü bir HGK kararında da imza incelemesinin bilirkişiye yaptırılması gereğinin ifade edildiğini belirtiyor, age. s. 516 dipnot 2.

(19) Kuru, age, s. 399 dipnot 67.

(20) Ersoy, age, s. 148.

(21) Ersoy, age, s. 148.

rahaten dercolunmak ve bütün hadler mütehassıs bilirkişiyeye tanzim ettirilerek krokide de belirtilmek icabeder.» (22).

dd — 28.1.1954 gün ve 2156/833 sayılı 1. HD kararında, «Halli hususi bir bilgiye vabeste olan bir cihet için bilirkişiyeye delâletiyle tetkikata karar verildikten sonra hakimlikçe kendi müşahedatına dayanılarak karar verilmesi yolsuzdur. Yeniden mıntıkayı iyi bilen kimseler marifetiyle davacının kaydının tatbik ve iddiası sabit olduktan sonra bir karar verilmesi lâzımdır.» (23).

f — Tıp bilgisini gerektiren konular

Tıp başlıbaşına bir bilim dalıdır. Bu nedenle bu bilgiyi gerektiren konularda bilirkişiyeye gitmek bir zorunluktur. Örneğin, temyiz kudretinin varlığı, sıhhi durumun saptanması, yaş tayini, kan tahlili gibi konular yargıcın bilgisi dışındadırlar. Yargıtay da birçok kararlarında tıp bilgisini gerektiren konularda bilirkişiyeye başvurulmasını zorunlu kılmıştır. Örneğin:

aa — 14.6.1967 gün ve E. 1166/1-1354 K. 304 sayılı HGK da, «Ölmüş veya sağ bir kimsenin geçmiş bir tarihteki durumuna göre temyiz yeteneği bulunup bulunmadığı, onun o tarihteki tutum ve davranışlarının tesbitiyle anlaşılabilir. Tutum ve davranışlar maddi olaylardır. Bu olayların varlığı ise tanık dinlenmek suretiyle tesbit edilebilir. Bu maddi olaylardan fenni sonuç çıkarmak diğer bir ifadeyle maddî olaylara nazaran satıcının satış sözleşmesi yapıldığı tarihte akla uygun olarak davranma niteliğine sahip bulunup bulunmadığının belli edilmesi özel ve fenni bilgiye ihtiyaç gösterir...» denilmektedir (24).

bb — 25.6.1953 gün ve 3864/2898 sayılı 4. HD kararında da, «... davacının yaş ve bedeni kabiliyetine nazaran hangi yaştan itibaren kaç lira ücrete müstahak olacağı hususlarının etraflıca tahkik edilmesi lâzımdır» (25).

g — Vasıf tayini

Vasıf tayini de Yargıtayca özel bilgi ve tecrübeyi gerektiren işlerden sayılmıştır. Bu konudaki kararlar:

(22) Mustakar Hukuk İçtihatları s. 320.

(23) Ersoy, age, 149.

(24) Üstündağ-Tuluay, İlmî ve Kazai İçtihatlarla Açıklamalı HUMK. İstanbul 1969 s. 111.

(25) Ersoy, age, s. 150.

aa — 5.2.1964 gün ve E. 7/767 K. 111 sayılı HGK kararında, «Çe-kişmeli parselin hefkerelik veya kültür arazisi haline getirildiğini gösteren bir (hükme yeterli) delil toplanmamış ve hefker sözünün anlamı bile *usulüne göre bilirkişiye açıklattırılmamıştır. Bu konuda hâkimin özel bilgisi hükme dayanak olamaz*» (26).

bb — 16.5.1956 gün ve 46/39 sayılı HUH kararından, «Davacının yaptığı işin aralı işlerden olup olmadığının bilirkişi marifetiyle tes-bit ettirilmesi icabeder. Mahkemece re'sen takdir olunması doğru değildir» deniyor (27).

cc — 11.12.1953 gün ve 4199/6035 sayılı kararda, «Nizalı yerin orman olup olmadığı ve bu yerin orman vasfını haiz yerlerden açı-lıp açılmadığı hakkında mütehassıs bilirkişi marifetiyle keşif yapıl-ması ve neticesine göre karar verilmesi icabederken bundan zuhul ile mütehassıs olmıyan şahısların beyanlarına müsteniden davanın reddine karar verilmesi yolsuzdur» denilmektedir (28).

h — Defter incelemesi

Defter incelemesi de özel bilgi istiyen konulardandır. 4. HD, 24.4.1953 gün ve 2646/1953 sayılı kararında, «... dava mevzuuna taal-luk eden vesaik ve evrakın bilirkişiye tevdi ile tetkik ettirilmesi... hasıl olacak neticeye göre bir karar verilmesi lâzımdır» diyerek def-ter incelemesinin bilirkişiye verilmesi gerektiğini belirtiyor (29). Uygulamada özellikle ticari defterlerin hemen daima bilirkişiye ve-rildiğini de saptamış bulunuyoruz.

