

CEZA MUHAKEMESİ HUKUKUNDA BİLİRKİŞİLİK

*Yrd.Doç.Dr. Ali Kemal YILDIZ**

Giriş

Ceza muhakemesi faaliyetinde esas itibariyle maddi ve hukuksal nitelikte iki sorunun çözüme kavuşturulması gerekmektedir. Maddi sorunun konusunu geçmişte yaşandığı iddia edilen olay oluşturmaktadır ve bu olayın ispatına ilişkin oluşturulacak kanaatle birlikte, maddi sorun çözümlenmiş olacaktır. Hukuksal sorunun konusunu ise, ispatı gerçekleştirilen olayın herhangi bir suç tanımına uyup uymadığının belirlenmesi oluşturur. İspatı gerçekleştirilen olayın bir hukuksal tanıma girip girmediğinin giriyorsa bu olaya hangi hukuksal sonuçların bağlanacağına belirlenmesi ile de hukuksal sorun çözüme kavuşturulmuş olacaktır¹.

Davaya konu oluşturan eylemin gerçekten işlenip işlenmediği; işlendiyse davanın sanığı tarafından mı yoksa başkası tarafından mı işlendiği; eylemin işleniş biçiminin nasıl olduğu gibi sorulara yanıt arayan ispat muhakemesinde mahkeme bazen ispatta kullanacağı ispat aracını elde etmek, bazen de var olan delilleri değerlendirebilmek için kendi uzmanlık alanı ve genel kültür bilgisi dışında olan özel bir uzmanlık bilgisine gereksinim duyabilir. Maddi olayın ispatına ilişkin çözümü gereken sorun konusunda böyle bir uzmanlık bilgisine gereksinim duyan mahkemenin, bu bilgiyi elde edebilmek için konunun uzmanına başvurması ve onun sorunun çözümüne ilişkin yardımını alması gereklidir. İspata ilişkin karşılaşılan bir sorunun çözümünde, sahip olduğu uzmanlık bilgisiyle mahkemeye, hâkime ve Kanunun izin verdiği durumlarda Cumhuriyet Savcısına yardımcı olan bu kimseye “bilirkişi” denilmektedir. Bilirkişi tarafından çözümü gereken soruna ilişkin ortaya konulan bilgi, saptama ya da değerlendirme ise “bilirkişi mütalaası” olarak nitelendirilmektedir.

1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK), temel esaslarda, aynı tarihte yürürlükten kalkan Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun (CMUK) düzenlemesine sadık kalmakla birlikte, önemli değişiklikleri de içermektedir. Bu çalışmada Bilirkişilik kurumunun ve Bilirkişi mütalaasının hukuksal niteliğine ve işleyişine ilişkin açıklama ve değerlendirmeler yapılacaktır.

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

1 **Kunter**, Nurullah / **Yenişey**, Feridun / **Nuhoğlu**, Ayşe; Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 14. Baskı, s. 45.

I. Kavram

Bilirkişi, ispatı gereken ve hakimın uzmanlık alanına girmeyen konularda uzmanlık bilgisine sahip olan, bu uzmanlık bilgisıyla çeşitli olgular veya tecrübe kurallarına ilişkin bilgi aktarabilen ya da belirli olayları değerlendirip sonuç çıkarabilen² ve görevlendirilmesi üzerine ispata ilişkin çözümü gereken bir sorunun değerlendirilmesinde mahkemeye veya hakime³, kanunun olanak tanıdığı durumlarda Cumhuriyet Savcısına⁴ ve daha genel bir ifadeyle de ceza muhakemesinde karar verme yetkisine sahip olan makamlara⁵ yardımcı olan kimsedir. Böylece bilirkişilik ceza muhakemesi organlarının bilgi eksiklerini tamamlama amacına hizmet eder⁶.

- 2 **Beulke**, Werner; *Strafprozessrecht*, 9. Auflage, Heidelberg 2006, s. 120; **Kindhäuser**, Urs; *Strafprozessrecht*, Baden-Baden 2006, s. 240; **Krause**, Daniel M., Löwe-Rosenberg, *Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz*, Großkommentar, C II, 25. Auflage, Berlin 2003, Vor. § 72, کنار no 2; **Platzgummer**, Winfried; *Grundzüge des österreichischen Strafverfahrens*, 8. Auflage, Wien-New York 1997, s. 98; **Volk**, Klaus; *Grundkurs StPO*, 5. Auflage, München 2006, s. 204.
- 3 **Arslan**, Ramazan; *Bilirkişilik, Sorunlar ve Çözüm Önerileri*, in: *Yargı Reformu 2000 Sempozyumu* (İzmir Barosu, 5-6-7-8 Nisan 2000), s. 190; **Arslan**, Ramazan; *Bilirkişilik Uygulaması ve Bu Uygulamaya Yargıtay'ın Etkisi*, in: *Yargıtay Dergisi*, Ocak-Ekim 1989, C. 15, s. 157; **Centel**, Nur / **Zafer**, Hamide; *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 3. Baskı, İstanbul 2005, s. 223; **Cihan**, Erol / **Yenisey**, Feridun; *Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul 1996, s. 154; **Deryal**, Yahya; *Türk Hukukunda Bilirkişilik*, 2. Baskı, Ankara 2004; **Erem**, Faruk; *Ceza Yargılaması Hukuku*, 6. Baskı, Ankara 1986, s. 404; **Hauser**, Robert / **Schweri**, Erhard / **Hartmann**, Karl; *Schweizerisches Strafprozessrecht*, 6. Auflage, Basel-Gcnf-München, 2005, s. 307; **Kühne**, Hans-Heiner; *Strafprozeßrecht*, 5. Auflage, Heidelberg 1999, s. 360; **Meyer-Göbner**, Lutz; *Strafprozessordnung*, 49. Auflage, München 2006, s. 241; **Müller**, Klaus; *Der Sachverständige im gerichtlichen Verfahren*, Heidelberg 1988, s. 3; **Önder**, Ayhan; *Özet Ceza Muhakemesi Hukuku (Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu ve İlgili Bazı Mevzuat)*, İstanbul 1992, s. 89; **Öztürk**, Bahri / **Erdem**, Mustafa Ruhan; *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 9. Baskı, Ankara 2006, s. 428; **Peters**, Karl; *Strafprozeß*, 4. Bası, Heidelberg 1985, s. 364; **Roxin**, Claus; *Strafverfahrensrecht*, 25. Auflage, München 1998, s. 225; **Seiler**, Stefan; *Strafprozessrecht*, 7. Auflage, Wien 2004, s. 135; **Taner**, Tahir; *Ceza Muhakemeleri Usulü*, 3. Baskı, İstanbul 1955, s. 207; **Toroslu**, Nevzat; *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara 2003, s. 184; **Tosun**, Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri, C I, 4. Baskı, İstanbul 1984, s. 786; **Wessely**, Wolfgang; *Casebook Strafprozessrecht*, 5. Auflage, Wien 2005, s. 72; **Yenisey**, Feridun; *Duruşma ve Kanun Yolları*, İstanbul 1990, s. 97; **Yurtcan**, Erdener; *Ceza Yargılaması Hukuku*, 11. Baskı, İstanbul 2005, s. 274; **Yurtcan**, Erdener; *Bilirkişilik Sorunlar ve Çözüm Önerileri-Açık Tartışma*, in: *Güncel Hukuk*, sy. 1, Ocak 2004, s. 46.
- 4 **Özbek**, Özer; *CMK İzmir Şerhi*, Ankara 2005, s. 214; **Ranft**, Otfried; *Strafprozeßrecht*, 3. Auflage, Stuttgart-München-Hannover-Berlin-Weimar-Dresden 2005, s. 216; **Yokuş**, Handan; *Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik*, in: *ÜHFM*, C LXIV, sy. 1, s. 49.
- 5 **Soyaslan**, Doğan; *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 2. Baskı, s. 429; **Öztürk/Erdem**, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 428.
- 6 **Ersoy**, Yüksel; *Türk Ceza Hukukunda Bilirkişilik ve Uygulamadan Doğan Sorunlar*, in: *Hukuk Kurultayı 2000 (12-16 Ocak 2000)*, Ankara 2000, s. 429.

Ceza Muhakemesi Kanunu da (CMK), *çözümü uzmanlığı, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hallerde* bilirkişiye başvurulabileceğini (CMK m. 63/1) belirtmek suretiyle bilirkişinin kim olabileceğini düzenlemiştir. Adalet Bakanlığı tarafından çıkarılan “Ceza Muhakemesi Kanununa Göre İl Adli Yargı Adalet Komisyonlarının Bilirkişi Listelerinin Düzenlenmesi Hakkında Yönetmelik”⁷e göre de bilirkişilik, *çözümü; uzmanlığı, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hâllerde oy ve görüşünü sözlü ya da yazılı olarak vermesi için başvuru için* *başvurulan gerçek veya tüzel kişiyi*, ifade etmektedir (Yönetmelik m. 3).

Bilirkişiden, hakim ve hazırlık soruşturmasında Cumhuriyet savcısı yanında katılan, mağdur ve bunların vekil veya müdafii, kovuşturmada Cumhuriyet savcısının da belirli bir uzmanlık bilgisini gerektiren konularda, o konunun uzmanından yararlanmaları mümkündür⁸. **CMK, hakim, mahkeme ve hazırlık soruşturmasında Cumhuriyet savcısı tarafından belirli bir uzmanlık bilgisiyle çözülecek olan soruna ilişkin olarak bu konunun uzmanına başvurulması durumunda bilirkişi mütalaasından, diğer muhakeme sùjelerinin yine belirli bir uzmanlık bilgisi ile çözülecek olan soruna ilişkin olarak konunun uzmanına başvurusu durumunda ise, “uzman mütalaası”ndan söz etmektedir.**

Hakimin genel kültür bilgisi ve uzmanlık alanı dışındaki bir alana ilişkin uzmanlık bilgisinin mutlaka “bilimsel” nitelikli olması gerekli değildir. Sözelimi, ticaretle, makine tamiriyle uğraşan kişiler de kendi uğraştıkları alana ilişkin uzmanlık bilgileri nedeniyle bilirkişilik yapabilirler. Bu konulara ilişkin uzmanlık bilgisiyle çözümlü gereken bir sorun ortaya çıkarsa bu kişilere başvurulabilir⁹.

Özel uzmanlığı gerektiren bilgiye sahip olması, bilirkişiye olaylar veya tecrübe kuralları¹⁰ konusunda bilgi vermek ya da belirli bir olgu konusunda değerlendirme yapmak ve görüş bildirmek olanağı vermektedir¹¹. Buna göre bilirki-

⁷ RG, 01.06.2005, sy. 25832.

⁸ **Gürelli**, Nevzat; Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik, İstanbul 1967, s. 16; **Toroslu**, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 184; **Kunter/Yenisey/Nuhoğlu**, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 613.

⁹ **Meyer-Göbner**, Strafprozessordnung, s. 241; **Ranft**, Strafprozeßrecht, s.216. **Krause**, Lowe-Rosenberg, Vor §72, kenar no 2.

¹⁰ *Tecrübe kuralı*, tabiat kanunları, çeşitli bilim dallarından ve yaşam deneyimlerinden öğrenilen matematik, mantık kuralları gibi, genel nitelikteki mücerret tahmine dayanan hükümdür. Tecrübe kuralları, delillerin değerlendirilmesinde başvuru ölçütlerdir. Bir delilin sağlamlığının kontrol edilmesinde, o delilin diğerleriyle uyuşup uyuşmadığının, olayı temsil edip etmediğinin belirlenmesinde tecrübe kurallarından yararlanır (**Kunter/Yenisey/Nuhoğlu**, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 610-611).

¹¹ **Beulke**, Strafprozessrecht, s. 120.

şinin faaliyeti esas olarak üç şekilde gerçekleşebilir¹²:

İlk olarak, mahkemeye uzmanlığı sayesinde bilgi sahibi olduğu genel tecrübe kuralını bildirebilir. Örneğin, bir bebeğin mide ve bağırsağının doğumundan aşağı yukarı altı saat sonra havayla dolduğunu bildirmek gibi.

İkinci olarak, sadece belirli bir uzmanlık bilgisiyle algılanabilecek ya da ayrıntılı olarak anlaşılabilir ve değerlendirilebilecek olan bir olayı saptayabilir. Örneğin, öldürülmüş olan bebeğin bağırsağında hava bulunmadığını bildirmek gibi.

Üçüncü olarak da, sadece belirli bir uzmanlığa sahip olmak dolayısıyla bilimsel kurallara göre sonuç çıkarabilir. Örneğin, ilk iki örnekteki bilginin birleşimi sayesinde bebeğin ilk altı saat içerisinde öldürülmüş olduğu sonucunu çıkarmak gibi.

Mahkeme bilirkişiden bu üç faaliyetten birisini yerine getirmesini isteyebileceği gibi, bunların birden fazlasının (ki genellikle böyledir) birlikte yerine getirilmesini de isteyebilir¹³.

II. Bilirkişinin ve Bilirkişi Mütalaasının Hukuksal Niteliği

Bilirkişi, hukuksal niteliği itibariyle esas olarak mahkeme, hâkim¹⁴ ve Kanunun izin verdiği durumlarda Cumhuriyet savcısının yardımcısı niteliğindedir¹⁵. Cumhuriyet savcısı (kovuşturma aşamasında), katılan, vekili, şüpheli, sanık, müdafii veya kanuni temsilcisi de yargılama konusu olayla ilgili olarak, veya bilirkişi raporunun hazırlanmasında değerlendirilmek üzere ya da bilirkişi

¹² **Roxin**, Strafverfahrensrecht, s. 225; Ayrıca karş.: **Brodag**, Wolf-Dietrich; Strafverfahrensrecht, 11. Auflage, Stuttgart, München, Hannover, Berlin, Weimer, Dresden 2005, s. 139; **Eisenberg**, Ulrich; Beweisrecht der StPO-Spezialkommentar, 4. Auflage, München 2002, s. 587; **Hauser/Schweri/Hartmann**, Schweizerisches Strafprozessrecht, s. 310; **Kindhäuser**, Strafprozessrecht, s. 240; **Kühne**, Strafprozessrecht, s. 361; **Müller**, Der Sachverständige im gerichtlichen Verfahren, 5 vd.; **Yurtcan**, Ceza Yargılaması Hukuku, s. 274; **Gürelli**, Bilirkişilik, s. 11.

¹³ **Kühne**, Strafprozessrecht, s. 361.

¹⁴ **Arslan**, Bilirkişilik, Sorunlar ve Çözüm Önerileri, s. 191; **Brodag**, Strafverfahrensrecht, s. 138; **Erem**, Ceza Yargılaması Hukuku, s. 404; **Hauser/Schweri/Hartmann**, Schweizerisches Strafprozessrecht, s. 308; **Malkoç**, İsmail / **Güler**, Mahmut; Uygulamada Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu, C I, Ankara 1998, s. 355; **Yenisey**, Duruşma ve Kanun Yolları, s. 97; **Yurtcan**, Bilirkişilik Sorunlar ve Çözüm Önerileri-Açık Tartışma, s. 46.

¹⁵ **Gürelli**, Bilirkişilik, s. 16; **Lemke**, Michael; HK-StPO (Heidelberger Kommentar zur Strafprozessordnung), Heidelberg 2001, s. 185; **Önder**, Özet Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 89; **Pfeifer**, Gerd; Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz mit Einführungsgesetz, 5. Auflage, München 2003, s. 77; **Senge**, Lothar; Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz mit Einführungsgesetz, München 2003, s. 368; **Soyaslan**, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 432; **Kunter/Yenisey/Nuhoglu**, Ceza Muhakemesi Hukuku, 613.

raporu hakkında, konunun uzmanı olan kişilerin bilgi ve tecrübesinden yararlanabilirler. Ancak bilirkişi kural olarak yetkili makamın usulüne göre yapacağı görevlendirme ile faaliyet gösterebileceğinden, CMK, hakim, mahkeme ve hazırlık soruşturmasında Cumhuriyet savcısının görevlendirmesiyle faaliyet gösteren ve sahip olduğu uzmanlık bilgisiyle ispata ilişkin sorunun çözümüne yardımcı olan kişiyi “bilirkişi” ve hazırlık soruşturması dışında Cumhuriyet savcısı, katılan, vekili, şüpheli veya sanık, müdafii veya kanuni temsilcisi tarafından ispata ilişkin sorunun çözümü konusunda yardımına başvurulmuş kişiyi ise, “uzman” olarak nitelendirmiştir.

Bilirkişi mütalaasının hukuksal niteliği konusunda, öğretilerde değişik görüşler bulunmaktadır. Öğretilerde, bilirkişi mütalaasının bir ispat aracı, yani delil olduğu¹⁶; bir delil olmayıp sadece bir delili değerlendirme aracı olduğu¹⁷ ya da yerine göre bazen delil, bazen delilleri değerlendirme aracı ve bazen de her ikisi olduğu¹⁸ görüşleri ileri sürülmüştür.

Mahkeme, bazen ispata ilişkin yapacağı değerlendirmede kullanacağı delilleri kendi uzmanlık bilgisiyle elde etme olanağına sahip olmayabileceği gibi, bazen de duruşmada ortaya konulan delilleri yine kendi uzmanlık bilgisiyle değerlendirip bunlardan olaya ilişkin sonuç çıkarması mümkün olmayabilir. Bu durumda mahkeme, söz konusu faaliyetleri gerçekleştirmek üzere belirli uzman-

¹⁶ **Beulke**, Strafprozessrecht, s. 121; **Ersay**, Türk ceza Hukukunda Bilirkişilik ve Uygulamadan Doğan Sorunlar, s. 431; **Haller**, Klaus / **Conzen**, Klaus, Das Strafverfahren, 4. Auflage, Heidelberg, München, Landsberg, Berlin 2006, s. 134; **Kantar**, Baha; Ceza Muhakemeleri Usulü, 4. Baskı, Ankara 1957, s. 87; **Kindhäuser**, Strafprozessrecht, s. 241; **Krause**, Lowc-Rosenberg, Vor §72, kenar no 2; **Meyer-Gofner**, Strafprozessordnung, s. 241; **Neubeck**, Gerd; in: KMR (Kommentar Zur Strafprozessordnung), 43. Lieferung, Juni 2006, § 72, kenar no 2; **Önder**, Özet Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 89; **Peters**, Strafprozess, s. 342; **Pfeiffer**, Karlsruher Kommentar, s. 77; **Senge**, Karlsruher Kommentar, s. 368; **Ranft**, Strafprozessrecht, s. 216; **Taner**, Ceza Muhakemeleri Usulü, s. 171.

¹⁷ **Erem**, Ceza Yargılaması Hukuku, s. 404; **Gözübüyük**, Abdullah Pulat; Ceza’da Bilirkişi İncelemesine Gerek Olan ve Olmayan Haller, in: Adalet Dergisi, Yıl 65 (1974), s. 239; **Hancı**, İ. Hamit; Bilirkişilik ve Çapraz Sorgu, Ankara 2003, s. 9; **Kunter/Yenisey/Nuhoğlu**, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 614; **Tosun**, Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri, s. 787.

¹⁸ **Gürelli**, Bilirkişilik, s. 18: *Eğer muhakeme makamları iz ve eserleri, yani delilleri bilirkişi mütalaası aracılığıyla öğrenebiliyorlarsa, bir diğer ifadeyle bilirkişinin açıklamaları geçmişteki realitenin yeniden inşasında malzeme görevi görüyorsa, bilirkişi mütalaalarının bir delil; buna karşı, bilirkişi mütalaası muhakeme makamlarına sadece tecrübe kuralını bildiriyor veya açıklıyorsa ya da bu kuralın uygulanması suretiyle bazı sonuçlar çıkarılmasına yardımcı oluyorsa, bu durumda bilirkişi mütalaası bir delil değil, delillerin değerlendirilmesi aracıdır. Örneğin, bir cesedin karnında karbon monoksit bulunup bulunmadığı konusunda beyanda bulunan bilirkişi mütalaası delil olarak kabul edilecektir (Gürelli, Bilirkişilik, s. 17); aynı yönde **Özbek**, CMK İzmir Şerhi, s. 228-229: “... sanıktan alınan örnek ile olay yerinden elde edilen iz üzerinde yapılan incelemede DNA’ların uyduğu yönündeki rapor artık delildir”.*

lık bilgisine sahip kimselerden yardım alacaktır. **Yerine getirdiği bu faaliyet nedeniyle bilirkişi mütalaası bir delil değil, delillerin elde edilmesi veya değerlendirilmesi aracıdır**¹⁹.

Bilirkişinin uzmanlık alanı içerisinde bulunan bir tecrübe kuralının mahkemeye bildirmesi durumunda (bebeğin karnının ve bağırsaklarının doğumdan yaklaşık altı saat sonra havayla dolduğu bilgisini iletmesi gibi) bilirkişi mütalaasının bir delil olmadığı konusunda bir şüphe bulunmamaktadır. Zira bu durumda mahkeme söz konusu tecrübe kuralını kullanarak duruşmada ortaya konulmuş delilleri değerlendirecek ve ispat konusunda bir kanaat oluşturacaktır.

Bilirkişinin ancak belirli bir uzmanlık alanına sahip olunması sayesinde mümkün olabilecek bazı saptamaları yapması durumunda da (öldürülmüş olan bebeğin karnında hava bulunmadığı, cesedin karnında karbon monoksit bulunduğunu saptayarak mahkemeye bildirmesi örneklerinde olduğu gibi), bilirkişi mütalaası delil değil, bir delili elde etme aracı niteliğindedir²⁰. Muhakeme makamları, delilleri bizzat toplamak suretiyle bunları duruşmada ortaya koyabilecekleri gibi (örneğin, mahkemenin olay yerinde keşif yapmak suretiyle, kendi gözlemine dayanarak elde ettiği verileri duruşmada ortaya koymak ve tartışılmasını sağlamak suretiyle hükmünde kullanması); kendi bilgi ve teknik donanımlarıyla saptayamayacakları bazı verileri de, konuya ilişkin uzmanlığa ve teknik donanıma sahip olan kimseler aracılığıyla elde edebilecek (örneğin yapılacak bir tıbbi analizle kandaki alkol ya da uyuşturucu madde oranının belirlenmesi) ve bu şekilde duruşmada ortaya koyabileceklerdir. Bu durumda delil olan şey, yapılacak analize ilişkin hazırlanacak rapor değil, kandaki alkol ya da uyuşturucunun oranıdır. Bilirkişinin yaptığı şey, sadece bu oranı saptamak niteliğindedir²¹.

Ceza muhakemesinde çözümü gereken sorunlardan birisi olan “maddi sorunun” çözümü, yani geçmişte yaşandığı iddia edilen olayın gerçekten yaşanıp yaşanmadığı, yaşandıysa nasıl yaşandığı ve bu olayın kim ya da kimler tarafın-

¹⁹ Karş.: Erem, Ceza Yargılaması Hukuku, s. 404; Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 614; Öztürk/Erdem, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 435; Toroslu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 184; Yenisey, Feridun, Duruşma ve Kanun Yolları, 2. Bası, İstanbul 1990, s. 130. “Bilirkişi düşüncesi delil değildir. Delil hakkında bir açıklamadır. Bir başka anlatımla delillerin değerlendirilmesi vasıtasıdır. Delil, bilirkişinin incelemesi gerekli olan şeydir.” (Y. 1. CD, 01.03.1991, E. 1991/391, K. 1991/559 – Karar için bkz.: Kazancı Hukuk Otomasyon Programı, İçtihat Bilgi Bankası - <http://www.kazanci.com.tr/> - 07.10.2006).

²⁰ Soyaslan, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 432; Öztürk/Erdem, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 435.

²¹ CMK'nın 62. maddesi gerekçesinde de aynı durum vurgulanmıştır: “Bilirkişiliğin kendisi bir delil olmamakla birlikte, bilirkişi incelemesi sonucu elde edilen delil, iz, eser ve emare delildir. Bir başka deyişle bilirkişilik, delillere ulaşmak için bir araçtır. Bu hususlar göz önüne alınarak bilirkişi incelemesi ile ilgili hükümler bu bölümde düzenlenmiştir.”

dan gerçekleştirildiği konusunda ispata ilişkin bir karar verebilmek için, geçmişte yaşandığı iddia edilen olayın duruşma sırasında yeniden canlandırılmasına ve ortaya konularak tartışılmasına gereksinim vardır. İşte geçmişte yaşanmış bir olayı duruşmada (yani bugün) yeniden aslına uygun biçimde yaşatılabilmesi ve ispat konusunda bir karar verilebilmesi için kullanılan araçlar, “ispat araçları” yani “deliller”dir. Bu bağlamda deliller, geçmişte yaşandığı iddia edilen ve bir suç tanımına girmesi olasılığı olduğu için ceza davasının konusu oluşturan olayın ispatına yarayan araçlardır.

Deliller geçmişte yaşanan ya da yaşandığı iddia edilen olayın duruşmada yeniden yaşanmasını sağlayan araçlar olduğuna ve o zamanı yaşattıklarına göre, bunların sonradan yaratılması mümkün değildir. Sözgelimi tanık olay sırasında izlenimlerini açıklar ve olayın gerçekleştiği zamana ait bu bilgiler delil olarak kullanılır. Olay yerinden elde edilen bulgular olayın gerçekleştiği ana ilişkin bulgulardır ve öyle olmalıdır. Bütün bu nedenlerle keşif faaliyeti sırasında ya da bilirkişi tarafından yapılacak saptamalarda yeni bir iz veya eser ya da genel anlamda delil yaratılmayıp, olay sırasında var olan iz ve eserlerin elde edilmesi ve ortaya konulması faaliyeti söz konusudur. Dolayısıyla da bilirkişinin sahip olduğu özel bilgisi sayesinde, çeşitli saptamalar yapması bunu mahkemeye bildirmesi durumunda bilirkişinin bir delil yaratması söz konusu olmayıp, sadece zaten var olan, ancak mahkemenin elde etmesi için gerekli özel bilgiye ve özel donanımına sahip olmadığı bir veriyi, sahip olduğu özel bilgi ve teknik donanım sayesinde saptamakta ve bunu bir rapor halinde mahkemeye sunmaktadır. Bu durumda bilirkişi tarafından yapılan bu saptama duruşmada ortaya konulsa ve ispatta kullanılsa dahi, burada delil olan şey, bilirkişinin yaptığı saptama faaliyeti değil, özel uzmanlığı sayesinde saptadığı veridir. Bu nedenle de bilirkişi konuya ilişkin faaliyeti bir delilin saptanması, elde edilmesi aracı niteliğinde olup, delil niteliğinde değildir.

Bilirkişinin somut olayda sadece sahip olduğu uzmanlık alanına ilişkin tecrübe kuralını bildirmeyip, bu tecrübe kuralını kullanmak suretiyle mahkeme tarafından kendisine bildirilen ya da sahip olduğu uzmanlık sayesinde yine kendisinin elde ettiği verilerden sonuçlar çıkararak bunları mahkemeye bildirmesi durumunda da (örneğin çocuğun karnında hava bulunmadığı için, doğumundan itibaren ilk altı saat içinde öldürülmüş olduğu değerlendirmesini yapması) bilirkişi mütalaası yine bir delili değerlendirme aracı niteliğindedir.

III. Bilirkişinin Diğer Muhakeme Süjelerinden Farkları

Bilirkişi, sahip olduğu nitelik ve fonksiyon itibarıyla diğer muhakeme süjelerinden farklılığı konusunda bir sorun bulunmamakla birlikte, bilirkişinin yerine getirdiği görev açısından hakim ve tanıklıktan farkının ortaya konulması gereklidir.

Bilirkişi, muhakeme içindeki fonksiyonu itibariyle, hâkimin uzmanlık alanına girmeyen ve özel bir uzmanlığı gerektiren ispata ilişkin sorunların çözümünde ona yardımcı olan bir kimsedir. Bilirkişinin bu özelliğinin, onun hâkimden ayırt edilmesi konusunda, iki sonucu bulunmaktadır.

İlk olarak, bilirkişi, hâkimin yerine getireceği fonksiyonu üstlenerek hâkimin görev alanına giren konularda görüş açıklayamaz ve değerlendirmeler yapamaz²². Bilirkişinin görev ve yetkisi, kendisini atayan makamın kendisinden istediği araştırma inceleme ve değerlendirmeleri yapmakla sınırlı olup, bunlar da yukarıda belirtildiği üzere, bir tecrübe kuralının bildirilmesi, bu tecrübe kuralının kullanılması suretiyle saptamalar yapılması ya da yine tecrübe kuralının kullanılması suretiyle yapılan saptamaya ilişkin sonuçlar çıkarılması ile sınırlıdır. Bunun dışında gerek yapılan saptamalar gerekse değerlendirmeler çerçevesinde hukuksal değerlendirmeler yapması hukuka aykırı olacaktır²³. Zira bilirkişi muhakemede çözülmesi gereken sorunlardan maddi olayın ispatı ile ilgili aşamada görev yapmakta olup, hukuksal sorunun çözümü konusunda bir yetkisi bulunmamaktadır²⁴. Örneğin, şüpheli veya sanığın akıl hastası olup olmadığı, bu akıl hastalığının hareketlerini yönlendirme yeteneğine etkisi konusunda görüşüne başvurulmuş bilirkişinin, bu konuya ilişkin saptama ve değerlendirmesinin de ötesine gitmek suretiyle sahip olduğu akıl hastalığının hareketlerini yönlendirme yeteneğine etkisi konusunda ulaştığı sonuçlar yanında, elde edilen bu verilere hangi hukuksal sonuçların bağlanması gerektiğine, Kanunun hangi maddesinin uygulanması gerektiğine ilişkin değerlendirmeler yapması artık bilirkişinin görev alanından çıkıp, hâkimin yerine getirmesi gereken görevi üstlenmesi anlamını taşıyacaktır.

CMK da açık bir biçimde *bilirkişinin raporunda hâkimin tarafından yapılması gereken hukuksal değerlendirmelerde bulunamayacağını* düzenlemiştir (CMK m. 67/3). Bilirkişinin yapacağı bu tür değerlendirmeler ve bu değerlendirmelere dayanılarak verilecek hükümler, *bir hukuk kuralının uygulanmaması* niteliğinde olacağından temyiz nedeni oluşturacaktır (CMK m. 288/2).

Bilirkişinin fonksiyonunun hâkimin yardımcısı niteliğinde olmasının ikinci sonucu ise, hâkimin bilirkişinin raporunun güvenilirliğini, hem bilirkişinin uzmanlığı açısından hem de raporda ortaya konulan bilgiler, yapılan değerlendirmeler ve ulaşılan sonuçlar açısından bizzat kontrol etmesinin gerekliliğidir²⁵. Hâkim bu değerlendirmeyi yapmaksızın, bilirkişinin raporunda ortaya konulan

²² Yurtcan, Ceza Yargılaması Hukuku, s. 276.

²³ Roxin, Strafverfahrensrecht, s. 225.

²⁴ Yurtcan, Bilirkişilik Sorunlar ve Çözüm Önerileri-Açık Tartışma, s. 46.

²⁵ Hauser/Schweri/Hartmann, Schweizerisches Strafprozessrecht, s. 308.

sonuçları doğrudan doğruya hükmüne alması mümkün değildir²⁶. Hakim bilirkişi mütalaasında ulaşılan sonuçları kabul ettiğinde bunun makul gerekçelerini açıklamak zorundadır²⁷. Hakim bilirkişi raporunu nasıl değerlendirdiğinin, ulaşılan sonuçların hükme ne şekilde alındığının gerekçelerinin hükümde mutlaka gösterilmesi ve şekilde istinaf ve temyiz açısından da denetim olanağının bulunması gereklidir²⁸. Bilirkişi raporunda ulaşılan sonuçları bizzat değerlendirip hükmüne almak suretiyle hakim, bunlara ilişkin değerlendirme sorumluluğunu da üstlenmiş olmaktadır²⁹.

Bilirkişi, tanıktan da farklıdır. Bilirkişi, mahkeme, hakim veya kanunun izin verdiği durumlarda Cumhuriyet savcısının atması üzerine görev yapan ve uzmanlık alanına giren konuda kendisinden istenen tecrübe kurallarını bildiren, bu tecrübe kurallarıyla saptamalar yapan ya da bunlardan sonuç çıkaran kimse-dir. Buna karşı tanık, daha önce muhakemenin konusunu oluşturan olaya ilişkin gözlemlerini duruşmada ortaya koyan kimsedir ve tanık yaptığı bu gözlemlerini muhakemenin görevlendirmesi üzerine yapmamıştır³⁰.

Bu nedenle kural olarak tanığın dinlenmemesi ve olayın tanığının yerini başka bir kimsenin alması mümkün olmadığı halde, bilirkişinin değiştirilmesi ve bilirkişinin yerini başka bir bilirkişinin alması mümkündür³¹.

Teorik olarak olayın gerçekleşmesini gözlemleyen herkes tanık olabileceken; bilirkişi, hakim görev alanına girmeyen bir konuda özel uzmanlığı olan bir kimse olabilir³². Yine bilirkişinin reddi mümkün olmakla birlikte, tanığın reddi mümkün değildir³³.

