

42. § DELİLLER: 2. SÜBUT KONUSUNDA HÜKÜM.....	1
331. Mantık bakımından sübut hükmü.....	1
332. Delillerin değerlendirilmesi (takdiri).....	2
I. Delillerin sağlamlık bakımından değerlendirilmesi.....	2
1. Sağlamlığın tek başına değerlendirilmesi.....	3
2. Sağlamlığın diğer delillerle birlikte değerlendirilmesi.....	3
II. Delillerin bütün olarak değerlendirilmesi.....	3
III. Delillerin <i>hukuka uygunluk</i> bakımından değerlendirilmesi.....	3
333. Sübut konusunda hüküm faaliyeti.....	3
I. Hüküm verme mekanizması.....	3
II. Delil muhtevası ile ilgili faaliyet.....	4
III. Tecrübe kaidesi ile ilgili faaliyet.....	4
IV. Sonuçla ilgili faaliyet.....	5
334. Karine.....	5
I. "Karine" kavramı.....	5
II. Kanunî karine.....	5
III. Basit karine.....	6
335. Bilirkişi mütalâası.....	6
I. Hâkimin teknik sahada uzman olmaması.....	6
II. Bilirkişi mütalâası delil değildir.....	7
III. Bilirkişiye başvurulabilen haller.....	7
IV. Bilirkişinin belirlenmesi.....	9
1. Bilirkişi bölge kurulları.....	9
2. Bilirkişi görevlendirme kararı verme yetkisi.....	9
3. Bilirkişinin nitelikleri.....	10
336. b) Bilirkişinin ödevleri.....	11
337. c) Bilirkişinin yetkileri.....	12
338. ç) Bilirkişi incelemesinin yapılması.....	12
339. Uzmanın (teknik müşavirin) mütalâası.....	14
340. Keşif. a) Genel olarak.....	16
I. Keşifin hukuki niteliği.....	16
II. Keşifin yapılması.....	17
341. b) Ölünün adli muayenesi ve otopsi.....	18
I. Adli muayene.....	18
II. Otopsi.....	18

42. § DELİLLER: 2. SÜBUT KONUSUNDA HÜKÜM

331. Mantık bakımından sübut hükmü. 332. Delillerin değerlendirilmesi (takdiri). 333. Sübut konusunda hüküm faaliyeti. 334. Karine. 335. Bilirkişi mütalâası. 336. b) Bilirkişinin ödevleri. 337. c) Bilirkişinin yetkileri. 338. ç) Bilirkişi incelemesinin yapılması. 339. Uzmanın (teknik müşavirin) mütalâası. 340. Keşif. a) Genel olarak. 341. b) Ölünün adli muayenesi ve otopsi.

331. Mantık bakımından sübut hükmü.

Doğru düşünme kurallarını öğretip hakikati bulma yollarını gösteren *mantık* bilimine göre, hüküm verme, zihnin doğruyu yanlışlıktan ayırt etme işlemidir. Hükmün ne olduğunu değil, nasıl olması lâzım geldiğini araştıran mantık, psikolojinin hüküm dediği şeyin sözle ifadesine *önerme* (kaziye, *propositio*) adını verir.

Doğruyu yanlıştan bazen sadece düşünerek, bazen deneyler yapmak suretiyle düşünerek ayırt ederiz. Gerçekten, bazen hiçbir deneye lüzum görmeden aklımız doğruyu yanlıştan ayırır. *Aristo*'nun temellerini attığı klâsik mantık kuralları bu çeşit akıl yürütmeleri gösterir. Bazen da faraza dünya dönüyor diyebilmekte olduğu gibi deneye ihtiyaç vardır.

Akılla doğruyu bulmağa *akıl yürütme* (istidlâl, *raisonnement*) denir. Bunun da biri "*tümdengelim*" (ta'lil, *déduction*), diğeri tümevarım (istikra, *induction*) olmak üzere iki çeşidi vardır: a) Tümdengelim

“sonuç çıkarma” veya “sonuçlama” da denilmektedir.¹ Sonuçlama da ya vasıtalı ya vasıtasız olur. “Her insan canlıdır” önermesinden “bazı insanlar canlıdır” önermesine varmak, vasıtasız bir sonuçlamadır. Vasıtalı sonuçlamaya tasım² (kıyas, *sylogisme*) denilir. Her tasımda üç önerme vardır. Meselâ “Bütün insanlar ölümlüdür”, “Sokrat insandır”, “O halde Sokrat da ölümlüdür” bir tasımdır. Önermelerden genel mahiyette olana “büyük önerme” (kübra, *majeure*), özel mahiyette olana da “küçük önerme” (suğra, *mineure*) denir. Üçüncü önerme ise “sonuç” (netice, *conclusion*) adını alır. Tasımda sonuç zorunludur. Tabiat ilimlerindeki sebebiyet ilişkisine benzeyen bu zorunluk ilişkisine “mantıkî zorunluk” denilir. Mantıksızlığa düşmeden, sonuç inkâr edilemez. Tasım yeni bir şey buldurmaz fakat zihnimizi kontrol etmemize yarar ve bizi yanılmaktan kurtarır.³ Tümevarımda birçok ihtimaller arasından ipotez denilen bir tanesi seçilir ve deneyle kontrol edilir. Görülüyor ki tümevarımda genel olan kanunları elde etmek için deneye ihtiyaç vardır. Tümevarım, uzun süren bir çözümleme (analiz)⁴ sonunda bir senteze varılmasıdır.

Muhakeme Hukukunda, tarihte olduğu gibi, tasım yoluna yani tümdengelimine başvurulduğu kanısı yaygındır. Ancak belirlenen olaylar her zaman düne ait değildir. Meselâ suçlu bulunan sanığın kişilik yapısının tanımda olduğu gibi, bugünkü bir olay veya durum da söz konusu olabilir. Diğer taraftan geçmişteki olayın belirlenmesinde de büyük önermeyi teşkil eden tecrübe kaidelerinin (No. 333, III) elde edilmesi için deneylere ihtiyaç olabilir ki bu da muhakemede tümevarım metodunun da kullanıldığını gösterir.

Muhakeme Hukukundaki tasımda, büyük ve küçük önermeler her zaman hazır değildir. Bunları meydana çıkarmak, tarihte olduğu gibi, çok defa uzun süren bir analize ihtiyaç gösterir. Evvelâ deliller toplanacak, bunların muhtevaları öğrenilecektir. Bu suretle küçük önerme meydana gelecektir. Sonra büyük önerme hazır değilse, elde edilecek, hatta bunun için, gerekiyorsa, deneylere başvurulacaktır. Ancak ondan sonradır ki sentez yapılabilecektir, yani bir hükme varılacaktır. Tarihçilerin söyledikleri⁵ “bir gün sentez yapabilmek için yıllarca analiz yapmak gerekir” sözü muhakemelerde olayların belirlenmesi bakımından da doğrudur.

332. Delillerin değerlendirilmesi (takdiri).

Olay bir bütün olup, mozaik tablosunda olduğu gibi, birçok parçalardan yani küçük olaylardan meydana gelir. Mevcut deliller çok defa olayın bütününe değil, bu parçaların bir veya birkaçını temsil eder. Her parça içinde birden fazla temsilci yani delil bulunması mümkündür. Olay belirlenirken, bu delillere dayanılacak yani onlar vasıta olarak kullanılacaklardır. Değerlendirme faaliyeti, iki çeşittir:

I. Delillerin sağlamlık bakımından değerlendirilmesi.

İlk iş, bir delilin sağlam mı, çürük mü olduğunun araştırılması ve bir değer hüküm verilmesidir.⁶ Delilin sağlamlığından maksat, olayın bütününe veya parçalarından bir veya birkaçını hakikaten temsil edip etmediğidir. Sağlamlık bakımından değerlendirme de iki çeşittir.

¹ Ülken (Hilmi Ziya): Felsefeye Giriş, Ankara, 1957, s. 97, 146.

² Kıyas üretimini “*analogie*” karşılığı kullandığımızdan, “*sylogisme*” karşılığında tasım demeği tercih ettik.

³ Bunun içindir ki *Aristo*’nun şekli diye sıfatlandırılan mantığı 17. ve 18. yüzyıllardan sonra ihmale uğramışsa da modern felsefe zarurî olan akıl hakikatlerini unutmamıştır. Lojistik adını alan yeni mantık, yine *Aristo* tarafından temelleri kurulmuş olan mantıktır. Son yarım yüzyıl içinde gelişen yeni mantık hareketleri, eski şekli mantığın genişlemesinden başka bir şey değildir (Ülken: a.g.e., s. 104, 107).

⁴ Türkçemizde çözmek sözcüğü varken halletmek karşılığında kullanılmasını doğru bulmadığımız “çözümlemek”, sadece analiz etmek anlamında kullanılmalıdır.

⁵ Sarp (Hatemi Senih): Mantık, İstanbul, 1958, s. 96

⁶ Sağlamlık (sıhhat) yerine “hilâfî sabit oluncaya kadar muteber” teriminde görüldüğü üzere, muteberlik denildiği vardır. Ancak “muteberlik” normlarda “geçerlik”, burada “inanırlık” veya “güvenirlilik” karşılığıdır. Diğer taraftan, sağlam ve çürük yerine, delilin çeşidine göre ayrı ayrı adlar da verilmektedir. Meselâ sağlam yerine beyan delilinde “doğru”, “gerçek” (*vrai*), belge delilinde “sahih” ve “hakiki” (*authentique*) denilmektedir. Çürük yerine beyan delilinde kasda göre “yalan” veya “yanlış”, belge delilinde, kast olsa da olmasa da “sahte” denilmektedir. Muhtevanın hakikî olmaması da sahtelik olduğu halde, sahtelikten bahsedilmediği de vardır. Bunun sebebi, resmî belgelerin kanunî sağlamlığını çürütmede bir kısım belgelere

1. Sağlamlığın tek başına değerlendirilmesi.

Bu da önermelerle ilgili üç faaliyeti gerektirir: a) Her delilin muhtevası öğrenilecektir. b) Bu muhtevanın sağlamlığını kontrole yarayacak tecrübe kaidesi aranıp bulunacak ve muhteva ile karşılaştırılacaktır. c) Sonuç çıkarılıp açıklanacaktır.

2. Sağlamlığın diğer delillerle birlikte değerlendirilmesi.

Her delilin tek başına değerlendirilmesi yetmez. Tek başına sağlam gibi gözükene hakikaten sağlam olup olmadığı, ancak diğer delillerle birlikte ele alındığında ortaya çıkar. Deliller canlı varlıklarda olduğu gibi, bir bütün teşkil ediyorlarsa, bir diğer söyleyişle, bir bütünün birbirleri ile uyuşan ve birbirlerini tamamlayan parçaları ise hakikaten delildirler.⁷ Bir delil bütün ile bağdaşamıyorsa o olayı temsil etmiyor demektir.

Delillerin sağlamlığının birbirleriyle kontrolü de üç faaliyeti gerektirir: 1) Bütün delillerin muhtevaları bir araya getirilir. 2) Olayı tasvir eden bir mozaik tablosu meydana getirmek için tecrübe kaidesi aranıp bulunur ve muhtevalarla karşılaştırılır. 3) Sonuç çıkarılıp açıklanır.

II. Delillerin bütün olarak değerlendirilmesi.

Olayın bütün parçalarının mevcut delillerle sabit olması, yani mozaik tablosunun tamamlanması pek enderdir. Özellikle karar, amaç ve benzeri iç olaylarda olduğu gibi, çok defa bazı mozaikler elde edilemez ve tabloda boşluklar kalır. Boşluklar bazen o kadar önemli olur ki tablonun bütünü hakkında bir hükme varamayız. Buna karşılık, boşlukları, sabit olan olay parçalarına dayanarak, yani dolayısı ile, sabit görmemiz de mümkündür. Bir diğer söyleyişle, boşlukların da sabit olmasına ihtiyaç duymayabiliriz. Meselâ meyvesinden ağacı tanıyabiliriz. Boşlukların sabit olmasına ihtiyaç duymamamız, bir diğer söyleyişle, küçük olayların sabit oluşundan diğer bir küçük olayın sabit oluşunu çıkarmamız, delillerin tek tek değerinden fazla olan ve bir araya gelmelerinden, bütün teşkil etmelerinden doğan ek değerini kabul etmemiz demektir.⁸

Bütün olarak değerlendirme de üç faaliyetten meydana gelir: 1) Bütün delillerin muhtevaları bir araya getirilecek ve boşluklar ortaya çıkarılacaktır. 2) Boşluklarda hangi mozaiklerin bulunacağını kestirmek için tecrübe kaidesi aranıp bulunacak ve muhtevalarla karşılaştırılacaktır. 3) Sonuç çıkarılıp açıklanacaktır.

III. Delillerin hukuka uygunluk bakımından değerlendirilmesi.

Sanığa yüklenen suçun hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş delille (CMK 217/2) ispat edilebilmesi mümkündür. Hukuka aykırı delil kullanılamaz (No. 358).

333. Sübut konusunda hüküm faaliyeti.

I. Hüküm verme mekanizması.

Delillerin çeşitli değerlendirilmesinde yapılan üç hüküm verme faaliyetinin müşterek mekanizması şöyledir: a) Önce küçük önerme ile yani delilin muhtevası ile ilgili bir faaliyet vardır. b) Bundan sonra, sıra, büyük önermeyi teşkil eden tecrübe kaidesi ile ilgili faaliyete gelir. c) En sonda, büyük ve küçük önermelerin karşılaştırılmasının sonucu çıkarılır ve açıklanır (No. 331).

kolaylık sağlamaktır. Ancak hilâfi ve sahteliği sabit olma ayırımı hem güçtür hem de isabetli değildir (Erman: Sahtekârlık suçları. 4. bası, İstanbul, 1981, No. 261, s. 356).

