

# BANKA VE TİCARET HUKUKU DERGİSİ

Aralık 2005 - Cilt XXIII - Sayı 2

## Makaleler

Doç. Dr. Erkan KÜÇÜKGÜNGÖR  
Yrd. Doç. Dr. Korkut ÖZKORKUT  
Yrd. Doç. Dr. Rauf KARASU  
Yrd. Doç. Dr. Şafak NARBAY/  
Yrd. Doç. Dr. İbrahim ÖZBAY  
Av. Sülün GÜÇER

## Görüşler

Prof. Dr. Yaşar KARAYALÇIN  
Işıl ULAŞ  
AÜHF Ticaret Hukuku ABD -  
TTK Tasarısı Hakkında Görüş

## Kararlar



BANKA ve TİCARET HUKUKU ARAŞTIRMA ENSTİTÜSÜ (TÜRKİYE İŞ BANKASI VAKFI) - ANKARA

## TÜRK HUKUKUNDA HUKUKÎ MÜTALÂANIN ÖNEMİ VE NİTELİĞİ

Yrd. Doç. Dr. Şafak NARBAY\*

Yrd. Doç. Dr. İbrahim ÖZBAY\*\*

### GİRİŞ

Hukuk sistemimizde yargı makamlarının ve özellikle hâkimlerin, bir uyuşmazlığı çözümlerken, yer yer farklı alanlarda uzman sayılabilecek kişilerin bilgilerine başvurdukları bilinen bir gerçektir. Bunu temin eden kurumlardan birisi Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda (HUMK) düzenlenen "*bilirkişilik kurumu*"dur<sup>1</sup>. Bununla birlikte, uygulamada bazen taraf veya taraf vekillerince somut uyuşmazlıkla ilgili olarak, hukukî konularda, alanında uzman olan kişilerden "*hukukî mütalâa*" alınmakta ve mahkemeye ibraz edilmektedir. Bu konuda mevzuatımızda bir düzenleme olmadığı için, hukukî mütalâaların önemi ve niteliği yeterince açıklığa kavuşturulmuş değildir. Bu nedenle, "*hukukî mütalâanın önemi, etkisi, değeri ve sonucu*", kısaca "*niteliği*"nin açıkça ortaya konulmasında büyük yarar bulunmaktadır. İşte çalışmamızın amacı, konuyu tüm yönleri ile ele almak olup, bu kapsamda, hukukî mütalâanın "*niteliği*"; Avukatlık Kanunu (AK) m. 35'de düzenlenen "*avukatın tekel hakkı*" ve m. 34'te ifadesini bulan "*avukatın özen yükümlülüğü*"; Anayasa (AY) m. 138'de hükme bağlanmış olan "*mahkemelerin bağımsızlığı*" ve Medenî Kanun (TMK) m. 1, f. 3 anlamında "*bilimsel görüş niteliği*"

---

(\*) Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

(\*\*) Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflâs Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

(1) HUMK'da (m. 275-286) bilirkişiye deliller arasında yer verilse de, son yıllarda usul kanunlarında bilirkişinin davadaki işlevi göz önünde bulundurularak, bilirkişinin "*hâkimin yardımcısı*" olduğu şeklindeki anlayış, daha çok benimsenir olmuştur (bkz. Arslan, Ramazan: "Bilirkişilik, Sorunları ve Çözüm Önerileri", Yargı Reformu 2000 Sempozyumu, İzmir 2000, s. 190, dn. 2; Taşpınar, Sema: "Türk Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Bilirkişi Ücreti", Prof. Dr. Ergun Önen'e Armağan, İstanbul 2003, s. 378, dn. 18 ve s. 379). Gelişen teknik ve bilim karşısında hâkimlerin bilgilerinin karar vermede yetersiz olması her ülkede model arayışlarına neden olmuştur. Bu konudaki modeller hakkında bkz. Taşpınar, s. 378, dn. 18.

ortaya konulmaya çalışılacaktır. Ayrıca, özellikle üniversitede görev yapan bir öğretim üyesi bilim adamı tarafından, istem üzerine "*hukukî mütalâa verme olgusu*"nun Türk Ceza Kanunu (TCK) bağlamında suç teşkil edip etmediği de incelenecektir.

Şu hususu hemen belirtmek gerekir ki, ülkemizde her ne kadar, önemli uyuşmazlıklar söz konusu olduğunda, ilgililerin hukukî durumlarını bilmek, takip edecekleri yolu belirlemek amacıyla hukukî mütalâa talep ettikleri gözlemlense de, genel olarak hukukî mütalâa *dava hazırlığı yapılırken*, özellikle de *davanın herhangi bir safhasında (karardan önce layihaların karşılıklı olarak verilmesi, karardan sonra temyiz, karar düzeltme)* gerçek veya tüzel kişiler tarafından istenmektedir<sup>2</sup>. Kendilerinden hukukî mütalâa talep edilen kişiler (genelde öğretim üyeleri) de, hukukî mütalâa isteminde bulunan tarafça temin edilen dava dosyası suretinde yer alan tüm belge ve dokümanları inceleyip, somut uyuşmazlıkla ilgili olarak gerek teorik düzeyde, gerek uygulama ile ilgili tüm irdelemelerini yaptıktan sonra, gerekçeleri ile görüşlerini ifade etmektedirler.

Yine başlangıçta önemle vurgulanmalıdır ki, hukukî mütalâa, mahkemeye (hâkime) hitap eden, bir başka deyişle hâkime yöneltilmiş bir belge değildir. Ayrıca hukukî mütalâa, mütalâayı kaleme alan uzman bilim adamı tarafından mahkemeye değil, kendisinden bu mütalâayı talep eden kişiye verilir. Bu kişi de iddialarını desteklemek, kendisini mahkeme nezdinde daha güçlü bir konuma getirebilmek amacıyla mütalâayı, dava dosyasına konulmak üzere hâkime verir.

Diğer taraftan, özellikle üniversitede görev yapan öğretim üyesi bilim adamı ya da bilim adamlarınca istem üzerine hazırlanıp, yine istemde bulunanlarca çoğunlukla dava dosyalarına konulmak üzere hâkime verilen hukukî mütalâaların AY'ye aykırılık teşkil ettiği, bu davranışın "*Yargı görevi yapma etkileme*" kenar başlıklı TCK m. 277'nin ihlâli anlamına geldiği zaman zaman ileri sürülmekte<sup>3</sup> ve hukukî mütalâa veren öğretim üye ya da üyeleri hakkında savcılıklara suç duyurusunda bulunmaktadır. Bunun gibi, "*baroya kayıtlı avukat*" sıfatını haiz olmayan bir kişinin vermiş olduğu hukukî mütalâanın "*Yalnız Avukatların Yapabileceği İşler*" kenar başlıklı AK m. 35, f. 1'in emredici

(2) *Karayalçın*, Yaşar: Hukukda Öğretim-Kaynaklar-Metod, Problem Çözme, 5. Baskı, Ankara 2001, s. 163 (Hukukda Öğretim-Kaynaklar-Metod); *Karayalçın*, Yaşar: Özel Hukukda Meseleler ve Görüşler-Hukukî Mütalâalar (1975-1983), II, Ankara 1983, s. VII (Özel Hukukda Meseleler ve Görüşler-II).

(3) Nitekim vermiş olduğu bir hukukî mütalâa nedeniyle *Prof. Dr. Ömer Teoman* böyle bir iddiaya muhatap olmuştur. Yazar hakkında mahkemeye verilmiş dilekçe içeriği hakkında bkz. *Teoman*, Ömer: Yaşayan Ticaret Hukuku, Cilt I: Hukukî Mütalâalar, Kitap 6:1994, İstanbul 1995, s. 112-114.

hükümünün ihlâli anlamına geldiği, dolayısıyla bu hükme aykırılığın yaptırımını olan "Avukatlık Yetkilerinin Başkaları Tarafından Kullanılmaması" kenar başlıklı AK m. 63, f. 1 ve f. 2 hükümlerinin uygulanması gerektiği de iddia edilmektedir<sup>4</sup>. Bir başka deyişle, somut

(4) Trabzon Asliye Ticaret Mahkemesinde derdest E. 2003/133 sayılı dosya ile ilgili olarak davanın taraflarından birisinin talebi üzerine, bir üniversitede görev yapan iki öğretim üyesi tarafından birlikte, istemde bulunan tarafa dava dosyası incelenerek hukukî mütalâa verilmiş ve mütalâa, talep eden tarafından dava dosyasına konulmuştur. Bunun üzerine, davanın diğer tarafı, öğretim üyelerinin görev yaptıkları ildeki baroya öğretim üyelerini şikayet ettikten sonra, Cumhuriyet Savcılığına da suç duyurusunda bulunmuş ve öğretim üyelerinin "hukukî mütalâa vermek suretiyle" Anayasa m. 138 hükümünü ihlâl ettikleri gibi, Avukatlık Kanunu m. 35 ve m. 63'de ifadesini bulan suçları işlediklerini ileri sürmüştür. Öğretim üyelerinin görev yaptığı ilin Cumhuriyet Savcısı tebliğat çıkararak öğretim üyelerinin ifadesini almış ve yapılan inceleme sonucunda özette "... Şüphelilerin, Trabzon Asliye Ticaret Mahkemesinde görülmekte olan bir Hukuk Davası ile ilgili olarak söz konusu davanın taraflarından birinin isteği üzerine dosyayı inceleyip tamamen kendi hukukî ve bilimsel görüşlerini içeren tarzda yazılı hukukî mütalâa düzenleyip isteyen tarafa vermeleri şeklinde gerçekleşen olayda, mahkemeye veya hâkime sunulmak üzere hazırlanmış bir belge olmadığı, sadece hukuk davasında tezini veya antitezini ispatlamak konumunda bulunan karşı davacılar tarafından istenmesi nedeniyle düzenlenen bunlara verilen bir hukukî görüş olduğu, bunun istemde bulunan karşı davacılarca mahkemeye kanıt olarak sunulduğu, söz konusu hukukî mütalâanın mahkeme veya hâkim açısından hiçbir bağlayıcılığı olmadığı, onlara emir, telkin veya tavsiye niteliği taşımadığı, kaldı ki biran için bilirkişi görüşü olarak kabul edilse bile bunun dahi HUMK'un 286. maddesi hükmü uyarınca mahkeme veya hâkim üzerinde hiçbir bağlayıcılığının bulunmadığı, yine HUMK'un ilgili maddelerinde açık şekilde mahkemenin veya hâkimin kanıtları toplama görevi olmadığı ancak taraflarca sunulan kanıtları tamamen özgürce değerlendirip kararını vereceğinin belirtildiği, yani mahkeme açısından bu kanıtın da hiçbir bağlayıcılığının bulunmadığı, tamamen bilimsel şekilde kaynak gösterilerek yazılmış bir makale niteliği taşıyan hukukî mütalâa başlıklı metnin görülmekte olan bir dava ile ilgili olmasının Avukatlık Yasası anlamında herhangi bir suç oluşturmadığı, çünkü şüphelilerin böyle bir mütalâa yazmakla avukatlık yapmadıkları gibi avukatlara ait yetkileri de kullanmadıkları, mahkemeye veya hâkime doğrudan sunulmak üzere mütalâa vermedikleri, yakınının soyut beyanları dışında şüphelilerin üzerlerine atılı suçu işlediklerine dair somut ve yeterli hiçbir kanıt bulunmadığı tüm hazırlık dosyası kapsamından anlaşılmalıdır. Bu nedenlerle; şüpheliler hakkında üzerlerine atılı suç yönünden ayrı ayrı Kamu Adına Kovuşturmaya Yer Olmadığına... CMK'nun 172, 173. maddeleri uyarınca yasal yollar açık olmak üzere karar verildi." denilmek suretiyle ilgili öğretim üyeleri hakkında "kovuşturmaya yer olmadığına dair karar" verilmiştir. Bu karara "yakınanın" itirazı üzerine, öğretim üyelerinin görev yaptığı il Cumhuriyet Başsavcılığının yargı çevresine en yakın ilin Ağır Ceza Mahkemesi Başkanlığı, o ilin Cumhuriyet Başsavcılığından mütalâa talep etmiş ve Başsavcılık da "1136 sayılı Avukatlık Kanununun 35. maddesinin ... hükmünü, 63. maddesinin ise ... hükmünü amir olduğu, bu çerçevede şüphelilerin görülmekte olan dava ile ilgili olarak davalılara (karşı davacılar) hukukî mütalâada bulunmak suretiyle Avukatlık Kanunu ile sadece avukatlara tanınan yetkiyi kullandıkları anlaşıldığından, şikayetçinin E... Cumhuriyet Başsavcılığının 03.06.2005 tarih, 2005/1675 Hz.

bir uyuşmazlıkla ilgili olarak ancak "*baroya kayıtlı bir avukat*"ın hukukî mütalâa verebileceği, bu hakkın "*avukatın tekel hakkı*"na girdiği, dolayısıyla üniversitede görev yapan, öğretim üyesi durumunda bulunan uzman bir hukukçunun bir davaya ilişkin olarak istem üzerine mütalâa hazırlayıp veremeyeceği, aksinin gerek AK, gerek AY ve gerek TCK'nın ihlâli anlamına geleceği iddia edilmekte; bu ve benzer iddialar ise, hem savcılık makamının hem de mahkemelerin önüne gelmektedir<sup>5</sup>.

## I- HUKUKÎ MÜTALÂA KAVRAMI VE TARİHÎ GELİŞİMİ

### A- Hukukî Mütalâa Kavramı

Mütalâa sözlük anlamı itibariyle, "*görüş, irdeleme, düşünce*" (*opinion*) anlamlarına gelir<sup>6</sup>. Hukukî mütalâa ise, bir kişinin bir konuda hukukî durumunu ve izleyeceği yolu önceden tespit edebilmek ya da somut bir uyuşmazlıkla ilgili olarak, davanın taraflarından birinin, iddiasında haklı olduğu konusunda kendisini güçlü kılmak amacıyla uzman bir hukukçuya (öğretim üyesi, avukat ...) <sup>7</sup> başvurarak talep ettiği, uzman hukukçu tarafından sorunun "*bilimsel*", "*tarafsız*" ve "*objektif*" olarak irdelenip, bir çözümün ortaya konulduğu ve talep eden tarafa sunulduğu değerlendirilmez.

