

BİLİRKİŞİNİN SORUMLULUĞU

Prof. Dr. Süha TANRIVER*

GİRİŞ

Yargılama sistemi içerisinde üstlenmiş olduğu işlevin ciddiyetine ve ağırlığına rağmen, bilirkişilik kurumu, uygulamada sıkça amacı aşan biçimde kullanılmakta; bu durum da sürekli yakınmalara sebebiyet vermektedir. Öte yandan, bilirkişilerin, görevlerini her zaman büyük bir titizlikle ve özen içerisinde yerine getirdikleri de söylenemez. Bu bağlamda da, zaman zaman deyiş yerinde ise, bir başıboşluğun egemen olduğu görülmektedir.

Bilirkişiliğin kötüye kullanımı ile yozlaştırılmasının önüne geçilebilmesi için, her şeyden önce, onun çeşitli veçheleri itibariyle sorumluluğunun açık ve kesin bir biçimde ortaya konulması şarttır; bu yapılamadığı sürece, bilirkişilik kurumuna, deyiş yerinde ise bir “*çeki düzen*” verilebilmesi de, mümkün değildir.

A. Bilirkişinin Hukuki Sorumluluğu

I. Mukayeseli Hukukta Durum

1. Alman Hukukunda

Alman Medeni Kanunu’nun 839a paragrafında, bilirkişilerin hukuki sorumluluğunu öngören özel bir yasal düzenleme bulunmaktadır. Sözü edilen yasal düzenlemenin getirilmesinden önce, Alman hukukunda bilirkişinin hukuki sorumluluğu konusunda, çeşitli görüşler ileri sürülmüştür.

* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Anabilim Dalı öğretim üyesi.

Bu konuda ileri sürülen ve doktrinde de egemen olan görüşe göre,¹ bilirkişi ile kendisini görevlendiren hakim arasında kamu hukuku karakterli bir bağ mevcut olsa da, bilirkişinin faaliyetinin kararın alınması sürecinden önceki bir döneme ilişkin bulunması hasebiyle, onun yargısal bir göreve katıldığından yani kamu görevi yaptığından söz edilemez; faaliyetinin ürünü olarak ortaya çıkan oy ya da görüş, tıpkı tanık beyanı gibi sadece bir ispat aracı işlevini yerine getirir. Öte yandan, sadece bilirkişi, devlete karşı bir yükümlülük altına girmiştir; devlet ise, ona karşı herhangi bir yükümlülük üstlenmemiştir, dolayısıyla bu bağlamda da yaklaşıldığında, onun bir kamu görevi yaptığı ve işlevinin bu boyutu itibarıyla de hakime benzediği, hakimın yardımcısı olduğu iddia edilemez. İşaret edilen bu tespit çerçevesinde, bilirkişinin hukuki sorumluluğunun tayininde, memur ve diğer kamu görevlilerinin üçüncü kişilere verdikleri zararlardan dolayı devletin mali sorumluluğunu öngören Alman Medeni Kanunu'nun 839. paragrafının 2. fıkrasında öngörülen düzenlemenin baz alınmasından söz edilemez.² Yine, bilirkişi ile taraflar arasında akdi nitelikli herhangi bir bağ da yoktur; dolayısıyla tarafların kötü ifa hükümleri çerçevesinde bilirkişiden herhangi bir talepte bulunmaları da mümkün değildir; yani bilirkişinin hukuki sorumluluğunun belirlenmesinde akdin müspet ihlali kurumuna da dayanılmaz.³ İşaret edilen bu tespitler karşısında, bilirkişinin gerek raporunun hazırlanması evresinde icra ettiği fiiller gerekse kusurlu iradesinin ürünü olan gerçeğe aykırı raporu ile dava ilgililerine verdiği zararlardan ötürü hukuken sorumlu tutulmasında, Medeni Kanun'un 823. paragrafında yer alan ve haksız fiil sorumluluğunu öngören kuralın esas alınması gerekir.⁴

Bilirkişi, gerek rapora hazırlık evresinde yapmış olduğu faaliyetler, gerçekleştirmiş olduğu incelemeler sebebiyle gerekse kastının veya ihma-

¹ Klein, M., *Die Rechtstellung und der Haftung des im Zivilprozesses bestellten Sachverstaendigen*, Diss., Wiesbaden 1994, s. 50; Damrau, J., *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*, Zweiter Band, Teilband 2, Tübingen 1989, s. 12; Damm, R., *Die zivilrechtliche Haftung des gerichtlichen Sachverstaendigen* (JuS., 1976/6, s. 359-363), s. 362; Arndt, H., *Die Haftung des gerichtlichen Sachverstaendigen* (DRiZ., 1973/8, s. 272-273) s. 272.

² Damrau, s. 213; Damm, s. 362; Arndt, s. 272; Leipold, s. 12; Jauernig, O., *Zivilprozessrecht* 24. völlig neubearbeitete Auflage, München 1993, s. 202; Zöller, R./Greger, R., *Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und den Einführungsgesetzen, mit internationalem Zivilprozessrecht, Kostenanmerkungen*, 18. neubearbeitete Auflage, Köln 1993, s. 1013.

³ Damrau, s. 213; Arndt, s. 272; Damm, s. 360; Zöller/Greger, 1013.

⁴ Damrau, s. 213; Arndt, s. 272; Friederichs, H., *Zur Haftung des gerichtlichen Sachverstaendigen* (DRiZ., 1973/4, s.113-114), s.113; Damm, s. 363; Jauernig, s. 202; Hopt, K., *Schadenersatz aus unberechtigter Verfahrensleitung*, München 1986, s. 290; Schilken, E., *Zivilprozessrecht*, 2. überarbeitete und ergaenzte Auflage, Köln, Berlin, Bonn, München 1995, s. 305; Zöller/Greger, s. 1013-1014.

linin (özellikle, ağır ihmalinin) yani kusurlu iradesinin ürünü olan gerçeğe aykırı raporuyla, ilgililerin yaşama hakkı, vücut bütünlüğü, mülkiyet hakkı gibi mutlak haklarına zarar vermiş veya hapis cezasına mahkûm edilmesi suretiyle özgürlüğünün sınırlandırılmasına neden olmuşsa, onlara karşı, Medeni Kanun'un 823. paragrafının birinci fıkrasına göre hukuken sorumlu olur; sözü edilen düzenlemenin son derece açık metni uyarınca, o, bu bağlamda kastının yanı sıra ihmalinin de her derecesinden mesul durumdadır.⁵ Bilirkişinin eylemi, Ceza Kanunu'nun 153, 156 ve 163. maddelerinde öngörülmüş olan suçlara vücut verir bir nitelik taşıyorsa, sözü edilen normlar, koruma normu (Schutzgesetz) konumunda bulunduğu için, gerçeğe aykırı rapor sebebiyle zarara uğrayan ilgililer, Medeni Kanun'un 823. paragrafının 2. fıkrası uyarınca, bilirkişiden tazminat talep edebilirler.⁶

Yine, bu bilirkişinin eylemi, Ceza Kanunu'nun öngördüğü anlamda suç olmasa bile, Medeni Usul Kanunu'nun 410. paragrafında yer alan ve bilirkişinin tarafsız ve objektif bir biçimde rapor hazırlamakla görevli olduğunu (yani, doğruyu beyan görevi) öngören norm, usulün amacına yani gerçeğe ulaşmaya aracılık eden bir norm konumunda bulunduğu için, başlı başına (müstakil) bir koruma normu sayılır. Dolayısıyla, bunun kusurlu olarak ihlali de, ilgililerin, Medeni Kanun'un 823. paragrafının ikinci fıkrasına dayanarak, bilirkişinin hukuki sorumluluğunu işletmesine olanak verir.⁷ Bunların dışında, bilirkişi, mahkemeye ibraz ettiği apaçık (bariz) bir iffetsizlik ürünü olan gerçeğe aykırı raporu ile taraflardan birinin aleyhine (zararına) fiili-maddi durumla örtüşmeyen (doğruluktan uzak) kesinleşmiş bir hükmün alınmasına sebebiyet vermişse, uğranılan zararın tazmini için, bu kez Medeni Kanun'un 826. paragrafına (bizdeki, BK. m. 41, II'ye) dayanılmak suretiyle ona yönelinebilir.⁸

Bir başka görüşe göre ise, 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 nitelendirmek gerekir.⁹

⁵ Damm, s. 363.

⁶ Damrau, s. 213.

⁷ Hopt, s. 289-290; Blomeyer, J., *Zur zivilrechtlichen Haftung des gerichtlichen Sachverständigen* (ZRP., 1974/5, s.214-221), s. 217; Jessnitzer, K., *Die zivilrechtliche Haftung für Pflichtverletzungen von gerichtlichen Sachverständigen* (JVBL., 1972/8, s.177-180) s. 177.

⁸ Jessnitzer, s. 177; Damrau, s. 213.

⁹ Eickmeier, J., *Die Haftung des gerichtlichen Sachverständigen für Vermögensschaden*, Köln, Berlin, Bonn, München, 1992, s. 161 vd.

Doktrindeki diğer görüşe göre ise,¹⁰ bilirkişilik görevi bir kamu görevidir; bilirkişinin zarar verici eylemi ile yargı işlevi (kamu hizmeti) arasında çok yakın bir ilişki mevcuttur. Bilirkişi, sahip olduğu özel ve teknik bilgileri maddi vakıalara uygulayıp sonuç çıkarma ya da bu bilgilere dayalı olarak vakıa tespiti yapma işlevini yerine getirmek suretiyle karar almaya yönelik prosedürde etkin rol oynamakta, hakime ait işlerin bir kısmını ifa etmekte, bu boyutu itibarıyla kamu görevi icra eden hakim benzer bir hukuki konumda bulunmaktadır. Ayrıca, bilirkişi, sadece devlete karşı değil; devlet de bilirkişiye karşı bir yükümlülük üstlenmiş durumdadır. İşaret edilen bu gerekçeler karşısında, bilirkişinin hukuki sorumluluğunun tayininde de, memur ve diğer kamu görevlilerinin fiillerinden kaynaklanan zararlardan dolayı Devletin mali sorumluluğunu öngören hukuki düzenlemeye işlerlik kazandırılmalıdır (§ 839, II).

Alman Temyiz Mahkemesi ise, 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 (Alman Anayasası § 34; Alman Medeni Kanunu § 839, II) uygulama alanı bulamayacağı;¹¹ hatalı bilirkişi raporlarından dolayı bilirkişinin hukuki sorumluluğunun belirlenmesinde haksız fiil sorumluluğuna ilişkin kuralın (§ 823, I) esas alınması gerektiği, yeminsiz verilen hatalı bilirkişi raporları dolayısıyla ilgililerin mutlak hakkı ihlal edilmiş olsa bile, sözü edilen rapor eğer bir ihmalin ürünü ise, bilirkişinin hukuki sorumluluğu yoluna gidilemeyeceği ve yine yeminsiz bilirkişiler bakımından tazminat talebi bağlamında, bir koruma normu olarak Alman Medeni Usul Kanunu'nun 410. paragrafında yer alan ve doğruyu beyan (gerçeği söyleme) ödevini öngören normun, yalnızca bilirkişilere yemin verdirilmesi koşuluyla işlerlik kazanabilecek bir norm olması hasebiyle, Alman Medeni Kanunu'nun 823. paragrafının ikinci fıkrasına da dayandırılmayacağı görüşündedir.¹² Bu durumda, Alman Temyiz Mahkemesi uygulaması açısından, hatalı bilirkişi raporlarından kaynaklanan zarar-

¹⁰ Bartling, H., *Die Haftung für fehlerhafte Gutachten der beauftragten Sachverständigen im Spannungsfeld von Deliktsrecht und Staatshaftungsrecht*, Diss., Göttingen 1982, s. 185; Jessnitzer de, bilirkişinin raporunun hazırlanmasına yönelik incelemeleri sırasında birisine zarar vermesi halinde, bu eylemin, bilirkişinin mahkemenin yardımcısı sıfatıyla bizatihi keşif icrası suretiyle vakıaları açıklığa kavuşturmakla yetkilendirilmesiyle (§ 404, IV) ilişkili bulunması kaydıyla, kamu görevinin yerine getirilmesine yönelik bir eylem olarak algılanacağını ve hukuki sorumluluk bağlamında da Medeni Kanun'un 839. paragrafının ikinci fıkrasında öngörülen kuralın uygulanması gerekeceğini savunmaktadır (s. 179).

¹¹ BGHZ, 59, s. 3 (NJW, 1973, s. 554).

¹² BGHZ, 62, s. 54 (NJW, 1974, s. 312); BGHZ, s. 313.

lardan dolayı, yeminli bilirkişiler hem kasıtları hem de ihmallerinden (özellikle, ağır ihmallerinden), yeminsiz bilirkişiler ise; sadece kasıtlarından dolayı sorumlu tutulabilecekler.¹³ Buna karşılık, ağır ihmallerinin varlığı halinde dahi artık sorumluluklarından söz edilemeyecektir. Alman Federal Anayasa Mahkemesi, anayasa şikayeti yolu ile kendisine başvurulması üzerine, Temyiz Mahkemesi'nin yeminsiz bilirkişilerin hatalı (gerçeğe aykırı) raporlarıyla ilgililere vermiş oldukları zarardan ötürü, ancak kastlarının varlığı halinde sorumlu tutulabilecekleri yönündeki çözümlemesinin, bilirkişinin gerçeğe aykırı rapor verme eyleminin, Alman Medeni Kanunu'nun 823. paragrafının 1. fıkrasının kapsamına giren bir durumu yaratması halinde, sözü edilen düzenlemenin, son derece açık ve herhangi bir ayırım gözetmeyen kısaca "*Herkes-sorumludur*" (Jedermann-Haftung) şeklinde formüle edilen metni uyarınca, bilirkişiler bakımından da yemin verdirilmiş olup olmaması hususu gözetilmeden uygulanma kabiliyeti kazanacağını ve kişiliğin korunmasını gerekçe göstererek, sağlıklı ve doğru bir çözümleme sayılamayacağına işaret etmiş ve yemin verdirilmemiş olsa bile, bilirkişinin hatalı raporu ile ilgililerin mutlak haklarının ihlaline sebebiyet vermesi durumunda, sözü edilen rapor, özellikle onun ağır ihmalinin ürünü ise, zararın tazmini bağlamında, Alman Medeni Kanunu'nun 823. paragrafının 1. fıkrasında öngörülen düzenlemeye işlerlik kazandırılmasının hem Anayasa'nın hem de sözü edilen yasal düzenlemenin özüne daha uygun düşen bir davranış teşkil edeceğinin altını çizme gereğini duymuştur.¹⁴

Alman kanun koyucusu, Tazminat Hukukunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 2. maddesinin 5. fıkrasıyla Alman Medeni Kanunu'na 839a maddesini eklemiş ve bu suretle bilirkişinin hukuki sorumluluğu konusundaki iradesini ve tercihini açıkça ortaya koymuştur. Sözü edilen yasal düzenlemeye göre, 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.