⁷ Gorphe: appréciation, s. 163.

⁸ Delillerin bütün olarak değerlendirilip, yani olayın parçalarına ilişkin asıl değerlerinin dışında kalan ek değerlerin bir araya getirilip, tek tek delillerle ispat edilmeyen parça veya parçaların ispat edilmiş sayılmasına, bir çok Hukukta olduğu gibi, İslâm Hukukunda da, kesin karine (karine-i katia) denilmesine rağmen, burada karine söz konusu değildir. 1973'te kabul edilen CMUK ek 2'ye göre, belli hareketleri yapanlar, aksi ispat edilmedikçe, üye sayılmaktaydı. Gerekçede karine sözü geçmesine rağmen, bu da karine değildi. Delillerin bütünü ile değerlendirilmesine ise kanun karışamazdı. Karışırsa kanuni delil olur ve sistemimize ters düşer. Burada maksat, belli hareketleri yapmanın suç sayılması ve yapmanın üye gibi cezalandırılmasıydı ki bu da Ceza Kanunu değişikliği ile sağlanabilirdi (Kunter: Düşünceler, Ek m. 2). Bu normun ispatla ilgiliymiş gibi düzenlenmesi, onun ispatla ilgili olması demek değildi. Bu nedenle bu yüzden iptal edilmesine (29/1/80 RG 15/5/80 sebep olmamalı idi. Bizce Ceza Kanununda yer alabilecek bir norm, Ceza Muhakemesi Kanununda yer aldı diye Anayasaya aykırı olamaz.

II. Delil muhtevası ile ilgili faaliyet.

Sağlamlığın tek başına değerlendirilmesinde “muhtevanın öğrenilmesi”, sağlamlığın diğer delillerle birlikte değerlendirilmesi ile delillerin bütünü olarak değerlendirilmesinde ise “muhtevanın bir araya getirilmesi” şeklinde kendisini gösterir. Hâkimin bir hususu sabit görmesi için, ilk önce, delilin muhtevasını öğrenmesi gerekir. Ancak delilin muhtevasını öğrenecek olan sadece hâkim değildir. “*Delillerin müşterekliği prensibi*” ve onun bir sonucu olarak “*hâkimin olay hakkındaki şahsî bilgisini kullanamaması prensibi*” gereğince taraflar da delillerin muhtevalarını öğrenmelidir.

Delil muhtevasının öğrenilmesi bazen bilimsel ve teknik bilgiyi gerektirir. Şahsî bilgisi olsa da hâkim bu hallerde bilirkişiye başvurur.

Delil muhtevasını öğrenen hâkim, kaide olarak, her türlü delillerle karşı karşıya gelen esas mahkeme hâkimleridir. Onların muhtevayı belirleyişi, bu sebeple, kaide olarak, Yargıtay’ı bağlar. Bir diğer söyleyişle, muhtevayı belirleme yetkisi *serbest yetkidir*. Ancak yazılı belgede olduğu gibi, dosya vasıtası ile delil muhtevasını öğrenmesi mümkün olan istisnaî hallerde muhtevanın belirlenmesini Yargıtayın kontrol edememesi için sebep yoktur (No 540).

III. Tecrübe kaidesi ile ilgili faaliyet.

Delilleri değerlendirip hüküm vermede büyük önermeyi teşkil eden *tecrübe kaidesinin* bulunması ve küçük önerme ile karşılaştırılması faaliyetidir. Bu faaliyet, çok defa, olay hakkında hüküm verilirken yapılır. Buna *hüküm sırasında karşılaştırma (subsomption, sussunzione)* denilir. Bazen da sağlamlığın tek başına değerlendirilmesinde çok rastlanıldığı gibi, daha önce benzer olaylarla karşılaştırma yapılmış ve gelecekteki olaylara uygulanacak bir sonuç çıkarılmıştır. Bu da *önceden yapılan karşılaştırma* veya kısaca *karinedir (présomption, presunzione)*.

Tecrübe kaidesi (règle d’expérience, massima di esperienza), tabiat kanunları, matematik ve mantık kuralları gibi, genel mahiyette, soyut ve tahmine dayanan hükümlerdir.⁹ Bunları çeşitli bilim dallarından veya hayat tecrübelerimizden öğrenmişizdir. Kişi, mihenk taşı olarak kullanacağı tecrübe kaidesini, bilgi dağarcığından seçip çıkarır. Tecrübesi, yani bilgisi ne kadar fazla ise seçimi o kadar isabetli olur. Bilgi mevcudunu artırmanın da yolları vardır. Hâkimlerin keşif yapmalarının, bilirkişilere başvurmalarının sebebi çok defa budur.

Tecrübe kaidesine, delilleri değerlendirmenin her çeşidinde başvurulur. Sağlamlığın tek başına değerlendirilmesinde her delilin muhtevası tecrübe kaidesi ile karşılaştırılır ve sağlamlık hakkında bir hüküm verilir. Gerçekten delil muhtevasını öğrenmemiz, meselâ bir belgeyi incelememiz veya bir tanığı dinlememiz yetmez. Muhtevayı bilgilerimizin mihenk taşına vurmalyız ki değer konusunda bir hükme varabilelim. Meselâ fotoğraf hakkındaki bilgilerimiz hileli olmadıkça, fotoğraftaki bir sahnenin realitede mevcut olduğunu, fakat yağlı boya ile yapılmış bir tablonun realiteyi muhakkak aksettirmediğini göstermektedir. Keza tanıklar hakkındaki tecrübeler, tarafsız ve menfaati olmayan kimselerin söylediklerinin doğru olduğunu, buna karşılık, taraflardan biri ile yakınlığı bulunanların hatta ceza tehdidinde rağmen doğru söylemeyebileceğini bize öğretmiştir.

Bir delilin sağlamlığının diğer delillerle kontrolünde de tecrübe kaidesi şarttır. O delilin diğer delillerle uyuşup uyuşmadığını, bütünü parçalarından biri olup olmadığını, yani hakikaten olayı temsil edip etmediğini tecrübe kaidesine başvurarak söyleyebiliriz.

Delillerin bütün olarak değerlendirilmesinde de tecrübe kaidesiyle karşılaştırma vardır. Gerçekten sabit olan kısımlara dayanıp sabit olmayanları da sabit saymamız ancak tecrübe kaidesi ile mümkündür.¹⁰

⁹ Tosun “doğa kuralları” demektir (I, 703). Halbuki tabiat (doğa) kanunları, tecrübe kurallarının sadece bir çeşididir.

¹⁰ Meselâ A’nın, elinde kana bulanmış bıçak olduğu halde, korku ve telâş içinde, boş bir evden çıktığı, derhal eve girildiğinde henüz boğazlanmış bir şahsın görüldüğü sabittir. Boş kalan nokta kimin boğazladığıdır. Hâkim bu suçu işleyenin A olduğu sonucunu mevcut delillerden çıkarabilir. İslâm Hukukunda kesin karine denilen bu müşahhas sonuç çıkarış, müstakil bir delil (hüküm sebebi) sayılmış ve misalimizde intihar ihtimali, tevehhüm sayılarak, kabul edilmemiştir (*Mecelle*, 77, 1740, 1741).

Tecrübe kaidesi, sübut hükmünün nedenini, niçinini gösterir. Bu itibarla sübut meselesini çözen hükmün *gerekçesini* teşkil eder. Mücerret ve genel olduğu için tecrübe kaidesini Yargıtay hâkimleri de bilebileceklerinden, kontrol, kaide olarak, mümkündür (No.540).

IV. Sonuçla ilgili faaliyet.

Mantıkî olan sonucu bulup çıkarmak ve bunu açıklamaktan ibarettir. Her tasımda olduğu gibi, küçük ve büyük önermelerden belli bir sonucun çıkması mantık bakımından zorunludur. Çıkarılan serbest değildir. Mantığın gerektirdiği sonucu çıkarmamak “mantıksızdır”, bir diğer söyleyişle “çelişiklik” olur. Sonucun mantık bakımından Yargıtay’ca kontrolü mümkündür.

334. Karine.

I. “Karine” kavramı.

Karine (présomption, presunzione) bir hüküm vermek için *tecrübe kaidesi ile karşılaştırma* dediğimiz faaliyetin daha önceden benzer olaylar dolayısı ile yapılması ve gelecekteki bütün olaylarda uygulanacak soyut sonucun önceden çıkarılmasıdır. Çıkarılan sonuca da karine denilmektedir. İspat konusunda karineye delillerin sağlamlık bakımından değerlendirilmesinde başvurulur. Sağlamlığa doğruluk da denildiğinden, karine “bir olayın doğruluğunun önceden ve soyut bir surette kabul edilmesi” diye de tarif edilir.¹¹

Karine bir ihtimal hükmüne dayanır. Daha iyi bir tecrübe kaidesi bulmak ve dolayısı ile daha iyi bir sonuca varmak mümkün değilse, “çok defa böyle olur” denilerek karine kabul edilir.

Karine mahiyeti itibariyle daima müspettir, yani bir delilin sağlamlığını, muhtevasının doğruluğunu ifade eder. Menfî ihtimal, yani sağlam olmamak da hesapta vardır. Bu takdirde delilin sağlam olmadığı ispat edilebilecektir. Buna “karinenin çürütülmesi” denilmektedir.

Karine, bir delil olan “belirti” (emare) ile çok defa karıştırılmaktadır. Halbuki karine, başlı başına bir delil değildir¹² ve bir delilin muhtevasının doğruluğunun önceden kabul edilmesidir.

Karine, delillerin bütün olarak değerlendirilmesinde açıkça ispat edilememiş kısımların edilmişler sayesinde ispat edilmiş sayılması ile de karıştırılmıştır. Meselâ İslâm Hukukunda bu son duruma “karine-i katia” (= kesin karine) denilmiştir. Gerçi burada da hem de, kesin bir ihtimal hükmü vardır. Ancak, karine gibi soyut değil, somuttur. Önceden değil, olay hakkında hüküm verilirken yapılan faaliyet sonucudur.

Karineler iki çeşittir: 1) Kanunî karine, 2) Basit karine.

II. Kanunî karine.

Tecrübeye dayanarak benzer olaylarda uygulanacak sağlamlık değeri soyut hükmünü bazen kanun koyucu da önceden verilebilir. Bu takdirde hâkim sağlamlık değeri bakımından hiçbir araştırma yapmayacaktır. Kanun koyucunun sağlamlık değerini, aksi veya sahteliği sabit oluncaya kadar muteber diye derecelendirmesi de mümkündür.

Kanunî karine, her karine gibi, daima nispidir.¹³ Çürütülemeyen mânâsına mutlak karine olamaz, çünkü çürütülme, ihtimal kavramının gereğidir. Eğer çürütülme kabul edilmiyorsa, karine değil, kanunî delil söz konusu demektir. Bu ise vicdanî delil sistemine aykırı düşer. Ancak çürütme imkânının sınırlandığı vardır. Bazı belgelerin aksinin, bazılarının sahteliğinin sabit olması aranır. Çürütme

¹¹ Foschini, I, 418.

¹² Sabatini, I, 465.

¹³ Sabatini, I, 567; k-m: Erem (s. 395), 11 yaşından küçüklerin temyiz kudreti bulunmadığını, ırza geçmede 14 yaşından küçükün rızasının mevcut sayılmadığını mutlak kanunî karineye misal vermektedir. Bunlar, *Tosun*’a göre de karinedir (I, 775). Kanun bu hallerde temyiz kudreti veya rıza var mı yok mu meselesini ele almamıştır ki sübut meselesi ortaya çıksın ve yokluğu karinesi (veya kanunî delili) kabul edilsin. Kanun “ben bu hallerde temyiz kudretini veya rızayı aramıyorum. Siz de aramayın” diyor. O kadar.

imkânının kanunla sınırlandırılması, karineyi kanunî delil haline getirmez. Hâkimler suçun maddî unsurunu sabit görseler bile diğer unsurlar bakımlarından serbesttirler.¹⁴

Kanunî karine ile kanunî faraziye (*fiction, finzione*) ayrı şeylerdir. Kanunî karine, tecrübelerin verdiği ihtimal hesabına dayandığı halde, kanunî faraziyede böyle bir ihtimal yoktur. Kanunî faraziyenin taallük ettiği durum ne gerçekleşmiştir ne de gerçekleşecektir. Buna rağmen kanun onu bir hakikat olarak farz ve kabul etmektedir.¹⁵ Mutlak karineyi kabul etmeyen çağdaş Ceza Muhakemesi Hukuku, mahiyeti itibariyle mutlak olan kanunî faraziye elbet kabul etmez.

III. Basit karine.

Kanun koyucu her zaman soyut sonucu kendisi önceden tespit edemez. Bu hallerde hâkimler, daha iyi bir tecrübe kaidesi bulmak mümkün değilse, “çok defa böyle olur” diyerek karineye başvururlar. Hâkimin basit karine kabulü yetkisi kaide olarak serbesttir, zira delillerle karşı karşıya olan odur. Ancak dosyada mevcut bir belgenin değerlendirilmesinde olduğu gibi, maddî imkân varsa, Yargıtay kontrol edebilir. Mesela Türkiye’den yurt dışındaki bir alıcıya uyuşturucu madde veya tarihi eser gönderildiği durumlarda alıcının gönderiyi beklemesinin “hayatın olağan akışına uygundur” olduğu kabul edilerek, belli olaylar karşısında mahkemece sonuç çıkartılması “karine” ile karar vermek anlamına geleceğinden bizce hukuka aykırıdır.