### B- Hukukî Mütalâanın Tarihî Gelişimi

#### 1. Roma Hukuku

Tarihi açıdan bakıldığında, Roma hukukunda *prudentes*'ler (bilgili, basiretli, ılımlı kişilerin mütalâaları=*responsa prudentium*) hukukî mütalâa

---

2005/830 Karar sayılı Takipsizlik Kararına vaki itirazının kabulüne karar verilmesi kamu adına mütalâa olunur (Sayı: 2005/7373)" şeklinde görüş bildirmiştir. Bu görüş üzerine T... Ağır Ceza Mahkemesi Başkanlığı "... b) Sanıkların belirttikleri biçimde 05.04.2004 tarihi itibariyle, ... Hukuk Fakültesinde öğretim üyesi olarak görevli olmaları halinde, 2547 sayılı Yasanın 53/c maddesi gereğince "... kadrolu ve sözleşmeli öğretim elemanlarının ... görevleri dolayısıyla ya da görevlerini yaptıkları sırada işledikleri ileri sürülen suçlar hakkında aşağıdaki hükümler uygulanır' hükmü gereğince, evrakın yöntemine uygun biçimde 2547 sayılı Yasanın 53. maddesinde belirtilen usule uygun olarak soruşturma işleminin yapılması için dosyanın A... Üniversitesi Rektörlüğüne gönderilmesi, c) İlgili Kurul tarafından verilecek kararın Başkanlığımıza evrak ile birlikte iadesine, ... gerek görüldüğünden CMK'nun 173. maddesi gereğince, yukarıda belirtilen hususların ikmalî ile, dosya ile birlikte evrakın Başkanlığımıza iadesi rica olunur." şeklinde kararını belirtmiştir.

(5) Konu ile ilgili ayrıntılı bilgi ve değerlendirmeler için bkz. aşağıda "VI. Avukatlık Tekeli" başlığı altında yaptığımız açıklamalara.

(6) Yılmaz, Ejder: Hukuk Sözlüğü, 4. Baskı, Ankara 1992, s. 653 (Hukuk Sözlüğü); Türk Dil Kurumu (TDK) sözlüğünde ise, mütalâa kelimesi, "*okumaya ve ders çalışmaya ayrılan zaman, etüt; irdeleme, müzakere, görüş ve düşünce*" olarak açıklanmıştır. Bkz. <<http://www.tdk.gov.tr/tdksozluk>>, (11.10.2005).

(7) Karayalçın, Hukukda Öğretim-Kaynaklar-Metod, s. 164.

açısından örnek olarak verilebilir<sup>8</sup>. Bu hukuk sisteminde "*responsa*", kelime anlamı itibarıyla bir hukukçunun, kendisine sorulan hukuk sorularına verdiği cevapları içeren klasik eser tipidir. *Labeo, Sabinus, Neratius, Marcellus, Scaevola, Papinianus, Paulus, Ulpianus* vs'nin bu isimli eserleri vardır. "*Responsa prudentium*" ise, hukuk bilginlerinin, sözlü veya yazılı cevapları demektir. Eski devirlerde rahiplerin (*pontifex*'ler), Cumhuriyet devrinde ise laik hukukçuların ilgililere verdiği cevaplar anlamında kullanılmıştır. Bu kimselerin hukuk sahasındaki bilgileri ve kendilerine duyulan güven, mahkemeler üzerinde bir otorite tesiri yapmıştır. İmparatorluk devrinin hemen başlarından itibaren, *Augustus*'un bazı hukukçulara tanıdığı imparator adına cevap verme (*ius pullice respondendi*) imtiyazı neticesinde, hukukçuların cevapları hukuk kaynağı hâline gelmeğe başlamış ve ikinci asırdan itibaren bu yeni hukukçuların mutâbık olarak bildirdikleri noktai nazarlar, hâkimi bağlayıcı hâle gelmiştir. Beşinci asırda çıkan bir emirname (*lex citationis*), bu imtiyazı yalnız beş hukukçuya inhisar ettirmiş, sadece onların otoritelerini mutlak saymıştır<sup>9</sup>.

## 2. İslâm ve Osmanlı Hukuku

İslam ve Osmanlı hukukunda "*fetvalar*", hukukî mütalâa bakımından örnek olarak gösterilebilir<sup>10</sup>. Dinî ve hukukî sorulara verilen cevaplardan ibaret olan fetvanın İslâm ve Osmanlı hukukunun işleyişinde rolü, günümüz hukukunda söz konusu olan hukukî mütalâalara çok benzemektedir. İslâmın ilk dönemlerinden itibaren hâkimlerin yargılama sırasında sözlü veya yazılı olarak hukukçuların görüşlerine başvurdukları bilinmektedir<sup>11</sup>. Bununla birlikte ilk dönemlerde, şüphesiz, hukukçuların verdiği fetvalar hâkimleri bağlamamıştır<sup>12</sup>. Fetva verebilmek için hâkimlerde olduğu gibi, merkezî bir otorite tarafından atanmak gerekmiyip hukuk bilgisine sahip olmak yeterli olduğundan, fıkıh öğretiminin yapıldığı medreselerdeki öğretim elemanları ve bu hususta kendisini yetiştirmiş olan kimseler, kendilerine hukukî ihtilâfların çözümü sorulan kişi (müftü) durumunda idiler. Gerek bu hukukçuların gerekse belirli bir tarihten sonra resmen tayin edildiği görülen müftülerin vermiş olduğu fetvalar, kadıları bağlayıcı olmamakla birlikte hukukun

(8) *Karayalçın*, Hukukda Öğretim-Kaynaklar-Metod, s. 163.

(9) Bkz. *Umur, Ziya*: Roma Hukuku Lügati, İstanbul 1983, s. 187.

(10) *Karayalçın*, Hukukda Öğretim-Kaynaklar-Metod, s. 163. Fetva, bir uyumsuzluğun çözümü için sorulan soruya verilen cevaptır (bkz. *Yılmaz*, Hukuk Sözlüğü, s. 280).

(11) Bkz. *Atar, Fahreddin*: İslâm Adliye Teşkilatının Ortaya Çıkışı ve İşleyişi, Ankara 1979, s. 122.

(12) *Hamidullah*, Muhammed: İslâmın Hukuk İlmine Yardımları, İstanbul 1962, s. 121.

işleyişinde yine de daima önemli bir yere sahip olmuştur<sup>13</sup>. Fetvanın kadıyı bağlayıcı olmaması fetvanın hiç dikkate alınmadığı anlamına gelmemektedir. Müftünün fetvasını reddeden hâkimin elinde daha güçlü bir delil olmalıdır. Aksi hâlde ilgili taraf, davayı bir yüksek mahkeme niteliğinde olan Divân-ı Hümâyün'a götürdüğünde sebepsiz olarak fetvayı reddeden hâkim zor durumda kalırdı<sup>14</sup>. Özellikle şeyhülislâmlar tarafından verilen fetvaların bu bakımdan özel bir ağırlığının olduğunu belirtmek gerekir.

Osmanlı devletinde, fetvaların kadıları bağlayıcı hâle getirildiği de görülmektedir. Belirli bir hukukî görüşü tercih etmeyi öneren fetvaların uygulanmasının padişah tarafından emredilmesi, hâkimin bu görüşlerle bağlı olması anlamına geliirdi. Hattâ hâkimler atanırken kararnamesinde hangi mezhebin görüşleri doğrultusunda karar vereceğinin belirtildiği de olurdu<sup>15</sup>.

Sonuç olarak, Osmanlı Devletinde şeyhülislâmlar da dahil olmak üzere müftülerin verdiği fetvalar, günümüzdeki ilmî (hukukî) mütalâalar niteliğinde olup hâkimleri bağlamazdı. Ancak şeyhülislâmın fetvaları padişahın onayından geçirilirse ülkedeki bütün hâkimleri bağlayıcı hâle gelmiş olurdu.

## II- HUKUKİ MÜTALÂANIN NİTELİĞİ

Yargılama aşamasında ortaya konulacak olan deliller HUMK'un sekizinci faslında "*Deliller ve İkamesi*" üst başlığı altında m. 236-374 arasında düzenlemiştir. Öğretide, Kanunun bu faslında açıklanmış olan deliller "*kesin deliller*" ve "*takdiri deliller*" olarak ikiye ayrılarak incelenmektedir<sup>16</sup>. Hukukumuzda kesin deliller, "*ikrar*"<sup>17</sup> (HUMK m.

(13) Aydın, M. Akif: Türk Hukuk Tarihi, İstanbul 1999, s. 94.

(14) Mumcu, Ahmet: Hukuksal ve Siyasal Karar Organı Olarak Divân-ı Hümâyün, Ankara 1976, s. 105.

(15) Kaşıkçı, Osman: İslam ve Osmanlı Hukukunda Mecelle, İstanbul 1997, s. 12.

(16) Bkz. Kuru, Baki/Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder: Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı, 15. Baskı, Ankara 2004, s. 433- 343; Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özkes, Muhammet: Medeni Usul Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2005, s. 387-388. Delillerin değerlendirilmesi açısından bkz. Yıldırım, M. Kamil: Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi, İstanbul 1990, s. 208 vd.

(17) Bununla birlikte öğretide ikrarın delil olmadığını belirten yazarlar da mevcuttur. Bu görüş gereğince, bir olayın ikrar edilmesiyle artık o olay, taraflar arasında çekişmeli olmaktan çıkar ve bunun sonucu olarak delil gösterilmesi gerekmez. İspatın gerekmediği bir hâlde ise, delilden bahsedilemez. Aynı şekilde ikrarın, sadece taraflarca hazırlama ilkesinin uygulandığı davalarda delil olarak kabul edilmesi de bu düşünceyi haklı çıkarır. Zira, kendiliğinden araştırma ilkesinin uygulandığı davalarda ikrar hâkimi bağlamaz. Örneğin, boşanma ve babalık davalarında durum böyledir. Bu husus da ikrarın

236), "*kesin hüküm*" (HUMK m. 237), "*senet*" (HUMK m. 286 vd) ve "*yemin*" (HUMK m. 377 vd) olmak üzere dört tanedir. Takdirî deliller ise, "*tanık*" (HUMK m. 245 vd), "*bilirkişi*" (HUMK m. 275 vd), "*keşif*" (HUMK m. 363 vd) ve "*özel hüküm sebepleri*"dir (HUMK m. 367). Bilirkişi delili takdirî delillerden olduğuna göre, hukukî mütalâanın hukukî niteliği ve bilirkişi delilinden farkı nedir?

Belirtmek gerekir ki, hukukumuzda bu konuda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Ayrıca hukukî mütalâanın takdirî delil niteliğindeki bilirkişilikten farklı olduğu düşünüldüğünde, hukukî mütalâanın niteliği üzerinde durmanın önemi de kendiliğinden anlaşılacaktır. Öncelikle soruna "*genelde bilirkişilik*" ve "*özeldə hukukî konularda bilirkişilik*" açısından yaklaşmak gerekir. HUMK'un 275. maddesine göre "*Mahkeme, çözümü özel ve teknik bir bilgiyi gerektiren hâllerde bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına karar verir*" (c. 1). Bu maddenin ilk cümlesinden, hukukî konularda hâkimin bilirkişiye başvuramayacağı anlaşılmaktadır. Çünkü hukukî konuların hâkimin bilmediği özel ve teknik bilgiler olmadığı açıktır. Bu durum, aynı maddenin ikinci cümlesinde, "*Hâkimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukukî bilgi ile çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişi dinlenmez.*" denilmek suretiyle teyit edilmiştir. Hükmün konulma amacı, belki de hukukî konularda sıkça bilirkişiye başvurulması ve bu durumun yasal bir düzenlemeyle önlenmeye çalışılmasıdır<sup>18</sup>. Ancak belirtmek gerekir ki, maddedeki "*özel bilgi*" deyimini, ikinci cümlede geçen "*genel bilgi*"

delil olmadığını göstermektedir. Şayet ikrar delil olsaydı, örnek olarak gösterilen davalarda mahkemece delil olarak dikkate alınması gerekirdi (*Pekcanitez/Atalay/Özeker*, s. 351; benzer şekilde bkz. *Konuralp*, Halûk: Medenî Usul Hukukunda İspat Hukukunun Zorlanan Sınırları, Ankara 1999, s. 11 ve ayrıca dn. 17). Konu ile ilgili tartışmalar için ayrıca bkz. *Alangoya*, H. *Yavuz/Yıldırım*, M. *Kamil/Deren-Yıldırım*, *Nevhis: Medenî Usul Hukuku Esasları*, 5. Baskı, İstanbul 2005, s. 344 vd.; *Tercan*, Erdal: "Medenî Yargılama Hukukunda İkrarın Geri Alınması", *BATİDER*, C. XIX, S. 3, s. 115 vd.

