

Bu çalışma Yargıtay'da 28 Kasım 1991 günü yapılan sempozyumda tartışmaya sunulmuş ve tüm tebliglerle birlikte tartışmaların yayınlanması Yargıtay Başkanı Sayın İsmet Ocakçıoğlu tarafından önlenmiştir. Bu nedenle bu çalışma bilimsel olamayanların anısı olarak sunulur.

YARGILAMA ÇALIŞMALARINDA BİLİRKİŞİ SORUNU VE (Hukuk Davalarında) NİTELENDİRMEDE BİLİRKİŞİNİN GÖREVİ

Çetin AŞÇIOĞLU (*)

I - GİRİŞ

Türk Yargısı, çeşitli olumsuz koşulların etkisiyle gelişen, büyüyen sorunlarla yüklendiği fonksiyonları ve amaçları çağdaş ölçülere göre yerine getiremeyecek duruma gelmiştir.

Sorunların en önemlilerinin başında "yozlaştırdığımız bilirkişi kurumu" gelmektedir.

Yargıda reform beklentilerinin güncelleştiği bu günlerde; bilirkişi kurumunun, karşılaştırmalı hukuk açısından, bilimsel alanda tartışılmasının yararlı olacağına inanmaktayız.

Yeterki uygulayıcılar olarak hakimler ve avukatlar; burada ortaya konacak bilimsel verilerin uygulanabilirliğini düşünerek - tartışarak belirleme çabasını gösterebilirler; unutulmamalıdır ki okumayan, araştırmayan toplum, kurum ve bireylerin kendilerini yenileme ve geliştirmeleri söz konusu olamaz.

(*) Yargıtay Üyesi.

Türk Yargısı, çağdaşlaşmak için bilim adamları ile hakim ve savcılarının aklın ve bilmin gösterdiği yolda özverili çalışmalarını beklemektedir.

Aksi halde yanlışları doğru hale getiren akıl ve bilim dışı veri ve sonuçların betonlaşmış gelenek haline gelmesi kaçınılmazdır.

1 - BİLİRKİŞİ KAVRAMININ NİTELİĞİ VE TANIMI

Bilirkişinin, bilimsel ve teknik alandaki özel bilgileri nedeniyle, hakime ait bir kısım yetkileri kullanarak yargısal nitelikte bir görevi yerine getirdiği söylenebilir; buradan hareketle bilirkişinin hakimin yardımcısı olduğu sonucuna varılabilir.

Ancak yargıcın, bilirkişi raporlarıyla bağlı olmadığı kuralı (HUMK. m. 286) karşısında böyle bir değerlendirmenin hatalı olduğu kabul edilmelidir; hakim, yargılama çalışmalarının asıl görevli ve yetkilisi ve sorumlusu olarak "gerekçelendirmek koşulu ile" ayrı sonuca varabilir. Bu nedenle hakimin, yargılama içindeki yetki ve sorumluluğunun amaç ve yasal sınırlar aşılarak bilirkişilere verilmesi yargılama işlevine ve yasalara aykırı düşer.

Bize göre bilirkişinin niteliği HUMK.nun sistematigi içinde değerlendirilmelidir: Bilirkişi kurumu, yasanın 14. kısmında ve "takdiri kanıtlar" (deliller) arasında yer almıştır, bu nedenle bilirkişi, hakim tarafından değerlendirilecek kanıt niteliğindedir (1). Eğer bilirkişiye yargıcın yardımcısı denilecekse; bu yargı yetkisinden soyutlanarak dar anlamda yorumlanmalıdır. Bir İngiliz hukukçunun dediği gibi bilirkişi hakimin dürbünü (aracı)dür.

Böyle kabul edilince bilirkişi ile tanık arasında önemli bir fark olmayacaktır. Çünkü bir kanıt olarak tanık da, soyut kuralları somutlaştırmada hakime yardımcı bir araçtır.

2 - TÜRK YARGISI'NIN BİR SORUNU OLARAK BİLİRKİŞİ

Bugün Türk yargı çalışmalarında; hakimler, yasal sınırları aşarak hemen her konuda bilirkişiye başvurumaktadırlar. Bilirki-

(1) Belgesay, Ehlivukuf Mütalâsının İlmi Değeri, İHEM - 1944, C: X, Sayı: 3-4, sh: 544. Arslan, Bilirkişi Uygulaması, Yargıtay Dergisi Özel Sayı 1989; 156 vd. Üstündağ, Usul Hukuku Sh. 161.

şiler, uyumsuzluğun hemen tüm esası noktalarını inceleyerek kanıtları değerlendirmek suretiyle olguları belirlemekte ve bu olguları soyut hukuk kuralları içinde değerlendirerek hakimın yargılama çalışmalarının önemli bir bölümünü üstlenmektedirler. Diğer taraftan bilirkişi tarafından düzenlenen raporlar çoğunlukla mahkemeler tarafından hiç bir incelemeye gerek görülmeden hükme olduğu gibi esas alınmaktadır. Hakim kendi çalışması sonucu olarak elde ettiği kanaate ve nitelendirmeye göre değil "bilirkişi öyle dediği için" karar vermektedir.

Bu nedenle ülkemizde bilirkişi, hakimın yetki alanında bulunan yargılama çalışmalarında, "yargısal nitelikte görev ve yetkilerle donatılmış bir kişi" görünümündedir.

Görev ve yetki gasbı olarak ortaya çıkan bu durum; hakimın, yargılamadaki görev ve yetkilerini bilinçsiz olarak devretmelerinden kaynaklanmaktadır.

Yargılama çalışmalarının işlevine ve uygulanmayan yasanın (275) kurallarına amacına tamamen ters düşen bu durum; hakimın yargısal görev yetkilerini daraltırken çağdaş hukuk düzeyinde bir örneği bulunmayan ve yadırganacak bir kurum ortaya çıkarmıştır.

Zaman zaman Türk Hukuk Öğretisi (2) ve Yargıtay Kararlarına yazılan karşı (3) eleştirilerine rağmen düzeltme eğiliminin çok düşük düzeyde seyrettiği gözlenmektedir.

Akıl ve bilimden yararlanılmadan ortaya konulan yöntem ve çalışmaların betonlaştırdığı yargıların değişerek olumlu sonuçların alınması kolay olmamaktadır. Ancak ulusların sürekli yanlışları doğru yaparak çalışacağı yargısı da hatalı olur; bilmin ve aklın egemen olduğu ortamlar her ulusun geçte gerçekleşse vazgeçilmez hakkıdır.

(2) Arslan, sh. 156; Üstündağ, Medeni Yargılama Hukuku 661, Kuru, Hukuk Muhakameleri Usulü c: 2, 4.bası, sh: 1805; Kılıçoğlu, Yargıda Bilirkişilik Çıkması, ABD 1986/5, Sh. 643 vd.

(3) Ekteki Kararlardaki Karşı oylar.