¹³ Buna gerekçe olarak, hukuki güvenlik kavramının, bir mahkeme kararının, yeminsiz ve hatalı bilirkişi raporu nedeniyle değiştirilmesini engelleyeceği; aksine bir düşüncenin kabulünün, her mahkeme kararının değiştirilmesini temin için bir dizi dava açılmasına sebebiyet vereceği hususu gösterilmektedir. Yine, bu bağlamda, bilirkişilerin, hakimlerin yardımcıları konumunda bulunmaları nedeniyle, raporlarının içeriği açısından her türlü etki ve baskılardan uzak kalmalarının, bağımsızlıklarının temini için, geniş kapsamlı bir sorumluluk yüküyle karşı karşıya bırakılmamaları gerektiği; yardımcı sıfatıyla mahkemelerce çağrılıp yeminsiz dinlenmeleri halinde de, kastları dışında, hakimler gibi her türlü sorumluluktan beri kılınmalarının zorunluluk arz ettiği kaydedilmektedir (Bkz., bu konuda bilgi için Eickmeier, s. 100 vd.).

¹⁴ BverfGE., (NJW, 1979, s. 305).

Her şeyden önce, bu yasal düzenlemeyle, doktrin ve yargı uygulamasındaki hakim eğilime uygun olarak bilirkişilerin yargısal süreç içerisinde bir kamu görevi yapmadıkları, dolayısıyla gerçeğe aykırı rapor vermiş ve bunun hükme esas alınmış olmasından kaynaklanan zararlardan ötürü, devletin mali sorumluluğunu öngören Alman Medeni Kanunu'nun 839. paragrafının 2. fıkrasında yer alan düzenlemeye dayanılamayacağı açıkça tescil edilmiştir. Yine, aynı yasal düzenleme, bilirkişi ile taraflar arasında akdi nitelikli herhangi bir bağın kurulmadığına, dolayısıyla gerçeğe aykırı rapor verilmiş ve bunun hükme esas alınmış olmasından kaynaklanan zararlardan dolayı kötü ifa hükümlerinin işletilemeyeceğine de işaret etmekte; yani akdin müspet ihlali kurumunun da, bilirkişinin hukuki sorumluluğunun tayininde esas alınamayacağı konusundaki iradeyi açıkça ortaya koymaktadır. Görüldüğü üzere, Alman Medeni Kanunu'nun 839a paragrafında yer alan ve bilirkişilerin hukuki sorumluluğuna ilişkin açık bir düzenleme içeren kural, niteliği itibariyle bir kusur sorumluluğu öngörmektedir; yani sorumluluğun kurucu unsuru kusurdur. Ancak, anılan yasa kuralı, bilirkişinin gerçeğe aykırı raporu vermiş bulunmasından kaynaklanan zarardan doğan sorumluluğu bağlamında, kusurun kapsamını, kast ve ağır ihmal halleri ile sınırlamış, hafif ihmali ise; tümüyle gözardı etmiştir. Öte yandan, bilirkişinin hukuki sorumluluğunun doğabilmesi için, onun kasten ya da ağır ihmal suretiyle gerçeğe aykırı rapor vermiş olması tek başına yetmez, verilmiş bu rapor hükme dayanak yapılmış bulunma ve bundan da bir zarar doğmuş olmalıdır. Bu durumda, Alman Medeni Kanunu'nun 839. paragrafının 1. fıkrası çerçevesinde, bilirkişinin hukukten sorumlu tutulabilmesi için varlığı gereken şartlar şunlardır:¹⁵

1. Bilirkişi, mahkeme tarafından görevlendirilmiş olmalıdır.
2. Bilirkişi, kasten yahut ağır ihmal suretiyle gerçeğe aykırı bir rapor vermiş bulunmalıdır.
3. Bu rapor hükme dayanak yapılmış ve bundan bir zarar doğmuş bulunmalı, yani gerçeğe aykırı rapor verilmesi ile meydana gelen zarar arasında bir illiyet bağı olmalıdır.

Zarar gören ilgili, zararın tazminini talep edebilmek için, bu şartların tamamının gerçekleştiğini ispat etmek zorundadır.¹⁶

Ayrıca sözü edilen yasal düzenleme, ikinci fıkrasında, zarara maruz kalanın, kasten ya da ağır ihmal suretiyle, zararın doğumunu engelleyebilecek, onu bertaraf edecek hukuki olanakları kullanmaktan (bunları tüket-

¹⁵ Rosenberg, L./Schwab, K. H./Gottwald, P., *Zivilprozessrecht*, 16. neubearbeitete Auflage, München 2004, s. 846.

¹⁶ Rosenberg/Schwab/Gottwald, s. 846.

mekten) kaçınmış olmasını, tazmin yükümlülüğünü ortadan kaldıran bir hal olarak nitelendirmiştir. Bunu ispat yükü ise, bilirkişiye aittir.¹⁷ Burada vurgulanması gereken bir diğer husus ise, Alman Medeni Kanunu'nun 839a paragrafında öngörülen bilirkişinin hukuki sorumluluğu ile ilgili düzenlemenin işlerlik kazanabilmesi açısından, bilirkişiye yemin verdirilmiş olup olmaması olgusunun herhangi bir önem taşımadığıdır.¹⁸

Özetle, bu çerçevede, bilirkişilerin gerçeğe aykırı rapor vermiş bulunmasından kaynaklanan zararlardan doğan hukuki sorumluluklarını öngören yasal düzenlemenin, hafif ihmalin ürünü olan zararlardan kaynaklanan sorumluluk hali hariç, Türk-İsviçre hukuk sisteminde kabul edilen haksız fiil sorumluluğu ile büyük ölçüde paralellik arz ettiği ve bu yeni yasal düzenlemenin, Alman hukukunda haksız fiil sorumluluğunun (Alman Medeni Kanunu § 823, I, II) kurucu unsurlarının, bizdekinden daha farklı bir şekilde tespit edilmiş bulunmasından ötürü varlık kazandığı söylenebilir.

Bu kapsamda, son olarak, Alman Medeni Kanunu'nun 839a paragrafının, bilirkişinin, raporun hazırlanmasından önceki evrede, rapora hazırlık bağlamında gerçekleştirmiş olduğu tasarruflarının ürünü olan zararlardan (örneğin vücut bütünlüğünün ihlalden kaynaklanan hukuki sorumluluğu konusunda, herhangi bir düzenleme içermediğinin, bu boyutu itibarıyla bir eksiklik arz ettiğinin altının çizilmesinde de büyük yarar vardır. Bu eksiklik ise, Alman Medeni Kanunu'nun haksız fiil sorumluluğu ile ilgili 823, I paragrafının bilirkişiler hakkında da uygulanması suretiyle doldurulabilir.¹⁹

2. Avusturya Hukukunda

Avusturya hukukunda, bilirkişinin hukuki sorumluluğu bağlamında, konuyla ilgili özel düzenleme öngören ve zararın tazmini ile ilgili hükümler arasında yer alan Avusturya Medeni Kanunu'nun 1299. paragrafında yer alan kural, uygulanma alanı bulur. Bu hukuk sisteminde de, bilirkişiler yargının bir organı ve dolayısıyla kamu görevlisi olarak görülmediği için, bilirkişinin kusurlu iradesinin ürünü olan gerçeğe aykırı raporun verilmiş bulunmasından kaynaklanan zararların tazmini için, devletin mali sorumluluğunu öngören yasal düzenlemenin işletilmesine olanak verilmemiştir.²⁰ İşaret edilen durumun yegane istisnasını, kanun uyarınca rapor tanzim etmekle resmen görevlendirilmiş olan kuruluşların (mercilerin) kusurları ile vermiş oldukları raporlardan kaynaklanan zararların tazmini oluşturur.

¹⁷ Rosenberg/Schwab/Gottwald, s. 846.

¹⁸ Rosenberg/Schwab/Gottwald, s. 846.

¹⁹ Rosenberg/Schwab/Gottwald, s. 847.

²⁰ Fasching, H.: Zivilprozessrecht, Lehr- und Handbuch, 2.Auflage, Wien 1990, s. 517.

Bilirkişinin kusurlu iradesinin ürünü olan gerçeğe aykırı rapor, hükme dayanak yapılmış; bu hüküm kesinleşmiş ve yargılamanın yenilenmesi yoluyla da artık ortadan kaldırılması olanağı kalmamışsa, sözü edilen halden ötürü zarar görmüş olan kimse, uğramış olduğu bu zararın tazmini için, bilirkişiye karşı sorumluluk davası açabilir.²¹

3. İsviçre Hukukunda

İsviçre hukukunda da bilirkişilerin hukuki sorumluluğu konusunda, muhtelif görüşler ileri sürülmüştür:

Bir görüşe göre, bilirkişi hatalı raporu nedeniyle taraflara ve üçüncü kişilere vermiş olduğu zararlardan ötürü haksız fiil hükümlerine göre sorumlu tutulabilir.²²

Diğer bir görüşe göre ise, bilirkişinin hukuki sorumluluğunun tayininde, resmi (amtlich) işlevleri ile mesleki (gewerblich) işlevleri arasında bir ayırım yapılması gerekir.²³

Bilirkişinin resmi işlevlerinden maksat, bilirkişinin raporun hazırlanmasından önceki evrede ve rapora hazırlık bağlamında, aslında, hakim tarafından yerine getirilmesi gereken, hakimce yapılmış olan 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 etme gibi faaliyetlerdir.²⁴ Bilirkişilerin, resmi görevlerinin ifası sırasında gerçekleştirmiş oldukları bu gibi eylemleri 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 Borçlar Kanunu'nun 61. paragrafı uyarınca devlet sorumlu tutulmalıdır.²⁵

Buna karşılık, bilirkişinin mesleki işlevlerinden ise, herhangi bir kamusal yetkinin kullanımına gerek kalmadan gerçekleştirmiş olduğu faaliyetleri

²¹ Fasching, s. 517.

²² Vogel'in görüşü naklen (Alangoya, Y., *İsviçre Hukukunda Bilirkişilik, Mukayeseli Hukukta Bilirkişilik ve Sorunları, Yargıtay'ın 125. Yıl Yayını*, Ankara 1992, s. 32-44), s. 43; Leuch/Marbach/Kellerhals da, bilirkişinin görevini gereği gibi yerine getirmemesi veya sürüncemede bırakması hallerinde, hukuki sorumluluğunun tayininde, haksız fiil hükümlerinin baz alınması gerektiği kanısındadırlar (Leuch, G./Marbach, O./Kellerhals, F., *Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, Vierte Auflage*, Bern 1995, s. 574).

²³ Klopfer, R., *Die Haftung des Zeugen und des gerichtlichen Sachverständigen im Zivil- und Strafprozess von Bund und Kanton Zürich*, Zürich 1977, s. 15.

²⁴ Klopfer s. 18.

²⁵ Klopfer s. 18-19.

anlaşılmalı ve bu bağlamda sadece iletilecek olan tecrübe kurallarını veya bu kuralların yardımı ile vakıa tespiti ya da vakialardan çıkartılan sonuçları içerecek olan rapor verme de mütalaa edilmelidir.²⁶ Bilirkişilerin mesleki işlevlerinin yerine getirilmesine yönelik faaliyetlerinden yani hatalı rapor vermiş olmalarından kaynaklanan zararların tazmininde de İsviçre Borçlar Kanunu'nun haksız fiil ile ilgili hükümleri (Art. 41 vd.) esas alınmalıdır.²⁷

II. Türk Hukukunda Durum

1. Genel Olarak

Bilirkişilerin hukuki sorumluluğu hususunda, mevzuatımızda herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. Bu konuda, doktrinde, muhtelif görüşler ileri sürülmüştür:

Doktrindeki egemen görüşe göre, bilirkişilerin hukuki sorumluluğunun tayininde Borçlar Kanunu'nun haksız fiil sorumluluğu ile ilgili 41. maddesi hükmü baz alınmalıdır.²⁸ Sözü edilen görüş taraftarları, kendi içerisinde iki gruba ayrılmaktadırlar.

Bu görüş taraftarlarından bir kısmı, özellikle bilirkişinin gerçeğe aykırı (hatalı) rapor düzenleyip vermiş olmalarından kaynaklanan zararlardan ötürü haksız fiil hükümlerine göre tazminatla sorumlu tutulmalarının, gerçeğe aykırı rapor tanzimi işini kasten (bilerek) yapmış olmaları haliyle sınırlı bulunduğunu (HUMK m. 445/5); ihmal suretiyle gerçeğe aykırı (hatalı) rapor düzenlemişlerse haksız fiil hükümlerine göre sorumlu tutu-

²⁶ Klopfer s. 18-19.

²⁷ Klopfer s. 18.