(18) *Pekcanitez/Atalay/Özeker*, s. 425; ayrıca bkz. *Pekcanitez*, Hakan: "Bilirkişi ve Hakem Odaları Birliği" İstanbul'da Milletlerarası Tahkim Merkezi' Kurulması Hakkında Adalet Bakanlığı Tarafından Hazırlanan Kanun Tasarıları, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü'nde Bu Kanun Tasarıları Hakkında 14 Mayıs 2001 Tarihinde Yapılan Toplantı", Ankara 2001, s. 8. Öğretide *Arslan'a* göre, hâkimlerin hukukî konularda bilirkişiye başvurmaya devam etmelerinin bilinen pek çok nedenleri olmakla birlikte, bu nedenlerin Yargıtay ile ilgili olanları, hukukî konularda bilirkişiye başvuru alan bazı davalarda verilen kararların bozulmaması, hattâ eleştirilmeden onanması, bütün daire ve kurulların bu konuda aynı tutumu takınmaları ve hattâ az da olsa hukukî konularda bilirkişiye gidilmesi gerektiğine ilişkin kararlar vermeleridir (*Arslan*, s. 200). Ayrıca hâkimlerin bilgi yetersizliği, formasyon eksikliğinin yanı sıra, zaman yokluğu ve iş yoğunluğu da hukukî konularda bilirkişi görüşüne ihtiyaç duyulmasının bir başka sebebi'dir [*Deryal*, Yahya: *Türk Hukukunda Bilirkişilik*, Ankara 2004, s. 47 (Bilirkişilik)]. Konu ile ilgili örnek Yargıtay kararları için bkz. *Arslan*, s. 200; *Akcan*, Recep: *Usul Kurallarına Aykırılığa Dayanan Temyiz Nedenleri*, Ankara 1999, s. 139-140.



deyiminin karşısı olarak anlamak, maddedeki "genel ve hukukî bilgi" deyiminin birlikte kullanılmasından, bu iki kavramın birlikte düşünüldüğü sonucuna varmak gerekir. Yani, genel hukuk bilgisi dışında kalan bilgiler, özel ve teknik bilgi kapsamında yer alacaktır. "Genel ve hukukî bilgi", hâkimin gerek hukuk fakültesindeki öğrenimi sırasında, gerek hâkimlik stajı aşamasında ve gerekse meslekî birikim ve tecrübesi sonucu edindiği bilgidir. Elbette her hâkimin genel ve hukukî bilgisinin aynı düzeyde olması söz konusu olmayabilir. Ancak kavramın sınırlarını belirleyebilmek için "orta düzeyde bir hâkimin sahip olması gereken genel ve hukukî bilgi" kriteri kullanılabilir. Bu anlamda hukuk fakültelerinin müfredatları, staj döneminde öğretilen bilgiler ve izlenen program da ortadadır. Bu nedenle, yasak olan durum, hâkimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukukî bilgi ile çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişiye başvurulmasıdır. Yoksa, hâkimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukukî bilgi ile çözümlenmesi mümkün olmayan ve çözümünü özel ve teknik bir bilgiyi gerektiren hâllerde bilirkişiye başvurulabilecektir<sup>19</sup>. Bir başka deyişle, hukukî sorunların bilirkişiye iletilmemesi gerekmesine rağmen, mahkemelerin önüne gelen hukukî sorunların bir bölümünün "hâkimin genel ve hukukî bilgisi" ile çözümlenmesi mümkün değildir<sup>20</sup>. Bu konuda dürüst ve gerçekçi olmak gerekir. Özellikle bazı yeni kavram ve kurumların büyük bir bölümünün hukuk fakültelerinde okutulmuyor olması, bazı şartlar altında, birtakım hukukî sorunları "uzman hukukçuların danışmanlığına başvurarak"

(19) Deryal, Yahya: "Türk Hukukunda Bilirkişinin Nitelikleri ve Avukatın Bilirkişilik Yapması", <<http://www.adalet.org.ly/print.php?idno=51>>, (11.12.2005), s. 1-9 (Bilirkişinin Nitelikleri). Ayrıca 8 Temmuz 1952 tarihli *Neuchatel Kantonu Mahkemesi* kararına göre "Ceza takibine maruz müvekkilinin savunmasını sağlama almak amacıyla bir bilirkişinin yardımına başvuran avukat, kaide olarak, müvekkili hesabına hareket etmiştir ve bilirkişinin ücretinden şahsen sorumlu olmaz. Olayda, muhasebeci bilirkişi, avukatın müracaatı üzerine, onun müvekkilinin defterlerini incelemiş ve birkaç rapor hazırlamıştı; yaptığı bu işe karşılık avukatın 8.185 Frank ücret istenmekteydi (Bkz. Umar, Bilge: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunumuzun Mevaz Neuchatel Kantonundaki Tatbikatı, İstanbul 1967, s. 57, dn. 19). Avukat, bilirkişinin çalışmasından şahsî bir fayda temin etmiş olsa ve mesela bilirkişinin raporlarıyla avukatın meslekî kültürü artsa, topladığı vesikalar zenginleşse veya bu bilgi başka davalarda avukatın işine yarasa bile durum budur. Mahkeme "Avukat, müvekkilinin ödeme niyet ve kabiliyeti hakkında hiç bir şey söylemeden bilirkişiye başvurmuşsa, ücret için şahsen sorumluluk altına girmiş olur mu?" meselesini cevapsız bırakmıştır (Umar, s. 57, No. 91). Kararda geçen bilirkişi taraf bilirkişisi olup, kanaatimizce, hukukumuz bakımından işlevi hukukî mütalâa veren kişinin işlevine benzetilebilir.

(20) Kalpsüz, Turgut: "'Bilirkişi ve Hakem Odaları Birliği' İstanbul'da Milletlerarası Tahkim Merkezi' Kurulması Hakkında Adalet Bakanlığı Tarafından Hazırlanan Kanun Tasarıları, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü'nde Bu Kanun Tasarıları Hakkında 14 Mayıs 2001 Tarihinde Yapılan Toplantı", Ankara 2001, s. 26; aynı yönde bkz. Deryal, Bilirkişinin Nitelikleri, s. 1-9.

çözümlemenin gerekliliğini göstermektedir<sup>21</sup>. Bu nedenle, teknik ve özel hususlar sadece maddî olaylara hasredilemez; hukukî sorunlar da bu kapsama dâhildir<sup>22</sup>. Kaldı ki, bir hâkimin, hukukî açıdan çok teknik bir konuda karar verme sürecinde, "benim yardıma ihtiyacım var" demesi karşısında ona, "hayır sen her şeyi bilirsin, bu itibarla artık sen bilirkişiden yararlanamazsın" şeklinde karşılık vermek gerçekçi olmayan bir yaklaşımdır<sup>23</sup>.

Hukukî mütalâa kesin delil olmadığı gibi, takdirî deliller içinde dahi yer almamaktadır. Bir başka deyişle, bir öğretim üyesi tarafından istem üzerine hazırlanan hukukî mütalâa, HUMK'da takdirî deliller içerisinde belirtilmediğine göre, hâkim kararını vermeden önce dosya içerisinde yer alan mütalâyayı dikkate almak zorunda değildir<sup>24</sup>. Ancak, hukukî mütalâa, alanında uzman öğretim üyesi tarafından kaleme alındığı ve uyumsuzluk konusunu gerek teoriyi, gerek uygulamayı dikkate alarak tüm yönleriyle irdelediği ve gerekçeli bir değerlendirme ortaya koyduğu için tamamen değersiz bir belge de değildir<sup>25</sup>.

Öğretide, konu hakkında yazarlar şu görüşleri ortaya koymuşlardır:

---

(21) *Özsunay, Ergun*: "Bilirkişi ve Hakem Odaları Birliği' İstanbul'da Milletlerarası Tahkim Merkezi' Kurulması Hakkında Adalet Bakanlığı Tarafından Hazırlanan Kanun Taslakları, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü'nde Bu Kanun Taslakları Hakkında 14 Mayıs 2001 Tarihinde Yapılan Toplantı", Ankara 2001, s. 29. Bu yeni hukuk kavramlarına örnek olarak şunlar gösterilebilir: Finansal Kiralama (*leasing*), *factoring*, *forfeiting*, *franchising*, karmaşık bankacılık işlemleri, uluslararası teknoloji transferi sözleşmelerinin çetrefil sorunları, kartel hukukunun özel hukuku ilgilendiren sonuçları vs. (*Özsunay*, s. 29). Ne ölçüde karmaşık olursa olsun, her hukukî problem davanın hâkimi tarafından araştırılarak çözümlenebilir. Hâkimlerimizin bu araştırma işini yapabilecek zamana ve donanımına sahip olduğunu söyleyebilmek bugün için zordur (*Deryal, Bilirkişilik*, s. 54).

(22) *Kalpsüz*, s. 26. Yazar görüşünü desteklemek üzere şu anısını anlatmaktadır: "... hâkimler- ben bunu Asliye Ticaret Mahkemesi hâkimleriyle çok münakaşa ettim- hukukî bir meselede görüşümü almak üzere nasıl bana gelirsiniz?" diye sordum. 'Efendim Kanun'da özel bilgi deniyor, bu sahada siz özel bilgi sahibisiniz, onun için size geliyoruz, sizin bilginizi 'özel' kabul ediyoruz. Bilirkişilik maddî hadiseyle mukâyyet değildir.' cevabını verdiler" (*Kalpsüz*, s. 26).

(23) *Karayalçın, Yaşar*: "Bilirkişi ve Hakem Odaları Birliği' İstanbul'da Milletlerarası Tahkim Merkezi' Kurulması Hakkında Adalet Bakanlığı Tarafından Hazırlanan Kanun Taslakları, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü'nde Bu Kanun Taslakları Hakkında 14 Mayıs 2001 Tarihinde Yapılan Toplantı", Ankara 2001, s. 9.

(24) Buna karşılık, hâkim bilirkişi raporuyla bağlı olmamakla birlikte, dosyada bulunan bilirkişi raporunu görmezden gelemez. Oysa hâkim, dosyadaki hukukî mütalâaya bakmak zorunda dahi değildir.

(25) Hukukî mütalâanın TMK m. 3/f. 1 anlamında bilimsel görüş olduğu hakkında geniş açıklama ve değerlendirmeler için bkz. aça. VI, B.

*Karayalçın*, "Özel Hukukda Meseleler Görüşler-Hukukî Mütalâalar" başlığı altında yayımladığı eserinin II. Kitabının I. Kitap için yazdığı önsözünde, hukukî mütalâaların -ister ilgili tarafça, ister mahkemece talep edilsin- bir veya birkaç hukukî sorunla ilgili olarak hazırlanmış "tarafsız", "objektif" ve "bilimsel çalışmalar" olduğunu belirtmektedir<sup>26</sup>.

Yine *Karayalçın*, "Hukukda Öğretim-Kaynaklar-Metod, Problem Çözme" isimli eserinde, hukukî mütalâaların bilimselliğinin, tarafsızlığının veya doğruluğunun ancak yayımlandığı, bütün meslektaşlarının değerlendirilmesine sunulduğu zaman tartışılabileceği kanaatinde olduğunu ve mütalâaların yayınlanması ile yargı kararlarının ve karşı oyların yayınlanması arasında bilimsellik, tarafsızlık, yazılı olan veya olmayan meslek ve hukuk kurallarına uygunluk açısından herhangi bir farkın bulunmadığını ifade etmektedir<sup>27</sup>.

*Teoman*, "Yaşayan Ticaret Hukuku, Cilt I: Hukukî Mütalâalar" başlığını taşıyan ve Mayıs 2004 itibariyle onbir (11) cilde ulaşan eserinin 6. cildinin önsözünde, mütalâaların en önemli işlevinin, somut bir uyuşmazlıkta taraf olan kimsenin hukukî durumunun aydınlığa kavuşturulması ve kendisinden mütalâa istenen hukukçu uzmanın bu konudaki düşüncelerinin kâğıda dökülmesinin sağlanması olduğunu; talep eden tarafça, genellikle dava dosyalarına konulduğu için, mütalâaların belirli bir ölçüde yargı organını "etkilemek" amacını da taşıdıklarını belirtmektedir<sup>28</sup>. Ancak Yazar, yerinde bir değerlendirmeye, hukukî mütalâaların sadece "istişari" nitelik taşıdıkları için, yargı organlarının burada savunulan düşünceleri benimsemek bir yana, onları okumak zorunluluklarının dahi bulunmadığını vurgulamaktadır<sup>29</sup>.

*Karakoç* da, hukukçunun, yargılama sürecine hukukî mütalâa veren kişi olarak da katılabildiğini, mütalâa veren kişinin hâkim ya da savcı veya bilirkişi olmadığını; uyuşmazlığı sona erdirmeye, bunun gibi kamuyu temsil ve/veya kamu adına dava açma görev ve yetkisinin bulunmadığını belirtmektedir<sup>30</sup>. Bununla birlikte yazar, mütalâa veren kişinin var olan bütün hukukî imkânları, hüküm, karar ve delilleri ortaya koymak ve bunların hukukî bir değerlendirmesini yapıp mütalâa verdiği taraf lehine hukukî sonuçlar çıkarmak durumunda olduğunu da ifade etmektedir. Hukukî mütalâalar dava dosyasına konulmak üzere mahkemeye

(26) *Karayalçın*, Özel Hukukda Meseleler ve Görüşler-II, s. VII.

(27) *Karayalçın*, Hukukda Öğretim-Kaynaklar-Metod, s. 164, dn. 13.

(28) *Teoman*, s. V.

(29) *Teoman*, s. V.

(30) *Karakoç*, Yusuf: Vergi Yargılaması Hukukunda Avukatın Rolü, TBBD, 2005, S. 59, s. 67.

sunulmaktadır ve bu yolla, mahkemenin uyuşmazlık konusu olay hakkında daha ayrıntılı bilgi edinmesi; uzman bir hukukçunun olayı değerlendirmesinden, yani doktrinden yararlanması sağlanmaktadır<sup>31</sup>. Yazar, hukukî mütalâa veren kişinin bir yönüyle avukata benzediğini, çünkü mütalâa verdiği tarafın hakkını savunduğunu, hukukun o taraf lehine dediklerini ortaya koyduğunu; uzmanlığı yönüyle de bilirkişiye benzediğini ileri sürmektedir<sup>32</sup>.

Elbette, taraflarca dosyaya konulmak üzere mahkemeye sunulan mütalâalarda yer alan görüş ve değerlendirmelerin *okunabilirliği* ve  *Kabul edilebilirliği* onu kaleme alanın daha önce kanıtlanmış tarafsızlığı ve ciddiyeti ile yakından bağlantılıdır<sup>33</sup>. Ancak, uzman hukukçu tarafından kaleme alınan ve talep edenler tarafından dava dosyasına konulan hukukî mütalâaların, mütalâa talep eden gerçek ya da tüzel kişinin veya onların temsilcisi olan avukatın ibraz etmiş olduğu belgelere dayanılarak hazırlanmış olduğu asla göz ardı edilmemelidir<sup>34</sup>. Bu nedenle, uzman hukukçuya aktarılan olayların ve sunulan bilgi ve belgelerin *tamlığından* ve *gerçeklere uygunluğundan* mütalâa isteminde bulunan taraf sorumludur; uyuşmazlık konusunu tespit etmek, hukukî açıdan irdelemek ve değerlendirmek ise mütalâayı hazırlayanın görevidir<sup>35</sup>.