Bilirkişi olarak atanması söz konusu olmaksızın, belirli bir uzmanlık bilgisi

26 **Özbek**, CMK İzmir Şerhi, s. 228.

27 **Eisenberg**, Beweisrecht der StPO, s. 636; **Volk**, Klaus; Grundkurs StPO, 5. Auflage, München 2006, s. 204-205.

28 **Ranft**, Strafprozeßrecht, s. 219; **Roxin**, Strafverfahrensrecht, s. 225; **Yurtcan**, Ceza Yargılaması Hukuku, s. 276.

29 **Haller/Conzen**, Das Strafverfahren, s. 135.

30 **Dippel**, Karlhans; Die Stellung des Sachverständigen im Strafprozeß, Heidelberg 1986, s. 17; **Ersay**, Türk Ceza Hukukunda Bilirkişilik ve Uygulamadan Doğan Sorunlar, s. 431; **Soyaslan**, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 432; **Taner**, Ceza Muhakemesi Usulü, s. 209; **Roxin**, Strafverfahrensrecht, s. 226.

31 **Erem**, Ceza Yargılaması Hukuku, s. 406; **Senge**, Karlsruher Kommentar, s. 369; **Soyaslan**, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 433; **Taner**, Ceza Muhakemesi Usulü, s. 209.

32 **Erem**, Ceza Yargılaması Hukuku, s. 406; ayrıca bkz.: **Erem**, Faruk; Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Şerhi, Ankara 1996, s. 137.

33 **Malkoç/Güler**, Uygulamada Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu, C I, s. 356; **Taner**, Ceza Muhakemesi Usulü, s. 209.

sayesinde gözlemlenmesi mümkün olan ve genellikle de tekrarı mümkün olmayan bir olayı gözlemleyen ve bunu duruşmada ortaya kimse bilirkişi değil, tanık statüsündedir. Zira söz konusu gözlemleri bilirkişi sıfatıyla yapmamıştır. **Öğretilde bu tanığın durumunu belirtmek açısından “uzman tanık” ya da “bilirkişi tanık” ifadesi kullanılmaktadır**³⁴. Sözgelimi, olay yerinde inceleme yapan kriminalist, ancak konunun uzmanı olan bir kişinin anlayabileceği ve buna karşı çok hızlı bir biçimde kaybolan bir iz veya eseri gözlemlemiş ve bunu saptamaları arasına kaydetmiş olabilir. Bu gözlemi yapmış olan kişinin bu bilgisinden yararlanılmak istenirse, tanık sıfatıyla dinlenecek ve tanıklığa ilişkin kurallara tabi olacaktır³⁵. Buna karşı mahkeme tarafından görevlendirilmesi üzerine söz konusu gözlemleri yapmış olan kimsenin bu konuya ilişkin hazırlayacağı mütalaa, bilirkişi mütalaası olarak duruşmada ortaya konulacaktır.

Bilirkişilik ve tanıklığa ilişkin kurallar ve sonuçlar birbirinden farklı olup uygulamada da bu durumun gözden kaçırılmaması gereklidir. Bilirkişinin reddi mümkün ve hatta belirli durumlarda bazı kimselerin bilirkişilik yapmaları kanunen kabul edilmemiş olduğundan, hakkındaki ret talebi kabul edilen bilirkişinin mütalaası da hükümde kullanılmayacaktır. Buna karşı tanığın reddi gibi bir olasılık bulunmayıp, tanığın bildirdiklerine karşı görüş ileri sürülebilir ve bildirdikleri kabul edilmeyebilir; ancak mahkemenin inandırıcı bulunduğu bu bilgileri dikkate almaması gibi bir olasılık bulunmamaktadır. Kısaca belirtmek gerekirse, bilirkişi tanık değiştirilemez ve yerine başka bir kimse aynı statüyle ikame edilemezken, bilirkişinin değiştirilmesi ve yine yerine başka bir kimsenin bilirkişi olarak görevlendirilmesi mümkündür³⁶.

Diğer taraftan belirli bir uzmanlık alanına sahip olan kişinin yaptığı bu gözlemleri tanık olarak ortaya koyması durumunda, bildirilen bu olaya ilişkin bilirkişi mütalaasına da başvurulabilir ve bu bilgilere yönelik olarak mahkemenin görevlendirmesi üzerine konunun uzmanı tarafından yapılacak inceleme artık bilirkişi mütalaası olarak kabul edilecektir.

Bu açıklamalar bağlamında belirli kurumlar içinde hazırlanan inceleme veya soruşturma raporları da “bilirkişi mütalaası” niteliğinde olmayıp bu biçimde kullanılmaması gereklidir. Hem bilirkişinin “objektif” olması, hem de mahkeme veya diğer makamlarca görevlendirilmiş olması gereği nedeniyle tamamen ku-

³⁴ **Beulke**, Strafprozessrecht, s. 121; **Erem**, Ceza Yargılaması Hukuku, s. 383; **Kühne**, Strafprozessrecht, s. 361; **Roxin**, Strafverfahrensrecht, s. 226; **Seiler**, Strafprozessrecht, s. 138. Bu konuda ayrıca karşı: **Ünver/Hakeri**, Sorularla Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 372 vd.

³⁵ **Ersoy**, Türk Ceza Hukukunda Bilirkişilik ve Uygulamadan Doğan Sorunlar, s. 432; **Pfeiffer**, Karlsruher Kommentar, s. 80; **Ranft**, Strafprozeßrecht, s. 220; **Wessely**, Casebook Strafprozessrecht, s. 72.

³⁶ **Ranft**, Strafprozeßrecht, s. 220.

rum içi düzenlemeler ya da özel mevzuat gereğince hazırlanan raporların bilirkişi mütalaası olarak kabul edilmesi mümkün değildir.

Mahkemenin görevlendirmesiyle de olsa, kolluk görevlisinin olay yerinin ölçümü için keşif yardımcısı olarak görevlendirilmesinde olduğu gibi ceza muhakemesinde özel uzmanlığı gerektirmeyen saptamalar yapan kimse de bilirkişi niteliğinde değildir³⁷.

IV. Bilirkişiyeye Başvurma

1. Bilirkişiyeye Başvurulabilen Durumlar

Bilirkişiyeye çözümü uzmanlığı, özel veya teknik bilgiyi³⁸ gerektiren hallerde başvurulabilecektir (m. 63/1)³⁹. Mahkemenin genel kültür bilgisi veya hukuksal bilgisi ile çözebileceği sorunlar dışında özel bir uzmanlığı gerektirmek koşuluyla bilirkişiyeye başvurulabilecek sorunlar konusunda ise bir kısıtlama bulunmamaktadır⁴⁰. Kanun, *bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına karar verilebileceğini* belirtmek suretiyle bilirkişiyeye başvurmayı zorunlu kılmamıştır⁴¹. Bununla birlikte, çözümü mahkemenin uzmanlığı dışında özel bir uzmanlığı gerektiren bir sorunun bulunması durumunda, somut olayda hükmü verecek olan mahkeme, bu konuda bilgiye sahip olsa dahi⁴², bu konunun uzmanı olan bilirkişiyeye başvurmalıdır⁴³. Bu

37 Roxin, Strafverfahrensrecht, s. 226.

38 Maddede “uzmanlık”, “özel” veya “teknik bilgi”den söz edilmişse de aslında *özel veya teknik bilgi*, herkesçe bilinmeyen ve özel bir uzmanlığı gerektiren bilgidir (Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 614, dipnot 17). Dolayısıyla ifade, aynı hususa ilişkin kelimelerin tekrarı niteliğindedir. Burada öncelikli olan nokta bilirkişinin, delillerin saptanmasına ya da değerlendirilmesine ilişkin olarak hakimın uzmanlık alanı ya da genel kültür dışında özel bilgiye sahip olmasıdır. Esasen tasarıda bulunmayan “uzmanlığı” kelimesi, hükmü daha belirgin hale getirmek amacıyla hükme eklenmiş (Bkz.: Şahin, Cumhuriyet; Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi, Ankara 2005, s. 213); ancak belirginleştirmekten ziyade tekrar niteliğinden olmuştur.

39 Ancak uygulamada mahkemelerin *bilgi eksikliği, özensizlik, iş yoğunluğu, dosya karşısında kendilerini güvensiz hissetmeleri* nedenleriyle bilirkişi başvurdukları eleştirisi yapılmaktadır (Bkz.: Bayraktar, Köksal; Bilirkişilik Sorunlar ve Çözüm Önerileri-Açık Tartışma, in: Güncel Hukuk, sy. 1, Ocak 2004, s. 49).

40 Erem, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Şerhi, s. 138.

41 “*Hakim veya Cumhuriyet Savcısı kendi bilgisi, kültürü ve müktesebatı ile önüne gelen bir konuyu çözmek yeteneğine sahiptir. İhtisasa ilgisi bulunmayan hallerde, bilirkişinin mütalaasına başvurulmasına yasal bir gerek yoktur; İncelenen davanın en önde gelen bilirkişisi hakim ya da C. Savcısının kendisidir.*” (Y. 8. CD, 13.10.1975, E. 6525, K. 5960 – Karar için bkz.: Yurtcan, Ceza Yargılaması Hukuku, s. 277).

42 Örneğin, motor meslek lisesi mezunu olan hakimın, motorla ilgili konularda teknik bilgiye sahip olması gibi (Özbek, CMK İzmir Şerhi, s. 215).

durum çözümü özel uzmanlığı gerektiren bu konudaki saptama ya da değerlendirmelerin muhakemeye dahil edilip, muhakemeye katılanlar tarafından tartışılmasının sağlanması suretiyle müşterekliğinin sağlanması açısından gereklidir.⁴⁴ Bu nedenle de mahkeme, bir hakimin kural olarak uzmanlık alanında olmayan ve bilgisiyle çözemeyeceği ispata ilişkin bir sorunla karşılaştığında bu konuda kanuni bir zorunluluk bulunmasa da bilirkişiye başvurmalıdır⁴⁵. Mahkemenin çözümü özel bir uzmanlık bilgisini gerektiren konuda bilirkişiye başvurmaması, mahkemenin olayı aydınlatma yükümünün ihlali nedeniyle temyiz nedeni edilebilecektir⁴⁶. Yargıtay da kararlarında bilirkişi incelemesi yapılması gerektiği halde yapılmaması bozma nedeni sayılmaktadır⁴⁷.

2. Bilirkişiye Başvurmanın Yasak Olduğu Durumlar

Mahkeme, ancak genel kültür bilgisi veya hukuksal bilgisi ile çözemeyeceği konularda bilirkişiye başvurabileceğinden; maddi olaya, yani ispata ilişkin sorunun çözümünde bilirkişiye başvurabilecek, buna karşı hukuksal sorunun çözümüne ilişkin sorunlarda bilirkişiye başvuramayacaktır⁴⁸. CMK da bu durumu, "hakimlik mesleğinin gerektirdiği genel⁴⁹ ve hukuksal bilgisi ile çözümlenebilecek konularda bilirkişi dinlenemez" biçiminde ifade etmiştir (CMK 63/1).

43 Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 225; Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 614; Özbek, CMK İzmir Şerhi, s. 215; Öztürk/Erdem, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 430.

44 Gürelli, Bilirkişilik, s. 26; Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 614.

45 Erem, Ceza Yargılaması Hukuku, s. 405.

46 Peters, Strafprozeß, s. 367; Ranft, Strafprozeßrecht, s. 217; Roxin, Strafverfahrensrecht, s. 228.

47 "Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu 66. maddesi gereğince, çözümü özel veya teknik bilgiyi gerektiren konularda bilirkişi incelemesi yaptırılması zorunluluğu dikkate alınarak suçla ilgili çözümlerdeki ikinci keşideci imzasının sanığa ait olup olmadığının tespiti bakımından uzman bilirkişiden rapor alınarak hüküm kurulması gerekirken eksik soruşturmaya dayanılması usul ve yasaya aykırıdır" (Y. 10. CD, 13.5.2002, E. 2002/17573, K. 2002/18556 – Karar için bkz.: Kazancı Hukuk Otomasyon Programı, İçtihat Bilgi Bankası - <http://www.kazanci.com.tr/> - 07.10.2006).

48 "Özel ve uzmanlık isteyen işler dışında bilirkişiye başvurulması, hakim görevini yapmaması ve başkasına yaptırması anlamını taşıdığından kabul edilemez" (Y. 9. CD, 16/1/75 – Karar için bkz.: Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 615, dipnot 27); yine aynı yönde, "... Hakim ancak ve yalnız özel ve uzmanlık bilgisini gerektiren konularda, soruşturma görevini kolaylaştırmak üzere bilirkişiye müracaat edebilir. Bunun dışında bilirkişiye başvurma, hakim resmî görevini yapmama veya başkasına yaptırma mahiyeti taşıyabileceğinden kabul edilemez. Nütekim hakim bilirkişiye müracaatının mecburi olduğu haller CMUK'da birer birer sayılarak gösterilmiştir." (Y. 1. CD, 7.3.1973, E. 1972/4820, K. 870 – Karar için bkz.: Yurtcan, Ceza Yargılaması Hukuku, s. 278).

49 Genel bilgi, bütün toplum açısından ortak olan genel kültür bilgisidir (Karş.: 63. madde gerekçesi)

Buna göre, herkesçe bilinen ve özel bir uzmanlığı gerektirmeyen veya hukuksal konularda bilirkişiye başvurulamaz⁵⁰. Sözgelimi kasten yaralama olayında yaralanmanın özelliğini belirlemek açısından mütalaasına başvuru alan hekim bilirkişi, sadece tıbbi olarak gerçekleştirilen eylemin vücutta meydana getirdiği etkiyi belirlemekle görevlendirilebilecek, buna karşı bu yaralanmanın kasten yaralanmanın basit, nitelikli veya sonucu nedeniyle ağırlaşmış hali olup olmadığı konusunda görüşü istenemeyecektir⁵¹.

Maddi olayın ispatı konusunda kanaatin oluşturulmasının ardından, eylemin hukuksal nitelendirmesinin yapılması mahkemenin uzmanlık alanında olan ve mutlak olarak onun tarafından çözülmesi gereken bir konu olduğundan, hukuksal sorunlara ilişkin olarak ancak istisnai bazı durumlar dışında bilirkişiye başvurusu mümkün değildir. Örneğin *eylemin hangi suçu oluşturduğunu* açığa kavuşturmak için bilirkişiye başvurulması mümkün değildir⁵².

Bu nedenle TCK'nın 22. maddesinin gerekçesinde ölüm veya yaralanma ile sonuçlanan bir trafik kazasında sürücülerin trafik kurallarına uyup uymadıklarının, hangi trafik kurallarının ne suretle ihlal edildiğinin belirlenmesi açısından bilirkişi incelemesi yapılabileceği biçimindeki ifade hatalıdır. Bir olayda aracın hızının belirlenmesi ya da aracın hızının yasal hız sınırının üzerinde olup olmadığı gibi teknik konularda bilirkişi incelemesi yaptırılabilirse de hukuksal bir inceleme gerektiren trafik kuralının ihlal edilip edilmediğinin saptanması yargılamayı yapan mahkeme tarafından yapılacaktır⁵³.

Mahkeme, karşılaştığı maddi olayın ispatına ilişkin bir sorunun çözümüne ilişkin olarak bilirkişiye başvurabilecek olmakla birlikte, bu sorun somut bir

⁵⁰ Bertel, Christian / Venier, Andreas; Grundriss des österreichischen Strafprozessrechts, Wien 2004, s. 94; Cihan/Yenisey, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 154; Gözübüyük, Ceza'da Bilirkişi İncelemesine Gerek Olan ve Olmayan Haller, s. 239; Güreli, Bilirkişilik, s. 23; Hauser/Schweri/Hartmann, Schweizerisches Strafprozessrecht, s. 308; Kühne, Strafprozessrecht, s. 360-361; Meyer-Göbner, Strafprozessordnung, s. 242; Önder, Özet Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 91; Soyaslan, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 431.

⁵¹ Seiler, Strafprozessrecht, s. 135.

⁵² Bkz.: 63. madde Madde gerekçesi; Aynı yönde, "Bir yazının suç unsurlarını içerip içermediğini irdeleme ve tartışmayı, mahkeme bilirkişiye havale edemez" (Y. 9. CD, 29.1.1991, E. 90/3773, K. 91/254 – Karar için bkz.: Cihan/Yenisey, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 154, dipnot 3); yine "Çözümü özel teknik bir bilgi gerektirmeyen, hakimnin hukuki bilgisi ile çözümlenmesi mümkün bulunan hakaret suçunda bilirkişi dinlenmeyeceği gözetilmeden, bilirkişi dinlenmek suretiyle CMUK. nun 66 ncı maddesine muhalefet edilmesi ve gereksiz dinlenen bilirkişi masraflarının da tahsiline karar verilmesi, bozmayı gerektirmiştir" (Y. 2. CD, 22.9.1993, 8173/9789 – Karar için bkz.: Savaş, Vural / Mollamahmutoglu, Sadık; Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Yorumu, C I, Ankara 1995, s. 516.

⁵³ Ünver, Yener; Türk Ceza Kanunu'nda Kusur, in: Seçkin yayıncılık tarafından yayınlanmak üzere olan (Eylül 2006) "Ceza Hukuku Dergisi"nde yayınlanacaktır, s. 16-17.

nitelik göstermeli ve mahkemenin, Cumhuriyet Savcısının ve kolluğun görevini bilirkişiye devretmek niteliğinde olmamalıdır. Sözelimi sanığın kendisine isnat edilen eylemi gerçekleştirip gerçekleştirmediği ya da eylemin nasıl gerçekleşti-rildiği gibi konularda bilirkişiye başvuramaz⁵⁴.

Mahkemenin, hukuksal soruna ilişkin bilirkişiye başvurabileceği istisnai du-rumları, *kanunu bilmemenin mazeret sayılabileceği* (TCK m. 30/4) durumlarla; *somut olayda yabancı kanunun göz önünde bulundurulmasının gerekli olduğu* (TCK m. 19) durumlar olarak belirtebiliriz⁵⁵. Öğretide çok istisnai durumlarda, çok tartışmalı temel hukuksal sorunlara ilişkin yeni bir içtihat oluşturulması gerektiğinde hukuksal konularda bilirkişi mütalaasına başvurulabileceği ileri sürülmektedir⁵⁶.

3. Bilirkişiye Başvurmanın Zorunlu Olduğu Durumlar

Ceza Muhakemesi Kanunu, kural olarak bilirkişiye başvurmayı istisna ola-rak kabul etmiş olmakla birlikte (CMK m. 63/1) belirli durumlarda bilirkişiye başvurulmasını zorunlu tutmuştur⁵⁷. Kanun böyle durumlarda bilirkişiye başvu-rulması konusunda kanuni bir faraziye yaratmıştır⁵⁸. Belirtmek gerekir ki, bu durumların bazılarında mahkeme, hakim ya da Cumhuriyet savcısı açısından zorunlu olan şey, Kanunda öngörülen belirli incelemelerin yapılmasının gerekli görülmesi durumunda, bu incelemelerin konunun uzmanı olan kimseler tarafın-dan gerçekleştirilmesi ve bu konularda muhakeme makamlarının kendilerinin bir değerlendirme yapması ve sonuç çıkarmasının kabul edilmemesidir. Buna karşı, söz konusu incelemelerin gerekip gerekmediği konusunda muhakeme makamlarınca bir karar verilmesi mümkündür⁵⁹. Örneğin şüphelinin, sanığın

⁵⁴ Dippel, Die Stellung des Sachverständigen im Strafprozeß, s.131-132.

⁵⁵ Karş.: Meyer-Göfner, Strafprozessordnung, s. 242; Ünver, Yener / Hakeri, Hakan; Sorularla Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2006, s. 66; Yokuş, Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik, s. 55-56.

⁵⁶ Eisenberg, Beweisrecht der StPO, s. 587; Krause, Lowe-Rosenberg, Vor §72, kenar no 12; Peters, Strafprozeß, s. 366; Ranft, Strafprozeßrecht, s. 216; Tosun, Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri, C I, s. 791.

⁵⁷ "Hakim, bilirkişi düşüncesiyle bağlı değildir. Hakim bir uyumsuzluk çözerken hangi hususlar-da uzman yardımından yararlanacağını kendisi takdir eder. Ancak, sanığın bilincinin incelen-mesi gibi belli bir ilmî ve tekniği ilgilendiren, özel bilgiyi gerektiren incelemelerde hakim bilirkişi tayinini zorunlu olarak yapar" (Y. 1. CD, 01.03.1991, E. 1991/391, K. 1991/559 – Karar için bkz.: Kazancı Hukuk Otomasyon Programı, İçtihat Bilgi Bankası - <http://www.kazanci.com.tr/> - 07.10.2006).

⁵⁸ Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 226; Dönmezer, Sulhi; Mahkeme İçtihatları (Mecburi Ehli Hibre), in: İÜHFM, C X, sy. 1-2, İstanbul 1944, s. 416; Yurtcan, Ceza Yargı-laması Hukuku, s. 278.

⁵⁹ Özbek, CMK İzmir Şerhi, s. 215.

veya diğer kişilerin vücutlarının muayenesi gerektiğinde bu muayenenin ancak hekim veya sağlık mesleği mensubu diğer kişilerce gerçekleştirilebilecek olmakla birlikte, somut olayda bu muayenenin gerekip gerekmediği konusunda Kanunda öngörülen koşullar çerçevesinde muhakeme makamlarınca bir değerlendirme yapılarak karar verilecektir. Ancak bazı durumlarda da bilirkişiye başvurulması işin niteliği gereğince zorunluluk göstermektedir. Örneğin paralarda ya da devlet tarafından çıkarılan tahvil ve Hazine bonusu gibi değerler üzerinde işlenen sahtecilik suçlarında hakim veya mahkemenin bu sahteliğin araştırılması açısından zorunlu olarak bilirkişiye başvuracaktır.

Bu nedenle Kanunda bilirkişi incelemesinin özel olarak düzenlendiği durumlarda, belirli incelemelerin gerekmesi durumunda bilirkişiye başvurulması gereğinin yanında bu incelemenin kim tarafından (örneğin, paralarda sahteciliğin belirlenmesi açısından incelemenin kim tarafından yapılacağı) ve nasıl yapılacağına ilişkin de kurallar getirilmiş (örneğin, mağdurun bedeninin muayenesinde cerrahi müdahalede bulunmaması) ve inceleme tamamen bilirkişinin inisiyatifine bırakılmamıştır.

Aşağıda CMK'da da düzenlenen ve bilirkişiye başvurulması zorunlu kılınan durumlar açıklanacaktır.

a) Sahte Para ve Değerler Üzerinde Yapılacak İncelemeler

Davanın ve dolayısıyla bilirkişi incelemesinin konusu *para ve Devlet tarafından çıkarılan tahvil ve hazine bonusu gibi değerler üzerinde işlenen sahtecilik* olursa, bunlar üzerinde yapılacak bilirkişi incelemesi bunların asıllarını tedavüle çıkaran kurumların merkez veya taşra birimlerinde gerçekleştirilir (CMK m. 73). CMK bu hükümlerle, para, tahvil ve hazine bonusu gibi değerler üzerinde incelemesinin nerede yapılacağına ilişkin açık bir düzenleme getirmiş olup, kural olarak bunlara ilişkin bilirkişi incelemelerinin başka yerde yapılması mümkün değildir. Para ve Devlet tarafından çıkarılan tahvil ve hazine bonusu gibi değerlere ilişkin bir sahtecilik iddiasının varlığı durumunda Cumhuriyet Başsavcılıkları ve mahkemeler, paraların asıllarını tedavüle çıkaran kurumca oluşturacak sistemde incelenmek ve değerlendirilmek üzere paraları ve değerlerin asıllarını tedavüle çıkaran kurumun ilgili birimine gönderecektir (5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun m. 17).

Maddede "*para ve Devlet tarafından çıkarılan tahvil ve hazine bonusu gibi değerler*" ifadesi kullanıldığına göre, bunların sınırlı sayıda olmadığı ve benzer değerler açısından da bu hükmün uygulanması gerektiğini söylemek gereklidir. "Değer" kelimesinin anlamı konusunda ise, TCK'nın "paraya eşit sayılan değerler"i düzenleyen 198. maddesinde yer alan, "*Devlet tarafından ihraç edilip de hamiline yazılı bonolar, hisse senetleri, tahviller ve kuponlar, yetkili kurumlar tarafından çıkarılmış olup da kamunen tedavül eden senetler, tahviller ve evrak*

ile milli ziynet altınları, para hükmündedir” hükmü dikkate alınabilir.

Maddede, Para ve Devlet tarafından çıkarılan tahvil ve hazine bonusu gibi değerlere ilişkin bir sahteciliğin araştırılmasının gerekli olması durumunda, el konulan para ve değerlerinin “hepsi”nin, bunların asıllarını tedavüle çıkaran kurumların merkez veya taşra birimine incelettirileceğinin öngörülmüş olması nedeniyle, el konulan para veya değerlerden örnek seçilmek suretiyle sadece bunlar üzerinde inceleme yaptırılması mümkün değildir. Bunların tamamı gönderilecek ve tamamı üzerinde inceleme yapılacaktır⁶⁰.

Yabancı devletlerin paraları ve değerleri hakkında da, yetkili Türk makamlarının görüşlerinin alınmasına karar verilecektir (CMK m. 73/2).

b) Şüpheli veya Sanığın Akıl Sağlığının İncelenmesi

Bir kimsenin suç oluşturan bir eylemi gerçekleştirdiği sırada akıl hastası olduğu yolunda belirtiler varsa, gerçekten akıl hastası olup olmadığı; akıl hastası ise ne zamandan beri akıl hastası olduğunun ve bu durumun kişinin hareketlerini yönlendirme yeteneği üzerindeki etkisinin saptanması gereklidir⁶¹. Bu saptamanın yapılması için kişinin resmi bir sağlık kurumunda gözlem altına alınması karar verilebilecektir. Bu hüküm sadece akıl hastalığıyla ilgili değil, aynı zamanda alkol veya uyuşturucu madde kullanımının iptila derecesine ulaşmış olmadığını saptamak açısından da uygulanacaktır⁶². Bu kararın verilebilmesinin koşullarını CMK’nın 74/1. maddesine göre, şu şekilde belirtilebilir:

aa) Kişinin eylemi gerçekleştirdiği yolunda kuvvetli şüphenin varlığı gereklidir. Maddede “şüpheler” ifadesi kullanılmış olmakla birlikte, doğru olan kuvvetli şüphenin birden fazla olması değil, şüphenin nedenlerinin varlığının birden fazla olmasıdır. Birden fazla neden, kişinin suçu işlediği yolundaki kuvvetli şüpheyi oluşturabilir.

Kuvvetli şüphe’den maksat, kişinin ileride mahkum olması olasılığının çok yüksek olmasıdır⁶³. Burada aranan şüphe davayı açmak için aranan “yeterli” şüpheden daha kuvvetlidir. Yeterli şüphede, kişinin mahkum olması olasılığının

60 Şahin, Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi, s. 233.

61 “Sanık, hazırlık beyanında ‘askerden geldikten sonra psikolojik bunalım yaşamaya başladım’ demekte olup, sanığın bu savunması karşısında TCK’nın 46 ve 47. maddelerinde düzenlenen, fiili işlediği zaman şuurunun ve hareketinin serbestisini tamamen kaldıracak veya önemli derecede azaltacak suretle akıl hastalığının bulunup bulunmadığının CMUK’un 74 ve devam eden maddeleri gereğince tespitiinden sonra sonucuna göre karar verilmesi gerekir” (Y. 5. CD, 05.07.2004, E. 2004/1924, K. 2004/5395 – Karar için bkz.: Kazancı Hukuk Otomasyon Programı, İçtihat Bilgi Bankası - <http://www.kazanci.com.tr/> - 07.10.2006).

62 Güreli, Bilirkişilik, s. 80; Ersoy, Türk Ceza Hukukunda Bilirkişilik ve Uygulamadan Doğan Sorumlular, s. 436.

63 Özbek, CMK İzmir Şerhi, s. 248.

beraat etmesi olasılığına baskın olması aranırken; kuvvetli şüphede mahkum olma olasılığının çok daha kuvvetli olması aranacaktır.

bb) Suç işlediği yolunda kuvvetli şüphe bulunan kimsede akıl hastalığı bulunduğu yönünde belirtilerin varlığı gereklidir. Kanunda bu konuya ilişkin açık bir ifadeye yer verilmemiş olmakla birlikte, akıl hastası olduğu yönünde bir belirti dahi olmayan kimsenin gözlem altına alınması onun hak ve özgürlüklerinin nedensiz kısıtlanacağı anlamını taşımaktadır ki bu durum hukuka aykırı olacaktır.

cc) Kişinin gözlem altına alınması konusunda uzman hekimin önerisi gereklidir. Dolayısıyla gözlem altına alınmadan önce kişinin bir uzman hekimin sağlık kontrolünden geçmesi ve yapılacak bu kontrolde, kişinin akıl hastası olup olmadığının ve bu durumun hareketlerini yönlendirme yeteneğine etkilerinin araştırılmasının gerektiğinin belirlenerek, bu konuda karar verecek makama öneride bulunması gereklidir⁶⁴.

dd) Konuya ilişkin olarak Cumhuriyet savcısı ve müdafinin dinlenmesi gereklidir. Bu dinleme, uzman hekimin önerisi üzerine gerçekleştirilecektir. Dolayısıyla uzman hekime hangi veriler çerçevesinde böyle bir öneride bulunduğunu bilme olanağı ve bu bağlamda öneriyi tartışma ve görüşlerini açıklama olanağı tanınmış olacaktır.

Kişinin gözlem altına alınması karar verilmeden önce kişinin müdafinin dinlenmesi zorunlu olduğundan, eğer kişinin bir müdafii yoksa, hakim veya mahkemenin istemi üzerine kendisine baro tarafından bir müdafii tayin edilecektir (CMK m. 74/2). Yani Kanun kişinin müdafinin bulunmaması durumunda, müdafii dinlenmeksizin gözlem altına alma kararı verilmesine izin vermemiş, önce bir müdafii atanmasının sağlanmasını, sonra da gözlem altına alınma konusunda karar verilmesini kabul etmiştir.

ee) Hâkim veya mahkemenin kararı gereklidir. Kişinin gözlem altına alınması konusunda soruşturma evresinde sulh ceza hâkimi, kovuşturma evresinde de mahkeme yetkilidir.

Gözlem altına alma kararına karşı itiraz kanun yoluna (CMK m. 267 vd.) başvurulabilir. Kural olarak itiraz kanun yolu, aleyhine itiraz edilen kararın yerine getirilmesinin geri bırakılması sonucu doğurmamakla ve bunun için itiraz edilen makam veya kararı inceleyecek merciin bir karar vermesi gerekmektedir

⁶⁴ Ancak *Askeri Yargıtay CMUK*'nın uygulandığı dönemde bu koşulun zorunlu olmadığına karar vermiştir: "*Sanığın şuurunun tetkiki için müşahade altına alınmasının bilirkişinin teklifine bağlanmasının sebebi, şahıs hürriyeti ve masuniyetine verilen değerden dolayıdır. Bu bakımdan bilirkişiye başvurulmaksızın, sanığın resmi bir kurumda müşahade altına alınarak tanzim edilen rapor geçerlidir...*" (As.Yar. 1. D, 10.8.1970, E. 388, K. 383 – Karar için bkz.: **Yurtcan**, CMK Şerhi, 4. Baskı, İstanbul 2005, s. 208).

birlikte (CMK m. 269), gözlem altına alma açısından Kanun bir istisna yaratmış ve gözlem altına alma kararına itirazın kararın yerine getirilmesini durdurmasını kabul etmiştir (CMK. m. 74/4).

Kişinin akıl hastası olup olmadığı ve eğer akıl hastası ise, bu durumun hareketlerini yönlendirme yeteneğine olan etkisinin belirlenmesi için gerçekleştirilecek gözlem süresi kural olarak üç haftayı geçemez. Ancak bu sürenin yetmeyeceğinin anlaşılması durumunda resmi sağlık kurumunun istemi üzerine, her seferinde üç haftayı geçmemek üzere ek süreler verilebilir. Ancak sürelerin toplamı üç ayı geçemez (CMK m. 74/3). Buna göre kanun gözlem süresinin en fazla üç ay olmasını kabul etmiştir. Üç haftalık sürenin yetmemesi ve ek sürenin istenmesi durumunda, resmi sağlık kuruluşu tarafından bunun gerekçeleriyle birlikte kararı verecek makama bildirilmesi gerektiği gibi, kararı verecek makâmın da gerekçeli bir biçimde bu sürenin uzatılmasına karar vermesi gereklidir. Bunun dışında gerekçesiz bir biçimde ve sürenin üç aya kadar uzamasına neden olacak istem ve kararlar hukuka aykırı olacak, kişinin özgürlüğünün haksız yere kısıtlanması sonucunu doğuracaktır.

