

Anglo-Amerikan Hukukunda Mahkeme Tarafından Tayin Edilen Bilirkişiler

Court-Appointed Experts in Anglo-American Law

Dr. Barış Toraman

Öz

İngiliz ve Amerikan hukuklarında bilirkişiler, geleneksel olarak taraflarca tayin edilmektedir. Bununla birlikte, her iki hukuk düzeni, mahkeme tarafından tayin edilen bilirkişileri de bünyesinde barındırmaktadır. Bu çalışmada, esas itibarıyla, mahkeme bilirkişilerinin Anglo-Amerikan hukukundaki görünüm biçimleri üzerinde duracağız. Daha sonra ise, yaptığımız açıklamaların ışığında Türk medenî usûl hukuku bakımından kısa bazı değerlendirmelerde bulunmaya çalışacağız.

Anahtar Sözcükler: Medenî Usûl Hukuku, Anglo-Amerikan Hukuku, Mahkeme Tarafından Tayin Edilen Bilirkişi, Taraf Bilirkişi.

Abstract

In English and American legal systems, traditionally, the parties appoint the experts. Nonetheless, both legal systems embrace the experts that are appointed by the

courts. In this paper, principally, we will investigate the features of the court-appointed experts in Anglo-American legal systems. Subsequently, we will try to evaluate the Turkish civil procedure law with regard to the explanations mentioned above.

Keywords: Law of Civil Procedure, Anglo-American Law, Court-Appointed Experts, Party Expert.

Giriş

Yargılama sırasında çözümü özel veya teknik bilgiyi gerektiren bir mesele karşısında, bir bilirkişiye ihtiyaç duyulduğunda, bu bilirkişinin ne şekilde tayin edileceği konusunda temelde iki ayrı usûl bulunduğunu söyleyebilmekteyiz. Buradaki yaklaşımlardan ilki, bilirkişinin mahkeme tarafından tayin edilmesini esas almakta olup, kural olarak, Kıta Avrupası hukuk düzenlerinde söz konusu olmaktadır¹. İkinci yaklaşım

Dr. Barış Toraman, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi, toraman@anadolu.edu.tr

* Bu makale AÜSBD hakem değerlendirme sürecinden geçmiştir.

1 Bu çalışmada mahkeme tarafından tayin edilen bilirkişi yerine zaman zaman "mahkeme bilirkişisi" ifadesini de kullanacağız. Bu anlamda, her ikisiyle de murat ettiğimiz husus aynıdır: Bilirkişi, Kanunda düzenlenen belirli bir usûl çerçevesinde bir mahkeme tarafından görevlendirilmekteyse, bir mahkeme bilirkişisinden söz ederiz. Burada bilirkişiye niteliğini veren ana unsur, mahkeme tarafından tayin edilme vakasıdır. Buna karşılık, bilirkişinin mahkeme tarafından tayin edildiği hukuk düzenlerine özgü tercihlerdeki farklılıklar, örneğin bilirkişinin seçimi sırasında bu seçimin bilirkişinin önceden kaydedildiği bir listeden gerçekleştirilmesinin mecburî (örneğin bkz. HMK m. 268) veya ihtiyarî olması (bkz. C.pr.civ. français, art. 232) yahut hâkimin bir listeye sınırlı olmaksızın bu konuda tam bir serbestiye sahip olması (örneğin bkz. CPC suisse, art. 183) veya nihayet tarafların bilirkişinin belirlenmesinde oynadığı rolün derecesi (örneğin bkz. 1086 s. HUMK m. 276, I) bilirkişinin niteliği bakımından belirleyici değildir. Bilirkişi son tahlilde bir mahkeme usûl işlemiyle tayin edilmekte olup, kamusal bir faaliyet yürütmekte ve bir hâkim yardımcısı niteliğini taşımaktadır (bilirkişinin bir hâkim yardımcısı olduğu yönünde genel olarak bkz. J. Carbonnier (1962). *Droit civil. T. I. Introduction à l'étude du droit et droit des personnes*. Paris: PUF, s. 74; P. Mestre (1937). *Les experts. Auxiliaires de la justice civile*. Paris: Sirey, s. 4; M. Caratini (1984). De quelques propositions tendant à l'améliorer l'expertise judiciaire. *Gaz. Pal.*, doct., s. 219; B. Bettex (2006). *L'expertise judiciaire. Etude de droit fédérale et de procédure civile vaudois*. Berne: Staempfli, s. 76; J. O. Piguat (2011). Le choix de l'expert et sa récusation: le cas particulier des assurances sociales. *REAS*, ss. 127 – 138, s. 128; G. Bovey (2011). Le juge face à l'expert. *La preuve en droit de la responsabilité civile* (Ed.: C. Chappuis ve B. Winiger). Zurich: Schulthess, ss. 95 – 116, s. 97. Ayrıca bkz. ve karşı. K. Yıldırım (2004). Bilirkişi delilin mukayeseli hukuk ve Türk hukukundaki durumu. *Prof. Dr. Bâki Kuru Armağanı*. Ankara: Türkiye Barolar Birliği, ss. 833 – 841, s. 835, 836; Ç. Aşçıoğlu (2001). Bilirkişilik kavramı ve görev sınırları. *Bilirkişilik sempozyumu, 9 – 10 Kasım 2001, Samsun*. Ankara: Türkiye Barolar Birliği, ss. 25 – 207, s. 29; S. Tanrıver (2002). *Bilirkişinin hukukî statüsü, yükümlülükleri, yetkileri ve sorumluluğu*. Ankara: Yetkin, s. 44).