A - SORUNUN NEDENLERİ

a - Bilgi Eksikliği : Yasalara ve yargı çalışmalarının çağdaş ve evrensel niteliğine rağmen; bilirkişilik kurumunun üst düzeyde yargısal yetkilerle donatılması ve yargıcın yetkilerinin bilirkişiye devri olgusunun en önemli nedeni: Bilgi eksikliğidir...

Bugün uygulamada, yargılama çalışmalarının tümünün "yargısal bir işlev olduğu" ve buradaki görev ve yetkilerin hakime ait bulunduğu bilincine varıldığını söylemek olanağı yoktur. Varsa idi yozlaşmış bilirkişi kurumu ortaya çıkmazdı.

Bilirkişi konusunda bilgi eksikliğinin bir örneği hukuki kavramların olgu ve teknik konularla karıştırılmasında ortaya çıkmaktadır. Bunun en çarpıcı yaygın örneği kusurun belirlenmesi ve derecelendirilmesi (4) ile destek tazminatı gibi geleceğe yönelik tazminatların belirlenmesinde ortaya çıkmaktadır. Hukuki bir kavram olan kusur ve derecelendirilmesi bir teknik sorun kabul edilmektedir. Diğer taraftan destek tazminatı gibi tazminatların hesabında "gelir-pay-destek süresi - evlenme şansı" gibi olgu ve hukuki sorunlar teknik veya özel bilgi gerekçesiyle çoğu hukukçu olan ve nasıl uzman olduğu anlaşılamayan bilirkişilere bırakılmaktadır.

Bilgi eksikliğinin iki temel nedeni bulunmaktadır: Birincisi, ülkemizde uzman hukukçu yetiştirilmesi hususunda bir devlet politikası olmaması ve bu yolda çalışan kurumların yetersiz kalmasıdır. Buna son on, onbeş yıldır bilgi üretme açısından erozyona uğrayan hukuk fakültelerinin bize göre acıklı durumu da dahildir.

Bizde hukukçu, hukuk kurallarının özüne ya hiç yada yeterince inemeyecek kapsamda yetişmekte, normları sözcükleriyle yorumlamak ve önemli bir kısmında yeterli gerekçe bulunmayan donmuş yargısal içtihatlarını izleyerek mesleğini yerine getirmektedir.

Diğer taraftan hukuk biliminin vazgeçilmez bilgi ve yöntem kaynakları olan mantık, sosyoloji ve felsefe gibi sosyal bilim dal-

(4) Çetin Aşçıoğlu, Kusurun Belirlenmesinde Hâkim ve Bilirkişinin Fonksiyonları V. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, 1989.

larından yararlanma yok sayılacak düzeydedir; bunların sonucu olarak yargılama çalışmalarında önemli fonksiyonlar yüklenmiş olan tecrübe kuralları (5) düşünce kanunları (6) ya hiç kullanılmamakta yada bilinçsizce kullanılmaktadır. Altılama ve nitelendirme kavramlarının bilincine varılmadığından bunlar çoğunlukla bilirkişilere bırakılmaktadır (7).

Bilgi eksikliğinin bir önemli nedeni de uygulamada karşılaştırmalı hukukun çok az (o da yetersiz) araştırılmasıdır. Oysa çağdaş yargı düzenine sahip ülkelerde karşılaştırmalı hukuk, yargılama çalışmalarında başvurulacak bir kaynak ve çalışmaların, yorumların doğruluğunun denetiminde zorunlu bir araç olarak kullanılmaktadır (8).

Ülkemizde kusurun belirlenmesi ve derecelendirilmesi bilirkişiler aracılığı ile ortaya konulmaktadır. Gerek Yargıtay çalışmalarımız sırasında ve gerekse bilimsel alanda "uygulamanın hatalı olduğunu ilk olarak biz tartışma alanına getirdik" (9). Yargıtay'ın yerleşmiş uygulaması ile karşı görüşün hangisinin doğru olduğunun belirlenmesinde karşılaştırmalı hukuk önemli bir araç niteliğindedir.

Gerek İsviçre Federal Mahkemesi kararları üzerinde yaptığımız araştırma ve incelemeler (10) gerekse Kara Avrupası ülkelelerinden olan Fransa, Belçika ve İtalya Yüksek Mahkemelerine yazdığımız özel mektuplara aldığımız cevap ve buna ekli kaynaklar (11) kusur ve derecelendirilmesinin hakimler tarafından belirlendiğini ortaya koymuştur; oralarda, bilirkişiliğe ilişkin ola-

(5-6-7) Bu kavramlar hakkında aşağıda bilgi verilecektir.

(8) Bkz. İsviçre Federal Mahkemesi Sayın Prof. Ahmet Kılıçoğlu tarafından Türkçeye çevrilen kararı - Yargıtay Dergisi, Yıl: 1991, Sayı: 3, Sh. 381-386.

(9) Bkz. V. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu ve Yargıtay HGK.nun 26.12.1990 gün ve 1990/11-533-654 sayılı kararındaki karşı oyumuza.

(10) Kaneti, İsviçre Federal Mahkemesinin Borçlar Hukuku Kararları, C: I, Sh. 103 vd. (BGE 87 II 184) sh: 80 (BGE 82 II 25).

(11) Bu ülkelerden gelen belge ve kaynakların tamamı Türkçeye çevrilerek asıllarıyla birlikte Yargıtay kütüphanesine verilecektir. Bu ülkelerin yanında Alman Elçiliğinde görevli hukukçu Dick ile yaptığımız özel konuşmada da Almanya'da da uygulamanın aynı doğrultuda olduğunu öğrenmiş bulunmaktayız.

ğan kurallardan ve bilirkişinin normal rolünden ayrılmak için hiç bir sebep olmadığı kabul edilmektedir.

Yüksek Mahkeme Yargıtay, bu konuda, karşılaştırmalı hukuku yakından izleme olanağına sahip olsaydı uygulamanın yanlışlığı zorlanmadan ve duraksanmadan kabul edilebilirdi.

b - Güvensizlik: Yüksek mahkemelerin, özellikle Yargıtay'ın alt dereceli mahkemelere güvensizliği bilirkişi kurumunun görev ve yetkilerini arttıran ve genişleten önemli bir faktördür. Alt dereceli mahkeme yargıçlarına güvensizlik bize özgü bir olgu değildir. Zaman zaman diğer ülkelerde de böyle tutumlar görülmektedir. Ancak oralarda bu güvensizliğe, "yargıcın, yargısal görev ve yetkilerini üçüncü kişilere aktarma" şeklinde değil "mahkeme kararlarının Yargıtay denetiminin kapsamının genişletilmesi ve niteliğinin artırılmasıyla" çözümler aranmaktadır (11a).

O halde alt dereceli hakimlere güvenmiyorsanız, araya başkalarını sokarak tatmin olmak hatalı yöntemdir. Doğru yol, bir taraftan yargıçların diğer taraftan Yargıtay denetiminin niteliğini geliştirerek daha sağlıklı yolları kullanmaktır.