Eylemi gerçekleştirdiği sırada herhangi bir akıl hastalığı bulunmayan kişide sonradan bir akıl hastalığının meydana gelmesi, CMK'nın 223. maddesinin 8. fıkrası gereğince "davanın durması" ya da duruma göre düşme nedeni oluşturabilir. Bu durumda da kişinin akıl sağlığı konusunda bir değerlendirme yapılabilmesi için yine gözlem altına alınabilmesine karar verilebilecek ve bunun için de 74. madde hükmü uygulanacaktır (CMK m. 74/5).

c) Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması

Muhakeme sırasında şüpheli, sanık veya diğer kişilerin beden muayenesi ve vücutlarından örnek alınması gerekli olursa, bu durumda muhakeme makamları tarafından yine konunun uzmanı olan kimseye başvurulacaktır, CMK beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasını birbirinden ayrı biçimde düzenlemiş ve farklı kurallara bağlamıştır.

aa) Şüpheli veya sanığın iç beden muayenesi ve vücutundan örnek alınması (CMK m. 75)

CMK'nın 75. maddesinin başlığı "şüpheli veya sanığın beden muayenesi ve vücutundan örnek alınması" olmakla birlikte, maddede sadece şüpheli veya sanığın "iç beden" muayenesi ile vücutundan örnek alınması düzenlenmiş olup, "dış beden" muayenesine yer verilmemiştir.

İç beden muayenesi, kafa, göğüs ve karın boşlukları, cilt altı dokularının incelenmesi ile, ("Ceza Muhakemesinde beden Muayenesi, Genetik İncelemeler

ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik⁶⁵ – BMY- m. 3.) *cinsel organlar veya anüs bölgesinde yapılan muayeneyi* ifade eder (CMK 75/4, BMY m. 4/4). **Örnek'ten maksat ise, bir suçla ilişkin delil elde edilmesi amacıyla, inceleme yapmak üzere ilgililerden alınan biyolojik ve diğer materyaldir** (BMY m. 3). Buna göre şüpheli veya sanığın kafa, göğüs ve karın boşlukları, cilt altı dokuları dışında, cinsel organlar veya anüs bölgesinde dışarıda yapılacak muayenelerde ve vücudundan örnek alınmasında CMK'nın 75. maddesi hükmü uygulanacaktır.

Özel kanunlarda yer alan *alkol muayenesi ve kan örneği alınmasına ilişkin hükümler* ise, bu madde hükmü dışında tutulmuştur (CMK m. 75/7). Sözgelimi Karayolları Trafik Kanunu gereğince yasaklanmış durumlarda kişinin alkollü olup olmadığının belirlenmesi açısından nefesindeki alkol oranının teknik cihazlarla saptanması mümkün olduğu gibi, yine 75. maddeye tabi olmaksızın kanındaki alkol veya uyuşturucu oranının saptanması için kanının alınması ve gerekli analizin yapılması Karayolları Trafik Kanunu ve Karayolları Trafik Yönetmeliğinde belirtilen usul ve koşullara bağlı olarak gerçekleştirilecektir⁶⁶.

Bir suçla ilişkin delil elde etmek için şüpheli veya sanık üzerinde iç beden muayenesi yapılabilmesine ya da vücudundan kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örneklerle alınabilmesine şu koşullarla karar verilebilir:

(1) Hâkim, mahkeme veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilmesi gerekir. Kural olarak şüpheli veya sanık üzerinde iç beden muayenesi yapılabilmesi ve vücudundan örnek alınabilmesine soruşturmasında evresinde hâkim veya kovuşturma evresinde mahkeme tarafından karar verilebilecektir⁶⁷. Hâkim veya mahkeme bu kararını re'sen alabileceği gibi, cumhuriyet savcısı veya mağdurun istemi üzerine de verebilir.

Hâkim veya mahkemenin kararına itiraz edilebilir (CMK m. 75/6). Maddeye itiraza ilişkin bir özelliğe yer verilmediğinden, itiraza ilişkin genel hükümler uygulanır (CMK m. 267 vd.). Şayet itiraz üzerine karar veren merci vücudun muayenesine ilişkin kararın kaldırılmasına karar verecek olursa, vücudun muayenesi sonucu elde edilen delillerin de kullanılması mümkün olmayacaktır.

⁶⁵ RG: 01.06.2005, sy. 25832

⁶⁶ Bu konuda bkz.: Yenisey, Feridun; Ceza Muhakemesi Hukukunda Kanda ve Nefeste Alkol Yoğunluğunun Belirlenmesi, in: Trafik ve Ceza Hukuku, Ankara 2006, s. 19 vd.; Yıldız, Ali Kemal; Trafik Suçları Bağlamında Bilimsel Delillerin İspat Fonksiyonu, 2. Türk Alman Tıp Hukuku Uluslararası Sempozyumunda Sunulan Tebliğ, (21-22 Nisan 2006, Yeditepe Üniversitesi), s. 5 vd.

⁶⁷ Belirtmek gerekir ki, TCK'nın 287. maddesinde *yetkili hakim veya savcı kararı olmaksızın, genital muayene yapan kimsenin eyleminin cezalandırılacağı* kabul edilmiştir.

Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı tarafından da şüpheli veya sanığın iç beden muayenesinin yapılmasına, vücudundan kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınmasına karar verilmesi mümkündür⁶⁸. Bir işlem hemen gerçekleştirilmediğinde, o işlemle ulaşılmak istenen amaç tehlikeye düşecekse gecikmesinde tehlike bulunan hal var demektir. Burada kullanılacak kriter, işlem o anda yapılmadığında daha sonra aynı biçimde yapıp yapılamayacağıdır. Eğer işlem o anda yapılmadığında daha sonra aynı biçimde yapılamayacaksa gecikmesinde sakınca bulunan hal var demektir. BMY, gecikmesinde sakınca bulunan hali, *derhal işlem yapılmadığı takdirde suçun iz, eser, belirti ve delillerinin kaybolması veya şüphelinin kaçması veya kimliğinin saptanamaması olasılığının ortaya çıkması* olarak tanımlamıştır (BMY m. 3).

Cumhuriyet savcısının kararı, yirmidört saat içinde soruşturma evresinde hâkim, kovuşturma evresinde ise, mahkemenin onayına sunulur. Hakim veya Mahkeme de yirmidört saat içinde kararını verir. Onaylanmayan kararlar hükümsüz kalır ve iç beden muayenesi yapılması suretiyle elde edilen deliller kullanılamaz.

Bu şekilde elde edilen deliller kullanılamayacaksa da CMK'nın düzenlemesi gereğince bunlar dosyada kalacak ve mahkeme hükmün gerekçesinde hukuka aykırı elde edilmiş bu delilleri ayrıca ve açıkça gösterecektir (CMK m. 230/1-b). Bir delilin hukuka aykırı yöntemlerle elde edilmiş olmasına rağmen, dosyada tutulmasının kabul edilmesi, kendi içerisinde çelişkili olduğu gibi, her zaman mahkemelerin bu delillerin etkisi altında kalması tehlikesini içinde barındıracak, etki altında kalma gerçekte olmasa dahi, böyle bir şüphenin varlığı dahi sanık açısından adil yargılama hakkının ihlalini meydana getirecektir. Bu nedenle olması gereken hukuk açısından bir delilin hukuka aykırılığının kabul edilmesi durumunda bunların hiç dosyaya girmemesi yönünde düzenleme yapılması gerekirdi⁶⁹. Hele ki Cumhuriyet savcısının kararının hâkim veya mahkemeye

⁶⁸ Maddenin değişiklik gerekçesinde yer alan "*Cumhuriyet Savcısının iç beden muayenesiyle ilgili kararının sadece soruşturma evresiyle sınırlı tutulmadığı*" biçimindeki ifadenin kabul edilebilir bir tarafı bulunmamaktadır. Kovuşturma evresinde karar verme yetkisi mahkemeye ait olduğundan, bu evrede verilecek kararlarda Kanunda aksine açık bir hüküm yer almadıkça Cumhuriyet Savcısı tarafından karar verilmesi mümkün değildir (Şahin, Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi, s. 241).

⁶⁹ Hukuka aykırı yöntemlerle elde edilmiş delillerin dosyadan çıkarılması gereği ile ilgili ayrıntılı açıklamalar için bkz.: Yıldız, Ali Kemal; Ceza Muhakemesinde İspat ve Delillerin Değerlendirilmesi, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2002, s. 208 vd.; Ayrıca hukuka aykırı yöntemlerle elde edilmiş delillerin dosyadan çıkarılması gerektiği görüşü için bkz.: Erman, Sahir; Sentez Raporu, in: Hukuka Aykırı Deliller Semineri ve Sempozyumu (10-11-12 Mart 1995), İstanbul 1996, s. 386; Şen, Ersan; Türk Ceza Yargılaması Hukuku'nda Hukuka Aykırı Deliller Sorunu, İstanbul 1998, s. 209; Ünver, Yener; Ceza Hukukunda Objektif Sorumluluk, in: Ceza

onaylanmaması nedeniyle elde edilen delilin kullanılmayacağı kesin olarak kabul edilmiş olması karşısında bu delilin dosyada tutulması ve olaya ilişkin karar verecek olan makamın önüne konulmasının bir izahı bulunmamaktadır.

Kanun, şüpheli veya sanığın iç beden muayenesinin yapılabilmesi ya da vücudundan kan veya benzeri biyolojik örnekler alınabilmesine kural olarak hakim, mahkeme ve gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de Cumhuriyet savcısı tarafından karar verileceğini kabul etmiş ve buna bir istisna tanımamış olduğundan, **şüpheli veya sanığın rızası bulunsa dahi hakim, mahkeme ya da Cumhuriyet savcısının kararı olmaksızın bunlar üzerinde iç beden muayenesi yapılamaz ve vücutlarından örnek alınamaz**⁷⁰.

(2) Şüpheli veya sanığın iç beden muayenesinin yapılabilmesi, vücudundan kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınabilmesi için müdahalenin kişinin sağlığına zarar verme tehlikesinin bulunmaması gereklidir. Bu koşul, koruma tedbirlerinin orantılılığı koşulunun bir sonucu olup, ulaşılmak istenenle ihlal edilen yarar arasındaki bulunması gereken dengenin bir gereğidir. Buna göre, daha basit bir tedbirle amaca ulaşılabilecek ise, daha ağır olan tedbire hiç başvurulmaması gerektiği gibi, beden muayenesi veya vücuttan kan veya vücuttan örnek alınmasının kişinin sağlığına zarar vermesi olasılığının bulunması durumunda tedbire hiç başvurulmayacaktır. Başvurulacak tedbirin “kişinin sağlığına zarar verme tehlikesi”nin bulunup bulunmadığına karar vermek hâkim veya Cumhuriyet savcısının uzmanlık alanına girmediğine göre, bu konuda da hekim veya sağlık personelinin görüşüne başvurulması gerekecektir⁷¹.

Fıkra da sadece “iç beden muayenesi yapılabilmesi veya vücuttan kan veya biyolojik örnekler alınabilmesi”nin kişinin sağlığına zarar verme tehlikesinin bulunmaması gerektiği belirtilmiş, buna karşı saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınmasından söz edilmemiştir. Saç, tükürük, tırnak gibi örneklerin alınmasının kişinin sağlığına zarar verme tehlikesinin bulunmadığı düşüncesiyle böyle bir düzenleme yapılmış olabilir; ancak koruma tedbirlerinin orantılı olması koşulunun bir sonucu olarak bu örneklerin alınması konusunda da kişinin sağlığı açısından bir zarar tehlikesinin bulunması durumunda da bu örneklerin alınması mümkün değildir.

(3) Şüpheli veya sanığın iç beden muayenesinin yapılması veya vücudundan kan veya benzeri biyolojik örnekler alınması ancak hekim veya sağlık mesleği mensubu diğer bir kişi tarafından yapılabilir. Buna göre, vücudun muayenesi ile

Hukuku Günleri (70. Yılında Türk Ceza Kanunu –Genel Hükümler-, 26-27 Mart 1997) İstanbul 1998, s. 185.

⁷⁰ Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 891.

⁷¹ Özbek, CMK İzmir Şerhi, s. 259.

kan veya benzeri biyolojik örnekler alınması dışında saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınması gerekirse bunların mutlaka hekim veya sağlık mensubu olmayan kişiler tarafından da gerçekleştirilebilecektir.

BMY, sağlık mensubunu, hekim, diş hekimi, eczacı, ebe, hemşire ve sağlık hizmeti veren diğer kişiler olarak tanımlamıştır (BMY m. 3).

(4) Üst sınırı iki yıldan daha fazla hapis cezasını gerektiren bir suçun varlığı. Üst sınırı iki yılın altında hapis cezasını gerektiren suçlarda şüpheli veya sanık üzerinde iç beden muayenesi yapılması, kişiden kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınması mümkün değildir. Ancak bu süre sınırı hükmü gereksiz biçimde kısıtlamaktadır. Bu nedenle bu süre sınırının kaldırılması gereklidir⁷².

(5) Zorunlu bir koşul olmamakla birlikte, Kanun kadının beden muayenesinin, kendisinin istemesi ve olanak bulunması durumunda bir kadın hekim tarafından gerçekleştirilmesini kabul etmiştir (CMK m. 77). Bu hükmün uygulanması için iki koşulun, yani kadının kendisinin istemiş olması ve olanak bulunması koşullarının bir arada bulunması gereklidir. BMY, *muayene edilecek kadının talebine rağmen bir kadın hekimin bulunmasına olanakların elvermediği durumlarda, muayene sırasında hekimle birlikte bir kadın sağlık mesleği mensubunun bulundurulmasına özen gösterileceğini* kabul etmiştir (BMY m. 11/2).

Alman CMK'nın 81 d maddesinde de benzer bir düzenleme bulunmaktayken ve sadece kadına yönelik muayeneleri düzenlemekteyken, 2004 yılında yapılan bir değişiklikle, cinsiyet ayırımını ortadan kaldıran ve genel olarak muayenesi gereken kişinin cinsiyetine bakılmaksızın "*utanma duygusunu*" dikkate alan bir düzenleme yapılmıştır⁷³. Buna göre, yapılacak muayene kişinin utanma duygusunun incitecekse, haklı yararı bulunan kimsenin talebi üzerine muayenenin aynı cinsiyete sahip kişi veya hekim tarafından yapılması kabul edilmiştir. Burada kişinin muayeneye rıza göstermiş olup olmamasının da bir önemi bulunmamaktadır. Yani kişi esas olarak beden muayenesine rıza göstermemiş olmakla birlikte, eğer yapılacaksa muayenenin aynı cinsiyete sahip hekim tarafından yapılmasını talep edebilecektir. Utanma duygusunun objektif ölçülere göre belirlenmesi kabul edilmektedir⁷⁴. Hatta düzenleme beden muayenesi gereken kişinin sadece aynı cinsiyetten olan bir hekim tarafından değil değişik cinsiyetten olan bir hekim tarafından da muayene edilmeyi isteme hakkına olanak tanımaktadır. Kanımca CMK'da yapılacak bir değişiklikle konunun mevzuatımızda da bu biçimde ele alınması daha doğru olacak ve böylece hem gereksiz

⁷² Ünver/Hakeri, Sorularla Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 77.

⁷³ Pfeiffer, Gerd; StPO, Strafprozessordnung Kommentar, 5. Auflage, München 2005, s. 153.

⁷⁴ Meyer-Göfner, Strafprozessordnung, s. 278.

tartışmalara engel olacak hem de konunun doğru bir zeminde ele alınmasını sağlayacaktır⁷⁵.

CMK, şüpheli veya sanığın iç beden muayenesinin aksine, dış beden muayenesini düzenlememiş, dış beden muayenesinin hangi koşullarla nasıl gerçekleştirileceği konusunu açık bırakmıştır. CMK'nın 75. maddesinin ilk halinde genel olarak "beden muayenesi" düzenlenmişken⁷⁶, 25.5.2005 tarih ve 5353 sayılı "Ceza Muhakemesinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun"un⁷⁷ 2. maddesi ile yapılan değişiklikle maddede "iç" beden muayenesi düzenlenmiş, buna karşı "dış" beden muayenesine yer verilmemiştir. Değişikliğe ilişkin 2. maddenin gerekçesinde, *Yapılan düzenleme ile, beden muayenesi iç ve dış beden muayenesi olarak ikiye ayrılmıştır. Bu madde kapsamında şüpheli veya sanık üzerinde iç beden muayenesinin hangi şartlarda ve ne suretle yapılacağı düzenlenmiştir. Dış beden muayenesi ayrıca düzenlenmemiştir. Dış beden muayenesi için, mahkeme, hâkim veya Cumhuriyet savcılığı tarafından bir karar verilmesine gerek bulunmayıp soruşturma ve kovuşturma makamları bu işlemi kendileri yapabileceklerdir*" ifadesine yer verilmiştir. BMY'nin 3. maddesinde de dış beden muayenesi, "vücudun dış yüzeyi ile kulak, burun ve ağız bölgelerinin gözle ve elle yapılan yüzeysel tıbbî inceleme" olarak tanımlanmış ve dış beden muayenesinin Cumhuriyet savcısı ile, emrindeki adli kolluk görevlileri veya kovuşturma makamlarının talebiyle yapılabileceği hükmüne yer verilmiştir (BMY m. 5/1). Bu düzenlemeye göre, dış beden muayenesi için, hâkim kararı gerekmeyecek ve kolluk görevlilerinin talebiyle dış beden muayenesi yapılabilecektir. Yine yönetmeliğe göre, girişimsel olmayan tıbbi görüntüleme yöntemleri de bedeninin dış muayenesi sayılır ve bu tür incelemeler de hekim tarafından

⁷⁵ Öğretimizde de beden muayenesinde dikkate alınması gereken ölçütlerden birisinin *ar ve haya duygularına saygı gösterilmesi* olduğu belirtilmiştir (Toroslu, Nevzat; Şüpheli veya Üçüncü Kişilerin Bedenlerince Delil, Eser, İz ve Emare Elde Etmek Amacıyla Müdahale İmkânı Veren Hükümler ve Tedbirler, in: Hukuk Kurultayı 2000 (12-16 Ocak 2000), Ankara 2000, s. 327)).

⁷⁶ "MADDE 75.- (1) Bir suça ilişkin delil elde etmek için, şüpheli veya sanığın bedeninin tıbbi muayenesine ya da vücudundan kan veya cinsel salgı gibi örnekler alınmasına, Cumhuriyet savcısı veya mağdurun istemiyle ya da re'sen hakim veya mahkeme tarafından karar verilebilir. Bu müdahaleler ancak hekim tarafından veya hekim gözetiminde sağlık mesleği mensubu diğer bir kişi tarafından yapılabilir. Şüpheli veya sanığın vücudundan saç, tükürük ve tınak gibi örnekler alınabilmesine Cumhuriyet savcısı da karar verebilir. Cumhuriyet savcısının kararı, yirmidört saat içinde hakim veya mahkemenin onayına sunulur. Hakim veya mahkeme, yirmidört saat içinde kararını verir. Onaylanmayan kararlar hükümsüz kalır ve elde edilen deliller kullanılamaz. (2) Tıbbi muayenenin yapılabilmesi veya vücuttan örnekler alınabilmesi için; müdahalenin, kişinin sağlığına zarar verme tehlikesinin bulunmaması gerekir. (3) Üst sınırı iki yıldan daha az hapis cezasını gerektiren suçlarda kişi üzerinde beden muayenesi yapılamaz; kişiden kan, saç, tükürük, tınak, cinsel salgı gibi örnek alınmaz.(4) Bu madde gereğince alınacak hakim veya mahkeme kararlarına itiraz edilebilir."

⁷⁷ RG: 01.06.2005, sy. 25832.

veya hekim gözetiminde sağlık mensubu diğer bir kişi tarafından yapılabilir.

Belirtmek gerekir ki, beden muayenesi bir yönüyle koruma tedbiri⁷⁸ olduğuna göre, mutlaka kanunla koşullarının ve usulünün belirlenmesi gereklidir⁷⁹. Dolayısıyla Kanunda şüpheli veya sanığın iç beden muayenesine yer verilip de dış beden muayenesinden söz edilmediğine göre, iç beden muayenesi dışındaki işlemlerin muayene olarak gerçekleştirilmesi mümkün değildir. Maddenin değişiklik gerekçesinde yer alan *dış beden muayenesi için herhangi bir karar alınmasına gerek olmaksızın soruşturma ve kovuşturma makamlarının bu işlemi kendilerinin yapabilecekleri* biçimindeki ifadenin kabul edilmesi olanağı bulunmadığı gibi, BMY’de kanunda olmayan bir biçimde dış beden muayenesinin düzenlenmesi ve buna ilişkin kurallar belirlenmesi de hukuka aykırıdır ve bu kurallara göre dış beden muayenesinin gerçekleştirilmesi yoluyla elde edilecek delilin hukuka aykırılığı söz konusu olacaktır. Arama konusunda dahi, kural olarak hakim kararı ve ancak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısı ve Cumhuriyet savcısına ulaşamadığı durumlarda kolluk amirinin yazılı emri ile arama yapılabilmesinin kabul edildiği bir sistemde soruşturma ve kovuşturma makamlarınca hiçbir karara gerek bulunmaksızın dış beden muayenesinin yapılabileceği gibi bir ifadeye gerekçede de olsa yer verilmemelidir.

Kanunda dış beden muayenesi düzenlenmemiş olduğuna göre, vücudun dışıyla ilgili gerçekleştirilecek incelemeler ancak “arama” kurallarına göre gerçekleştirilmesi gerekir⁸⁰. Ancak “arama” bir “muayene” olmadığına göre, sadece vücudun dış yüzeyine bakılmakla yetinilmesi zorunludur ve muayene niteliğinde araştırmalar yapılması mümkün değildir⁸¹. Bu bağlamda BMY’de sözü edilen iç beden muayenesi niteliğinde olmayan ve dış beden muayenesi niteliğinde olan “girişimsel olmayan görüntüleme işlemleri”nin de gerçekleştirilmesi Kanunda açık bir düzenlemenin yokluğu nedeniyle hukuka aykırı olacak bu biçimde elde edilecek deliller kullanılamayacaktır.

Beden muayenesi bir koruma tedbiri niteliğinde olduğuna ve kişinin hak ve özgürlüklerine onun iradesine aykırı olarak da gerçekleştirilebilecek bir müdahale söz konusu olduğuna göre, burada kıyas yapılması ve dış beden muayenesi açısından da iç beden muayenesine ilişkin kuralların uygulanması mümkün

⁷⁸ Beden muayenesinin hukuksal niteliği konusunda bkz.: **Özbek**, CMK İzmir Şerhi, s. 257; Ayrıca karşı: **Özbek**, Veli Özer; Şüpheli veya Üçüncü Kişilerin Bedenlerine Delil, Eser, İz ve Emare Elde Etmek Amacıyla Müdahale İmkam Veren Hükümler ve Tedbirler, in: Hukuk Kurultayı 2000 (12-16 Ocak 2000), Ankara 2000, s. 330.

⁷⁹ **Özbek**, CMK İzmir Şerhi, s. 259.

⁸⁰ **Öztürk/Erdem**, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 577-578.

⁸¹ Arama ve beden muayenesinin farkları konusunda bkz.: **Kunter/Yenisey/Nuhoglu**, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 888 vd.; **Özbek**, CMK İzmir Şerhi, s. 254.

değildir. Dolayısıyla yapılacak şey, Kanunda gerekli değişikliği yapmak suretiyle, iç veya dış beden muayenesi ayırımını ortadan kaldırıp, genel olarak beden muayenesine ilişkin düzenleme yapmaktır.

bb) Diğer Kişilerin Beden Muayenesi ve Vücutundan Örnek Alınması (CMK m. 76)

CMK'nın 76. maddesi, "diğer kişilerin beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması" başlığı altında, "mağdurun" beden muayenesi ve "vücutundan örnek alınması"yla birlikte, çocuğun soy bağının araştırılmasını da aynı hükümlere bağlamıştır⁸².

Maddede mağdurun iç veya dış beden muayenesi birlikte düzenlenmiş ve aynı koşullara bağlanmıştır. Şüpheli veya sanığın iç beden muayenesinin yapılabilmesi açısından kabul edilmiş koşulların bazıları mağdurun iç veya dış beden muayenesi açısından aynı olduğundan bunların ayrıntılı tekrarna gitmeksizin şu hususlar üzerinde durulabilir.

Mağdurun dış veya iç beden muayenesi yapılabilmesine veya vücutundan kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınabilmesine, Cumhuriyet savcısını istemi üzerine veya re'sen hakim veya mahkeme ya da gecikmesinde sakınca bulunan durumlarda Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilebilecektir. Cumhuriyet savcısının kararı yirmidört saat içinde hakim veya mahkemenin onayına sunulacak ve hakim veya mahkeme de yirmidört saat içinde kararını verecektir. Onaylanmayan kararlar hükümsüz kalır ve elde edilen deliller kullanılamaz. Mağdurun bedeninin muayenesi veya örnek alınmasına ilişkin hakim veya mahkeme kararlarına karşı da itiraz kanun yoluna başvurulabilir.

Mağdurun dış veya iç beden muayenesi yapılabilmesi veya vücutundan kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınabilmesi

⁸² Bu madde de 5353 sayılı "Ceza Muhakemesinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun"un 3. maddesiyle değiştirilmiştir. Değişiklik öncesindeki madde metni şöyleydi: " *Diğer kişilerin beden muayenesi MADDE 76.- (1) Bir suça ilişkin delil elde etmek amacıyla, mağdurun bedeni üzerinde tıbbi muayene yapılabilmesine veya kan, saç, tükürük, tırnak, cinsel salgı gibi örnekler alınabilmesine; sağlığını tehlikeye düşürmemek koşuluyla, Cumhuriyet savcısının isteğiyle ya da re'sen hakim veya mahkeme tarafından karar verilebilir.*(2) *Çocuğun soy bağının araştırılmasına gerek duyulması halinde, bu araştırmanın yapılabilmesi için, birinci fıkraya hükmüne göre karar alınması gereklidir.*(3) *Tanıktıktan çekinme sebepleri ile muayeneden veya bedenden örnek alınmasından kaçınılabilir. Çocuk ve akıl hastasının çekinmesi konusunda kanuni temsilcisi karar verir. Çocuk veya akıl hastasının, tanıktığın hukuki anlam ve sonuçlarını algılayabilecek durumda olması halinde, görüşü de alınır. Kanuni temsilci de şüpheli veya sanık ise bu konuda hakim tarafından karar verilir. Ancak, bu halde elde edilen deliller davanın ileri aşamalarında şüpheli veya sanık olmayan kanuni temsilcinin izni olmadıkça kullanılamaz.*(4) *Bu madde gereğince alınacak hakim veya mahkeme kararlarına itiraz edilebilir.*"

için, muayene veya örnek almanın kişinin sağlığını tehlikeye düşürmemesi ve bu işlemlerin cerrahi müdahale niteliğinde olmaması gereklidir. Kanun şüpheli veya sanıktan farklı olarak mağdur açısından yapılacak işlemin kişinin sağlığını tehlikeye düşürmemesi koşulunu belirtirken saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınmasını ayrı tutmamıştır. Bunun yanında şüpheli veya sanık açısından öngörülmemiş bir koşula yer verilerek yapılacak işlemin "cerrahi müdahale"⁸³ niteliğinde olmaması gerektiği belirtilmiştir. Mağdurun vücudunun muayenesi ve örnek alınması işleminin cerrahi müdahale niteliğinde olmaması gereklidir.

Mağdur açısından da zorunlu bir koşul olmamakla birlikte, beden muayenesi, kendisinin istemesi ve olanak bulunması durumunda bir kadın hekim tarafından gerçekleştirilecektir (CMK m. 77).

Kanun, mağdurun bedeninin muayenesi veya bedeninden örnek alınması konusunda, mağdura karşı işlendiği iddiası bulunan suça ilişkin bir süre koşuluna yer vermemiştir. Bu nedenle, diğer koşulların gerçekleşmesi durumunda, mağdura karşı gerçekleştirilmiş suçun Kanunda öngörülmüş ceza süresine bakılmaksızın bedeninin muayenesi veya bedeninden örnek alınabilmesi mümkün olacaktır.

Çocuğun soy bağının araştırılması, mağdurun bedeninin muayenesi veya bedeninden örnekler alınmasına ilişkin koşulların gerçekleşmesine bağlı tutulmuştur. Çocuğun soy bağının araştırılabilmesi için de mağdurun bedeninin muayenesi ve bedeninden örnek alınmasına ilişkin koşullar bağlamında karar alınması gereklidir.

Kanun, bedeninin muayenesi veya örnek alınması konusunda mağdurun rızasına da değer tanımıştır. Buna göre, mağdurun rızasının varlığı durumunda bu işlemleri gerçekleştirmek için karar alınmasına gerek görülmemiştir. Ancak dikkat edilmesi gereken nokta, mağdurun rızasının varlığı durumunda, sadece hakim veya savcıdan karar almasına gerek yoktur. Buna karşı beden muayenesi konusunda maddede öngörülen diğer koşullar, örneğin müdahalenin cerrahi müdahale niteliğini almaması koşulu varlığını devam ettirecektir⁸⁴.

Şayet tanıklıktan çekinme nedenleri varsa, muayene veya örnek alınmasından kaçınılabilir. Çocuk veya akıl hastasının çekinmesi konusunda kanuni temsilcisi karar verecektir. Çocuk veya akıl hastasının, tanıklığın hukuksal anlamını ve sonuçlarını algılayabilecek durumda olması durumunda onun da çekinmeye ilişkin görüşü alınacaktır.

Kanuni temsilci de şüpheli veya sanık statüsünde ise, çekinme konusundaki karar hakim tarafından verilecektir. Ancak bu durumda elde eden deliller dava-

⁸³ Cerrahi müdahale, *tıbbi aletler yardımıyla vücutta yapılan tanı ya da tedaviye yönelik operasyonları* ifade eder (BMY m. 3).

⁸⁴ **Özbek**, CMK İzmir Şerhi, s. 263.

nın ileri aşamalarında şüpheli veya sanık olmayan kanuni temsilcinin izni olmadıkça kullanılamaz.

cc) Beden Muayenesine Katlanma Zorunluluğu

Beden muayenesi bir yönüyle koruma tedbiri olduğundan, koruma tedbirlerinin genel koşullarına ve beden muayenesi için öngörülmuş olan özel koşullara uymak koşuluyla bu koruma tedbirinin zorla yerine getirilmesi de mümkündür. Şüpheli veya sanık, kimsenin kendisi aleyhine delil vermek zorunluluğunun bulunmaması ilkesi gereğince beden muayenesine aktif olarak katılmak, örneğin kendisinden istendiğinde idrar ya da tükürük vermek zorunda değilse de⁸⁵ beden muayenesine katılmak zorundadır⁸⁶. Bu durumun istisnası, tanıklıktan çekinme nedenlerinin bulunmasıdır. Tanıklıktan çekinme nedenlerinin bulunmamasında beden muayenesi veya vücuttan örnek alınmasından kaçınılabilir (CMK m. 76, BMY m. 10).

BMY'nin 18. maddesinde, Mevzuatta aranan tüm koşulların gerçekleşmiş olmasına ve şüphelinin sanık veya diğer kişilerin bu konuda aydınlatılmış olmalarına rağmen muayene yapılmasına ya da örnek alınmasına rıza vermemeleri halinde, kararın infazı için ilgilinin muayenesi veya vücutundan örnek alınmasını sağlamak üzere ilgili Cumhuriyet başsavcılığınca gerekli önlemler alınır hükmüne yer vermiştir.

Beden muayenesi veya vücuttan biyolojik örnek alma sırasında kişinin sağlığına zarar verilmesi olasılığının bulunması durumunda, söz konusu müdahale gerçekleştirilmeyecek olmakla birlikte; böyle bir tehlikenin bulunmaması durumunda şüpheli, sanık veya mağdurun yapılacak müdahaleye rızasının bulunmaması, etik ve deontolojik kurallar, müdahaleyi yapmakla görevlendirilen hekim ya da sağlık mensubu mensubuna bu müdahaleyi yapmamak gibi bir hak vermemektedir⁸⁷. Zira koruma tedbiri niteliğindeki bu tür düzenlemelerle, bireyin Anayasal haklarından olan "kişinin dokunulmazlığı"na (Anayasa m. 17) istisna getirilmektedir. Ancak tekrar vurgulamak gerekirse burada beden muayenesi yapılacak veya vücutundan örnek alınacak kimsenin bu müdahaleden zarar görmesi olasılığı ile, müdahaleye rıza göstermemesi hali birbirinden ayırt

85 *Kişinin kendini ve yakınlarını suçlayıcı deliller göstermeye zorlanamaması beden muayenesinde dikkate alınması gereken ölçütlerden birisidir (Toroslu, Şüpheli veya Üçüncü Kişilerin Bedenlerine Delil, Eser, İz ve Emarde Etmek Amacıyla Müdahale İmkânı Veren Hükümler ve Tedbirler, s. 327).*

86 **Şahin**, Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi, s. 241.