Dava dosyasına taraflarca konulmuş olan bir hukukî mütalâada yer alan görüşleri hâkim ya da hâkimler benimsemeyebilirler; hattâ bilimsel ve tarafsız bulmayabilirler<sup>36</sup>. Hukukî mütalâanın amacı, uyuşmazlık konusu olayı tüm yönleriyle inceleyip, irdelemek ve uyuşmazlığın doğru ve hakkaniyete uygun bir şekilde çözümünü konusunda mütalâayı kaleme alanın bilimsel görüşünü ortaya koymaktır. Ancak bir kez daha vurgulamak gerekir ki, hâkimin hukukî mütalâada savunulan görüşleri benimsemesi ya da ondan etkilenmesi bir yana, *Teoman*'ın da isabetle belirttiği gibi, hâkimin hukukî mütalâayı okuma gibi bir yükümlülüğü dahi bulunmamaktadır<sup>37</sup>. Diğer taraftan önüne gelen uyuşmazlığı çözmekle yükümlü olan hâkim veya hâkimlerin beğenisini, takdirini kazanmak, onları etkilemek veya bilimsel ve tarafsız olduğunu ispat etmek amacıyla hukukî mütalâa hazırlanmayacağı da açıktır. Ayrıca, hâkimleri hukukî mütalâada savunulmuş olan görüşler doğrultusunda karar vermeye hiçbir güç zorlayamaz. Bu durum gerek hukukî mütalâayı

(31) *Karakoç*, s. 67.

(32) *Karakoç*, s. 67. Bu anlamda hukukî mütalâa veren kişilere "taraf bilirkişisi" demek de mümkündür (*Karakoç*, s. 67).

(33) *Teoman*, s. V.

(34) *Karayalçın*, Özel Hukukda Meseleler ve Görüşler-II, s. VIII.

(35) *Karayalçın*, Özel Hukukda Meseleler ve Görüşler-II, s. VIII.

(36) *Karayalçın*, Hukukda Öğretim-Kaynaklar-Metod, s. 164.

(37) *Teoman*, s. V.

hazırlayanlar gerek uyuşmazlığı çözecek hâkimlerce çok iyi bilinmektedir<sup>38</sup>.

Bir başka iddia da, hukukî mütalâaların "Üniversite öğretim üyelerinden alınmış olmaları nedeniyle" bilimsel ve tarafsız olarak değerlendirilemeyecekleri görüşüdür<sup>39</sup> ki, bu görüş tamamıyla destekten yoksun olduğu gibi, kendi içerisinde çelişki taşıyan bir değerlendirmedir. Çünkü, bir üniversitede görev yapan ve öğretim üyesi niteliği taşıyan hukukçu bilim adamları kendi alanlarının uzmanı oldukları gibi, yapmış oldukları bilimsel çalışmalarla (kitap, makale, tebliğ vs.) sürekli kendilerini yenilemekte, ulusal ve uluslararası düzeyde hukukî çalışmaları ve yargı kararlarını takip etmektedirler. Dolayısıyla, bir hukukî mütalâayı, kanaatimizce ancak üniversitede görev yapan ve "uzman" durumunda olan öğretim üyeleri "bilimsel", "objektif" ve "tarafsız" olarak hazırlayabilir. Bugün, gerek mahkemelerde dava dosyaları arasında kalmış, gerek birçok hukukçunun yaptığı gibi yayımlanmak suretiyle günışığına çıkarılmış olan hukukî mütalâalarda, uyuşmazlık konusu her yönüyle ele alınmakta, o konuda öğretilen ortaya konulan düşünceler, o görüşlerin yer aldığı eserlere (kitap, makale vs.) atıflar yapılmak suretiyle açıkça belirtilmekte, varsa, savunulan görüşü destekleyen yargı kararları ortaya konulmakta ve mütalâayı kaleme alan bilim adamının görüşü gerekçeleriyle yansıtılmaktadır. Kanaatimizce, belirttiğimiz nitelikteki bir hukukî mütalâanın "bilimsel" ve "tarafsız" olmayacağını ileri sürmek, doğru bir yaklaşım olmaktan uzaktır.

Hukukî mütalâanın, "her durum ve şartta talep eden tarafın istemlerini karşılamak zorunda olması", bir başka deyişle, "ilgilinin tüm iddialarını destekleyecek bir içerikte hazırlanacak olma beklentisi" de doğru değildir. Çünkü, amaç her ne kadar mütalâayı mahkemeye

(38) Karayalçın, Hukukda Öğretim-Kaynaklar-Metod , s. 165, dn.13.

(39) Bu görüş, 11. Hukuk Dairesi'nin 24.3.1989 tarih, E. 1989/7125, K. 1989/6364 sayılı kararında Yavuz Okçuoğlu tarafından "karşıoy" olarak şu şekilde ileri sürülmüştür:

"III- Medeni Kanununun 1/III. maddesi hükmü gereğince yargıçlar karar verirken ilmi içtihatlarından da yararlanırlar. Bunun için mahkemelerce bilimsel görüşleri ihtiva eden bilim adamlarının özel mütalâalarının dosyalara konulmasına müsaade edilir. Ancak ne var ki bu mütalâaların bilimsel ve bitaraf olması esastır. Fakat dosyaya her iki tarafça konulan üniversite öğretim üyelerinden alınan mütalâalar, bilimsel ve bitaraf görüşlerden ziyade henüz kesinleşmemiş mahkeme ve Yargıtay kararlarına müdahale anlamına gelecek ve kararlara yön vermeyi amaçlayan ve bu durumları itibariyle Anayasa hükümlerini de ihlâl eder nitelikte bulduklarından bunların bilimsel mütalâa olarak kabulleri de mümkün değildir.

Bu karşıoyumuzda, gerek bu nitelikte mütalâa veren öğretim üyelerinin, gerekse bu nitelikte mütalâa alıp ibraz eden dava vekillerinin tutumlarına da bu şekilde değinmekte yarar görmekteyiz."

sunmak olsa da, mütalâa isteminde bulunan tarafın hukukî durumunu desteklemeyen bir sonuca varıldığı hâllerde, genel olarak mütalâa isteminden vazgeçilmektedir<sup>40</sup>. Diğer taraftan, hukukî mütalâanın, uyumsuzluğu tüm yönleriyle ele alıp, irdelemesi ve bunun sonucu olarak da objektif ve tarafsız bir nitelik taşıması, ilgili ya da ilgililerin uyumsuzlukla ilgili tüm olay ve belgeleri, her çeşit verileri tam ve gerçeklere uygun olarak mütalâyayı kaleme alacak hukukçuya sağlamış olmalarına bağlıdır. Aksi takdirde, hukukî mütalâanın "gerçekleri yansıtmamasından" ilgililer sorumlu olacaktırlar<sup>41</sup>.

Ayrıca, hukuk da insanlığın ve modern hayatın değişim ve ilerlemesiyle birlikte gelişmekte, buna paralel olarak uzmanlık alanları çoğalmakta ve birçok uzmanlık tezi hazırlanmaktadır. Bu durumda, davayı çözmekle görevli hâkimin, bütün bu karmaşık, özel araştırma gerektiren hukukî sorun ve konulara vâkîf olmasını ve çözüm üretmesini beklemek gerçekçi bir yaklaşım olmayacaktır. Yargılama hizmetinin istenildiği düzeyde işlemediği, ciddi sorunların olduğu kanaatinin yaygın bir hâl aldığı ülkemizde, hâkimlerimizin dosya yükü altında ezildikleri de bir gerçek olarak karşımızda durmaktadır. Bu durumdaki bir hâkimden, hâkimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukukî bilgi düzeyinin yüksek olmasını beklemek, akılcı ve gerçekçi bir değerlendirme olmaktan çok uzaktır<sup>42</sup>.

Görüldüğü üzere, hukukî mütalâanın hukukî değeri "*bilimsel bir görüş*" olmakla sınırlıdır; yoksa HUMK anlamında "*delil*" olarak nitelendirilemez.

### III- HUKUKİ MÜTALÂANIN HÂKİMLERİN BAĞIMSIZLIĞINI İHLÂL EDİP ETMEDİĞİ SORUNU

Bilindiği üzere, hâkimlerin bağımsızlığı, onların gerek yürütme gerek yasama organına bağlı olmadıkları, bu organlardan bağımsız konumda buldukları, bu organların hâkimlere emir ve talimat veremeyeceği, genelge gönderemeyeceği ve tavsiyelerde bulunamayacağı anlamına gelmektedir<sup>43</sup>. Bir başka deyişle, hâkimlerin bağımsızlığı, hâkimlerin yargılama faaliyetinde bulunurken hiçbir dış etki altında kalmamaları demektir<sup>44</sup>. Bu anlamda 1982 Anayasası m. 138, f. 2 "*Hiçbir organ, makam, merci veya kişi, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hâkimlere emir ve talimat veremez; genelge gönderemez;*

(40) Karayalçın, Hukukda Öğretim-Kaynaklar-Metod, s. 163.

(41) Karayalçın, Hukukda Öğretim-Kaynaklar-Metod, s. 163-164.

(42) Deryal, Bilirkişilik, s. 50-51.

(43) Kurul/Arslan/Yılmaz, s. 99.

(44) Üstündağ, Saim: Medeni Yargılama Hukuku, C. I-II, 6. Baskı, İstanbul 1997, s. 108.

*tavsiye ve telkinde bulunamaz.*" hükmünü içermektedir<sup>45</sup>. Yukarıda da açıkladığımız üzere, üniversitede görev yapan hukukçu öğretim üyeleri tarafından istem üzerine hazırlanan hukukî mütalâaların, AY'nin bu hükmünü ihlâl ettiği iddia edilmiştir. Hemen başta ifade etmek gerekirse, uzman hukukçu tarafından uyumsuzluk konusunu tüm yönleriyle irdeleyip, görüş açıklanan bir hukukî mütalâada yer alan değerlendirmeler hiçbir durumda "hâkime emir ve talimat verme", "tavsiye ve telkinde bulunma" anlamına gelmez. Çünkü, öğretim üyesi hukukçu mütalâayı mahkemeye sunmak üzere kaleme almamakta, davanın taraflarından birinin istemi üzerine hazırlamak ve istemde bulunan tarafa vermektedir. Mütalâa talebinde bulunan taraf ya da vekili, öğretim üyesinden almış olduğu mütalâayı, taleplerini karşılama noktasında destekleyici görürse dava dosyasına konulmak üzere mahkemeye sunmakta ve mütalâa hâkim tarafından dava dosyasına konulmaktadır.

Diğer taraftan, hâkimin, hukukî mütalâada savunulan görüşleri benimsemek, hattâ onları okumak gibi bir yükümlülüğü de bulunmamaktadır<sup>46</sup>. Bu durumda, mütalâa verme olgusunun "mahkeme ve hâkimlere emir ve talimat verme" ya da "tavsiye ve telkinde bulunma" olarak nitelendirilmesi söz konusu dahi edilemeyecektir. Şayet hâkim, mütalâada savunulan görüşü benimser ya da gerekçelere katılırsa o doğrultuda karar verecektir. Ancak, bu tamamen hâkimin değerlendirmesine kalmış bir durumdur; hiçbir güç, otorite hâkimini mütalâayı dikkate almaya zorlayamaz.

Elbette mütalâalar, istemde bulunan tarafça genellikle dava dosyalarına konulmak üzere mahkemeye sunulduğu için, istemde bulunanın iddia ve talepleri yönünde yargı organını belirli bir ölçüde etkileme amacı gütmektedirler. Ancak "etkileme" hiçbir zaman "emir ve talimat verme", "tavsiye ve telkinde bulunma" ya da "müdahale" olarak nitelendirilemez<sup>47</sup>.

(45) Karş. Hâkimler Savcılar Kanunu m. 4/I. Ayrıca 1961 Anayasası m. 132, f. 2'de de aynı hüküm mevcuttu. AY'da yer alan bu yasak, sadece "yargı yetkisinin kullanılması" hakkındadır. Yargı yetkisinden maksat ise, maddî anlamda yargıdır. Bir başka deyişle, objektif hukukun bağımsız hâkimler tarafından belli bir meseleye uygulanmasıdır (Bkz. *Kuru*, Baki: Hâkim ve Savcıların Bağımsızlığı ve Teminatı, Ankara 1966, s. 7-8; *Kuru*, Baki: Nizasız Kaza, Ankara 1961, s. 10). Bir başka deyişle, maddî anlamda yargı, sadece hâkimlere bırakılmış olan, başka kimseye devredilemeyen fonksiyonu ifade eder ve bu yetki hâkimden alınmaz. Bu bakımdan mahkemelere kanunla verilen tüm işleri kapsayan şekli anlamda yargıdan ayrılırlar (Bkz. *Pekcanitez/Atalay/Özkes*, s. 53; *Kuru/Arslan/Yılmaz*, s. 56).

(46) *Teoman*, s. V.

(47) *Teoman*, s. V.

Ayrıca, yukarıda da açıkladığımız üzere, öğretim üyesi bilim adamı kendisine aktarılan olay, bilgi ve sunulan belgeler ışığı altında görüş ve düşüncelerini açıklamaktadır. Dolayısıyla, mütalâa isteminde bulunan taraf, tüm bilgi ve belgeleri sunmamış ya da öğretim üyesine yanlış bilgi aktarmışsa hukukî mütalâanın gerçeği tam anlamıyla yansıtmamasından öğretim üyesi değil, eksik ya da yanlış bilgi ve belge veren taraf sorumlu olacaktır<sup>48</sup>.

#### IV- HUKUKİ MÜTALÂA VERME OLGUSUNUN TÜRK CEZA KANUNU AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Ülkemizde henüz yeni sayılabilecek TCK'nın 277. maddesi<sup>49</sup> "(1) Bir davanın taraflarından birinin veya bir kaçının veya sanıkların veya davaya katılanların, mağdurların leh veya aleyhinde, yargı görevi yapanlara emir veren veya baskı yapan veya nüfuz icra eden veya her ne suretle olursa olsun adı geçenleri hukuka aykırı olarak etkilemeye teşebbüs eden kimseye iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası verilir. Teşebbüs iltimas derecesini geçmediği takdirde verilecek ceza altı aydan iki yıla kadardır." hükmünü içermektedir. Bir öğretim üyesi bilim adamı tarafından istem üzerine verilmiş olan hukukî mütalâa üzerine, karşı taraf, ortaya koyabileceği hukukî delil ve belge bulamadığı bir durumda hiçbir şey yapmamış konumunda olmamak için bazen, Cumhuriyet Savcılığına başvurarak hukukî mütalâa veren öğretim üyesininin TCK m. 277'de ifadesini bulan suçu işlediğini ileri sürmektedir.