Yargıçların önemli bir çoğunluğunda, ülke koşullarının zorunlu sonucu olarak, bilgi eksikliği olduğu tartışmasızdır. Onların, bilirkişi kurumuna başvurmadan (zorunlu haller ayrık) yapacağı değerlendirmelerde hata yapmaları halinde, Yüksek Mahkeme'nin denetimi ile hataların düzeltilmesi olanağı olduğu sürece güvensizliğin bilirkişiye gidilerek çözümlenmesi hukukun gelişmesini engellemektedir.

Kişinin kendisine güvensizliği de onu çalışmalarında görev yetkilerini kullanmama durumuna düşürür. Kendine güvensizliğin baş nedeni bilgi eksikliği ve mesleki yeteneğinin zayıf olmasıdır. Kişi çalışmalarında edilgen (pasif) duruma düşünce onun yerini başkalarının doldurması kaçınılmazdır. Bu nedenle Türk Yargısı'nda bilirkişiye başvurulmasının önemli bir nedeni de yargıçların çoğunun kendine güvensizliğidir. Ancak bunun bir alın yazısı olduğu da kabul edilmemelidir. Yargıç karakteri için kendine güven vazgeçilmez bir olgudur.

(11a) Sivrihisarlı, sh: 105.

c - Diğerleri

Bizde iş çokluğu yargılama çalışmalarında yapılan her hatalı işlem veya yöntemin arkasında bir özür sebebi olarak ileri sürülür. İş çokluğu bir olgudur; bunun, bilirkişi kurumunun yozlaşmasında etkisi gözardı edilemez. Ancak bize göre iş çokluğunun arkasına sığınarak "çağdaş yargılama düzeninden ayrılmayı haklı göstermek hatalı bir savunmadır". Hakimlerin görevi yargılamayı usul ve çağdaş yargının kurallarına göre yönetmektir. Bundan sonra iş çokluğu yargılamanın uzaması nedeni oluyorsa onun çareleri aranmalı özellikle uzman hakim kadrosu genişletilmelidir.

Davaların makul bir süre içinde bitirilmesi yargılamanın azımsanmayacak bir amacıdır; bu ilke aynı zamanda adil yargılamanın gereğidir. Ancak sırf iş çıkartacağız diye çağ dışı bir yargılama yapmanın hiç bir haklı nedeni olamayacağı unutulmalıdır. Bu gün yerel mahkemelerden Yüksek Mahkeme Yargıtay'a kadar yargılama çalışmasının hızlı iş çıkarma ilkesiyle işlediği işin özü ve amacı gözardı edildiği bir gerçektir. Bu nedenle bilirkişi kurumunda olduğu gibi iş çokluğu ve hızlı iş çıkarma olgular bir çok yanlış doğru hale getirmiştir. Yargıtay'da daire kurulmasını kabul eden düşüncenin temelinde de aynı hata yer almıştır.

Diğer taraftan özellikle siyasal davalar gibi duyarlı işlerde; hakimlerin, salt hukuki konularda da bilirkişiye başvurduğu (kişiliğe saldırının hukuki unsurlarının belirlenmesi için) izlenmektedir. Hakimlerin sorumluluklarını, sıfatları ne olursa olsun bilirkişilerle paylaşmaları onları güvensizlikten kurtarmaz; toplumdaki saygınlıklarını tartışılır hale getirir. Unutulmamalıdır ki "yargı ve hakimler toplumda saygınlıklarını sorumlulukları üçüncü kişilerle paylaşarak değil adil yargılama ve gerekçeli kararlarıyla sağlar". "Bilirkişi öyle dedi bu nedenle kararım doğrudur" şeklinde düşünceyle hiç bir yere varılamaz.

B - SORUNUN OLUMSUZ ETKİLERİ

a - Yargı Tarafsızlığı : Tarafsızlık yargının vazgeçilmez ayrıcalıklı karakteridir. Tarafsızlığın ahlâki karakter taşıdığı ger-

çeği doğrudur. Ancak yargıcın tarafsızlığının sosyal olgular ve kurumlar yardımıyla sağlanacağı, geliştirileceği gerçeği de gözardı edilmemelidir. Sosyal gerçekler ve kurumlar yozlaştırıldığı takdirde hakim tarafsızlığı da tartışılır hale gelir.

Yargısal çalışmaların tümünün hakime bırakılmış olmasının nedeni: Tüm yargısal işlem ve çalışmalarda ve sonuçta verilen hükümde zorunlu olan tarafsızlığın ancak yargılama sanatıyla bu işin uzmanı olan veya olması gereken yargıçlarla sağlanacağı yolundaki doğru ve geleneksel düşüncedir.

Hakim, yargılamanın her aşamasında taraflara güven vermek zorundadır; diğer taraftan bu işlemlerin hakim tarafından yapılmış olması tarafsızlık olgusuna bir karinedir. Yargı çalışmalarının birinin veya bir bölümünün yargı hakkı devredilerek bilirkişilere bırakılması ise güvensizlik nedeni olmaktadır. Ülkemizde bilirkişilere karşı genel olarak duyulan duraksama ve güvensizlik de eklenince ortaya çıkan olgu kaçınılmaz olmuştur.

Gerçek olaylara dayansın veya dayanmasın; yaygın bilirkişi uygulamasının, özensizliklerle veya çıkar karşılığında görevin ihmal edildiği veya kötüye kullanıldığı yolundaki geniş tabanlı söylentilerin nedeni olduğu gözardı edilemez. Sonuçta bu yolda gerçekleşen güvensizlik hakim tarafsızlığı ilkesini olumsuz yönde etkilemektedir. Ülkemizde bugün, kamuoyu araştırmalarıyla ortaya çıkan yargıya karşı güvensizlik olgusunun (12) önemli nedenlerinden biri de hakimlerin yargısal çalışmalarının önemli bir kısmını bilirkişilere bırakmış olmasındadır.

b - Adil Yargı : Kişilerin adli yargı önünde yargılanmaları, insan hak ve özgürlüklerinin güvencesi altındadır. Yargılamanın adilliği somut olaylarda bireylerin ve kamu oyunun vicdanında yaratılan inançla ölçülür. Bu da yargılama hak adalet-hakkaniyet gibi kavramların bireylerin inançların doyum noktasına getirmesiyle sağlanır.

Adaleti somutlaştırma görevi hakimlere verilmiştir (MK. m. 4); takdir hakkı da hakimindir (HUMK. m. 246). Gerek kanıtların değerlendirilmesi ve olguların belirlenmesinde gerekse soyut

(12) Çetin Aşçıoğlu, Türk Halkının Yargıya Güveni, Milliyet, 8 Eylül 1991.

hukuk kavramlarının olgulara altlanarak varılan nitelendirme ve sonuçlarda daima hakkaniyet kavramı gündeme gelir. İşte bunların hakim yerine bilirkişiye bırakılmasında varılan sonuç ve yapılan değerlendirmenin adillliğini tartışmasını gündeme getirir. Çünkü adillğin somut göstergesi olan hakkaniyet yalnız hakimnin görevidir.