Yaptığımız bu ayırımlar dışında daha birçok konuda bilirkişiye başvurulduğunu görüyoruz. Örneğin nafaka miktarının saptanma-sında, haksız rekabet hükümlerinin ihlâl edilip edilmediği konusun-da, taraflar arasındaki sözleşmenin anlamı ve taraflara yüklediği so-rumlulukların saptanmasında (30), gayrimenkullerin taksime elve-rişli olup olmadıklarını tesbitte, manevi giderimin saptanmasında

(26) Üstündağ-Tuluay, age, s. 138.

(27) Ersoy, age, s. 147.

(28) Ersoy, age, s. 149.

(29) Ersoy, age, s. 150.

(30) Bak. 6.2.1964 gün ve E. 4/67 K. 17 sayılı HGK kararı, Üstündağ-Tuluay, age, s. 103.

(31), bir malın haczedilir mal olup olmadığının tayininde, bir sözcüğün anlamını tesbitte bilirkişiye başvurulduğunu gösteren kararlar vardır.

Gerçekte bu son belirttiğimiz konularda bilirkişiye başvurmak o kadar gerekli değildir. Bir yargıç, herhalde bir sözleşmenin taraflara yüklediği sorumluluğu saptayabilir, haksız rekabetin var olup olmadığını anlayabilir veya manevi giderim miktarını tayin edebilir. O halde, uygulamada birçok dâvada yargıçların kendi yapabilecekleri işleri bilirkişiye yaptırmalarının nedeni nedir?

Başlıca neden, yargıcın verdiği kararı, Yargıtayın, «bilirkişiye başvurulması gerekirken» gerekçesiyle bozması korkusudur. Çünkü, bilirkişiye başvurulacak konuları ayırmada belli bir ölçü yoktur. Belli bir ölçünün bulunmayışı ise, bazı durumlarda keyfi bozmalara yol açmaktadır. Yargıçlar da ne olur, ne olmaz endişesiyle bilirkişiye başvurma yoluna gitmektedirler. Zira yargıç bakımından gerekme bile bilirkişiye gitmenin bir sakıncası yoktur.

Öteyandan bu uygulama, çoğu kere yargıçların da işine gelmektedir. Yukarıda da değindiğimiz gibi bugün yargıçların yükü çok ağırdır. Her dosyada yargıç kendine yardımcı aramaktadır. Yargıcın en iyi yardımcıları bilirkişilerdir. Kendi yapması gereken birçok işleri veya incelemeleri, bu konuda bilgi ve tecrübesine güvendiği bilirkişilere yaptırmaktadır. Bu davranışlar; yargıçların kendi işlerini başkalarına yaptırmaları, hukuki dayanaktan yoksunsa da zaten uzun süren dâvaların daha da uzamamasını önleme bakımından pratik fayda sağlarlar. Bilirkişi raporlarının yargıcı sıkı sıkıya bağlamayacağı kuralını da kabul edersek, bu uygulamanın fazla sakıncası da olmamak gerekir. Aksine sözkonusu konuda yetkili kişilerin raporlarıyla desteklenen yargıç kararı ilgilileri daha çok tatmin edecektir.

Yargıçların bilirkişilere başvurmalarının diğer bir nedeni de verilen kararın sorumluluğunu bu konuda yetkili kişilerle paylaşma duygusu olabilir. Gerçekten bir konuda yetkili kişilerinde dayanğını alan yargıç daha rahat karar verebilecektir.