Her delil basit karineyi gerektirir. Zira her delilin sağlamlığını yani muhtevasının doğruluğunu ispata ihtiyaç yoktur. Zaten doğruluk aranmasına kalkılırsa, doğruluğu gösterenin de doğruluğunu araştırmak gerekir ki bunun sonu gelmez. Onun için kaide, doğruluk karinesi kabûlüdür. Meğerki şüphelenmek için sebep olsun. Meselâ fotomontaj şüphesi yoksa, böyle bir iddia da mevcut değilse, fotoğrafta görülenler doğru kabul edilir.

335. Bilirkişi mütalâası.

I. Hâkimin teknik sahada uzman olmaması.

Delilleri değerlendirip ispat konusunda karar mahiyetinde hüküm verecek olan hâkim, tasım yolu ile küçük ve büyük önermeler vasıtası ile bir karara varacaktır. Büyük önermeyi teşkil eden tecrübe kaidesi, çok defa bilimsel ve teknik bilgileri gerektirir. Hatta küçük önermeyi teşkil eden “delil muhtevasının öğrenilmesi” de bazen karar verecek kimsenin imkânları dışında olabilir. Meselâ bir parmak izini hâkim görse de bir şey anlayamaz.

Hâkimlerin teknik sahalarda uzman olmalarına imkân yoktur. Kaldı ki olsalar bile bundan faydalanmaları muhakeme için faydadan çok zarar getirir. Çünkü bu bilgiyi tartışma imkânı yoktur. Bilirkişiden sadece hâkim değil, kolektif hükme katılan her süje yararlanmalıdır. Muhakeme Hukukunda teknik bilgidan faydalanma için çeşitli çarelere başvurulmuştur: (a) Bazı defa mütehasıs hâkimler hukukçu hâkimlerle birlikte yargılama makamını işgal etmektedir. Çocuk mahkemelerinde bu sistem tercih edilmektedir. (b) Çok defa, hukukçu hâkimlerin muhtaç oldukları teknik ve bilimsel

¹⁴ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) bizim yaptığımız maddî unsur ve diğerleri ayrımını yapmadan aynı sonuca varmıştır. *Salabiaku* dâvasında oybirliği ile verilen 26/9/88 tarihli kararı şöyle özetleyebiliriz: Salabiaku, uyuşturucu madde ile yakalanmıştır. Bu nokta tartışmasızdır. Fransa’ya onun soktuğu şüpheli olduğundan uyuşturucu madde sokmak suçundan beraat etmiş, ancak Fransız Gümrük Kanunu, sokulması yasak eşya ile yakalananları böyle eşyanın gümrük kaçakçılığı suçundan sorumlu tuttuğundan, bu suçtan mahkûm olmuştur. Ortada bir kanunî karine vardır. Hatta kanun, sanığın kastı olmadığı sabit olsa da gümrük kaçakçılığından beraat ettirilemeyeceğini o tarihte kabul etmişti. Her hukuk sistemi ispat konusunda karineye başvurur. Bu nedenle İHAS ilke olarak karineyi reddetmez. Ancak masumluk karinesi, sadece yargılama boyunca hâkimlerin Sözleşme ile teminat altına alınmış olan haklara saygı göstermeleri anlamına alınmamalıdır. Kanun koyucu istediği sınırları koymakta serbest kalırsa, masumluk karinesinin içi boşalır, anlamı kalmaz. Sözleşme masumluk karinesi kabul etmekle, Devletlere suçluluk (veya Fransa’da görüldüğü gibi sorumluluk) karinelerinde belli bir sınırı aşmamaları, karineleri makul sınırlar içinde tutmaları ödevini de yüklemiştir. Bu sınırlar içinde mahkemeler delilleri serbestçe değerlendirebilmeli ve varacakları sonuca göre, meselâ, irade dışı veya önlenemeyen zorlayıcı (mücbir) neden veya cezayı hafifleten koşullar (circumstances) kabul edilebilmeli veya cezayı erteleyebilmelidirler. *Salabiaku*’yu mahkûm eden Fransız istinaf mahkemesi, kanuna rağmen fakat içtihadı uygun olarak, duruşmada ortaya konan delilleri serbestçe değerlendirip, sanığın sokulması yasak maddeyi “bulundurma eyleminde iradesi dışında veya önleyemeyeceği zorlayıcı bir neden görmediği ve dolayısı ile karineyi çürütecek bir neden bulunmadığı sonucuna vardığı yani makul sınırlar içinde kaldığı içindir ki Fransa masumluk karinesini düzenleyen İHAS 6.2 yi ihlal etmemiştir.

¹⁵ *Sabatini*, I, 470.

bilgileri¹⁶, uzmanlardan sorup öğrenmeleri yoluna gidilmiştir. Uzmanların rolü, sadece istişari yardımdır.¹⁷

Bilirkişi tanık olmadığından, olay hakkında bilgi sahibi değildir. Onun teknik bilgisi delil muhtevasının öğrenilmesi ve tecrübe kaidelerinin bulunması bakımındandır. Teknik sahadaki istişari yardım, neticede hâkimi aydınlatmak amacıyla güte de teknik yardımın hüküm verme anında sadece hâkime yapılması hiçbir yerde kabul edilmemiştir¹⁸, zira hâkim, teknik bilgiye sahip olsa da onu kullanmamalıdır. Buna “*hâkimin teknik konudaki şahsî bilgisini kullanamaması prensibi*” denilebilir. Bu prensibin sebebi, hâkimin bu özel bilgisinin taraflarca tartışılmaması, tarafların tutacağı ışıklardan hâkimin faydalanmamasıdır. Gerçekten, hâkim bu özel bilgisini ya delil muhtevasını öğrenmede ya tecrübe kaidelerini bulmada kullanacaktır. Her ikisinde de taraflar bu bilgiyi tartışma imkânını bulamayacaklardır. Fazla olarak, birinci halde, delillerin müşterekliği prensibi de çığnemiş olacaktır.

II. Bilirkişi mütalâası delil değildir.

Bilirkişi mütalâası¹⁹, yaygın mütalâa²⁰ hilâfına, bir delil değil, delillerin değerlendirilmesi vasıtasıdır.²¹ Bir belgeyi okumamıza yardım eden gözlük nasıl delil değilse, bilirkişi ve onun mütalâası da delil değildir. İspat vasıta olan delil, parmak izi veya belge gibi, muhtevasının öğrenilmesi küçük önermeyi teşkil eden şeydir. İspat konusunda hüküm verebilmek için hem delil muhtevasının öğrenilmesi hem de büyük önermeyi teşkil edecek tecrübe kaidelerinin bilinmesi gerekebilir. Bunu sağlayan bilirkişi mütalâası elbet delilden farklıdır.

Bilirkişi, hüküm veren müşaviri olduğundan, istişarenin mahiyeti icabı olarak, hüküm verenler, özellikle hâkimler, bilirkişinin mütalâaları ile, Adlî Tıp Genel Kurulunun teknik ihtisas alanındaki kararları istisnası dışında bağlı tutulamazlar.²² Bilirkişinin de yanılması mümkündür. Böyle bir şüpheye düşen hâkim, bir başka bilirkişiye inceleme yaptırmalıdır. Hâkim, bilirkişinin mütalâasını kabule mecbur olmamakla beraber, niçin kabul etmediğini bilimsel olarak²³ izah etmeğe mecburdur.²⁴ Bu izahın kolay olmadığı açıktır.

III. Bilirkişiye başvurulabilen haller.

¹⁶ Bilirkişinin faydalı olabilmesi için, muhakeme makamlarını işgal edenlerin anlayacağı dille konuşması gerekir. Bu ise güçtür. Bunun içindir ki ceza hukukçuları, bilirkişilerin dillerini anlayacak şekilde yetiştirilmelidir. Hukuk Fakültelerinde normatif bilimler dışında iktisat, maliye, kriminoloji, adli tıp gibi derslerin okutulmasının sebebi budur (*Gürelli*, 15).

¹⁷ İlmî ve teknik bilgiden maksat, herkesçe bilinmeyen bir diğer söyleyişle uzmanlık isteyen bilgilerdir. *Gürelli* (s. 23), bunu, lisede öğrenilmeyen, öğrenilse de akılda kalması beklenmeyen bilgi olarak kabul ve teklif etmektedir.

¹⁸ *Foschini*, I, 377.

¹⁹ Kanunlarımızda çok defa “bilirkişiyi rey ve mütalâasından söz edilmekte ise de ortada iki farklı şey yoktur. Tek bir sözcük kullanılmalıdır. Tek olarak “rey” demek de (CMUK 70) isabetli değildir. Söz konusu olan *kararın* karşıtı olan *mütalâadır*, daha doğrusu *mütalâa niteliğindeki hükümdür*.

²⁰ *Kantar*, 87. Bilirkişi mütalâası hüküm verilmesinde, değerlendirildiği delil kadar müessir olduğundan, tatbikatta da delil sayılmaktadır. Bilirkişi mütalâasının delil olmadığı kabul eden *Erem*, ispat vasıtaları bahsinde A – İtiraftan sonra B – Bilirkişilik diye sıralamakta sakınca görmemektedir (n. 232). Kanunumuz bilirkişi mütalâasını açıkça delil olarak kabul etmemiş, fakat tanıkların ve bilirkişilerin dinlenmesini birlikte düzenlemiştir.

²¹ *Foshini*, I, 377; *Erem*, n. 232; *Tosun*, I, 610. *Gürelli* (s. 17) ise, bir ayırım yapmakta, eser ve izlerin ancak bilirkişi mütalâası ile öğrenilmesi halinde, eser ve izlerin kendisi imiş gibi, bu mütalâyayı delil saymaktadır.

²² Kanunun resmî bilirkişi tayin etmesi, hattâ bazı mercileri son merci sayması, bu bilirkişilerin mütalâası ile hâkimin bağlı olduğu mânâsına gelmez. Netekim, adli tıp sahasında verilen ve kanaat verici görülmeden veya birbirine mübayin bulunan raporlar hakkında ilmî ve teknik mütalâasını bildiren Adli Tıp İşleri Meclisinin kararı “nihaî” olmakla beraber, bu mütalâa mahkemeyi bağlamaz deniliyordu (53-6119, m. 10). Nihaî demek, elbet, kesin demek değildi (AnyM: 28/3/72 RG 13/7/72). 82-2659 numaralı Adli Tıp Kurumu Kanununda durum farklıdır. Adli Tıp İhtisas Kurulları ve Dairelerinin kararları çelişik görülürse veya kanaat verici delili bulunmazsa Adli Tıp Genelkurulu inceler ve kesin karara bağlar (m. 15). Ancak uygulamada genelkurulun meslekî kanunun filân maddesine giren yollu verdiği kararların teknik olmadığı için mahkemeleri bağlamayacağı haklı olarak kabul edilmiştir (CGK 19/3/84 YKD 85/5 923).

²³ Sadece bilirkişinin şahsî ile ilgili hususlar, onun mütalâasının aksini haklı göstermez (CGK 15/12/58, Ç. I, 508).

²⁴ Her ne kadar tecrübe kaidelerini seçmekte hâkim serbest ise de niçin başkasını değil de onu seçtiğini göstermesi de, sabit olayı gösterme mecburiyetinin (CMK 230) zarurî bir neticesidir. Gerçekten, hangi olayın sabit addedildiğini göstermek demek, neden sabit addedildiğini göstermektedir.

Bilirkişiyeye hangi hallerde başvurulacağını kanunumuz göstermemiştir.²⁵ İtalya’da olduğu gibi (CPPI 314), belli bir bilim ve tekniğe ilişkin özel bilgiyi gerektiren hallerde ve sadece maddî mesele bakımından²⁶ bilirkişiyeye başvurulacağı bizce açıktır. Uygulamada yanlışlar yapıldığı için olacak ki kanun “çözümü özel veya teknik bir bilgiyi gerektiren hallerde bilirkişinin rey ve mütalâasının alınmasına karar verilir. Hâkimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukukî bilgi ile çözülmesi mümkün olan konularda bilirkişi dinlenemez” demek ihtiyacını duymuştur (CMK 63/1).

Belli bir bilim ve tekniğe ilişkin özel bilgiyi gerektiren her halde, hele herhangi bir muhakeme makamı ihtiyaç duyduğunda hâkim o konuda bilgili olsa dahi, bilirkişiyeye başvurmalıdır.²⁷ Zira hâkimin özel teknik bilgisi ile delil muhtevasını öğrenmesi, delillerin müşterekliği prensibine ters düştüğü gibi tecrübe kaidelerini tayin etmesi ve uygulaması da tarafların mütalâa bildirmelerine ve hâkimin özel bilgisini tartışmalarına imkân vermez. Bilgisayarlarda yer alan verilerin, yani verilerin bilirkişi incelemesinden geçtikten sonra “delil” olarak kullanılması mümkündür. Burada da bilirkişiyeye başvurmanın zorunlu olduğu düşüncesindeyiz.