Diğer taraftan yargılamanın önemli bir amacı olan adaletin gerçekleştirilmesi için yargılamanın sosyal fonksiyonunun yerine getirilmesi gerekir.. Bunun için yargılama sırasında olgular ve hukuki sorunlar tarafların gözü önünde ve onların katılımıyla tartışılarak açıklığa kavuşturulur ve bu bulunan hükmün mükemmeliyeti, doğruluğu hususunda bir kabulün oluşmasını ve kaybeden tarafın dahi kabullenmeye hazır olmasını kolaylaştırır (13).

Ülkemizde ise yaygın bilirkişi uygulamasında: Bilirkişiler bir davanın tüm olgu ve hukuki sorunlarını yalnız başlarına tartışarak sonuca varmakta ve raporlardaki değerlendirmelere hakimnin ve tarafların katılımı son derece sınırlı olmaktadır. Örneğin bir haksız fiil sorumluluğunda "kurucu unsurun ve tazminat kapsamının belirlenmesine etkili olan kusurun belirlenmesi ve derecelendirilmesinde" (ki kusur hukuki bir kavramdır) veya destek tazminatının hesabında tüm olgu (gelir ve çalışma süresi, destek süresi ve oranı gibi) ve hukuki (destekliğin kabulü, -evlenme şansı-tazminatın belirlenmesi gibi) sorunlar hakimnin görevi olduğu halde bilirkişiler tarafından belirlenmektedir (14). Tarafları ve bir ölçüde yargı dahi edilgenleştiren (pasif) böyle bir yargılama yönteminde ne hükmün mükemmelliğinden ve ne de sosyal doğruluğundan söz edilemez; "davayı kaybeden tarafın hükmü benimsenmesi" gibi yargıya karşı duyulması gereken güveni sağlayan olgunun gerçekleşmesi de beklenmemelidir. Sonuçta Türk Yargı sisteminde "adil yargı kavramı" bilirkişi kurumunun yozlaştırılması sonucu eylemli olarak tartışılır hale getirilmiştir.

(13) Gilles verfahren sffonsionen s: 197 vd. Yıldırım Delillerin Değerlendirilmesi, 34.

(14) Çağdaş bir yargı düzeni kurmuş ülkelerde, destek tazminatı gibi geleceğe yönelik zarar ve tazminatların hesaplanması hakimler tarafından yapılmaktadır.

c - Pahalı Yargı : Davaların en az giderle ve mümkün olduğu hızla sonuçlandırılması Anayasa tarafından (m. 141) yargıya verilmiş bir görevdir.

Uygulamada bilirkişi raporları üzerindeki denetimin sağlıklı yapılmaması, tarafların katkılarının bulunmaması nedeniyle raporlar çoğunlukla sonuç kısımlarıyla değerlendirilmekte işin özüne girilmemektedir. Bu nedenle en küçük ve gerekçesiz itirazda ikinci bilirkişi incelemesine gidilmekte ve iki rapor arasında bir çelişkinin çıkması durumunda hakim tarafından hiç bir değerlendirme yapılmadan üçüncü bir bilirkişinin oy ve görüşü alınmaktadır; zaman zaman bunlarla da yetinilmemekte ya da olayların zorunlu gelişmesinden dördüncü ve beşinci kez bilirkişiye başvuru olan olaylara rastlanmaktadır.

Yüksek Mahkeme Yargıtay, bilirkişi kurumunun çalışmasını hakimin yargısal yetkilerini sınırlayacak şekilde yorumladığından ve bilirkişi kurumunun bugünkü haliyle çalışmasını benimsediğinden; Yargıtay denetimi yaparken, bilirkişi raporlarında benimsenen olgu ve hukuki nitelendirmeleri ya "doğru görüldüğünden gerekçelendirmeden formül bir kararla onamakta" ya da "çelişki ve yetersizliği gerekçe yaparak" yeniden bilirkişi incelemesi yapılmak üzere bozma kararı oluşturmaktadır. Mahkeme bozmaya uyduğu takdirde de yeni bilirkişi incelemeleri yaptırmak zorunda kalmaktadır.

Yüksek Mahkeme Yargıtay, çelişkili veya yetersiz gördüğü raporları inceleyerek çelişkiyi ve doğru olanı ortaya koyarak tartışmaya son vermesi halinde hem doğrunun bulunmasını ve hem de yargılamanın uzamasını önlemiş olur. Yargıtay, doğrudan kararlara yansımaya da, "bilirkişi raporları üzerinde kendisinin denetimini yapmasını dahi duraksamalı kabul etmektedir: Bozmadan sonra alınacak ve hükme esas alınan bilirkişi raporu üzerinde Yargıtay denetimi yapmayacaksa belki yapılan iş yöntem bakımından doğrudur denilebilir; ancak bu son rapor, denetim kapsamına alınacaksa neden daha önceki raporlarda ve bozma sırasında bu iş yapılmayarak pahalı yargı olgusuna hizmet edildiği sorusuna cevap verilememektedir.

O halde bilirkişi uygulamasının hakimin yargısal çalışmaları aleyhine gelişmesi, taraflara ekonomik külfetler yüklemekle kal-

mamakta davanın sonuçlanmasının gecikmesi nedeniyle pahalı yargı olgusunu gerçekleştirmektedir.

Ülkemizde, davaların uzadığından makul süre içinde bitirilemediğinden söz edilmekte bunlara usul kanunlarında yapılan değişikliklerle sorun aranmaktadır; olumlu bir sonuçta alınamamaktadır. Oysa bilirkişi kurumu, usul kanunundaki kurallara göre ve çağdaş yöntemlerle çalıştırılsa davaların önemli bir bölümünde sonuçlanma süresi yarı yarıya veya daha çok oranda azalacağı kabul edilmelidir.

II - YARGILAMA ÇALIŞMALARININ KAPSAMI VE NİTELİĞİ

Bilirkişi incelemesi yargılama çalışmaları içinde yer aldığından öncelikle yargılama çalışmalarının kapsamı ve niteliği belirlenmeli ve bundan sonra bilirkişinin yargılama çalışmasındaki görev ve yetkisi ortaya konmalıdır.

Her yargılamada hükme varılıncaya kadar üç aşamalı çalışma söz konusudur (15).

1- Uygulanacak hukuk normunun belirlenmesi.

2- Hukuk normunu karşılamak üzere yargılamaya dahil edilmiş ve normun karşılanması için gerekli olguların (maddi vakıaların) kanıtlanmış olup olmadığını incelemek; kısaca kanıtların değerlendirilmesi ve olguların belirlenmesi (olguların nitelendirilmesi).

3- Hüküm için yargılamaya gelmiş olan olguların, belirlenen hukuk normunun soyut unsurlarını karşılayıp karşılamadığını belirlemek: Hukuki nitelendirme (qualification-subsmation-Alt-lama).