Bu bölümde sonuç olarak şunları söyleyebiliriz. Bilirkişiye baş-

(31) HGK nun (E. 1969/9-726 K. 11 T. 7.3.1970) kararında, hâkim manevi tazminatın miktarını hakkaniyete ve adalete uygun olarak tayin etmekle yükümlüdür» denerek bu konuda bilirkişiye başvurma zorunluğu olmadığı belirtilmiştir. Ayrıca bak. Kuru, age, s. 449 dipnot 29.

vurma, kural olarak yargıcın takdirindedir. Ancak özel yasa hükümleri bazı hallerde bilirkişiye başvurma zorunluğu koymuştur. Bunun yanında Yargıtay da yerleşmiş içtihatlarıyla birçok farazi-yede bilirkişiye başvurmayı gerekli görmüştür. Öte yandan yargıçlar da yüklerinin ağırlığı, zamanlarının darlığı, kararın sorumluluğunu paylaşmak ve tarafları daha çok tatmin edebilecek kararlar vermek için birçok konular da gereklilik olmasa bile bilirkişiye başvurmaktadır.

III — BİLİRKİŞİ RAPORLARI KARŞISINDA YARGICIN DURUMU

Bilirkişi raporları yargıcı bağlamaz. Kural budur ve bu kural, HUMK nun 286 ıncı maddesinde açıkça ifade edilmiştir. Usul hukukunda da bilirkişi raporları, yargıcı bağliyan kesin delillerden değil, bağlayıcı olmıyan takdiri delillerden biri olarak kabul edilmektedir (32). Kuru'ya göre, yargıç bilirkişi raporunu tamamen serbest olarak takdir edecek, raporu kanaat verici bulmazsa işi yeni bir bilirkişiye havale edebileceği gibi, bu yola gitmeden bizzat kendisi gerekçe göstererek rapora aykırı karar verebilecektir (33). Postacıoğlu ise bilirkişi raporlarının rasyonel esaslara göre takdir edileceğini ifade ediyor (34).

Yargıtay, bilirkişi raporlarının yargıcı bağlamıyacağı kuralını kabul etmekle beraber, bu kuralın anlamını öğretilen farklı yorumlamaktadır. Yargıtaya göre, yargıç bilirkişi raporuyla bağli değildir. Fakat kendisini de bilirkişi yerine koyamaz. Bir bilirkişi raporu onu tatmin etmediyse ikinci, üçüncü bilirkişilere başvurabilir.

28.9.1966 gün ve E. 5/1338 K. 249 sayılı bir HGK kararı, «6830 Sayılı İstimlak Kanununun 15. maddesinin 6. bendi uyarınca hakim, bilirkişi raporunu yetersiz gördüğü takdirde yeniden seçilecek bilirkişiler ile kıymet takdiri yaptıracaktır. Gayrimenkullerin değerini belirtmek mahsus bilgiye bağlidir. *Bilirkişi mütalâasıyla hakimin bağli olmadığı kuralı değerini doğrudan doğruya hakim tarafından takdir edileceği anlamına gelmez. ... Bu kural hâkimin bilirkişi ra-*

(32) Kuru, age, s. 378 vd; Postacıoğlu, age, s. 455 vd.

(33) Kuru, age, s. 455.

(34) Postacıoğlu, age, s. 550.

porunu yeterli görmediği takdirde yeniden bilirkişiye başvurmasını sağlamak için kabul edilmiştir (35), diyerek Yargıtayın görüşünü açıkça ortaya koyuyor.

3.4.1967 gün ve 2134/1642 sayılı 3. HD nin bir kararında yine belirgin bir biçimde aynı görüş savunulmaktadır. «HUMK nun 286. maddesi uyarınca bilirkişinin düşüncesi ve oyu hakimi takyit etmez. Bilirkişi raporunun hükme yeterli olmadığını gören hakim Usulün 284. maddesine uygun yeniden bilirkişi seçerek inceleme yaptırmaya yetkilidir. Ancak hakimin kendisini bilirkişi yerine koyarak çözülmesi özel bilgiyi gerektiren bir konu hakkında düşünce koymak suretiyle bilirkişinin yaptığı işi bizzat yapmış olması usul hükümlerine aykırıdır» (36).

Öteyandan bir yabancı yazar Yargıtayın görüşünü paylaşarak şöyle diyor. «Bilirkişi mütalaası karşısında hâkimin mutlak olarak serbest bulunduğunu söylemek çocukça bir iddia olur» (37).

Yargıç çözümlmek, karara bağlamak zorunda olduğu davada özel bilgi ve tekniği gerektiren bir olayla karşılaşırsa bilirkişiye başvuracaktır. Bilirkişiye başvurulmasını gerektiren neden, yukarıda etraflıca bahsettiğimiz gibi, bazen bir yasa hükmüdür. Bazen yargıtay içtihatlarına uyma gereği yargıç bilirkişiye başvurmayla zorlar. Bazı durumlarda ise, yargıç kendine özgü nedenlerle kendi takdir yetkisine dayanarak ve isteği ile bilirkişiye başvurur.