2004 kanun koyucusu mülga CMUK 66/1’deki “bilirkişiyi başvurma mecburiyetini, yerinde bir şekilde, terk etmiş ve görevlendirilmesini takdire bırakmıştır.

63’üncü madde dışında belli bazı konularda bilirkişiyeye başvurma hususu ayrıca belirtilmiştir²⁸: (1) Gözlem altına alınma (CMK 74), (2) Beden muayenesi (CMK 75), (3) Moleküler genetik incelemeler (CMK 78), (4) Ölünün adli muayenesi (CMK 86), (5) Otopsi (CMK 87), (6) Zehirlenme şüphesi üzerine inceleme²⁹ (CMK 89).

²⁵ Uygulama için Bkz. *Çağlayan*: Yargıtay İçtihatlarının ışığı altında bilirkişi incelemesi (AdD 84/3 487). Yargıtay’a göre, “Soruşturma evresinde maddî olgu ile ilgili bulgular veya emareler mevcut bulunduğu hallerde savcısının teknik veya özel bilgiyi gerektiren bütün araştırmaları yaptıktan sonra iddianame düzenlemesi gerekir. Bilirkişi incelemesi gerekli görülüyorsa bu incelemelerin soruşturma evresinde yaptırılması ve daha soruşturma evresinde iken sonuçlarının savunmaya verilerek karşı görüşlerini oluşturması için imkân ve vakit sağlanması, iddianamenin ancak bundan sonra düzenlenmesi yerinde olacaktır” (11 CD, 2005/6429-10112, www.adalet.org).

²⁶ Suç unsurlarının olayda gerçekleşip gerçekleşmediğinin sübutu, maddî mesele olduğundan, bilirkişi incelemesine konu teşkil edebilir. Bu sebeple, meselâ bir yazının hakaretâmiz veya müstehcen mahiyette olup olmadığını bilirkişiyeye tetkik ettirmekte kanuna aykırılık yoktur. *Gürelli* de (s. 29) bunun hukukî mesele teşkil etmediği görüşündedir. *Tosun*’a göre (I, 534), hukukî meselelerde de başvurulabilmelidir ve bunun büyük bir zararı yoktur. Bizce vardır. Eski veya yabancı hukuk gibi bilmemenin mazur sayılacağı haller dışında, hukukî meselede bilirkişiyeye başvurmak, hâkimin şahsının ve makamının itibarını sarsar. Hâkimleri tembelliğe teşvik eder. Yargıtay da “bilirkişiyeye ancak özel ve uzmanlık isteyen işlerde başvurur. Bunun dışında olursa, hâkimin görevini yapamaması ve başkasına yaptırması mahiyetini taşır ki kabul edilemez” demektedir (9. CD 16/1/75 YKD 75/5, 163).

²⁷ *Gürelli*, 26.

²⁸ Kanunda bir açıklık olmaması ve belli konularda mecburiliğin belirtilmesi nedeniyle ihtiyariliğin kaide olduğu görüşünde idik. 1985 değişikliğinde “Bilirkişinin mütalâasının alınmasına karar verilir” denilmesinden mecburiliğin benimsendiği anlamını çıkarıyor ve eskiden kaidenin istisnası saydığımız halleri, mecburiliğin açıkça belirtildiği haller olarak kabul ediyoruz. Mecburiliğin sonradan kabulü dolayısı ile CMK 84 de kalpazanlık ve paralarda sahtecilik suçlarında bilirkişiyeye başvurmaya lüzum görülürse kaydı da silinmişçesine, hakikisini yürürlüğe koyan makamın yani Merkez Bankasının mütalâası (karardaki tâbirle, kesin görüşü) alınmalı denildiği vardır (8. CD 10/6/88 YKD 88/10 1454).

²⁹ 1985-3206 s.K. zehirlenme şüphesi olan hallerde organlardan parça alınırken organın görünen şekli ile tahribatın tarif edilmesi gerektiğini de 83. maddeye ilâve etmiştir.

Diğer kanunlarda da mecburiliğin belirtildiği vardır.³⁰ Bu belirtmenin içtihatla yapıldığına da rastlanmaktadır.³¹

IV. Bilirkişinin belirlenmesi.

1. Bilirkişi bölge kurulları.

AÇIKLAMA YAZ

2. Bilirkişi görevlendirme kararı verme yetkisi.

Bilirkişi incelemesi yaptırılması kararı, tarafların isteği üzerine verilebileceği gibi resen de verilebilir. İncelemeyi yapacak bilirkişilerin sayısının³² ve şahsının tâyini, kaide olarak, bu kararı verme yetkisi olan makama aittir. 1985'ten beri bilirkişi sayısı 3 ile sınırlanmıştı (CMUK "85-3206" 66/1).³³ Ceza Muhakemesi Kanunu bu sınırlamayı kaldırmıştır. Bu kaidenin şahsa ve sayıya ilişkin istisnaları vardır:

a) Bilirkişinin şahsının istisna olarak kanunlarla belirtildiği vardır. Belli hususlarda mütalâa beyanı ile kanun tarafından görevlendirilmiş olanlara *resmî bilirkişi* denilmektedir.³⁴ Resmî bilirkişi kabul

³⁰ Meselâ Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair 1928.1219 no.lu K 1975.1964 de adam öldürme ve müessir fiil suçlarının taksirle işlenenlerini düzenleyen mülga TCK 455 ve 459'a eklenen birer fıkra ile cezalarda sekizde bire kadar indirme yetkisi hâkim tanınırken "taksirin hafifliğine göre" denecek yerde, "kusurun derecesine göre" denilmesi, taksirden söz edilmeyerek haksız fiil söz konusu imişçesine kusur denmesinin yanında, derecenin tespiti için bilirkişiye başvurma mecburiyetini de getirmesi bakımından isabetsiz olmuştur. Ayrıca kanun yanlış anlaşılabilir, her trafik kazasında bütün ilgililerin taksirleri toplamı 8 olacak biçimde derecelendirilmeğe yani Gürelli'nin de belirttiği üzere (Trafik kazalarında kusur derecesinin uygulamada doğurduğu sorunlar. 1. Ulusal Adli Tıp Günleri (Adana 84), 1985, s. 82) bölüşülmeğe başlanmıştır. Halbuki kanunun amacı, suç tipi karşılığında cezayı normal ve ağır taksir hallerine hasretmek, taksir hafif ise cezadan ayrıca indirim yapabilmektir. Taksir gibi onun hafifliğini de hâkim, elbet bilirkişi raporu ile bağlı olmadan tâyin edecek (CGK 5/4/82 YKD 82/10 1463) ve cezayı suçlunun kişiliğine ve suçuna uyduracaktır (CGK 3/5/82 YKD 82/10 1457). Adli Tıp Kurumu Trafik İhtisas Dairesi, 13/3/85 tarihli içtihat kararında (Adli Tıpla ilgili Bakanlık Tamimleri. Kurum yayını, tarihsiz, s. 110) kusur oranlarının ceza dâvalarında 8, hukuk dâvalarında 100 üzerinden gösterilmesi gerektiği, oranlar toplamının hukukta 100'ü aşmayacağı, fakat cezada 8'den aşağı veya yukarı olabileceği sonucuna varılmıştır. Bu içtihat kararı isabetlidir. Taksir cezada kişi başına hesaplanacağına göre toplama bakmanın anlamı yoktur. Hukukta ise toplam 100'den aşağı düşmemelidir. Görülüyor ki Trafik Kanununa göre verilecek raporlarda hukuk ve ceza sorumlulukları dereceleri ayrı ayrı tespit edilmeli, mülga TCK 455 ve 459'daki kusurlar ise taksir olarak kabul olunmalıdır. Diğer taraftan hâkimin temel cezayı aşağı haddin üstünde göstermesinin mantıksız olacağı görüşüne (*Dönmezer*: Kişilere ve mala karşı cürümler, 14. bası 1995, n. 74) bu cezanın sadece taksir oranına göre tâyin edilmediği gerekçesiyle katılmıyoruz.

³¹ Meselâ mülga Çocuk Mahkemeleri Kanunu, 11 yaşını bitirmiş fakat 15 yaşını bitirmemiş küçükler hakkında "işlediği suçun anlam ve sonuçlarını kavrayabilme" yetkisinin bilirkişilerce tespit edilmesini mecburi kılmıştı (ÇMK 20). İyonlaştırıcı radyasyonlarla yürütülen çalışmalarla ilgili olarak idare mahkemelerinde açılan davalarda mahkemelerce seçilen bilirkişilerin Türkiye atom enerjisi kurumundan seçilmesi duyurulmuştu (Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğünün 8.10.1998 tarihli Genelgesi: YMB 63, 36).

³² Tek olması kaide olmalıdır. Önemli veya tekrarı mümkün olmayan işlerde istisna kabul edilmelidir. Sayının tek olması şart değildir. Zira teknik bildiği sayı değil, ağırlık önemlidir (*Clerc*, n. 153). Mahkemenin kararı, ehliyet bakımından Yargıtay kontrolüne tâbidir (2. CD 19/10/62 Çağlayan "66" I, 466; *Girelli*, 39; k-m: *Kantar*, 89), zira bağlı değerlendirme yetkisi söz konusudur. Resmî bilirkişi bakımından da ehliyet haklı olarak kontrol edilmektedir (2. CD 27/1/49 Çağlayan "66" I, 481).

³³ Bu sınırlama önce 3 kişilik bir kurula yaptırılan incelemeden sonra gerekirse hattâ yine 3 kişilik bir kurula karşı-inceleme (*contre-expertise*) yaptırılmasına elbet engel sayılmamalıdır.

³⁴ Resmî bilirkişilerin başlıcaları şunlardır: a) Adli Tabipler, b) Adli Tabiplerin olmadıkları yerlerde, Sağlık Ocağı, Hükümet veya belediye tabipleri, bunların da olmadıkları yerlerde sair resmî hekimler, bunların da olmadıkları yerlerde diplomalı serbest hekimler resmî bilirkişidir (1336 (1920) - 38 numaralı Tababeti Adliye K. m. 4), c) Adli Tıp Kurumu, Adalet işlerinde bilirkişilik görevi yapmak üzere Adalet Bakanlığınca kurulmuştur. Gerekli görülen yerlerde Kuruma bağlı ihtisas daire veya şubeleri de kurulabilir. Kurum, mahkemeler, hâkimlikler ve savcılıklar tarafından gönderilen adli tıp ile ilgili konularda bilimsel ve teknik görüşlerini bildirmeğe mecburdur (1982-2659 numaralı Adli Tıp Kurumu K. 2), ç) Tababet ve şubeleri sanatlarını ifadan mütevellit adli meselelerde Yüksek Sağlık Şurası ekspertiz ile mükelleftir (Umumî Hıfzısıhha Kanunu, m. 10). d) İlâç fiyatlarındaki ihtikârî tetkikle Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığı mükelleftir (6197 sayılı Eczacılar ve Eczaneler Hakkındaki Kanun m. 30), e) Medenî paralarda kalpazanlık, kâğıt paralarda sahtecilik suçlarında bunların sahiplerini tedavüle çıkararak makam, yani birincilerde darphane, ikincilerde Merkez Bankası (CMK 84). f) Türk Parasının Kıymetini Koruma Kanununa aykırılıklarda mahkeme veya savcılık, dokuz kişiden az olmamak üzere, Türkiye Ticaret Odaları, Sanayi Odaları ve Ticaret Borsaları Birliğinin mütalâası alınmak suretiyle Hazine ve Dış Ticaret Müsteşarlığı tarafından tespit olunan listedeki kişiler arasından seçmeğe mecburdur (TPKKK "1985-3196" 4). Bu norm, resmî bilirkişinin kanunla görevlendirilmesi kaidelerinin (CMK "73-1699" 66/2) bir istisnasını oluşturmaktadır, zira bu bilirkişileri kanun değil, kanunun gösterdiği makam seçmektedir. CMK 63 ile bilirkişi seçme yetkisinin sanığa ve müdafie de tanınması önemlidir (*Özbek* 2005, 216).

edilmişse, görevini yapmasını engelleyen özel sebepler³⁵ olmadıkça, yerine başkası tayin edilemez (CMK 64/3). Resmî bilirkişilerin görevlerini yapmasını engelleyen özel sebepler varsa, yerlerine başkaları seçilebilir (CMK 64/3).

b) Bilirkişinin sayısını istisna olarak kanunun tayin ettiği vardır. Meselâ otopsi bir hekim tarafından yapılır (CMK 86/3).

Bilirkişiye başvurma yetkisi, kaide olarak, mahkeme ve hâkimlik makamlarına verilmiştir. Kanun kısaca hâkim demektir (CMK 63/2). Bu makamlar hazırlık soruşturmasında sulh hâkimliği, duruşma hazırlığında mahkeme başkanlığı ve duruşma mahkemesidir.

Mülga Kanun ilk şekli berri, gecikmede tehlike varsa (No. 361), yani istisna olarak, savcılığa da bilirkişi incelemesi yaptırma yetkisi vermişti (CMUK 66/2).³⁶ Ceza Muhakemesi Kanunu ise istisnayı kural haline getirmiş ve “soruşturma evresinde C. Savcısının bilirkişi atamasını düzenlenmiştir (CMK 63/3). Bu veri hâkimin yetkisine tesir etmez.³⁷ Bu istisna, inceleme resmî bilirkişilerde yapıldığında sakıncalı değildir. Gerçekten hâkim de yaptırarsa aynı resmî bilirkişiye başvuracaktır. Keza yemin söz konusu olmadığında da sakınca yoktur. Savcının taraf olarak bilirkişi incelemesi yaptırması, hattâ o kişiyi duruşmaya getirebilmesi mümkündür (CMK 179/2).

