

**Bu yazı, 60100 sayılı HMK'dan önce 12.08.2010 tarihinde yazılmış,
İstanbul Barosu Dergisi'nin 2011 yılı 1.sayısında yayınlanmıştır.**

YARGIÇ, BİLİRKİŞİ SEÇİMİNDE ÖZGÜRDÜR HIÇ BİR YASA VEYA GENELGE YARGICIN YETKİSİNİ KISITLAYAMAZ.

ÇELİK AHMET ÇELİK

ÖZET AÇIKLAMALAR

1) Hukuk ve Ceza Yargılama Yasalarına göre yargıç, bilirkişi seçiminde özgür olduğu gibi, ayrıca, bilirkişi raporları hiçbir biçimde bağlayıcı değildir.

2) Yargıç, resmi bilirkişilere dahi başvurmak zorunda değildir. Nitekim Yargıtay, Adli Tıp Kurumu raporlarının yetersiz bulunması durumunda, başka bilirkişi kurullarından rapor alınmasını öngörmektedir. Örneğin, bedensel zararlar ile hekim ve hastane hatalarından kaynaklanan olaylarda, Adli Tıp Kurumu dışında bilirkişi kurulları oluşturulması ya da Tıp Fakülteleri Kürsü Konseyinden görüş alınması önerilmektedir.

3) Hekim ve hastane hatalarına ilişkin olaylarda, Yüksek Sağlık Şurası'ndan rapor alınması zorunluluğuna ilişkin yasa hükmü, Anayasa'ya aykırı bulunmuş ve Anayasa Mahkemesi'nin 03.06.2010 gün E.2009/69 K.2010/79 sayılı kararıyla iptal edilmiştir.

4) 2659 sayılı Adli Tıp Kurumu Yasası'nda da öncelikle Kuruma başvurma koşulu bulunduğu ileri sürülmekte ise de, Yasa'nın 16. maddesinde böyle bir şart, bir zorunluluk yoktur. Hem olsaydı, o da Anayasaya aykırılık nedeniyle şimdiye kadar iptal edilmiş olurdu.

5) Yargıtay kararlarında, resmi bilirkişi niteliğindeki kurumlara başvurma zorunluluğu bulunmadığı açıklanmış ve bunlardan Yüksek Sağlık Şurasına ilişkin yasa hükmü Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilmiş olmasına göre, Hazine Müsteşarlığı'nın 05.02.2010 gün 2010/4 sayılı "tazminat hesaplarının aktüerler tarafından yapılmasını" zorunlu tutar biçimde kaleme alınan ve bir takım (Yargıtay uygulamasına aykırı) hesaplama yöntemleri öneren genelgesi hiç bir biçimde yargıyı ve yargıcı bağlayıcı değildir. Üstelik bu genelge, Anayasa'nın 138. maddesi ile Hukuk ve Ceza Yargılama Yasalarına aykırı olduğundan geçersizdir.

6) Sigortacıların ve aktüerlerin Hayat Sigortalarında uyguladıkları hesaplama yöntemleri, ölüm ve yaralanma nedeniyle tazminat hesaplarında uygulanamaz. Hem hesap formülleri önemli olmayıp, asıl olan "hukuksal değerlendirmeler"dir. Bu değerlendirmeleri de ancak "Hukukçu Bilirkişiler" yapabilirler. Zaten hesaplama yöntemleri Yargıtay'ca belirlenmekte olup, tazminat davalarında başka formüllerle hesaplama yapılması geçersizdir.

AYRINTILI AÇIKLAMALAR

1- Hukuk Yargılama Yasası'na göre yargıç bilirkişi seçiminde özgürdür.

HMUK'nun 275 vd. maddelerine göre "Yargıç, bilirkişi seçiminde bağımsızdır. Dilediği ve uzmanlığına güvendiği kişileri bilirkişi seçmekte özgürdür. Ve ayrıca bilirkişi görüşüyle de bağlı değildir. (Bilirkişi raporları Hakimi bağlamaz. HMUK.m.286)

2- Yargıç, resmi bilirkişilere dahi başvurmak zorunda değildir.