²⁸ Kuru, B., *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, C.III, 6. bası., İstanbul 2001, s. 2797; Deryal, Y., *Türk Hukukunda Bilirkişilik ve Bilirkişi Raporu Örnekleri*, İstanbul 2001, s. 70; Yılmaz E., *Uygulamada Bilirkişilik ve Bilirkişilik Raporları* (Mali Hukuk, 1996/62, s. 12-31), s. 30; Şengün, K. O., *Bilirkişinin Sorumluluğu ve Sonuçları* (AD, 1967/7, s. 456-463) s. 458; Bakıcı, S., *Ceza Adaletinde "Bilirkişi"* (II. Bilirkişi Eğitim Semineri, TÜRMOB Yayınları, Ankara, s. 79-125) s. 116. "Davacı, dava dışı A'nın kendi aleyhine evvelce açtığı kesinleşen taşınmaza el atmanın önlenmesi davasında bilirkişilik yapan davalıların, uyuşmazlık konusu taşınmazın, o davanın davacısı olan A'nın tapusunun sınırı içerisinde kaldığını bildirdiklerini, halbuki, davalıların bu yeri iyi bilmeyip kasten gerçeğe aykırı bilirkişilik yaptıklarını böylece 3. 500 lira değerindeki taşınmazının elinden çıkmasına davalıların (bilirkişilerin) sebebiyet verdiklerini, davalıların bu kötü eylemlerinin davalılardan A'nın noter önünde verdiği ikrar senedi ve diğer davalı B'nin mahkemeye verdiği dava konusu yere ilişkin bilgisinin olmadığını belirten dilekçesiyle anlaşıldığını ileri sürerek muhakemenin iadesi yoluna gidebilmek için bu zararın davalılardan alınmasını istemiştir ... bu davadan davacının zararının varlığı ve dava edilen iki bilirkişinin durumu ve gerçeği bilmeden düşünce bildirdiklerini ikrar etmiş bulunmaları yeterli değildir. Ayrıca gerçekten önceki davada

lamayacaklarını savunmakta ve buna gerekçe olarak da, aksi bir tutumun benimsenmesi halinde, bilirkişilerin çok geniş kapsamlı bir sorumluluk yükü altında bırakılacaklarını, bunun da hakimın yardımcısı konumunda bulunmaları niteliği ile bağdaştırılamayacağını ileri sürmektedirler.²⁹

Bilirkişinin hukuki sorumluluğunun haksız fiil hükümlerine göre belirlenmesini savunan görüş taraftarlarından bir kısmı da, onların sadece kastlarının değil; bunun yanı sıra ağır ihmalleri ile gerçeğe aykırı bir biçimde vermiş oldukları raporlardan kaynaklanan zararlardan ötürü de haksız fiil hükümlerine göre sorumlu tutulmasını, hafif ihmalin ise; bu bağlamda tümüyle göz ardı edilmesi gerektiğini³⁰ ileri sürmekte ve bu tür bir çözümlemenin, bilirkişilerin hakimın yardımcısı olmaları sebebiyle tıpkı hakimler gibi kasıt ve ağır ihmali halleri ile sınırlı olarak tazminle yükümlü bulunmalarını öngören kuralla da (HUMK m. 573) büyük ölçüde paralellik arz edeceğini, bağdaşacağını kaydetmektedirler.³¹

Bilirkişi ile kendisini görevlendiren adli makam arasında kamu karakterli bir bağ bulunduğu, onun yargılama süreci içinde üstlenmiş olduğu işlevin icrası sırasında resmi bir görevli ve hakimın yardımcısı olma niteliklerini taşıdığı hususları birlikte gözetildiğinde, hukuki sorumluluğun tayininde özel hukuk temellerine bağlı kalınması ve bu bağlamda haksız fiil sorumluluğunun esas alınması, sağlıklı ve doğru bir yaklaşım biçimi olmaz.

uyuşmazlık konusu olan yer parçasının sınırının tapusu içinde olduğu veya onun aynı hakkının üstün tutulması gerektiğini dahi ispatlaması şarttır. Bu ispatlanmadıkça ve ayrıca ispatlanmış olsa bile bu iki bilirkişi o şekilde düşünce bildirmemiş olsalardı, A aleyhine karar verilmeyeceği ispatlanmadıkça bu iki davalı bilirkişinin eylemi ile zarar arasında BK'nın 41. maddesinin uygulanmasını gerektiren neden sonuç bağının bulunduğu kabulü mümkün değildir" (4. HD., 2.3.1967, 10923/1820, ABD., 4. HD/2, s. 130-132). "Bilirkişiye karşı açılan dava BK'nın 41 ve sonraki maddeleri hükümlerine uygun bir tazminat davasıdır ve BK m. 60'daki zamanaşımına tabidir..." (4. HD., 26.1.1959 günlü karar; Kuru, s. 2799-2800).

²⁹ Kuru, s. 2797.

³⁰ Yılmaz s. 30; Deryal s. 70; Akyol Ş., *Hukuk Usulünde Bilirkişilerle İlgili Bazı Problemler (Mukayeseli Hukukta Bilirkişilik ve Sorunları, Yargıtay'ın 125. Yıl Yayını, Ankara 1992, s. 57-76), s. 76; Pekcanitez, H./ Atalay, O./ Özkes, M., Medeni Usul Hukuku, 2. B., Ankara 2002, s. 432. Yıldırım, M. K., Bilirkişi Delilinin Mukayeseli Hukuk ve Türk Hukukundaki Durumu (75.Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara 2004, s. 833-841), s. 838-839. Özellikle bilirkişi raporundaki yanlışlık, eksiklik ve gerçeğe aykırılık kendisini açıkladığı ve bu eksiklikleri ve yanlışlıkları düzeltmesi için ek rapor talep edildiği halde; bütün bunları gözardı ederek yanlışında ısrar edecek olursa ağır ihmâl ve hatta kasıt nedeniyle hukuki sorumluluğu yoluna gidilmelidir (Yılmaz s. 30; Akyol s. 75).*

³¹ Şengül, s. 458. Olması gereken hukuk bağlamında, hakimlerin hukuki sorumluluğuna ilişkin düzenlemenin de (HUMK. m. 573 vd.), Anayasa'nın 129. maddesinin 5. fıkrası

Bu konu ile ilgili olarak ileri sürülen bir başka görüşe göre ise, bilirkişi ile kendisini görevlendiren mahkeme arasında bir vekalet sözleşmesi mevcuttur; dolayısıyla bilirkişinin hukuki sorumluluğunun tayininde vekilin sorumluluğu ile ilgili kurallar esas alınmalıdır (BK. m. 390, m. 320).³²

Kanımızca, bilirkişiyle, ne taraflar arasında ne de kendisini görevlendiren mahkeme arasında akdi bir bağ mevcuttur; hatta, bilirkişiyle sözü edilen mahkeme arasında kamu hukuku karakterli bir ilişkinin bulunduğu, tartışmasız bir biçimde genel kabul görmüştür. Dolayısıyla bu tür bir hukuki nitelendirmeden sonra, onun hukuki sorumluluğunun tayininde, akdi sorumluluk temeline dayalı bir çözümleme olan vekalet akdi hükümlerinden (BK m. 390, m. 321) hareket edilmesi de mümkün değildir.

Doktrindeki diğer görüşe göre, bilirkişilerin hukuki sorumluluklarının hangi esaslara göre tayin edileceğinin saptanmasında, ikili bir ayırım gözetilmeli; bu çerçevede, bilirkişilerin, raporun hazırlanmasından önceki evrede, rapora hazırlık bağlamında, kamu kudretini kullanmak suretiyle gerçekleştirmiş oldukları (keşif ve tetkikat sırasındaki) tasarruflarından yani idari nitelikteki faaliyetlerinden kaynaklanan zararların tazmini için, Adalet Bakanlığı'na karşı idari yargı yerinde tam yargı davası açılması yoluna gidilmeli; gerçeğe aykırı bir biçimde düzenleyip vermiş oldukları raporlardan kaynaklanan zararların tazmininin temini için ise haksız fiil hükümlerine (BK. m. 41 vd.) yönelinmelidir.³³

Bilirkişiye, resmi görevli ile hakimın yardımcısı olma niteliklerinin atfedilmesi ve onunla kendisini görevlendiren makam arasında kamu hukuku karakterli bir bağın bulunduğu kabulünden sonra, hatalı raporlarından kaynaklanan zararların tazmini bağlamında, özel hukuk temeline bağlı kalınmak suretiyle haksız fiil hükümlerine dayanarak bir çözüm üretilmeye çalışılması, sağlıklı ve doğru bir yaklaşım biçimi olmaz.

2. Görüşümüz

a. Genel Olarak

Kanımızca, bilirkişilerin hukuki sorumluluğunun hangi esaslara göre belirleneceğinin tayininde, onların sözü edilen görevinin icrası sırasında kamu kudreti (kamusal yetkilerini) kullanmak suretiyle gerçekleştirmiş

sında öngörülen kurala uygun hale getirilmesi gerektiği doktrinde savunulmaktadır (Bkz., Aydınalp, S, *Hakimlerin Hukuki Sorumluluğu*, Ankara 1997, s. 273-274).

³² Belgesay, M. R., *Hukuk ve Ceza Usulü Muhakemesinde Deliller*, İstanbul 1940, s. 119.

³³ Tanverdi, M., *Medeni Usul Hukukunda Bilirkişilik*, İstanbul 1991 (Yayınlanmamış Doktora Tezi), s. 223.

bulunduğu tümüyle adli-idari nitelik taşıyan tasarruflarından kaynaklanan zararların tazmini ile gerçeğe aykırı rapor vermiş olmalarından kaynaklanan zararların tazmini arasında, ikili bir ayırım yapılması gerekir.

B. Bilirkişinin, Raporunu Hazırlamasından Önceki Evrede Rapora Hazırlık Bağlamında Gerçekleştirmiş Olduğu Tasarruflardan Kaynaklanan Zararlardan Doğan Hukuki Sorumluluğu

Bilirkişilerin, çoğunlukla tecrübe kuralları yardımıyla vakıa tespitini ya da tecrübe kurallarını vakıalara uygulayarak varmış olduğu 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, müşahade, kan alma ve benzeri eylemleri nedeniyle inceleme adı altında bizzatihi kişiler üzerinde tasarrufta bulunması mümkündür.³⁴ Bilirkişinin sözü edilen tasarrufları esnasında kendisine tevdi edilmiş olan malzemeyi (örneğin, orijinallliğini tespit bağlamında kendisine tevdi edilmiş olan tabloyu, kıymet takdiri ya da niteliğinin tayini için kendisine verilmiş bulunan vazo ya da heykelleri), bir zarara uğratması veya tıbbi inceleme evresinde kişilerin beden tamlıklarını, ruh bütünlüklerini veya sağlıklarını tehlikeye düşürmesi³⁵ her zaman olasıdır (muhtemeldir).³⁶ Sözü edilen zarar verici eylemler, kamu görevi niteliği taşıdığı tartışmasız kabul edilen adli bir görevin ifası bağlamında, adli organın istemi doğrultusunda ve onun görevlendirmesi dolayısıyla kamusal bir yetkiye dayanılmak suretiyle gerçekleştirildikleri için adli-idari eylem niteliği taşırlar ve idare, bu eylemlerden kaynaklanan zararları hizmet kusurunun varlığı nedeniyle (AY. m. 125, son f.) tazminle yükümlü tutulmalı; bu durumda Adalet Bakanlığı'na karşı idari yargı yerinde, ilgililerce tam yargı davası açılması yoluna gidilmelidir. Eğer, bilirkişi Adli Tıp Kurumu gibi resmi bir bilirkişi ise, onun memurlarının vermiş oldukları zararların tazmini açısından bu yola müracaat edilebileceğinde hiçbir kuşku duymamak gerekir.

³⁴ Tanverdi s. 218.

³⁵ Bu çerçevede örnek olarak, bilirkişinin babalık tayinine yönelik inceleme sebebiyle kan alımı evresinde göstermiş olduğu dikkatsizlik ve özensizlik sonucu, kanı alınan kişiye sarılık veya diğer bir bulaşıcı hastalığı bulaştırması gösterilebilir (Tanverdi s. 218).

³⁶ Tanverdi s. 218.

C. Bilirkişinin Gerçeğe Aykırı Rapor Vermiş Olmasından Kaynaklanan Zararlardan Doğan Hukuki Sorumluluğu

aa. Genel Olarak

Bilirkişilerin gerçeğe aykırı rapor vermiş olmalarından kaynaklanan zararların tazmininin hangi esaslara göre gerçekleştirileceği tayin edilirken, onların yargının işleyişinde üstlenmiş oldukları görevin niteliği ile bu görevin icrası sırasında bulundukları hukuki statüyü (taşımış olduğu hukuki kimliği) dikkate alıp buna göre bir sonuca varmak, daha doğru ve daha sağlıklı bir yaklaşım biçimi olur.

Bilirkişiler, klasik kamu hizmetleri arasında yer aldığı tartışmasız kabul edilen adli hizmetlerin ifasına ya da işleyişine katkı sağlamaya yönelik olarak görev yaparlar yani bir kamu görevi icra ederler.³⁷

Anayasa'nın 128. maddesinde ise, kamu görevlerinin, memurlar ile diğer kamu görevlileri aracılığı ile yerine getirileceği hükme bağlanmıştır. Bu düzenleme karşısında, bilirkişilik görevi de bir kamu görevi olduğuna göre, bilirkişilerin, bir "memur" mu; yoksa "diğer bir kamu görevlisi" mi konumunda bulundukları sorunu ortaya çıkar. Bu konuda doğru ve sağlıklı bir yargıya varılabilmesi için, kısaca anayasal bir ayrımın ürünü olan "memur" ve "diğer kamu görevlileri" kavramları üzerinde durulması gerekir.

Memur kavramının, kesin bir tanımının yapılması son derece güçtür. Bunun temel nedeni, muhtelif ülkelerin kanun koyucularının, memuru, kendi ülkelerindeki politik, sosyal ve teknik ihtiyaçları göz önünde tutarak tanımlamakta olmasıdır.³⁸ Hatta bir ülkenin muhtelif kanunlarında bile, memurun farklı şekillerde tanımlandığı ve zaman zaman "bu kanunun uygulanmasında şunlar memur sayılır" şeklinde düzenlemelere yer verildiği görülmektedir. Belirtilen bu nedenlerden ötürü, bütün zamanlar ve mekanlar açısından genel geçerliliğe sahip bir memur tanımının yapılması mümkün değildir.³⁹ Ancak 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 asli ve sürekli görevleri ifa eden kişinin, sürekli bir biçimde idari kadro ve idari hiyerarşi içerisinde yer almasıdır.⁴⁰ Anayasa'da sözü edilen "diğer kamu

³⁷ Bu konuda ayrıntılı bilgi için, bkz., Tanrıver, S., *Bilirkişinin Hukuki Statüsü, Yükümlülükleri, Yetkileri ve Sorumluluğu*, Ankara 2002, s. 33-38.

³⁸ Onar, S. S., *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, C. II, 3. B., İstanbul 1966, s. 1074; Kanlıgöz, C., 1982 Anayasası'na Göre Kamu Görevlisi Kavramının Kapsamı ve Anlamı, (AÜHFD., 1993/1-4, s. 169-196), s. 187.

³⁹ Onar s. 1074.

⁴⁰ Onar s. 1075; Güran, S., *Anayasa Mahkemesinin 1982 Anayasası Döneminde Personel Hukukuna Bakışı (Anayasa Yargısı IV)*, Ankara 1987, s. 39-66), s. 53; Şekercioğlu, M., *Ceza Hukukunda Memur Kavramı*, İstanbul 1974, s. 11.

görevlileri” kavramının içeriği, henüz tam olarak belirginlik kazanmamıştır, bu kavram hala soyut bir kavram konumundadır. Kamu görevlilerinin öncelikle ve kural olarak memurlar aracılığıyla yerine getirileceği gerekçesi ile, memur kavramını belirlemek için kullanılan ölçütler çerçevesinde diğer kamu görevlileri kavramının kapsamının (içeriğinin) tespit edilmeye çalışılması,⁴¹ memur kavramı ile kamu görevlileri kavramının özdeşleştirilmesi sonucunu doğurur ki; bu büyük bir yanılgı olur. Zira, memur kavramı ile diğer kamu görevlileri kavramı özdeş kavramlar değildir. Kamu görevlisi kavramı, memur kavramını da içeren⁴² ve kapsam itibariyle ondan daha da geniş olan bir kavramdır.⁴³ Bu durum gözetildiğinde, memur kavramını belirlemede kullanılan ölçütlerin, kamu görevlisi kavramının kapsamının tayininde kullanılamayacağı kendiliğinden ortaya çıkar. Zira, memurlar, kamu görevlilerinin küçük bir bölümünü teşkil ederler.