Bizce savcıya bilirkişiye başvurma bakımından tanınan bu istisnanın, ona istisnanın (CMK 63/3) yemin de verdirebilmesi şeklinde genişletilmesi esaslara ters düşmektedir. Bu yetkinin savcıya istisna olarak tanındığı unutulmamalıdır. Bu istisnayı ancak bilirkişinin tayinindeki gecikmenin tehlikesi haklı gösterebilir. Yemin listede yer almamış bilirkişilere görevlendirildiklerinde verdirildiğine göre (CMK 64/6), yemin bakımından gecikmede tehlike söz konusu olamamak gerekir.

3. Bilirkişinin nitelikleri.

Bilirkişinin belli nitelikleri olmalıdır. Bunların başında aranan sahada uzmanlık gelir. Kanun bunu sağlamak amacıyla uzman bilirkişilerin listelerinin oluşmasını öngörmüştür. Her yıl adli yargı adalet komisyonları tarafından bir liste düzenlenecek ve bilirkişi listedekilerden seçilecektir. Diğer illerde oluşturulmuş listelerden de yararlanma kabul edilmiştir (CMK 64/1).

Diğer taraftan, bilirkişi, hâkimin yardımcısı sıfatıyla, onun gibi, objektif de olmalıdır. Bu vasfı sağlamak için, bilirkişinin, hâkim gibi³⁸, aynı sebeplerle reddi ve çekinmesi kabul edilmiştir (CMK 69, 70). Asıl dâvaya bakan makam, ret dâvasına da bakar. Ret sebebi ispat edilmelidir. Reddi kabul edilen bilirkişi mütalâa bildirmeyecek, bildirmişse nazara alınmayacaktır. CMUK 76/2. maddede bu hususta açık bir hüküm mevcut iken, Ceza Muhakemesi Kanununda yoktur.³⁹ Ceza Muhakemesi Kanununda düzenlenmeyen diğer bir husus, *tanığın bilirkişi olmasına* ilişkindir. Mülga Kanunda tanıklık ile bilirkişilik aynı hususa taallük ediyorsa, tanıklık tercih edileceği (CMUK 68/3) hükmü mevcuttu.⁴⁰ Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 70 inci maddesi sadece tanıklıktan çekinmeyi gerektirecek sebepleri düzenlemiştir.

Kanunumuz bilirkişilik için başka vasıflar da aramıştır. Kamu hizmetlerinden yasaklılık veya belli bir meslek ve sanatı icranın tatili cezasına mahkûm olanlar, bu süre içinde bilirkişilik edemezler. Keza tanık olmağa mâni haller de (CMK 45, 46, 48) bulunmamalıdır.

³⁵ AİHM, yiyeceklerin kontrolü hakkındaki Avusturya kanununa göre rapor veren Enstitü müdürünün dâvada bilirkişi gibi görev yapmasını ve reddi dâvasının kabul edilmemesini, tarafsızlığı şüpheli görüleceği ve müdafaanın gösterdiği uzmanın tanık gibi dinlenmesine karşın Enstitü müdürünün bilirkişi olarak sanığa ve tanıklara soru yöneltmesini eşitlik ilkesine ve dolayısı ile hakkaniyete uygun bulmadığından İHAS 6'ya aykırı bulmuştur (*Bönisch* dâvası, 6/5/85 n. 28-34).

³⁶ İstanbul Komisyonu tasarısında “keşif-i adli” diye adlandırılan bu keşfi sadece hâkimler yapabiliyordu. Savcı istisnasının Ankara'da ilâve edildiği anlaşılıyor.

³⁷ 4. CD 26/10/65 (*Çağlayan* “66” II, 93).

³⁸ Hâkimin reddi sebepleri arasında görev yapamama halleri de vardır. Bilirkişilerin de hâkimler gibi objektif olmaları şart olduğundan, benzerliği tam olarak kabul edip, hâkimlerin görev yapamadıkları hallerde bilirkişilerin de yapamayacakları sonucuna varmak doğru olur. Bu demektir ki bilirkişi reddedilmemişse dahi ilerde bozma sebebi sayılabilecektir.

³⁹ Katılan da CMUK 67 de açıklanmamışsa da, reddi isteyebilir (k-m: Gürelli, 57), zira şahsî davacının haklarını haizdir.

⁴⁰ *Gürelli*, 58.

336. b) Bilirkişinin ödevleri.

Bilirkişilerin mecburî ödevleri, yani mecburiyetleri şöylece sınırlanabilir: 1) Bilirkişiler için *kabul mecburiyeti* kaide olarak yoktur. İstisna olarak, şu kişiler kabule mecburdurlar (CMK 65): a) Resmî bilirkişiler, b) İncelemenin yapılması için bilinmesi gerekli fen ve sanatla iştigali meslek edinenler veya meslek edinmeğe mezun olanlar, c) İncelemenin yapılması için gerekli mesleği yapmaya resmen yetkili olanlar.

2) Belli bilirkişiler için *çekinme mecburiyeti* vardır: a) Kamu görevlileri, bağlı buldukları kurumla ilgili davalarda bilirkişi olarak atanamazlar (CMK 64/3), b) Meslek sırrı gerektirdikçe müdafiler, hekimler, ebeler (CMK 46)⁴¹, c) Belli koşullarda devlet sırları gerektirdikçe, Devlet memurları (CMK 47).⁴²

3) Bilirkişi kabul ettiği görevi *dürüstlikle* yapmak mecburiyetindedir. Kasten hakikat hilâfına mütalâa beyan etmek suçtur (CK 276).

Mahkemeye sunulan bilirkişi raporunun maddi olgu ve fiili gerçeklerle bağdaşmadığı yönünde kuvvetli olgu ve şüphelerin bulunduğu kanaatine ulaşıldığı takdirde, 1990.3628 numaralı Kanun uyarınca işlem yapılırdı (CMUK “2003.5020” 76/4). Bu hüküm yeni Kanuna alınmamıştır.

4) “Mütalâa beyanı ile mükellef olan” (CMK 71), yani görevi isteyerek veya mecburiyet dolayısı ile kabul eden bilirkişi için⁴³ kabulden sonra usulü dairesinde davet edilince⁴⁴ *gelmek mecburiyeti* vardır.

Gelmezse, tanıklar gibi zorla getirilir⁴⁵ ve bu hareketinin sebebiyet verdiği masrafları ödemekle beraber üç ayı geçmemek üzere disiplin hapsine mahkûm edilir (CMK 71, 60/1).⁴⁶ Gelmek mecburiyetinden kurtulmak için asılsız sebep ileri sürmek mülga TCK’nun 282. maddesinde ayrıca suç olarak düzenlenmişken, Yeni TCK da bağımsız suç olarak düzenlenmemiştir.

Yemin etmekten çekinen bilirkişi hakkında tanıklara ilişkin hüküm uygulanır (CMK 71), yani bundan doğan masraflar ödettirilir, ayrıca üç ayı geçmemek üzere disiplin hapsi verilir (CMK 60).

5) Mütalâa beyanı ile mükellef olan bilirkişi için, gelince, mütalâasını söylemeden veya raporunu vermeden önce⁴⁷, *yemin etmek mecburiyeti* vardır (CMK 64/5). Kanun bilirkişilerin listeye kaydedilirken İl Adli Yargı Adalet Komisyonları huzurunda Kanunda (CMK 64/5) öngörülen sözlerin tekrarlanması suretiyle yapılır. Listeye kaydedilen bilirkişilerin görevlendirildikleri her işte yeniden yemin verilmesi söz konusu değildir. Sadece listede yer almamış bir bilirkişi görevlendirildiğinde kendisini atayan merci huzurunda yemin eder ve bu tutanağa bağlanır (CMK 64/6).⁴⁸ Yemin,

⁴¹ Mehaz kanununun 85. maddesinden alınarak Ankara Komisyonunca 80. maddeye eklendiği anlaşılan 3. fıkra, hakikate muğlaktır (*Kantar*, 71, not 63). Maksat, *Gürelli’nin* (s. 55) de belirttiği gibi bir olayın kavranmasının özel bilgelere ihtiyaç gösterdiği hallerde, ancak bu bilgisi sayesinde olayı öğrenebilen kimsenin hem tanık hem bilirkişi olduğunu, fakat bu takdirde yerine başkası konamayacağı için bilirkişi gibi reddedilmeyeceğini, tanıklık sıfatının ağır bastığını ifade eder. Bu kimse tanık olarak dinlenirken, özel bilgisinden faydalanarak öğrendiği olayı anlatacak, bu arada bilirkişi gibi mütalâa da beyan edecektir.

⁴² Kanunda “çekinebilir” denilmek suretiyle bir yetki olarak ifade edilmiş ise de bunun mecburiyet olduğu açıktır.

⁴³ Mütalâa beyanı ile mükellef olup olmamak çok defa hâkim önüne çıkmadan anlaşılmaz diye çağrılan her bilirkişiyi gelmeğe mecbur tutmak (*Gürelli*, 60), müeyyideleri yüklemeye de gerektirir ve haksızlıklara yol açar. Gelmeyen ve mükellef olmadığını bildirip ispat eden kimseye neden ceza vermeli? Ceza verilmeyecekse (*Gürelli*, 60) neden gelme mecburiyetinden söz etmeli?

⁴⁴ Mülga Kanunda bilirkişi daveti hakkında hüküm olmadığından 65. madde uyarınca tanıkların daveti hakkındaki CMUK 45 uygulanmakta idi.

⁴⁵ 1985 değişikliğinde, gelmeyen bilirkişi hakkında gelmeyen tanıklara ilişkin normların uygulanacağı belirtilmekle bilirkişilerin de zorla getirilmesi kabul edilmiş, böylece kanunun 55 yıldan beri bilirkişi ve tanık arasında gözettiği bu esaslı fark tartışılmadan bir çırpıda ortadan kaldırılmıştır. Gereğince dâvaları geciktirmemekten, maddenin gayesine aykırı düşmemekten söz edilmekte ise de bilirkişiliğin mecburî olmadığı hallerde zorla getirme, bilirkişilik müessesesinin temeline aykırıdır.

⁴⁶ Bu para cezalarının ödenmemesi halinde hafif hapse çevrileceği hükmü CİK 5 ile zımnen ilga edilmişti. 1973 de mülga CİK 5 değişiklikleri ile bu ceza da hafif hapse çevrilebilmekte idi.

⁴⁷ Yeminin, hatta inceleme başlamadan önce verilmesi daha uygundur (*Gürelli*, 72).

⁴⁸ 2. CD 18.3.1937, 3233-4042 (TK 1937, 327).

bilirkişilerin taraf tutmadan, tamamen ilim ve tekniğe uygun olarak mütalâa beyan etmeleri için kabul edilmiş bir tedbirdir. Bilirkişilerden yerine başkasını koymak mümkün olduğundan, yeminsiz dinlenmesi mecburî bilirkişi yoktur.⁴⁹

6) Bilirkişiliği kabul eden bilirkişi, çekinmesi kabul edilmedikçe, *mütalâa beyanı mecburiyetindedir* (CMK 71). Aksi takdirde bu hareketinin sebebiyet verdiği masrafları ödemekle beraber disiplin hapsine çarptırılır (CMK 71 yollamasıyla 60/1).⁵⁰ Asılsız sebepleri ileri sürerek beyan mecburiyetinden çekinmek ise mülga TCK'nin 282. maddesinde suç olarak düzenlenmişti.⁵¹

7) Bilirkişiliği kabul eden bilirkişi, çekinmesi kabul edilmedikçe, tayin edilen süre içinde yazılı mütalâasını bildirmeğe mecburdur. Süre içinde raporunu vermeyen bilirkişi hakkında 66/2. madde uygulanır. 64. maddede öngörülen listelerden çıkarılabilir, gecikme dolayısıyla uğranılan zararların ödetilmesine karar verilebilir.

8) Birden fazla meselâ üç bilirkişi tâyin edilmişse, maksat üç ayrı mütalâa elde etmek değil, üç bilirkişiden müşterek mütalâa almak olduğuna göre, bilirkişiler için müzakere mecburiyeti de vardır. Üç kişinin birbirleri ile konuşup danışmadan ayrı ayrı mütalâa vermeleri başka şey, bir araya gelerek, birbirlerinden faydalandıktan sonra mütalâa vermeleri yine başka şeydir. Bu mütalâalar, danışılmadan verilene nazaran çok daha değerlidir.

337. c) Bilirkişinin yetkileri.

Bilirkişinin yetkileri şunlardır:

1) Bilirkişinin *çekinme yetkisi* vardır. Bilirkişinin objektif olması gerektiğinden, objektif kalamayacağından korkan bilirkişi çekinebilmelidir. Bilirkişi tanıkların çekinme sebeplerine veya makbul diğer sebeplere dayanarak mütalâa beyanından çekinebilir (CMK 70). Sebebin makbul olup olmadığını hâkim takdir edecektir.

2) Bilirkişi, lüzum görürse ve bu da kabul edilirse, *tanıkları dinlemek ve sanığı sorguya çekmek yetkisi*'ni de haizdir (CMK 66/4).

3) Bilirkişi, lüzum görürse ve bu da kabul edilirse, *dosyayı tetkik etme*, tanıkların dinlenmesinde ve sanığın sorguya çekilmesinde hazır bulunma ve bunlara *sual sorma yetkileri*'ne maliktir (CMK 66/6).