a) Her ne kadar HMUK.276/2 maddesinde resmi bilirkişilerden sözedilmiş ise de, bu dahi sınırlı koşullar dışında, yargıç için bağlayıcı değildir. Nitekim, Adli Tıp Kurumu resmi bilirkişi sayılmasına karşın, Yargıtay'ın bir çok kararında Adli Tıp Kurumu İhtisas Daireleri'nin ve hatta raporlar arasındaki çelişkileri gidermekle görevlendirilen Adli Tıp

Genel Kurulu'nun raporlarıyla bağı kalınmayıp, gerektiğinde mahkemece oluşturulacak bilirkişilerden görüş alınması öngörülmektedir. Özellikle, beden gücü kayıplarında, hekim ve hastane hatalarında Adli Tıp Kurumu'nun koruyucu tavrı karşısında, Yargıtay, Tıp Fakülteleri kürsü konseyine başvurularak adları bildirilecek bilirkişi kurulundan rapor alınmasını öngörmektedir.

b) Bu konuda incelediğim bazı Yargıtay kararları görüşümü desteklemektedir. Bu kararlarda "Adli Tıp Kurumu ile Sosyal Güvenlik Kurumu Sağlık Kurulu raporları arasındaki çelişkinin giderilmesi için Tıp Fakülteleri Kürsü Konseyine başvurulması gerekeceği" görüşü benimsenmiştir.

Örneğin, Yargıtay 13.Hukuk Dairesi'nin 16.03.2006 gün ve 6060-10174 sayılı kararında:

"Adli Tıp İhtisas Dairelerince verilen raporlar mahkemece bağlayıcı değildir.

Doktorun özen borcunu gerektiği gibi yerine getirip getirmediği konusunda Adli Tıp raporunda gerekçeli ve aydınlatıcı bir açıklama olmaması karşısında, mahkemece, konusunda uzman üniversite öğretim üyelerinden oluşturulacak bilirkişi kurulu aracılığı ile davacıya ait tüm raporlar incelenerek, davalının özen borcunu yerine getirip getirmediğinin, bir kusur olup olmadığının tespiti istenmeli ve sonucuna göre bir karar verilmelidir" denilmiştir.

13.HD.06.03.2003 gün E.2002/13959 K.2003/2380 sayılı kararına göre de:

"İçeriği yönünden inandırıcı ve tatminkâr olmayan Adli Tıp Kurumu raporuna dayanılarak hüküm kurulamaz. Bu nedenle, üniversiteden seçilecek uzmanların oluşturduğu bilirkişi kurulundan rapor alınmalıdır."

(Başka karar örnekleri :21.Hukuk Dairesi'in 17.06.2004 gün 5338-5964 sayılı, 09.11.1998 gün 7558-7493 sayılı, 10.Hukuk Dairesi'nin 05.10.2006 gün 754-11240 sayılı, 26.03.2002 gün 1864-2732 sayılı, 02.06.2003 gün 3938-4611 sayılı ve Hukuk Genel Kurulu'nun 18.02.1998 gün E.1997/10-881 K.1998/113 sayılı kararları; bu kararlara Kazancı Yazılım'dan ulaşabilirsiniz.)

b) Şunu da ekleyelim ki, Adli Tıp Kurumu'na başvurma koşulu konusunda 2659 sayılı Adli Tıp Kurumu Kanunu'nun 16.maddesi ileri sürülmekte ise de, bu maddede böyle bir şart, bir zorunluluk bulunduğuna ilişkin bir açıklama yoktur. Hem Adli Tıp Kurumu Kanunu'nda başvurma zorunluğuna ilişkin bir hüküm olsaydı, Anayasa'ya aykırılık nedeniyle iptali istenebilirdi. Nitekim, aşağıda açıklanacağı gibi, Yüksek Sağlık Şurası'na başvurma zorunluluğuna ilişkin yasa hükmü Anayasa Mahkemesince iptal edilmiştir.

3- Resmi bilirkişilik Anayasa'ya aykırı bulunmuştur.