Kamu görevlisi kavramının unsurları genel çerçevede şu şekilde sıralanabilir:⁴⁴

a. Kamu görevinde çalışıp da memur ve işçilerin dışında kalan personelden olma,

b. Devlete kamu hukuku ilişkisi ile bağlı bulunma.

Mahkemece, Adli Tıp Kurumu gibi resmi bir bilirkişi atanmışsa, sözü edilen görevi icra edecek kurum çalışanı, zaten hem anayasa hukuku hem de idare hukuku anlamında memur konumundadır. Çünkü, resmi bilirkişi olarak görevlendirilen kurum çalışanı, bir kamu görevi icra eden, idarenin daimi ve sabit kadroları ile bürokratik-hiyerarşik yapısı içinde çalışan asli eleman konumundadır. Buna karşılık, bilirkişi olarak resmi herhangi bir kimliği bulunmayan kişiler, yani özel kişiler görevlendirilmiş ise, bunlar ne idare hukuku ne de anayasa hukuku anlamında memur sayılabılır; ancak bu kişiler de adli hizmetlerin bir parçasını oluşturan ve onunla bütünleşmiş bir konumda bulunan kamu görevi yapmaktadırlar. Sözü edilen nitelikteki bilirkişilerin (resmi olmayan bilirkişilerin) görevlendirilmeleri ile birlikte, kendilerini görevlendiren mahkeme ile bunlar arasında özel

⁴¹ Güran, S., *Anayasa'nın 128. ve 129. Maddeleri Yönünden Kamu Görevlileri, Bakanların Durumu (Anayasa Yargısı)*, Ankara 1984, s. 191-200), s. 199. Bu bağlamda bir belirleme yapılacak olursa, Anayasa'nın 128. maddesinin birinci fıkrasında sözü edilen diğer kamu görevlilerinin, ancak “idare ile bir kamu hukuku ilişkisi içinde bulunan ve hizmetin asli elemanı sayılabilecek bir görevde çalışanlar” olduğu söylenebilir (Güran, *Kamu Görevlileri* s. 199; Güran s. 46 dn. 17).

⁴² Karatepe, Ş., *İdare Hukuku*, İzmir 1988, s. 133.

⁴³ Karatepe s. 135-136.

⁴⁴ AMK., 19.4.1988 tarihli karar (RG., 23.8.1988, sa.19908, s.52).

(kendine özgü) bir kamu hukuku ilişkisi kurulur.⁴⁵ Bilirkişilerin görevlendiriliş biçiminin, görev ve yetkilerinin bir özel hukuk sözleşmesinden kaynaklanmayıp; genel çerçevede de olsa kanun hükümleriyle belirlenmiş olması, görevlendirilmelerinin adli bir organın kamusal tasarrufu ile gerçekleştirilmesi, bazı hallerde bu görevi kabulle zorunlu tutulmaları (CMUK m. 68, I/II; HUMK m. 278, I); özellikle ceza yargısı bağlamında yeminle yükümlü bulunmaları (CMUK m. 72, I); objektiflik ve tarafsızlık ilkeleri çerçevesinde faaliyet göstermeleri, bu kapsamda hakimler hakkındaki sebeplere dayanarak reddedilebilmeleri (CMUK m. 67, I; HUMK m. 277); aynı gerekçelerle kendilerini reddedebilmeleri ve tanıklıktan çekinmeye ilişkin nedenlere dayanarak görevden çekinebilmeleri (HUMK m. 238, II; CMUK m. 69, I), görevin ifasını sağlamaya yönelik olarak haklarında özel disiplin hükümleri öngörülmüş bulunması (CMUK. m. 70; m.63; HUMK. m. 278, III, m. 253); ihzaren celp edilebilme ve tutuklanabilme olanaklarının varlığı; bazı kamusal yetkilerle donatılmış bulunmaları (CMUK m. 73; HUMK. m. 279); etki altına alınmalarını temin bağlamında yapılmış olan eylem ve davranışların bir tutuklama nedeni sayılmış olması (CMUK m. 104, I/2); Türk Ceza Kanunu anlamında memur konumunda bulunmaları⁴⁶ ve adli sistem içerisinde üstlenmiş oldukları görevin bir kamu görevi niteliği taşıması, bu özel kamu hukuku ilişkisinin göstergelerini (delillerini) oluşturur. Bu açıdan yaklaşıldığında, bilirkişinin kamu görevi yapan bir kamu görevlisi, genel çerçevede resmi kimliği bulunan görevli olduğu söylenebilir.

bb. Hukuki Sorumluluklarının Belirlenmesi

Anayasa'nın 40. maddesinin 2 ve 3. fıkralarında, kişinin, resmi görevliler tarafından vaki haksız işlemler sonucu uğradığı zararların kanuna göre devletçe tazmin edileceği, devletin sorumlu durumda bulunan ilgili görevliye rücu hakkının saklı olacağı; 129. maddenin 5. 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. Yine Anayasa'nın 177. maddesinin (e) bendinde ise, "*Anayasa'nın halkoylaması sonucu kabulünün ilanı ile birlikte yürürlüğe girecek hükümleri mevcut ve kurulacak kurum, kuruluş ve kurullar için yeniden kanun yapılması*

⁴⁵ Jauernig, O., *Zivilprozessrecht*, 24. völlig neubearbeitete Auflage, München 1993, s. 202; Damm, R., *Die zivilrechtliche Haftung des gerichtlichen Sachverständigen* (JuS., 1976/6, s. 359-363), s. 359; Hopt, K., *Schadenerstaz aus unberechtigter Verfahrenseinleitung*, München 1968, s. 286; Leuch/Marbach/Kellerhals s. 523; Tanrıver, s. 43-44. Aynı durum, adli bir organ Cumhuriyet Savcısı tarafından bilirkişi görevlendirilmesi halinde de (CMUK m. 66, II) geçerlilik taşır.

⁴⁶ Bkz., *aşa* s. 14 vd.

veya mevcut kanunlarda değişiklik yapılması gerekiyorsa, bunlara ilişkin işlemler için mevcut kanunların Anayasaya aykırı olmayan hükümleri veya doğrudan Anayasa hükümleri Anayasa'nın 11. maddesi gereğince uygulanır" kuralı yer almaktadır. Bu düzenlemeyle, Anayasa'nın getirdiği yeni hükümlerin ve kurumların hayata geçirilmesi için, yeni kanunların yapılması veya mevcut kanunların değiştirilmesi gerekiyorsa, bu kanuni düzenlemeler yapıncaya kadar, ilgili Anayasa hükümlerinin doğrudan doğruya uygulanabilirliği kabul edilmiş bulunmaktadır.⁴⁷ Bilirkişilerin hukuki sorumluluğu ile ilgili olarak mevzuatta herhangi bir yasal düzenleme yer almadığına göre, bu durumda, Anayasa'nın 177. maddesinin (e) bendi uyarınca, bir kamu görevi yürüten kamu görevlisi konumunda bulunan bilirkişilerin kusurlu olarak gerçeğe aykırı rapor vermiş olmalarından kaynaklanan zararlardan dolayı hukuki sorumluluklarının belirlenmesinde de, Anayasa'nın kamu görevlilerinin hukuki sorumluluğunu öngören 129. maddesinin 5. fıkrası hükmüyle 40. maddesinin 2. fıkrası hükmü doğrudan doğruya uygulanacaktır.⁴⁸ Bu iki anayasal düzenleme birbiri ile çatışmamakta, aksine bir uyum içerisinde bulunmaktadır. Zira, her iki düzenleme de, memur ve diğer kamu görevlilerinin daha geniş bir ifadeyle resmi görevlilerin, görevlerini ifa ederken ya da yetkilerini kullanırken kusurlu davranışları ile verdikleri zararlardan dolayı devletin birinci derecede sorumluluğunu öngörmektedir. Bu durumda, Anayasa'nın 129. maddesinin 5. fıkrası anlamında kamu görevlisi; 40. maddesinin 2. fıkrası anlamında ise resmi görevli durumunda bulunan bilirkişinin, kusurlu olarak gerçeğe aykırı rapor vermiş olmasından kaynaklanan zararlardan dolayı devlet birinci derecede sorumlu olacak, ancak; onun da kusurlu bilirkişiye rücu hakkı saklı bulunacaktır.

Anayasa'nın 40. maddesinin 2. fıkrasında ve 129. maddesinin 5. fıkrasında, hakkında düzenleme öngörülen devletin sorumluluğu, niteliği itibarıyla bir kusur sorumluluğu yani dar anlamda haksız fiil sorumluluğudur.⁴⁹ Bu durum, Anayasa'nın 129. maddesinin 5. fıkrasındaki "işledikleri

⁴⁷ Gören, Z., *Temel Hakların Özel Hukuk Düzenine Etkisi, Temel Hakların Yatay (Üçüncü Kişilere) Etkisi, (Özel Hukuk ve Anayasa Mahkemesi Kararları Sempozyumu I, Ankara 2001, s. 3-33), s. 30-31; Gören, Z., Temel Hak Genel Teorisi, İzmir 1993, s.75; Özbudun, E., Türk Anayasa Hukuku, 2. B. Ankara 1989, s. 39; Tanör, B./Yüzbaşıoğlu, N., 1982 Anayasası'na Göre Türk Anayasa Hukuku, İstanbul 2001, s. 118; Teziç, E., Anayasa Hukuku, İstanbul 1998, s.192.*

⁴⁸ Bilirkişi olarak görevlendirilen Adli Tıp Kurumu gibi bir resmi bilirkişi ise onun çalışanının kusurlu olarak gerçeğe aykırı rapor tanzim etmesinden kaynaklanan zararlardan ilgililere, memur olması sebebiyle, devlet zaten Anayasa'nın 129. maddesinin 5. fıkrası ve 40. maddesinin 2. fıkrası uyarınca hukukten sorumlu olacaktır.

⁴⁹ Eren, F., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. II, 3. B. Ankara 1989, s. 178. Yani, burada devletin birinci derecede sorumlu olabilmesi için, memur veya kamu görevlisinin görevini ifası sırasında üçüncü kişilere zarar veren eyleminin veya işleminin bir haksız fiil niteliği taşıması gerekir.

kusurlardan doğan tazminat davaları” ve 40. maddesinin 2. fıkrasındaki “vaki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar devletçe tazmin edilir” ibarelerinden açıkça anlaşılmaktadır. Buradaki sorumluluğun klasik (dar anlamda) haksız fiil sorumluluğundan farklılaşmasını sağlayan olgu, zarara öncelikli olarak katlanacak kişinin kusurlu tutum ve davranışları ile zarara sebebiyet veren kendisinin değil, devlet olmasıdır.⁵⁰

Devletin, bilirkişilerin, gerçeğe aykırı rapor vermiş olmalarından kaynaklanan zararlardan sorumlu tutulabilmesi için varlığı gereken koşullar, haksız fiil sorumluluğunun unsurları da (BK m. 41) dikkate alınmak suretiyle şu şekilde sıralanabilir:

1. Bilirkişi, gerçeğe aykırı bir biçimde rapor düzenleyip vermiş bulunmalıdır.

2. Gerçeğe aykırı rapor düzenlenmesi olgusu, bilirkişinin kastının ya da ihmalinin (özellikle, ağır ihmalinin) ürünü olmalıdır.

3. Bilirkişinin kusurlu olarak gerçeğe aykırı rapor düzenleyip vermiş bulunmasından dolayı bir zarar doğmuş bulunmalıdır.

4. Kusurlu olarak gerçeğe aykırı rapor düzenlenip verilmesiyle meydana gelen zarar arasında, uygun bir illiyet bağı bulunmalıdır. Bu durumda, bilirkişinin, kusurlu iradesinin ürünü olan gerçeğe aykırı raporu, o davada, örneğin ikinci bir bilirkişi raporu alındığı için hükme dayanak yapılmamış ya da bu gerçeğe aykırı rapor olmasaydı bile, dava, yine, davayı kaybeden taraf aleyhine sonuçlanacak idiyse, artık gerçeğe aykırı bilirkişi raporu ile meydana gelen zarar arasında uygun bir illiyet bağının bulunduğundan söz edilemeyeceği için, devletin tazmin sorumluluğunun doğması mümkün olmayacaktır.⁵¹ Yine, zarara maruz kalanın kasten yahut ağır ihmal suretiyle, zararın doğumunu engelleyecek yahut bertaraf edebilecek hukuki olanakları kullanmaktan, bunları tüketmekten kaçınmış bulunması da, tazmin yükümlülüğü bağlamında, illiyet bağı kesen bir hal olarak kabul edilmelidir. Bunun ispat yükü de, sorumluluk davasının davalısı konumunda bulunan devlete ait olmalıdır.

Anayasa’nın 40. maddesinin 2. fıkrasında ve 129. maddesinin 5. fıkrasında hakkında düzenleme öngörülen devletin sorumluluğu, hukuki niteliği itibarıyla bir kusur sorumluluğu yani dar anlamda haksız fiil sorumluluğu (BK. m. 41) olup; haksız fiiller alanında da esas görevli yargı yerleri konumunda adliye mahkemeleri bulunduğuna göre, bilirkişilerin gerçeğe aykırı rapor düzenleyip vermiş olmalarından kaynaklanan zararlardan dolayı

⁵⁰ Eren, s. 178.

⁵¹ Kuru, s. 2797.

devlet aleyhine açılacak tazminat davalarına da, adliye (hukuk) mahkemelerinde bakılmalıdır. Yine, devlet (idare), bilirkişinin kusurlu olarak gerçeğe aykırı rapor düzenleyip vermiş olmasından kaynaklanan zararı, açılan tazminat davası sonucunda davacıya, yani zarar görene ödemek zorunda kalırsa, bu davranışı ile zarara sebebiyet vermiş olan bilirkişiye rücu edebilir (AY m. 129, II); açılacak olan rücu davasında da, adliye (hukuk mahkemelerinde) bakılmalıdır.

Ayrıca, bilirkişinin kasten gerçeğe aykırı beyanda bulunduğu (rapor verdiği) bir ceza mahkemesi hükmü ile sabit olması, yargılamanın yenilenmesi sebebi sayılmıştır (HUMK. m. 445/5).