87 **Karş.:** **Çetin**, Gürsel; *Kişinin Rızası Dışında Savcı veya Mahkeme Kararı ile Yapılan Beden Muayenesinin Tıbbi Bakış Açısı ile Değerlendirilmesi*, in: Hukuk ve Adalet, Yıl 2, sy. 6-7, Ekim 2005, s. 24, 27.

edilmelidir⁸⁸. Yine bilirkişinin söz konusu müdahaleyi yapmaması ile bu müdahalenin tıbben yapılamaması durumu da birbirinden ayrılmalıdır. Tıp tekniği açısından müdahalenin gerçekleştirilmesinin mümkün olmaması ve bu biçimde alınacak biyolojik örneğin kullanılma olasılığının bulunmaması⁸⁹ durumunda bilirkişi açısından herhangi bir sorumluluk doğması mümkün olmamakla birlikte, mümkün olan bir müdahalenin gerçekleştirilmemesi sorumluluğu gerektirebilecektir.

d) Moleküler Genetik İncelemeler Yapılması

Suçlarla ilgili araştırmalarda olay yerinde, kan, saç vücuda ait diğer parçalar gibi çeşitli bulgular elde edilebilir. Bu bulguların şüpheli, sanık veya mağdura ait olup olmadığının saptanması için zorunlu olması durumunda ya da soybağının belirlenebilmesi için, şüpheli, sanık veya diğer kişilerin bedenlerinden CMK'nın 75 ve 76. maddelerine göre elde edilecek örnekler üzerinde, moleküler genetik incelemeler yapılabilir ve bu inceleme sonuçları olayla ilgili olarak elde edilen bulgularla karşılaştırılabilir.

Moleküler genetik incelemelerden maksat, gereken tür ve miktardaki materyali kullanarak, kişiyi diğer kişilerden ayıran ve kalıtım kurallarına uygun olarak aktarılan hastalık dışındaki özelliklerinin moleküler olarak incelenmesidir (BMY m. 3). Aslında moleküler genetik inceleme ile yapılan şey, DNA analizidir ve bu yöntemle vücut parçası, kan, idrar, kıl, sperm ve deri parçalarının faille ait olup olmadığı çok küçük yanılma payı ile saptanabilmektedir⁹⁰.

Şüpheli, sanık veya diğer kişilerden elde edilen örnekler yanında bulunan ve kime ait olduğu belli olmayan beden parçaları üzerinde de gerçekleştirilebilir (CMK m. 78/2). BMY, beden parçasını, *bir beden tamamlayıcı unsuru olan baş, gövde, kol, bacak, ayak gibi uzuvlar ve iç organları* olarak tanımlamıştır (BMY m. 3)

Şüpheli, sanık veya diğer kişilerden elde edilen örnekler üzerinde moleküler genetik inceleme yapılabilmesi için şu koşulları gerçekleşmesi gereklidir:

aa) Hakim veya mahkemenin kararı: CMK'nın 78. maddesi bağlamında moleküler genetik incelemeler yapılabilmesi ancak hakimin veya mahkemenin kararı ile mümkündür. CMK'nın 79. maddesi sadece "hakim"den söz etmiş olmakla birlikte, kovuşturma sırasında moleküler genetik incelemenin gerekmesi durumunda bu

⁸⁸ Aynı yönde, Ünver/Hakeri, Sorularla Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 84.

⁸⁹ Kişinin istememesi durumunda sağlığına zarar vermeksizin bazı muayenelerin gerçekleştirilmesinin tıp tekniği açısından mümkün olmadığı yönündeki açıklama için bkz.: Çetin, kişinin Rızası Dışında Savcı veya Mahkeme Kararı ile Yapılan Beden Muayenesinin Tıbbi Bakış Açısı ile Değerlendirilmesi, s. 27-28.

⁹⁰ Ünver/Hakeri, Sorularla Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 86.

kararın mahkeme tarafından verileceği konusunda şüphe yoktur.

bb) Kanun moleküler genetik inceleme konusunda görevlendirilecek bilirkişilere ilişkin olarak da düzenleme yapmıştır (CMK m. 79/2). Buna göre, moleküler genetik incelemelerin yapılması için, *resmen atanan veya bilirkişilikle yükümlü olan ya da soruşturma veya kovuşturmayı yürüten makama mensup olmayan ya da bu makamın soruşturma veya kovuşturmayı yürüten dairesinden teşkilat yapısı itibarıyla ve objektif olarak ayrı birimine mensup olan görevliler* bilirkişi olarak görevlendirilebileceklerdir. BMY, moleküler genetik incelemeleri yapmak bakımından *teşkilat yapısı itibarıyla Üniversiteler, Emniyet Genel Müdürlüğü, Jandarma Genel Komutanlığı ve Adli Tıp Kurumu objektif olarak ayrı birimler sayılırlar* hükmüne yer vermiştir (BMY m. 13/5).

İncelenecek örnek ve bulgular, bilirkişiye ilgilinin adı ve soyadı, adresi, doğum tarihi bildirilmeksizin verilecektir. BMY'ye göre, *bilirkişiye gönderilen örneklerle ilgili olarak; hâkimler, mahkemeler ve Cumhuriyet Başsavcılıkları gizliliği sağlamak ve karışıklığa yer vermemek için gerekli her türlü tedbiri alırlar. Bu amaçla güvenli ve gizli bir kayıt sistemi belirlenir. Bu kayıt sisteminde bedeninden örnek alınan kişinin adı, soyadı, adresi ve doğum tarihine karşılık gelmek üzere bir kod sistemi uygulanır* (BMY m. 13/4).

Buna göre bilirkişi, üzerinde inceleme yaptığı örneklerin kime ait olduğunu bilmeyecek ve sadece yapacağı analiz sonucunda kendisine gönderilen örneklerle, olayla ilgili elde edilen bulguların eşleşip eşleşmediğini ya da bunlardan hangisiyle eşleştiğini bildirecektir.

Bu bilirkişiler, teknik ve teşkilat bakımından uygun önlemlerle yasak moleküler genetik incelemelerin yapılmasını ve yetkisi üçüncü kişilerin bilgi edinmesini önlemekle yükümlüdürler.

cc) Bir diğer koşul da şüpheli, sanık veya diğer kişilerden alınan örnekler ya da bulunan ve kime ait olduğu belli olmayan beden parçaları üzerinde, olayla bağlantılı olarak elde edilen bulguların şüpheli, sanık veya mağdura ait olup olmadığını belirlemek dışında bir amaca yönelik olarak saptamalar yapılmasına yönelik incelemelerin yapılamamasıdır (CMK m. 78/1). Kanun bu tür incelemeleri kabul etmemiş ve yasaklamıştır. Örneğin kişinin kalıtsal hastalıklarının belirlenmesine yönelik bir inceleme yapılamayacaktır. BMY de moleküler genetik inceleme tanımında kişinin kalıtsal hastalıklarına ilişkin özelliklerinin incelenmesini kabul etmemiştir.

CMK'nın düzenlemesine göre, şüpheli, sanık veya diğer kişilerin bedenlerinden elde edilen örnekler üzerinde yapılacak moleküler genetik inceleme sonuçları "kişisel veri" niteliğinde olup, başka bir amaçla kullanılamaz ve dosya içeriğini öğrenme yetkisine sahip bulunan kişiler tarafından bir başkasına verilemez (CMK m. 80/1).

Bu bilgiler, kovuşturmaya yer olmadığı kararna itiraz süresinin dolması, itirazın reddi, beraat veya ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilip kesinleşmesi hallerinde cumhuriyet savcısının huzurunda derhal yok edilecek ve bu işlem, dosyasında muhafaza edilmek üzere tutanağa geçirilecektir (CMK m. 80/2)⁹¹.

Maddenin son fıkrasının amaca uygun olmayan eksik bir düzenleme olduğunu belirtmek gerekir. Beraat eden kimseye ilişkin genetik inceleme sonuçlarının masumiyet karinesi gereğince kaydedilmemesi ve yok edilmesi yerinde bir düzenleme olmakla birlikte; “ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesi” durumunda da genetik inceleme sonuçlarının yok edilmesi doğru değildir. Gerçekten de sahip olduğu akıl hastalığı nedeniyle hakkında ceza verilmesine yer olmadığına karar verilen (CMK m. 223/3-a) bir kimsenin, sözelimi bir cinsel suçu yeniden işlemesi tehlikesinin varlığı, ya da kasten öldürme eylemini yeniden işlemesi tehlikesinin varlığı durumunda bu verilerin yok edilmesi, gelecekte yapılacak ceza muhakemesi açısından sorunlara neden olacaktır.

78, 79 ve 80. maddeler incelendiğinde, yapılan genetik inceleme sonuçlarının kullanılmasına ve yine bu sonuçların belirli durumlarda yok edilmesine ilişkin hükümler sevk edilmiş olmakla birlikte, vücuttan alınan örneklerin kendilerine ihtiyaç kalmadığında yok edilmesi gereğine ilişkin bir hüküm sevk edilmiştir. BMY ise, *bulgular üzerinde moleküler genetik analizler için izole edilen DNA örnekleri bilirkişi tarafından rapor hazırlandıktan sonra imha edileceği ve bu hususun raporda açıkça belirtileceği* hükmüne (BMY m. 14/3) yer vermiştir.

Son olarak da genetik inceleme sonuçlarının kovuşturmaya yer olmadığı kararna itiraz süresinin dolması, itirazın reddi, beraat veya ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilip kesinleşmesi hallerinde yok edilmesi kabul edildiğine göre, mahkumiyet halinde genetik inceleme sonuçları yok edilmeyecektir. Bununla birlikte bu sonuçların nerede nasıl saklanacağı ve daha sonra kimler tarafından hangi koşullarla ve hangi amaçla kullanılacağına ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır. CMK'nın 80. maddesinde yer alan inceleme sonuçlarının kişisel veri niteliğinde olduğu ve başka amaçla kullanılamayacağı biçimindeki hüküm de konuyu düzenlemekten uzaktır. Bu nedenle gerek bu hükümlerde yapılacak değişiklikler, gerekse konuya ilişkin yapılacak düzenlemelerle genetik inceleme sonuçlarının hangi durumlarda yok edileceğinin, hangi durumlarda saklanacağı-

⁹¹ CMK'nın bu hükmü de 5353 sayılı “Ceza Muhakemesinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”un 3. maddesiyle değiştirilmiştir. Değişiklik öncesinde madde, “MADDE 80.- (1) 75, 76 ve 78 inci maddeler hükümlerine göre alınan örnekler üzerinde yapılan inceleme sonuçları, kişisel veri niteliğinde olup, başka bir amaçla kullanılamaz; dosya içeriğini öğrenme yetkisine sahip bulunan kişiler tarafından bir başkasına verilemez. Bu bilgiler, kovuşturmaya yer olmadığı kararna itiraz süresinin dolması, itirazın reddi veya hükmün kesinleşmesi hallerinde en geç on gün içinde Cumhuriyet savcısının huzurunda yok edilir ve bu husus dosyasında muhafaza edilmek üzere tutanağa geçirilir.” biçimindeydi.

nın, bu saklamanın nerede olacağı ve daha sonra bu verilerin hangi koşullarda nasıl kullanılacağı ayrıntılı olarak düzenlenmesi gereklidir.

e) Ölünün Adli Muayenesi (CMK m. 86)

Şüpheli bir ölüm nedeniyle ölünün adli muayenesi gerekirse⁹², bu muayene Cumhuriyet savcısının huzurunda ve bir hekim görevlendirilerek gerçekleştirilir. Bu konuda yapılacak muayene de tıbbi bilgiyi gerektirdiğinden, Hakim, Cumhuriyet savcısı ya da kolluğun bu muayeneyi kendisinin yapması mümkün değildir⁹³.

Ölünün muayenesi onun dıştan muayene edilmesidir⁹⁴. Bu muayenede, tıbbi belirtiler, ölüm zamanı ve ölüm nedenini belirlemek için tüm bulgular saptanır.

Eğer, adli muayene yeni doğanın cesedi üzerinde yapılıyorsa, bu muayenede, doğum sırasında veya doğumdan sonra yaşam bulgularının var olup olmadığı, olağan süresinde doğup doğmadığı, biyolojik olarak yaşamını rahim dışında sürdürdürebilecek kadar olgunlaşmış olup olmadığı veya yaşama yeteneğinin bulunup bulunmadığı hususları saptanacaktır (CMK m. 88).

f) Otopsi (CMK m. 87)

Otopsi, ceset üzerinde yapılan ve ölüm nedenini ortaya çıkarmak amacıyla hizmet eden tıbbi bir araştırmadır. Otopside ölüm nedeni saptanmaya çalışılır ve hangi organın ya da genel anlamda vücut bölümünün ölüm nedeninden ne biçimde ve ne kadar etkilendiği saptanmaya çalışılır⁹⁵.

CMK, Cumhuriyet savcısının otopside hazır bulunmasını ve otopsinin Cumhuriyet savcısının huzurunda gerçekleştirilmesini zorunlu bir koşul olarak kabul etmiştir.

Otopsiyi yapacak hekim konusunda da kural getirilmiş olup; Kural olarak otopsi, birisi adli tıp uzmanı olan iki hekim tarafından gerçekleştirilecektir. Otopside bulunacak ikinci hekim, patoloji uzmanı, diğer dallardan birisinin mensubu veya biri pratisyen hekim olabilir. Zorunluluğun bulunması durumunda (örneğin adli tıp uzmanının bulunmadığı bir durumda) otopsi işleminin adli tıp uzmanı olmayan bir hekim tarafından yapılması da mümkündür. Bu durum otopsi raporunda belirtilecektir. Yine müdafî veya vekil tarafından getirilen

92 Kanunda böyle bir hükme yer verilmesinin nedeni maddenin gerekçesinde şöyle açıklanmıştır: *"Madde ölünün kimliğini belirleme ve adli muayeneyi düzenlemektedir. 88 inci maddede (CMK m. 87) otopsi düzenlenmiştir. Keşif ve bilirkişiliğe ilişkin genel hükümler varken bu iki konunun ayrıca ele alınmasının nedeni, ceset iyi muayene edilmezse çürüyeceğinden ve otopsi iyi yapılmadığında ceset dağılacak ve deliller kaybolacağından, bu işlemlerin iyi ve doğru bir tarzda yapılmasını sağlamak üzere konuyu ayrıca düzenleme gereğidir."*

93 Şahin, Ceza muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi, s. 267; Yurtcan, Ceza Yargılaması Hukuku, s. 280.

94 Yurtcan, Ceza Yargılaması Hukuku, s. 280.

95 Celasun, Bülent; Otopsi, in: <http://www.patoloji.gen.tr/otopsi.htm> - 08.11.2006, saat 11.00.

hekim de otopsi sırasında hazır bulunabilir.

Ölümünden hemen önceki hastalığında öleni tedavi etmiş olan hekime otopsi yapma görevi verilemez. Ancak bu hekimden otopsi sırasında hazır bulunması ve otopsinin seyri hakkında bilgi vermesi istenebilir.

Otopsi, cesedin durumunun olanak verdiği ölçüde baş, göğüs ve karnın açılması suretiyle gerçekleştirilir⁹⁶. Otopsi yeni doğanın cesedi üzerinde gerçekleştiriliyorsa, adli muayenede olduğu gibi otopside de doğum sırasında veya doğumdan sonra yaşam bulgularının var olup olmadığı, olağan süresinde doğup doğmadığı, biyolojik olarak yaşamını rahim dışında sürdürebilecek kadar olgunlaşmış olup olmadığı veya yaşama yeteneğinin bulunup bulunmadığı hususları saptanacaktır (CMK m. 88).

Eğer gömülmüş olan bir ceset üzerinde inceleme ve otopsi gerekirse, hazırlık soruşturmasında Cumhuriyet savcısı ve duruşmada mahkeme tarafından verilecek kararla ceset inceleme veya otopsi için mezardan çıkarılır. Bu karar, araştırmanın amacını tehlikeye düşürmeyecekse ve ulaştırılması da zor değilse ölünün bir yakınına derhal bildirilir.

CMK otopsi ve gömülmüş cesedin mezardan çıkarılması işlemlerinin kayda alınmasını kabul etmiştir. Bu işlemler daha sonra yapılacak incelemeler ve denetim muhakemesi açısından kayda alınmalı ve dava dosyasına konulmalıdır.

g) Zehirlenme Şüphesiyle İlgili Yapılacak İşlem (CMK m. 89)

Bu durumda da bilirkişi incelemesi yapılması zorunludur. Ölünde veya başka yerde bulunmuş şüpheli maddeler, görevlendirilen uzman tarafından incelenerek tahlil edilir. Cumhuriyet savcısı veya mahkeme, bu incelemenin, hekimin katılımıyla veya onun yönetiminde yapılmasına karar verebilir.

Kanun zehirlenme şüphesinin varlığı durumunda organlardan parça alınırken neye dikkat edileceğini de belirlemiştir. Buna göre, zehirlenme şüphesinin varlığı durumunda organlardan parça alınırken, öncelikle organın görünen şekli ve organın tahribatı tanımlanır⁹⁷.

V. Bilirkişinin Atanması

1. Bilirkişi Olarak Atanabilecek Kişiler

Esas itibarıyla muhakemede karşılaşılan ve maddi olayın ispatıyla ilgili karşılaşılan sorular konusunda özel bir uzmanlığa sahip olan herkes bilirkişi olarak atanabilir. Bilirkişinin seçilmesi yöntemi olarak, özel uzmanlığı gerektiren konu-

⁹⁶ Otopsinin gerçekleştirilmesi ve dikkat edilmesi gereken hususlar konusunda bkz.: Gök, Şemsi; Adli Tıp, İstanbul 1983, s. 38 vd.

⁹⁷ Zehirlenme şüphesi durumunda cesetten parça alınarak izlenecek yönteme ilişkin bkz.: Gök, Adli Tıp, s. 41 vd.

lar önceden saptanıp, bu konularda uzmanlık bilgisine sahip kişilerin listesinin hazırlanmak suretiyle, bilirkişiyi tayin edecek makamın bu listelerden seçim yapması kabul edilebileceği gibi; herhangi bir belirleme yapmaksızın çözümü özel bir uzmanlığı gerektiren sorunla karşılaşan hakimin, kendisinin bir seçim yapması sağlanabilir⁹⁸. 5271 sayılı CMK birinci sistemi kabul ederek, bilirkişi olarak atanabilecek olan kimselerin belirlenmesi konusunda şöyle bir sistem meydana getirmiştir:

Bilirkişiler, il adli yargı komisyonları tarafından her yıl düzenlenen bir listede yer alan gerçek veya tüzel kişiler arasından seçilirler (CMK m. 64/1)⁹⁹. Buna göre il adli yargı komisyonları her yıl gerçek veya tüzel kişilerden oluşan bilirkişi listeleri hazırlayacaktır. Kanun, bilirkişi listelerinin nasıl düzenleneceği veya listelerde yer verilenlerin çıkarılmasına ilişkin kural ve yöntemlerin yönetmelikte gösterileceğini belirtmiştir. Bu konuya ilişkin olarak Adalet Bakanlığı tarafından "Ceza Muhakemesi Kanununa Göre İl Adli Yargı Adalet Komisyonlarının Bilirkişi Listelerinin Düzenlenmesi Hakkında Yönetmelik"¹⁰⁰ çıkarılmıştır¹⁰¹.

⁹⁸ Erem, Ceza Yargılaması Hukuku, s. 408; Güreli, Bilirkişilik, s. 51; Tosun, Türk Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri, C I, s. 795.

⁹⁹ Madde gerekçesi bilirkişi listelerinin hazırlanmasının nedenini şu biçimde açıklamıştır: "... Aslında bilirkişi bir sanat adamı, bir uzmandır. 65 inci madde (CMK m. 63) ne gibi hallerde bilirkişi atanacağını gösterirken dolayısıyla bilirkişinin niteliğini de göstermiştir: Bilirkişi özel bir bilgiye veya teknik bilgiye sahip bulunan bir kişi ve genellikle bir teknisyendir. Ancak teknisyen olmak bilirkişinin tanımı için yeterli değildir. Zira bilirkişi yalnız bir saptama değil aynı zamanda bir takdirde bulunacak, bir değerlendirme yapacaktır. Bu itibarla bilirkişinin bilgi ve teknik alanda belirli bir deney sahibi olmuş kişilerden seçilmesi ve bu bakımdan adli otoritenin, bir tür tasvibini (agrement) elde etmiş olması gerekir. İşte bu nedentle madde birinci fıkrasında her yıl il adli yargı adalet komisyonlarınınca bir liste hazırlanmasını ve yukarıda belirtilen niteliklere sahip bilirkişilere bu listede yer verilmesini uygun görmüştür ... Böylece madde, çok yerinde olarak bilirkişilerin, önceden bir elemenden geçirilerek atanmalarına olanak sağlamış bulunmaktadır; bu suretle bilirkişilik kurumuna disiplin sağlanması ile kalınmayacak ayrıca bilirkişinin hakim gibi görev yapması da önlenmiş olacaktır"

¹⁰⁰ RG, 01.06.2005, sy. 25832.

¹⁰¹ Yönetmeliğe göre Söz konusu listeye girebilmek için 1) Gerçek kişilerin; a) Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olması, b) Başvuru tarihinde yirmibeş yaşından küçük olmaması, c) Bilirkişilik yapacağı alanda en az üç yıllık meslekî deneyime sahip olması, d) Affa uğramış ya da ertelenmiş olsalar bile Devlete karşı işlenen suçlar ile basit ve nitelikli zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflâs gibi bir suçtan veya kaçakçılık, resmî ihale ve alım satımlara fesat karıştırma, gerçeğe aykırı bilirkişilik yapma, yalan tanıklık suçlarından biriyle hükümlü bulunmaması, e) Disiplin yönünden meslekten ya da memuriyetten çıkarılmamış veya sanat icrasından geçici olarak yasaklanmamış olması, f) Komisyonun bağlı bulunduğu il çevresinde oturması veya meslekî faaliyeti icra etmesi, g) Başka bir komisyonun listesinde kayıtlı olmaması; 2) Tüzel kişilerin, a) Hâlen faaliyetine devam ediyor olması, b) Listeye kabul edilen tüzel kişiler adına incelemeyi yapacak olan gerçek kişi ya da kişilerin de listeye kabul şartlarını taşımaları gerekir (Yönetmelik m. 6).

Bilirkişiler, listesinde buldukları il için değil, diğer iller için de seçilebilirler. Cumhuriyet savcıları ve hakimler, yalnız buldukları il bakımından değil, diğer illerde oluşturulmuş listelerden de bilirkişi seçebilirler (CMK 64/1).

Kanun bilirkişinin seçilmesi açısından böyle bir yöntem öngörmüş olmakla birlikte, bu listeye girmeyen kişilerin de bilirkişi atanması mümkündür. Bilirkişilerin seçimi konusunda CMK'nın getirdiği bu sistem, bilirkişilerin önceden belirlenmiş olması, kendilerine kolay ulaşılabilmesi gibi bazı avantajları birlikte getiriyorsa da burada dikkat edilmesi gereken nokta bilirkişini kendisinden istenen değerlendirmeyi yapacak yetkinliğe ve teknik donanıma sahip olması gereğidir. Dolayısıyla bilirkişi seçiminde listede olmaktan ziyade bilirkişilik yapılacak konudaki uzmanlık kriterine dikkat edilmelidir. Dolayısıyla da Kanunun liste dışından da bilirkişi seçilebilmesine olanak tanınması doğru olmuştur. Bu konuda yapılacak şey, bilirkişi atanmasına ilişkin kararda, bilirkişinin liste dışındaki kişilerden seçilmesinin gerekçesi gösterilmek suretiyle listeye girmeyenler arasından bilirkişi seçilebilecektir (CMK m. 64/2).

Bilirkişi, inceleme yapılacak konuda özel uzmanlık bilgisine ve teknik donanıma sahip olan bir kimse olmalıdır¹⁰². Eğer belirli bir uzmanlık bilgisinin alt uzmanlık dallarıyla ilgili bir inceleme ve değerlendirme gerekiyorsa bilirkişinin de bu alt uzmanlık bilgisine sahip olan bir kimse olması gereklidir. Örneğin kişinin akıl sağlığının incelenmesi konusunda atanacak bilirkişinin pratisyen hekim veya başka bir alanda uzmanlaşmış hekim değil, bu konuda değerlendirmeye yapabilecek uzmanlığa sahip olan hekim olması gereklidir¹⁰³.

Kanun bazı konularda bilirkişilik yapma konusunda belirli kişi veya kurumların görevlendirilmesini zorunlu kılmıştır. Bu şekilde bilirkişilik yapacakları yasa ile gösterilen kimseler "resmi bilirkişi" olarak adlandırılırlar¹⁰⁴ ve bu durumlarda, bu kişi ya da kurumlar, öncelikle görevlendirileceklerdir. Örneğin,

¹⁰² "1412 sayılı CMUK'nun 66. (5271 sayılı CMK'nun 63.) maddesi uyarınca suç konusu maddenin 765 sayılı TCK'nun 403. (5237 sayılı TCK'nun 188.) maddesi kapsamında sayılabilecek uyuşturucu madde olup olmadığı konusunda, uzman bilirkişi incelemesi yaptırılarak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken uzman olmayan polis memurunca düzenlenen 16.01.2001 ve 23.11.2000 tarihli yetersiz bilirkişi raporlarına dayanılarak, eksik araştırma sonucu yazılı şekilde hüküm kurulması bozmayı gerektirmiş ..." (Y. 10. CD, 13.7.2005, E. 2005/4951, K. 2005/8680 – Karar için bkz.: Kazancı Hukuk Otomasyon Programı, İçtihat Bilgi Bankası - <http://www.kazanci.com.tr/> - 07.10.2006).

¹⁰³ Öztürk/Erdem, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 430.

¹⁰⁴ Güreli, Bilirkişilik, s. 52; Tosun, Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri, C I, s. 796. "Belli hususlarda bilirkişilik yapacakları yasa ile belirlenen kişiler ve kurumlar resmî bilirkişilerdir. Bir yerde resmî bilirkişi varsa incelemenin onun marifetiyle yapılmasında zorunluluk vardır." (Y. 1. CD, 01.03.1991, E. 1991/391, K. 1991/559 – Karar için bkz.: Kazancı Hukuk Otomasyon Programı, İçtihat Bilgi Bankası - <http://www.kazanci.com.tr/> - 07.10.2006).

Kanunun belirli konuda yapılacak incelemelerde adli tıp kurumunu yetkili kıldığı durumlarda, öncelikle bu kurumun bilirkişi olarak atanması gereklidir¹⁰⁵.

Ancak özel bazı sebeplerin varlığı durumunda resmi bilirkişinin yerine başka bir bilirkişinin tayini mümkündür¹⁰⁶. Sözgelimi kamu görevlileri bağlı buldukları kurumla ilgili davalarda bilirkişi olarak görevlendirilemezler (CMK m. 64/3)¹⁰⁷. Zira böyle bir görevlendirme bilirkişinin görevini objektif olarak yerine getirmesi zorunluluğuyla bağdaşmayacaktır. Kanun da moleküler inceleme yapılmasında da konuya ilişkin açık düzenleme getirmiş ve moleküler genetik incelemeyle ilgili atanacak bilirkişinin soruşturma veya kovuşturma yürüten makama mensup olmaması ya da en azından bu makamın soruşturma veya kovuşturmayı yürüten dairesinden teşkilat yapısı itibarıyla ve objektif olarak ayrı birime mensup olmasını aramıştır (CMK m. 79/2)¹⁰⁸.

Kanun, tüzel kişilerin de il adli yargı adalet komisyonları tarafından düzenlenecek listelerde yer almasını ve bilirkişi olarak atanabilmelerini kabul etmiştir. Ancak bilirkişi olarak atanan bir tüzel kişi ise, kendisi adına incelemeyi yapacak olan gerçek kişilerin isimlerini, bilirkişi atayacak yargı merciinin onayına sunacaktır (CMK m. 64/4). Dolayısıyla tüzel kişinin bilirkişi olarak görevlendirilmesi durumunda, bilirkişi adına incelemeyi yapacak gerçek kişilerin isimleri bilirkişiyi atayacak merciin onayına sunulup da bu isimler onaylanmadıkça bilirkişi incelemesi başlayamayacaktır. İsimlerin onaylanmaması ve yeni isimler bildirilmesinin bilirkişiyi atayacak makam tarafından istenmesi durumunda yeni isim bildirilecektir¹⁰⁹. Bu konuda bilirkişiyi atayacak makama, gerçek kişilerin isimlerinin gönderilmesiyle yetinilemeyeceği gibi, her yeni bilirkişilikte de bu isimlerin yeniden onaylanması gereklidir. Bu durum bilirkişiyi atayacak merciin bilirkişi incelemesini yapacak gerçek kişinin bu konudaki uzmanlığını ve dene-

¹⁰⁵ Belli başlı resmi bilirkişiler konusunda bkz.: **Ersoy**, Türk Ceza Hukukunda Bilirkişilik ve Uygulamadan Doğan Sorunlar, s. 450 vd.; **Kunter/Yenisey/Nuhoğlu**, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 617.

¹⁰⁶ **Erem**, Ceza Yargılaması Hukuku, s. 411; **Kantar**, Ceza Muhakemeleri Usulü, s. 89.

¹⁰⁷ "Kaçak malın değerinin tarafsız bilirkişiye tespit ettirilmesi zorunludur. Bu nedenle Gümrük ve Tekel bakanlığı'na bağlı tekel idaresinde memur olan kimseye değer tespit ettirilmesi yolsuzdur" (Y.CGK, 17.11.1969 – Karar için bkz.: **Yurtcan**, CMK Şerhi, s. 161).

¹⁰⁸ "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de yiyeceklerin kontrolü hakkındaki Avusturya Kanununa göre rapor veren Enstitünün müdürünün davada bilirkişi gibi görev yapmasını ve reddi davasının kabul edilmemesini, tarafsızlığı şüpheli görüleceği ve müdafaanın gösterdiği uzmanın tanık gibi dinlenmesine karşın Enstitü müdürünün bilirkişi olarak sanığa ve tanıklara soru yöneltilmesini eşitlik ilkesine ve dolayısı ile hakkaniyete uygun bulmadığından Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesine aykırı bulmuştur" (Bönisch Davası, 6/5/85 n. 28-34 Karar için bkz.: **Kunter/Yenisey/Nuhoğlu**, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 618).

¹⁰⁹ Bkz.: 64. madde gerekçesi.

yimini denetleme olanağı verecektir.

Elbette ki baştan bu gerçek kişilerin tüzel kişilik adına bilirkişilik yapmalarının onaylanmaları, onlar tarafından hazırlanacak bilirkişi raporunun bilirkişiyi atayan makam tarafından kabul edilmesi gibi bir zorunluluk doğurmaz. Bu bilirkişi tarafından hazırlanan raporun yine bilirkişiyi atayan merci tarafından gerekli denetime tabi tutulması ve ona göre verilecek kararlara esas alınması gereklidir.

2. Bilirkişi Atama Yetkisi

Kural olarak bilirkişi atama yetkisi hakim veya mahkemeye aittir (CMK m. 63/2). Hakim bu yetkisini re'sen kullanabileceği gibi, Cumhuriyet savcısının, katılanın, vekilinin, şüphelinin veya sanığın, müdafininin veya kanuni temsilcisinin istemi üzerine de kullanabilir (CMK m. 63/1). Ancak mahkeme tarafların bu konudaki istemleriyle bağlı değildir¹¹⁰.

Mahkemenin bilirkişi görevlendirilmesine ilişkin kararı bilirkişinin ehliyeti bakımından Yargıtay denetimine tabiidir¹¹¹.

Hazırlık soruşturmasında Cumhuriyet Savcısına da bilirkişi atama yetkisi tanınmıştır (CMK m. 63/3)¹¹². Cumhuriyet savcısı da bilirkişiyi re'sen görevlendirebileceği gibi, suçtan zarar gören, vekili, şüpheli, müdafii veya kanuni temsilcisinin istemi üzerine de bu atama gerçekleştirilebilir.

Kanunda Cumhuriyet savcısı, katılan, vekili, şüpheli veya sanık, müdafii veya kanuni temsilci, yargılama konusu olayla ilgili olarak veya bilirkişi raporunun hazırlanmasında değerlendirmek üzere ya da bilirkişi raporu hakkında, uzmanından mütalaa alabileceklerini kabul etmiştir (CMK m. 67/6). Ancak bu durumda bilirkişilikten farklı olarak “uzman” mütalaa söz konusu olacaktır.