ise, bilirkişilerin, davanın taraflarınca ayrı ayrı tayin edilmesidir. Nitekim bu tayin süreci, esasen mahkemenin dışında, kural olarak, tamamen tarafların inisiyatifinde gerçekleşmektedir. Bu bilirkişiler ise, taraf bilirkişisi, özel bilirkişi veya uzman tanık şeklinde adlandırılmakta ve genellikle, Anglo-Amerikan hukuk düzenlerinde karşımıza çıkmaktadır².

Bu yaklaşım farklılığı, köklerini aslında daha temel bir ayırmda, Kıta Avrupası ve Anglo-Amerikan hukuk sistemleri arasındaki farklılıkta bulmaktadır. Gerçekten de, Kıta Avrupası hukukundan farklı olarak Anglo-Amerikan hukukunun ayırt edici özelliği, hâkimin ilkinde göre daha pasif bir konumda olduğu, daha mücadeleci ve bu anlamda taraf egemenliğinin söz konusu olduğu bir sistemin (*adversarial*) hâkim olmasıdır. Bu bakımdan hâkimin ve tarafların yargı-

2 Söz konusu bilirkişiler, mahkemede tanık sıfatıyla dinlenilmektedir. Bu durum karşısında, tanık beyanının, ispat hukukunun belkemiği olduğu fikrinin güçlendiği ifade edilmektedir (bkz. M. Göksu (2001). *Amerikan yargılama hukukunda tanık*. Ankara: Yüksek Lisans Tezi, AÜSBE, s. 2, ayrıca bkz. s. 81 vd.). Nitekim, Kıta Avrupası ve Anglo-Amerikan hukukundaki bu yaklaşım farklılığı çeşitli hukuk öğretilerinde gündeme getirilen bir konu olagelmıştır. Bu anlamda Türk öğretisindeki başlıca çalışmalar için bkz. A. C. Budak (1991). *Anglo-Amerikan hukukunda bilirkişilik*. *İBD*, S. 10-12, ss. 827 – 833, s. 828 vd.; E. Özsunay (1989). *Amerikan hukukunda "bilirkişi tanık" (expert witness)*. *Mukayeseli hukukta bilirkişilik ve sorunları*. *Yargıtay'ın kuruluşunun 125. Yılı*. Ankara: Yargıtay, ss. 97 – 104, s. 97 vd.; Ç. Yazıcı-Tıktık (2011). *HMK m. 293'teki uzman görüşü kurumu ile anglo-sakson hukuk sistemindeki uzman tanık kurumunun karşılaştırılması*. *MİHDER*, C. 7, S. 20/3, ss. 79 – 99. Yabancı hukuk öğretilerinde zikrettiğimiz ayrıma ve bunun temellerine dikkat çeken çalışmalar için genel olarak bkz. J. A. Jolowicz (2000). *On civil procedure*. New York: Cambridge University Press, s. 222 vd., s. 226 vd.; H. Motulsky (1969). *Notions générales*. *L'expertise dans les principaux systèmes juridiques d'Europe*. Paris: Editions de l'Épargne, ss. 13 – 33, özellikle s. 18, 19, s. 22 vd.; F. Terré (1969). *Les experts*. *L'expertise dans les principaux systèmes juridiques d'Europe*. Paris: Editions de l'Épargne, ss. 35 – 48, s. 36 – 38; W. R. Baker (1999). *L'expertise comparée – Les Etats-Unis et France*. *Revue experts*. 