

EK-11: AV. FAHRETTİN KAYHAN'IN BİLİRKİŞİ RAPORUNA İTİRAZ DİLEKÇESİ (16 MAYIS 2013)

ANKARA İKİNCİ FİKRİ VE SINAİ HAKLAR HUKUK MAHKEMESİNE

Esas No: 2012/49
BİLİRKİŞİ RAPORUNA BEYAN VE İTİRAZLAR

Davacı : Kemal Gözler
Vekili : Av. Fahrettin Kayhan ...
Davalılar : 1- Seçkin Yayıncılık San. Tic.
2- Ramazan Çağlayan
Vekilleri : Av. Kaan Koçali ...

Taraflar arasındaki davanın yapılan yargılamasında hazırlanan bilirkişi raporuna karşı beyan ve itirazlarımızı aşağıdaki paragraflarda sunuyoruz. Ayrıca raporla ilgili olarak müvekkilimizin Mahkemeye hitaben hazırladığı “Bilirkişi Raporu Hakkında Gözlemler” başlıklı 35 sayfalık metni ekte sunuyoruz:

1. Hemen belirtmek gerekir ki, bilirkişi raporunda olaya uygulanacak hukuki ilkeler oldukça açık ve bilimsel olarak açıklanmıştır. Bunlara bir diyeceğimiz olamaz. Vakıalar bakımından da, büyük ölçüde, iddialarımızı doğrular şekilde, tespitler yapılmıştır. Ancak bilirkişi raporunda, kabul edilen bu öncüllerle raporun sonuç kısmı çelişkilidir.

2. Bilirkişi raporunda davalının eylemleri üç kategoride değerlendirilmiştir. İlk kategoride “nezaket kurallarına aykırılık” olarak nitelenen ihlaller incelenmiştir. Bu gruptaki inceleme ve değerlendirme 1 paragraftır. Somut örnekler üzerinde durulmamıştır. İncelenmeyen bu örneklerin sayısı 200 adet üzerinde. Usulsüz alıntının yapıldığı bölümler ağırlıklı olarak “277-292, 305-362, 429-552” sayfaları arasındadır. Bu sayfa aralıklarında işlenen her bir konu bir master veya doktora tezinin konusunu oluşturacak boyut ve nitelikte bağımsız bölümlerdir. Toplam 195 sayfa tutan bu bölümlerde (ki davalının kitabının neredeyse 1/3’ü) davalının müvekkilin usulüne uygun 200, usule aykırı olarak yaptığı alıntı sayısı 250’nin üzerindedir. Usule aykırı kimi atıflar birden çok paragraf veya sayfadan oluşmaktadır. Bu oran ancak müşterek yazarlık (örneğin Gözübüyük/Tan) olarak ya da iktibas yoluyla patchwork kitap yazımı (derleme değil) olarak tanımlanabilir.

Bilirkişi raporunda bu durumu ortaya konmayarak sözde gerekçelerle Kitabın belli bölümlerinde (195 sayfalık) yoğunlaşan 200'den usulsüz alıntı ve 250'nin üzerinde usule uygun uzun paragraflardan oluşan alıntılarının olduğu sabittir. Bilirkişiler uzun emeklerle hazırlanan bunu açıkça ortaya koyan dilekçemizdeki açıklamaları ve dilekçemizin ekinde sunduğumuz EK-3'te müvekkilimizin açıkça ortaya koyduğu bu olguya değinmeden bunun hukuka aykırılık olmadığı, ancak nezaket kurallarına aykırı olduğunu söylemeleri dosya içeriğine uygun olmamıştır.

Bu bir paragraflık değerlendirmede cevabını çok iyi bildiğimiz şu iki sorunun yanıtını bulamıyoruz:

- a) Alıntılar kitabın hangi bölümlerine ve hangi sayfalarında yoğunlaşmıştır
- b) Maksadın haklı göstereceği nispetin tespiti bakımında usule uygun olan ve olmayan atıfların sayısı nedir? Bunlar kaç sayfa tutmaktadır?