3. Bilirkişinin Atanması Kararında Yer Alacak Hususlar

Bilirkişi incelemesi yapacak olan makam, bilirkişi incelemesi yaptırılmasına ilişkin kararında, bilirkişiden ne istenildiğini açık bir biçimde belirtmek durumundadır (CMK m. 66/1). **Makam bilirkişiden uzmanlık alanına giren konudaki belirli tecrübe kurallarının bildirilmesini isteyebileceği gibi; sahip olduğu uzmanlığı kullanmak suretiyle olay açısından belirli saptamaları yapmasını ya da bu saptamaları yaptıktan sonra yine uzmanlığını kullanmak suretiyle belirli analizler yapmasını ve sonuçlar çıkarmasını da isteyebilecektir.** Ancak bilirkişiden “dava konusu olayla ilgili”, “iddianamede yer

¹¹⁰ Yurtean, Ceza Yargılaması Hukuku, s. 283-284.

¹¹¹ Y. 2. CD, 19/10/62 (Bkz. Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 617, dipnot 33); Ayrıca bkz.: Özbek, CMK İzmir Şerhi, s. 215.

¹¹² Madde gerekçesinde Cumhuriyet savcısına da bilirkişiyi başvurma yetkisinin tanınmasının nedeninin, *soruşturmanın noksatsız yapılmasını sağlamak* olduğu belirtilmiştir.

alan olayla ilgili" değerlendirmeler yapmasının istenmesi biçiminde soyut talepler bilirkişiliğin niteliğine aykırıdır. Niteliği itibariyle ancak Mahkeme, hakim veya Cumhuriyet Savcısının kendi uzmanlık bilgisiyle çözümleyemeyeceği ve hukuksal olmayan bir sorunla karşılaşması durumunda bilirkişiye başvurulabileceğinden; bilirkişi atanmasına ilişkin kararda ve hükümde niçin bilirkişi incelemesine gereksinim duyulduğunun gerekçesinin gösterilmesi gerektiği gibi; bu gereksinim dolayısıyla bilirkişinin yanıtlaması gereken sorular ya da çözümlemesi gereken sorunların da açık ve somut bir biçimde belirlenmesi gereklidir. Bilirkişiye yöneltilecek genel soyut sorular, onun yapacağı değerlendirmelerde kendisini bilirkişi olarak görevlendiren makamın yerine geçmesi anlamını taşıyacağından bu durum hukuka aykırı olacaktır.

Hâkimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgi ile çözülmesi olanaklı konularda bilirkişiye başvurulması mümkün değildir (CMK m. 63/1).

Bilirkişinin atanmasına ilişkin kararda yer alması gereken ikinci husus da bilirkişinin görevini yerine getireceği sürenin belirlenmesidir. Bilirkişiye tanınan süre, işin niteliğine göre belirlenecek olmakla birlikte bu süre, kural olarak üç ayı geçemez. Bununla birlikte özel nedenler zorunlu kıldığında bilirkişiye tanınan süre, bilirkişinin istemi üzerine kendisini atayan merciin gerekçeli kararıyla en çok üç ay daha uzatılabilir (CMK m. 66/1)¹¹³. Davaların uzamasının en önemli nedenlerinden birisini oluşturan¹¹⁴ bilirkişi incelemelerinin süresi ka-

¹¹³ Bilirkişi raporunu hazırlama süresiyle ilgili 19.10.2005 tarih ve 5411 Sayılı Bankacılık Kanunu'nun (RG: 1.11.2005, sy. 25983-1. Mükerrer) 165. maddesinde özel bir düzenlemeye yer verilmiştir: "Bu Kanunun uygulaması ile ilgili olarak, bu Kanunda ve diğer kanunlarda öngörülen suçlardan dolayı açılan ceza davalarında bilirkişi, raporunu dosyanın kendisine verildiği tarihten başlayarak üç ay içinde mahkemeye verir. Bu süre hakim tarafından iki aya kadar uzatılabilir. Bu süre içerisinde de rapor mahkemeye verilmediği takdirde görev, ücret ödenmeksizin bilirkişiden alınır ve yeni bilirkişi atanır. Bilirkişilik görevi bu şekilde kendisinden alınan kişiler, bir yıl süreyle bu Kanun kapsamında hiçbir davada bilirkişi olarak atanamazlar. Bu kişiler, raporların süresinde verilmemesinin sebep olduğu masrafları ödemeye ve ayrıca beşyüz güne kadar adli para cezasına mahkum edilirler. Dosyanın bilirkişiye tevdi tarihinde dava zamanasını süresi durur. Bilirkişinin raporunu mahkemeye verdiği tarihten itibaren bu süre kaldığı yerden işlemeye devam eder.

Kurum, Fon, Fon bankaları ile bankaların iflas idareleri tarafından açılan hukuk davalarında gerekli görülen hallerde, yaptırılacak bilirkişi incelemelerinde bilirkişi, raporunu dosyanın kendisine verildiği tarihten başlayarak üç ay içinde mahkemeye verir. Bu süre hakim tarafından iki aya kadar uzatılabilir. Bu süre içerisinde de rapor mahkemeye verilmediği takdirde görev, ücret ödenmeksizin bilirkişiden alınır ve yeni bilirkişi atanır. Bilirkişilik görevi bu şekilde kendisinden alınan kişiler, bir yıl süreyle bu Kanun kapsamında hiçbir davada bilirkişi olarak atanamazlar. Bu kişiler, raporların süresinde verilmemesinin sebep olduğu masrafları ödemeye ve ayrıca beşyüz güne kadar adli para cezasına mahkum edilirler."

¹¹⁴ Bu konuda bkz.: **Dönmezer, Sulhi / Yenisey, Feridun**; Ceza Adaleti Sisteminin Etkinliği 1998, İstanbul 2000, s. 37, 44.

nunda açık bir biçimde öngörülerek kısıtlanmış olması yerinde olmuştur¹¹⁵. Kararda belirlenecek sürenin de yapılacak bilirkişilik faaliyetiyle orantılı bir süre olmasına da uygulamada dikkat edilmesi ve üç aylık temel ve devamındaki uzatma otomatik hale gelmemelidir.

Belirlenen süre içinde raporunu vermeyen bilirkişi hemen değiştirilebilir (CMK m. 66/2). Belirlenen süreden maksat, bilirkişiyi atayan makamın kararında belirlediği süredir. Görevini bu süre içinde yapmayan bilirkişinin değiştirilmesi için sürenin kanunda gösterilen üç aylık temel ve üç aylık ek sürelerin dolması beklenmemelidir.

Kendisine tanınan süre içerisinde raporunu vermediği için değiştirilen bilirkişi o ana kadar yaptığı işlemleri açıklayan bir rapor sunar ve görevi nedeniyle kendisine teslim edilmiş eşya ile belgeleri de hemen geri verir.

CMK bilirkişilik görevinin tanınan süre içerisinde tamamlanmaması durumunda, bilirkişinin adının, il adli yargı adalet komisyonları tarafından düzenlenen listeden çıkarılmasına ve gecikme dolayısıyla uğranılmış zararların ödenmesine karar verilebilmesini kabul etmiştir. Ancak bilirkişi hakkında böyle bir karar verilebilmesi için raporunu belirlenen süre içerisinde vermemesinin makul bir mazeretinin bulunmaması gereklidir. Makul bir mazereti olup da kendisine tanınan süre içerisinde raporunu hazırlamayan bilirkişiye, gerekçesi gösterilmek suretiyle ek süre tanınabileceği gibi, süresi içerisinde raporu hazırlayamayacağına öngörülmesi durumunda değiştirilebilmekle birlikte, listeden çıkarılması ve gecikme nedeniyle uğranan zararların ödenmesine karar verilmesi hükmü uygulanmamalıdır.

4. Atanacak Bilirkişinin Sayısı

CMK atanacak bilirkişilerin sayısı konusunda bir sınır getirmemiştir. Hakim veya mahkemenin yapılacak bilirkişilik faaliyetinin niteliğine göre, bir veya birden fazla kimseyi bilirkişi olarak ataması mümkündür. Ancak bu durumda birden fazla kişinin bilirkişi olarak atanmasının gerekçesinin, bilirkişi atama kararında gösterilmesi gereklidir (CMK m. 63/2). Hakim veya mahkemenin bu durumda bilirkişi incelemesine konu olacak işin kapsamı, değişik uzmanlık alanlarına ilişkin inceleme yapılması gerekip gerekmediği gibi hususları dikkate almak suretiyle bir değerlendirme yapması gereklidir.

Kanun sayının tek veya çift olup olamayacağı konusunda bir belirleme yapmadığı gibi, kanımca böyle bir gereklilik de yoktur. Bilirkişi mütalaası, uzmanlık alanına girmeyen ve çözümünü özel bir uzmanlığı gerektiren bir sorunla karşılaşan mahkeme ya da hakime, bu sorunun çözümünde yardımcı olarak bir araç niteliğinde olup, bilirkişi raporunun mahkeme ya da hakim açısından mut-

¹¹⁵ Özbek, CMK İzmir Şerhi, s. 225.

lak bir bağlayıcılığı bulunmadığından, bilirkişi raporunda mutlaka oy çokluğunun sağlanması ve hakimin de bu çoğunluk oyunu dikkate alarak karar vermesi gibi bir zorunluluk bulunmamaktadır. Hakim oy ve görüşlerde bir eşitlik ve iki ayrı düşüncenin oluşması durumunda, gerekçesini göstermek suretiyle bunlardan birisine değer tanıyıp onu hükmüne esas alabileceği gibi, bu görüşlerden tatmin olmaması durumunda yeniden bilirkişi tayin ederek, yeni bir rapor alması mümkündür¹¹⁶. Kaldı ki tek sayılı bilirkişi tayini durumunda mahkemenin sayı olarak çoğunluk durumunda olan bilirkişilerin görüşünü ve ulaştıkları sonuçları sadece bu nedenle kabul etmesi mümkün değildir. Bu durumda da mahkemenin niçin bu görüşü kabul edip hükmüne esas almakla birlikte, diğerini kabul etmediğinin gerekçesini de makul bir biçimde ortaya koymak durumundadır. Hatta birden fazla bilirkişinin atıldığı durumlarda, gerekçesini göstermek suretiyle mahkemenin azınlık oyunu hükmüne esas alması da mümkündür. Bu nedenle bilirkişi sayısının tek sayılı olması gerekli değildir¹¹⁷.

VI. Bilirkişinin Reddi

CMK bilirkişinin reddini kural olarak hâkimin reddini gerektiren sebeplere kıyasla düzenlemiştir. Hâkimin reddini gerektiren nedenler bilirkişi hakkında da geçerlidir (CMK 69/1). Bu durum, bilirkişinin hâkimin yardımcısı niteliğinde oluşu¹¹⁸ ile, görevini objektif bir biçimde yerine getirmesi gereğinin¹¹⁹ bir sonucudur. Ret istemi, hâkimin davaya bakamayacağı durumlarda, tarafsızlığını şüpheye düşüren durumlarda olabileceğinden, bilirkişinin reddini gerektiren nedenler de buna paralel olarak ele alınabilecektir. Buna göre, bilirkişinin reddini gerektiren nedenlerin ilk grubu şu şekilde belirlenebilir:

a) Suçtan kendisi zarar görmüşse, b) Sonradan kalksa bile şüpheli, sanık veya mağdur ile aralarında evlilik, vesayet veya kayımlık ilişkisi bulunmuşsa, c) Şüpheli, sanık veya mağdurun kan veya kayıym hısımlığından üstsoy veya altsoyundan biri ise, d) Şüpheli, sanık veya mağdur ile aralarında üçüncü derece dâhil kan hısımlığı varsa, f) Evlilik sona ermiş olsa bile, şüpheli, sanık veya mağdur ile aralarında ikinci derece dâhil kayın hısımlığı varsa, g) Aynı davada Cumhuriyet savcılığı, adli kolluk görevi, şüpheli veya sanık müdafiliği veya mağdur vekilliği yapmışsa, h) Aynı davada tanık olarak dinlenmişse, ı) Aynı davada hâkimlik görevi yapıyorsa bilirkişinin reddi mümkündür.

CMK'nın 69/1. maddesinde hâkimin reddini gerektiren nedenlerin bilirkişi

¹¹⁶ Bertel/Venier, Grundriss des österreichischen Strafprozessrechts, s. 97.

¹¹⁷ Aksi yönde, Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 224; Yokuş, Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik, s. 62.

¹¹⁸ Kühne, Strafprozessrecht, s. 364.

¹¹⁹ Haller/Conzen, Das Strafverfahren, s. 134.

hakkında da geçerli olduğu ve 22/1-h maddesinde de aynı davada tanık veya bilirkişi sıfatıyla dinlenen hakimin davaya bakamayacağı kabul edilmiş olduğundan tanıklığın bilirkişiliğe engel olduğu kabul edilmelidir¹²⁰. Ceza Muhakemesi Kanunu Tasarısının 69. maddesinin 2. fıkrasında “Tanıklık bilirkişi olmaya engel değildir” cümlesi bulunuyorken, Adalet Komisyonu’nda bu cümle metinden çıkarılmıştır¹²¹. Şayet tanıklık ve bilirkişilik aynı kişide birleşirse, tanıklık statüsü üstün tutulmalı¹²² ve kişi davada tanık olarak dinlenilmelidir. Zira bilirkişiliğin başka bir kimse tarafından yapılması mümkün olabilmekle birlikte, tanık olayı geçmişte yaşamış bir kimse olması nedeniyle, başka tanık bulunması mümkün olmayabilir. Bu konuda “uzman tanık” olarak adlandırılan ve yaptığı incelemeler sırasında yok olan maddelere ilişkin ancak belirli bir uzmanlığa sahip kimseler tarafından yapılabilecek gözlemleri yapan kimsenin durumu bir istisna oluşturmaktadır. Bu durumda kişi esasen tanık statüsündedir ve onun tanıklık çerçevesinde ortaya koyduğu bilgilerin başka bilirkişi tarafından değerlendirilmesi yine mümkündür.

Ancak kanunda gösterilen hakimin davaya bakamayacağı durumlar dışındaki bazı durumlarda da bilirkişinin objektif bir biçimde görevini yapması mümkün olmayabilir. Bu durum da bilirkişinin reddi istenebilecektir. Örneğin CMK’da hakimin davaya bakamayacağı haller içerisinde sayılmayan durumlardan olan “nişanlılık ilişkisi” bilirkişinin tarafsızlığını şüpheye düşüren nedenlerden birisi olarak kabul edilebilecektir¹²³. Yine bilirkişinin davanın süjelerinden birisine sözgelimi suçtan zarar görene daha önce aynı dava konusuna ilişkin uzman olarak mütalaa vermiş olması durumunda da reddi talep edilebilecekken¹²⁴; muhakemenin soruşturma evresinde bilirkişi olarak mütalaaasına başvurulmuş bir kimsenin kovuşturma evresinde de bilirkişi olarak mütalaaasına başvurulmasına bir engel bulunmadığından bir ret nedeni olarak kabul edilmeyecektir¹²⁵.

Bilirkişi sahip olduğu uzmanlık bilgisiyle ispata ilişkin bir sorunun çözümünde mahkemeye ya da Kanununun olanak tanıdığı durumlarda diğer süjelere

¹²⁰ Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 238; Yokuş, Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik, s. 106.

¹²¹ Şahin, Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi, s. 229.

¹²² Özbek, CMK İzmir Şerhi, s. 214.

¹²³ Çolak, Haluk / Taşkın, Mustafa; Açıklamalı-Karşılaştırmalı-Uygulamalı Ceza Muhakemesi Kanunu, Ankara 2005, s. 228; Öztürk/Erdem, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 228.

¹²⁴ Eisenberg, Beweisrecht der StPO, s. 610; Hauser/Schweri/Hartmann, Schweizerisches Strafprozessrecht, s. 309; Roxin, Strafverfahrensrecht, s. 229; Senge, Karlsruher Kommentar, s. 374.

¹²⁵ Hauser/Schweri/Hartmann, Schweizerisches Strafprozessrecht, s. 309; Senge, Karlsruher Kommentar, s. 374.

yardımcı olan bir kimse olduğundan, eğer tayin edilen bilirkişinin çözülmesi gereken sorun konusunda uzman olmaması, olsa bile uzmanlık bilgisinin sorunun çözümü açısından yeterli olmaması ya da yeterli deneyime sahip olmaması gibi nedenlerle reddedilmesi de mümkündür¹²⁶.

Bunun dışında otopsi açısından da mutlak bir bilirkişilik yasağı düzenlenmiştir. Buna göre, ölümünden hemen önceki hastalığında öleni tedavi etmiş olan hekime otopsi görevi verilemez. Bu hakim sadece otopsi sırasında hazır bulunarak hastalığın seyri hakkında bilgi vermesi istenebilir (CMK m. 86/3).

Bilirkişinin reddini gerektiren durumlarda, bilirkişilik görevini yerine getirecek başka bir kimse olmasa dahi, o kişinin bilirkişilik yapması kabul edilmeyecek ya da hazırladığı mütalaa kullanılmayacaktır¹²⁷.

Cumhuriyet Savcısı, katılan, vekili, şüpheli veya sanık, müdafii veya kanuni temsilcisi ret hakkını kullanabilirler. Hakim veya mahkeme tarafından atanan bilirkişinin adı soyadı, engel nedenler bulunmadıkça ret hakkına sahip olanlara bildirilir (CMK m. 69/2). Örneğin, organize suçlarda bilirkişinin engellenmesi olasılığının yüksek olduğu durumlarda böyle bir istisna öngörülebilirse de¹²⁸ bu durum uygulamada çok istisnai durumlarda ve dikkatli bir biçimde uygulanmalı, süjelerin savunma ve adil yargılanma haklarını kısıtlayacak bir nitelik almamalıdır.

Hazırlık soruşturmasında Cumhuriyet Savcısı tarafından bilirkişiye başvurulması durumunda, görevlendirilen bilirkişinin adı soyadının ret hakkına sahip olanlara bildirmesi gereklidir¹²⁹. Kanunda bu durum hakim ve savcının aksine açıkça belirtilmemiş olmakla birlikte, kurumun niteliği gereği bu bildirim gerekli olduğu gibi; 69. maddenin 3. fıkrasında yer alan "*Soruşturma evresinde, Cumhuriyet savcısınca kabul edilmeyen ret istemi sulh ceza hakimince incelenir*" hükmü de Cumhuriyet Savcısının görevlendirdiği bilirkişinin adı soyadını ret hakkı sahiplerine bildirmesini gerekli kılmaktadır.

Bilirkişinin reddi bakımından kanunda herhangi bir süreye yer verilmemiştir. CMK'nın 69. maddesi sadece bilirkişinin reddi açısından hakim in reddine ilişkin nedenlere atıf yapmış. Buna karşı bilirkişinin reddi süresine ilişkin herhangi bir süre öngörmemiştir. Bu nedenle bilirkişinin reddi her zaman¹³⁰

¹²⁶ Bertel/Venier, Grundriss des österreichischen Strafprozessrechts, s. 96; Seiler, Strafprozessrecht, s. 137; aksi yönde Lemke, HK-StPO, s. 189.

¹²⁷ Meyer-Goßner, Strafprozessordnung, s. 246.

¹²⁸ Çolak/Taşkın, Ceza Muhakemesi Kanunu, s. 229.

¹²⁹ Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 239.

¹³⁰ Yurtcan, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 291.

ve hatta bilirkişi raporu verildikten sonra da¹³¹ hüküm açıklanana kadar¹³² mümkün olabilecektir.

Bilirkişinin yasaklılığı ya da objektifliğini şüpheye düşüren nedenler bireye özel olduğundan, her bilirkişi birbirinden ayrı reddedilebilir¹³³. Birden fazla bilirkişinin görevlendirildiği durumlarda bilirkişilerden hakkında ret nedeni bulunan reddedilebilir. Biriyle ilgili ret nedeni bütün heyetin reddini gerektirmez. Hepsi açısından ret-nedeninin bulunduğu durumlarda da her birisi ayrı ayrı reddedilebilecektir.

Ret istemini inceleyecek makam, hakim veya davayı görmekte olan mahkemedir. Bilirkişinin reddi talebine ilişkin verilen karar bir hakimlik kararı olduğu takdirde bu karara karşı itiraz; mahkeme kararı olduğu takdirde ise, hükümle birlikte temyiz yoluna başvurulabilecektir¹³⁴. Soruşturma evresinde ret talebi ilk olarak Cumhuriyet Savcısı tarafından değerlendirilecek ve Cumhuriyet Savcısı tarafından kabul edilmeyen ret istemi sulh ceza hakimi tarafından incelenir (CMK m. 69/3).

Ret isteminde bulunan süje bunun nedenini dayandığı olguları göstererek açıklamakla yükümlüdür (CMK m. 69/3). Bu hükümle ret isteminde bulunan tarafa iddiasını ispat yükümü getirilmektedir¹³⁵. Bu durum ceza muhakemesinde mahkeme ve Cumhuriyet Savcısı dışındaki süjelerin ispat yükünün bulunmamasının bir istisnasını oluşturmaktadır.

Hakkındaki ret istemi kabul edilen bilirkişiden mütalaa alınamayacağı gibi, hakkındaki ret talebi kabul edilen bilirkişi, bu konuya ilişkin karardan önce mütalaasını vermiş olsa dahi, bu mütalaadan yararlanılamaz¹³⁶.

VII. Bilirkişinin Hak ve Yetkileri

1. Bilirkişilikten Çekinme

Bilirkişi, tanıklıktan çekinmeyi gerektiren sebeplerle bilirkişilikten çekinebileceği gibi, geçerli diğer sebeplerle de görüş bildirmekten çekinebilir (CMK m.

¹³¹ Çolak/Taşkın, Ceza Muhakemesi Kanunu, s. 230; Malkoç/Güler, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu, C I, s. 385; Roxin, Strafverfahrensrecht, s. 229.

¹³² Haller/Conzen, Das Strafverfahren, s. 134.

¹³³ Ersoy, Türk Ceza Hukukunda Bilirkişilik ve Uygulamadan Doğan Sorunlar, s. 441; Gürelli, Bilirkişilik, s. 57.

¹³⁴ Ersoy, Türk Ceza Hukukunda Bilirkişilik ve Uygulamadan Doğan Sorunlar, s. 441; Gürelli, Bilirkişilik, s. 58.

¹³⁵ Özbek, CMK İzmir Şerhi, s. 234.

¹³⁶ Eisenberg, Beweisrecht der StPO, s. 614; Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 619; Meyer-Goßner, Strafprozessordnung, s. 249; Senge, Karlsruher Kommentar, s. 376.

70). Buna göre şu durumlarda bilirkişilikten çekinmek mümkün olabilecektir:

– Akrabalık ilişkisi nedeniyle bilirkişilikten çekinme: (a) şüpheli veya sanığı nişanlısı, (b) evlilik bağı kalmasa bile şüpheli veya sanığın eşi, (c) şüpheli veya sanın kan hısımlığından veya kayın hısımlığından üstsoy veya altsoyu, (d) şüpheli veya sanığın üçüncü derece dahil kan veya ikinci derece dahil kayın hısımları, (e) şüpheli veya sanıkla aralarında evlatlık bağı bulunanlar (CMK m. 45/1) tanıklıktan olduğu gibi, bilirkişilikten de çekinebilirler.

– Meslek ve sürekli uğraşları nedeniyle bilirkişilikten çekinme: (a) Avukatlar veya stajyerleri veya yardımcılarının, bu sıfatları dolayısıyla veya yüklendikleri yargı görevleri nedeniyle öğrendikleri bilgiler; (b) Hekimler, diş hekimleri, eczacılar, ebeler ve bunların yardımcıları ve diğer bütün tıp meslek sanatları mensuplarının, bu sıfatları dolayısıyla hastaları ve bunların yakınları hakkında öğrendikleri bilgiler; (c) Mali işlerde görevlendirilmiş müşavirler ve noterlerin bu sıfatları dolayısıyla hizmet verdikleri kişiler hakkında öğrendikleri bilgiler nedeniyle bilirkişilikten çekinebilirler (CMK m. 46/1). Bununla birlikte, ilgilinin rızasının varlığı durumunda, avukatlar veya stajyerleri veya yardımcıları dışında kalan meslek mensupları bilirkişilikten çekinemezler (CMK m. 46/2). Avukatlar, stajyerleri veya yardımcıları ise, ilgilinin rızasına rağmen bilirkişilikten çekinebilirler.

– Kendisi veya yakınları aleyhine bilirkişilikten çekinme: Bilirkişinin bildireceği veya saptayacağı hususlar ya da yapacağı analizler kendisi veya Kanunun 45. maddesinin 1. fıkrasında yakınlarını ceza kovuşturmasına¹³⁷ uğratabilecek nitelikte ise, bu hususlarda görüş bildirmekten çekinebilir.

– Bilirkişi, tanıklıktan çekinmeyi gerektiren nedenler dışında da geçerli diğer nedenlerin bulunması durumunda da görüş bildirmekten çekinebilir (CMK m. 70). Örneğin siyasi görüş farklılığı nedeniyle ya da kanunda belirtilmeyen bir akrabalık derecesi¹³⁸ ya da katılan veya şüpheli ya da sanıkla arkadaşlık ilişkisi¹³⁹ nedeniyle bilirkişilikten çekinmek mümkündür.

Bilirkişilikten çekinme yetkisi bulunanlara bu durum raporunu hazırlamadan önce bildirilir. Başlangıçta bilirkişilikten çekinmeyen kimsenin raporunun hazırlanması aşamasında da çekinmesi mümkündür (CMK m. 45/3).

2. Ücret Alma Hakkı

¹³⁷ Kanunda sadece “ceza kovuşturması”ndan söz edilmiş olmakla birlikte, Kanunun 2. maddesinde yaptığı “soruşturma” ve “kovuşturma” ayırımı nedeniyle bu ifade “soruşturma” kısmını kapsamamaktadır; ancak kendisini veya yakınlarına ceza soruşturmasına uğratabilecek hususlarda bilirkişinin çekinmesi kabul edilmelidir.

¹³⁸ Özbek, CMK İzmir Şerhi, s. 236.

¹³⁹ Erem, Ceza Yargılaması Hukuku, s. 413.

Bilirkişiye, inceleme ve seyahat gideri ile çalışmasıyla orantılı bir ücret ödenir (CMK m. 72). Ücretin kaybedilen zaman ve harcanan emekle orantılı olması gerekir. Tayin edilen ücret kaybedilen zaman ve harcanan emekle orantılı olmaması durumunda, tayin edilen ücrete itiraz edilebilir¹⁴⁰. Bu ödeme soruşturma ve kovuşturma aşamasında “yargılama gideri” olarak devlet hazinesinden yapıldıktan sonra (CMK m. 324/1), cezaya veya güvenlik önlemine mahkum edilmesi durumunda sanığa (CMK m. 325/1); suç ortaklığı halinde işlenmiş bir suç bulunuyorsa neden oldukları yargılama giderleri nedeniyle mahkum olmuş olanlara ayrı ayrı (CMK m. 326/2) ve karşılıklı hakaret durumunda bunlardan birisi veya her ikisine (CMK m. 328) yüklenir. Yargılama giderlerinin miktarı mahkeme başkanı veya hâkim tarafından belirlenerek (CMK m. 324/3) kimlere yükletileceğinin hüküm ve kararda gösterilmesi zorunludur (CMK m. 324/2).

3. Raporun Hazırlanması Sırasındaki Hak ve Yetkiler

a) Hakim Tarafından Bilgilendirilme

Bilirkişinin, kendisini görevlendiren makam tarafından bilirkişilik yapacağı konuya ilişkin bilgilendirilmesi gereklidir. Bilirkişinin görevlendirilmesi kararında bilirkişinin hangi konuda görevlendirildiği, kendisinden tam olarak hangi tecrübe kuralını aktarmasının, hangi saptamaları yapmasının ya da hangi analizleri yaparak sonuç çıkarmasının istendiği bildirileceği gibi; bilirkişinin ana hatlarıyla davaya konu olay ve davanın geneli hakkında da bilgilendirilmesi sağlanmalıdır¹⁴¹. Bu durum *bilirkişinin görevini kendisini atamış olan merci ile ilişki içerisinde getireceği* kuralının da (CMK m. 66/3) bir gereğidir¹⁴². Her ne kadar bilirkişinin genel olarak dosyayı incelemesi ve dosya hakkında bilgi sahibi olması olanağı da bulunmakla birlikte, bilirkişilik yapacak kimse teorik olarak hukukçu olmayacağından ve yapacağı inceleme açısından gerekli olduğunda dava dosyası içerisinde bulunan hukuksal kavramların anlaşılmasına ilişkin sorunlar yaşayabilecektir. Bu nedenle bilirkişiyi görevlendiren makamın bu konulara ilişkin olarak ve bilirkişiden tam olarak ne istendiğine dair bilirkişiyi bilgilendirmesi gereklidir. Bu açıdan “*Bilirkişi, görevini kendisini atamış olan merci ile ilişki içinde yerine getirir ...*” hükmü, sadece bilirkişiye yüklenen ve yaptığı çalışmayla ilgili olarak kendisini bilirkişi olarak görevlendiren makama bilgi verme yükümlülüğü olarak değil, bilirkişiyi görevlendiren makama da

¹⁴⁰ “CMUK'nun 77'nci maddesinde, bilirkişinin çalışmasına ve kaybettiği vakte uygun ücret alacağı yazılıdır. Ses banlarını yedi aydan çok süren bir zamanda Türkçe'ye çeviren bilirkişiye, sayfa başı otuz liradan altıbin Lira takdir edilmesi, günümüzün para değeri göz önünde tutulduğunda, bunun fahiş bir düzeye ulaştığının ve bilirkişinin ücretinin kabulü gerekir” (Y. 4. CD, 9.6.1975, E. 2982, K. 2993 – Karar için bkz.: Yurtcan, CMK Şerhi, s. 203).

¹⁴¹ Peters, Strafprozeß, s. 370.

¹⁴² Ranft, Strafprozeßrecht, s. 218.

bilirkişiyi gerekli konularda bilgilendirme yükümü olarak değerlendirilmelidir.

b) Dosyayı İnceleme

CMK'da bilirkişinin dosyayı inceleme yetkisi açık bir biçimde dile getirilmemiştir. Aslında bilirkişinin ilgili kişilerin soru sorması gibi bu durumda yapılacak faaliyetin niteliği gereğince, gerek yapacağı inceleme, gerekse genel olarak davayla ilgili bilgilendirilmesi gereken bilirkişi, dosyayı da inceleyebilecektir¹⁴³. Ancak bilirkişinin dosyayı incelemesi konusunda dikkat edilmesi gereken nokta, bilirkişinin hazırlayacağı mütalaanın "objektif" nitelikte olması gerekliliğidir. Bu nedenle bilirkişinin kendi yapacağı inceleme açısından gerekli olmayan, bununla birlikte onu etki altında bırakabilecek, yönlendirebilecek nitelikteki bilgi ve belgelerin de kendisine verilmemesi gereklidir. Bilirkişinin dosyayı kısmen ya da tamamen inceleme yetkisi somut olayda hazırlanması istenen bilirkişi mütalaasına göre değişecektir¹⁴⁴. Örneğin sadece mağdurun vücudundaki yaralanmaların derecesine ilişkin mütalaa hazırlanması istenen bilirkişinin dosyayı incelemesi gerekmebilecekken, kişinin akıl sağlığıyla ilgili mütalaa hazırlanması gereken bilirkişinin, kendi yapacağı gözlemler yanında kişinin önceki davranışlarına ilişkin bilgilerin yer aldığı bazı belgeleri incelemesi gerekebilecektir.

Özellikle hukuka aykırı delillerin dosyada kalmasına izin veren bir sistemde (CMK m. 230/1-b) bilirkişinin dosyayı incelemesi önemli hatalara yol açabilecektir. Dosyanın bütün halinde bilirkişiye teslimi ve bilirkişinin hukuka aykırı olan bu delilleri fark etmeden ya da bilmeden hazırlayacağı mütalalarda, bu delilleri de dikkate alarak değerlendirmeler yapması ve sonuçlar çıkarması halinde bilirkişi mütalaası da hatalı olabilecektir. Yine hukuka aykırı olmasa bile, mahkemenin deliller ortaya konulup tartışıldıktan sonra reddedeceği bazı deliller olabilir. Bu deliller yine bilirkişi tarafından yapılacak değerlendirmede kullanıldığı ve hükme esas alındığı durumlarda ve daha sonra bu delillerin mahkemece reddedilmesi durumunda bilirkişi mütalaasında ulaşılan sonuçlar yine yanlış sonuçlara götürebilecektir¹⁴⁵. Bu nedenle bilirkişi mütalaasına başvurulduğunda bilirkişiyi yanlış yönlendirebilecek belge ve bilgilerin kendisine verilmemesi gereklidir¹⁴⁶.

c) Mağdur, Şüpheli ve Samiye Soru Sorma

¹⁴³ Haller/Conzen, Das Strafverfahren, s. 135; Öztürk/Erdem, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 432.

¹⁴⁴ Peters, Strafprozeß, s. 372.

¹⁴⁵ Eisenberg, Beweisrecht der StPO, s. 627-628.