Kural olarak tüm bu çalışmalarda görev ve yetki yargıca aittir; yargıç, bu çalışmalarda etkinliği tartışmasız olan kişidir.

Bunun amacı, hakimi yargılamanın tüm aşamalarında etken durumda tutarak hakikati bulmak ve hükmün mükemmelliği ve

(15) Alagonya Medeni Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler S: 7.

sosyal doğruluğu hakkında yargılamanın tarafları ve kamu oyununda olumlu inançları oluşturmaktır. Bu da bir san'at işidir; yargılamanın tüm aşamalarında san'atın gereği olan duyarlılığın gösterilmesi gerekir. Bu nedenle hakimin, zorunlu olmadıkça, yargılamanın bu aşamalarına ilişkin görev ve yetkilerini bilirkişi adı altında dahi olsa başkalarına devretme hakkı yoktur.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 275. maddesi hâkimin hangi konularda bilirkişiye başvuracağını oldukça açık bir şekilde göstermiştir: Teknik ve özel bilgisinin bulunmadığı konularda. İşte Yargılamada bilirkişinin görevi bununla sınırlıdır. Ancak uygulamada konu iyi kavranmadığı ve yukarıda açıklanan diğer nedenlerle yargılama çalışmalarının her aşaması için özellikle iki ve üçüncü aşamaların tüm işlemlerinde bilirkişiye başvurulmaktadır.

Biz bu çalışmamızda yargılamada nitelendirme işlemi üzerinde durarak bilirkişinin yargılamanın ikinci ve üçüncü aşamasındaki görevini ortaya koymaya çalışacağız.

1 - YARGILAMA ÇALIŞMALARINDA NİTELENDİRME

Sözlük anlamıyla nitelendirme: Niteliğini belirtmek, nitelik kazandırmak anlamındadır; nitelik sözcüğünün eylemli durumunu anlatır. Nitelik sözcüğü ise "varlıklar arasında bulunan ve nicelik ile ilgisi olmayan ayrımları şu yada bu bakıma göre oluşturulan durumu (vasıf)" anlamındadır.

Yargılama çalışmalarında nitelendirme; olgu ve hukuki sorunlar üzerinde yapılmaktadır:

Olgu açısından nitelendirme: Mahkemece, sabit kabul edilen bir davranış veya işlem veya olaydır.

Hukuk açısından nitelendirme: Yargılama sınırında tartışılan hukuksal durumun, olgunun "hukuk kurallarına göre adlandırılması"dır. Somut olay kusurlu davranıştır gibi.

A - NİTELİNDİRMEDE OLGU VE HUKUK

Uygulamada olgu-teknik ve hukuksal sorunların karıştırıldığı gözlenmektedir.

Bir hukuk normuna ait unsurları karşılayacak olan harici alem veya insanın fikri ve ruhi sahasında veya yargılama dışında oluşan zaman ve yer bakımından belirli durum ve koşullara olgu denir (16).

Yargılama çalışmalarında olgulara uygulanacak hukuk normunun belirlenmesi ve hukuk normlarından olgulara uygun hukuksal sorunların çıkarılmasında ise bir hukuki sorunla karşı karşıya kalındığı kabul edilir.

Yasalarda bazı hukuk kavramları tanımlandığı halde (rüşt 18 yaşını ikmalle başlar - evlenme kişiyi reşit kılar gibi) bazı kavramlar tanımlanmamıştır (kusur-tazminat-temyiz kudretinde makul surette hareket etmek gibi).

Ancak bazı kavramlarda olgu ve hukuk alanında (tanımlanmamış kavramlarda) çalışmalar iç içe girdiğinden ve hukuk-olgu kavramlarının ayırımında bilimsel ölçüler kullanılmadığından ayırım kolay olmamaktadır:

Uygulamada yoğun olarak görülen bir örnek kusurun belirlenmesi ve derecelendirilmesinde yapılmakta ve bunlar hukuki kavramlar olarak kabul edilmektedir. Oysa kusur ve derecelendirilmesi hukuki sonuçları olan hukuki kavramlardır (17). Yanılgı "somut olayda kusuru oluşturan olgular ile bu olguları değerlendiren tecrübe kurallarının (teknik kural vd.) karıştırılmasından kaynaklanmaktadır (18).

Keza bir motorlu aracın Trafik Kanunu'ndaki hızı aşıp aşmadığı, yani yüksek hız sorunu hukuki bir sorundur. Çünkü yüksek hız, Karayolları Trafik Kanunu'nda hukuka aykırı kabul edilmiştir. Ancak burada hukuk ve olgu sorunu iç içe girmiştir: Sürücünün seyir halindeki hızının belirlenmesi bir olgudur, bu hızın yüksek hız sayılıp sayılmaması ise bir hukuki sorundur. Aynı sorun zarar ve tazminat kavramlarının belirlenmesinde de söz konusudur: Zararın somut olarak belirlenmesi (zarar 10.000 TL.

(16) Gürdoğan, Vakıa ve Hukuk SBFD, Eylül 1956 Sayı: 3, sh. 260 vd; Yıldırım sh: 195.

(17) Çetin Aşçıoğlu, age; Sivrihisarlı, Yargıtay Denetimi, sh: 61.

(18) Yıldırım, s: 132, dip not 175.

dir gibi) bir olgudur, tazminatın belirlenmesi ise (9.000 TL.) bir hukuki sorundur.

Yargıtay kusurda olduğu gibi temyiz kudretinin belirlenmesini ve benzer sorunları hukuki sorun olarak kabul etmekte ve bu konularda mutlak bilirkişiye gitmektedir.

B - NİTELENDİRMENİN NİTELİĞİ

Belçikalı hukukçu Bayart Nitelendirmeyi olgu ve hukuk dışında üçüncü bir sorun kabul etmektedir; nitelendirme tam manasıyla bir hukuki sorun olmayıp iki sorun arasındadır (19). Ancak genel kabul görmüş görüş; nitelendirmeyi, bir bütün olarak, hukuki sorun olarak kabul etmektedir (20).

Ancak burada bir ayırma gitmek gerekir: Yargıcın çalışması, somut olaydaki koşulların, hukuk kuralının analizi ile ortaya çıkan unsurlarla karşılaştırılması şeklinde ise bu nitelendirme bir hukuki sorundur. Nitelendirme sırf olguların belirlenmesi için yapılmışsa bu bir hukuk sorunu olarak kabul edilmemeli Bayart'ın açıkladığı gibi hukukla olgu arasındaki bir sorun olarak değerlendirilmelidir. Örneğin sürücünün şehir içinde 70 km. hızla motorlu aracı kullandığı yolundaki nitelendirme hukuki sorun olarak kabul edilemez; ancak sürücünün yüksek hızı olduğu yolundaki nitelendirme bir hukuki sorundur.

Ancak nitelendirme işlemi, bir ayırma tabi tutulmadan, bir yargılama işlemidir.