4) Bilirkişi, kaybettiği vakit için bir "*tazminat*" ile *inceleme ve seyahat masraflarını* ve çalışması ile uygun bir "*ücret alma hakkı*"nı haizdir (CMK 72).

338. ç) Bilirkişi incelemesinin yapılması.

"Bilirkişi incelemesi" (expertise) şu safhalardan geçerek yapılır:

1) Bilirkişi incelemesi yapılmasına karar verildikten sonra, bilirkişiye çağrı kâğıdı çıkarılır. Bilirkişi müeyyideler bakımından da artık tanıklara benzetildiğinden (CMK 62), davet üzerine gelmemenin kanunî sonuçlarının bu çağrı kâğıdında gösterilmesi gerekir (CMK 43). Gösterilmemişse bu sonuçlar uygulanamayacaktır.

⁴⁹ Güreli, 66; k-m: *Taner* (s. 210) ve *Kantar* (s. 91), tanıklar gibi bilirkişilerin de yeminsiz dinlenebileceği kanaatindedir.

⁵⁰ Bilirkişi memur sayılmadığından, mülga TCK 230 uygulanmamakta idi (4. CD 10/9/74 İKİD 75, 3718). Bu cezalar, 1979-2248 m. 23 ile artırılmıştı.

⁵¹ 2. CD 22/10/85 YKD 86/1 126.

2) Gelen bilirkişi, inceleme konusu hakkında aydınlatılır⁵² ve inceleme yapıp mütalâasını rapor halinde bildirmesi için süre tâyin edilmelidir. Bu süre, duruma göre değişir fakat üç ayı geçemez.⁵³ Uygulamada bilirkişiye yemin bu safhada verdirilmektedir.⁵⁴

Taraflar evvelce bu safhada ister hazırlık soruşturmasında ister ilk soruşturmada olsun, hazır bulunabilirlerdi. İllksoruşturma kaldırılınca 162 inci madde 1985 de yeniden düzenlendi ve hazırlık soruşturmasında, bilirkişinin duruşmada hazır bulunamaması ihtimaline karşı erken dinlenmesinde sanık, suçtan zarar gören (kanunun hatalı tâbiri ile mağdur) ve müdafilerinin (doğrusu sanık müdafii ile suçtan zarar görenin avukatının) hazır bulunabileceği kabul olunmuştu.⁵⁵ Aynı hüküm aynı hatalarla yeni Kanunun 84/2. maddesinde kabul edilmiştir.

Bu safhada bilirkişi hemen mütalâa beyan edemeyecek, yani dinlenemeyecek olsa da, inceleme konusunu tespit bakımından tarafların mütalâalarını almakta yarar olduğundan onların bu safhada da hazır bulunmaları kabul edilmelidir.

3) Üçüncü safha, asıl inceleme safhasıdır. İncelemeyi, lüzum görürse, hâkim sevk ve idare edeceğine dair mülga CMUK 71. madde Ceza Muhakemesi Kanununa alınmamıştır. Bunun yerine 66/3. fıkrada, bilirkişinin görevini, kendisini atamış olan merci ile ilişki içinde yerine getireceği, gerekirse gelişmeler hakkında bilgi vereceği hüküm altına alınmıştır. İnceleme sırasında hâkimin huzuru şart değildir.⁵⁶⁽⁴⁴⁾ İnceleme aynı zamanda keşif⁵⁷ suretiyle oluyorsa, keşifte hazır bulunma yetkisi ve ödevi olanların, inceleme safhasında da hazır bulunma yetki ve ödevi vardır (CMK 87). Bilirkişinin keşif sırasındaki istekleri kabul edilmezse, red kararı gerekçeli olarak tutanağa geçirilmelidir (kıyasla CUMK 188/3).

4) Dördüncü safha, mütalâanın oluşması safhasıdır. Bilirkişinin mütalâasını oluşturabilmesi için bazı deneyler yapması, kitap karıştırması gerekebilir. Bu safhada taraflar hazır bulunmazlar.⁵⁸ Birden fazla bilirkişinin yapmağa mecbur oldukları müzekkerede de tarafların hazır bulunma yetkisi yoktur.

5) Sıra artık mütalâanın bildirilmesi safhasına gelmiştir. Bilirkişi yaptığı işlemleri ve vardığı sonuçları açıklayan raporu ilgili mercie verecektir (CMK 67/1). “Ancak hemen mütalâa verilmesi

⁵² Hâkim bilirkişi incelemesi yapılmasına karar verirken, incelemenin konusunu tâyin etmek, cevaplandırılmasını istediği soruları hazırlamak mecburiyetindedir. Tatbikatta soruların çok defa sarîh olmaması muhakemelerin uzamasına sebep olmaktadır.

⁵³ Mülga Kanunumuzda süre hakkında sarahat yoktu. Tatbikatta aylarca rapor vermeyen bilirkişilere rastlanmaktadır. Ceza Muhakemesi Kanununun bu süreyi 3 ay olarak kabul etmiş ve en çok 3 ay daha uzatılabileceğini kabul etmiştir (CMK 66/1).

⁵⁴ 72. maddeye göre bilirkişi mütalâasını bildirmeden veya raporunu vermeden önce yemin eder. İncelemeden önce yemin bu maddeye aykırı düşmemektedir. Sadece, hâkim işi olduğundan, yemini savcının verdirmesi bizce doğru değildir. 1985 de süre kabul edilmesi çok yerinde olmuştur.

⁵⁵ Duruşmada taraflar hazır bulunabileceklerine göre, duruşmada olduğu gibi yapılan “erken dinleme”de de hazır bulunabileceklerin taraf sıfatını taşımaları gerekmektedir. Sanık bakımından pek mesele yoktur. Dâva açılmadan önce onun sanık sıfatını alması mümkündür. Böyle olmasa da ortada bir şüpheli vardır ve onun hazır bulunabilmesi için onun da sanık sıfatını aldığı kabul olunabilir. Nitekim CMUK madde ayırım yapmadan erken dinlemede sanığın hazır bulunmasından söz etmiştir. Öteki taraf savcı olduğuna göre onun da hazır bulunması gerekeceğinden, erken dinleme işlemini hâkimin yapması gerektiği sonucunu çıkarıyoruz. Suçtan zarar görenin de hazır bulunması için taraf olması, yani katılan sıfatını alması gerekmektedir. CMUK 162. madde “mağdur”un doğrusu suçtan zarar görenin de hazır bulunabileceğini bildirmekle, onun katılan sıfatı aldığını zımnen kabul etmiş olmaktadır. Bütün bunlar göstermektedir ki katılma hazırlık soruşturmasında artık açıkça düzenlenmelidir. Sanık ile birlikte veya onu temsilen müdafinin de erken dinlenmede hazır bulunması sorun yaratmaz. Suçtan zarar görenin, katılan sıfatını almışçasına hazır bulunması kabul edildiğine göre, onun avukatının hatta bilirkişisinin hazır bulunmaları kanunla düzenlenmelidir. Maddede bu avuktan “müdafii” diye söz edildiğini tahmin ediyoruz. Gerçi kanun açıkça katılanın müdafii dememiştir ama sanık ve mağdur dediği halde müdafii değil de müdafileri demiş olması, müdafii sanıktan hemen sonra değil de mağdurdan sonra sayması, mağduru müdafii denilmesi isabetli olmayan “avukat”ının da hazır bulunmasını istediğini gösterse gerektir.

⁵⁶ CGK 14/1/35, 40/13.

⁵⁷ Güreli (s. 77), kanundaki “keşif ve muayene” tâbirinin, her türlü bilirkişi incelemesini içine alacak şekilde yorumlanmasını haklı olarak istemektedir.

⁵⁸ Soruşturma evresindeki hâkim işlemlerine savcı, sanık ve müdafii iştirak edebilir (CMK 162, mülga 186). Ancak bu hüküm, bilirkişi incelemesinin her safhasında tarafların iştirak edebileceği mânâsına alınmamalıdır.

mümkün işlerde sözlü mütalâa ile yetinilebileceği ve bu mütalâanın tutanağa geçirilerek imza ettirileceğine ilişkin CMUK 75/1 hükmü yeni Kanuna alınmamıştır.

Kovuşturma evresinin duruşma aşamasında, sözlülük kaide olduğundan, rapor vermiş olan bilirkişinin dinlenmesi de kaideyi oluşturur.

Ancak, dinlemeğe ihtiyaç yoksa, raporun okunması ile yetinilebilir.⁵⁹ Mülga Kanunda raporun okunabileceğinin açıkça belirtildiği CMUK 244/1, 244/2, 249 yeni Kanunda düzenlenmemiştir.

Duruşma hazırlığı sırasında erken dinlenme söz konusu olduğu takdirde, ilerde yani duruşmada ihtiyaç duyulsa da hazır bulunmaması tehlikesi bulunduğu bilirkişi rapor verse de duruşmadaki gibi dinlenmeli ve hazır bulunabileceklerin sorularına cevap vermesi böylece sağlanarak konuya aydınlık getirmelidir. Bu erken dinlemede sanık, müdafii, suçtan zarar gören ve avukatı hazır bulunabilir.⁶⁰

6) Altıncı safha, mütalâanın bildirilmesinden sonraki safhadır. Rapor üzerine bazı noktalarda izahat alınmağa lüzum görülürse, bilirkişilerin sözlü veya yazılı olarak bu noktalar hakkında mütalâaları alınır. Ceza Muhakemesi Kanununun 68. inci maddesinde, mahkemenin her zaman bilirkişinin duruşmada dinlenmesine karar verebileceği, ilgililerden birinin istemesi halinde de bilirkişinin duruşmaya çağrılabilmesi hükmü altına alınmıştır. Dinlenme suretiyle sözlü olarak mütalâanın bildirilmesinden sonra taraflar bu mütalâaya karşı diyeceklerini diyebilirler ve bilirkişiye sorular sorabilirler (CMK 215). Bilirkişi mütalâalarının tartışılması, hâkimin bir kanaate varması hususunda çok faydalıdır. Hâkim, mütalâayı yeterli görmezse, başka inceleme yaptırabilir.

Adli Tıp Kurumu İhtisas Kurulları ve İhtisas Daireleri mütalâaları kanaat verici görülmezse, Adli Tıp Genel Kurulunun mütalâası da istenebilir.⁶¹

339. Uzmanın (teknik müşavirin) mütalâası.

UZMAN GÖRÜŞÜNÜ GENİŞLET

Ceza Muhakemesi Kanunu kolektif hüküm verilmesinde rolü olan taraflara da *uzman seçmek* yetkisini vererek, onların da teknik istişareden faydalanabilmesini kabul etmiş ve bunu düzenlemiş (CMK 67/6) ise de İtalyan Kanunundaki “uzman” (consulente tecnico, *teknik müşavir*) tabirini kullanmamıştır. Kanunumuza göre bunlar da bilirkişilerdir. Fakat hâkimin tâyin ettiği bilirkişiden farklı tarafları vardır. Onun için ayrı bir ad taşımaları uygun olmuştur.⁶² Biz “bilirkişi”⁶³ tâbirini re’sen tâyin edilenlere hasredip, tarafların seçtiklerini “uzman” (teknik müşavir) adı altında inceleyeceğiz. Bizce taraflara bilimsel konularda mütalâa veren uzmana “teknik müşavir” denilmeli idi. Ancak kanun “uzman” terimini benimsemiştir.

⁵⁹ Daha önce rapor vermiş olan bilirkişinin duruşmada dinlenmesi gerektiği görüşünü, 6. basıda, muhakemeyi çabuklaştırmak ve bilirkişiliği kolaylaştırmak üzere terk ettik. Rapor okunmakla da sözlülük sağlanabileceği gibi, bilirkişi raporunun da şahadetnameler gibi okunmasını sağlamak için kullanılan (CMUK 249/1) “veya” kelimesi “ve” diye yorumlanmağa elverişlidir. İlâve edelim ki Almanlar takometre kayıtları hakkındaki belgelerin, kan gruplarına veya kandaki alkomiye ilişkin raporların okunabileceğini de maddede açıklamışlarsa da (StPO 256, I), bizce, bu sonuca yorumla da varmak mümkündür.

⁶⁰ Yukarıdaki 257 numaralı nota bakınız.

⁶¹ Bu istek üzerine Adli Tıp Genel Kurulunun işi inceleyip bir görüş belirtmesi kanun gereğidir (1982.2659 m. 15a) (1. CD 8/4/86 İKİD 86 4172).

⁶² *Gürelli* (s. 21), ödev ve yetkilerin hiç olmazsa kovuşturma evresinde farklı olmadığına, farklı ismin durumu değiştirmeyeceğine dayanarak, her ikisine de bilirkişi denmesine taraftardır. Tosun (I, 253) teknik müşavir ile sanığın seçtiği bilirkişinin farklı olduğunu, birincisinin teknik alandaki işlerde savunma yaparak sanığa, ikincisinin hâkime yardım ettiğini söylemektedir. Bizce önemli olan, tarafın seçmesidir. Biz bunun için hâkimin tâyin ettiği bilirkişiden ayırmak üzere ayrı bir ad verilmesini önerdik. Yoksa İtalya’daki teknik müşavir statüsünü benimsemedik. Hâkimin tâyin etmediği bilirkişinin rolü elbet her memlekette farklı düzenlenebilir. Kaldı ki muhakemenin kolektif olduğu, bilirkişinin sadece hâkime yardımcı olmadığı bugün anlaşılmalıdır. Yine kaldı ki teknik müşaviri sadece savunma yönünden açıklamak yetersizdir, zira savcı da taraf olarak bilirkişi seçebilmektedir.