Bu istatistiki veriler, bu alıntılarının hukuka aykırı olduğunu koymayacaksa, hangi durum hukuka aykırı olacaktır? Kitabın tamamen bire bir iktibasını mı sadece hukuka aykırıdır? Bilirkişinin (raporda yer yer tekil ifade kullanıldığı için "ler" takısı kullanılmamıştır). O zaman FSEK'nunda burada tekrar etmeyeceğimiz alıntıyla ilgili hukuksal kuralların anlamı ve kapsamı nedir? Mahkemeye sunduğumuz dava dilekçesi ve ekleri ve diğer layihalara gösterdiğimiz hukuksal emek ve özen en azından birden fazla paragrafla değerlendirmeyi hak etmektedir.

Bilirkişiler gerekçe bölümünde "nezaket kurallarına aykırılık", sonuç bölümünde "nezaket etik kurallarına" aykırılık gibi ibareler kullanmışlardır. Bu iki ibare konusunda çok şey yazabilirim; ama Bilirkişilerin taşıdığı unvanlarına ve Yüce Mahkemeye duyduğumuz derin saygı burada bir "hukuk başlangıcı" konusunu işlememe mani oluyor. Biz söylemesek de Mahkemenin bu hususu takdir edeceğinden kuşkumuz yoktur.

Gerek Mahkeme kararlarında gerek bilirkişi raporlarında gerekçe mantıksal uslamlamaya dayanır. Tam bir gerekçe, uygulanacak normu, olguyu ve bu ikisinin altlanmasıyla bir zorunlu bir sonucu içerir. Bu unsurları taşımayan bir akıl yürütme mantısal olarak yanlış kurulmuş bir argümandır ve uygulamalı Mantık disiplininde "mantık yanlışları olarak ayrıntılı olarak incelenir. Bilirkişi raporunun bu bölümünde, sabit sayılan vakıya tam olarak yer vermeme, hukuksal terimlere uslamlama sürecinde birbirinden farklı anlamlar vererek tevil yoluna başvurma gibi hukuk mantığı hataları içermektedir. Bu hataların mantık disiplinindeki adlarını alınganlık yaratmamak için burada zikretmiyoruz.

Açıklanan nedenlerle, Raporun bu bölümü sadece nezaket kurallarına değil, hukuka da aykırıdır. Akademik camia ne der bilemem ama biz pratis-

yen hukukçular, hukuk kimyasında akademik nezaketsizliğin ve etiğe aykırılığın bu kadar yoğunlaşmışına hukuka aykırılık ve hatta suç deriz.

Ancak bu bölümde söyleyeceğimiz bundan ibaret değildir. Aşağıda işleyeceğimiz konuyla bağlantılı olarak bu bahse yeniden döneceğiz.

3. Bilirkişi raporunun 13. Sayfasından sonra, hakikate oldukça yaklaşıldığını müşahede ediyoruz. Akademik dürüstlük bakımından altın kıymetindeki geçiş paragrafına burada aynen yer vermek istiyoruz. Bilirkişi(ler) aynen bu geçiş paragrafında aynen şu sözleri kullanıyorlar:

“Bazı örnekler ise oldukça sorunlu olup, davalının savunmasında ya hiç açıklanmamakta ya da yeterli açıklıkta yer almamakta, cevap verilmemektedir. Bu örnekler, konuya ilişkin diğer örneklerde yapılan açıklamalarla da bağdaşmamaktadır. Davacının dilekçe ekinde sunduğu 276 adet hukuka aykırı iktibas örneği içinde, davalının davacıya atf yapması gerekirken yapmaması durumuna ilişkin tespit ettiğim örnekler şunlardır:”

Bilirkişi(ler)in tespit ettiği 50 örnekte hiç atf yoktur. Bunlar tek tek bilirkişi raporunda irdelenmiştir. Ancak bilirkişiler konuyla ilgili dilekçelerimizde ayrıntılı biçimde açıkladığımız hukuk normlarının unsurlarını açıkça tespit etmelerine rağmen her bir örneğin sonuç (hüküm) kısmında bizim fikri mülkiyet hukuk lisanında kullanmadığımız ve bu nedenle anlayamadığımız bir terim kullanmışlardır: “Olağan değildir”... Nasıl yani? Bu alıntılar “olağan üstü mü?” veya “olağan dışı mı?” Peki bu sonucun hukuki anlamı ne? Bu elli alıntı tek tek değerlendirildiğinde hukuka aykırı mı değil mi? Bu kez bu çıkarımların mantıktaki adını Avukatlık Kanununun 1. maddesine hürmeten söylemek zorundayım. Bu değerlendirmelerin hukuk mantığındaki adı: konuyu saptırma (fallacy of red herring)dır.