Yukarıda, konunun Anayasa açısından irdelenmesinde belirttiğimiz gibi, hukukî mütalâa verme olgusu, "yargı görevini yapanlara emir veya baskı yapmak", "nüfuz icra etmek" ya da "hukuka aykırı olarak etkilemek" şeklinde nitelendirilemez. Çünkü, mütalâayı kaleme alan bilim adamı, mütalâasını mahkemeye (hâkime) yöneltmemekte, istemde bulunan kişi ya da onun temsilcisine vermekte; bunlar da genellikle mütalâayı dava dosyasına konulmak üzere mahkemeye sunmaktadırlar. Hukukî mütalâa, sunulan belge ve bilgiler ışığında, hukukî uyumsuzluğun doğru ve hakkaniyete uygun bir şekilde çözümlenmesi konusunda mütalâayı kaleme alan bilim adamınının değerlendirmelerini içermektedir.

(48) Karayalçın, Yaşar: Özel Hukukta Meseleler ve Görüşler-Hukukî Mütalâalar (1992-1996), V, Ankara, 1997, s. VIII (Özel Hukukta Meseleler ve Görüşler-V).

(49) 765 sayılı eski TCK'nın söz konusu bu hükmü karşılayan m. 232 hükmü ise şu şekildeydi: "Görülmede olan bir davanın tarafeyninden biri hakkında sahabet veya garaz ve menfaate müsteniden hâkimlere emir ve tahakküm veya nüfuz veya iltimas eden kimse birinci ve ikinci surette iki seneden ve üçüncü takdirden altı aydan az olmamak üzere hapis olunur. Fail memur ise başkaca müebbeden veya muvakkaten memuriyetten mahrumiyet cezasıyla cezalandırılır.

Bu müdahale üzerine dava haksız şekilde hüküm olunmuş ise ceza üçte biri kadar artırılır ... "



Buna karşılık hâkim, dosyada yer alan hukukî mütalâayı dikkate almakla yükümlü değildir. Bu durumda, hukukçu bir öğretim üyesi tarafından istem üzerine hazırlanmış, somut uyuşmazlığı bilimsel, tarafsız ve objektif olarak irdeleyip, değerlendirmeler içeren bir hukukî mütalâanın hâkime emir veya baskı yapmasından ya da hâkim üzerinde nüfuz icra etmesinden veya hukuka aykırı olarak hâkimi etkilemesinden söz edilemez. Bu nedenlerdir ki, kanaatimizce, üniversitede görev yapan hukukçu bir öğretim üyesi tarafından hukukî mütalâa hazırlanması olgusu, TCK hükümleri uyarınca herhangi bir suç oluşturmayacaktır. Bilakis, kanaatimizce böyle bir durumda, hukuka uygunluk nedenlerinden hakkın icrası olgusu söz konusudur. Çünkü, TCK m. 26, f. 1 düzenlemesinde, hakkını kullanan kimseye ceza verilmeyeceği açıkça hükme bağlanmıştır. Hak ise, kanun, tüzük, yönetmelik, genelge gibi kurallara dayanabilir ve hukuken tanınmış ve düzenlenmiş olmak kaydıyla, bir mesleğin icrasından da doğabilir. "Hakkın icrası" kapsamında söz konusu olabilecek hukuka uygunluk nedenlerinden biri de, "*bir iş, meslek, sanat veya bilim faaliyetlerinin icrası*"<sup>50</sup> ki, konumuzla ilgili olarak hukukî mütalâa veren kişi, bu anlamda bilimsel bir faaliyet icra etmektedir.

Kaldı ki, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda (CMK)<sup>51</sup>, "uzman mütalâası" adı altında hukukî mütalâaya açıkça yer verilmiştir. "*Bilirkişi raporu, uzman mütalâası*" kenar başlıklı CMK m. 67, f. 6 hükmü uyarınca "*Cumhuriyet savcısı, katılan, vekili, şüpheli veya sanık, müdafii veya kanuni temsilci, yargılama konusu olayla ilgili olarak veya bilirkişi raporunun hazırlanmasında değerlendirilmek üzere ya da bilirkişi raporu hakkında, uzmanından bilimsel mütalâa alabilirler. Sadece bu nedenle ayrıca süre istenemez.*" Bunun yanında mahkeme, CMK m. 68 hükmü uyarınca "*Cumhuriyet savcısının, katılanın, vekilinin, şüphelinin veya sanığın, müdafinin veya kanuni temsilcinin istemi üzerine bilimsel mütalâa hazırlayan uzmanın duruşmada dinlenmesi*"ne karar verebileceği gibi; uzman kişi, ilgililerden birinin istemesi hâlinde de açıklamalarda bulunmak üzere mahkemece duruşmaya çağrılabilir.

Görüldüğü üzere, ceza yargılaması sistemi içerisinde "yargılama konusu olayla ilgili olarak" ya da "bilirkişi raporunun hazırlanmasında değerlendirilmek üzere" veya "bilirkişi raporu hakkında" uzmanından bilimsel mütalâa alınabilecektir. Buradaki uzmanından alınacak bilimsel mütalâa "hukukî mütalâa"dan başka bir şey değildir. Bu sistemde mahkeme, her zaman bilimsel mütalâa hazırlayan uzmanın dinlenmesine karar verebileceği gibi, ilgililerden birinin istemesi hâlinde de

(50) Hakeri, Hakan: Yeni Türk Ceza Hukukunun Temel Kavramları, Ceza Hukuku-Genel Hükümler Ders Notları, Ankara 2005, s. 142-143.

(51) RG. 17.12.2004, S. 25673.

açıklamalarda bulunmak üzere uzman kişiyi duruşmaya çağırabilecektir. Dolayısıyla bir uyuşmazlıkla ilgili olarak öğretim üyesi bilim adamından mütalâa alma ve dava dosyasına konulmak üzere mahkemeye sunulması kesinlikle suç olarak nitelendirilemeyecektir. Aksine bu durum, mütalâa isteminde bulunan kişiye verilmiş bir haktır.

#### V- AVUKATIN TEKEL HAKKI BAKIMINDAN HUKUKİ MÜTALÂA VERME OLGUSU

Türk hukukunda, davaya vekâlette kural, vekilin avukat olmasıdır (AK m. 35). Nitekim AK'nın "Yalnız avukatların yapabileceği işler" kenar başlıklı (Değişik: 1238-26.2.1970) 35. maddesinin 1. fıkrasına göre "Kanun işlerinde ve hukukî meselelerde mütalâa vermek, mahkeme, hakem veya yargı yetkisini haiz bulunan diğer organlar huzurunda gerçek ve tüzel kişilere ait hakları dava etmek ve savunmak, adli işlemleri takip etmek, bu işlere ait bütün evrakı düzenlemek, yalnız baroda yazılı avukatlara aittir."

"Avukatın tekel hakkı" olarak nitelendirilen bu hüküm<sup>52</sup>, emredici bir hükümdür ve hükmün ihlâli durumunda, "Avukatlık Yetkilerinin Başkaları Tarafından Kullanılmaması" kenar başlıklı AK m. 63, f. 1 ve f. 2'de öngörülen yaptırımlar uygulanacaktır<sup>53</sup>.

AK m. 35 düzenlemesinden, hukukumuzda avukatlık tekelinin kapsamının çok geniş tutulduğu sonucu çıkmaktadır. Bu nedenle "kanun işlerinde ve hukukî meselelerde mütalâa verme"nin kapsamını belirlemek zordur<sup>54</sup>. Çünkü, maddenin lafzî yorumu ile çok geniş bir alan

(52) Avukatın tekel hakkı konusunda bkz. Güner, Semih: Avukatlık Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2003, s. 105-106; Aday, Nejat: Avukatlık Hukukunun Genel Esasları, 2. Baskı, İstanbul 1997, s. 49; Sungurtekin Özkan, Meral: Yargılamanın Gecikmesi ve Hızlanmasında Avukatların Rolü, Yargı Reformu 2000 Sempozyumu, İzmir 2000, s. 36-41. Yargıtay'a göre; "Avukatlar dışında kalan kişilerin mahkemelerde dava açmalarına ve iş takip etmelerine imkân bulunmamaktadır (AK m. 35). Anneye sonradan vekâlet verilmesi annenin de bilahare bu vekâleti bir avukata devretmesi sonuca etki yapmaz." [2. HD., 14.02.1996, 798/1527 (Alangoyal/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 160, dn. 5)].

(53) Nitekim AK m. 63'e göre "Baro levhasında yazılı bulunmayanlar ve işten yasaklanmış olan avukatlar, şahıslarına ait olmayan dava evrakı düzenleyemez, icra işlemlerini takip edemez ve avukatlara ait diğer yetkileri kullanamazlar. Baro levhasında yazılı bulunmayanlar avukatlık unvanını da taşıyamazlar. (Ek cümle: 4667- 2.5.2001/m. 40) Şu kadar ki, baro levhasındaki kaydı yirmi yılı dolandıktan, bürosunu kapatarak vergi kaydını silmeden avukatlar durumları hakkında bilgi vermek ve baroya karşı görev ve yükümlülüklerini yerine getirmek koşuluyla sadece avukat unvanını kullanabilirler.

(Değişik 2. fıkra: 3256-22.1.1986) Birinci fıkra hükmüne aykırı eylemde bulunanlar yüzbin liradan birmilyon liraya kadar ağır para cezasına ve altı aydan bir yıla kadar hapis cezasına mahkûm edilirler."

(54) Aynı yönde Aday, s. 49.

avukatların tekeline bırakılmış olmaktadır. Böylece, örneğin birçok mahkemenin kapısında, koridorunda arzuhalcilik yapan kişilerin avukatlık tekeline ihlâl ettiklerinden dahi söz edilebilecektir<sup>55</sup>. Bu nedenle, burada geniş anlamaya müsait lafzî (sözsel) yorum yerine, amaçsal yoruma gidilmesi uygun olacaktır<sup>56</sup>.

Öğretide bir görüş<sup>57</sup>, AK'daki bu düzenlemeyi, Anayasa (1961 Anayasası) ile korunan düşünce hürriyetine aşırı bir müdahale olarak görmüştür. Bir başka görüş ise<sup>58</sup>, AK m. 35'deki "kanun işlerinde ve hukukî meselelerde mütalâa verilmesinin" sadece avukatlık mesleği mensuplarına bırakılmasının, sınırlamaların ancak kanun ile yapılabileceğine ilişkin AY'nin 11. maddesinin bir uygulaması olarak düşünülmesi gerektiğini belirtmektedir.

Üniversitede görev yapan hukukçu bir öğretim üyesinin, kendisine yapılan başvuru sonucu bir dava konusu hakkında hukukî mütalâa hazırlaması AK m. 35, f. 1'in emredici hükmünün ihlâli olarak nitelendirilebilir mi? Söz konusu hükümde ifadesini bulan işleri yapma-yerine getirme hakkı, yalnızca baroda kayıtlı avukatlara verilmiştir. Bunlardan bir tanesi de "kanun işlerinde ve hukukî meselelerde mütalâa vermek"tir. Hükümde geçen "mütalâa vermek" kavramı, sadece, somut bir hukukî uyuşmazlığa ilişkin olarak üniversitede görev yapan hukukçu bir öğretim üyesi tarafından istem üzerine hazırlanan "hukukî mütalâa" verme olgusu şeklinde dar anlaşılmalı ve yorumlanmamalıdır. Aksi takdirde, hukukun gelişimi, farklı görüş ve düşüncelerin karşı karşıya gelerek daha "doğru" ve "âdil" çözümün ortaya çıkarılabilmesi mümkün olamayacaktır. Kanun koyucu, AK m. 35 düzenlemesi ile "avukat sıfatını haiz olmayan" ya da "bu sıfatı taşımakla birlikte herhangi bir baroya kayıtlı bulunmayan" kişilerin, haksız bir şekilde, ancak baroya kayıtlı avukatlar tarafından yapılabilecek işleri yapmalarını engellemek istemiş ve bu hükme aykırı hareket edenlere yaptırım öngörmüştür. Nitekim öğretide Güner, bu maddeye yönelik yaptığı açıklamalarda aynen "... Avukatlık Yasası Yönetmeliği madde 14 ile avukatın tekel hakkı olarak açıklanan konularda, avukatlar dışında hiç kimsenin evrak

(55) Aday, s. 49; aynı doğrultuda Güner, s. 106.

(56) Berkin, Necmettin M.: Avukatlar Hukukuna ve Dava Vekaletine İlişkin Yeni Hükümler Yeni İçtihatlar, İÜHF, 50. Yıl Armağanı, İstanbul 1973, s. 358; Sungurtekin Özkan, s. 37, dn. 123. Berkin, konu ile ilgili olarak, "kanun işleri ve hukukî meseleler" ibaresinin çok geniş ve genel olduğunu, kanun koyucunun bununla "ihtilâflı meseleleri" kastettiği söylenebilir de, bu yoldaki yorumun Anayasa'nın (1961 AY'sı) özüne aykırı olması sonucunu değiştirmeyeceğini belirtmektedir (Berkin, s. 358).

(57) Berkin, s. 357-358.

(58) Müderrisoğlu, Feridun: Avukatlıkta Vekâlet ve Ücret Sözleşmesi ve İçtihatlar, Ankara 1974, s. 25. Yazar ayrıca, bu sınırlamanın sosyal bakımdan zorunlu olduğunu belirtmektedir (Müderrisoğlu, s. 27).