C - NİTELENDİRMEDE YÖNTEM

a - Altlama: Özel olarak kabul edilen bir şeye genel kavramın altında yer vermektir (mantık). Altlama, yargılama çalışmalarında gerçeği bulmada temel araçtır (21).

Altlama, yargısal çalışma olarak hem olguların nitelendirilmesinde hem de olguların bütünü yasal kuralların kapsamı içine girip girmediğinin belirlenmesinde kullanılır.

(19) Sivrihisarlı sh: 69.

(20) Sivrihisarlı sh: 68-69.

(21) Sivrihisarlı sh: 70-71.

Altılama işlemleri bir mantıksal işlem olduğuna göre bunun hakim tarafından yapılması gerekir; özel bir beceri isteyen (hele teknik bir konu) değildir.

aa - Altılama Araçları

Altılamanın amacı, gerçeği bulma olduğuna göre bunun yapılabilmesi için öncelikle doğruluğu genel kabul görmüş bir genel soyut kuralın (büyük önerme) varlığı gerekir. Büyük önerme altılamanın en önemli aracıdır.

aaa - Tanımlanmış Hukuk Kuralları : Somut olayda nitelendirmeye varılan sonuç için elde tanımlanmış bir hukuk kuralı varsa sorunun çözümü olayda belirlenen olgular bu kuralın altına alınarak yapılacak bir yalın mantıksal işlemle olur. Burada başka bir araca gerek yoktur. Evlenme kişiyi reşit kılar (büyük önerme) 17 yaşındaki A evli olduğuna göre (küçük önerme) reşittir (nitelendirme).

bbb - Tanımlanmış Hukuk Kuralları İle Olguların Belirlenmesinde Tecrübe Kuralları : Somut olaya uygulanacak hukuk kuralı yasada veya sözleşmede tanımlanmamış ise altılama yapmak için hukuk kuralı dışında yardımcı araçlara ihtiyaç vardır: Bunlar "tecrübe kuralları"dır.

Tecrübe kuralları, bir altılama aracı olarak yalnız tanımlanmamış hukuk kurallarında uygulanmaz olgu sorunlarında da kullanılan bir araçtır.

Tecrübe kuralları, Almanya'da ortaya atılan ve 19. Yüzyıl sonunda birçok hukukçu tarafından ele alınarak incelenmiş (22) hukuk dışı kavramlardır; başka bir anlatımla tecrübe kuralları hukuk sorunu kabul edilmediği gibi olgu da değildir.

Yargıcın yargılama çalışmaları sırasında, çeşitli sorunların çözümü için başvuracağı altılama yöntemi Belçikalı hukukçu tarafından beş ana başlıkta toplanmıştır (23).

1 - Dil kuralları: Yasa koyucunun kullandığı kelimelerin anlaşılması ve uygulanmasına yaradığı gibi kişilerin irade açıklama-

(22) Üstündağ, s: 608-609; Sivrihisarlı sh: 85-86.

(23) Sivrihisarlı, s: 87-88.

malarının anlamını ortaya koymada hizmet ederler. Yargıcın dil bilgisi yasada yer alan bir kelimenin anlam ve kapsamının yerine yardımcı olacaktır.

2 - Hayat tecrübeleri : Yargılamada en çok başvurulanan kategoriyi oluştururlar:

Boşanma davalarında isbatlanmış olguların boşanma nedeni teşkil edip etmeyeceğinin tayininde; örneğin karının kocanın elbiseleri ütülememesinin yemek yapmaktaki özensizliğinin boşanma sonucu doğuran evlilik birliğini temelinden sarsan bir olay olup olmadığının tesbitinde yargıç hayat tecrübeleri ile bu sonuca varabilir.

Bu nedenle hayat tecrübeleri kuralları özellikle belirsiz kavramların belirlenmesinde somutlaştırılmasında yargıca yararlı olacaktır.

3- Belli bir öğrenim görmüş kişiler tarafından bilinebilecek teknik kurallar ve bilimsel kanunlar:

Suyun sıfır derecede donması; üçüncü kattan düşen bir şeyin ikinci katın penceresine isabet etmeyeceğinin belirlenmesinde yer çekimi kanunu, destek tazminatının belirlenmesinde esas alınan yaşam süresini tesbit eden istatistiki cetveller; kaza sonunda sürekli iş görmezlik hallerinde meslekte kazanma gücünün ne oranda azalacağını belirlenmesinde kullanılan tıbbi verilere göre düzenlenmiş cetveller; hukuk bilminin tesbit ettiği "ağır ve hafif kusur tanımları", bilimsel verilere göre belirlenmiş kurallardır. Yargıç, bir olayda kusurun derecesini belirlerken somut olayda olgu olarak belirlenmiş davranışları bu tanımlara altlayarak kusurun ağır veya hafif olduğunu belirleyecektir. Örneğin ağır kusur tanıma göre: Ağır kusur "en ilkel-basit özenin gösterilmemesidir (büyük önerme olarak tecrübe kuralı) somut olayda -A- kırmızı ışıktaki geçiş yapmıştır veya sağ şeritten gitmiştir (küçük önerme) o halde ağır kusurludur (altlama). Ancak uygulamada kusurun derecelendirilmesi bu tecrübe kurallarından yararlanılarak yapılmamakta bilirkişiler yalnız mantık yoluyla denetleme olanağı olmayan yöntemle sonuca gitmektedirler.

4 - Biyoloji ve Psikoloji Alanındaki Bilgiler : İnsan davranışlarının irade açıklamalarının değerlendirilmesinde niyet, rıza, akıl bozukluğu, temyiz kudretinin varlığı gibi durumların ortaya konmasında yargıcın başvurabileceği altlama araçlarıdır. Bu gibi durumlarda yargıç altlama yapılmak için biyoloji ve psikoloji gibi bilgilere başvuracaktır.

5 - Mantık ve Düşünme Kuralları : Yargıç altlama yaparken düşünce kurallarına da başvuracaktır.

Düşünce Kanunları İlkeleri: Özdeşlik, değişik kavramlar aynı adla anılamaz; Üçüncü seçeneğin olanaksızlığı, biri veya öbürüne uymama halinde bir kavram yok demektir; yeterli gerekçe, var olan her şeyin neden öyle olduğuna dair yeterli gerekçesi olmalıdır (24).

Yargıç, gerek olguların ve gerekse hukuki sorunların nitelendirilmesinde altlama yöntemini kullanırken bilmediği tecrübe kurallarını öğrenmek için bilirkişi dahil her türlü kaynağa başvurmak zorundadır. Hakim özel bilgisine dayanarak kullanacağı tecrübe kurallarını gerekçelendirmek zorundadır (25).

