

# **EK-57: BİLİRKİŞİ RAPORU HAKKINDA AV. FAHRETTİN KAYHAN'IN 24 KASIM 2016 TARİHLİ BEYAN DİLEKÇESİ**

## **T.C. ANKARA 2. FİKRİ VE SİNÂİ HAKLAR HUKUK MAHKEMESİ'NE**

**Esas no: 2012/49**

### **ÜÇÜNCÜ BİLİRKİŞİ KURULU RAPORU HAKKINDA BEYAN**

**Davacı:** Kemal GÖZLER ...

**Vekili:** Avukat Fahrettin KAYHAN ...

**Davalılar:** 1.Ramazan ÇAĞLAYAN ...

**Vekilleri:** Avukat M. Kaan KOÇALI Avukat Kıvanç SU, Avukat İpek ÖCAL DİNÇ

Taraflar arasındaki davanın yapılan yargılaması sırasında yapılan bilirkişi incelemesi sonucunda Mahkemeye sunulan kurul raporu ve karşı oy yazısı hakkında beyanlarımızı aşağıdaki paragraflarda sunuyoruz:

#### **I. BİLİRKİŞİ KURULU RAPORU HAKKINDA BEYANLAR**

Bilirkişi kurulu raporunda sonuç olarak, oy çokluğu ile, taraflara ait mukayeseye konu kitapların eser niteliğinde olduğu, davalıya ait "*İdari Yargılama Hukuku*" ait kitapta, davacıya ait "*İdare Hukuku*" adlı kitaptan alıntılar yapıldığı, ancak bu alıntılarının kaynağının yasada öngörülen şekilde belirtilmediği, yasaya aykırı atıf yapıldığı, bu eylemin FSEK madde 35 kapsamında iktibas serbestisi sınırlarını dışına çıkılarak Kanunun bu hükmünü ihlal ettiği sonuç ve kanaatine varılmıştır. Üyelerden Hamdi PINAR, çoğunluk görüşünü eleştirerek karşı oy yazısı kaleme almıştır.

Hemen belirtelim ki, bilirkişi raporunda Mahkemeye sunduğumuz 276 intihal ve iktibas iddiasını incelemişler ve 51 örnekte gerekçeli olarak rapordaki ifadeyle "*açıkça usulsüz iktibas*" yapıldığını ortaya koymuşlardır. Bu ifadeden bilirkişilerin bu incelemeyi yaparken "*açıkça usulsüz iktibas*", "*örtülü usulsüz iktibas*" ayrımı yaptıkları ve 51 örneğin tartışmasız olarak usulsüz iktibas oluşunu ortaya koydukları anlaşılmaktadır (bkz. Rapor, s.8-17). Raporun "*Genel Değerlendirme ve Sonuç*" bölümünde ise, yapılan iktibasların bir kısmında müvekkile ait eserdeki yazım hatalarının (yazar adı, sayfa numarası vb.) aynen davalının eserinde tekrar edildiği, bir kısım örneklerde birbirini takip eden paragraflara müvekkilin eserine atıf yapılmış ise de, bir kısım paragraflarda atıf yapılmadığı, bunun dahi usulsüz atıf niteliğinde ol-

duğu tespitini yapmışlardır. Bu bölümde, "açıkça usulsüz iktibas" olarak değerlendirilmeyen örneklerin de usulsüz olduğu gerekçeli olarak belirtilmiş, ancak bu "örtülü usulsüz iktibas" yapılan bölümlerdeki tespitlerin bir kısmının kesin kanaat düzeyine ulaşmadığını, davalının müvekkilin "*eserinden esinlendiği izlenimi*" edindiklerini ifade etmişlerdir. Kanaatimizce, bilirkişilerde davalının müvekkilin eserinden esinlendiği izlenimi edindikleri örneklerin de, evvelce verdiğimiz dilekçelerde açıkladığımız gerekçelerle açık usulsüz iktibas olduğu kanısındayız.

Sonuç olarak bilirkişi kurulu raporu, FSEK'nun öngördüğü "*serbesti standartlarına*" göre davalı yararına "daha toleranslı standartlar" benimsemiş, buna göre sadece tartışmasız tecavüz örneklerini tek tek gerekçelendirerek davalının ihlalini apaçık ortaya koymuştur.