⁶³ CMK, ilk şekilde “ehlihibre” tâbirini kullanmıştı. MHK ise “ehlivukuf” demişti. İkisi de “expert” karşılığıdır. Son zamanlarda kanunlarda bilirkişi tâbiri kullanılmaktadır. Mülga Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunundaki bütün “ehlihibre” terimleri 1985’ten beri artık “bilirkişi” olmuştur (1985-3206 No. K. m. 84). CMK bilirkişi tabirini kullanmaktadır.

Uzmanın yargılama konusu olayla ilgili olarak bilimsel görüş bildirmesi kabul edilmiştir. Bunun dışında bilirkişi raporunun hazırlanması için veya bilirkişi tarafından hazırlanan bir raporun değerlendirilmesinde kullanılmak üzere uzman görüşü alınabilir.

Bizim *teknik müşavir* adını vermeyi önerdiğimiz fakat Kanunun “uzman” adını verdiği sùje (CMK 67/6), hâkimin tayin ettiği bilirkişiden farklıdır; mesela Cumhuriyet savcısı bu uzmana yemin verdiremez. Sanık da taraf olarak seçtiği uzmanına yemin verdiremez.⁶⁴

Uzmanın bilimsel mütalaasını istemek yetkisi katılan, vekiline, şüpheli, sanık, müdafî veya kanuni temsilciye verilmiştir. CMK’nun 67/6. fıkrasında Cumhuriyet savcısının da uzmanından bilimsel mütalaa alabilmesi imkânı sağlanmışsa da, soruşturma evresinde kendisi bilirkişi atayabilen Cumhuriyet savcısının (63/3) kendi atadığı bilirkişinin verdiği raporu değerlendirmek üzere uzman görüşü istemesi maksadı aşar niteliktedir. Bu nedenle biz Cumhuriyet savcısının mahkeme tarafından atanan bir bilirkişi raporu hakkında CMK 67/6. maddeye dayanarak uzman görüşü alabileceği düşüncesindeyiz. Bilirkişi ile “uzman” arasındaki fark, kendilerini atayan veya görevlendiren makam bakımındandır, yoksa yaptıkları iş arasında temelde bir fark yoktur. Her ikisi de çözümü uzmanlığı, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hallerde bilimsel mütalaa hazırlarlar. Ancak uzmanın durumu mahkemenin atadığı bilirkişiden biraz farklıdır: Fark silahlarda eşitlik ilkesinden doğmaktadır. Bilirkişinin yaptığı teknik incelemenin bir başka uzman tarafından irdelenmesi maddi gerçeğin ortaya çıkartılması açısından faydalıdır. Uzman görüşü bilirkişiden bir yönden daha farklıdır. Bilirkişi sadece maddi mesele konusunda görüş bildirip, hukuki meseleye girmesi yasak iken, uzman bilimsel mütalaa başlığı altında hukuki görüş de sergileyebilir. Zira CMK 67/6. maddede maddi meseleye girip girmeme konusunda bir açıklık yoktur.

Kovuşturma evresinde taraflar uzmanlarını “*doğrudan doğruya davet*” ettirebilirler⁶⁵ (CMK 68/3). Doğrudan doğruya davet edilen kimse, tazminatı celpname ile birlikte verilirse veya mahkeme kalemine yatırıldığı bildirilirse, hazır bulunmağa mecburdur.⁶⁶ Bu bilirkişinin mütalâası, hâdisenin tenvirine yararsa, bu tazminatı Devlet öder (CMK 177). Sanık duruşma aşamasında, uzmanını, davet için müracaat etmeden de⁶⁷ *getirebilir* (CMK 178). Uzmanların isimleri ile adresleri karşı tarafa münasip bir zaman önce bildirilmelidir (CMK 179). Bundan maksat, karşı tarafın bu kimseler hakkında bilgi edinebilmesidir.

Kovuşturma evresinde uzmanın ödev ve yetkileri, bilirkişininkilerden farklı değildir. Bu itibarla, tanıklara ilişkin hükümlerin bilirkişi incelemesine ilişkin ikinci bölümdeki hükümlere tatbik edilmesinden dolayı, uzman da yemin eder.

Soruşturma evresinde bilirkişi iştiraki ile bir keşif ve muayeneye lüzum görülmesi halinde sanık uzmanının davet edilmesini isteyebilmelidir. İsteği reddolunursa, doğrudan doğruya davet ettirebilir (CMK 178). Bundan maksat, sanığın duruşmada davet ettirmek niyetinde olduğu uzmana, mütalâası için gerekli müşahadeleri bizzat yapabilmek imkânının sağlanmasıdır.⁶⁸ Sanık hakkındaki bu norm, uzmanını duruşmaya getirebilen savcı ve müdahile de uygulanır.⁶⁹ Uzman doğrudan doğruya davet

⁶⁴ Hazırlık soruşturmasında bilirkişi incelemesi yaptırılmasının dâva sayısını azaltan bir süzgeç olduğu doğru, fakat bundan, bilirkişiye savcının başvurusunun Türkiye realitelerine uygun olduğu sonucunun çıkarılması (*Dönmezer: Semp. I, 139*) yanlıştır. Süzgeç, savcının bilirkişi tayinini hâkimden istemesi halinde, bağımsız hâkim tayin ettiğinden, daha iyi işleyecektir.

⁶⁵ Mahkemenin bilirkişiye başvurusunu şart koşmak sanığın müdafaasını kısıtlayacağı için isabetli değildir.

⁶⁶ Teknik müşavirler hakkında, muhakemenin her safhasında, sadece “beraberinde getirme” sistemi uygulanmalı, kanun değiştirilmelidir. Gerçekten, masrafını vermek suretiyle bir kimseyi teknik müşavir olarak mecbur edip getirmekte ne zorunluk ne de uygunluk vardır.

⁶⁷ *Gürelli, 50.*

⁶⁸ *Löwe: m. 195, no. 1.*

⁶⁹ *Gürelli, 48.*

ettirilebildiği gibi, duruşma hükümlerine kıyasla, birlikte de getirilebilir.⁷⁰ Uzman isterse, kaide olarak, müşahadeleri tutanağa geçirilmelidir.⁷¹

340. Keşif. a) Genel olarak.

I. Keşifin hukuki niteliği.

Muhakeme Hukukunda “keşif” muhakemenin gayesine erişmek için hâkimin, beş duyusu vasıtası ile yaptığı teftiştir⁷², yani meydanda olanı dikkatle incelemesidir.

Keşif, bilirkişi incelemesi gibi, delil muhtevasının öğrenilmesine ve tecrübe kaidesinin bulunmasına ve dolayısı ile mevcut delillerin değerlendirilmesine meselâ bir tanığın doğru söyleyip söylemediğinin öğrenilmesine yarar. Keşfin çok defa delil olarak kabul edilmesinin⁷³ sebebini delil ile değerlendirilmesinin ayırt edilmesinde aramak lâzımdır.

Keşif suç belirtilerinin tespitine de yaradığından (CMK 83), suç kolluğunun ve savcının yaptığı, aslında araştırma muamelesi olan teftişte olduğu gibi, dolayısıyla, meydana çıkarılan delillerin kaybolmamasını sağladığı, bu itibarla suç işlendiği zamandaki durumu muhafazaya çalıştığı için, bir bakıma da koruma tedbiri niteliğindedir. Bunun içindir ki olay yerinde yapılan keşif olaya ne kadar yakın zamanda yapılırsa o kadar değerli olur.⁷⁴ Ancak bu talî mahiyet, keşfin, suç yerinde eser ve izlerin araştırılması ve korunması için kolluğun aldığı acele tedbirlerden olan teftiş ile bir sayılmasına sebep olmamalı ve hâkimlerin sübut konusunda hükme varmaları için bilgi edinmek maksadı ile başvurdukları bir çare olduğu gözden kaçmamalıdır.

Keşif için yer şartı yoktur. Olay yerinde olduğu gibi meselâ duruşma salonunda da⁷⁵, şahıs üzerinde de yapılabilir. Şahıs üzerindeki keşfe “hâkim muayenesi” (*examen judiciaire*) denilir. Mağdurun yaralarının hâkim tarafından incelenmesinde durum böyledir.

Keşif, bir kararla yapılır. Keşif kararını yargılama makamları verir. Keşif, olayın yer, zaman, hava gibi şartlarına uygun olarak yapılmalıdır.⁷⁶

Keşfi hâkim veya mahkeme yapar. Bu hâkim keşfe karar veren yargılama makamını işgal eden hâkim veya hâkimlerdir. Gerektiğinde keşfi naip hâkim veya istinabe olunan hâkim de yapar. Keşif, bir bakıma koruma tebiri de olduğu için, gerektiğinde soruşturma evresinde de yapılır. Fakat aslında deliller bakımından kovuşturma hâkimlerinin işi olduğundan, duruşmada hazır bulunabilecekler bulundurulur, kovuşturma evresinde yapılmışçasına, yapılır.

Kanunumuza göre, gecikmede sakınca varsa, savcı da keşif yapabilmektedir (CMK 83). Halbuki mehzaz kanun hâkimden başkasının bu işlemi yapmasını kabul etmemiştir.⁷⁷ Gerçekten, olay hakkında sübut bakımından bir karar verecek olan hâkim, delilleri değerlendirebilmek için yapacağı mantık ameliyesinde kullanacağı küçük önerme için delil muhtevasını, büyük önerme için de tecrübe kaidesini öğrenmeye mecburdur. Bunları da ya bilirkişiler vasıtası ile yani bilirkişi incelemeleri yaptırarak, ya bizzat yani keşif yaparak öğrenecektir. Bu da keşfi kendisinin veya kendisi için hâkim olan bir kimsenin

⁷⁰ Gürelli (s. 47) de, bilirkişiyi hâkimin veya savcının tâyin etmiş olması bakımından bir fark görmemektedir.

⁷¹ Löwe: m. 195, no. 6. İlksoruşturma ile birlikte ilga edilen hükümlere göre, uzman, bilirkişinin işini güçleştirmezdi (CMUK mülga 188/2). Uzmanın keşif ve muayene sırasındaki isteklerinin reddi kararları gerekçeli olarak tutanağa geçirilirdi (CMUK mülga 188/3).

⁷² Hâkimin teftişine (*ispenzione giudiziale, constat judiciaire*) türkçede bugün sadece “keşif” denildiğinden, hâkimden başkalarının, meselâ savcının veya kolluğun yaptığı teftişe keşif denilmemelidir.

⁷³ Erem, n. 249.

⁷⁴ Doğrudanlık ilkesinin sonucu olarak hâkim duruşmaya getirilemeyecek delilleri keşif yoluyla tetkik eder (*Şahin* 2005, 259).

⁷⁵ Meselâ tanığın yaralamada kullanıldığını gördüm dediği silâhın duruşmada hâkim tarafından incelenmesi bir keşif olduğu gibi suç sırasında çekilmiş bir filmin mahkemede veya bir sinemada oynatılarak görülmesi veya tanığın gördüğünü beyan ettiği olayın, bulunduğu yerden görülüp görülemediğinin olay yerinde araştırılması da bir keşiftir.

⁷⁶ CGK 16/3/51 (AdD 51, VI, 953); 2/6/80 İKİD 81/4, 204.

⁷⁷ *Daguin*, m. 86, not 2. Bu farka, İstanbul Komisyonu tasarısında da rastlamıyoruz. Ankara’da ilave edildiği anlaşılıyor.

yapmasını gerektirir. Bunun içindir ki mehz kanunun sistemini doğru bulmakta, kanunumuz da savcıya da bu yetkinin tanınmasını keşfin özüne aykırı görmekte ve keşif yaptırmak için hâkim kararı aranmasında lüzum olmadığı zannını verdiren, hâkim teftişi ile savcı teftişini ve dolayısı ile, hâkim ile savcıyı birbirine karıştıran bu normu sakıncalı bulmaktayız. Hemen bir hâkim bulmak kabil değilse ve gecikmede tehlike varsa, savcı veya kolluk hemen bir teftiş yapabilir. Fakat buna, keşif adı verilmemelidir.⁷⁸

II. Keşifin yapılması.

Keşif esas hakkında hüküm verecek olan hâkim in maddi olgunun mahkeme salonuna getirilemeyen kısımları hakkında beş duyusu ile bizzat bilgi edinmesini sağlayan bir kurumdur. Hâkim in keşif yapmasını düzenleyen CMK 83 aslında delillerin doğrudan doğrualığını garanti altına almıştır. Bu nedenle C. savcısının keşif yapması istisnadır ve sadece “gecikmesinde sakınca bulunan hallerde” kabul edilebilir. Gerçekten Yargıtay 9 CD’nin isabetli olarak belirttiği gibi, gecikmede tehlike yoksa C. savcısının keşif yapma yetkisi yoktur. Yetkisi bulunmadığı halde C. savcısının keşif yapması kanuna aykırıdır. Bu keşiften elde edilen delilin kanuna aykırı delil olduğunu iddia etmek ve duruşmada ortaya konmasını önlemek (CMK 206) müdafie düşen bir görev sayılmalıdır. Başkan da ortaya konulması istenilen bir delilin kanuna aykırı olarak elde edilmiş olduğunu saptarsa, kendiliğinden bu delilin ortaya konulmasını reddedebilir. CMK 206/2 de re’sen reddetme düzenlenmemişse de, biz tahkik sisteminin bir uzantısı olan işbirliği sistemindeki Türk hâkim inin duruşmada maddi gerçeği kendiliğinden araştırabileceği görüşüdeyiz.⁷⁹

Keşif sırasında tekniğe ve ihtisasa taallük eden meselenin de halli gerekiyorsa, bilirkişi de hazır bulundurulur. Bu şekilde yapılan tetkiklerde, bilirkişi incelemeleri hakkındaki normlar uygulanır.