¹⁴⁶ Rogall, Klaus; in: Systematischer Kommentar Zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, München 2004, § 80, kenar no 10.

Hazırlanacak rapor ve bildirilecek görüş açısından gerekli olması durumunda bilirkişinin *mağdur, şüpheli veya sanığa* soru sorması mümkündür (CMK m. 66/6). Bilirkişi mağdur, şüpheli veya sanığa, incelemesi ve raporu açısından gerekli olan soruları, mahkeme başkanı, hakim veya Cumhuriyet savcısı aracılığıyla ya da izin verilmesi halinde doğrudan yöneltebilir. Bilirkişinin mağdur, şüpheli veya sanığa doğrudan soru yöneltmesine, mahkeme başkanı, hakim veya Cumhuriyet savcısı izin verebilir. Şayet bilirkişinin doğrudan soru yöneltmesine izin verilmezse, sorular, mahkeme başkanı, hakim veya Cumhuriyet Savcısı aracılığıyla yöneltilecektir. Diğer taraftan bilirkişinin soru sorma yetkisi, sorgulama niteliğinde olmayıp, bütün sorgunun onun tarafından yönetilmesi ve yürütülmesi mümkün değildir¹⁴⁷. Bilirkişinin doğrudan soru sormasına izin verildiğinde, bu sorular yine bilirkişiyi atayan makamın huzurunda sorulacaktır.

CMK'nın 66/6. maddesinde muayene ile görevlendirilen hekim bilirkişinin görevini yerine getirirken zorunlu saydığı soruları, hakim, Cumhuriyet savcısı ve müdafii¹⁴⁸ bulunmadan da mağdur, şüpheli veya sanığa doğrudan yöneltebilmesi ayrıca düzenlenmiştir. Bu durum, tıbbi bir muayene yapacak olan ve bu sırada muayene edilecek kimse ile yalnız kalacak olan hekim açısından yapılan faaliyet gereği bir zorunluluk niteliğindedir.

d) Uzmanla Başvurma

Kural olarak bilirkişilik yapmak, çözümü özel bir uzmanlığı gerektiren konuda, o konunun uzmanına verilen kişisel bir görevdir. Bu nedenle başkasına devri ya da başkasına yaptırılması mümkün değildir¹⁴⁹. Bununla birlikte bilirkişi, yapacağı saptamalar ve analizler açısından uzmanlık alanına girmeyen bir sorunla karşılaşır ve hazırlaması gereken bilirkişi raporu açısından bu sorunun aydınlatılmasına gerek bulursa, bu konuya ilişkin istemini, kendisini bilirkişi olarak atayan makama iletebilir. **Bilirkişiyi atamış olan makam da bilirkişinin, bilirkişi raporunun hazırlanmasında kendi uzmanlık bilgisiyle çözümleyemeyeceği bir konuda, o konunun uzmanının mütalaasına başvurmasına izin verebilir (CMK m. 66/4)**. Kanun bu konuda bilirkişiyi atayan makama bir takdir yetkisi tanımış olup, bilirkişiyi atayan makam bu incelemenin gerekli olup olmadığına karar verecek ve bu talebi kabul edecek veya etmeyecektir. Ancak bilirkişi görevlendirilmesine ilişkin açıklamalar bu hususta da geçerli olup, buradaki takdir yetkisi keyfi bir takdir yetkisi olmayıp, bilirkişinin mütalaasını

¹⁴⁷ Rogall, in: SK StPO, § 80, kenar no 14.

¹⁴⁸ Fıkra hakim, Cumhuriyet savcısı ve müdafiden söz edilmekle birlikte, "vekil" yer almamıştır. Bu durumun düzeltilerek "vekil" in de fıkra da yer alması gereklidir (Şahin, Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi, s. 221).

¹⁴⁹ Erem, Ceza Yargılaması Hukuku, s. 415.

hazırlayabilmesi açısından gerekli olması durumunda bilirkişinin konunun uzmanı başvurusu kabul edilmelidir. Aksi halde bilirkişinin, sahip olduğu uzmanlık bilgisiyyle de çözülemeyecek olan ve başka bir uzmanlık bilgisini gerektiren bu alan bilirkişi mütalaası açısından açık kalacak ve bilirkişi mütalaası ile ulaşılmak istenen amaca ulaşmak mümkün olmayacaktır.

Fıkırada bilirkişinin uzmanlık alanına girmeyen bir konunun aydınlatılmasını isteyecek olursa, *bilgisiyle tanınmış kişilerle bir araya gelmesine izin verilebileceği* biçiminde bir ifade kullanılmış olmakla birlikte, burada sözü edilen şey, yine ancak bilirkişiyi atayan makamın kendi uzmanlık bilgisi kapsamında olmayan, bununla birlikte maddi olayın ispatı açısından çözümü gerekli olan bir sorunla ilgili olarak konunun uzmanına başvurulmasıdır. Buradaki özellik, maddi olayın ispatı açısından çözümü gereken asıl sorunla ilgili bir bilirkişi atanmış olmakla birlikte, bu bilirkişinin kendi uzmanlık alanına ilişkin konuda saptama yapabilmesi, tecrübe kurallarını bildirebilmesi ya da sahip olduğu tecrübe kuralları çerçevesinde bir analiz yaparak sonuç çıkarabilmesi için, alt bir sorun ya da sorunların çözülmesi gerekli olmasıdır. Bu alt sorunların çözümünün asıl bilirkişi raporunu hazırlayacak bilirkişinin uzmanlık alanına girmemesi durumunda, bu konuların uzmanı olan bilirkişilerin bilgilerine başvurabilmesi olanağı tanınmıştır. Dolayısıyla niteliği itibariyle bilirkişilikten bir farkı bulunmayıp, bilirkişiliğe ilişkin kurallar bunlar hakkında da uygulanmalıdır. Bu nedenle de *bilgisiyle tanınmış kişi* gibi hukuksal olmayan ve somut olay açısından hatalı olabilecek, objektif olmayan uygulamalardan kaçınılması gereklidir. Atanacak bilirkişi açısından esas olan nokta, o kişinin çözümü özel bir uzmanlığı gerektiren konuda bu uzmanlık bilgisine sahip olması ve ayrıca raporun hazırlanması için gerekli teknik donanıma da sahip olması gereklidir. Fıkranın devamında da esasen bu kişilerin de yemin edecekleri ve verecekleri raporların bilirkişi raporunun tamamlayıcı bir bölümü olarak dosyaya konulacağıının belirtilmiş olması da aynı sonucu doğurmaktadır.

Bilirkişinin, hazırlayacağı rapor açısından uzmanlık alanına girmeyen bir sorunla karşılaşması ve bu sorunun çözümü açısından konunun uzmanı olan kişiye başvurusunun gerekli olması durumunda bunu ancak kendisini bilirkişi olarak atayan makamın izniyle yapabilecek olup, bilirkişinin kendiliğinden böyle bir yöneme başvurusu mümkün olmadığı gibi, hangi konuda uzmanlığı gerektiren bir sorunla karşılaştığına ve bu konuda sorunun çözümü açısından kimden uzmanlık bilgisine başvurulması gerektiğine ilişkin olarak kendisinin de bir görüş bildirmesi mümkün olabilmekle birlikte, sonuç olarak alt sorunun çözümü açısından gerekli olan bilirkişinin atanmasına da bilirkişiyi atayan makamın karar vermesi gereklidir. Bunun dışında genel anlamda bilirkişinin başka bir uzmanın bilgisine başvurabilmesi biçiminde genel soyut izinler verilmesi mümkün değildir.

Bilirkişi raporunun hazırlanmasında ortaya çıkan alt sorunla ilgili bilgisine

başvurulan bilirkişi, eğer il adli yargı adalet komisyonları tarafından hazırlanan bilirkişi listesinde yer alan kişilerden ise, komisyon huzurunda yemin etmiş olduğundan yeniden yemin etmesine gerek yoktur (CMK m. 64/5). Bununla birlikte, il adli yargı adalet komisyonları tarafından hazırlanan bilirkişi listesinde yer almayan bir kişinin atanması durumunda bu kişiler kendilerine atayan makam huzurunda yemin edeceklerdir (CMK m. 66/4).

Bu şekilde uzmanlığına başvuru alan kişilerin soruna ilişkin saptama ya da değerlendirmeleri bir rapor halinde bilirkişi raporunun tamamlayıcısı olarak dosyaya konulur (CMK m. 66/4). Bu durum hazırlanan raporun güvenilirliğinin, objektifliğinin denetimi ve yine ispata ilişkin sorunun çözümündeki fonksiyonunun denetimi açısından gereklidir.

İlgililer de bilirkişiyi atayan makamdan, bilirkişi incelemesi yapılırken, bilirkişinin uzmanlık alanına girmeyen konularda ona teknik bilgiler verebilecek olan uzmanları isim olarak belirleyip bunların dinlenmesini isteyebileceklerdir (CMK m. 66/5).

VIII. Bilirkişinin Yükümlülükleri

1. Bilirkişiliği Kabul Etme

Kural olarak kişilerin bilirkişiliği kabul zorunluluğu bulunmamaktadır¹⁵⁰. Zira bilirkişiliği kabul etmeyen kimsenin yerine başka birisi görevlendirilebilir¹⁵¹. Ancak CMK, belirli kişilerin bilirkişiliği kabul etme yükümlülüğünü kabul etmiştir (CMK m. 65). Buna göre şu kişiler bilirkişiliği kabul zorunluluğundadır:

a) Resmi Bilirkişilikle¹⁵² görevlendirilmiş olanlar ve CMK'nın 64. maddesinde belirtildiği üzere il adli yargı adalet komisyonları tarafından hazırlanan listede yer almış olan kimseler;

b) İncelemenin yapılması için bilinmesi gereken fen ve sanatları meslek edinenler veya meslek edinmeye yetkili olanlar¹⁵³;

c) İncelemenin yapılması için gerekli mesleği yapmaya resmen yetkili olanlar.

Bu kişilere bilirkişiliği kabul yükümlülüğü getirilmiş olmakla birlikte, bilirkişilikten çekinme nedenlerinin varlığı durumunda bunların da bilirkişilikten

¹⁵⁰ Erem, Ceza Yargılaması Hukuku, s. 412; Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 619; Yurtcan, Ceza Yargılaması Hukuku, s. 289).

¹⁵¹ Ersoy, Türk Ceza Hukukunda Bilirkişilik ve Uygulamadan Doğan Sorunlar, s. 443.

¹⁵² Bu konuda bkz.: V, 1.

¹⁵³ Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 619.

çekinme hakları bulunmaktadır¹⁵⁴. Yine bilirkişiyi ret nedenlerinin bu kişiler hakkında da uygulanmasına bir engel bulunmamaktadır.

2. Çağrıldığında Gelme, Yemin Etme, Oy ve Görüş Bildirme

a) Bilirkişiler, usulüne göre çağrıldığında bu çağrıya uymak ve bir mazeretinin bulunmaması durumunda kendisini çağırın makam veya merciin belirttiği gün ve saatte, çağrıda belirtilen yerde bulunmak yükümlülüğündedir (CMK m. 71). Bilirkişilikten çekinme hakkı ve hatta zorunluluğu bulunsa dahi hazır bulunma zorunluluğu bulunmaktadır. Bu durumda dahi çağrıldığında gelmeyen bilirkişi hakkında kanunda öngörülen (CMK m. 44) sonuçlar gerçekleşecektir.

Kanunda bilirkişilerin çağrılmasına ilişkin özel bir düzenleme yapılmamıştır; ancak, 62. maddede tanıklara ilişkin hükümlerden bilirkişi incelenmesinin düzenlendiği bölümde yer alan hükümlere aykırı olmayanların bilirkişiler hakkında da uygulanacağını belirtilmiş olması karşısında tanıkların çağrılmasına ilişkin hükümler bilirkişiler hakkında da uygulanabilecektir (CMK m. 43).

Bilirkişiler kural olarak çağrı kâğıdı ile çağrılır ve çağrı kâğıdında gelmemenin hukuksal sonuçları da bildirilir. Çağrı, kâğıt yerine, telefon, telgraf, faks, elektronik posta gibi araçlardan yararlanmak suretiyle de yapılabilir; ancak bu durumda çağrı kâğıdına bağlanan sonuçlar uygulama alanı bulmaz.

Tutuklu işlerde ise bilirkişilerin zorla getirilmesine karar verilebilirler. Zorla getirmeye ilişkin karar yazısında, bu yolla getirilmesinin nedenleri gösterilir. Tutuklu işlerde bilirkişi zorla getirilse de hakkında uygulanacak hükümler çağrı kâğıdı ile gelen tanıklara ilişkin hükümler olacaktır.

Son olarak da mahkeme, duruşmanın devamı sırasında hemen dinlenmesi gerekli görülen tanıkların belirtilen gün ve saatte hazır bulundurulmasını görevlilere yazılı olarak emredebilir.

Usulüne uygun olarak çağrılıp da mazeretini bildirmeksizin gelmeyen bilirkişiler zorla getirilirler ve gelmemelerinin sebep olduğu giderler takdir edilerek, kamu alacaklarının tahsili usulüne göre ödettirilir. Buna karşı zorla getirilen bilirkişi evvelce gelmemesini haklı gösterecek sebepleri sonradan bildirirse aleyhine hükmedilen giderler kaldırılır (CMK m. 44/1).

Bilirkişi fiili olarak askerlik hizmetini yerine getirmekte olan bir kimse ise, zorla getirme kararı askeri makamlar aracılığıyla infaz olunur (CMK m. 44/2).

b) Bilirkişinin yükümlülüklerinden birisi de yemin etmektir. Listelere

¹⁵⁴ **Taner**, Ceza Muhakemeleri Usulü, s. 211. “Resmi bilirkişiler çekinmeye ilişkin sebepler yoksa bilirkişiliği kabul etmek zorundadırlar” (Y. 1. CD, 01.03.1991, E. 1991/391, K. 1991/559 – Karar için bkz.: Kazancı Hukuk Otomasyon Programı, İçtihat Bilgi Bankası - <http://www.kazanci.com.tr/> - 07.10.2006).

kaydedilen bilirkişiler yeminlerini, il adli yargı adalet komisyonu huzurunda ederler ve bu bilirkişilere bu çerçevede görevlendirildikleri işlerde yemin verilmez (CMK m. 64/5). Listelerde yer almamış kişiler ise, yeminlerini kendilerini bilirkişi olarak atayan merci huzurunda ederler¹⁵⁵ ve bu durum bir tutanağa bağlanarak hakim veya Cumhuriyet Savcısı, zabıt katibi ve bilirkişi tarafından imzalanır (CMK m. 64/6). Listelere kaydedilen ya da kayıtlı olmadığı için kendisini bilirkişi olarak atayan merci huzurunda yemin eden bilirkişinin, duruşmada dinlenmesi durumunda yeniden yemin verilmesi zorunlu olmayıp, önceki yemini hatırlatılmakla yetinilebilir (CMK m. 57).

Yemin kural olarak sözlü olarak ve “görevimi adalete bağlı kalarak, bilim ve fenne uygun olarak, tarafsızlıkla yerine getireceğime namusum ve vicdanım üzerine yemin ederim” sözleriyle gerçekleştirilir (CMK 64/5). Buna karşı engel bulunan hallerde gerekçesi kararda gösterilmek suretiyle yeminin yazılı olarak verilmesi de mümkündür. Bu durumda yazılı olarak verilecek yemin dosyaya konulur (CMK m. 68/7). Örneğin, eski eserler konusunda uzmanlığa sahip olan bir dilsizin yemininin yazılı olarak yaptırılması mümkündür¹⁵⁶.

Uygulamada usulüne uygun yemin ettirilmeden alınan bilirkişi raporlarına dayanılması bozma nedeni sayılmıştır¹⁵⁷.

c) Bilirkişinin görevlendirildiği ve reddi veya çekinmesi kabul edilmedikçe bilirkişi, uzmanlık alanına giren konuda kendisini bilirkişi olarak atayan merci tarafından kendisinden istenen tecrübe kuralını açıklama, somut olayda uzmanlığını kullanmak suretiyle saptamalar yapma ya da bu saptamaları yaptıktan sonra bunları analiz etmek suretiyle sonuçlar çıkarmak ve ulaştığı sonuçları kendisini atayan merciye sunmak yükümlülüğündedir¹⁵⁸.

d) CMK, Görevini yapmayan, yani usulünce çağırıldığı halde gelmeyen veya gelip de yeminden, oy ve görüş bildirmekten çekinen bilirkişilere uygulanacak hükmü tanıklarla ilgili 60/1. maddeye atıf yapmak suretiyle düzenlemiştir (CMK m.71). Buna göre, Usulünce çağırıldığı halde gelmeyen veya gelip de yeminden, oy ve görüş bildirmekten çekinen bilirkişiler hakkında bu durumdan kaynaklanan giderlere hükmedileceği gibi, yeminin veya bilirkişiliğin gerçekleştirilmesi için dava hakkında hüküm verilinceye kadar ve her halde üç ayı geçmemek üzere disiplin hapsi verilebilecektir. Bilirkişinin yükümlülüğünü yerine

¹⁵⁵ Cumhuriyet savcısının istisnai bir yetki olarak bilirkişiye başvurabildiği durumlarda ayrıca yemin verme yetkisine de sahip olmasının doğru olmadığı görüşü için bkz.: **Kunter/Yenisey/Nuhoğlu**, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 618.

¹⁵⁶ **Öztürk/Erdem**, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 432.

¹⁵⁷ Y.CGK, 1.4.1985, 432/176 – Karar için bkz.: **Soyaslan**, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 438, dn 65.

¹⁵⁸ **Ersoy**, Türk Ceza Hukukunda Bilirkişilik ve Uygulamadan Doğan Sorunlar, s. 443.

getirmesi durumunda derhal serbest bırakılacaktır (CMK m. 60/1).

CMK, “disiplin hapsi”ni tanımlara ilişkin 2. maddesinin 1. fıkrasının 1 bendinde tanımlamıştır. Bu düzenlemeye göre **disiplin hapsi**, *kısmi bir düzeni korumak amacıyla yaptırım altına alınmış olan fiil dolayısıyla verilen, seçenek yaptırımlara çevrilemeyen, önödeme uygulanamayan, tekerrüre esas olmayan, şartla salıverilme hükümleri uygulanamayan, ertelenemeyen ve adli sicil kayıtlarına geçirilemeyen hapsi* ifade etmektedir.

Belirtmek gerekir ki, oy ve görüş bildirmekten çekinen bilirkişi hakkında disiplin hapsinin uygulanabilmesi, ancak bilirkişilik yapmak zorunda olan kişiler açısından mümkündür. Bilirkişilik yapmak zorunda olmayan ve çekinme talebi mahkemece kabul edilen bilirkişi hakkında disiplin hapsi uygulanması mümkün değildir¹⁵⁹.

Kanunda görevini yapmayan bilirkişi hakkında CMK'nın 60. maddesinin sadece 1. fıkrası hükmünün uygulanacağı kabul edilmekle birlikte, 60. maddenin son fıkrasında yer alan “*disiplin hapsi kararına itiraz edilebileceği*” kararına itiraz edilebileceği hükmüne yer verilmemiş olması önemli bir eksikliklerdir. Hakkında disiplin yaptırımını uygulanan bilirkişinin denetim muhakemesine başvurma olanağının bulunmaması adil yargılanma hakkına aykırıdır¹⁶⁰. Soruşturma sırasında hakim tarafından bilirkişiye başvurulması durumunda, hakimlik kararlarına karşı itiraz yoluna başvurulabileceğinden (CMK m. 267), hakim tarafından verilen disiplin hapsi kararlarına karşı itiraz yoluna gidilebileceği söylenebilirse de, bilirkişi hakkındaki disiplin hapsine mahkeme tarafından gidilmesi durumunda kanunda açıkça öngörülmediğinden bu karara karşı itiraz kanun yoluna başvurulamayacaktır.

Diğer taraftan Cumhuriyet savcısı tarafından da bilirkişiye başvurulması kabul edildiğine göre ve 71. madde Cumhuriyet savcısı açısından bir istisnaya yer vermeksizin gelmeyen ya da oy ve görüş bildirmekten çekinen bilirkişi hakkında 60. maddenin 1. fıkrası hükmünün uygulanacağını kabul ettiğine göre, Cumhuriyet savcısı da disiplin hapsine karar verebilecektir. Bu durumun da maddede daha açık bir biçimde ve adil yargılanma hakkını ihlal etmeyecek biçimde, denetim muhakemesi de gösterilmek suretiyle düzenlenmesi daha doğru olacaktır.

3. Görevini Objektif Biçimde Yerine Getirme

Bilirkişinin yükümlülüklerinden birisi de objektiftir. Bilirkişi görevini objektif bir biçimde yerine getirmeli ve sübjektif kararlar vermemelidir. Bilirkişinin mütalaasını objektif bir biçimde hazırlaması ve açıklamasının çeşitli yönleri bulunmaktadır. Bunlardan birisi, bilirkişinin “tarafsızlığı”, yani hazırlayacağı raporlarda herhangi bir taraf gibi ya da herhangi bir taraf adına hareket etmeme-

¹⁵⁹ Erem, Ceza Yargılaması Hukuku, s. 412; Soyaslan, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 444.

¹⁶⁰ Özbek, CMK İzmir Şerhi, s. 237.

sidir¹⁶¹. Objektifliğinin bir diğer yönü ise, bilirkişinin “kişiliğinden sıyrılması”, yani raporunu hazırlarken kendi kişisel düşüncelerine, inançlarına, kabullerine göre değil; tamamen bu düşüncelerden sıyrılmış bir biçimde ya da bunları hiç kullanmamak suretiyle raporunu hazırlamalıdır¹⁶².

Bilirkişinin hazırlayacağı mütalaanın objektif olduğunu kabul edebilmek için, mütalaanın uzmanlık alanına ilişkin dayanakları gösterilmiş, mantık kurallarına uygun ve gerekçeli olması gereklidir. Bu ise, bilirkişinin kendisine sorulan sorulara ilişkin gerekli uzmanlık bilgisine sahip olmasını gerektirmektedir. Bilirkişinin belirli bir alanda faaliyet göstermekle yetkili olması yeterli olmayıp, bu konuda gerekli bilimsel donanıma ve uygulama bilgisine sahip olmalıdır¹⁶³.

Bilirkişi mütalaasının objektif olarak hazırlanmayacağı şüphesinin bulunması durumunda, bilirkişinin reddi ya da bilirkişinin kendisinin çekinmesi mümkündür. Bu konular ilgili başlıklar altında incelendiğinden burada ayrıca ele alınmamaktadır.

IX. Bilirkişi Mütalaasının Hazırlanması ve Sunulması

1. Mütalaanın Hazırlanması ve Rapor Olarak Sunulması

Bilirkişi kendisini atayan makamın kendisine yönelttiği sorular veya yapmasını istediği saptamalar veya analiz ve çıkarmasını istediği sonuçlar çerçevesinde incelemelerini yapmak suretiyle hazırlayacağı yazılı raporu bu makama iletacaktır.

Kanunun ölünün muayenesi, otopsi, zehirlenme şüphesi nedeniyle organlardan parça alınması gibi istisnai durumlara ilişkin getirdiği kurallar dışında bilirkişi raporunun hazırlanması sırasında kullanacağı yöntem konusunda serbesttir. Uzmanlığa sahip olduğu konunun gerektirdiği yöntemleri kullanmak suretiyle incelemelerini yaparak raporunu hazırlayacaktır¹⁶⁴.

İncelemesine konu olacak şeylerin, bilirkişiye teslim edilmeden önce, sayımı yapıp listesi çıkarılarak tutanağa bağlanması ve mühür altına alınması ve bu biçimde kendisine teslimi gereklidir. Bilirkişi de, incelemeye konu şeyler için

¹⁶¹ "Bilirkişi olarak mahkemece tayin edilen ve raporu hükme dayanak yapılan O.A.nın Orköy Başmühendisliğinde görevli olup dolayısıyla tarafsız sayılamayacağını; Yargıtay Hukuk ve Ceza Dairelerinin yerleşmiş içtihatlarında da ormancılıkla ilgili davalarda bilirkişilerin serbest orman mühendislerinden seçilmeleri gerektiğinin benimsenmesine göre tarafsız olmayan bilirkişi raporuna dayanılarak yazılı şekilde hüküm tesisi bozmayı gerektirmiş..." Y. 3. CD, 27.1.2005, E. 2004/5680, K. 2005/319 – Karar için bkz.: Kazancı Hukuk Otomasyon Programı, İtihat Bilgi Bankası - <http://www.kazanci.com.tr/> - 07.10.2006).

¹⁶² Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 311-312.

¹⁶³ Peters, Strafprozeß, s. 369; Tosun, Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri, C I, s. 797.

¹⁶⁴ Haller/Conzen, Das Strafverfahren, s. 134; Tosun, Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri, C I, s. 799.

bir liste düzenlemek, mühürlerin açılmasını ve yeniden konulmasını bir tutanakla belirlemek zorundadır (CMK m. 63/7).

Bilirkişi, faaliyetini, kendisini atamış olan merci ile ilişki içerisinde yerine getirecektir. Bu bağlamda gerekiyorsa bu makama incelemelerine ilişkin gelişmeler hakkında bilgi verecek ve bu konuda yararlı görülen önlemler söz konusu ise, bunların alınmasını isteyebilecektir (CMK m. 66/3)¹⁶⁵. Yine incelenmesi istenen konuya ilişkin olarak belirsiz kalan noktalar bulunuyorsa, bilirkişinin kendisini atayan makamdan ek bilgi istememesi, incelenmesi istenen konunun netleştirilmesini istemesi de mümkündür ve hatta bilirkişiliğin aslına uygun bir biçimde gerçekleştirilebilmesi için bu durum gereklidir¹⁶⁶.

Muhakemeye ilgili kişiler, bilirkişiyi görevlendiren makamdan, bilirkişinin belirli araştırmaları yapması konusunda karar verilmesini isteyebilirler (CMK m. 66/5).

Hâkim ya da mahkeme bilirkişiden belirli bir tecrübe kurulunun bildirilmesine ilişkin soruların yanıtlanmasını, bu tecrübe kuralına dayanarak olaya ilişkin saptamalar yapmasını yahut da bu saptamalarla birlikte değerlendirmeler yapmasını isteyebilecektir. Bilirkişinin yapacağı incelemeler ve hazırlayacağı mütalaa iddia ve müdafaa açısından da çok önemli olduğundan, onlar da kendi iddia ve savunmalarını güçlendirmek açısından, davada çözülmesi gereken sorunun çözümüne ve maddi gerçeğin ortaya çıkmasına katkıda bulunmak açısından sorular hazırlayabilecekler, belirli inceleme konuları saptayabileceklerdir¹⁶⁷.

Bilirkişi sayısı birden fazla olması durumunda, bunlar birlikte çalışıp müzakere ederek ulaştıkları sonuçları tek bir rapor halinde hazırlayarak mahkemeye sunarlar. Zira birden fazla bilirkişinin atanmasındaki maksat, birden fazla bilirkişiden aynı konuya ilişkin farklı değil, ortak bir mütalaa almaktır. Dolayısıyla birden fazla bilirkişinin varlığı durumunda mütalaa, birlikte gerekli olan incelemeleri yapmak ve müzakere etmek suretiyle ortaya çıkacak ortak sonuç ürünü olmalıdır¹⁶⁸. Bununla birlikte, bilirkişilerin çözülmesi gereken aynı soruna ilişkin değişik görüşler yansıtmaları veya ortak sonuçlara ilişkin ayrık görüşler ortaya koymuş olmaları durumunda bu durum gerekçeleri ile birlikte rapora yazılır (CMK m. 67/2).

Bilirkişi, hazırlayacağı mütalaaada esas olarak kendisine yöneltilen soru ya da kendisinden yapması istenen analiz ve bundan çıkarması istenen sonuçlarla sınırlıdır. Bunun dışında bilirkişi kendiliğinden ve kendisinden istenmeyen hu-

¹⁶⁵ Örneğin, bilirkişi incelemesi açısından bir eşyanın da varlığı gerekiyorsa, bu konuda el koyma talebinde bulunulabilir (Özbek, CMK İzmir Şerhi, s. 225).

¹⁶⁶ Karş.: 66. madde gerekçesi.

¹⁶⁷ Cihan Yenisey, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 155.

¹⁶⁸ Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 621.

suslara ilişkin araştırma, inceleme ve değerlendirmeleri kural olarak yapamaz¹⁶⁹. Örneğin, bir araç kazası nedeniyle kanındaki alkol oranıyla ilgili görevlendirilen hekim bilirkişinin, kişinin alkollü olmadığını saptadıktan sonra, kazada kullanılan aracın fren tertibatını da incelemek suretiyle, bu konuya ilişkin mütalaa hazırlaması mümkün değildir. Bununla birlikte bilirkişi kendisinden istenen mütalaa'yı hazırlamak üzere yaptığı çalışmalar kapsamında kendisine yöneltilmeyen bir soruya, kendisinden istenmeyen bir tecrübe kuralına ya da kendisine sorulmayan bir veriye ulaşabilir. Sözgelimi, babası tarafından dövülmesi nedeniyle yapılan muhakemede, dövmenin çocuğun bedeninde meydana getirdiği yaralanmanın derecesini saptamakla görevlendirilen hekim, bu muayene sırasında çocuğa yönelttiği sorular sonucunda, sadece dövülmediği, aynı zamanda babası tarafından sürekli cinsel saldırıya maruz kaldığı bilgisine ulaşır bu bilgiyi de mütalaa'ya ekleyebilir. Yine zehirlenme sonucu öldüğü düşünülen kimsenin, hangi zehirle öldüğü konusunda mütalaa hazırlamakla görevlendirilen bilirkişi, kişinin kanında bir zehir bulunmakla birlikte, esasen ölümün bundan değil, daha önce gerçekleşen bir kalp krizi sonucunda öldüğünü saptadığında, kendisine sorulmayan bu hususu da mütalaa'ya ekleyebilir. Bu şekilde elde edilen ve esasen bilirkişiye doğrudan doğruya yöneltilmemiş soruların yanıtlarını içeren bu mütalaa'lar, bilirkişi mütalaa'sının alınmasına ilişkin yöntem açısından bir hukuka aykırılık olmadığı sürece gerek mütalaa'nın alındığı muhakeme açısından gerekse başka bir muhakemeye konu olması açısından kullanılabilir. Ancak bilirkişinin kendisinden istenmeyen hususlara ilişkin bu saptamaları bilirkişi mütalaa'sı bağlamında değil, kendisinin tanık olarak dinlenmesi suretiyle duruşmaya ya da genel olarak muhakemeye dâhil edilebilecektir.

Bilirkişinin mütalaa'sında hâkim tarafından yapılması gereken hukuksal değerlendirmeler yapması da mümkün değildir (CMK m. 67/3). Bilirkişi niteliği itibarıyla sahip olduğu uzmanlık bilgisiyle mahkeme, hâkim veya Cumhuriyet savcısına yardımcı olan kişi niteliğinde olduğundan, bu makamlar yerine geçmek suretiyle hukuksal değerlendirmeler ve nitelendirmeler yapması veya yaptığı araştırmalardan hukuksal sonuçlar çıkarması, bilirkişilik kurumunun niteliğine aykırıdır¹⁷⁰. Fıkırada, hâkim tarafından yapılması gereken hukuksal değerlendirmeden söz edilmiş olmakla birlikte, bilirkişi atama yetkisinin Cumhuriyet savcısı tarafından kullanılması durumunda, bilirkişinin yine kendisinden istenenin dışında Cumhuriyet savcısının görev alanına girmek suretiyle hukuksal nitelikte değerlendirmeler yapması da mümkün değildir. Ancak bu kuralın ceza muhakemesinde işleyebilmesi ve bilirkişilerin de bu kurala uyabilmeleri için, bilirkişiye başvuran makamların bilirkişinin yapması gereken görevi tam olarak belirlemesi, yapılacak inceleme ve araştırmaların

¹⁶⁹ Cihan/Yenisey, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 154.

¹⁷⁰ Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 236.

kapsamını belirlemenin bilirkişiye bırakılmaması ve bilirkişinin de bu çerçevede görev yapmasının sağlanması gereklidir.

İncelemelerini tamamlayan bilirkişi, kendisinden istenen incelemeleri yaptığını, buna ilişkin ne tür işlemler yaptığını, bu işlemler sonucunda ulaştığı sonuçları açıklayan bir raporu imzalamak suretiyle ilgili merciine verir veya gönderir. Bilirkişi, kendisine mühürlü olarak teslim edilen ve yapılan incelemeler sonucunda yine mühür altına alınan şeyleri de kendisini bilirkişi olarak atayan makama teslim eder veya gönderir ve bu durum tutanağa bağlanır (CMK m. 67/1). Raporun kaleme alınmış biçimi önemli olmamakla birlikte, rapor bilirkişinin görevlendirildiği konuyu, yani kendisinden çözümü istenen sorunu, bu soruna ilişkin yapılan saptama ve analiz ve değerlendirmeleri, ulaşılan sonuçları içermesi gerektiği gibi, bilirkişinin adı soyadı ve imzasını da taşımalıdır¹⁷¹.