2012 yılında açtığımız bu davada davacı olarak HMK'dan kaynaklanan tüm yükümlülüklerimizi tam ve büyük bir özenle yerine getirmemize karşın müvekkilin "adil yargılanma hakkının" süre yönünden ihlal sınırına gelmiş bulunmaktayız. Müvekkil açısından artık bir ısrıba dönüşen bu davayı uzatmamak için, bu konuda tekrar bilirkişi incelemesi yapılmaması halinde davayı sonuçlandırmak için "örtülü usulsüz iktibas"ları tartışma konusu yapmak istemiyoruz. Ancak Mahkemece tekrar bilirkişi incelemesinde karar verilmesi ihtimalinde bilirkişilerde davalının müvekkilin eserinden esinlendiği izlenimi edindikleri örneklerin de, evvelce verdiğimiz dilekçelerde açıkladığımız gerekçelerle açık usulsüz iktibas olduğu iddiamızı tekrar ediyoruz. Çoğunluk görüşü, davalının eyleminin tecavüz olduğunu tartışmasız örneklerle ortaya koymuş bulunmaktadır. Bilirkişilerin esinlenme izlenimi edindikleri bölümlerle, açık tecavüz kabul ettikleri bölümleri birlikte değerlendirildiğinde ihlalin dercesi ve davalı yazarın eser kaleme alırken uyguladığı hukuka ve akademik nezakete aykırı metodoloji ortaya çıkmaktadır.

Huzurdaki dava 2012 yılında açılmıştır. Tahkikat safhasında 3 kişilik bir heyetten rapor alınmış, üyelerden biri değiştirilerek bir rapor daha alınmıştır. Son iki yıl boyunca yeni bilirkişi heyeti oluşturulmaya çalışılmış, Ankara'da oluşturulamayınca İstanbul'a talimat yazılmıştır. Bu süreçte atanan bilirkişilerin çoğu bilirkişi görevden çekilmiştir. İstanbul'da da heyet oluşturulamayınca tekrar Ankara'ya heyet oluşturulmaya çalışılmıştır. Bu arada 24 adet duruşma yapılmıştır. Nihayet dört yıl sonra dilekçemize konu rapora ulaşılmıştır.

Her ne kadar bu rapor oybirliği ile verilmemiş ise de, bilimsel olarak gerekçeli, doyurucu ve hüküm kurmaya elverişlidir. Hükme dayanak oluşturacak raporun oybirliği ile verilmesi gerektiğine dair hukuksal bir zorunluluk da bulunmamaktadır. Bilirkişilik kurumu HMK'da bir çok konuda (red, çekilme vs.) hakimlikle ilgili düzenlemelere atıf yapılarak düzenlenmiştir. Bu durum bilirkişi kurulu raporlarını, toplu mahkeme kararları ile kıyaslamamız

için meşru ve mantısal bir temel oluşturmaktadır. Nasıl toplu Mahkemeler tarafından oy çokluğu ile karar verilebiliyor ve oy birliği kararın geçerliği için koşul olarak aranmıyorsa, pekala tatmin edici gerekçeler içeren oy çokluğu ile verilen bilirkişi raporuna dayanılarak da hüküm verilebilir. Nitekim HMK madde 82- (1) "*Hâkim, bilirkişinin oy ve görüşünü diğer delillerle birlikte serbestçe değerlendirir*" denilmektedir. Mahkemeniz, ihtisas mahkemesi olduğundan şu ana kadar alınan bilirkişi raporlarında ortaya konulan argümanları isabetle ve mukayeseli olarak değerlendirerek bir hükme varabilecektir. Dilekçemizin bir sonraki bölümünde ayrıntısını açıklayacağımız üzere karşı oy yazısı dava konusu eser hakkında değil, bilirkişi raporu hakkında olup teknik anlamda bir karşı oy yazısı niteliğini taşımamaktadır.