C. Bilirkişinin Disipliner Sorumluluğu⁵²

Bilirkişilerle ilgili olarak disipliner yaptırım öngören hükümler, hukuk yargısı bağlamında Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda, ceza yargısı bağlamında da Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nda yer almaktadır.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 278. maddesinin 3. fıkrasında, bilirkişi olarak davete icabet yükümlülüğü olup da mahkemeye gelmekten veya davete icabet edip de, bilirkişilik görevini ifadan kaçınanlar hakkında, tanıklığa ilişkin hükümlerin (m. 253) uygulanacağı açıkça belirtilmiştir. Bu çerçevede, bilirkişiliği kabul yükümlülüğü bulunup da geçerli bir sebep olmaksızın yapılan davete icabet etmemiş olan ya da icabet edip de bilirkişilik görevini ifadan kaçınmış olan bilirkişi, para cezasına çarptırılır; yargılamanın ertelenmesine neden olmuşsa, ertelemekten kaynaklanan yargılama giderlerini ödemeye de mahkûm edilebilir. Ayrıca, bu bilirkişinin ihzaren celp edilmesi de mümkündür. Yine, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 70. maddesinde de, oy ve görüş bildirmekle yani bilirkişilik yapmakla yükümlü olan bilirkişinin, davete icabet etmemesi ya da icabet edip mahkemeye gelip yeminden veya oy ve görüşünü açıklamaktan kaçınması halinde, tanıklığa ilişkin hükümlerin (CMUK m. 63) işlerlik kazanacağı yani sözü edilen davranışları sergileyen bilirkişinin, bu tutumundan doğan giderler ile para cezasını ödemeye mahkûm edileceği; beyanda bulunmaya ya da yemini eda etmeye zorlama amacıyla sınırlı olarak, azami altı ayı geçmemek üzere hapisle tazyik olunabileceği belirtilmiştir.

Bu düzenlemelere paralellik arzeden kurallar, Alman ve Avusturya medeni kanunlarında da yer almaktadır.

Alman Medeni Usul Kanunu'nun 409. paragrafı uyarınca, bilirkişi davete icabet etmez ya da vermek zorunda olduğu raporunu tevdi etmez veya

⁵² Tanriver s. 113-115.

iadesi gereken belgeleri iadeden kaçınırsa, bu eylemlerinden kaynaklanan zararları ödemeye mahkûm edilir; para cezasına çarptırılır; itaatsizlikler yinelenecek olursa, para cezasının tutarı artırılır.

Yine, Avusturya Medeni Usul Kanunu'nun 354. paragrafının 1. fıkrası uyarınca, rapor düzenlemek üzere atanmış olan bilirkişi, raporunu makul mazeret (geçerli neden) göstermeden tevdi etmekten kaçınır (yani, raporu hiç tevdi etmez) ya da tayin edilen süreden daha sonra raporunu verir yahutta delillerin ikame edileceği oturuma usulüne uygun bir biçimde davet edilmiş olmasına rağmen davete icabet etmezse, tevdiden kaçınma, icabet etmeme ya da geç tevdiden kaynaklanmış olan masrafları tazminle mahkemece yükümlü tutulur. Bunun dışında, bilirkişiye, ayrıca mahkemece disiplin cezası (Ordnungstrafe) verilebilir ya da bilirkişi kasten raporunu tevdiden kaçınmışsa, bununla ilgili olarak öngörülmüş bulunan özel cezaya da (Mutwillenstrafe) çarptırılabilir.

Bilirkişiyi görevlendiren mahkeme, disipliner bağlamda, bilirkişinin, üstlenmiş olduğu resmi görevle çelişir nitelik taşıyan bir takım tutum ve davranışlar sergilemesi halinde ona, eyleminin ağırlığını ve niteliğini gözeterek, bilirkişi ücretinin takdiri konusunda kendisine tanınmış bulunan yetkiye dayanarak ücret kesintisi uygulayabileceği gibi; ücretin tamamının ödenmemesine de karar verebilir.⁵³ Yine, sözü edilen makamın, bilirkişiye, görevini yerine getirirken daha dikkatli davranması gerektiği; aksi takdirde, hakkında ücret kesintisi yapılması ya da ücretin bütünüyle ödenmemesi işleminin uygulanacağını öngören uyarılarda bulunması da mümkündür.

Bilirkişi olarak görevlendirilen kimse, aynı zamanda devlet memuru ya da kamu kurumu niteliğindeki bir meslek kuruluşunun mensubu ise, onun bilirkişilik görevinin yürütümü sırasında yapmış olduğu görevinin gerekleriyle bağdaşmayan tutum ve davranışları, aynı zamanda Devlet Memurları Kanunu'nun disiplin ile ilgili hükümlerinin (DMK m. 125) ya da asıl mensubu bulunduğu mesleğin genel geçerliliğe sahip davranış normlarının veya disipliner yaptırım öngören iç düzenlemelerinin ihlali niteliğini taşıyorsa, ilgili mercii bundan haberdar edilmek suretiyle oradan da disiplin cezası alması sağlanabilir.

Olması gereken hukuk açısından, bilirkişilik yapacak kimselerin tamamının, üst bir hukuki yapılanmanın çatısı altında toplanması suretiyle, bilirkişiliğin kurumsallaşması sağlanacak olursa, hem davranış normlarının standardizasyonu hem de bilirkişilere uygulanacak disipliner yaptırımların sicillerinin de tutulması suretiyle etkinliğinin artırılması; disipliner denetimin kolaylaştırılması ve durumlarının rahatlıkla izlenmesi gerçek-

⁵³ Kuru, s. 2794.

leştirilmiş olur. Bilirkişiliğin, etik kurallarının oluşturulması, bilirkişilerin denetimi ve gerçekte ehil olan kişilerin bilirkişilik yapmasının sağlanması açısından, bu alanda da kamu kurumu niteliğindeki bir meslek kuruluşuna ihtiyaç bulunduğu, bu yapılanmanın “Bilirkişi Odaları” ve “Bilirkişi Odaları Birliği” şeklinde gerçekleştirilmesinin uygun olacağı görüşü, doktrinde de dile getirilmektedir.⁵⁴ Nitekim, Adalet Bakanlığı bu tür bir yapılanmayı öngören kanun taslağı da hazırlamış durumdadır. İşlevleri itibariyle hakemlerden farklı olarak, salt bilirkişilik alanıyla sınırlı kalmak kaydıyla, “Bilirkişi Odaları” ile üst kuruluş olarak “Bilirkişi Odaları Birliği”nin oluşturulmasının, bilirkişiliğin kurumsallaştırılmasının gerçekleştirilmesi ve yozlaştırılmasının önlenmesinin sağlanması açısından son derece yararlı olacağı hususu da, doktrinde ifade edilmiştir.⁵⁵

Bilirkişiliğin bir meslek sayılmayıp; mesleğin modülasyonu (kipi) olduğu gözetilecek olursa, ancak meslekler için işlerlik kazanabilecek bir hukuki yapılanma modeli olan Oda ve Odalar Birliği şeklindeki bir yapılanmanın bilirkişilik kurumuna uygun düşmeyeceği aşikar biçimde ortadadır.⁵⁶ Çünkü, Oda ve Odalar Birliği kurumları, ancak meslekler bakımından uygulanma alanı bulabilecek olan yapılanma modelleridir. Bilirkişilik ise, her şeyden önce, bir “meslek” olarak nitelendirilemez. Meslekten söz edilebilmesi için, özel bir bilgiye ihtiyaç gösteren, öğrenilen bir sanatın, az veya çok sürekli bir biçimde icra ediliyor olması gerekir. Bilirkişilik ise, bu nitelikleri taşımamaktadır; tamamen arızı veya tesadüfi olarak icra olunan bir faaliyet konumundadır; sürekli bir biçimde icra olunmaz. Öte yandan, özel ve teknik bilgiyi gerektiren konularda oy ya da görüş bildirme ile sınırlı bir faaliyet, bir meslek olmaktan ziyade, mesleki verilerin somut planda dile getirilmesi; mesleğin bir yansıma biçimi olarak algılanabilir. Bu durumda, bilirkişi etiğinin oluşturulması, bilirkişilerin denetimi ve gerçekte, her bağlamda ehil olan kişilerin bilirkişilik yapmasının sağlanması açısından, ihtiyaç duyulan koordinasyon ve korelasyon kurumu olarak, halihazırda mahkemelerimiz bünyesinde yer alan Adalet Komisyonlarından yararlanılması düşünülebilir. Bu bağlamda, Adalet Komisyonları, meslek odaları ve onların üst kuruluşlarıyla ilişki kurmak suretiyle, mahkemelerde bilirkişilik yapacak olanların bir listesini oluşturmalı; her yıl sözü edilen

⁵⁴ Karayalçın, Y., “Bilirkişi ve Hakem Odaları Birliği” İstanbul’da Milletlerarası Tahkim Merkezi Kurulması Hakkında Adalet Bakanlığı Tarafından Hazırlanan Kanun Taslakları, Ankara 2001, s. 30-31; Yılmaz, E., aynı eser, s. 16-17.

⁵⁵ Bkz., Yılmaz, E., *Bilirkişiliğin Kurumsallaştırılması Hakkında Bir Kanun Taslağı (Bilirkişilik Sempozyumu*, 9-10 Kasım 2001, Ankara 2001, s. 538-550), s. 549-550.

⁵⁶ Aynı yönde, bkz., Kalpsüz, T., “Bilirkişi ve Hakem Odaları Birliği” İstanbul’da Milletlerarası Tahkim Merkezi Kurulması Hakkında Adalet Bakanlığı Tarafından Hazırlanan Kanun Taslakları, Ankara 2001, s.12-14.

kuruluşlarla iletişim kurmak suretiyle, bu bilirkişilik listelerini güncelleme yoluna gitmeli ve bu listelerin bir örneğini kendi bölgesinde bulunan tüm mahkemelere gönderme yoluna gitmelidir. Bu suretle, mahkemelerin, bilirkişi seçimi evresinde karşılaşılabileceği güçlükler önemli ölçüde aşılmış olur. Öte yandan, Adalet Komisyonlarına, atanmış olan bilirkişilerin, görevlerinin gerekleriyle bağdaşmayan tutum ve davranışlar sergilemesi halinde, mahkemelerin bildirimi üzerine, gerekli disiplinler işlemi yapması için konuyu bilirkişinin kayıtlı olduğu meslek kuruluşlarına intikal ettirme görevi verilmeli ve ayrıca eylemin ağırlık derecesini de gözeterek, bilirkişi olarak görev yapan kişinin isminin listeden çıkartılmasına karar verebilmesine de olanak tanınmalıdır. Bu durumdan diğer Adalet Komisyonlarının haberdar edilmesi de, ilgili Adalet Komisyonu'na bir görev olarak yüklenmelidir. Böylelikle, bilirkişi olarak görev yapacak kimsenin mensubu bulunduğu mesleğin etik kurallarına uygun davranması ve bir anlamda disipline edilmesi de belli ölçüde sağlanmış olur.

D. Bilirkişinin Cezai Sorumluluğu

I. Bilirkişinin Türk Ceza Kanunu Anlamında Memur Olup Olmadığı Sorunu

Türk Ceza Kanunu anlamında memur kavramından ne anlaşılması gerektiği, sözü edilen Kanun'un 279. maddesinde belirtilmiştir. Bu düzenlemeye göre;

“Ceza Kanunu’nun tatbikatında;

1. Devamlı veya muvakkat surette teşrii, idari veya adli bir amme vazifesi gören devlet ve her türlü amme müesseseleri memur veya müstahdemleri;

2. Devamlı veya muvakkat, ücretsiz veya ücretli, ihtiyari veya mecburi olarak teşrii, idari veya adli bir amme vazifesi gören kimseler memur sayılır.

Ceza Kanunu tatbikatında amme hizmeti görmekle muvazzaf olanlar:

1. Devamlı veya muvakkat surette bir amme hizmeti gören devlet veya diğer amme müesseselerinin memur ve müstahdemleri;

2. Devamlı veya muvakkat ücretli veya ücretsiz, ihtiyari veya mecburi surette bir amme hizmeti gören diğer kimselerdir”.

Sözü edilen maddenin 1. fıkrasında Ceza Kanunu’nun uygulanması yönünden kimlerin “memur” sayılacağı; 2. fıkrasında ise kimlerin, “amme hizmeti görmekle muvazzaf kimse” sayılacağı belirtilmektedir. Böylece, kanun, memurlar ile amme hizmeti görmekle muvazzaf kimseleri birbirinden ayırmakta; bu ayırımı ölçü olarak da bunların gördükleri işlevin (ifa ettikleri

faaliyetin) niteliğini esas almaktadır.⁵⁷ Bu durumda, yaptığı faaliyet kamu görevi olarak nitelenenler “memur”, buna karşılık yaptığı faaliyet kamu hizmeti olarak nitelenenler ise, “*amme hizmeti görmekle muvazzaflı kimse*” sayılacaktır.⁵⁸

Ceza Kanunu’nun 279. maddesindeki her iki kategori de, iki alt gruba ayrılmaktadır. Gerçekten, her iki fıkranın birinci bentlerinde, devlet veya kamu kurumu ile istihdam ilişkisi bulunan “memur”lardan veya “*amme hizmeti görmekle muvazzaflı kimse*”lerden söz edilmektedir. Her iki fıkranın ikinci bentlerinde yer alan “*amme vazifesi gören diğer kimseler*” ve “*amme hizmeti gören diğer kimseler*” şeklindeki ibareler ile, devlet ve herhangi bir kamu kurumu ile istihdam ilişkisi bulunmayan “memur”lara ve “*amme hizmeti görmekle muvazzaflı kimse*”lere işaret edilmektedir.⁵⁹ Buna göre, bir kimsenin “memur” veya “*amme hizmeti görmekle muvazzaflı kimse*” sayılabilmesi, onun subjektif durumuyla yani istihdam ilişkisi içerisinde olup olmamasıyla ilgili değildir; bir “*kamu görevi*” veya bir “*kamu hizmeti*” gören herkes, Ceza Kanunu yönünden “memur” veya “*amme hizmeti görmekle muvazzaflı kimse*” sayılmaktadır.⁶⁰

Gerek Adli Tıp görevlileri gibi resmi bilirkişiler gerekse resmi olmayan bilirkişiler, adli bir kamu görevi yapmaktadırlar;⁶¹ resmi bilirkişiler, devlet ile ya da bir kamu kurumu ile zaten istihdam ilişkisi içerisinde dirler, resmi olmayanların ise; atanması ile birlikte devlet ile aralarında kamu hukuku temeline dayalı olarak özel (kendine özgü) bir bağ kurulmuş olur. Türk Ceza Kanunu’nun 282 ve 290. maddelerinde öngörülmüş bulunan düzenlemeler, bu bağın en önemli kanıtlarıdır. Bu bağlamda, resmi bilirkişiler, Türk Ceza Kanunu’nun 279. maddesinin 1. fıkrasının 1. bendi, resmi olmayanlar ise; aynı Kanun maddesinin aynı fıkrasının ikinci bendi uyarınca, Ceza Kanunu anlamında memur sayılırlar; çünkü her iki düzenlemenin öngördüğü koşulları tümüyle bünyelerinde barındırmaktadırlar.

Hem doktrin hem de yargı uygulamasında, bilirkişilerin, Türk Ceza Kanunu’nun 279. maddesi anlamında memur oldukları hususu genel kabul görmektedir.⁶²

⁵⁷ Erman, S., *Ceza Tatbikat ve Takibatında Memur* (SBFD., 1947 (3-4, s. 235-276), s. 242; Toroslu, N., *Ceza Hukuku*, Ankara 1990, s. 236.