Keşifte, zabıt kâtibi de bulundurulur. Soruşturmada acele hallerde, hariçten bir kimse de zabıt kâtipliği yapabilir (CMK 169).

Keşif sonunda, bir tutanak düzenlenir (CMK 169) ve bunda mevcut olan hal ve vaziyet ile olayın özel mahiyetine göre bulunması düşünülen eser ve izlerden hangilerinin mevcut bulunmadığı yazılır (CMK 83/2. Tutanak, keşifte hazır bulunan sair kimselerce de imzalanır (CMK 169).⁸⁰

Soruşturmadaki keşiflerde savcı, sanık ve müdafisi hazır bulunabilir. Buna şimdi, yanlış olarak mağdur denilen suçtan zarar gören de eklenmiştir (CMK 84). Bu ekleme, suçtan zarar görenin, bugün sadece hazırlık soruşturmasından ibaret hale gelmiş olan soruşturmada da kamu dâvasına katılmayı istemesi kapısının aralanması demektir. Fakat ona bu sıfat resmen verilmeli, avukatının da, teknik müşavirinin yani kanunun tâbiri ile uzmanının da hazır bulunması sağlanmalıdır. Kovuşturma evresinin duruşma hazırlığı aşamasında yapılan keşiflerde, işin gecikmesine sebebiyet vermeyecekse, keşif gününden savcıya, sanığa⁸¹ ve müdafieye haber verilir. Bunların bulunması şart değildir. Tutuk olan sanık, ancak tutuk bulunduğu mahaldeki mahkeme binası içinde yapılan keşiflerde hazır bulunma hakkını haiz olup (CMK 84), mahkeme zorunlu hallerde diğer yerlerdeki keşiflerde de bulundurulabilir. Sanık hazır bulundurulmamış ise, müdafisi mutlaka hazır bulundurulmalıdır. Bu «dürüst yargılanma hakkı» gereğidir. Diğer hallerde de müdafinin hazır bulunması gerekir (StPO 168 c/4, 224/2).⁸² Hazır bulunanlar, tanıklara ve bilirkişilere sorulabilirler.⁸³

⁷⁸ Kantar, 96; Erem, n. 249. Uygulamada bu teftişe, “kaza tespit raporlarında olduğu gibi, tespit de denilmektedir.

⁷⁹ Yargıtay’a göre, “gecikmesinde sakınca bulunan hal ortadan kalkmış veya hiç gerçekleşmemiş ise hâkim tarafından keşif yapılması gereklidir (9 CD 2005/6128-578, www.adalet.org)

⁸⁰ CGK 21/1/35, 90/25 (TK 1935, 75).

⁸¹ Meselâ keşif yerinin olay yeri olup olmadığı sanıktan sorulup öğrenilmelidir (CGK 20/2/66, Çağlayan “66 I, 516).

⁸² Tasarıdan farklı olarak, keşfe katılma hakkına sahip olanlar kendilerine ait bir mazeret öne sürerek işin geri bırakılmasını isteyebilirler (Şahin 2005, 261).

⁸³ Kantar, 97.

341. b) Ölünün adli muayenesi ve otopsi.

“İnsan teftişi”, ayrı bir tabirle ifade edilmekte ve *beden muayenesi* diye adlandırılmaktadır. İnsan ölmüş ise, muayeneyi hekim huzurunda hâkim yapacaktır. Canlıların da muayenesi gerekebilir.

Parmak izi alma ve fotoğraf çekme de kişisel veri elde etmeğe yarayan basit muayene kavramına girer. Basit muayenede arama hükümleri kıyas yolu ile uygulanmalıdır. Bunun dışındaki muayeneler teknik ve ihtisas işi olduğundan, muayene bilirkişiye yaptırılacak ve bu işi de *keşif* hükümlerine göre hâkim yapacaktır. Ceza Muhakemesi Kanunu “beden muayenesini” ayrıca düzenlemiştir (CMK 75).⁸⁴

I. Adli muayene.

“Ölünün Cumhuriyet savcısı tarafından muayenesi” (CMK 86)⁸⁵ de bir çeşit keşiftir. Keşfe dair normlar burada da uygulanır.⁸⁶ Bu muayene iki çeşittir: Birincisi, “adli muayene” diye adlandırılan ve hekim⁸⁷ tarafından Cumhuriyet savcısı⁸⁸ huzuru ile yapılan *dış muayene*’dir. Bu muayenede ölünün kimliği, ölüm zamanı ve ölüm sebebini tâyin için haricî bulgular, tıbbi belirtiler tespit edilir (CMK 86). Ancak tıbbi belirtiler ölüm sebebini tam olarak göstermeyeceğinden, otopsi de yapılmalıdır.

II. Otopsi.

Ölünün muayenesinin ikinci çeşidi olan otopsi, cesedin⁸⁹ hem dışardan hem içerden muayenesidir.⁹⁰ Ceza Muhakemesi Kanunu otopsinin Cumhuriyet savcısı huzurunda yapılmasını tercih etmiştir (CMK 87/1). Mülga Kanun döneminde otopsi hâkim huzurunda⁹¹ (CMUK 79), tehirinde zarar umulan hallerde ise C. savcısı huzurunda yapılırdı.⁹² Otopside C. savcısı hazır bulunur, savcı dışında, biri adli tıp, diğeri patoloji uzmanı veya diğeri dallardan birisinin mensubu veya biri pratisyen iki hekim tarafından yapılır. Raporunda açıkça belirtilecek zaruret halinde, bir hekim tarafından da yapılabilir. Müdafî veya vekil tarafından getirilen hekim de otopside hazır bulunabilir. Ölen kimseyi son hastalığında tedavi eden

⁸⁴ Ancak, eski Kanun zamanında, zaruretler muayene için hâkime başvurmağa çok defa imkân bırakmadığından, bilirkişiyi de kanun tayin ettiğinden, muayenelerin savcı talebi ile yapılması kabul edilmişti (CMUK 66/6). Tatbikatta savcıya dahi başvurmağa çok defa imkân olmadığının, kolluk başlangıç soruşturmasında insan muayenesini “teknik bulgu elde etme” faaliyeti arasında yaptırılmakta idi.

⁸⁵ Maddedeki adli sıfatının aslı “richterlich, judiciaire” olup hâkimin yaptığı muayeneyi ifade eder. Ancak ölünün hâkim tarafından muayenesi yani “keşif” her zaman gerekmiyebilir. Onun için bu yetki savcıya verilebilir. Netekim 1975 Alman reformunda verilmiştir. Savcı hâkimin de katılmasını isteyebilmektedir (*Grauhan*, 392).

⁸⁶ Kantar, 97.

⁸⁷ Mülga 79. maddede muayenenin hâkim tarafından yapılacağına açıklanmamış olması, hekim tarafından yapılacağı anlamına gelmez. Zira adli denmesi “judiciaire” karşılığı olup bu da hâkimi işlemi mânâsıdır. Kaldı ki maddede tabip huzuru ile yapılır denmesi, hekimin yapmayacağını, muayenede bilirkişi olarak hazır bulunup hâkime yardım edeceğini göstermektedir. Diğer taraftan resmî bilirkişi söz konusu olduğunda muayeneyi, gecikmede tehlike olmasa da, savcının yapmasında (CMUK “85-3206” 162/1) bir sakınca yoktur, çünkü o da aynı bilirkişiye başvuracaktır.

⁸⁸ Hekim bulunamazsa, sağlık memuru da olabilir. Ancak Yargıtaya göre, sağlık memurunun raporu, mercine tasdik ettirilmelidir (1. CD 29/10/53, 4. CD 17/1/67; *Çağlayan*, AdD 71/257). Olayın aydınlanması için hekimin hazır bulunması gerekli değilse, 1975 Alman reformunda olduğu gibi, bundan vazgeçilebilmelidir.

⁸⁹ Otopsinin başarılı olması için ölenin giysilerinin de incelenmesi çok defa gerekir. Bu nedenle savcılar bu giysileri muhafaza altına almalıdırlar (*Saatçioğlu* (Cemil): Hâkimlerin bazı sorunları üzerine. 1. Ulusal Adli Tıp Günleri (Adana 84), 1985, s. 108).

⁹⁰ Otopsinin biri tıbbî, diğeri adli olmak üzere iki çeşidi vardır. Bizi ilgilendiren sadece adli otopsi olduğundan, kısaca otopsi demekte sakınca görmüyoruz. Otopsi konusunda tafsilât için Bk. Adaletin oluşumunda otopsinin yeri paneli. 1. Ulusal Adli Tıp Günleri (Adana 84), İstanbul, 1985, s. 1-26.

⁹¹ Otopsinin hekim tarafından yapılması her şeyin hekim tarafından yapılması demek değildir. Meselâ kafatasını hekim sıyrır ama kemiği bir teknisyen kesebilir. Savcılar hâkime yardımcı vermekte tereddüt etmemelidir (*Gök* (Şemsi): not 286 da sözü geçen panel, s. 25).

⁹² Otopside hazır bulunmak başka, otopsi kararı vermek başkadır. Otopsi ne kadar erken yapılırsa o kadar faydalı olduğundan, gecikmede daima tehlike bulunduğundan savcı karar verebilir. Çağrılan sulh hâkimin otopsi yer ve saatinde hazır bulunamaması halinde otopsi geciktirilemeyeceğinden, savcı huzuru ile yapılır. (*Şahin* 2005, 269); Kovuşturma evresinde otopsi kararı mahkemece, soruşturma evresinde savcılığa verilir.

hekimin otopsi yapması yasaktır. Bununla beraber bu hekim, hastalığın seyri hakkında bilgi vermek üzere otopside hazır bulunmağa davet olunabilir (CMK 87/3).

Gömülen ölünün dıştan muayenesine veya otopsisine lüzum görülürse, cesedin mezardan çıkarılmasına (*feth-i kabir*) soruşturma evresinde savcılık, kovuşturma evresinde mahkeme karar verir (CMK 87/4).⁹³

Otopsi yapılırken cesedin görüntüleri kayda alınır (CMK 87/5). Teknik kayıt imkanlarının gerekli yerlerde kullanıldığı, fakat duruşma sırasında ve mahkeme binaları içerisinde yetkisiz kişiler tarafından ses ve görüntü alıcı aletlerin kullanılması yasaklanmıştır (CMK 183). Teşhiste (PVSK ek m. 6), ifade almada (CMK 147/1-h) ve mağdur çocukların tanık olarak dinlenmesinde (CMK 52/3), görüntü ve ses kaydı yapılmasını zorunlu kılan hükümleri yerinde buluyor, fakat uygulamada kanuna uygun bir şekilde kayıt yapılmamasını eleştiriyoruz.

Otopsi, bilhassa ölüm sebebinin tayini için yapılır. Yeni doğmuş çocuğun otopsisinde, bilhassa, doğumu müteakip yahut doğum sırasında çocuğun yaşayıp yaşamadığı, vaktinde doğup doğmadığı yahut vakitsiz doğmuşsa yaşayabilecek bir halde olup olmadığı araştırılacaktır (CMK 88). İnsan öldürme olaylarının hepsinde otopsi kaide olarak yapılmalıdır, zira belli kabul edilen sebebin değişmesi ihtimali daima vardır.

Otopsi yapılmadan önce, mâni sebepler olmadıkça, ölünün hüviyeti her suretle ve bilhassa kendisini tanıyanlara gösterilerek tayin olunur. Ortada bir sanık (CMK 86/1) hatta şüpheli varsa, ölü ona da gösterilmelidir. Otopsi ölünün durumu müsait oldukça, mutlaka baş, göğüs ve karnın açılmasını gerektirir (CMK 87/2).

⁹³ 79. maddede ilk günden beri müsaadeden söz edilmesi isabetsizdi. Zira burada savcının bir emri söz konusu idi. 1985 değişikliğinde nedense müsaade terimine dokunulmamış, gerekli işlemlerden ve bunların kararı veren mercice yerine getirilmesinden söz edilmiştir. Maksat, gerekçede belirtildiği üzere, mezar açtırma kararını verenin otopside hazır bulunmasıdır. Bu demektir ki hazırlık soruşturmasında mezardan çıkarılan ölünün otopsisinde hep savcı hazır bulunacaktır. Bu sonuç, savcının ancak gecikmede tehlike bulunan hallerde otopside hazır bulunacağını belirten ikinci fıkraya ters düşmektedir. Mezar açma kararını hâkimden almak için geçecek bir kaç saatlik gecikmede tehlike olduğunu kabul etsek bile, ölü mezardan çıkarılıp otopsi yapılncaya kadar hâkime haber verip otopside onun bulundurulmasını sağlamak mümkün olduğuna göre, otopsi bakımından gecikemez durumdan söz edilemez. Son fıkra, sadece mezar açma kararının verilmesini düzenliyecek biçimde yeniden değiştirilmelidir.