Öte yandan, her ne kadar, maddi tazminat konusunda bilirkişi incelemesi yapılmamışsa da, ihlal iddiamızla ilgili olarak davalı tarafından rapora itiraz üzerine yahut Mahkemece re'sen yeni bir bilirkişi incelemesine karar verilmemesi durumunda maddi tazminat konusunda bilirkişi deliline dayanmaktan ve bu konuda delil toplanması talebimizden duruşmada vaz geçmeye hazırız. Bu durumda, Mahkemenin Borçlar Kanununun 50. maddesinin 2. fıkrası gereğince, olayların olağan akışını göz önünde tutarak, kitabın şu anki satış bedelinin 65 TL olduğu, iki baskı yaptığı, talep ettiğimiz tazminatın yaklaşık 15 kitap bedelinden ibaret olduğu ve zararın bu miktardan çok fazla olduğu dikkate alınarak, hakkaniyete göre belirlenecek gerçekçi bir tazminatın bunun çok üzerinde kalacağı dikkate alınarak talep ettiğimiz maddi tazminata hakim tarafından hakkaniyet ilkelerine göre karar verilmesini talep ediyoruz.

Açıklanan nedenlerle, kanaatimizce tahkikatı gerektiren bir husus kalmadığından HMK 184. maddesi gereğince tahkikata son verilerek sözlü yararılama aşamasına geçilmesini ve davamızın kabulüne karar verilmesini talep ediyoruz.

## II. KARŞI OY YAZISI HAKKINDA BEYANLAR

HMK madde 279- (2)'ye göre "raporda, tarafların ad ve soyadları, bilirkişinin görevlendirildiği hususlar, gözlem ve inceleme konusu yapılan maddi vakıalar, gerekçe ve varılan sonuçlarla, bilirkişiler arasında görüş ayrılığı varsa, bunun sebebi, düzenlenme tarihi ve bilirkişi ya da bilirkişilerin imzalarının bulunması gerekir. Azınlıkta kalan bilirkişi, oy ve görüşünü ayrı bir rapor hâlinde de mahkemeye sunabilir."

Kurul üyelerinden Hamdi PINAR'ın 18 sayfalık karşı oy yazısının ilk 12 sayfası dava dosyasının özeti niteliğinde olup, dava ile ilgili bir değerlendirme içermemektedir. Karşı oy yazısının 12 ila 14 sayfaları arasında yer alan "Tespit ve Değerlendirmeler" kısmında ise sayın üye, "Telif Hukuku Açısından İntihal" kavramını genel olarak açıklamaktadır. Raporun 14 ila 17. say-

falarında yer alan “7.2. Dava Konusu Uyuşmazlık Açısından Değerlendirme” başlıklı kısmında dava konusu uyuşmazlıkla ilgili yapılan somut bir değerlendirme yoktur. Sayın üye bu kısımda da intihal fiilinin şartı olan “hususiyet” ve “iktibas serbestisi” kavramlarını doktrinden alıntılar yaparak açıklamış, ama dava konusu uyuşmazlıkta davacının ve davalının eserlerinin “hususiyet” taşıyıp taşımadığı ve davalının eserinde iktibas oranını aşırıp aşmadığını incelememiştir.

Kuşkusuz pratik hukuk metodolojisinde hukukun uygulanması yalın bir ifadeyle bir dizi "altlama" (substantion) işlemiyle yapılan bir mantık işlemidir. Hukuk kuralının uygulanmasının birinci aşaması büyük önermenin (hukuk normunun) ne olduğunu tespitle başlar. İkinci aşama küçük önerme olan somut olayın tespitidir. Nihayet son aşama, sonuç çıkarma yani tespit edilen somut olayın hukuk normu karşısındaki durumunun hükme bağlanmasıdır. Bu sürece hukuk mantığında argümantasyon da denilmektedir (Daha kapsamlı açıklamalar için: Ali Nazım SÖZER, *Hukukta Yöntembilim*, Beta Yayınları, İzmir 2008; Eveline T. Feteris (çev. Ertuğrul UZUN), *Hukuki Argümantasyonun Temelleri*, Paradigma Yayınları 2010). Karşı oy yazısında, hukuk normunun ne olduğuna dair tarafların, Mahkemenin ihtiyacını aşacak derecede ayrıntılı ve üzerinde uyuşmazlık bulunmayan açıklamalar (hukuk kuralının ne olduğuyla ilgili hazır bulunuşluğunu göz ardı ederek) yapılmış, ancak uyuşmazlık konusu somut olayla ilgili tespitlere hiç yer verilmemiştir.