⁵⁸ Erman, s. 242; Toroslu, s. 236.

⁵⁹ Toroslu, s. 236.

⁶⁰ Erman, s. 242-243; Toroslu, s. 236.

⁶¹ Çetin, E., *Açıklamalı-İçtihatlı Ceza Hukukunda ve Özel Yasalarda Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılama Usulü ve Memur Suçları*, Ankara 2000, s. 13.

⁶² Erman, s. 266; Şekercioğlu, s. 23-24; Malkoç, İ., *Son Değişikliklerle Açıklamalı-İçtihatlı Türk Ceza Kanunu*, Ankara 2000, s. 592; Çetin, s. 5. “.... kamu yararı belirli bir kamu faaliyetinin seri bir şekilde ifa edilmesini gerekli kılar ve bu durumda sözü edilen

1 Nisan 2005 tarihinde yürürlüğe girecek olan yeni Ceza Kanunu 6. maddesinin 1. fıkrasının (c) bendinde, yürürlükteki Ceza Kanunu'nun 279. maddesindeki gibi kategorik ayrımlara gidilmeden, “memur” kavramı yerine onu da içeren üst bir kavram olan “kamu görevlisi” kavramını baz almış ve bu kavram tanımlanmıştır. Sözü edilen yasal düzenlemeye göre, Türk Ceza Kanunu anlamında kamu görevlisinden maksat, kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette, sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişidir. Ayrıca, yeni Ceza Kanunu'nda, kamu görevlisi dışında, kategorik bir kavram olarak yargı görevlisi kavramı da tanımlanmıştır. Yargı görevlisinden maksat ise, yüksek mahkemeler ve adli, idari ve askeri mahkemeler üye ve hakimleri de Cumhuriyet Savcısı ve avukatlardır (Yeni TCK m. 6, I/d).

Yeni Türk Ceza Kanunu, bir kişinin kamu görevlisi sayılabilmesi için, yegane ölçüt olarak, gördüğü işin bir kamusal faaliyet niteliği taşımasını esas almıştır. Kamu görevlisi sayılabilme açısından, kamusal faaliyetin yürütülmesine katılan kişilerin, maaş, ücret vesaire bir maddi karşılık alıp almamalarını yahut bu işi sürekli, süreli veya geçici olarak yapıyor olmalarının herhangi bir önemi yoktur.

Bu kavramsal tanımlamalar çerçevesinde, bilirkişiler, yargı görevlisi olarak nitelendirilemezler. Ancak, onlar Türk Ceza Kanunu kapsamında kamu görevlisi olarak nitelendirilebilirler. Nitekim, bu hususa, Kanun'un 6. maddesinin gerekçesinde “... kişi, bilirkişilik, tercümanlık ve tanıklık faaliyetinin icrası kapsamında bir kamu görevlisidir ...” denmek suretiyle açıkça işaret edilmiştir.

fonksiyonun herhangi bir vatandaş tarafından icra edilmesi adeta bir zaruret halini alır. Bazı hallerde ise, maslahata uygunluk düşünceleri dolayısıyla özel şahıslara belirli bir fonksiyon görmeleri veya fonksiyonun ifasına iştirak eylemeleri icap eder. Fakat özel bir vatandaşın amme fonksiyonunu ifa etmesi veya ifasına iştirak etmesi onun her zaman memur sayılacağına delalet etmez. Bir kimsenin memur sayılabilmesi içinde bazı şartların gerçekleşmiş olması gerekir. İlk şartta, özel kişinin böyle bir faaliyette bulunmasını “Bir kanun hükmünün açıkça uygun bulması veya müsaade etmiş olması”dır. Diğer bir şart da “Devletle hukuki tasarruf veya fiile iştirak eden şahıs arasında hususi bir amme hukuku münasebeti ve rabitasının bulunmasıdır”. Şu halde zaruret veya kamu yararı icabı herhangi bir amme vazifesinin bir vatandaş tarafından ifasına bir kanun müsaade etmiş veya uygun bulunmuş ve vatanadaş da bu fonksiyonu devlette hususi bir amme hukuku münasebeti kurup hukuki bir tasarruf veya fiilde bulunarak veya iştirak ederek ifa etmiş ise memur sayılır. Bu şartlardan birisi eksik ise, örneğin, muhbir ve meşhut suç dahilinde muvakkat yakalamada bulunan vatandaşın durumu gibi, o kimse memur sayılamaz. Yukarıda belirttiğimiz şartlara uygun olarak amme vazifesi gören özel kişilere örnek olarak, şahit, bilirkişi ve tercümanlardır. Bu kimseler, hakim tarafından verilen hükme iştirak ettikleri ve buna da kanunen mecbur oldukları (TCK m. 282) ve bunlar re'sen davet olunmaları suretiyle de sözü geçen şahıslarla devlet arasında mevzu bahis özel rabita kuruldu-

Bilirkişilerin, Ceza Kanunu anlamında memur (yeni yasal deyişle, kamu görevlisi) sayılması, her şeyden önce onlara yöneltilecek olan fiili taarruzların ve yapılacak olan hakaretlerin önlenmesinde önemli ölçüde etkili olacaktır. Yine, kanunda, bu bağlamda, resmi kimliği dolayısıyla bilirkişiyi etki altına almaya yönelik davranışlara tutuklama nedenleri arasında yer verilmiştir (TCK m. 104, I/2).

Ayrıca, bilirkişi, Ceza Kanunu anlamında memur (kamu görevlisi) konumunda bulunduğuna göre, memurların (kamu görevlilerinin) işleyebileceği suçları yani mahsus suçları da işleyebilir. Bu bağlamda, bilirkişi, rüşvet ve irtikap suçlarının (TCK m. 211, m. 209; yeni TCK m. 252; m. 250) faili olabilir. Yine, bilirkişi, üstlenmiş olduğu bilirkişilik görevinin yürütümü sırasında taşıdığı resmi sıfatın gereği ve görevi sebebiyle kendisine tevdi edilmiş olan ya da tesadüfen öğrenmiş bulunduğu resmi sırları ifşa edecek olursa, onun sözü edilen bu eylemi, Türk Ceza Kanunu'nun 229. maddesinde (Yeni TCK m. 258) öngörülen suçu oluşturur. Bilirkişinin, sergilemiş olduğu tutum ve davranışlar, koşulları oluşmuşsa, Türk Ceza Kanunu'nun 230. maddesinde (Yeni TCK m. 257, II) öngörülen görevi ihmal suçuna da vücut verebilir.⁶³ Bilirkişi olarak atanan kişi, kanunen bilirkişilik yapma zorunluluğu bulunan kimselerden olup (CMUK m. 68, I, II; HUMK m. 278, II), müteaddit olarak gelmemenin sonuçlarını öngören ihtarı da içerecek şekilde usûlüne uygun bir biçimde mahkemeye davet edilmesine rağmen gelmemiş ya da bilirkişiliği kabul zorunluluğu olmayanlar da dahil bilirkişi olarak görevlendirilen kimse yapılan davete icabet etmiş, bilirkişilik yapmak üzere mahkemeye (HUMK m. 281, II ve III; CMUK m. 75, II) gelmiş, bu görevi kabul etmiş; fakat hiçbir sebep göstermeksizin bilirkişilik görevini ifadan kaçınmışsa⁶⁴ yani kanunda yazılı süreler çoktan geçmiş ol-

ğundan, Ceza Kanunu'un 279. maddesi anlamında ve "diğer kimseler"" tabiri içine dahil memurlardır (CGK, 25.11.1985, 4101595, Savaş, V./Mollamahmutoğlu, S., *Türk Ceza Kanunu'nun Yorumu*, C. II, 3.B., Ankara 1998, s. 2796).

⁶³ Öztürk, B./Erdem, M. R. /Özbek, V. Ö., *Ceza Muhakemesi Hukuku Temel Bilgiler*, Ankara 2001, s. 179. Yeni Ceza Kanunu'nda, görevin gereklerinin yerine getirilmesinde ihmal veya gecikme gösterilmesi olarak tanımlanan ve eski Türk Ceza Kanunu'nun 230. ncu maddesinde yer alan görevi ihmal suçu, kavramsal çerçevede kaldırılmış ve bu durum da yeni Kanun'un 257. maddesinde görevi kötüye kullanma suçunun kapsamı içerisinde mütalaa edilmiştir (m. 257, II). Bu hususa, madde gerekçesinde, yeni Kanun'da, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda yer alan keyfi muamele, görevi kötüye kullanma ve görevi ihmal suçları ayırımından vazgeçilmiş, şeklinde açıkça işaret edilmiştir.

⁶⁴ Bilirkişilik görevini ifa için mahkemeye gelen davete icabet eden kimse asılsız bir sebep ileri sürmek sebebiyle bu görevini yerine getirmekten kaçınır yani sözlü ya da yazılı olarak açıklama yapmazsa (raporunu vermezse) o, bu eylem ile görevi ihmal suçunu öngören norma (TCK m. 230) nazaran daha özel bir norm konumunda bulunan asılsız bir sebep ileri sürerek bilirkişilik görevini ifadan imtina suçunu (TCK m. 282) işlemiş olur.

masına rağmen raporunu vermemişse;⁶⁵ onun sergilemiş olduğu bu tutum ve davranışları, Türk Ceza Kanunu'nun 230. maddesinde (Yeni TCK m. 257) öngörülen suçu oluşturur. Ancak, ikinci halde de sözü edilen suçun oluşabilmesi için, bilirkişinin, mahkemece raporu vermemenin sonuçlarını da içerecek biçimde uyarılmış olması aranmalıdır. Her ne kadar, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 278. maddesinin 3. fıkrasında, bilirkişilerin mahkemeye gelmekten veya gelip de bilirkişilik görevini ifadan kaçınmaları halinde, tanıklığa ilişkin hükümlerin uygulanacağı; bu bağlamda bilirkişilerin para cezasına, talikten mütevellit masraflara da mahkûm edilebilecekleri ve ihzaren celp edilecekleri belirtilmiş ve buna paralel bir düzenlemeye de Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 70. ve bu madde delaletiyle aynı Kanun'un 46. maddesinde yer verilmişse de, sözü edilen hükümler disiplin hükümleri konumunda bulunup, bir fiil aynı zamanda hem disiplin ceza hukuku hem de genel ceza hukuku bakımlarından ayrı ayrı suç oluşturabileceğinden, bilirkişinin yukarıda kendisine işaret edilmiş olan eylemi, ceza hukuku yönünden özel bir düzenleme öngören Türk Ceza Kanunu'nun 282. maddesinde belirtilen suça vücut vermeyeceği için, ona nazaran daha genel bir norm niteliği taşıyan ve Türk Ceza Kanunu'nun 230. maddesinde (Yeni TCK m. 257'de) yer alan suçunu kapsamına giren bir fiil olarak algılanmak gerekecektir.

Bilirkişi, taraflardan birisince vaat olunan para veya herhangi bir çıkar karşılığında adliye huzurunda gerçek dışı rapor vermiş veya oy ve görüş açıklamışsa, sözü edilen eylem hem rüşvet suçuna (TCK m. 211; yeni TCK m. 252) hem de gerçeğe aykırı rapor verme suçuna (TCK m. 290; yeni TCK m. 276, I) vücut verir ve bu durumda, sanık bilirkişiye, her iki suçtan ötürü

⁶⁵ "Asliye hukuk mahkemesince bilirkişi olarak dinlenen belediye fen memurunun iki kez yazı ile uyarılmasına karşın, raporunu vermeme biçiminde beliren eylemi nedeniyle TCK'nın 230. maddesi ile cezalandırılmasına ilişkin olan yerel mahkeme kararı (tebliğ namesindeki bozma düşüncesine aykırı olarak) 4. Ceza Dairesi'nin 11.10.1992 tarih ve 6383/6881 sayılı kararı ile onanmıştır" (Çetin, s. 13 dn 21). "Oluşa göre, bilirkişi sanığın, rapor ve dosyayı bir yılı aşkın sürede vermemekten ibaret eyleminin görevi savsama suçunu oluşturduğu gözetilmeden, TCK'nın 240. maddesine hüküm kurulması ...Dikili Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 1992/87 esas sayılı dosyasında 9.9.1993, 1993/67 esas sayılı dosyasında 23.9.1993 tarihlerinde yapılan keşiflerde bilirkişi olarak görev yapan sanığın belirlenen sürede rapor ve dosyaları vermediği dairemizin 4806 ve 5065 sayılı dosyalarının incelenmesinden anlaşılmasına göre, aralarında kişisel ve eylemsel bağ nedeniyle iki dava birleştirilerek, aynı suçu işleme kararı ile davranıp davranmadığı ve olayda TCY'nin 230 ve 80. maddelerinin uygulama yeri bulunup bulunmadığının tartışılarak hüküm kurulması gerekirken her eylemin bağımsız suçu sayılması, yasaya aykırıdır..." (4. CD., 25.06.1996, 5068/5912; Günay, E., *Uygulamada Hakim, Savcı, Avukatlar ve Diğer Adli Personelin İşledikleri Suçlar ve Soruşturmalar*, Ankara 1997, s. 264).

ayrı ayrı ceza verilir ve bu cezalar gerçek içtima kurallarına göre içtima ettirilir (TCK m. 78).⁶⁶

II. Bilirkişilikle İlgili Olarak Türk Ceza Kanunu'nda Öngörölmüş Bulunan Özel Bazı Suçlar

1. Asılsız Bir Sebep İleri Sürmek Suretiyle Bilirkişilik İçin Yapılmış Olan Davete İcabet Etmemek veya Bilirkişilik Görevini İfadan Kaçınmak Suçu (TCK. m. 282)

Türk Ceza Kanunu'nun 282. maddesinde, usulüne uygun olarak adli makamlarca davet edilmiş bulunan bilirkişinin, asılsız bir sebep ileri sürmek suretiyle davete icabet mecburiyetinden varestede tutulmuş olması veya icabet etmekle beraber asılsız bir sebep ileri sürmek suretiyle bilirkişilik görevini ifadan kaçınmış bulunması, bir suç sayılmıştır. Sözü edilen fiillerin suç olarak öngörülmesi ile, genel çerçevede adli faaliyetin kesintisiz bir biçimde ve aksatılmadan işleyişinin sağlanması amaçlanmıştır.⁶⁷

Bu suçun failini, yani aktif süjesini, ancak bilirkişiliği kabul zorunluluğu bulunan kimseler oluşturabilir; böyle bir zorunluluğu bulunmayan kimseler bakımından, Türk Ceza Kanunu'nun 282. maddesinde suç olarak öngörülen durumun gerçekleşmesi mümkün değildir.⁶⁸ Kanımızca, bilirkişilik yapma zorunluluğu bulunmasa bile, bir kimse, bilirkişilik görevini kabul edip mahkemeye gelmiş, dava dosyası kendine tevdi edilmişse, artık onun görevini ifadan asılsız bir sebep ileri sürmek suretiyle kaçınması halinde de, Türk Ceza Kanunu'nun 282. maddesinde öngörölmüş olan düzenleme işlerlik kazanır.