*düzenleyemeyeceği, takipte bulunamayacağı ve bu konularda iş takip edemeyeceği açıkça vurgulanmış ve maddeye netlik kazandırılmıştır.*

*Bu düzenlemenin ışığı altında adliyelerimizin önünde 'dilekçe yazılır' yazılarını taşıyan pankartlarla yapılan iş çağrılarının ve sözlü iş davetlerinin yasak faaliyetler kapsamında olması nedeniyle önlenmesi için kolluk güçlerine ve Cumhuriyet savcılarımıza görev düşmektedir." şeklinde görüş açıklamaktadır<sup>59</sup>. Böylece Yazar, AK'nın 35. maddesinin nasıl anlaşılması gerektiğini açık bir şekilde ortaya koymaktadır.*

Görüldüğü üzere, madde düzenlemesi ile, emekli zabıt katiplerinin, daha önce mahkeme kalemlerinde çalışmış kişilerin ya da herhangi bir şekilde hukukla ilişki içerisinde olup da "baroya kayıtlı avukat" sıfatını taşımayanların, hukukî konularda "bir avukat gibi" para karşılığı "görüş açıklamalarının" önüne geçilmek istenmiştir. Böylece, avukatların haksız bir rekabetle karşı karşıya kalmaları ve bunun sonucu olarak zarar görmeleri engellenmiş olacaktır. Düzenlemenin amacı, yıllarca süren bilimsel çalışmaları sonucunda "uzman" durumuna gelmiş ve hukukî bir uyumsuzluğu teoriyi ve uygulamayı da dikkate almak suretiyle, kapsamlı bir şekilde irdeledikten sonra, gerekçeleri ile çözüm önerisini sunacak durumda bir öğretim üyesinin, kendisine yapılan başvuru üzerine "mütalâa" yazmasına engel olmak değildir. Kaldı ki AK m. 35, f. 1'de ifadesini bulan "hukukî meselelerde mütalâa vermek" deyimindeki mütalâa kelimesi, eski dilimizden gelen bir kelime olup, "hukukî görüş bildirme" anlamındadır<sup>60</sup> ve bu ifade aynı şekilde, 27 Haziran 1938

(59) Güner, s. 106.

(60) Öğretide *Burcuoğlu* da, avukatlık sözleşmesinin kapsamını belirtirken, "hukukî görüş verme" deyimiyile, kanımızca AK m. 35, f. 1'deki "hukukî meselelerde mütalâa verme"yi kastetmektedir (bkz. *Burcuoğlu*, Haluk: "Avukatlık Sözleşmesi ve Avukatlık Ücreti İle İlgili Önemli Bazı Sorunlar", TBB, 2003, Y. 16, S. 49, s. 75). *Aydın* da, avukatın duruşmalara katılmamakla birlikte, müvekkili adına dilekçe yazmak, yargılama süreci hakkında bilgi vermek, hukukî mütalâa vermek gibi hizmetlerde bulunabileceğini, yani avukatın ücret alacağı doğuran hukukî yardımın sadece duruşmalara katılıp katılmamasıyla ölçülmesinin yanlış olacağını belirterek, soruna avukatlık ücreti açısından yaklaşmaktadır (Bkz. *Aydın*, Murat: Avukatlık Ücreti, Ankara 2004, s. 279). Ayrıca burada bir hususu da belirtmek gerekir ki, avukat ile müvekkili arasındaki mevcut ilişkide, iş görme borcunun konusunu sadece, hukukî görüş bildirme şeklinde ifade edeceğimiz "mütalâa"nın oluşturması mümkündür. Bu durumda öğretilerdeki hâkim görüş, hukukî mütalâa hazırlanmasına ilişkin bu sözleşmenin eser sözleşmesi olduğunu savunmaktadır (konu ile ilgili öğretilerdeki tartışmalar için bkz. *Günergök*, Özcan: Avukatlık Sözleşmesi, Ankara 2003, s. 25-26). Buna karşılık kanaatimizce, avukatlık mesleğinin özel konumu, yapılış biçimi, meslek kuralları gereğince avukatlık sözleşmesinin konusunun sadece hukukî görüş bildirme (hukukî mütalâa) olduğu durumlarda eser sözleşmesi hükümleri uygulanmaz (Bkz. *Günergök*, s. 25; *Aydın*, s. 27).

tarhinde kabul edilip 1 Aralık 1939 tarihinde yürürlüğe giren 3499 sayılı AK'nın 35. maddesinden aynen alınmıştır<sup>61</sup>.

Diğer taraftan, *Karayalçın*'ın da isabetle belirttiği üzere, avukatın bir tarafın hak ve menfaatlerini savunduğunu; hukukî mütalâa da ise, objektiflik, tarafsızlık ve bilimselliğin şart olduğu asla göz ardı edilmemelidir<sup>62</sup>.

Hattâ *Belgesay*, "Hâkim, mebus, profesör, noter, idare memuru, avukat olmadığı hâlde kanun işlerinde, hukukî meselelerde rey vermekten memnu bulunmadığı bedihidir. Şu hâlde, kanunun tefsire muhtaç olduğu mesele bile teşkil etmez." demek suretiyle, burada ortaya koyduğumuz değerlendirmelerle paralellik arz eden görüşünü açıkça ifade etmektedir<sup>63</sup>.

Nihayet, öğretilerde *Deryal*, avukatın bırakınız hukukî mütalâa hazırlamasını, hâkimler tarafından "bilirkişi" olarak görevlendirilmelerinin doğru olmadığını, avukatın "uzman" değil sadece "uygulamacı bir meslek insanı" olduğunu ve avukatın bilirkişi olarak "aynı yargı çevresinde" görevlendirildiği bir durumda bilirkişi olarak tarafsızlığını korumasının güç olacağı görüşünü ileri sürmektedir<sup>64</sup>.

Kanaatimizce, avukatlık tekelinin kapsamında değerlendirilecek durumlar, "avukatların dava açmalarına", "icra takibinde bulunmalarına", "anlaşmalar yapma ve uyuşmazlıkların yargılama dışında<sup>65</sup> çözümlenmelerine yardımcı olma" gibi işlerdir. Yoksa karmaşık

(61) Bkz. TBMM Tutanak Dergisi, Dönem: 2, Toplantı: 2; S. Sayısı: 324, s. 6. Kanunun "Beşinci Kısımına" yönelik gerekçede bu durum aynen "35-42 maddeler mer'i kanundakilerin tekrarından ibaret olup, yeni hüküm getirmemektedir" şeklinde ifade edilmiştir. Bu da göstermektedir ki, Kanun metninde yer alan "mütalâa" kelimesi, eski Kanundan gelme bir kelime olup, bu ifadenin konulma amacı bir öğretim üyesinin istem üzerine hukukî mütalâa vermesini engellemek değildir.

(62) *Karayalçın*, Hukukda Öğretim-Kaynaklar-Metod, s. 163.

(63) *Belgesay*, Mustafa Reşit: Hukukî Muamelelerde Temsil, İstanbul 1941, s. 25.

(64) *Deryal*, Bilirkişinin Nitelikleri, s. 1-9. Bu kapsamda, uygulamada karşılaşılan başka sorunları da göz ardı etmemek gerekir. Öğretilerde *Karakoç/Özkes* bu durumu şöyle ifade etmektedirler: "...Kaldı ki zaman zaman, bir dilekçe yazmasını bilmeyen hukuk fakültesi mezunlarından söz edilmektedir. Ayrıca, dil ve gramer yönünden bozuk, maksadını anlatamayan, hukuk tekniğinden yoksun, anlaşılması zor dilekçe ve karar örnekleri uygulamada oldukça sık rastlanılan durumlardır. Bir çok dilekçeyi ve kararı anlamak neredeyse özel bir mahareti gerektirmektedir..." (bkz. *Karakoç, Yusuf/Özkes*, Muhammet: Hukuk Eğitiminin Yeniden Yapılanması Hakkında Bir Öneri, Güncel Hukuk Dergisi, 2005, S. 20, s. 56).

(65) Örneğin, arabuluculuk, uzlaştırma gibi alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin (*alternative dispute resolution*, ADR) yanısıra, tahkim yoluna başvurma burada sayılabilir.

hukukî konularda, tarafların birinin ya da vekilinin o konunun uzmanı bir hukukçudan almış olduğu mütalâanın avukatlık tekele kapsamında sayılması düşünülemez. Aksi durum, usul hukukumuzdaki bilirkişilik müessesesini de anlamamızı zorlaştırır.

Ancak, bütün bu açıklamalarımızın yanında "*avukatlık meslek tekelinin korunmasının*" son derece önemli olduğu da vurgulanmalıdır. Bu nedenle, meslek tekelinin korunması için gerekli önlemler alınmalıdır. Buna karşılık, günümüzde kaçınılmaz olan bazı durumlarda tekel hakkına istisna tanındığı da gözlemlenmektedir. Bunun bir örneği 3568 sayılı "Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanunu"nun 2. maddesinde yer almaktadır. Söz konusu hükümde, avukatlık tekele kapsamında olan bazı konular bu meslek mensuplarına bırakılmıştır. Aynı şekilde, yabancı danışmanlık hizmetleri, factoring kurumlarının yaptıkları factoring sözleşmesi çerçevesinde borçluların muhasebesinin tutulması, ihtar ve tahsil işlemlerinin üstlenilmesi, kötüye kullanılmaya elverişli olmakla birlikte, engellenebilmeleri mümkün değildir<sup>66</sup>. İşte, tıpkı bu istisnaî düzenlemede olduğu gibi, mevcut tereddütlerin giderilmesi bakımından, avukatlık tekele ile ilgili AK m. 35 düzenlemesinde yer alan "hukukî mütalâa" konusu, avukatlık tekele kapsamı dışında tutulmalıdır. Ayrıca, maddedeki "mütalâa" kavramı yanlış anlaşılmaya müsait olduğundan, bunun "hukukî görüş bildirme" olarak değiştirilmesi yerinde olacaktır. Kaldı ki, ayrıntılarını aşağıda açıklayacağımız üzere, kanaatimizce hukukçu akademisyen tarafından hazırlanmış ve istemde bulunan tarafça dava dosyasına konulmak üzere mahkemeye sunulan mütalâa veya görüşler, TMK m. 1, f. 3 anlamında "bilimsel görüş (öğreti)" niteliğini taşımaktadır. Bir öğretim üyesi bilim adamının "bilimsel görüş" ortaya koyması da kesinlikle "avukatlık tekele" kapsamında değerlendirilemez.

## VI- HUKUKÎ MÜTALÂANIN "BİLİMSEL GÖRÜŞ" AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

### A- Genel Olarak (Hâkimin Yararlanabileceği Bilimsel Görüşler)

TMK m. 1, f. 3 hükmüne göre "*Hâkim, karar verirken bilimsel görüşlerden ve yargı kararlarından yararlanır.*"

Hukuk bilimiyle uğraşan kişilerin hukukî konu ve sorunlar hakkında ortaya koydukları düşünceler, ileri sürdükleri görüş ve çözüm önerilerinin tümü "*bilimsel görüşleri*", kısaca "*öğretiyi*" oluşturmaktadır<sup>67</sup>.

(66) Bkz. ve karşı. *Sungurtekin Özkan*, s. 149, 38-39; *Aday*, s. 50.

(67) *Oğuzman*, Kemal/*Barlas*, Nami: Medenî Hukuk, Giriş-Kaynaklar-Temel Kavramlar, 10. Baskı, İstanbul 2003, s. 82; *Akipek*, Jale G./*Akıntürk*, Turgut: Türk

"Bilimsel görüşler" ve "yargı kararları"ndan yararlanma, hâkim için bir zorunluluktur, ancak bu zorunluluğun herhangi bir yaptırımı söz konusu değildir<sup>68</sup>. Medenî Kanunumuz, hâkim için bilimsel görüş ve yargı kararlarını, karar verirken "yol gösterici" olarak kabul etmiş; hukuku doğru ve toplumun ihtiyaçlarına uygun bir biçimde uygulayabilmesi için hâkimden bunlardan yararlanmasını istemiştir<sup>69</sup>. TMK, hâkimin "bilimsel görüşler" ve "yargı kararları"ndan yararlanmamasına bir yaptırım öngörmediği için, bilimsel görüşler ve yargı kararları hâkimi bağlamayacaktır. Bu nedenle, bunlara öğretide "yardımcı kaynaklar" da denilmektedir<sup>70</sup>.

Bir görüşün "bilimsel görüş" niteliğini kazanabilmesi ve hâkim tarafından "yardımcı kaynak" olarak dikkate alınabilmesi için, öğretide, bu görüşün "hukukçuların önemli bir kısmı tarafından benimsenmiş"<sup>71</sup>, "süreklilik kazanmış"<sup>72</sup> ve "yerleşmiş olma"<sup>73</sup> niteliklerini taşıması aranmaktadır. Bunun yanında, o fikrin ya da kanaatin "*hukukun ana ilkelerine, teorisine, toplumun ihtiyaçlarına elverişli ve uygun olmasının da zorunlu olduğu*" ileri sürülmektedir<sup>74</sup>. Bütün bu düşünceler yerinde olmakla birlikte, bu görüşleri ortaya koyanların da tartışmasız bir şekilde kabul ettikleri gibi<sup>75</sup>, azınlık tarafından savunulan, "sağlam", "doğru" ve "kuvvetli gerekçelere dayanan" ve "alanında uzman kabul edilen" bir

---

Medeni Hukuku, Yeni Medenî Kanuna Uyarlanmış, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, 4. Baskı, C. I, s. 145-146; *Zevkliler*, Aydın/Acabey, M. Beşir/Gökyayla, K. Emre: Medeni Hukuk, Giriş-Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku-Aile Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2000, s. 74.

(68) *Akipek/Akıntürk*, s. 144.

(69) *Akipek/Akıntürk*, s. 144.

(70) *Oğuzman/Barlas*, s. 81-82 ve dn. 142'de belirtilen yazarlar; *Akipek/Akıntürk*, s. 144; *Dural*, Mustafa/Sarı, Suat: Türk Özel Hukuku, C. I, Temel Kavramlar ve Medenî Kanunun Başlangıç Hükümleri, İstanbul 2004, s. 117.

(71) *Akipek/Akıntürk*, s. 144; *Zevkliler/Acabey/Gökyayla*, s. 74. Aksi görüş *Dural/Sarı*, s. 118. Yazarlar, bilimsel görüşün bu nitelikte kabul edilebilmesi için, çoğunluk tarafından benimsenmesinin şart olmadığını, kuşkusuz, çoğunluğun benimsenmesinin, o bilimsel görüşün teyit edilip, yerleştiğini gösteren en büyük işaret olduğunu, bununla birlikte, kuvvetli gerekçelere dayanan çoğunluğun benimsediğinin aksine olan ya da yeni bir görüşün de teyit edilmiş sayılabileceğini ifade etmektedirler.