Bilirkişiye başvurma nedeni ne olursa olsun, yasal gerekçe, bilirkişi raporu istenilen konunun özel bilgi ve tekniği gerektirmesi ve bu bilgi ve tekniğin yargıçta bulunmadığı varsayımdır. Yani

(35) Üstündağ-Tuluay, age, s. 108.

(36) Olgaç, Senal, Kira Parasını Tesbit ve Tahliye Davaları, İstanbul, 1968, s. 48-49.

Çok yakın tarihli bir HGK kararının (11.10.1969 gün ve E. 969/3 - 732 - K. 755) onayladığı özel daire kararındaki ifade şöyledir. «Davacı mecurun aylık kirasının arttırılmasını istemiş ve bilirkişiler tarafından verilen raporda mecurun aylık kirasının 125 lira olduğu belirtilmiş olmasına göre mevcut durum karşısında şayet rapor kâfi değilse yeniden seçilecek bilirkişiler marifetiyle emsaller, hayat şartları, iktisadi esaslar gözönünde tutulmak suretiyle yeniden inceleme yaptırılması, sonucu dairesinde bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde indi bir mütalaa ile davanın reddi yoluna gidilmesi isabetsiz ve temyiz itirazları yerindedir».

Aynı yolda kararlar için bak. Kuru, age, s. 455-6 dipnot 47, 49.

(37) Eugenio Florian bu ifadesi için bak. Gürelli, Nevzat, Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik, İstanbul 1967 s. 95.

yargıcın, çözümlieyeceği davada karşılaştığı bazı olaylarda gerçeği anlamak için kendi bilgisinin yeterli olamayacağı yasaca veya Yargıtay kararlarıyla saptanmakta yahutta yargıç bizzat gerekli bilgiye sahip olmadığını kabul etmektedir.

Demek oluyor ki, dava görülürken belli bir olayın aydınlatılması özel bilgi ve tekniği gerektirebilir. Özel bilgi ve teknik bu konuda yetenekli kişilerde bulunur. Yargıç bilirkişiye başvurmakla söz konusu konuda yetenekli olmadığını kabul etmiştir. Bu konuda yetenekli kişiler verecekleri raporla yargıcı aydınlatacaklardır. Yargıcın gerekli yeteğe sahip olmadığı kabul edilen bir konuda, yetenekli kişilerce verilen raporu mutlak bir serbestiyle değerlendirememesi gerekir. Yani bilirkişiye başvurduğu bir konuda yargıç, bilirkişice verilen raporu gözönünde tutmaksızın karar veremez. Bu davranışı, yargıcın bilirkişi raporlarıyla bağlı olmadığı kuralıyla da izah etmek olanağı yoktur. Yargıç, sözü edilen konuda öncelikle yeteneksiz olduğunu kabul edip, bilirkişiye başvurmuştur. Sonradan, «ben bilirkişiye başvurduğum ama, verdikleri rapor beni tatmin etmedi, ben olayı kendi bilgimle daha iyi çözümlerim» diyemez.

Yargıcın bilirkişi raporu karşısında yapacağı şey, genel mantık kuralları ve kendi hayat tecrübesi sayesinde, bilirkişinin vardığı sonuç ile gösterdiği gerekçeler arasındaki mantıki bağı aramak, yapılan bilirkişi değerlendirmesinin mantık ve genel bilgilere aykırı olup olmadığını araştırmaktır (38). Raporu bu esasa göre inceleyen yargıç, onu yetersiz bulabilir. Bu durumda, yetersiz bir rapora göre hüküm tesis etme zorunluğu yoktur. Bilirkişi raporlarının yargıcı bağlamıyacağı kuralı budur. Ancak, bilirkişi raporunun yetersiz olduğunu saptayan yargıcın önünde kanımızca iki yol vardır. Ya aynı kişilerden ek bilgiler ve açıklamalar istiyecektir veya yeni bilirkişiler tayin edip, işi onlara havale edecektir. Kuru'nun belirttiği gibi, yetersiz bilirkişi raporu karşısında yargıcın kendi bilgisine dayanarak karar tesis etmesi bizce, yasanın özüne, konuyu düzenleyen hükümlere aykırıdır (39). Çünkü bu konuda yargıç, kendi bilgisinin de yeterli olmadığını ilk bilirkişiye gitmeden önce kabul etmiştir. Kuru, görüşünü savunurken, «hakimi mutlaka bilirkişi raporuna göre karar vermek zorunda bırakmak, ona bilirkişi raporu üzerinde

(38) Gürelli, age, s. 94.