Ceza mahkemelerinde, 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 75.maddesi ile CMUK. 66/3. maddesi gereği, öncelikle Yüksek Sağlık Şurası'ndan rapor alınması zorunlu tutulmakta iken, 22.10.2010 gün 27737 sayılı RG'de yayımlanan Anayasa Mahkemesi'nin 03.06.2010 gün E.2009/69 K.2010/79 sayılı kararıyla 1219 sayılı Yasa'nın 75.maddesi Anayasa'ya aykırı bulunarak iptal edilmiştir

Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararında şu görüşlere yer verilmiştir:

a) Anayasa'nın 138.maddesine göre Hâkimler görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanî kanaatlerine göre hüküm verirler.

b) Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 63.maddesinin (1) numaralı fıkrasında, çözümü uzmanlığı, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hallerde bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına re'sen veya talep üzerine karar verilebileceği, ancak hâkimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgiyle çözülmesi olanaklı konularda bilirkişi dinlenemeyeceği belirtilmiştir. Bununla birlikte Kanun, hangi hallerde bilirkişiye başvurulacağını bazen çok genel ifadelerle belirtirken, sanığın şuurunun tetkiki, ölünün adli muayenesi, otopsi,

zehirlenme gibi vakıalar bakımından açıkça öngörmüş; bazı özel kanunlarda da bilirkişiye başvurma mecburiyeti ile bilirkişinin kimliği veya hangi kurum olduğu açıkça vurgulanmıştır. Bu tür durumlarda mahkemece ancak belirtilen resmi bilirkişilerin teknik yardımına başvurulabilir. İtiraz konusu kuralla Şura'ya verilen bu görev de resmî bilirkişilik görevidir.

Ancak, hâkimin yasayla belirlenmiş bilirkişiye başvurma zorunluluğu onun deliller ve bilirkişi raporu üzerindeki takdir yetkisini ortadan kaldırmaz.

c) Anayasa'nın 36.maddesinde herkesin, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahip olduğu; hiçbir mahkemenin, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınamayacağı belirtilmiştir. 1219 sayılı Tababet Ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 75. maddesi gereğince Yüksek Sağlık Şurası'ndan rapor alınmasının zorunlu olması Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkına aykırı olduğu görüşü ile iptali gerekmektedir.

d) Ceza davasında amaç maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasıdır. İtiraz konusu kuralla, bu amaca hizmet edecek şekilde 1930'lu yıllarda Yüksek Sağlık Şurası'na resmi bilirkişilik görevi verilmiştir. Söz konusu kuralda, mahkemelerin görüşünü alabileceği üniversitelerin tıp fakülteleri, eğitim veren devlet hastaneleri veya Adli Tıp Kurumu gibi donanımlı tıbbi kurumlara başvuru olanağının bulunmasına karşın, belirtilen yapıyla faaliyet gösteren Yüksek Sağlık Şurası'nın görüşünü almaya mahkemelerin zorlanması ve söz konusu Kurul'un görüşünün alınması için belli bir süre de öngörülmemesi davaların gereksiz yere uzamasına neden olabilecektir. Bu durumun Anayasadaki mahkemelerin bağımsızlığı ve adil yargılama ilkeleriyle bağdaşmadığı açıktır, kuralın iptali gerekir

4- Hazine Müsteşarlığı Genelgesi hiçbir biçimde bağlayıcı değildir.

a) Hazine Müsteşarlığı'nın 05.02.2010 gün 2010/4 sayılı "tazminat hesaplarının aktüerler tarafından yapılmasını" zorunlu tutar biçimde kaleme alınan ve bir takım (Yargıtay uygulamasına aykırı) hesaplama yöntemleri öneren **genelgesi** hiç bir biçimde yargıyı ve yargıcı bağlayıcı değildir. Üstelik, bu genelge Anayasa'nın 138.maddesi ile Hukuk ve Ceza Yargılama Yasalarına aykırı olduğundan geçersizdir.

b) Sigortacıların ve aktüerlerin Hayat Sigortalarında uyguladıkları hesaplama yöntemleri, ölüm ve yaralanma nedeniyle **tazminat hesaplarında uygulanamaz. Hem hesap formülleri önemli olmayıp, asıl olan "hukuksal değerlendirmeler"**dir. Bu değerlendirmeleri de ancak "**Hukukçu Bilirkişer**" yapabilirler. Zaten hesaplama yöntemleri Yargıtay'ca belirlenmekte olup, tazminat davalarında başka formüllerle hesaplama yapılması geçersizdir.