(72) *Zevkliler/Acabey/Gökyayla*, s. 74.

(73) *Zevkliler/Acabey/Gökyayla*, s. 74.

(74) *Akipek/Akıntürk*, s. 146-147.

(75) *Akipek/Akıntürk*, s. 146; *Zevkliler/Acabey/Gökyayla*, s. 74; *Dural/Sarı*, s.

hukukçu tarafından savunulan görüşlerin de bilimsel görüş (öğreti=doktrin<sup>76</sup>) olarak kabul edilmesi mümkündür.

Hâkim, bilimsel görüşleri nasıl tespit edecek ve bunlardan nasıl yararlanacaktır? Öğretide, bilimsel eserler bazı yazarlarca adeta "*numerus clausus*" olarak belirtilmektedir. Bu yazarlar, bilimsel görüşlerin yer alabileceği eserleri "*sistematik eserler, şerhler, monografiler, makaleler, eser veya içtihat tahlilleri, notlu kanunlar* ve sadece bibliyografya ve içtihat derlemelerinden oluşan *diğer eserler* olarak" sıralamaktadırlar<sup>77</sup>. Bazı yazarlar ise, bilimsel görüşlerin bu eserlerin yanında, ayrıca "seminer", "açık oturum", "sempozyum", "kurs ve derslerde" de açıklanabileceğini isabetli olarak ifade etmektedirler<sup>78</sup>.

Kanaatimizce, bilimsel görüşlerin yer alacağı eserleri "sınırlandırma" doğrultusunda açıklanan görüşler yerinde değildir. Bir görüşün bilimsel görüş olarak kabul edilebilmesi için, öğretide ortaya konulan ve genel kabul gören kriterlere uygunluğu yeterli olup, görüşün yayımlandığı yerin bir önemi yoktur. Öğretide yapılan "sınırlı sayım", bilimsel görüşlerin yer aldıkları "en bilinen" eserlere ilişkindir. Aksi görüş, bu sayılan eserlerin dışında bir başka yerde bilimsel görüşün yer alamayacağı ya da ifade edilemeyeceği gibi bir sonucu doğurur ki, böyle bir düşünce nin kabul edilmesi mümkün değildir.

### B- Hukukî Mütalâaların Bilimsel Görüş Niteliği

Hukukçu bir öğretim üyesi tarafından istem üzerine hazırlanan hukukî mütalâalarda da, bilim adamı sıfatıyla, bir konu ya da uyuşmazlıkla ilgili olarak görüş ve çözüm önerileri ortaya konmaktadır. Bu görüş ve çözüm önerileri "uzman" tarafından, "bilimsel", "tarafsız" ve "objektif" olarak açıklandığı sürece hukukî mütalâalar kanaatimizce TMK m. 1, f. 3 anlamında "bilimsel görüş" olarak nitelendirilmelidir ve hâkimler kararlarını verirken bu mütalâalardan da yararlanmalıdırlar<sup>79</sup>. Diğer taraftan, verdikleri hukukî mütalâaları yayımlamak suretiyle hukuk

(76) Bu kavram sözlükte "*herhangi bir uyuşmazlık hakkında bilim adamlarının görüşü*"; "*bir düşünürün belli konudaki açıklamaları*"; "*belli bir konuda siyasi, fikri veya ekonomik kurallar, dogmalar*" olarak anlamlandırıldığı gibi (bkz. Yılmaz, Hukuk Sözlüğü, s. 706, 131; Şafak, Ali: Ansiklopedik Hukuk Sözlüğü, 4. Baskı, Ankara 2002, s. 106); "*bilimde bir düzenli görüşü oluşturan ilke ve dogmaların bütünü, meslek*," ve "*belli bir anlayışa, düşünceye dayalı olan ilke veya ilkeler dizisi, doktrin*" şeklinde açıklanmaktadır. Bkz. <<http://tdk.org.tr/tdksozluk>>, (11.12.2005).

(77) Oğuzman/Bartas, s. 82-83; Akipek/Akıntürk, s. 146.

(78) Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 74.

(79) Karakoç, hukukî mütalâayı dolaylı bir şekilde "doktrin" olarak nitelendirmektedir. Çünkü yazar, hukukî mütalâa verme suretiyle mahkemenin "doktrinden yararlanması"nın sağlandığını ifade etmektedir (Karakoç, s. 67).



kamuoyunun bilgi ve incelemesine sunan öğretim üyeleri, taraflarca dosyaya konulmak üzere mahkemeye verilen mütalâalarda yer alan görüş ve değerlendirmelerin "okunabilirliği" ve "kabul edilebilirliği"nin onu kalem alanın daha önce kanıtlanmış tarafsızlığı ve ciddiyeti ile yakın ilişkisi bulunduğu<sup>80</sup>, mütalâaların değeri ve etkinliğinin "bilimsel", "tarafsız" ve "objektif" hazırlanmasına bağlı olduğunu peşinen kabul etmektedirler<sup>81</sup>.

Nihayet öğretim üyelerince hazırlanan hukukî mütalâalar yakından incelendiğinde, bunların önemli bir kısmında uyuşmazlık konusu derinlemesine irdelenmiş olup, soruna ilişkin öğreti ve varsa yargı kararları atıfları ile birlikte belirtildikten sonra, uzman hukukçu gerekçeleri ile kendi görüşünü ortaya koymakta; bu durum da, mütalâaların adeta "bir makale" formatında hazırlandığını göstermektedir<sup>82</sup>.

Hukukî mütalâalar, kanaatimizce de "Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu" açısından "eser" sayılırlar<sup>83</sup> ve bir konuda yayımlanmış kitap veya makale ile hukukî mütalâa arasında eser sahibinin maddî ve de

---

(80) *Teoman*, s. V.

(81) *Karayalçın*, Özel Hukukta Meseleler ve Görüşler-II, s. VIII.

(82) Örneğin, *Prof. Dr. Yaşar Karayalçın*, "Özel Hukukta Meseleler ve Görüşler-Hukukî Mütalâalar" başlığı altında bugüne değin beş (5) cilt kitap yayımlamıştır. Aynı şekilde *Prof. Dr. İsmet Sungurbey*, "Medeni Hukuk Sorunları" başlığı altında altı (6) ciltlik bir eser vermiş ve bu eserde gerek bilirkişi olarak gerek kendisine yapılan başvurular neticesinde kaleme aldığı hukukî mütalâaları gün ışığına çıkarmış ve hukuk kamuoyunun istifadesine sunmuştur. *Karayalçın* ve *Sungurbey* tarafından hazırlanmış olan bu eserlerin bir kısmı görev yaptıkları Üniversitelerin yayınevleri tarafından basılmış ve bu şekilde Üniversite yönetimlerine ilgili eser sahiplerine de destek verilmiştir.

Bunun gibi, *Prof. Dr. Ömer Teoman*, "Yaşayan Ticaret Hukuku: Hukukî Mütalâalar" adı altında bugüne kadar onbir (11) cilt kitap yayımlamış ve bu eserlerde hazırlamış olduğu bilirkişi raporları ve hukukî mütalâaları ayrıntılı bir şekilde tasnif de ederek hukuk bilimiyle uğraşanların istifadesine sunmuştur. Yine *Prof. Dr. Abuzer Kendigelen*, "Ticaret Hukuku Kürsüsünde Onbeş Yıl, Hukukî Mütalâalar -Mahkeme Kararları ile Birlikte-" adı altında üç (3) cilt eser yayımlamıştır. Ayrıca, *Prof. Dr. Oğuz İmregün*, 1971 yılından itibaren vermiş olduğu hukukî mütalâaları ve yapmış olduğu bilirkişilik görevlerinde hazırlamış olduğu raporları "Bilirkişi Raporları" başlığı altında yayımlamış ve bugün itibariyle bu seri onaltıncı (16) cilde ulaşmıştır. Eserlerde yazar bilirkişi olarak görev yaptığı dosyaları "bilirkişi raporu" olarak, hukukî mütalâalarını da "hukukî mütalâa" başlığı altında belirtmiştir.

Bütün bu eserler, bugün gerek hukuk teorisyenleri gerek uygulamacılar tarafından birer başvuru kaynağı olarak kabul görmektedirler.

(83) Genel olarak eser kavramı ve konu ile ilgili tartışmalar için bkz. *Baygın*, Cem: Türk Hukukuna Göre İstisna Akdinde Ücret ve Tabi Olduğu Hükümler, İstanbul 1999, s. 8 vd.

manevî hakları arasında herhangi bir fark söz konusu değildir<sup>84</sup>. Karayalçın, 1975 yılında kaleme aldığı "Özel Hukukta Meseleler ve Görüşler-Hukukî Mütalâalar I" adlı eserinde, "kararın fikri dayanaklarına atıf yapma usulü geliştikçe" mahkeme kararlarında, diğer bilimsel eserlerin yanında, hukukî mütalâalara da yer verilmesi geleneğinin yerleşeceğini ileri sürmüştür<sup>85</sup>. Aradan geçen otuz yıla rağmen, bugün de mahkeme kararlarında hukukî mütalâalara doğrudan doğruya atıf yapılması uygulaması çok az gözlemlenen bir olgudur. Ancak çok az da olsa Yargıtay'ın bazı kararlarında, öğretim üyesi bilim adamlarınca verilmiş olan hukukî mütalâalara atıf yapıldığı da görülmektedir. Nitekim Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 21.4.1994 tarih, E.1994/565, K.1994/3295 sayılı kararına karşı oy yazan Gönen Eriş ve İhsan Demirkıran, karşı oy yazılarında, dava dosyasına konulan ve üniversite öğretim üyelerince kaleme alınan iki farklı "hukukî mütalâa"ya atıf yapmak suretiyle kendi görüşlerine bu mütalâalarda savunulan görüşleri destek yapmışlardır<sup>86</sup>. Yargıtay 14. Hukuk Dairesi de 1984 yılında verdiği bir kararında<sup>87</sup> aynen "... Davacının dava dilekçesinde ve temyize başvurularında tapu kayıtlarının tesisinde zeytin ağaçlarının varlığını dile getirmiş olduğu hâlde bu karar düzeltme aşamasına kadar gerek mahkeme ve gerekse temyiz incelemeleri sırasında tapu kayıtlarında belirtilen zeytin ağaçları her nasılsa maddî bir yanılğı sonucu hiçbir şekilde nazara alınmamıştır. Maddî yanılğının varlığı hâlinde usulî bir hakkın varlığından söz edilemeyeceğine (Yargıtay HGK 15.3.1972 tarih, 1968/1-277 esas 176 karar; Yargıtay 7. HD 3.4.1981 tarih, 3964, 4050 ve aynı dairenin 22.12.1981 tarih ve 11992, 13475 sayılı kararları ve Yargıtay Yedinci Hukuk Dairesi'nde bulunan bir dosya için İstanbul

(84) Karayalçın, Özel Hukukta Meseleler ve Görüşler-II, s. VIII.

(85) Karayalçın, Özel Hukukta Meseleler ve Görüşler-II, s. VIII.

(86) Karar için bkz. <<http://www.hukukcu.com/bilimsel/kararlar/ticaret001.htm>>, (11.12.2005), s. 3, 5 ve 7. Yüksek Hâkimler, karşı oy yazılarının sayfalarını verdiğimiz bölümlerinde bu mütalâalarda ortaya konulan düşünceleri kısaca özetledikten sonra son bölümde "... Nitekim, Prof. Dr. Çağa ve Prof. Dr. Rayegan Kender, Yrd. Doç. Dr. A. Samim Ünan yukarıda anılan eser ve hukukî mütalâalarında TTK. 1064/II hükmündeki 'Donatan' deyiminin, 'Taşıyan' olarak anlaşılması gerektiğini bildirmişlerdir. Şimdi, dosyaya hukukî mütalâa veren Prof.Dr. Mesut Önen'in bildirdiği gibi kanunu lafzî olarak yorumlarsak 'Donatan olmayan taşıyanın rücu derpiş eden anlaşmalarını geçerli saymak icap edecektir'. Oysa, kanunkoyucu burada yanlışlıkla taşıyan yerine 'Donatan' deytivermiştir. O halde metnin başlangıçta eksik düzenlendiği doktrin tarafından da kabul edilmektedir (yukarıda anılan age.lerde bu husus açıkça kabul edilmektedir)." şeklinde açıklama yapmak suretiyle hukukî mütalâalarda savunulan düşünceleri kendi görüşlerine açıkça destek yapmışlardır.

(87) Yarg. 14. HD, 8.3.1983, E. 1982/6969, K. 1983/1836, <[#m](http://www.kazanci.com.tr/cgi-bin/highlight.cgi?file=ii_bb/files/11hd-1994-565.htm&query=hukukî_mütalâa)>, (11.12.2005).

Üniversitesi Medeni Usul Hukuku Profesörü İlhan E. Postacıoğlu tarafından verilen 3.4.1982 günlü hukukî mütalâa) ve davacının bayilerine yapılan tahsisi esaslı unsurun arzın metrekaresi olmayıp ağaçlarının adedi olduğuna göre tapu kaydının kapsamı; tahsisin temelini ve amacını oluşturan zeytin ağaçlarının sayısı esas tutularak saptanması gerekmektedir (Bu konuda Yargıtay Birinci Hukuk Dairesi ve Yargıtay Yedinci Hukuk Dairesi kararları birlik halindedir)" şeklinde karar vermiştir. Böylece, Yargıtay 14. Hukuk Dairesi, "maddî yanılmanın varlığı durumunda usulî bir haktan söz edilemeyeceği" yönündeki görüşüne, diğer gerekçelerinin yanında, Yargıtay 7. Hukuk Dairesi'ndeki bir dosyada yer alan ve İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul Hukuku Öğretim üyesi konumundaki Prof. Dr. İlhan E. Postacıoğlu'nun vermiş olduğu hukukî mütalâyayı da gerekçe göstermek suretiyle "bir öğretim üyesi tarafından somut bir uyuşmazlık için verilmiş hukukî bir mütalâyaya" doğrudan doğruya atıf yapmıştır. Bu durum da göstermektedir ki, alanında "uzman" olan hukukçu bir bilim adamı tarafından, herhangi bir hukukî sorun hakkında ileri sürülmüş kanaat ve fikirler de TMK m. 1, f. 3'te ifadesini bulan "bilimsel içtihat" niteliğini kazanabilmektedir<sup>88</sup>. Yeter ki, hukukî mütalâa, "bilimsel", "objektif" ve "tarafsız" olarak hazırlanmış olsun.