Tecrübe kurallarının hakimi mutlak olmayan şekilde bağlayacağı kabul edilmemektedir (26).

b - Altlama Yapmadan Mantık Yöntemi

Özellikle kanıtların kanaat verici olup olmadığının takdirinde veya iki seçenekten birinin tercih edilmesinde yargıç mantık kuralları ile hareket edecektir. Bu yöntem kullanılırken böyle değerlendirmenin başkalarının makul mantığına ters düşmemesi esas alınır; keyfilik ancak böyle önlenabilir.

c - Hakkaniyet Değerlendirilmesi

Yargılama çalışmalarının en önemli amaçlarından biri adaleti somutlaştırmaya yani hakkaniyeti gerçekleştirmek olduğuna göre yalnız altlama ile nitelendirmeyi sonuçlandırmak yetersiz kalabi-

(24) Yıldırım, s. 189.

(25) Yıldırım, s: 118.

(26) Yıldırım s: 118 dip not 46.

lır. Çünkü özellikle soyut nitelikteki kurallar yardımıyla altlama işlemini yapmak biçimsel bir mantık çalışmasıdır. Bu nedenle altlama ile ortaya çıkan sonuçların adaleti somutlaştırılıp somutlaştırılmadığının araştırılması gerekir; bu görevin hakime ait olduğu tartışılmamalıdır. Çünkü hakkaniyetin ortaya konması hakimın asli görevidir.

Örneğin hukuk bilminin tesbit ettiği ağır ve hafif kusur kavramlarının altlamada kullanılmasıyla elde edilen sonuçlar her zaman hakkaniyete uygun düşmez; işin özünde ağır kusur söz konusu olmasına rağmen yargıç hakkaniyet değerlendirmesiyle onu hafif kusurlu kabul edebilir (27).

Diğer taraftan kaza sonucu sürekli iş görmezlik halinde meslekte kazanma gücünün ne oranda azalacağı tıbbi verilere göre düzenlenmiş cetvellerle belirlenir (27a). Bu verilere göre altlama yapıldıktan sonra ortaya çıkan tıbbi sonucu hakim hakkaniyetle değerlendirerek gerektiğinde burada belirlenenden az bir oran da kabul edebilir.

Ancak uygulamada bu hakkaniyet işlemleri de yine bilirkişilere bırakılmakta ve bilinçsiz olarak uygulanmaktadır. Özellikle kusurun derecelendirilmesinde hakimler kesinlikle böyle bir hakkaniyet değerlendirmesine girmemektedirler; keza tıbbi kurallara göre bilirkişilerin ortaya çıkardığı kazanma gücünün kaybı oranı aynen hükme esas alınmaktadır. Oysa karşılaştırmalı hukukta hakimın hakkaniyet değerlendirmesi yapması kabul edilmekte uygulamada bunun örnekleri verilmektedir (28).

III - SONUÇ:

1- ÖZEL OLARAK: Nitelendirme işlemi bir yargısal çalışmadır ve kural olarak bu görev hakime aittir. Hakim, ancak altlama yaparken bilmediği tecrübe kurallarını öğrenmek, bulmak için o sahada teknik bilgisi olan uzman kişinin yani bilirkişinin görüşü-

(27) Kaneti, İsviçre Federal Mahkemesi, Borçlar Hukuku Kararları, C. I, sh: 105 BGE 90119.

(27a) SSK. Sağlık İşleri Tüzüğü.

(28) Stauffer-Schaehle Barwerttafel n: 36-37 BGE 72 II 206, Tekinay Borçlar C: I, sh: 820 de dipnot 5 de anılan Federal Mahkeme Kararları.

şüne bavorabilir; bilirkişinin yargılama çalışmalarındaki görevi kural olarak bununla sınırlıdır.

Diğer taraftan bilirkişilerden tecrübe kurallarının belirlenmesi yanında zorunlu hallerde tecrübe kuralları yardımıyla olgular (maddi vakıalar) tesbit edilmesinde ve olguların değerlendirilmesinde yararlanılabilir; bir hasar gören bir araçtaki veya tarladaki hasarın ve zararın tesbiti ile kan testleri sonucu gerçek babanın kim olduğunun belirlenmesi gibi. Bu konularda bilirkişiden yararlanma çok sınırlı ve hakim yapmasının olanaksız olduğu durumlarda bu yola gidilmelidir.

Çağdaş yargı düzenine sahip ülkelerde bilirkişinin görevi ve onlardan yararlanma bu açıklananlarla sınırlıdır. Bu sınırlarda tartışma bulunmamaktadır. Oralarda tartışılan konu bu çok sınırlı hallerde alınan bilirkişi raporlarının hakimler tarafından denetlenmeden hükme alınmasında toplanmaktadır.

Ancak böyle bir yöntemin benimsenmesi halinde bilirkişilik bir sorun olmaktan çıkacak, yargılama çalışmalarının özünü oluşturan nitelendirme işlevi asli görev sahibi hakime dönecektir.

Burada şu soru akla gelebilir: Hakimler bu görevi yerine getirebilecekler midir? Çoğunlukla Yargıtay çalışmalarında "özel olarak dile getirilen bir ön yargı vardır: Türk Hakimleri bu işleri başaracak şekilde yetiştirilmemiştir, yapamazlar. Bunu yeterli cevap olarak kabul etmek olanağı yoktur. Dikkatlice gözlenirse yaygın bilirkişilik yapan kişiler avukattır, hukukçudur, iktisatçıdır, mühendistir, polistir, mahkemede bir memurdur. Eğer bir avukatın bir polisin yaptığını veya diğerlerinin yaptığı bilinçsiz mantıksal işlemleri hakim yapamayacaksa yargılamanın ve hakim adının değiştirilmesi gerekir: Yargı memuriyettir; hakim memurdur gibi. Hakimlerin çoğunluğunda bilgi eksikliği olduğu tartışmasızdır. Ancak bunun çaresi yetkilerin sorumsuz ellere teslim edilmesi değil aklın ve bilmin gösterdiği çağdaş önlem ve yöntemlerle olur. Mesleki yetkilerin devri mesleğin kamuoyu önünde değerini ve saygınlığını azaltacağı da unutulmamalıdır.

2- GENEL OLARAK: Türk uygulamasının yozlaştırdığı bilirkişi sorununun çözülmesinde en başta gelen çözüm yolu bil-

gi eksikliğinin giderilmesidir. Bu yapılmadan özellikle yüksek mahkemelerde karşılaştırmalı hukuk yakından ve sürekli olarak izlenmeden başarıya ulaşılması olanağı yoktur.

Konuyu yakından ilgilendirmesi bakımından bizim için güncel olan konuya değinmeden geçemeyeceğim. Yüksek Mahkememiz Yargıtay araştırma ve düşünme olanaklarına kavuşturulmadan diğer konularda olduğu gibi bilirkişilik konusunda da sonuç alınması çok zordur. Çünkü uygulamaya yön verecek Yargıtay'dır. Yargıtay ise iş yükü altında bunalmış durumdadır. Araştırma olanaklarına zaman ve mekan bakımından sahip değildir; yüksek hakimlerin düşünmeye bile zamanları yoktur. Daire kurmanın soruna çözüm getirmeyeceği, son düzenlemelerin işin özü ve amacı açısından yararlı olamayacağı bugünden anlaşılmıştır. Adı ve çalışması nasıl olursa olsun bir ara mahkemeye zorunlulukla ihtiyaç vardır.