Bilirkişi tarafından düzenlenen rapor örnekleri, duruşma sırasında Cumhuriyet Savcısına, katılana, vekiline, şüpheliye veya sanığa, müdafii veya kanuni temsilcisine doğrudan verilebilir ya da bunların duruşmada bulunmaması halinde kendilerine iadeli taahhütlü mektupla gönderilebilir (CMK m. 67/4) ve bilirkişi raporuna ilişkin itirazların bildirilmesi ve/veya yeni bilirkişi incelemesi yapılması isteminde bulunabilmelerini sağlamak üzere kendilerine süre verilir (CMK m. 67/5). Kanun, verilecek sürenin miktarını belirlememiştir. Kanımca bu sürenin de Kanun tarafından belirlenmesi yerinde olurdu.

Cumhuriyet Savcısı, katılan, vekili, şüpheli, sanık, müdafii veya kanuni temsilcisi tarafından yeniden bilirkişi raporu alınması talebinin bulunması durumunda, mahkeme veya hâkim bu talebi değerlendirmek suretiyle, istemin haklı olup olmadığı konusunda bir karar verecek veya talebi kabul ederek yeniden bilirkişi raporu alınması yoluna gidecek veya bu talebi kabul etmeyerek reddedecektir. Yeniden bilirkişi incelemesi yapılması konusundaki talebin reddedilmesi durumunda üç gün içinde bu konuya ilişkin gerekçeli bir karar verilecektir (CMK m. 67/5). Yani Mahkeme ya da hâkim gerekçesiz bir biçimde yeniden bilirkişi incelemesi yapılması talebini reddetme yetkisine sahip olmayıp, redde ilişkin kararda bunun gerekçesini de göstermek zorundadır.

2. Bilirkişinin Duruşmada Açıklama Yapması

Kural olarak bilirkişi kendisinden istenen soruların yanıtlarını, yaptıkları analizlere ilişkin sonuçları ve bunların değerlendirilmesini yazılı bir rapor halinde, kendisini atayan makama sunar. Yazılı raporunu sunan bilirkişinin ayrıca duruşmada hazır bulunması zorunluluğu bulunmamaktadır¹⁷². Ancak mahkeme, re'sen veya ilgililerden birisinin istemi üzerine bilirkişinin duruşmada dinlenil-

¹⁷¹ Özbek, CMK İzmir Şerhi, s. 228.

¹⁷² Bkz.: 68. Madde gerekçesi.

mesine karar verebilir (CMK m. 68/1).

Aslında olması gereken hukuk açısından “duruşmanın sözlülüğü ve doğrudan doğruyalığı” ilkeleri ve muhakeme sùjelerinin bilirkişiyeye soru yöneltmek suretiyle hazırlanan mütalaanın güvenilirliğini, ulaşılan sonuçların doğruluğunu denetleme olanağı tanınması gerekleri dolayısıyla kuralın bilirkişinin duruşmada sözlü açıklama yapması olmalıydı¹⁷³.

Bilirkişilerin duruşmada dinlenilmeleri, kendilerine doğrudan soru sorulabilmesi ve çapraz sorguya tabi tutulabilmeleri, duruşmanın sözlülüğünü gerçekleştirmek yanında, adil yargılanma hakkı açısından çok önemlidir. Bu nedenle Kanuni bir zorunluluk olmamakla birlikte, mahkemelerin uygulamada bilirkişileri duruşmada dinlemeleri çok önemlidir¹⁷⁴. Bu durum esasen duruşmanın “sözlülüğü” ve “doğrudan doğruyalığı” ilkelerinin de bir gereğidir¹⁷⁵. Bu şekilde bilirkişinin kendisinden istenen raporu hazırlamak konusundaki yetkinliği ve raporunda ulaştığı sonuçlar tartışmaya açılacak ve güvenilirliği açısından değerlendirmeye tabi tutulabilecektir.

Bilirkişinin dinlenmesi için belirlenen gün, Cumhuriyet Savcısına, suçtan zarar görene, vekiline, sanığa ve müdafine bildirilir. Düzenlenen tutanağın örneği hazır bulunan Cumhuriyet savcısına ve müdafie verilir (CMK m. 181).

Sanık, bilirkişinin davetini istediğinde bunun ilişkin olduğu olayları göstermek suretiyle bu husustaki dilekçesini duruşma gününden en az beş gün önce mahkeme başkanına veya hâkime verir. Bu dilekçe üzerine verilecek karar, kendisine derhal bildirilir. Sanığın kabul edilen istemleri, Cumhuriyet savcısına da bildirilir (CMK m. 177).

Sanık, doğrudan doğruya davet ettireceği veya duruşma sırasında getireceği bilirkişinin ad ve adreslerini Cumhuriyet savcısına makul süre içinde bildirir. Cumhuriyet savcısı da iddianamede gösterilen veya sanığın istemi üzerine davet edilen bilirkişi dışında gerek mahkeme başkanı veya hakim kararıyla, gerek kendiliğinden başka kimseleri davet ettirecek ise, bunların ad ve adreslerini sanığa yine makul süre içinde bildirir (CMK m. 179).

Sanık veya Cumhuriyet savcısının davet ettirecekleri bilirkişiyi makul süre içerisinde birbirlerine bildirmeleri kabul edilmiştir. Burada bildirimler Mahkemeye değil, doğrudan doğruya sanık veya Cumhuriyet savcısına yapılacaktır. Bu bildirimdeki amaç, iddia ve savunma makamlarının hazırlıksız yakalanmalarının önüne geçilmesi, bu kişilere yönelik sorulacak sorularla ilgili hazırlık yapılması

¹⁷³ Karş.: Öztürk/Erdem, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 434; Şahin, Cumhuriyet Ceza Muhakemesinde İspat (Delillerin Doğrudan Doğruyalığı İlkesi), Ankara 2001, s. 168..

¹⁷⁴ Özbek, CMK İzmir Şerhi, s. 231; Şahin, Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi, s. 227.

¹⁷⁵ Roxin, Strafverfahrensrecht, s. 230.

ve bu bilirkişi dışında başka bir bilirkişiyi davet etmek isterlerse bunun yapılabilmesi olanağının yaratılması ve bu şekilde önceden haberdar olunmadığı için gerekli hazırlıkların yapılabilmesi açısından zaman istenerek duruşmanın uzamasına neden olunmasının önüne geçilmesidir¹⁷⁶. Sanık ve Cumhuriyet savcısı duruşmaya getirilecek kişiyle ilgili gerekli araştırmaları yapmak suretiyle ön bilgilere sahip olabilecekler ve gerek ortaya koyacağı mütalaaya ilişkin daha etki soru sorma, değerlendirme ve savunma yapma olanağına sahip olacaklardır¹⁷⁷.

Ancak dikkat edilirse, sanık veya Cumhuriyet Savcısına yüklenen, davet ettireceği veya doğrudan doğruya duruşmaya getireceği bilirkişinin ad ve adreslerini birbirlerine makul süre içinde bildirme yükümlülüğü, ne bildirmesi ne de kendisine bildirilmesi yönünden katılan için aranmamıştır. Bu durum yukarıda belirlediğimiz amaca aykırı olduğu gibi, silahların eşitliği ve adil yargılanma haklarına da aykırıdır. Her ne kadar kamu davasını yürütme görevi Cumhuriyet savcısına ait ve katılanın bulunmaması veya hiç bir şey yapmaması durumunda dahi muhakeme yürüyecek olsa da, “katılan” da kendi başına bir muhakeme süjesi niteliğine sahip olduğuna göre, gerek onun hakları açısından gerekse, onun doğrudan doğruya duruşmaya getireceği bilirkişi veya uzman açısından sanığın savunma hakkının ve genel olarak ifade etmek gerekirse adil yargılanma hakkının ihlal edilmemesi açısından, Kanunda yapılacak değişiklikle, bu hükümler içinde katılana da yer verilmesi gereklidir¹⁷⁸.

Mahkeme başkanı veya hakim, sanığın veya katılanın gösterdiği uzman kişinin çağrılması hakkındaki dilekçeyi reddettiğinde, sanık veya katılan bilirkişiyi mahkemeye getirebilir ve uzman kişi duruşmada dinlenir (CMK m. 178). Burada hakim veya mahkeme başkanına duruşmada dinlenilmesi için getirilen uzman kişinin dinlenilmesini kabul etmeme olanağı tanınmamıştır ve bilirkişinin duruşmada hazır edilmesi durumunda hakim veya mahkemenin dinlemesi zorunludur¹⁷⁹.

Cumhuriyet Savcısı, katılan, vekili, şüpheli, sanık, müdafii veya kanuni temsilcisinin istemde bulunması durumunda bilimsel mütalaa hazırlayan uzmanın da duruşmada dinlenilmesine karar verilebilir ve bu konuda da bilirkişilere ilişkin hükümler uygulanır (CMK m. 68/3).

3. Bilirkişinin Duruşmada Dinlenilmesi ve Soru sorulması Usulü

CMK, bilirkişilerin duruşmada sadece açıklama yapmalarını değil, kendile-

¹⁷⁶ Ünver/Hakeri, Sorularla Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 370.

¹⁷⁷ Özbek, CMK İzmir Şerhi, s. 755.

¹⁷⁸ Özbek, CMK İzmir Şerhi, s. 755; Ünver/Hakeri, Sorularla Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 371.

¹⁷⁹ Öztürk/Erdem, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 429; Ünver/Hakeri, Sorularla Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 372.

rine doğrudan soru sorulabilmesini ve çapraz sorguya tabi tutulabilmelerini de düzenlemiş bulunmaktadır. CMK'nın 62. maddesinde yer alan tanıklara ilişkin hükümlerden, bilirkişilikle ilgili hükümlere aykırı olmayanların bilirkişiler hakkında da uygulanacağına ilişkin düzenleme de dikkate alınmak suretiyle bilirkişilerin duruşmada dinlenilmesiyle ilgili şu açıklamalar yapılabilir:

Bilirkişilerin dinlenilmelerinde, salona ayrı ayrı alınıp birbirinden ayrı olarak dinlenmeleri zorunluluğu bulunmamaktadır. Duruşmada açıklama yapan bilirkişiler de yaptıkları açıklamalardan sonra mahkeme başkanı veya hakim çekilmelerine izin vermedikçe duruşma salonunda kalırlar (CMK m. 68/2). Kanımca toplu olarak hazırlanan mütalaalarla ilgili dinlenilecek olan bilirkişilerin birlikte duruşma salonuna alınmaları ve birlikte dinlenilmeleri gereklidir. Zira kural olarak hazırlanan mütalaa birbirinden bağımsız olmayıp, ortak çalışmanın ürünü ve ortak bir görüşü yansıtmaya gerektiğine ve bilirkişilerin uzman oldukları konularda bilgilerini birleştirmek ve birbirini tamamlamak suretiyle raporlarını hazırladıklarına göre, dinlenilmeleri de birlikte olmalıdır. Aksi takdirde kendilerine yöneltilen sorularla ilgili çok sağlıklı yanıtlar verilmemesi ve bu biçimde hazırlanan mütalaa ile duruşmada yapılan açıklamaların da birbiriyle uyumsuzluğu gibi bir durum ortaya çıkacaktır.

Ancak, kurul halinde hazırlanan bilirkişi mütalaasına ilişkin kurulun görüşünün açıklanmasını mahkeme, kurul üyelerinden birisine vermeye kurula önerilebilir (CMK m. 214/2). Bu şekilde bilirkişi kurulundaki üyelerden birisi mütalaya ilişkin olarak duruşmada dinlenebilir.

Bilirkişiye yemini önceden bilirkişi listesinin hazırlanması ya da bilirkişi olarak görevlendirme sırasında yaptırılmış olacağından ayrıca duruşmada yemin ettirilmesine gerek bulunmamaktadır. Sadece önceki yemini hatırlatılmakla yetinilebilir (CMK m. 57). Bilirkişinin mütalayı hazırlayan kimse olup olmadığını belirlemek açısından kimliğiyle ilgili sorular sorulup bunların da duruşma tutanağına geçirilmesi gereklidir.

Bilirkişinin duruşmada dinlenilmesi sırasında öncelikle kendisinden çözümü istenen ya da yanıtlaması istenen sorulara ilişkin hazırlanmış olduğu mütalaasının açıklanması istenir ve bu açıklama sırasında sözü kesilmeksizin dinlenir (CMK m. 59/1). Bu dinleme mahkeme başkanı veya hakimi tarafından gerçekleştirilecek ve bilirkişilik yapılan konuları aydınlatmak, tamamlamak ve gerekli değerlendirmeleri yapabilmek için kendisine mahkeme başkanı veya hakimi tarafından ayrıca soru yöneltilebilecektir (CMK m. 59/2). Bu sorular, genel olarak bilirkişinin uzmanı olduğu alana egemenliği ve deneyimini denetlemeye yönelik olabileceği gibi, mütalaasını hazırlarken kullandığı bilimsel yöntemi, bu yöntemin güvenilirliğini denetlemeye de yönelik olacaktır. Yine sorunun çözümü açısından eksik kalan noktalar olursa bunların da sorulması ve aydınlatılmasının

istenilmesi mümkündür. Bilirkişinin duruşmada dinlenmesi sırasında bilgisine başvurulacak konu, esas olarak kendisinden bildirmesi istenen tecrübe kuralları ya da bu tecrübe kurallarına dayanarak yaptığı saptamalar ya da analize ilişkin olmakla birlikte, raporda eksik kalmış ya da duruşmadaki dinleme sırasında ortaya çıkmış ek sorunların da aydınlatılmasına yönelik sorular yöneltilebilir. Bütün bu açıklamalardan anlaşılacağı üzere, mahkeme başkanı tarafından yöneltilen sorular açıklattırıcı ve yönlendirici sorular niteliğinde olabilecektir. Gerçekten Mahkeme başkanı açıklanması gerektiğini düşündüğü konularda açıklattırıcı, bilirkişinin kendisinin ya da mütalaasının güvenilirliğini denetlemeye yönelik konularda ise yönlendirici sorular sorabilecektir.

Bilirkişinin bu şekilde dinlenilmesinden ardından muhakemeye katılan süjeler tarafından kendisine soru sorulması mümkündür (CMK 201).

Mahkeme başkanı veya hakim tarafından bilirkişinin bu biçimde dinlenmesinden sonra Cumhuriyet savcısı, müdafî veya vekil sıfatıyla duruşmaya katılan avukat ve heyet halinde görev yapan mahkemelerde, heyeti oluşturan hakimler bilirkişiye duruşma disiplinine uygun olarak doğrudan soru sorabilirler. Bu süjelerin soru yöneltmek için hakimden izin almaları zorunluluğu bulunmamaktadır. Yani doğrudan soru sorulmasına genel olarak engel olunması mümkün değildir¹⁸⁰. Doğrudan soru sorma hakkının kısıtlanması, CMK'nın 288/2. maddesinde yer alan *bir hukuk kuralının uygulanmaması veya yanlış uygulanması* hükmü gereğince temyiz nedeni oluşturacaktır.

Sanık veya katılan da mahkeme başkanı veya hakim aracılığı ile bilirkişiye soru sorabilir.

Bu ayırıma bakıldığında Kanun duruşmada hukukçu kimliğiyle bulunan süjelerin bilirkişiye (ve maddede belirtilen diğer kimselere) doğrudan soru yöneltebilmeleri olanağı tanınmış olmakla birlikte, duruşmada hukukçu kimlikleriyle süje olmayanların mahkeme başkanı veya hakim aracılığıyla soru sormasını kabul etmiştir. Böylece mahkeme başkanına hukukçu olmayan süjeler tarafından sorulmak istenen her soruyu nakil yükümlülüğü değil, bu soruları denetleme, eleme ve formüle etme olanağı tanınmıştır¹⁸¹. Zira doğrudan soru yöneltme hukuksal bilgiyi de gerektirmektedir¹⁸².

Soru sorma hakkı bir soruyla sınırlanmamış olup, gerektiğinde birden fazla soru sorma olanağı da kabul edilmiştir.

Bilirkişiye yöneltilen soruya itiraz edildiğinde sorunun yöneltilmesinin ge-

¹⁸⁰ Özbek, Veli Özer; Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu'nun Değerlendirmesi, in: Hukuk ve Adalet, Yıl 2, sy. 6-7, Ekim 2005, s. 21;

¹⁸¹ Ünver/Hakeri, Sorularla Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 435.

¹⁸² Feyzioğlu, Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık, s. 351.

rekip gerekmediğine, mahkeme başkanı karar verir. Ancak bu düzenlemenin amaca uygun olduğunu söylemek mümkün değildir. Gerçekten de ceza muhakemesi sistemimizde mahkeme başkanı veya hakim, duruşmada bir hakem niteliğinde değil, duruşmayı yöneten kimsedir (CMK m. 192). Düzenlemenin mahkeme başkanı veya hakimin sadece soruya itiraz edildiği zaman değil, sorunun hukuka aykırı olması, davayı uzatmak amacını taşıması, davayla ilgisiz olması gibi nedenlerin varlığı durumunda itiraz edilmemiş olsa dahi sorunun sorulmasına, daha doğrusu sorulmuş olan sorunun yanıtlanmasına gerek olup olmadığına karar vermesi biçiminde olması gerekirdi. Maddede yer alan “soruların duruşma disiplinine uygun olarak” sorulmasına yönelik sınırlama da bu konuda yeterli olmayabilecektir. Zira her soru duruşma disiplini bozacak nitelikte olmamakla birlikte, belirttiğimiz hukuka aykırılık, davayı uzatma gibi özellikler taşıyabilir. Maddede yer alan açık hüküm karşısında duruşmanın yönetiminin Mahkeme başkanında olması niteliğindeki hüküm de bu konuda gerekli işlevi görmeyecektir. Bu nedenle maddedeki bu hükmün değiştirilerek mahkeme başkanı veya hakimin itiraz olmasa da sorulan soruları denetlemesi olanağının açık biçimde vurgulanması gereklidir¹⁸³.

Bilirkişiye doğrudan soru sorulabileceği gibi, çapraz sorguya da tabi tutulabilecektir¹⁸⁴. Kanımca çapraz sorunun esas itibariyle Anglo-Amerikan ceza muhakemesi sistemine ait bir kurum olması, sistemimizin Kara Avrupa’sı ceza muhakemesi içerisinde yer alması, kanunda sùjelerin “doğrudan soru” yöneltebileceklerinin ifade edilmiş olmakla birlikte, “çapraz sorgu” yapabileceklerinin açıkça ifade edilmemiş olması, bizim düzenlememiz açısından çapraz sorunun uygulanamayacağı anlamını taşımamaktadır¹⁸⁵.

Öncelikle belirtmek gerekir ki sistemimizin Anglo-Amerikan ceza muhakemesi sistemiyle aynı olmadığı ceza muhakemesinin yürüyüşünün iki sistemde farklılıklar içerdiği konusunda bir şüphe bulunmamaktadır. Yine tanık ve bilirkişilerin dinlenmesi Anglo-Amerikan sisteminde “asıl (temel) sorgu”, “çapraz sorgu” ve “yeniden sorgu” biçiminde gerçekleştirilmektedir¹⁸⁶. Bunun nedeni de Mahkemenin Anglo-Amerikan sisteminde tanık ve bilirkişilerin dinlenmesi

¹⁸³ Ünver/Hakeri, Sorularla Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 436.

¹⁸⁴ Özbek, Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu’nun Değerlendirmesi, s. 21; Bu konuda karşı: Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 530 vd.; Özbek, CMK İzmir Şerhi, s. 807 vd.; Öztürk/Erdem, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 658.

¹⁸⁵ Aynı yönde bkz.: Tezcan, Durmuş; Ceza Davalarında Çapraz Sorgu, in: Prof. Dr. Turhan Tüfan Yüce’ye Armağan, İzmir 2001, s. 640; Ayrıca karşı: Feyzioğlu, Metin; Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık, Ankara 1996, s. 350.

¹⁸⁶ Veziroğlu, Çetin; Çapraz Sorgu, in: Hukuk Kurultayı 2000, (12-16 Ocak 2000), Ankara 2000, s. 380.

faaliyetinin mahkemece değil, taraflarca gerçekleştirilmesidir. Bu nedenle tanık veya bilirkişiyi duruşmaya getiren tarafın yaptığı sorgu, “asıl sorgu”, bu tanık veya bilirkişinin karşı tarafça dinlenmesi ise, “çapraz sorgu” olarak adlandırılmamaktadır. Bu bağlamda “**asıl sorgu**”, tanık veya bilirkişiyi davet eden tarafın yaptığı ve tanık veya bilirkişinin konuya ilişkin bildiklerini ya da görüşünü anlatmasını sağlayan sorgulama biçimidir. **Çapraz sorgu** ise, karşı tarafın tanığın veya bilirkişinin kendisinin güvenilir olmadığını, ortaya koyduğu bilgilerin veya görüşün şüpheli, çelişkili ve ispat açısından güvenilir olmadığını göstermeye yönelik sorgulama biçimidir¹⁸⁷.

Esas itibarıyla gerek bilirkişinin (ve tanığın) bildiklerini anlatmasını sağlamaya yönelik asıl sorgu, gerekse çapraz sorgu bir sorgulama tekniğidir. Dolayısıyla “doğrudan soru sorma” olanağının tanıdığı sistemimizde bu tekniklerin kullanılmasını engelleyen bir durum bulunmamaktadır. Anglo-Amerikan sisteminde asıl sorgulama, (tanık veya) bilirkişiyi davet eden tarafa ait olmakla birlikte, ceza muhakemesi sistemimiz gereğince asıl sorgulamanın yapılması mahkeme başkanı veya hakime tanınmıştır. Bu farklılık da ceza muhakemesi sistemlerinin niteliğinden kaynaklanmaktadır. Zira Anglo-Amerikan ceza muhakemesi sisteminde kural olarak hakim duruşmanın düzenli bir biçimde yürütmesi ve olayın aydınlatılması açısından gerektiği durumlarda bazı sorular sorabilmesi ya da jürinin kanaatinin yanlış oluşmaması açısından bazı soruların sorulmasını reddetmek yetkisi dışında kural olarak delillerin ve bilirkişi mütalaasının ortaya konulması konusunda aktif bir yetkiye sahip değildir¹⁸⁸. Ceza muhakemesi sistemimizde ise, hakim aktif bir role sahip olup, delillerin ortaya konulmasını sağlar (CMK m. 192). Bu sistem gereğince tanık, bilirkişi veya diğer kişilerin duruşmada sorgusunun yapılması da esas olarak mahkeme başkanı veya hakim tarafından gerçekleştirilir. Hakimin delillerin ortaya konulması konusunda aktif bir role sahip olmadığı Anglo-Amerikan sisteminde asıl sorguyu yapan süjenin, yani tanığı veya bilirkişiyi davet etmiş olan tarafın, tanığın olaya ilişkin bilgisini etraflı bir biçimde anlatmasına olanak sağlayacak, “anlattırıcı sorular” sorması gereği de bu durumdan kaynaklanmaktadır. Bu şekilde yapılacak sorgulama

¹⁸⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz.: **Hancı**, Bilirkişilik ve Çapraz Sorgu, s. 17; **Klemm**, Adrian; Zeugeneinvornahme durch die Parteien (Kreuzverhör) im schweizerischen Strafprozess, Zürich 1979, s. 21; **Roxin**, Strafverfahrensrecht, s. 544; **Veziroğlu**, Çapraz Sorgu, s. 380-381.

¹⁸⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz.: **Huber**, Barbara; Landesbericht, England und Wales, in: Die Beweisaufnahme im Strafverfahrensrecht des Auslands (Hrsg. Walter Perron), Freiburg 1995, s. 34 vd.; **Thaman**, Stephan; Landesbericht, USA, in: Die Beweisaufnahme im Strafverfahrensrecht des Auslands (Hrsg. Walter Perron), Freiburg 1995, s. 503; **Kühne**, Strafprozessrecht, s. 480 vd.; Konuya ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz.: **Read**, Tom (Çev. Neylan Ziyalar); Çapraz Sorgu – Seminer Notları, İstanbul Barosu Cep Kitapları (CMK 2), İstanbul 2005, s. 14.

olay hakkında ispata ilişkin kanaat oluşturarak sanığın suçlu veya suçsuzluğuna karar verecek olan makamın (jüri veya jürisiz yargulamalarda mahkeme), konuya ilişkin geniş bir biçimde bilgi sahibi olmasını ve tanık veya bilirkişiyi davet eden tarafın, karar verecek makamın kararını kendi lehine oluşturma çabasına hizmet etmektedir. Ardından yapılacak çapraz sorgu ise, asıl sorguda oluşturulmaya çalışılan, tanık veya bilirkişinin anlattıklarının doğru olduğu düşüncesini yok etmeye, tanık veya bilirkişinin hem kendi güvenilirliklerini ve hem de ortaya koydukları bilgilerin ya da görüşlerin güvenilirliklerini şüpheli hale getirme çabasına hizmet etmektedir.

Bizim sistemimiz açısından mahkeme başkanı veya hakim tarafından gerçekleştirilecek olan asıl sorguda bilirkişiye (veya tanığa) anlattırıcı sorular sorulacağı ve kendisine sorulan sorulara veya çözmesi istenen soruna ilişkin mütalacasını ayrıntılı olarak ortaya koyması sağlanacağı gibi; ardından yöneltilecek sorularla bilirkişinin (ya da tanığın) kendi güvenilirliğinin veya açıklamalarının güvenilirliğinin denetlenmesi mümkün olabilecektir. Dolayısıyla bu denetimi yapmaya yönelik soruların elbette ki sadece anlattırıcı nitelikte değil, yönlendirici nitelikte olması da mümkündür. Bu anlamda adı her ne olursa olsun bilirkişi (ya da tanığa) yöneltilecek soruların yukarıda çapraz sorguya ilişkin tanımda belirttiğimiz soru tarzından da nitelik olarak bir farkı bulunmamaktadır.

Hakim tarafından yapılan bu sorgudan sonra Cumhuriyet savcısı, avukat, müdafii veya vekil de bilirkişiye (ve sanık, katılan, tanık veya diğer kişilere) doğrudan soru yöneltilebilecektir. Bu sùjeler tarafından yöneltilecek sorular dinlenen kişinin niteliğine ve açıklamalarının özelliğine göre, anlattırıcı ya da gerek dinlenen kişinin kendi güvenilirliğini sarsmaya, gerekse daha önceki açıklamalarını çürütmeye yönelik olabilir. Bizim sistemimiz açısından Cumhuriyet savcısı sadece şüpheli ve sanık aleyhine delilleri toplamak ve bunları ortaya koymak değil, şüpheli ve sanık lehine olan delilleri de toplayıp duruşmada ortaya konulmasını sağlamak zorunda (CMK m. 160/2) olduğundan, sözgelimi sanık aleyhine tanıklık yapan kimseye ya da mütalacası sanığın aleyhine görünen sonuçlar bulunan bilirkişiye duruşma sırasında sadece anlattırıcı soru sormak değil, bilirkişinin (veya dinlenen diğer kişinin) güvenilirliğini ve anlattıklarının doğruluğunu denetlemeye yönelik sorular da sorabilecektir. Doğal olarak bu sorulardan bazıları anlattırıcı bazıları ise yönlendirici olabilecektir.

Ancak ceza muhakemesi sistemimizin bu özellikleri karşısında, yeni getirilen düzenlemenin çapraz sorguya izin vermediğini söylemenin de mümkün olmadığı kanısındayım. Çapraz sorgu, kendisi aleyhine beyanda tanık, bilirkişi veya Kanunda belirtilen diğer kimselerin bu beyanlarını çürütmeye veya en azından şüpheli hale getirmeye ya da genel olarak bu kişilerin kendi güvenilirliklerini kendi güvenilirliklerini sarsmaya yönelik bir sorgulama biçimi olunca, bu sorgu biçimi özellikle müdafii ve katılan vekili açısından önemli olacak ve kendileri aleyhine beyanda bulunan

kimseleri çapraz sorguya tabi tutabileceklerdir. Kanunda açık bir biçimde “çapraz sorgu” kavramının ifade edilmemiş olması böyle bir sorgulama biçimine engel olacağını söylemek mümkün olmadığı gibi, 201. maddede yer alan “doğrudan soru” soru sorma hakkını, Anglo-Amerikan sistemindeki “asıl sorgu” ile özdeşleştirip sistemimizde çapraz sorguya yer verilmediğini söylemek mümkün değildir. Kanımca bu maddede yer alan ve Cumhuriyet savcısı, avukat, müdafii veya vekile doğrudan soru sorma hakkını tanıyan hüküm çapraz sorguya da olanak tanımaktadır. Bu durum aynı zamanda İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 6/3-d maddesinde yer alan *her sanığın iddia tanıklarını sorguya çekmek hakkının bulunduğu* hükmünün de bir gereğidir.

Kanımca CMK'nın 201. maddesinde, eksik olan nokta, süjelere tanınan doğrudan soru sorma hakkının sıralamasının düzenlenmemiş olmasıdır. Yani kimin önce soru ya da sorularını yönelteceğinin de düzenlenmesi gereklidir. Her ne kadar bu konuda CMK'nın 215. maddesinde yer alan “*Suç ortağının, tanığın veya bilirkişinin dinlenmesinden ve herhangi bir belgenin okunmasından sonra bunlara karşı bir diyecekleri olup olmadığı katılana veya vekiline, Cumhuriyet savcısına, sanığa ve müdafisine sorulur*” hükmünden yararlanabilirse de, bu durumun açık bir biçimde düzenlenmesi amaca daha uygun olacağı kanısındayım.

Asıl sorgu ya da çapraz sorguda soruların nasıl olması gerektiği konusuna gelince, bu husus Anglo-Amerikan hukuk sisteminde uzun süren tecrübe sonunda şekillenmiş ve bu sorgularda soruların nasıl amaca daha uygun olacakları ve sorguyu yapana nasıl hizmet edeceği belirlenmiştir¹⁸⁹. Buna göre, sorgusu yapılan kişinin anlattıklarının, bu anlatılanları değerlendirerek bir sonuç çıkaracak makam üzerinde etkileyici olması, olumlu izlenim uyandırması ve kanaat oluşturması açısından asıl sorguda ucu açık, ayrıntılı açıklamalar yapılmasına olanak tanıyan sorular yöneltilmesi; buna karşı, sorgusu yapılan kişinin kendisinin ve açıklamalarının güvenilirliğini sarsmaya yönelik olan çapraz sorguda ise, yönlendirici, açıklama yapılması olanak tanımayan, yanıtları içerisinde olan ve genellikle de evet-hayır biçiminde yanıtlar verilmesi gereken sorular yöneltilmesi kabul edilmiştir. Hatta bu soruların soruluş biçimi ve sorunun yöneltilmesindeki ses tonu, mimik ve jestler de sorgusu yapılan kişi üzerinde etkili olacağından çeşitli öneriler geliştirilmiştir¹⁹⁰.

¹⁸⁹ Konuya ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz.: **Read (Ziyalar)**, Çapraz Sorgu – Seminer Notları, s. 10 vd.

¹⁹⁰ Bkz.: **Potter, John**; Çapraz Sorgu, in: Hukuk Kurultayı 2000, (12-16 Ocak 2000), Ankara 2000, s. 393; **Read (Ziyalar)**, Çapraz Sorgu – Seminer Notları, s. 15; **Read, Tom**; Duruşmalarda Doğrudan Soru Soru ve Çapraz Soru Sorma Teknikleri, in: Hukuk Merceği – Konferans ve Paneller 2003 (Ankara Barosu), s. 394 vd.; **Sonsteng, John**; Alternatif Uyuşmazlık Çözüm

Ancak belirtmek gerekir ki Anglo-Amerikan sisteminde de söz konusu asıl sorgu ya da çapraz sorgunun yapılmasına ilişkin teknikler, uygulama açısından ve amacı sağlamak açısından geliştirilmiş olup, bunları uygulamayan kimse açısından getireceği fayda veya uygulamayan veya iyi bir biçimde uygulamayan kimse açısından neden olacağı sonuç dışında bir kısıtlama söz konusu değildir. Sözügelimi duruşmada dinlenen kişiye çapraz sorgu yapılmasına rağmen, onun açıklamalarının gidişatına bakarak yönlendirici soru yerine bilinçli olarak ucu açık soru sorulabilecektir¹⁹¹. Yahut da savunduğu kişi aleyhine mütalaa veren bilirkişiye, yönlendirici ve onun veya raporunun güvenilirliğini sarsmaya yönelik soru sormak yerine açık uçlu soru soran müdafie, açık uçlu soru sormaması gerektiği gibi bir uyarıda bulunulmayacaktır. Dolayısıyla genel olarak 201. maddede belirtilmiş kimselere, konumuz açısından bilirkişiye doğrudan soru yöneltecek olan süljelerin konuya ilişkin hazırlıklarını önceden ve çok iyi bir biçimde yaparak, duruşma sırasında kendi lehlerine olacak biçimde ucu açık, anlattırıcı ya da yönlendirici sorularla amaçlarına ulaşmaya çalışmaları gereklidir¹⁹².