Karşı oy yazısının son sayfası dışında muhalif üyenin dava konusu olaya ilişkin yaptığı bir değerlendirme olmadığı gibi, karşı oy yazısının sonuç kısmında dava konusu eserde intihal BULUNDUĞU veya BULUNMADIĞI konusunda bir sonuca ulaşılmamıştır. Bilirkişi, bu sonucu ortaya koymak yerine bilirkişinin kendisinin cevaplandırması gereken muhatabı meçhul 4 adet soru yöneltmeyi tercih etmiştir. Davacı taraf olarak Mahkemeye sunduğumuz dilekçe ve ekindeki müvekkilin kapsamlı ve mukayeseli görüşlerinde, tüm hukuk camiasının değerlendirmesine açık, uzmanlık alanı olmasa da "hukuksal temyiz yetkesini" kazanmış her hangi bir hukukçunun ilk incelemede anlayacağı şekilde ilmi değerlendirmelerle biz bu soruları cevaplandırdık. Çoğunluk görüşünde de bu soruların cevapları bulunmaktadır.

Karşı oy sahibi bilirkişinin, karşı oyu hukuken kabul edilebilir değildir. Sayın bilirkişiden HMK madde 279 (2) son cümlesi uyarınca karşı oy yazısının sonuç kısmında sorduğu sorulara cevap veren ayrı bir rapor sunması beklenirdi.

Açıklanan nedenlerle, bu karşı oy yazısı, teknik anlamda bir karşı oy yazısı olarak kabul edilemez ve bilirkişi bilirkişilik görevini ifa etmiş sayılamaz. Sayın üye, davanın tarafı olsaydı karşı oy yazısı, küçük değişikliklerle belki bilirkişi raporuna karşı usulen verilmiş bir itiraz dilekçesi olarak te-

lakki edilebilirdi. Bu nedenle, karşı oy yazısında burada ele alabileceğimiz ve tartışabileceğimiz. Mahkemenin kendisine tevcih ettiği görev kapsamına giren somut olayla değinen olumlu veya olumsuz "bir kanaat" yahut "hukuksal bir argüman" bulunmamaktadır. Karşı oy, bu anlamda "yok"tur.

### III. TAHKİKATIN TÜRÜ HAKKINDA BEYAN

Müvekkilimiz, bu dava sürecince büyük ıstırap çekmiştir. Müvekkilimiz, eserlerinden yapılan intihallerle mücadele uğruna akademik çalışmalarındaki programını aksatmıştır. Maruz kaldığı ve gözlemlediği eser talanının akademik hayatta yarattığı tahribattan ve bilimsel sığılıktan duyduğu derin acı nedeniyle, bu dava süresinde intihallerle ilgili iki kitap yazmak sorumluluğunu hissetmiştir.

Müvekkilin yazdığı *Örnekleriyle Usûlsüz Alıntı Sorunu* adlı kitaba <http://www.anayasa.gen.tr/uas-s-1-58.pdf> adresinden ulaşılabilir. Bu kitabın tamamının okunmasını beklemiyoruz. Ancak mümkünse "BU KİTABI NEDEN VE NASIL YAZDIM?" bölümünün fikri mülkiyet hukukuna ilgi duyan ve akademik kariyer amacıyla zorunlu olarak yahut saf bilimsel tutku saikiyle fikri ürün üretmeye niyetlenen herkesin kalemi eline almadan evvel okuması gerektiğini düşünüyoruz. Ancak mücadelelerle dolu akademik yaşamını başından bugüne kadar bir hukukçu olarak hayranlıkla takip ettiğim müvekkilin manevi zararının ne olduğunu anlatan bölümünün bu davayla yakından ilgili olduğunu düşünerek aynen alıntılanmakla yetiniyoruz:

**«Bir Fikrî Eserin Usûlsüz Alıntıya Kurban Gitmesi Eser Sahibini Neden Üzer?»-** Bir fikrî eser durup dururken ortaya çıkmaz. Kendi kendini yazmış veya makineler tarafından yazılmış bir kitap yoktur. Kitap insan eseridir. Üstelik bir kitabı, ne kadar çalışırsa çalışsın herkes yazamaz. Bir kere bir akademik kitabın arkasında, doktora diplomasıyla tamamlanan en az 30 yaşına kadar süren bir öğrencilik dönemi bulunur. Kitap yazmak için o alanın sadece eğitimini almış olmak yetmez, yıllara yayılan disiplinli ve zor bir çalışma dönemi gerekir. Her kitap, yazarının alın terinin ürünüdür. Her kitabın altında yazarının hesapsız emeği bulunur. Dahası güzel bir kitabı yazmak, bu emeği fazlasıyla vermiş olsa da, her yazara nasip olmaz. Bir kitabı güzel kılan, özgün kılan, o yazarın sahip olduğu bir takım Allah vergisi yeteneklerdir.