Uyuşmazlığın bir tarafınca dava dosyasına konulmak üzere mahkemeye sunulan hukukî mütalâanın "ücret karşılığında" alınmış olması, sırf bu nedenle onun "bilimsellikten" ve "tarafsızlıktan" yoksun olduğunu gösterir mi? *Karayalçın*, ücret karşılığında hazırlatıldıkları için hukukî mütalâalara şüphe ile bakanların bulunduğunu; her hukukî mütalâanın tarafsız ve bilimsel olduğunu iddia etmenin mümkün olamayacağını, hukukî mütalâanın, onu hazırlayan ve imzalayan hukukçunun meslekî ve ahlâkî düzeyini gösterdiğini; bu açıdan dava layihasını imzalayan avukat, mahkeme kararını imzalayan hâkim ile, hukukî mütalâyayı imzalayan kişi arasında bir fark olmadığını belirtmektedir. Yazar, ücret karşılığında verildiği için, hukukî mütalâanın

(88) Öğretide, her ne kadar *Akipek/Akıntürk*, "Herhangi bir sorun hakkında bazı hukukçular tarafından bireysel olarak ileri sürülmüş olan kanaat ve fikirler, bilimsel görüş (içtihat) niteliğini kazanamaz." şeklinde kesin bir ifade kullanmış olsalar da, yazarlar devam eden satırlarda "...Bir hukukçu tarafından bireysel olarak ileri sürülen bir fikrin bir bilimsel görüş mahiyetinde bulunup, bulunmayacağı konusunda, bu fikri ileri sürmüş olan hukukçunun kişiliğinin büyük ölçüde önemi vardır. Bir ülkenin hukuk hayatında yer etmiş, fikirlerinin ve görüşlerinin isabeti, doğruluğu ve tarafsızlığıyla tanınmış, hukuk biliminde otorite sayılan bir hukukçunun fikri veya kanaati, tek kalsa bile yine de bilimsel içtihat kabul olunabilir." demek suretiyle, bir hukukçunun ortaya koyduğu bir görüş ya da değerlendirmenin bilimsel içtihat olarak kabul edilebilmesinde önemli olanın, savunulan görüşün "bilimsel" ve "tarafsız"lığı ve bu görüşü savunan kişinin alanında "uzman (otorite)" kabul edilen bir kişi olması gerektiğini ifade ederek, daha doğru bir yaklaşım sergilemişlerdir (bkz. *Akipek/Akıntürk*, s. 146).

bilimsellikten ve tarafsızlıktan yoksun olduğu görüşünü taşıyan karşı taraf vekilinin, verilen hukukî mütalâanın hangi sebeplerle bilimsel ve tarafsız olmadığını açıkça belirtmesi ve hattâ bir makale konusu yaparak tartışmaya açması gerektiğini de ifade etmektedir<sup>89</sup>.

Gerçekten de bir hukukî mütalâanın salt ücret karşılığında alınmış olması nedeni ile bilimsellikten ve tarafsızlıktan yoksun olduğu şeklinde bir bakış açısı ya da değerlendirmenin bizzat kendisi hukuksal ve objektif bir değerlendirme olmaktan uzaktır. Özellikle üniversite öğretim üyeleri tarafından hazırlanmış olan ve de yayımlanmak suretiyle gün ışığına çıkarılmış olan hukukî mütalâa ve bilirkişi raporlarından oluşan eserler, tıpkı monografik çalışmalar, şerhler, ders kitapları ve makaleler gibi, bugün, hukukun gelişmesinde son derece önemli işlev görmektedirler. Çünkü, bu eserlerde yer alan hukukî mütalâalarda bilim adamları tarafından ortaya konulan değerlendirmelere birçok bilimsel çalışmada atıflar yapılmakta, bu mütalâalar kaynak olarak gösterilmekte ve bu durum da bilim camiası tarafından olumlu olarak karşılanmaktadır. Bunun yanında, bir hukukî mütalâanın sırf ücret karşılığında hazırlanmış olması, o mütalâanın bilimsellikten ve tarafsızlıktan uzak olduğu şeklinde değerlendirilmesi sonucunu doğuracaksa, aynı değerlendirmenin "bilirkişi raporları" için de yapılması gerekir. Çünkü bilirkişiler de kendilerine mahkeme tarafından takdir edilmiş bir ücret karşılığında bu görevi ifa etmektedirler. Ancak, hukukî mütalâaya ücret karşılığında hazırlatıldığı için karşı olanlar, aynı karşılığı peşinen bilirkişi raporları için sergilememektedirler ki, bu da hukukî mütalâaya olan karşılığın "hukuksal" ve "objektif" olmadığını bir başka göstergesidir.

#### VII- HUKUKİ MÜTALÂANIN AVUKATIN ÖZEN YÜKÜMLÜLÜĞÜ BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

AK'nın 34. maddesine göre "Avukatlar, yükledikleri görevleri, bu görevin kutsallığına yakışır bir şekilde özen, doğruluk ve onur içinde yerin getirmek avukatlık unvanının gerektirdiği saygı ve güvene yakışır bir şekilde davranmak ve Türkiye Barolar Birliği'nce belirlenen meslek kurallarına uymakla yükümlüdür". Ayrıca Borçlar Kanunu'nun (BK) 390. maddesinin 2. fıkrasında "Vekil, müvekkile karşı vekâleti iyi surette ifa ile mükelleftir." denilmektedir. Avukatın özen yükümlülüğünün yasal dayanağını oluşturan<sup>90</sup> bu hükümler, oldukça geniş anlamlı ve yorumu gerektiren düzenlemelerdir. Çünkü bu yükümlülük, avukatın üçüncü kişilerle, avukatlık mesleğinin diğer mensuplarıyla ve üzerine işini aldığı müvekkilleriyle kurulan ilişkilerden, meslek çalışmalarının niteliğine

(89) Karayalçın, Hukukda Öğretim-Kaynaklar-Metod, s. 164.

(90) Bkz. Aday, s. 59; Güner, s. 352; ayrıca bkz ve karşı. Sungurtekin 'Özkan, s.

kadar geniş bir alanı kapsamaktadır<sup>91</sup>. Söz konusu hükümler, avukatın aynı zamanda, müvekkilinin (iş sahibinin) işinin başarıya ulaşması bakımından en güvenli ve amaca en uygun yolu seçmesi gereğini de ortaya koymaktadır<sup>92</sup>. Bir avukatın mesleğinin gerektirdiği bilgilere sahip olması<sup>93</sup>, yapılması gereken işin nev'i ve ağırlığı için gerekli olan meslekî bilgi ile mücehhez olması<sup>94</sup> özen yükümlülüğünün bir gereğidir.

Özel bir uzmanlığa ihtiyaç olan hâllerde, vekil ya uzmana danışmalı veya işi hiç üzerine almayıp müvekkili bir uzmana yönlendirmelidir<sup>95</sup>. Bu anlamda, örneğin hukuken çok girift bir konuda bir avukatın müvekkilinin davası için o konuda uzman bir hukukçudan hukukî mütalâa alması, kanaatimizce avukatın özen yükümlülüğü içinde değerlendirilmelidir. BK m. 390'da ifadesini bulan vekâletin iyi surette ifası, bu düşünceyi haklı çıkartmaktadır.

Ayrıca, mahkemenin olası bir hatalı karar vermemesi için hukukî problemin tam ve uygun hukukî gerekçelerle mahkemeye sunulması, avukatın akdî yükümlülükleri arasındadır. Avukatın bu yükümlülüğü de, özen yükümlülüğünün bir sonucudur<sup>96</sup>. Bu anlamda olmak üzere kanaatimizce, hukukî problemi tam ve uygun bir şekilde mahkemeye arz edecek olan avukat, bu görevini yerine getirirken, alanında uzman bir bilim adamı-hukukçudan hukukî mütalâa alabilmeli ve dosyaya koydurabilmelidir.

### SONUÇ

Uygulamada taraf veya taraf vekillerince dava dosyasına konulmak üzere, somut uyuşmazlıkla ilgili olarak hukukî konularda alanında uzman olan kişilerden "hukukî mütalâa" alınmaktadır. Hukukî mütalâaya ilişkin olarak mevzuatımızda bir düzenleme bulunmamaktadır.

Hukukî mütalâa, kesinlikle mahkemeye (hâkime) hitap eden, bir başka deyişle hâkime yöneltilmiş bir değerlendirme değildir. Ayrıca

(91) *Müderrişoğlu*, s. 53.

(92) Aynı yönde *İldir*, Gülgün; Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Medeni Yargıya Alternatif Yöntemler, Ankara 2003, s. 141. Özen yükümlülüğü içinde sayılan bu yükümlülük, öğretilerde "amaca en uygun ve en güvenli yolu seçme ve yürütme yükümlülüğü" olarak adlandırılmaktadır (bkz. *Güner*, s. 366; *Aday*, s. 60). Alman hukukunda da avukatın müvekkilinin çıkarlarını korurken en emin yolu kullanma yükümlülüğü olup, bu özen yükümlülüğünün kapsamında düşünülmektedir (*Günergök*, s. 61).

(93) *Günergök*, s. 48.

(94) Bkz. 4. HD, 22.02.1974, 3098/865 (*Kaçak*, Nazif: Yargı Kararlarıyla Avukatlık Kanunu ve İlgili Mevzuat, Ankara 2001, s. 59).

(95) *Sunzurtekin Özkan*, s. 309; *Tandoğan*, Haluk: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C. II, 3. Baskı, Ankara 1987, s. 411; ayrıca bkz. *Müderrişoğlu*, s. 305.

(96) *Günergök*, s. 173, ayrıca s. 173, dn. 59.

hukukî mütalâa, mütalâayı kaleme alan uzman bilim adamı tarafından mahkemeye değil, kendisinden bu mütalâayı talep eden kişiye verilir. Bu kişi de iddialarını desteklemek amacıyla mütalâayı dava dosyasına konulmak üzere mahkemeye sunar.

Bir öğretim üyesi tarafından istem üzerine hazırlanan hukukî mütalâa, HUMK'da takdiri delil olarak dahi belirtilmediğine göre, hâkim kararını vermeden önce dosya içerisinde yer alan mütalâayı dikkate almak durumunda da olmayacaktır. Ancak, hukukî mütalâa, alanında uzman öğretim üyesi tarafından kaleme alındığı ve uyuşmazlık konusunu gerek teoriyi, gerek uygulamayı dikkate alarak tüm yönleriyle irdelediği ve gerekçeli bir değerlendirme ortaya koyduğu için tamamen değersiz olarak da nitelendirilemez.

Bir hukukî mütalâada yer alan değerlendirmeler hiçbir durumda AY'da yer alan hâkimlerin bağımsızlığı ilkesini ihlâl etmez, yani "hâkime emir ve talimat verme", "tavsiye ve telkinde bulunma" anlamına gelmez. Ayrıca hukukî mütalâa hazırlanması olgusu, TCK hükümleri uyarınca da herhangi bir suç oluşturmayıp, "hakkın icrası" kapsamında söz konusu olan hukuka uygunluk sebeplerinden "bir iş, meslek, sanat veya bilim faaliyetlerinin icrası"dır. Ayrıca, CMK, ceza yargılaması sisteminde "uzmanından bilimsel mütalâa" alınabilmesini bir "hak" olarak açıkça düzenlemiştir. Burada belirtilen "uzmanından bilimsel mütalâa alınması" olgusu "hukukî mütalâa"yı ifade etmektedir.

Konunun avukatlık tekeliyle ilgili yönüne gelince; hukukumuzda avukatlık tekelinin kapsamının çok geniş tutulduğunu belirtmek gerekir. AK'da sözü edilen "kanun işlerinde ve hukukî meselelerde mütalâa verme"nin kapsamını belirlemek zordur. Bu nedenle burada geniş anlamaya müsait lafzî yorum yerine, amaçsal yoruma gidilmesi uygun olacak, karmaşık hukukî konularda, tarafların birinin vekilinin o konunun uzmanı bir hukukçudan almış olduğu mütalâanın avukatlık tekeli kapsamında olmaması gerektiği sonucuna varmak gerekecektir. Olması gereken hukuk bakımından önerimiz ise, yanlış anlaşılmayı ortadan kaldırmak için, hukukî mütalâa olgusunun avukatlık tekeli bakımından istisna tutulmasına ilişkin düzenlemenin yapılmasıdır. Bu anlamda, AK m. 35'de yer alan "mütalâa" kavramın "hukukî görüş bildirme" olarak değiştirilmesi, her türlü yanlış değerlendirmenin önüne geçilebilmesi açısından yerinde olacaktır.

Hukukî mütalâalarda, bilim adamı, bir konu ya da uyuşmazlıkla ilgili olarak görüş ve çözüm önerilerini ortaya koymaktadır. Bu görüş ve çözüm önerileri "uzmanı" tarafından, "bilimsel", "tarafsız" ve "objektif" olarak açıklandığı sürece hukukî mütalâalar TMK m. 1, f. 3 anlamında "bilimsel görüş" olarak nitelendirilmelidir ve hâkimler kararlarını verirken bu mütalâalardan da yararlanmalıdırlar.

Hukuken çok girift bir konuda bir avukatın müvekkilinin davası için o konuda uzman olan bir hukukçudan hukukî mütalâa alması, kanımızca avukatın özen yükümlülüğü içinde düşünülmalıdır. Hukukî problemi tam ve uygun bir şekilde mahkemeye arz edecek olan avukatın, bu görevini yerine getirirken, alanında uzman bir bilim adamı-hukukçudan hukukî mütalâa alabilmesine ve dosyaya koydurmasına engel olmamak gerekir.