Her şeyden önce, bilirkişi olarak görevlendirilmek istenen kimsenin, bu görevin ifası için, yargı yetkisine sahip adliye makamları⁶⁹ tarafından usulüne uygun olarak davet edilmiş bulunması gerekir.⁷⁰

Türk Ceza Kanunu'nun 282. maddesinde öngörülen suçun maddi unsuru, adli makamlarca usulüne uygun bir biçimde bilirkişi olarak da-

⁶⁶ Şengün, s. 462.

⁶⁷ Yarsuvat, A., *Türk Ceza Kanunu'nun 282. Maddesi Üzerine Bir İnceleme* (AD., 1969/2, s. 95-106), s.96.

⁶⁸ Erem, F., *Adliye Aleyhinde Cürümler*, Ankara 1955, s. 6; Erem, F., *Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler*, C. II, Ankara 1993, s. 1502. Aynı yönde bkz. Yarsuvat, s. 104.

⁶⁹ Adliye makamları kavramının kapsamı içerisine, adliye mahkemelerinin yanı sıra, Yüce Divan sıfatıyla Anayasa Mahkemesi, askeri ve idari yargı yerleri ile savcılık da dahildir (Erem, *Şerh*, s. 1502; Erem, *Adliye*, s. 4; Yarsuvat, s. 101). Şüphesiz ki; burada sözü edilen adli makamlar, Türk adli makamlarıdır. Yabancı adli makamlar kapsam dışı tutulmuştur (Yarsuvat, s. 101).

⁷⁰ Erem, *Adliye* s. 3; Erem, *Şerh*, s. 1502; Yarsuvat, s. 101.

vet edilmiş bulunan kimsenin “asılsız bir sebep ileri sürmek suretiyle icabet mecburiyetinden varestede tutulmuş” veya “icabet etmekle beraber asılsız bir sebep ileri sürmek suretiyle bilirkişilik görevinden kaçınmış” olmasıdır.⁷¹ Davet usulüne uygun bir biçimde yapılmamışsa, ileri sürülen mazeret asılsız bulunsa bile, mevcut olmayan bir görevden kaçınılmış olacağı için, bu durum Türk Ceza Kanunu’nun 282. maddesinde öngörülen suça vücut vermez.⁷² Asılsız bir sebep ileri sürmekten maksat, gerçeğe aykırı mazeret beyanıdır; bu beyan, yazılı veya sözlü olarak yapılabilir.⁷³ Doğruluk derecesi şüpheli bir nitelik taşısa bile, bir kanun hükmünün yorumundan hareketle bir mazeret ileri sürülmesi, asılsız bir sebep sayılamaz.⁷⁴ Bilirkişi asılsız bu sebebi ileri sürmekle kalmayıp; bu sebebin doğruluğunu ortaya koymak amacıyla sahte bir belge (örneğin, hatıra binaen veya çıkar karşılığı elde edilmiş bir doktor raporu) ibraz etmiş; adli makam da sözü edilen belgeye (yani doktor raporuna) itimat ederek bilirkişi olarak atanan kimseyi görevden muaf tutmuşsa, bu durumda onun, hem Türk Ceza Kanunu’nun 282. maddesi hem de aynı Kanun’un 354. maddesi uyarınca, ayrı ayrı cezalandırılması ve bu cezaların gerçek içtima kurallarına göre içtima ettirilmesi gerekir.⁷⁵ Bilirkişinin yalnızca davete icabet etmemiş olması ya da bilirkişilik görevini ifadan kaçınmış bulunması, tek başına Türk Ceza Kanunu’nun 282. maddesindeki suçun oluşumu için yetmez.⁷⁶

Sözü edilen suçun manevi unsurunu, genel kasıt oluşturur; bilirkişinin hareketi bilerek ve isteyerek yapmış olması yeterlidir. Saik ve amaç, bu bağlamda her hangi bir önem taşımaz; yani özel kasıt aranmamıştır.⁷⁷

⁷¹ Erem, *Adliye*, s. 5; Erem, *Şerh*, s. 1503; Yarsuvat, s. 106. “TCK’nın 282. maddesinde düzenlenen kanunen yapılması gereken görevden kaçınma suçunun oluşması için aşağıdaki koşulların gerçekleşmesi gerekir:

- a. Fail; tanık, bilirkişi veya tercüman olmalı,
- b. Yargı yetkisini kullanan adli, idari veya askeri yargı makamları tarafından davet edilmeli,
- c. Fail usulüne uygun şekilde çağrılmalı,
- d. Fail gerçeği yansıtmayan uydurma sebepler ileri sürerek kendisini çağıran adli makama gelmekten varestede tutulmasını talep etmiş olmalı,
- e. Veya fail davete uyararak adli makama geldiği halde asılsız sebep ileri sürerek adli görevi yapmaktan kaçınmalı,
- f. Fail gerçeğe aykırı sebepleri bilerek ve isteyerek ileri sürmelidir.

Bu açıklamaların ışığında olayımıza baktığımızda; sanık asliye hukuk mahkemesinin çağrısına uyararak bilirkişi sıfatıyla keşfe katılmış ve raporunu verilen sürede sunamamıştır. Verdiği mazeret dilekçesinde ileri sürdüğü sebeplerin asılsız olduğu kanıtlanmamıştır. Sanık mazeret olarak ileri sürdüğü yurtdışına çıktığını gösterir pasaport fotokopisini ibraz etmemiştir. Bu nedenle sanığın asılsız sebep ileri sürerek bilirkişilik görevinden kaçındığı kanıtlanamadığından TCK’nın 282. maddesinde yer alan suçun unsurları olayda gerçekleşmemiştir...” (CGK, 6.11.1989, 2.275/332; Yaşar, O., *İçtihatlı Türk Ceza Kanunu*, Ankara 2001, s. 639-640). “TCK’nın 282/1. maddesindeki suçun oluşabilmesi için, bilirkişi olan sanığın raporu vermemesinin

Türk Ceza Kanunu'nun 282. maddesinde öngörülen bu suçu işleyen bilirkişiye, altı aya kadar hapis, muayyen bir miktar ağır para cezası ve ayrıca hükmedilen hapis cezasının tutarı ölçüsünde meslek ve sanatına tatil cezası verilir. Bilirkişi hakkında, sadece para cezasına hükmedilmişse, artık meslek ve sanatın tatili cezasının uygulanmasına olanak kalmaz.⁷⁸ Çünkü, anılan yasal düzenlemede, hapis cezasına mahkûmiyet halinde kanuni sonuç olarak meslek ve sanatın tatili cezasının işlerlik kazanabileceği açıkça belirtilmiştir.⁷⁹ Ayrıca, faile ceza tayininde, failin pişmanlığının herhangi bir önemi yoktur.⁸⁰

Yürürlükteki Türk Ceza Kanunu'nun 282. maddesinde öngörülmüş olan bu suç, 1 Nisan 2005 tarihinde yürürlüğe girecek olan yeni Türk Ceza Kanunu'nda yer almamaktadır. Sözü edilen suç, spesifik bir eylemi öngörüp, artık bu spesifik eyleme de yeni Türk Ceza Kanunu'nda yer verilmediğine göre, 1 Nisan 2005 tarihinden sonra, asılsız bir sebep ileri sürmek suretiyle, bilirkişilik için yapılmış olan davete icabet etmemek veya icabet edip de bilirkişilik görevini ifadan kaçınmış bulunma halinde, bilirkişi hakkında, ancak bir kamu görevlisi niteliğini taşıması sebebiyle, olsa olsa genel norm konumunda bulunan, görevi kötüye kullanma suçu ile ilgili yasal düzenleme (m. 257) işlerlik kazanabilecektir.

2. Gerçeğe Aykırı Bildirimde Bulunma (Rapor Verme) Suçu (TCK. m. 290)

Türk Ceza Kanunu'nun 290. maddesinde, bilirkişinin, adli makamlara gerçeğe aykırı rapor düzenleyip tevdi etmiş veya bu makamlar huzurunda bilirkişi sıfatıyla gerçek dışı sözlü beyanlarda bulunmuş olması, bir suç olarak öngörülmüş ve böylelikle bilirkişinin doğruyu beyan (gerçeği

asılsız bir sebebe dayanması gerektiği cihetle, davete icabet ettiği halde, mücerret rapor vermekten affını istemesinin bu maddedeki suçu oluşturmayacağı..." (2. CD., 22.10.1985, 6156/8305, Savaş/Mollamahmutoğlu, s. 2847).

⁷² Yarsuvat, s. 102.

⁷³ Yarsuvat, s. 103; Erem, *Şerh*, s. 1503; Erem, *Adliye*, s. 5.

⁷⁴ Yarsuvat, s. 103.

⁷⁵ Erem, *Adliye*, s. 5; Erem, *Şerh*, s. 1503; Yarsuvat ise burada gerçek içtimanın değil, fikri içtimanın olacağını Türk Ceza Kanunu'nun 354/1-3 maddesinde öngörülen suçla 282. nci maddesinin kaynaştığı tek bir fiile sözü edilen kanunun iki ayrı hükmünün ihlal edildiğini; burada sahte rapor kullanılması suretiyle asılsız sebep ileri sürülmesinin gerçekleştirildiği kanısını taşımaktadır (Yarsuvat, s. 103).

⁷⁶ Yarsuvat s. 103; Erem-Şerh s. 1503; Erem-Adliye s. 5.

⁷⁷ Erem, *Şerh*, s. 1503; Yarsuvat, s. 105.

⁷⁸ Erem, *Adliye*, s. 78; Yarsuvat, s. 106.

⁷⁹ Yarsuvat, s. 106.

⁸⁰ Yarsuvat, s. 105.

söyleme) ödevi güvence altına alınmak istenmiştir.⁸¹ Gerçekten sözü edilen kanun hükmü uyarınca, “... adliye huzuruna davet olunarak hakikata mûgayir rey ve malûmat veren ehlihibre..., yalan yere tanıklık edenlere özgü cezalarla cezalandırılır”; yani, Türk Ceza Kanunu’nun 286 ve 289. maddeleri bilirkişilere de uygulanır”.⁸² Bu suç da, adliyeye karşı işlenen suçlar arasında yer almaktadır.

Bilirkişinin gerçeğe aykırı bildirimde bulunma veya rapor verme eylemini, usulüne uygun olarak kendisini bilirkişi sıfatıyla davet etmeye ve bu sıfatla dinlemeye yetkili olan bir adli makam huzurunda kanunun değişiyse “ehlihibre istimaina selahiyattar bir memur veya heyet huzurunda” işlemiş olması gerekir.

Suçun maddi unsurunu, bilirkişinin gerçek dışı bildirimde (hilafı hakikat beyanda veya mütalaada) bulunması oluşturur. Gerçeğe aykırı bildirimde bulunmaktan maksat, doğru olmayanı, doğruymuş gibi göstermek veya doğru olanı, yanlış aksettirmektedir.⁸³ Failin cezalandırılabilmesi, bilirkişinin hükme etkili olması şartına bağlı değildir; bu durum hukuk davaları açısından da geçerlilik taşır.⁸⁴

Bilirkişilerce, gerçeğe aykırı biçimde raporun düzenlenip mahkemeye verilmesinden sonraki evrede, kamu davasının imkansızlığı anlaşılabilecek olursa, sözü edilen rapor verme eylemi, Türk Ceza Kanunu’nun 290. maddesinde öngörülen suça vücut vermez.⁸⁵ Çünkü, gerçeğe aykırı bildirimde bulunma, adli faaliyeti tümüyle yanlış yöne sevk edeceği için suç sayılmıştır; adliyenin dava açmaya esasen yetkili olmadığı hallerde, onun yanıltıldığından zaten söz edilemez.⁸⁶

Türk Ceza Kanunu’nun 290. maddesinde öngörülen suç, bilirkişinin gerçeğe aykırı bildirimde bulunduğu anda yani gerçeğe aykırı raporunu

⁸¹ Şengün, s. 461; Tanrıver, s. 49.

⁸² Şengün, s. 461; “Hukuk davasına konu inşaat üzerine keşif yapıp uzman bilirkişilere incelenilerek, katılanın iddia ettiğinin araştırılmasının sanık tarafından düzenlenen raporun gerçeğe uygun olup olmadığının saptanması ve sonucu göre eylemin TCY’nin 290. maddesine girip girmediğinin tartışılması gerekirken eksik soruşturma ve gerekçeyle karar verilmesi ...” (4. CD., 1.6.1999, 4641/5302, Taşdemir/Özkepir s. 658); “... sınırları belirli taşınmazdaki ağaç miktarını gerçeğe aykırı olarak az gösteren bilirkişinin eyleminin TCY’nin 290. maddesine uyduğunun gözetilmemesi, yasaya aykırı olup eylem TCY’nin 230. maddesine uygun değildir” (4. CD., 3.4.1991, 182/2025; Günay, s. 265).

⁸³ Erem, Adliye, s. 32; Erem, F., Yalan Şahadet, Hakikate Aykırı Bilirkişilik ve Tercümanlık (AÜHFD., 1954/3-4, s. 42-59), s. 46; Şengün, s. 462.

⁸⁴ Erem, Adliye, s. 31; Şengün, s. 462.

⁸⁵ Erem, Adliye, s. 32; Erem, Yalan Şahadet, s. 46.