(39) Kuru, age, s. 455.

hiçbir takdir yetkisi tanımamak hâkimlik müessesesini yok farzetmek değil midir? Zira bu halde, hâkim bilirkişi raporu ile hüküm arasında bir mutavassıt veya aracıdan başka bir vazife yapmamakladır» demektedir (40).

Kuru'nun ileri sürdüğü gibi, yargıcın bilirkişi raporları üzerinde, bu faraziyede, hiçbir takdir yetkisinin bulunmadığı yolundaki iddia dayanıksızdır. Yargıç bilirkişi raporlarını elbette takdir edecektir. Bunun sonucu olarak ta gerektiğinde başka bilirkişilere başvurup onların raporlarını değerlendirecek ve hatta bir üçüncü bilirkişiye veya bir dördüncü bilirkişiye başvurabilecektir. Yargıcın bilirkişi raporlarını takdir yetkisinden bunu anlamak gerekir. Gerçekten uygulamada da yargıçlar gerektiğinde birden fazla bilirkişi raporu alma temayülündedirler.

Sonuç olarak bu konuda Kuru'nun görüşüne katılmadığımız kısım, yargıcın bilirkişi raporlarını takdir yetkisini kullanırken, kendi yetersizliğini öncelikle kabul ettiği konuda sonradan keyfi denecek bir biçimde bizzat düşünce ortaya koyarak buna göre karar verebileceğinin kabulüdür.

Bilirkişi raporlarının yargıcı bağlamıyacağı kuralından ne anlaşılması gerektiği konusundaki düşüncemi böylece belirttikten sonra konuyla ilgili gördüğüm bir iki soruna daha değinmeyi uygun buluyorum.

Yargıç, ilk bilirkişi raporunu yetersiz bulup, ikinci bilirkişiye başvurduğunda, ikinci bilirkişi raporunu mantıkî ve genel bilgisine uygun görürse, bu ikinci raporu dayanak yaparak kararını verebilmelidir. Ancak asıl sorun, birinci rapor ile ikinci rapor arasında bir çelişki bulunması halinde ortaya çıkmaktadır. Böyle çelişik raporların varlığı halinde yargıç ne yapacaktır?

Birinci raporu dayanak yaparak karar tesis etme olanağı yoktur. Çünkü, o raporu yetersiz bulduğu için ikinci bilirkişiye başvurmuştur. Sonradan birinci rapor daha tatminkârdı, diyemeyecektir. Yargıcı ikinci rapor da tatmin etmiyebilir. Bu halde üçüncü veya dördüncü bilirkişilere gitmede yasal bir sakınca yoktur. Fakat birinci raporla çelişkide olmakla beraber ikinci rapor, yargıcı tatmin etmiş yani mantık kurallarına ve yargıcın genel bilgilerine uygun düşmüşse, bu faraziyede ikinci rapor dayanak yapılarak karar

(40) Kuru, age, s. 457.

verilebilmelidir. Yargıcın bilirkişi raporlarını takdir yetkisi ona bu olanağı vermektedir. Yargıtayın eski içtihadı da bu yolda idi (41).

Oysa bu gün Yargıtay, birçok kararlarında, bu faraziye de yargıcın üçüncü bir bilirkişi incelemesi yaptırmasını öngörmektedir. Bu görüş hemen hemen yerleşmiş gibidir (42). Hatta bu görüşü savunmak için bazan yasa hükümlerinin dahi zorlandığı görülmektedir. 20.1.1969 gün ve E. 1968/4 K. 1969/1 sayılı İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulunun kararında sonuç olarak, «Kamulaştırma parasını arttırılması veya azaltılması davalarında değer biçme komisyonunun biçtiği değerle mahkemece seçilen bilirkişi kurulunun biçtiği değer arasında önemli orantısızlık bulunduğu takdirde aynı usuller çevresinde yeni bilirkişi kurulları teşkili suretiyle değer biçtirilmesi zorunlu olduğuna ve bu gibi hallerde İstimlak Kanununun değişik onbeşince maddesinin VI bendinde yer alan (değer takdiri yaptırılabilir) sözünün (değer takdiri yaptırılmazdır) biçiminde anlaşılması gerektiğine ilk görüşme ve oylamada 2/3 çoğunluk sağlanamadığından 20.1.1969 günü yapılan ikinci toplantıda 2/3 yi çoğunlukla karar verildi» denilmektedir (43). Ancak, burada hemen belirtmeyi gerekli gördüğüm bir husus Yargıtayın bu konudaki diğer kararlarını genellikle 6830 Sayılı İstimlak Kanunu ile ilgili konularda sözkonusu olduğudur. Hangi konuda olursa olsun Yargıtayın bu konudaki kararları hatalıdır ve yargıcın yasaca öngörülen takdir yetkisini çok fazla oranda kısıtlamaktadır. Teorik olarak ta bu uygulama isabetsizdir ve sorunu çözümlenmekten uzaktır. İkinci bilirkişi raporunun yargıcı tatmin etmesine rağmen, üçüncü bilirkişiye başvurma zorunluğu kabul edilirse, yargıç bu raporu dahi hiç tatminkâr bulmıyabilir ve rapor öncekilerle çelişki halinde bulunabi-