Yargıtay görüşü tesbit edilmeden daire sayısının arttırılması hem yanlış ve hem de üzücü olmuştur.

Bilirkişi sorununun çözümü için bir genel öneride bu konuda şimdiki 275. maddeden daha kapsamlı bir düzenleme yapılmasıdır.

TCK.NUN 10. MADDESİ

Prof. Dr. Faruk EREM
Avukat Mustafa HİSAR

Kanunun 10. maddesine "a" bendi olarak (14.6.1991, R.G. 3756) şu hüküm eklenmiştir "Bir Türk Vatandaşı veya yabancı, Yabancı Ülkede bir suç işleyip de bu bab hükümlerine göre Türkiye'de yargıldığı takdirde, Türkiye zararına işlenmiş suçlar dışında, suçun işlendiği ülke kanunu ile Türk Kanunundan hangisi uygulamada sanığın lehine sonuç verecek ise, o kanun gözönünde bulundurulmak ve yabancı kanunda tanımlanan suçta Türk Kanunlarına göre verilmesi gereken en yakın olan ceza tesbit edilerek uygulama yapılır. Ancak, suçun işlendiği ülke kanunu, Türkiye'nin kamu düzenine veya Milletlerarası yükümlerine aykırı ise bu ülke kanununa itibar edilmez".

1) Yabancı Ülke:

İlave edilen bu hüküm bir Türk'ün veya yabancının "yabancı ülkede" işledikleri suçlar hakkında uygulanacaktır. Türkiye ve Türkiye sayılan yerler (kara suları, harp gemileri, hava ülkesi gibi) dışında kalan her yer yabancı ülkedir. Türk, Türk Vatandaşı olan kişidir; başkaca özellik aranmaz. "Suç anı"ndaki "tabiyet" esastır. Suçtan sonra Türk tabiyetinin kaybedilmesi önemli değildir. Türk sayılmayan herkes yabancıdır. Bu nedenle tabiyetsiz kişiler de (haymatlozlar) yabancıdır.

2) Yabancı Kanun:

Suçun işlendiği yer yabancı kanunun cezası, Türk Kanununda gösterilen cezadan daha hafif ise o cezanın verilmesi esas tutulacaktır.

Bu hükmün maksadı yabancı ülkede işlenen suça, o memleketin verebileceği cezadan fazla bir cezanın verilmesini önlemektir. Bu nedenle eklenen hükümün amacı budur.

Yalnız uygulamanın kolay olmadığı açıktır. Zira Türk ve Yabancı kanunlarının karşılaştırılması kolay değildir. Bizce bahis konusu yabancı ülkenin dilini ve az çok hukukunu bilen bilirkişilere başvurulması doğru olacaktır. Bu güçlük özellikle arap ülkeleri, şeriat hukuku açısından daha önem kazanacaktır.

Kural, Türk Ceza Kanununun uygulanmasıdır; yabancı kanun cezası bakımından nazara alınmıştır. "14.6.1991 gün ve 3756 sayılı Kanunla, Türk Ceza Kanununa eklenen 10/a maddesi, Türkiye'de yapılacak yargılamalarda münhasıran Türk Ceza Kanunlarının uygulanacağına ilişkin genel kuralı değiştirmedeği, fakat suçun işlendiği yer kanununda öngörülen cezadan fazla ceza ile sanığın tecziye edilemeyeceğini hükme bağlamış bulunduğundan, sanık hakkında Türk Ceza mevzuatı uyarınca ceza tayini gerekirken doğrudan doğruya Alman Ceza Kanunu tatbik edilmek suretiyle hükümlülüğüne karar verilmesi yasaya aykırıdır" (765 s. TCK. m. 10/a, -3756 s. K.la ek-); (1. CD, 14.4.1992, 537/798, YKD/5, s. 786). Bu kararda Almanya'da bir yabancıya karşı bir Türk'ün işlediği suç bahis konusudur.

3) Suç:

Maddede "Türkiye zararına işlenmiş suçlar dışında" olanlar hakkında" bu hükmün uygulanacağına işaret olunmuş ise de bu bir "teknik" tabir sayılamaz. Bu kayıt TCK.nun 4. maddesine veya 6. maddesine işaret etmek istediği düşünülebilir.

"Türk kanununda bulunup yabancı ülke kanundaki cezaya en yakın ceza" deyimi düşündürücüdür. "Kanunsuz ceza olmaz" kuralına (TCK. m. 1) aykırılık bahis konusu olabilir.

Türk ve yabancı kanunun karşılaştırılmasında "uygulamada sanık lehine sonuç verecek kanun" nazara alınacaktır. Bu nedenle cezayı bulabilmek için kanunların kül halinde ele alınması (tahfif ve teşdit sebepleri ve diğer haller) gereklidir.

Madde hükmü "Türkiye'de yargılanma" haline indirgelidir. Eğer yargılanan kişi hüküm giydikten sonra durum anlaşılırsa

TCK.nun 2. maddesi uygulanmalı ve "infaz olunur" kaydına dayanılmalıdır.

Şu husus üzerinde durulmak gerekir: Kanunun 5. maddesinde yabancı ülkede bir Türk tarafından işlenen suç öngörülmüş, bu suçun maktül veya mağdurunun Türk veya yabancı olması arasında fark görülmemiştir. Böyle bir halde yabancı ülkenin kanununun daha hafif olan cezasının (hele maktul veya mağdur Türk ise) uygulanması nasıl kabul edilebilir? Eğer Türk tarafından işlenen suç bir Türk zararına işlenmiş ise bu halin kabulü haklı gözükemeyecektir. Yalnız ek maddede yer alan "Türkiye zararına işlenmiş suçlar" ibaresinin anlamı Türkiye veya Türk aleyhine işlenen suçların hariç olduğu anlamı verilecek olursa hatanın düzeltilmesi mümkün olabilir; fakat "Türkiye zararına" deyimine "Türk zararı"nın dahil olduğunu kabul pek güçtür. Bu durumda örneğin bir Türk'ün yabancı ülkede Bir Türk'ü öldürmesi halinde yabancı ülkedeki cezanın esas tutulması nasıl izah edilecektir?

Bir başka olayda şu husus düşündürücüdür: TCK.nunda değişiklik yapan 3756 sayılı Kanunun 6. maddesi ile TCK.nun 403. maddesini değiştiren hükümlerden 4. bendine göre: "Böylece ihraç edilmiş maddeler dolayısıyla yabancı memlekette hükmedilmiş ve çekilmiş veya yabancı ülkede çekilmemiş olmakla beraber Türkiye'de infazı kabil cezalar çekildikleri takdirde, ihraç sebebiyle hükmedilecek cezadan indirilir". Bu hükme rağmen 10. maddeye eklenen (a) bendi dahi uygulanacak mıdır?