⁸⁶ Erem, Adliye, s. 32; Erem-Yalan Şahadet s. 46.

merciine ibraz ettiği anda tamamlanmış olur; sözü edilen suçun tekemmülü için adliye veya bir kimseye zarar verilmiş olması şart değildir.⁸⁷ Gerçek dışı bildirimin, sanığın lehine veya aleyhine bir durum yaratmasının da, bu bağlamda her hangi bir önemi yoktur.⁸⁸

Sonuçlarını bilerek ve isteyerek gerçeğe aykırı bildirimde bulunma veya rapor verme Türk Ceza Kanunu'nun 290. maddesinde öngörülmüş olan suçun manevi unsurunu oluşturur; saikin bu bağlamda hiç bir önemi bulunmamaktadır.⁸⁹ Dikkatsizlik veya ihmal yüzünden yani taksirli olarak beyanda bulunma halleri kastın kapsamı dışında kalır.⁹⁰ Bu durumda, bilirkişinin kendi bilgi ve değerlendirmesine göre bildireceği oy veya görüşün hatalı bir nitelik taşıyor olması, kastının bulunmaması halinde, anılan suçun oluşumuna vücut vermeyecektir. Sözü edilen suçun oluşumu bakımından, bilirkişinin yeminli veya yeminsiz dinlenmiş ya da beyanda bulunmuş olması arasında kanunda herhangi bir ayırım gözetilmemiştir; ancak ceza yargısı bağlamında bilirkişinin yeminsiz dinlenmiş olması ve görüş beyan etmesi bir hafifletici neden sayılmıştır (TCK m. 281, IV).⁹¹ Yine, gerçeğe aykırı bildirimde bulunan bilirkişi, çağırılması gerekmeyen veya çekinmeye hakkı bulunan kimselerden olduğu halde, mahkemece kendilerine çekinebilecekleri ihtar yapılmamışsa, ceza verilemez (TCK m. 288, I/2). Bunun dışında, gerçeğe aykırı bildirimde bulunan bilirkişi, hükmün bildirilmesinden önce beyanından dönerek gerçeği açıklamış; yani faal nedamet vukuu bulmuşsa, somut durumun özelliklerine göre, cezası indirilebileceği gibi tamamen de kaldırılabilir (TCK m. 289). Faal nedamet cezası tümüyle kaldırıcı etkisi ceza davalarıyla sınırlıdır. Buna karşılık, hukuk davalarında ise faal nedamet, ilişkin bulunduğu dava sonucunda verilen hükmün bildirilmesine kadar geçen zaman kesiti içinde vuku bulmak kaydıyla, cezası kaldırılmaz sadece azaltır.⁹²

Gerçeğe aykırı bildirimde bulunulması ya da rapor verilmesi, üç seneden fazla hürriyeti bağlayıcı cezası gerektiren bir cürümün tahkikat ve yargılaması sırasında vuku bulmuşsa, bilirkişiye verilen ceza artırılır; ona verilecek cezanın alt sınırı üç yıl üst sınırı ise on yıl ağır hapidir. Eğer gerçek dışı bilirkişi raporu, sanığa müebbet hapis cezası verilmesine neden olmuşsa, sözü edilen eylemi gerçekleştiren bilirkişiye verilecek ceza on beş yıldan az olamaz, hükme esas alınmış bulunan gerçeğe aykırı bilirkişi raporu nedeniyle sanık ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına çarptırılmış-

⁸⁷ Erem, *Adliye*, s. 33; Erem, *Yalan Şahadet*, s. 47; Şengün, s. 462.

⁸⁸ Şengün, s. 462.

⁸⁹ Erem, *Yalan Şahadet*, s. 48; Erem, *Adliye*, s. 34-35; Şengün, s. 462.

⁹⁰ Şengün, s. 462.

⁹¹ Şengün, s. 462.

⁹² Şengün, s. 462.

sa, gerçeğe aykırı bildirimde bulunmuş veya rapor vermiş olan bilirkişiye, ağırlaştırılmış müebbet hapis veya müebbet hapis cezası verilir (TCK m.290; m. 286, II, III).

Sözü edilen şiddet sebebi, doğası gereği, yalnızca ceza davalarına münhasırdır; bu tür davalarda da, kabahatler ile üç seneden az hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektiren cürümler bakımından şiddet sebebi işlerlik kazanamaz.

1 Nisan 2005 tarihinde yürürlüğe girecek olan yeni Türk Ceza Kanunu'nun 276. maddesinin 1. fıkrasında, bilirkişinin gerçeğe aykırı bildirimde bulunması, halihazırdaki Türk Ceza Kanunu'nun 290. maddesinde yer alan düzenlemeyle paralellik gösterecek şekilde bir suç olarak öngörülmüştür. Yeni Ceza Kanunu'nun 276. maddesinin 1. fıkrasına göre, yargı mercileri veya suçtan dolayı kanunen soruşturma yapmak veya yemin altında tanık dinlemek yetkisine sahip bulunan kişi ve kurul tarafından görevlendirilen bilirkişinin, gerçeğe aykırı mütalaada bulunması halinde, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı hükme bağlanmıştır. Suçun kanuni unsurları (maddi ve manevi unsurunun) bağlamında, bu yeni düzenleme ile eski düzenlemenin büyük ölçüde örtüştüğü de söylenebilir. Yeni düzenlemede, hali hazırdaki düzenlemede yer alan "*ehlihibre istimanna selahiyattar memur veya heyet*" ibaresine, doktrinde bu bağlamda yapılan eleştirilere uygun olarak açıklık getirilmiştir. Buna göre, bilirkişinin, kendisini görevlendiren yargı mercilerinin yanı sıra suçtan dolayı soruşturma yapmak veya yemin altında tanık dinleme yetkisine sahip kişi ya da kurul huzurunda gerçek dışı oy ve görüş bildiriminde bulunması halinde de, Kanun'un 276. maddesinin 1. fıkrasında öngörülen suç vücut bulacaktır. Yeni yasal düzenleme ile, ceza bağlamında, halihazırdaki kanundakinden farklı olarak yalan tanıklık ve yalan yere yemin etmek suçlarıyla herhangi bir ilişki kurulmadan, değişkenlikten uzak bir biçimde alt sınırı bir yıl; üst sınırı ise üç yıl olan tek tip ceza verileceği esası benimsenmiştir.

Bunların dışında, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'na göre, bilirkişinin, hükme etkili olacak surette mahkum aleyhine ya da sanık veya mahkum lehine kasıt veya ihmal ile gerçeğe aykırı olarak rapor vermesi veya görüş bildirmesi, bir yargılamanın yenilenmesi sebebi sayılmıştır (CMUK m. 327/2, 330/2).

Halihazırdaki Ceza Kanunu, ayrıca, yalancı bilirkişi tedarikini de, müstakil bir suç saymıştır (TCK m. 291). Yine, müdafinin kabul ettiği bir davada, bilirkişinin sahabetini (korumasını) istihsal etmek veya ona mükafat eylemek bahanesiyle müvekkilinden para ve sair eşya alması da suçtur (TCK m. 295).

Sözü edilen suçlar, Yeni Ceza Kanunu'nda yer almamaktadır. Yeni Ceza Kanunu'na göre, bir olayla ilgili olarak başlatılan soruşturma veya kovuşturma kesin hükümle sonuçlanıncaya kadar, bilirkişileri etkilemek amacıyla alenen sözlü veya yazılı beyanda bulunmak suçtur; suç teşkil eden eylemi işleyen kişiye de, 6 aydan üç yıla kadar hapis cezası verilir. Sözü edilen suçun basın veya yayın yolu ile işlenmesi halinde, verilecek olan ceza, yarı oranında artırılır (Yeni TCK m. 288). *“Adil yargılamayı etkilemeye teşebbüs”* başlığı altında düzenlenen bu suçun, halihazırdaki Kanun'un 291 ve 295. maddelerinde öngörülen suçları karşıladığı söylenemez. Ayrıca, bilirkişi ile adil yargılanma arasında doğrudan bir ilişki de mevcut değildir.

Burada, son olarak, 5020 sayılı Bankalar Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik yapılmasına Dair Kanun'un 1 ve 2. maddeleriyle, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 286., Ceza Muhakemeleri Kanunu'nun ise 76. maddesine, genel norm şeklinde bir eklemeye bulunmak suretiyle ihdas edilmiş olan suç türü üzerinde durmakta yarar vardır. Anılan yasal düzenleme, *“Mahkemeye sunulan bilirkişi raporunun maddi olgu ve fiili gerçeklerle bağdaşmadığı yönünde kuvvetli emare ve şüphelerin bulunduğu kanaatine ulaşıldığı takdirde, bu bilirkişiler hakkında diğer kanunlardaki hukuki ve cezai sorumluluklar saklı kalmak şartıyla 19.04.1990 tarihli ve 3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu hükümleri uyarınca işlem yapılmak üzere dava dosyasının tasdikli bir örneği yetkili Cumhuriyet Savcılığı'na gönderilir”* şeklindedir. Bu norm, genel bir normdur ve sözü edilen normun uygulama alanını bankalarla, ilgili olarak mahkemelere sunulmuş bulunan bilirkişi raporları ile sınırlandırmaya da imkan yoktur. Şöyle ki; anılan norm ile ihdas edilen suçun işlerlik kazanacağı alan, sadece bankalarla ilgili bilirkişi raporları ile sınırlı kalsaydı, ya bu hususa sözü edilen düzenlemede, bankalarla ilgili olduğuna dair bir kayıt düşülmek suretiyle açıkça işaret edilirdi; yahutta usul kanunlarına değil de; Bankalar Kanunu'na bir ilavede bulunulmak suretiyle bu irade açıkça ortaya konulurdu. Nitekim, madde gerekçesinde de, kendisine işaret edilen ceza normunun genel bir ceza normu niteliği taşıdığına; uygulama alanının yalnızca bankalarla ilgili olarak mahkemeye sunulan bilirkişi raporlarıyla sınırlı kalmadığına açıkça temas edilmiştir.⁹³

⁹³ 5020 sayılı Kanun'un 1 ve 2. maddelerinin, madde gerekçeleri aynen şöyledir: “Maddeyle, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 286. maddesine fıkra eklenerek, mahkemeye sunulan bilirkişi raporunun maddi olgu ve fiili gerçeklerle bağdaşmadığı yönünde kuvvetli emare ve şüphelerin bulunduğu kanaatine ulaşıldığı takdirde, bu bilirkişiler hakkında diğer kanunlardaki hukuki ve cezai sorumluluklar saklı kalmak şartıyla, 19.4.1990 tarihli ve 3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu hükümleri uyarınca işlem yapılmak üzere dava dosyasının tasdikli bir örneğinin yetkili Cumhuriyet savcılığına gönderilmesi öngö-

Mahkemeye sunulan bilirkişi raporunun maddi olgu ve fiili gerçeklerle bağdaşmaması suçu, nitelik itibarıyla, halihazırdaki Türk Ceza Kanunu'nun 290. maddesinde yer alan gerçeğe aykırı oy ve görüş bildirme (rapor tanzim etme) suçunun, farklı bir dille tanımlanmasından başka bir şey değildir. Bu durumda, 5020 sayılı Kanun'da yer alan düzenlemeden sonra, ceza hukukunun evrensel ilkeleri arasında yer alan, *"Aynı fiilden ötürü, bir kimse ancak bir kez yargılanabilir ve hakkında bir kez hüküm verilebilir"* (cezalandırılabilir), şeklinde ifade edilen *"ne bis idem"* kuralı ihlal edilmiştir. Çünkü, esas itibarıyla, gerçeğe aykırı oy ve görüş bildirme biçiminde beliren eylemden dolayı, bilirkişi hakkında hem Türk Ceza Kanunu'nun 290. maddesi uyarınca hem de 3628 sayılı Kanun hükümleri uyarınca işlem yapılması söz konusu olabilecektir.

Bu belirtilen durum dışında, 5020 sayılı Kanun ile yaratılan ve bilirkişinin raporunun maddi olgu ve fiili gerçeklerle bağdaşmadığı şeklinde tanımlanan suç, ceza hukukunun temel ilkeleri arasında yer alan *"belirli-lik"*, *"açıklık"* ve *"kesinlik"* ilkelerini gerçekleştirmekten yoksun bulunduğu için, bilirkişi güvenliğini tehdit eder bir nitelik taşımaktadır. Çünkü, rapor aleyhine olan kişinin, her zaman, raporun, maddi olgu ve fiili gerçeklerle bağdaşmadığı şeklinde bir iddiada bulunmak suretiyle, bilirkişinin, rapor tanziminden önceki evreye kadar malvarlığında husule gelmiş olan artışların sorgulanmasını ve bilirkişinin bu artışı izah etme ve gerekçelendirme yükümü ile karşı karşıya bırakılmasını sağlaması her zaman mümkündür. 3628 sayılı Kanun'un 4. maddesine göre, kanuna veya ahlaka uygun olarak sağlandığı ispat edilmeyen mallar veya ilgilinin sosyal yaşantısı bakımından geliriyle uygun olduğu kabul edilemeyecek harcamalar şeklinde ortaya çıkan artışlar, bu Kanun'un uygulamasında haksız mal edinme sayılır; 5. maddesine göre de, ilgiliye üç yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile muayyen bir miktar ağır para cezası verilir ve ayrıca edindiği bu mallar müsadere edilir (m. 14); ilgili, ömür boyu kamu hizmetinden yasaklanma cezasına da çarptırılır (m. 15). Bu durumda, 5020 sayılı Kanun'da tanımlanan isnatla karşı karşıya kalan bir bilirkişi, rapor tanzimine kadar olan evrede malvarlığında bir takım artışlar husule gelmiş ve bu artışların gerekçelerini ortaya koyamamışsa, hakkında 3628 sayılı Kanun'un 13, 14 ve 15. maddeleri uyarınca işlem yapılır. Öte yandan, bilirkişiyi görevlendiren adli organ, görevlendirme yazısında, çoğu kere bilirkişinin görev alanının sınırları açık ve kesin bir dille çizmediği, bir başka ifade ile hangi maddi vakıalar hakkında

rülmek suretiyle, kamuoyunda da yüksek sesle dile getirilen ve rahatsızlık duyulan bilirkişi yolsuzluğu ve kirlenmesinin önüne geçilmesi amaçlanmış, çözümü teknik ve ayrıntılı bilimsel inceleme ve bilgiyi gerektiren konuların çözümünde yargılamaya yardımcı olan bilirkişi faaliyetlerinin maddi olgu ve fiili gerçeklere uygun olarak tarafsız ve objektif olarak yürütülmesi teminat altına alınmıştır".

bilirkişinin oy ve görüşüne başvurulduğunu açıkça ortaya koymayıp; “*iddia ve müdafaa çerçevesinde bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına*”, şeklinde genel bir ifadeye yer vermekle yetindiği için; bilirkişilerin, düzenlenen raporun maddi olgu ve fiili gerçeklerle bağdaşmadığı yönünde bir isnatla karşı karşıya kalması ve haklarında 3628 sayılı Kanun hükümleri çerçevesinde işlem yapılması her zaman söz konusu olabilir.

Sonuç olarak, 5020 sayılı Kanunla yaratılmış olan suç, bilirkişilik kurumuna büyük bir darbe vurmuş; iyi niyetli, dürüst ve konusunda gerçekten uzman olan kişileri de, bilirkişilik yapamaz bir hale getirmiştir. İşaret edilen bu gerekçelerle, 5020 sayılı Kanun’la yaratılmış olan suçun bir an önce kaldırılması; bu bağlamda yeterince bir emniyet sübabı olma işlevini yerine getiren Türk Ceza Kanunu’nun 290. maddesindeki (Yeni TCK m. 276) düzenleme ile yetinilmesi, bilirkişilik kurumunun geleceği açısından daha isabetli ve tutarlı bir davranış biçimi olur. Çünkü, 5020 sayılı Kanun’da yaratılmış olan suç, bilirkişilik kurumunun kötüye kullanılmasının önlenmesinin sağlanması amacını aşmış ve bu kurumun önemli ölçüde işlevselliğini kaybetmesine sebebiyet vermiştir.