(41) HUH nin 23.11.1949 gün ve 83-31/119 sayılı kararında, «İkinci ehli-vukuf tetkikatı kifayetsiz görüldüğü takdirde üçüncü defa ehli-vukuf tetkikatına lüzum yoktur» denmektedir (Ersoy, age, s. 158).

(42) 11.2.1970 gün ve E. 1968/5-244-K. 78 sayılı HGK kararında, «... ilk bilirkişi raporunda, iki fenci bilirkişinin tesbit ettikleri (210) kuruluş değeri ile son raporda tesbit olunan (350) kuruluşluk değeri arasında da büyük bir fark bulunması da, raporlar arasında aykırılık bulunduğunu ortaya koymakta bu aykırılığın giderilmesi için yeniden bilirkişi incelemesi yapılması gerekmektedir» deniliyor (İKİD Haziran 1970 sayı 114 s. 8649. Ayrıca bak. 11.2.1970 gün ve E. 1968/5 (- 598 K. 79 (İKİD Mayıs 1970 sayı 113 s. 8596) ve 27.12.1969 gün ve E. 966/1-1003 K. 158 (İKİD Şubat 1970 sayı 111 s. 8385) sayılı kararlara.

(43) RKD mart 1969 sayı 3 s. 3.

lır. Bu defa dördüncü veya beşinci bilirkişilere başvurup birbirine uygun raporlar aramak ve buna göre karar vermek yargıcın takdir yetkisini hiçe indirmek olur. Bu ise yasalara bütünüyle aykırıdır. Yargıtayın bu son kararlarından dönüp, 1949 tarihli HUH kararındaki görüşüne uygun kararlara yöneleceğini umarız.

Diğer bir sorun da resmi bilirkişi raporları karşısında yargıcın durumudur. Özellikle tıpla ilgili konularda Adli Tıp Müessesesinin verdiği raporlar karşısında yargıcın durumu nedir? Bir kere yargıcın özel hüküm (İstimlak Kanunu m. 15) bulunmadıkça, tarafların uyuşmaması halinde, bilirkişiyi serbestçe seçme yetkisi vardır. Resmi bilirkişiyeye başvurma zorunluğu yoktur (44). Resmi bilirkişinin verdiği raporla da bağlı değildir. Adli Tıp Meclisinin verdiği raporların nihai olmasının anlamı bu raporlarla yargıçların bağlı olacağını ifade etme değildir. Olsa olsa Gürelli'nin belirttiği gibi, «bu kararlar Adli Tıp Müessesesi bakımından nihaidir, bir daha bu resmi bilirkişi tarafından ele alınamaz demektir» (45). Aksi halde Adli Tıp Müessesesi Kanununda aynı maddenin aynı fıkrasında büyük bir çelişkinin varlığının kabulü gerekirdi. Çünkü, Adli Tıp Müessesesi Kanununun 10. maddesinin 7. fıkrası aynen şöyle demektedir. «Meclisin kararları nihai olmakla beraber mahkemelerin delilleri serbestçe takdir hususundaki yetkilerini kayıtlamaz.»

(44) Oysa CUMK m. 62/2 de, «Muayyen hususlar hakkında rey ve mütalaalarını beyan ile tanzif edilmiş resmi ehlihibre mevcut ise hususi sebepler olmadıkça başkası tayin edilemez» denilmektedir.

(45) Gürelli, age, s. 98.