Ayrıca bu elli alıntının kitaptaki yoğunlaştığı yerler ve konulara değinilmediği gibi, raporun değerlendirme bölümünde bu 50 alıntının birlikte değerlendirilmesine de yer verilememiştir.

Bilirkişilerin nezaket kurallarına aykırı bulduğu 200’den fazla usulüz, 50 adet olağan olamayan ve 250’den fazla usulüne uygun alıntıyı birlikte değerlendirdiğimizde fikri hukukta buna tecavüz denir. Davalının hukuk alanında Doçent olduğu, “intihal konusunda” makale yayınladığı da dikkate alındığında fikri haklara tecavüzün gerçekleştiğini kabul etmek zorunludur.

Ancak bilirkişiler, tevilli olarak da olsa tespit ettikleri durumdan bu durumun hukuka aykırı olduğunu açıkça söylemek yerine, tespit ettikleri vakıaların hukuk karşısındaki zorunlu sonucunu raporların sonuç kısmına yazmamışlar, bunun yerine davalının eyleminin etik ve nezaket kurallarına aykırı olduğunu ifade etmişlerdir. Sosyolojik hukuk anlayışlarından birine göre görüşe göre hukuk minimum etikdir. Ne yazık ki davalının bilirkişilerin tespit ettiği etik ihlali, hukuk ihlali derecesindedir.

Peki bilirkişiler, vakıaları tespit ederken büyük ölçüde davalının sorumluluğunu gerektirecek şekilde dosya içeriğine sadık kalmaya çalışmışlar, ama sonuç kısmında bunun sonucunu hafifletecek bir yargıya varmışlardır? Bunun nedeni akademik dayanışma olabilir mi? Buna ihtimal vermek istemeyiz. Zira bilirkişiler alanlarında iyi şöhret sahibi ve dürüstlüğüne şahitlik edebileceğimiz nitelikte hukukçulardır. Ancak, bir meslektaşımızın aleyhinde rapor yazmanın güçlüklerini avukat müvekkil ilişkilerinde bilirkişilik yapmış biri olarak iyi biliyorum. Bazen psikolojik zorluk o dereceye varabilir ki, hukukçu vicdanınız sizi gerçeği söylemeye mecbur eder, ama sonucu açıkça söylemeye diliniz varmaz. Bu özellikle at olduğunuz kapalı çevre içerisinde yapılan bilirkişiliklerde daha da yoğun multivalans ve yıkıcı bir duygudur. Avukatsanız savunma sanatını bilirsiniz, akademisyenseniz idare hukukunu, bu konuda kitap yazmayı ve ders anlatmayı bilirsiniz. Ama bir meslektaşınız hakkında hüküm vermek başka bir şeydir. Hüküm hakim işidir. O her gün verdiği kararlarla bu duygularla başa çıkarak themis'in kılıcını adil olarak kullanabilir. Bu durumda bilirkişilerin duygu durumu rapora da yansır, hakikatı söylerler ve hükmü hakime bırakırlar. Bilirkişi(ler) de bizce sonucu tevil ederek öyle yapmak istemişlerdir. Onları anlıyorum, ama varlıkları sonucu, bir hukukçu olarak kabul etmiyorum.

Sonuç Olarak: Tüm eleştirilerimize rağmen rapor, hakim hüküm vermesine yetecek verileri ortaya koymuştur. İstenirse itirazlarımız doğrultusunda bir ek-rapor da alınabilir. Ancak Mahkeme, gerekçeyi dikkate almadan sadece sonuç kısmına itibar edecekse, o vakit her üç bilirkişinin de duruşmaya davet edilerek onlara doğrudan soru yöneltme hakkımızı kullanma olanağının sağlanmasını ve sonucuna göre hüküm kurulmasını talep ediyoruz.

Saygılarımızla,
Av. Fahrettin KAYHAN
Davacı Vekili

EK-1 (Bilirkişi raporu hakkında davacının gözlemleri)