c) Söz konusu genelge'de, yasal düzenlemelere aykırı olarak yetkisiz kişiler ve ilgili kurum tarafından Amerikan CSO-1980 Yaşam (Mortalite) Tabloları kullanılması önerilmiş ise de, bunun yargıda açılan tazminat davalarında uygulanmak istenmesi yasal değildir. Çünkü, halen yargı'da ve Sosyal Güvenlik Kurumlarında uygulanması zorunlu olan PMF-1931 Yaşam Tablosudur. Bu tablonun yasal dayanağı 506 sayılı Yasa'nın 22.maddesi olup, İş Kazalarıyla Meslek Hastalıkları ve Analık Sigortaları Hakkında 4772 sayılı Kanuna ek olarak (Çalışma Bakanlığı ile Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığı tarafından birlikte) hazırlanmış ve 1965 yılında yürürlüğe konulmuştu. 5510 sayılı yeni Sosyal Güvenlik Yasası'nda, yürürlükten kaldırılan 506 sayılı Yasa'nın 22.maddesi benzeri bir hüküm bulunmadığından, yeni bir yasal düzenleme yapıncaya kadar PMF-1931 yaşam tablosunun kullanılmasına devam edilmesi gerekmektedir.

d) Sigortacıların Hazine Müsteşarlığı Genelgesi'yle uygulamak istedikleri Amerikan tablolarının pek çok sakıncaları vardır. Şöyle ki:

ı) Kara Avrupasında toplum yapıları, hukuk düzenleri, yasaları az çok bize benzeyen ülkeler varken, okyanus ötesi bir ülkenin yaşam tablolarının alınmasının mantıklı bir açıklaması olamaz. Üstelik bu tablolar beyaz-zenci-göçmen gibi Amerikan toplumunun etnik yapısına göre düzenlenmiş ve yaşam düzeyi çok yüksek gösterilmiştir. Bizim toplum yapımızla uzak yakın bir benzerliği asla yoktur.

ıı) Bu tablolarla, SGK'ca kabul edilmiş yüzde beş iskonto oranı uyumlu değildir.

ııı) Bu tablolara göre yapılacak peşin değer hesapları, hem işçiyi ve hem de işvereni mağdur edecek sonuçlar doğuracaktır. Hesaplanacak yüksek miktarda peşin değerler üzerinden işverene karşı açılan rücu davalarında Sosyal Güvenlik Kurumu, haksız ve fazla tahsilât yapma olanağı elde etmiş olacaktır. Öte yandan, yüksek miktarda hesaplanacak peşin değer tutarları, işçinin açtığı tazminat davasında tazminattan indirileceğinden işçi de mağdur edilecektir.

e) Hazine Müsteşarlığı Genelgesi'nde ayrıca %3 teknik faiz oranı önerilmiştir. Bu oranı kimin ve neye göre belirlediği belli değildir. Yargıtay her yıl için %10 artırım ve %10 indirim öngördüğüne göre, biz (yanlış da olsa) buna uymak zorundayız.

f) Ve nihayet Hazine Müsteşarlığı Genelgesi, Anayasa'nın 138. maddesi ile Hukuk Yargılama Yasası'nın 275-286 maddelerine aykırıdır.

Anayasa'nın 138.maddesi 1.fıkrasına göre: "Hâkimler görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanî kanaatlerine göre hüküm verirler."

Maddenin 2.fıkrasına göre de: "Hiçbir organ, makam, merci veya kişi, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hakimlere emir ve talimat veremez; genelge gönderemez; tavsiye ve telkinde bulunamaz."

Maddenin 2.fıkrasında hiçbir organ ve makamın mahkemelere ve hakimlere "emir ve talimat veremeyeceği, GENELGE gönderemeyeceği" açıklandığına göre, Hazine Müsteşarlığı genelgesinin mahkemeleri bağlamayacağı Anayasa'nın açık hükmüdür.

Öte yandan, yukarıda ilk bölümde belirttiğimiz gibi, Hukuk Yargılama Yasası'na göre: "Yargıç, bilirkişi seçiminde bağımsızdır. Dilediği ve uzmanlığına güvendiği kişileri bilirkişi seçmekte özgürdür. Ve ayrıca bilirkişi görüşüyle de bağlı değildir. Bilirkişi raporları Yargıyı bağlamaz." (HMUK.m.275-286)

(Ek bilgi: Yargıtay'ca öngörülen tazminat hesaplama yöntemleri konusunda Hukuk Genel Kurulu'nun, 10.Hukuk Dairesi'nin, 21.Hukuk Dairesi'nin çok sayıda kararlarını Kazancı Yazılım'da bulabilirsiniz.)