Gerekli eğitimi almış olsa, Allah vergisi bu yeteneklerle donatılmış olsa bile, bir yazarın eseri ortaya çıkarmak için gece gündüz çalışması, alın teri dökmesi, dünya kadar ıstırap çekmesi ve bu süreçte de pek çok şeyden fedakarlıkta bulunması gerekir. Fikrî üretim süreci fevkalade sancılı bir süreçtir. Yazar yoğunlaştığında yazdığı konu yazarı ele geçirir. Sadece çalıştığı saatler değil, yemek yediği saatlerde

dahi kafasında konuyla uğraşır; yazmaya devam eder. Sadece uyanırken değil, uyurken dahi bu yazdığı konu onu bırakmaz. Yazdığı konuyla ilgili rüyalar görür. Hatta yazdığı ve bazen yazacağı cümleleri uykusunda sayıklar. Geceleyin uyanmış ise, kafasından kitabını yazmaya devam eder. Uyandığında ayakları onu kahvaltı masasına değil, çalışma masasına götürür.

Yazar bir kitabı yazarken adeta bu dünyadan kopar. Bin bir çile çeker. Daha sonra eseri ortaya çıkar. Yayınlanır. Fikrî eser budur. Bu fikrî eserin sahibi onu yazan yazardır. Bir başka yazarın, bu yazarın çektiği çileyi çekmeden, bu yazarın kitabından usûlsüz alıntı yapması, bu yazarı fevkalade üzer. Usûlsüz alıntı acısı, yazar için evlat acısı gibidir. Fikirleri aşırılmış bir yazar, çocuğu kaçırılmış bir babanın duyduğu acıya benzer bir acı duyar.

Fikir ve sanat eserleri hukukunda yazarın eseri üzerinde “mülkiyet hakkı” olduğunu söylüyorlar. Bu “mülkiyet hakkı” tabiri çok hafif kalıyor. Bir yazar eseri üzerinde “mülkiyet hakkı”ndan çok daha ileri bir hakka sahiptir. Bir babanın çocuğu üzerinde mülkiyet hakkına sahip olduğunun söylenmesi nasıl anlamsız bir şey ise, bir yazarın eseri üzerinde mülkiyet hakkına sahip olduğunun söylenmesi de öylesine anlamsız ve yetersizdir. Nasıl bir baba, çocukları üzerinde bir “babalık hakkı”na sahip ise, bir yazar da aynı şekilde eseri üzerinde “babalık hakkı”na sahiptir. O nedenle usûlsüz alıntı, yazarı fevkalade üzer. Bu üzüntünün nasıl bir şey olduğunu muhtemelen ancak kayda değer bir fikrî eser yaratmış yazarlar anlayabilir. Nasıl çocuksuz bir kişi, bir babanın çocuğu karşısında hissettiği şeyleri hissedemez ise, hayatında bir fikrî eser üretmemiş kişiler de, eseri usûlsüz alıntıya kurban giden yazarın çektiği acıyı hissedemezler. Tecrübe sahibi biri olarak, tüm samimiyetimle söylememe lütfen izin veriniz: Eserim usûlsüz alıntıya kurban gittiğinde, benim fikrimin bir başka yazar tarafından sahiplenildiğini gördüğümde, içim acıyor, göğsümde bir ağrı hissediyorum; sinirden ellerim titriyor.

O nedenle usûlsüz alıntı denen şeyin olmaması lazım. Bunun için de usûlsüz alıntıyla mücadele etmek lazım».

#### IV. TALEP SONUCU

Yukarıda yazılı nedenlerle, davalının bilirkişi raporuna itirazların reddine karar verilerek davamızın kabulüne karar verilmesini saygılarımızla talep ediyoruz.

[22.11.2016]

Avukat Fahrettin KAYHAN

Davacı Vekili