Bu kısmı tamamlamadan önce belirtilmesi gereken bir nokta da Kanundaki ifadesiyle “doğrudan soru” sisteminin işleyebilmesi ve amacına ulaşılabilmesi için, çok iyi bir biçimde yürütülmüş soruşturma sonunda duruşmaların bir celsede bitirilmesi çok önem arz ettiği gibi; sorulan soruların ve verilen yanıtların mahkeme başkanı veya hakim tarafından tutanağa (genellikle de özetlenerek) geçirilmesi sisteminde vazgeçilmesi ve esas olarak duruşmanın olduğu gibi sesli ve görüntülü teknik araçlarla kayda alınması sistemine geçilmesi gerekmektedir¹⁹³. Aksi halde soruların ve yanıtların özetlenmesi anlam kaybına neden olacak, yapılacak doğrudan soru ve çapraz sorgu işlemleri istenilen işlevi görmeyecektir.

4. Bilirkişinin Naip Hakim veya İstinabe Yoluyla Dinlenmesi (CMK m. 180)

Belirli durumlarda bilirkişinin naip hakim veya istinabe yoluyla dinlenilmesi olanağı getirilmiş bulunmaktadır. Hastalık veya malullük veya giderilmesi olanağı bulunmayan başka bir nedenle bilirkişinin uzun ve önceden bilinmeyen zaman için duruşmada hazır bulunmasının olanaklı bulunmayacağı anlaşılırsa ya da konutlarının yetkili mahkemenin yargı çevresi dışında bulunmasından dolayı duruşmaya getirilmesi zor olması durumunda, mahkeme bilirkişinin naip hakim veya istinabe yoluyla dinlenmesine karar verebilir. Bu durumda bilirkişinin aynı

Yolları-Duruşmada Doğrudan Soru, Çapraz Soru Sorma Teknikleri, in: Hukuk Merceği – Konferans ve Paneller 2003 (Ankara Barosu), s. 782 vd.

191 Read (Ziyalar), Çapraz Sorgu – Seminer Notları, s. 15.

192 Tezcan, Ceza Davalarında Çapraz Sorgu, s. 642.

193 Ünver/Hakeri, Sorularla Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 434.

anda görüntülü ve sesli iletişim tekniğinin kullanılması suretiyle dinlenmesi olanağının varlığı durumunda bu yöntem uygulanarak dinlenir.

Kanun belirtilen koşulların varlığı durumunda istinabe yoluyla veya naip hâkimle bilirkişinin dinlenilmesi olanağı yaratmış bulunmakla birlikte, duruşmanın sözlülüğü ve doğrudan doğruyalığının gerçekleşmesi, sùjelerin bilirkişiyeye soru sorma haklarının kullanılmasına olanak sağlanması açısından en son çare olarak bu yöntem başvurulması gerektiği kanısındayım. En azından maddede belirtilen bilirkişinin aynı anda görüntülü ve sesli iletişim tekniği kullanılmak suretiyle dinlenmesi ve bu suretle sùjelerin kendisine soru sorabilmeleri olanağının yaratılması gereklidir¹⁹⁴.

Davayı görmekte olan mahkeme, zorunluluk olmadıkça, Büyükşehir belediye sınırları içerisinde bulunan şikâyetçi, katılan, sanık, müdafî veya vekil, tanık veya bilirkişilerin istinabe yoluyla dinlenilmelerine karar veremez. Yine istinabe olunan mahkeme, Büyükşehir belediye sınırları içerisinde ise, kendi yargı çevresinde bulunmasa da Büyükşehir belediye sınırları içerisinde bulunan şikâyetçi, katılan, sanık, müdafî veya vekil, tanık veya bilirkişilerin istinabe yoluyla dinlenilmesine karar verilemez.

X. Bilirkişi Mütalaasının Bağlayıcılığı

Bilirkişi sahip olduğu uzmanlık sayesinde, sahip olduğu bazı bilgileri ya da bu sayede yaptığı saptamaları mahkemeye sunmaktadır. Ancak bu bilgi ve saptamalara ne gibi hukuksal sonuçlar bağlanacağı mahkemenin görevi olduğundan onun tarafından belirlenecektir¹⁹⁵. Bu nedenle hâkim veya mahkeme kural olarak bilirkişi raporuyla bağlı değildir¹⁹⁶.

Bilirkişi mütalaasını alan makam, bilirkişinin çözümü istenen soruna ilişkin

¹⁹⁴ Ünver/Hakeri, Sorularla Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 375.

¹⁹⁵ Güreli, Bilirkişilik, s. 95; Peters, Strafprozeß, s. 364.

¹⁹⁶ Dippel, Die Stellung des Sachverständigen im Strafprozeß, s. 30; Erem, Ceza Yargılaması Hukuku, s. 409; Önder, Özet Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 91; Özbek, CMK İzmir Şerhi, s. 230; Taner, Ceza Muhakemeleri Usulü, s. 218; Yurtcan, Ceza Yargılaması Hukuku, s. 287. "Hakimlerin teknik sahalarda uzman olmalarına imkan yoktur, hüküm verebilmek için delil muhtevasının öğrenilmesi gerekir; bu nedenle hakim, diğer delillerle birlikte çoğu kez bilimsel ve teknik bilgilere de ihtiyaç duyar. Muhtaç oldukları bu teknik ve bilimsel bilgilerin uzman olan kişi ve kurumlardan sağlanması yoluna gidilir. Bilirkişi olay hakkında bilgi sahibi değildir. Onun katkısı teknik sahadaki istişari yardım, neticesi itibarıyla hakimi aydınlatmaktadır. Çünkü hakim, kendi teknik bilgisi ile delil muhtevasını öğrenemez. Bilirkişi düşüncesi delil değil, delillerin değerlendirilmesi vasıtasıdır. Bu istişari niteliği itibarıyla hüküm veren hakimleri bağlamaz. Çünkü bilirkişilerin de yanlışları mümkündür. Şüphe ve tereddüt halinde hakim, aynı bilirkişiyi ya da belirleyeceği başka bir bilirkişiyi görevlendirerek düşüncesine başvurabilir" (Y. 1. CD, 4.2.1985, 93/34 – Karar için bkz.: Erem, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Şerhi, s. 147).

gerekli incelemeyi yapıp yapmadığı, kendisinden istenen tecrübe kuralını bildirip bildirmediği ya da gerekli değerlendirmeleri yapıp yapmadığı, yapılan analizlerin güvenilirliği, yamılma payı olup olmadığı, mütalaada ulaşılan sonuçların mantık kurallarına uygun olup olmadığı açılarından bilirkişi mütalaasını değerlendirmelidir¹⁹⁷. Bilirkişi raporunun eksik olması, çözümü istenen sorunu çözüm getirmekten uzak olması, incelemede kullanılan yöntemin güvenilirliğinin bulunmaması, ulaşılan sonuçların mantıklı olmaması gibi nedenlerle reddedilmesi mümkün olduğu gibi¹⁹⁸; kendi içerisinde çelişkili olması nedeniyle de reddedilebilir¹⁹⁹.

Mahkeme bilirkişi mütalaasının tümünü reddedebileceği gibi, mütalaada yer alan bazı sonuçları da hükmüne esas almayabilir²⁰⁰. Böyle bir seçimin bulunması durumunda mahkeme hükmünde bu hususu da gerekçelendirmeli ve açıklamalıdır²⁰¹.

Bilirkişi mütalaasındaki çelişki, bilirkişinin yazılı olarak hazırlayıp sunduğu mütalaa (=rapor) ile duruşmada dinlenmesindeki sözlü açıklamaları arasında da olabilir. Duruşmada dinlenen bilirkişi, raporunda açıkladığı mütalaadan daha farklı ve çelişkili açıklamalar yapabilir ya da duruşma sırasında kendisine sorulan sorular karşısında bu çelişki ortaya çıkabilir. Bu durumda mahkemenin eğer mümkünse bu çelişkiyi gidermesi, eğer mümkün değilse konuya ilişkin yeni bir bilirkişi mütalaası alması gereklidir. Yazılı ve sözlü mütalaalar arasındaki tutarsızlık ve mantık çelişkileri giderilmeksizin bu açıklamalardan birisinin dikkate alınması suretiyle bu mütalaaya dayanarak hüküm kurulması mümkün değildir²⁰².

Bilirkişi mütalaası, çözümü istenen sorun konusunda çözüm getirmeli, raporu isteyen makam açısından tatmin edici olmalıdır. Bilirkişi raporu yeterli gö-

¹⁹⁷ Ersoy, Türk Ceza Hukukunda Bilirkişilik ve Uygulamadan Doğan Sorunlar, s. 457.

¹⁹⁸ "Sanığın dükkanında yakalanan eşyanın yurda muaf olarak veya gümrüğü ödenerek getirilen mallardan bulunduğunu bildiren bilirkişi raporu hükme yeterli değildir. Bu açıklamayı doğrulayan belgelerin de bulunması gerekir" (Y. CGK, 5.4.1976, E. 7-173, K. 183 – Karar için bkz.: Yurtcan, Ceza Yargılaması Hukuku, s. 288).

¹⁹⁹ "Bilirkişi, yakalanan bıçağın hançer benzeri olduğunu ve taşınmasının yasak olduğunu açıkladıkdan sonra, bu bıçağın mutfak levazımı olduğunu ve Tonya bıçağı dendiğini belirtmek suretiyle çelişkiye düşmüştür. Bu durumda dava konusu bıçağın 6136 sayılı yasanın 4'üncü maddesinin hangi fıkrasına girdiğinin saptanması için uzman bilirkişiye başvurulması gerekir" (Y. CGK, 22.3.1976, E. 8-117, K. 138 – Karar için bkz.: Yurtcan, Ceza Yargılaması Hukuku, s. 288).

²⁰⁰ Dippel, Die Stellung des Sachverständigen im Strafprozeß, s. 31.

²⁰¹ Eisenberg, Beweisrecht der StPO, s. 636.

²⁰² Pfeiffer, Karlsruher Kommentar, s. 78.

rülmediğinde, aynı bilirkişiden ek rapor istenebileceği²⁰³ gibi, yeni bir bilirkişiye de başvurulabilir²⁰⁴.

Mahkeme bilirkişi mütalaasını kullanmak suretiyle, çözümü gereken soruna ilişkin kendi kanaatini oluşturmak durumunda olduğundan, bilirkişi mütalaasının ifade biçimi mahkemenin ve diğer muhakeme sùjelerinin anlamasına uygun olmalıdır²⁰⁵. Bilirkişi mütalaasının anlaşılabilmesi durumunda da mütalaanın anlaşılır hale getirilmesi istenebilecektir.

Muhakemenin yürüyüşü esnasında birden fazla bilirkişi mütalaası bulunup da bunlar birbiriyle çelişki halinde ise, Mahkeme öncelikle bu çelişkinin kendisi tarafından giderilebilir olup olmadığı ya da mütalaalardan birisinin diğerine göre mantık kurallarına daha uygun olması, bilirkişilerden birisinin diğerine göre, konu açısından daha özel bilgiye sahip olması ya da bilirkişi mütalaasının hazırlanmasında kullanılan bilimsel analizlerden birisinde diğerine göre daha güvenilir ve daha sağlıklı sonuçlar veren bir yöntemin kullanılmış olması nedeniyle tercih edilebilir nitelikte olup olmadığını araştırmalıdır. Mahkeme bu araştırma sonucunda mütalaalar arasındaki çelişkiyi belirtilen şekilde giderebilirse, gerekçelerini göstermek suretiyle mütalaalardan birisini tercih edebilir²⁰⁶. Ancak Mahkeme bu çelişkiyi kendisi gideremeyecek durumda ise ya da bilirkişi mütalaalarından birisini mantıklı ve hukuksal gerekçelerini göstererek tercih edebilecek durumda değilse, soruna ilişkin yeni bir bilirkişi mütalaası almak zorundadır²⁰⁷.

203 “Bilirkişi raporu belirgin olmadığı takdirde, önce bunun tazihinin istenmesi, sonra ve lüzum görülürse, başka merci ve bilirkişilerden rapor alınması gerekir” (Ask. Y. DK, 11.6.1970, E. 76, K. 76 – Karar için bkz.: Yurtcan, Ceza Yargılaması Hukuku, s. 288).

204 Erem, Ceza Yargılaması Hukuku, s. 411; Hauser/Schweri/Hartmann, Schweizerisches Strafprozessrecht, s. 313; Önder, Özet Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 91; Roxin, Strafverfahrensrecht, s. 229; Seiler, Strafprozessrecht, s. 136; Soyaslan, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 443; Taner, Ceza Muhakemeleri Usulü, s. 218; Yurtcan, Ceza Yargılaması Hukuku, s. 287.

205 Pfeiffer, Karlsruhe Kommentar, s. 78.

206 Eisenberg, Beweisrecht der StPO, s. 637; Peters, Strafprozeß, s. 365.

207 “Hükme esas alınan bilirkişi raporu ile dosyadaki diğer raporlar arasındaki çelişkiler nedeniyle, dosyanın tümünün önceki bilirkişiler dışında oluşturulacak, konunun en az 3 kişilik bilirkişi kuruluna incelenilip, alınacak rapor sonucuna göre, sanıkların hukuki durumlarının tayin ve takdir edilmesi gerekir” (Y. 5. CD, 8.2.1995, E. 1994/3327, K. 1995/342 – Karar için bkz.: Yurtcan, Ceza Yargılaması Hukuku, s. 287); yine aynı yönde “Maddi gerçeğin kuşkuyla yer vermeyecek biçimde ortaya çıkarılıp olayın etraflıca aydınlatılması ve dosya içinde mevcut bilirkişi raporları arasındaki çelişkinin giderilmesi bakımından konusunda uzman bilirkişi heyetinden yeniden rapor alınarak sonucuna göre sanıkların hukuki durumlarının takdir ve tayini gerekirken eksik soruşturma ile yazılı şekilde hüküm tesisi doğru değildir.” (Y. 9. CD, 19.9.2005, E. 2005/3428, K. 6093 – Karar için bkz.: Kazancı Hukuk Otomasyon Programı, İçtihat Bilgi Bankası - <http://www.kazanci.com.tr/> - 07.10.2006).

Hâkim bilirkişi raporunun reddine ilişkin nedeni kendisi re'sen saptayarak bu konuda bir karar alabileceği gibi; Cumhuriyet savcısı, katılan, vekili, şüpheli veya sanık, müdafii ya da kanuni temsilcinin istemleri ve bildirecekleri nedenlerle istinaden de bir karar alabilir.

Bilirkişi mütalaasında ulaşılan sonuçlar kabul edilmediğinde, bunun makul ve mantıklı, bilimsel gerekçelerinin de gösterilmesi gereklidir²⁰⁸. Bilirkişi mütalaasının, haklı bir gerekçeye dayanmaksızın kabul edilmemesi ve raporda ulaşılan sonuçların aksine kararlar verilmesi mümkün değildir²⁰⁹.

Belirtmek gerekir ki, bir moleküler genetik inceleme sonucunun ya da benzeri bir bilimsel analiz sonucunun hâkim veya mahkeme tarafından reddi çok kolay değildir²¹⁰ ve bu durum hukuken olmasa da uygulama açısından hâkimin bilirkişinin mütalaasıyla fiilen bir bağlılığını doğurmaktadır²¹¹. Bununla birlikte mahkeme ya da hâkimin bilimsel deliller açısından dahi hiçbir denetim yapmaksızın raporda ulaşılan sonuçları kabul etmesi ve kararına geçirmesi mümkün değildir. Bu anlamda mahkemenin, bilimsel delilin ortaya çıkarılması ve bilirkişi mütalaasının hazırlanması için kullanılan yöntemin güvenilir olup olmadığı; eğer güvenilirse, bu yöntemi uygulayan kimsenin bu konudaki yeterliliği ve yöntemin olaya tam olarak doğru uygulanıp uygulanmadığı konularında bir denetim yapması gereklidir²¹². Hâkimin bilirkişi mütalaasını mantık kuralları açısından da değerlendirmesi ve mütalaada ulaşılan sonuçların mantık kurallarıyla çeliştiğini ya da mütalaaya esas alınan tecrübe kurallarında hatalar bulunduğu saptaması durumunda da ya aynı bilirkişiye ya da yeni bir bilirkişiye başvurmak suretiyle bu çelişkileri gidermemesi gereklidir²¹³.

Bu bağlamda Adli Tıp Kurumu Genel Kurulu tarafından hazırlanan bilirkişi

208 "Hiçbir bilirkişi raporu mahkemeyi bağlayacak nitelikte değildir. Ancak bu raporlara itibar edilmemesi için, inandırıcı, gerçekçi ve akla uygun gerekçeye dayanmalıdır" (Y. CGK, 10.11.1980, E. 9-262, K. 351 – Karar için bkz.: Malkoç/Güler, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu, C I, s. 403).

209 Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 615; Özbek, CMK İzmir Şerhi, s. 230; Ranft, Strafprozeßrecht, s. 219.

210 Öztürk/Erdem, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 443.

211 Arslan, Bilirkişilik, Sorunlar ve Çözüm Önerileri, s. 191; Arslan, Bilirkişilik Uygulaması ve Bu Uygulamaya Yargıtay'ın Etkisi, s. 157; Eisenberg, Beweisrecht der StPO, s. 641; Erem, Ceza Yargılaması Hukuku, s. 410.

212 Bu konuda bkz.: Yıldız, Trafik Suçları Bağlamında Bilimsel Delillerin İspat Fonksiyonu, s. 3 vd.; Ayrıca bkz.: Read, Tom; Bilimsel Delillerin Kabul Edilebilirliği Konusuna Mukayeseli Bir Bakış, in: Ceza Hukuku Reformu – Sempozyum (20-23 Ekim 1999), İstanbul 2001, s. 175; Kolusayın, Özdemir; Bilimsel Yöntemlerle Elde Edilen Delillerin Hukuka Aykırılığı Sorunu, in: Hukuka Aykırı Deliller Sempozyumu, İstanbul 1996, s. 282.

213 Yurtcan, Ceza Yargılaması Hukuku, s. 290.

mütalaalarına²¹⁴ değinilmesi gereklidir. 2659 Sayılı Adli Tıp Kurumu Kanunu'nun 15. maddesi, a) Adli tıp ihtisas kurulları ve ihtisas daireleri tarafından verilir de mahkemeler, hakimlikler ve savcılıklarca kapsamı itibarıyla yeterince kanaat verici nitelikte bulunmadığı, sebebi de belirtilmek suretiyle bildirilen işleri, b) Adli tıp ihtisas kurullarınca oybirliğiyle karara bağlanamamış olan işleri, c) Adli tıp ihtisas kurullarının verdiği rapor ve görüşleri arasında ortaya çıkan çelişkileri, d) Adli tıp ihtisas kurulları ile ihtisas dairelerinin rapor ve görüşleri arasında ortaya çıkan çelişkileri, e) Adli tıp ihtisas kurulları ile adli tıp ihtisas dairelerinin ve adli tıp şube müdürlüklerinin rapor ve görüşleri arasında ortaya çıkan çelişkileri, f) Adli tıp ihtisas kurulları ile Adli Tıp Kurumu dışındaki sağlık kuruluşlarının verdikleri rapor ve görüşler arasında ortaya çıkan çelişkileri, "Adli Tıp Genel Kurulu'nun, konu ile ilgili uzman üyelerin katılımıyla incelemek suretiyle kesin karara bağlayacağını öngörmüştür. Ancak bu şekilde ortaya çıkan Adli Tıp Genel Kurulu kararının da teorik olarak mahkeme açısından mutlak bir bağlayıcılığından söz etmek mümkün değildir²¹⁵. Burada Adli Tıp Genel Kurulu'nun konuyu kesin karara bağlaması kendi iç işleyişi açısından dır. Buna karşı bu raporu da yeterli bulmayan mahkemenin başka bir bilirkişiye başvurma veya gerekçesini ortaya koymak suretiyle bu bilirkişi raporunda ortaya konulan görüşün aksine karar verme yetkisi her zaman bulunmaktadır²¹⁶.

Muhakeme sırasında bir sorunun çözümü için resmi bir bilirkişiye başvurma zorunluluğu bulunsa dahi, bilirkişiye başvuran makamın, bu bilirkişinin mütalaa-sıyla bağlı olması zorunluluğu bulunmamaktadır. Kural olarak hiçbir bilirkişi mütalaa-sı hakim, mahkeme ya da Cumhuriyet savcısı açısından bağlayıcı değildir. Adli Tıp Genel Kurulu'na bazı sorunların çözümünü kesin karara bağlayacak biçimde yetki tanınmış olması Adli Tıp Kurumunun kendi bünyesi açısından bir kesinlik taşımakla birlikte, bilirkişi mütalaa-sı için bu kuruma başvuran makamın bu kesinlikle bağlılığı söz konusu değildir. Özellikle hakim ya da Mahkemeyi Adli Tıp Kurumunun mütalaa-sıyla bağlı kılmak, bilirkişilik kurumunun niteliğine aykırıdır ve ispata ilişkin bir sorunda mahkeme yerine Adli Tıp Kurumunun karar

²¹⁴ Adli Tıp Kurumunun "bilirkişilik kurumu" niteliğinde faaliyet göstermesine ilişkin ayrıntılı eleştiriler için bkz.: Ünver, Yener; Die strafrechtliche Verantwortung des Arztes nach dem türkischen Recht., in: 3. Deutsch-Türkisches Symposium Zum Medizin und Biorecht (Augsburg 10-11 November 2006).

²¹⁵ "Mahkemeler, hakimlikler ve savcılıkların Adli Tıp Kurumu Genel Kuruluna gitme isteğini hiçbir kurum engelleyemez. Adli Tıp Kurumu'nun içtihat adı altında aldığı kararın bağlayıcılığı yoktur" (Y. 1. CD, 25.9.1985, E. 2692, K. 3273 – Karar için bkz.: Yurtcan, Ceza Yargılaması Hukuku, s. 291).

²¹⁶ Soyaslan, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 444. Aksi yönde, Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 615.

vermesi anlamını taşıyacağından kabul edilmesi mümkün değildir²¹⁷.

XI. Uzman Mütalaası

Uzman mütalaası, öğretide “taraf bilirkişisi”, “savunma bilirkişisi”²¹⁸ veya “teknik müşavir”²¹⁹ olarak da ifade edilen, CMK’da “uzman” olarak nitelendirilen kimse tarafından uzmanlık alanına giren konuda *yargılama konusu olayla ilgili olarak veya bilirkişi raporunun hazırlanmasında değerlendirilmek üzere ya da bilirkişi raporu hakkında* hazırlanan rapordur.

Cumhuriyet savcısı, katılan, vekili veya sanık, müdafii veya kanuni temsilcisi, yargılama konusu olayla ilgili olarak veya bilirkişi raporunun hazırlanmasında değerlendirilmek üzere ya da bilirkişi raporu hakkında, uzmanından bilimsel mütalaa alabilirler. Sadece bu nedenle ayrıca süre istenemez (CMK m. 67/6).

Uzman mütalaası sadece savunma hakkının tam olarak kullanılabilmesi bakımından değil, aynı zamanda maddi gerçeğin daha çabuk ortaya çıkarılması ve adil yargılanma hakkı açısından da çok önemlidir²²⁰.

Kanun’un düzenlemesi dikkate alındığında uzman mütalaası bilirkişi raporunda olduğu gibi sadece hâkimin genel kültür ve uzmanlık bilgisiyle çözeceği bir konuya ilişkin olmak zorunda olmayıp, hukuksal konuya ilişkin de olabilir²²¹. Gerçektende maddede uzman mütalaasına başvurulması, bilirkişinin atanmasını düzenleyen 63. maddede olduğu gibi “çözümü özel veya teknik bilgiyi gerektiren haller”le sınırlı tutulmamış, “yargılama konusu olayla ilgili olarak” da uzman mütalaasına başvurulabileceği belirtilmiştir. Buna göre, mahkemede ortaya çıkan veya ortaya çıkması muhtemel ispata ilişkin sorunlara ilişkin olarak ve hâkimin genel kültür bilgisi ve uzmanlık bilgisi ile çözümlenemeyeceği konulara ilişkin uzmanından mütalaa alınabileceği gibi; hukuksal sorunlara ilişkin olarak da uzman mütalaası alınabilecektir. Uzmanın hazırlayacağı mütalaa bilirkişi mütalaasından farklı olarak davaya konu olaya ilişkin hukuksal değerlendirmeler de içerebilecektir.

Mahkeme tarafından görevlendirilen bilirkişi mütalaasında olduğu gibi uzman mütalaasının da mahkeme tarafından mutlak bir bağlayıcılığı yoktur. Bununla birlikte Kanunun açık hükmü karşısında, mahkeme hükmünde uzman mütalaasını da tartışmak ve eğer bu mütalaadaki açıklanan görüş ve ulaşılan sonuçları kabul ettiyse niçin kabul ettiğini, kabul etmediyse niçin kabul etmediğini makul gerekçe-

²¹⁷ Yurtcan, Ceza Yargılaması Hukuku, s. 290.

²¹⁸ Özbek, CMK İzmir Şerhi, s. 229.

²¹⁹ Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 625.

²²⁰ Öztürk/Erdem, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 429.

²²¹ Aynı yönde, Ünver/Hakeri, Sorularla Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 65.

leriyle birlikte açıklamakla yükümlüdür. Bir uzman mütalaası karşısında mahkemenin bu mütalaada ulaşılan sonuçları kabul etmek istemiyorsa bir bilirkişi mütalaası almak zorunluluğu bu biçimde uzman mütalaasındaki görüşleri çürütmek gibi bir yükümlülüğü bulunmamaktadır. Bununla birlikte bu mütalaayı hiç dikkate almaksızın olumlu ya da olumsuz bir değerlendirme yapmaksızın hüküm kurulması da uzman mütalaasını düzenleyen CMK'nın 67/6. maddesi hükmüne aykırıdır. Yine uzman mütalaasının bir bilirkişi mütalaasıyla ilgili olması durumunda da mahkeme, daha tutarlı ve güvenilir olduğunu saptaması durumunda yine gerekçesinde bu durumu açıklamak suretiyle uzman mütalaasını dikkate alarak hüküm kurabilir. Ancak uzman mütalaasını kabul etmeyip de bununla çelişkili olan bilirkişi mütalaasını kabul etmesi durumunda da bunun makul gerekçelerine hükmünde yer vermek zorundadır. Mahkemenin bilirkişiyi kendisinin görevlendirmiş olması, bilirkişinin bilirkişi listesinde yer alıyor olması yahut da resmi bilirkişilerden olması tek başına mahkemece tayin edilen bilirkişi mütalaasının uzman mütalaasına üstün tutulması için yeterli değildir.

XI. Bilirkişi Mütalaasının Hazırlanmasındaki Meydana Gelen Hukuka Aykırılıkların Yaratacağı Sonuçlar

Bilirkişinin atanması açısından getirilen kurallara aykırı olarak, sözgelimi kendi kurumuyla ilgili bir kimsenin bilirkişi olarak tayin edilmesi sonucu alınan mütalaalar bu hukuka aykırılık nedeniyle kullanılamayacağı gibi; mütalaasının hazırlanması sırasında bilirkişi de hukuka aykırı delil elde etme yasağıyla sınırlıdır. Sözgelimi CMK'nın 148. maddesinde yer alan ve delil elde etmek açısından muhakeme makamlarını sınırlayan “yasak ifade alma ve sorgulama yöntemleri”, muhakeme makamlarının yardımcısı durumunda olan bilirkişi açısından da geçerli olmalıdır²²². Mütalaasını hazırlayabilmesi için kendisine sanığa doğrudan soru sorma olanağı tanınan bilirkişinin bu soru sorması sırasında onu aldatmaya yönelik sorular sorması durumunda, bu şekilde elde edilecek beyan hukuka aykırı olacağından bu beyanın ispata ilişkin kanaatin oluşturulması sırasında kullanılması mümkün değildir.

Yine bir kimseyi muayene eden hekimin, bu muayene nedeniyle yaptığı görüşme sırasında, tamamen gizli kalması ve kesinlikle mütalaaya yazılmaması koşuluyla verilen bazı bilgileri gizlice bir ses bandına kaydederek mahkemeye iletmesi durumunda da hukuka aykırı olan bu verilerin kullanılması mümkün değildir.

Anayasa'nın 38/6. maddesinde “kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez” hükmüne yer verildiği gibi; CMK'nın 206/2-a maddesinde de kanuna aykırı elde edilmiş delilin duruşmada ortaya konulama-

²²² **Beulke**, Strafprozessrecht, s. 123; **Öztürk/Erdem**, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 435; **Roxin**, Strafverfahrensrecht, s. 200.

yacağı ve 217/2. maddesinde de yüklenen suçun hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebileceği hükme bağlanmıştır. Diğer taraftan hükmün hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delile dayanması hukuka kesin aykırılık hallerinden birisi olarak kabul edilmek suretiyle, mutlak bir bozma nedeni olarak kabul edilmiştir²²³.

XII. Bilirkişi Mütalaasının Hazırlanması Sırasında Ortaya Çıkabilecek Sorumluluklar

Görevini yapmayan, yani usulünce çağırıldığı halde gelmeyen veya gelip de yeminden, oy ve görüş bildirmekten çekinen (CMK m. 71) bilirkişilerle, kendisine tanınan süre içinde raporunu vermeyen (CMK m. 66/2) bilirkişiler uygulanabilecek hükümlerle ilgili açıklamalar daha önce yapılmış olduğundan burada tekrar edilmemektedir²²⁴.

Bilirkişi olarak görevlendirilen kişi, bu görev bağlamında gerçekleştirdiği işlemler açısından “kamu görevlisi” olarak kabul edileceğinden (TCK m. 6/1-c) kamu görevlisine ilişkin hükümler bilirkişi hakkında da uygulanabilecek. Görevini zamanında yerine getirmeyen kişinin eylemi TCK'nın 257. maddesi bağlamında görevi kötüye kullanma suçunu oluşturabileceği gibi, gerçekleştireceği eylemler dolayısıyla bilirkişi hakkında zimmet (TCK m. 247), irtikap (TCK m. 250), rüşvet (TCK m. 252)²²⁵, göreve ilişkin sırrın açıklanması (TCK m. 258) ve gizliliğin ihlali (TCK m. 285) vb. hükümlerinin bilirkişi hakkında uygulanması mümkün olabilecektir²²⁶.

Bilirkişilere özel olarak uygulanabilecek hükümlerden birisi de “gerçeğe aykırı bilirkişilik veya tercümanlık”tır (TCK m. 276/1): “*Yargı mercileri veya suçtan dolayı kanunen soruşturma yapmak veya yemin altında tanık dinlemek yetkisine sahip kişi veya kurul tarafından görevlendirilen bilirkişinin gerçeğe*

²²³ Hukuka aykırı yöntemlerle elde edilmiş delillerin ceza muhakemesinde kullanılması yasağına ilişkin olarak ayrıntılı bilgi için bkz.: **Centel/Zafer**, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 551 vd.; **Kaymaz**, Seydi: Uygulamada ve Teoride Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı (Yasak) Deliller, Ankara 1997, s. 247 vd.; **Öztürk**, Bahri: Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Delil Yasakları, in: HPD, sy. 3, Nisan 2005, s. 131 vd.; **Öztürk**, Bahri: Yeni Yargıtay Kararları Işığında Delil Yasakları, Ankara 1995, s. 27 vd.; **Öztürk/Erdem**, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 442 vd.; **Şen**, Ersan: Türk Ceza Yargılaması Hukuku'nda Hukuka Aykırı Deliller Sorunu, İstanbul 1998, s. 90 vd.; **Ünver**, Yener: Deliller ve Değerlendirilmesi, in: Legal Hukuk Dergisi, Ağustos 2005, Yıl: 3, sy. 32, s. 2885 vd.; **Yıldız**, Ceza Muhakemesinde İspat ve Delillerin Değerlendirilmesi, s. 184 vd.; **Yurtcan**, Ceza Yargılaması Hukuku, s. 253 vd.

²²⁴ Bkz.: VIII, 2 ve V, 3.

²²⁵ TCK'nın 252/2. maddesine göre, bilirkişinin rüşvet alması veya bu konuda anlaşmaya varması cezanın artırılmasını gerektiren nitelikli haldir.

²²⁶ **Soyaslan**, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 445; **Öztürk/Erdem**, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 435.

aykırı mütalaaada bulunması halinde, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.” Buna göre, bilirkişinin yargı mercileri veya suçla ilgili soruşturma yapmak veya yemin altında tanık dinlemek yetkisine sahip kişi veya kurul tarafından görevlendirilmesi ve bu şekilde görevlendirilen bilirkişinin gerçeğe aykırı mütalaa vermesi gereklidir.