1 juin 1999, s. 13; R. H. Taylor (1996). *A comparative study of expert testimony in France and the United States: Philosophical underpinnings, history, practice and procedure*. *31 Tex Int'l L. J.*, ss. 182 – 213, s. 182 vd.; J. H. Langbein (1985). *The German advantage in the civil procedure*. *51 U. Chi. L. Rev.*, ss. 823 – 866, s. 827 vd., 858 vd.; R. Gaitskell ve R. O'Hagen (2007). *L'expert et le tribunal en Angleterre: Les réformes post-Woolf*. *Conférences de consensus 2007 sur l'expertise judiciaire*. *Cour de cassation*. www.courdecassation.fr (Son erişim tarihi: 20.7.2013), n° 1 vd.

lamadaki rolünün derecesinin, bilirkişinin tayin edilmesi usûlüne ilişkin tercihlerde belirleyici bir ölçüt olduğunu söylememiz mümkündür³.

Hukuk sistemlerinin gelişimi ve karşılıklı etkileşimleri içerisinde, hukuk düzenleri bazında bu konuda homojen bir yapının mevcut olduğundan bahsetmek güçtür. Zira, her şeyden önce, bilirkişilik sistemi bakımından çeşitli farklılıkların bulunmasına karşın, gerek Kıta Avrupası gerek Anglo-Amerikan hukukunun, bilimsel ve teknik bilginin, yargılamadaki yer ve önemi bakımından benzer bir bakış açısını paylaştığı söylenebilir⁴.

Nitekim, farklı hukuk düzenlerinde yapılan reformlar veya getirilen bazı yenilikler, tercihler konusunda yeni bir takım eğilimlerin varlığını veya eskiden beri var olan bazı müesseselerin biraz daha ön plâna çıktığını bize gösterebilmektedir. Kıta Avrupası hukuku bağlamında kısaca zikredecek olursak, taraf bilirkişiliği kavramı, bu sisteme dâhil olduğu kabul edilen çeşitli ülke hukuklarında o veya bu isim altında bi

3 Anglo-Amerikan hukukunun temel yapısı ve ayırt edici özellikleri hakkında Türk öğretisinde son yıllarda yayımlanan monografik çalışmalarda yapılan ayrıntılı açıklamalar için bkz. A. G. Güralp (2011). *Anglo-Amerikan ve Kıta Avrupası medenî yargılama hukuku sistemleri'ndeki reform çalışmaları, yeni gelişmeler ve Türk hukuku bakımından değerlendirilmesi*. İstanbul: XII Levha, ss. 159, 160 vd.; O. Gündüz (2009). *Anglo-Amerikan hukuku ışığında medeni yargılama hukukunda dava yönetimi*. Ankara: Yetkin, özellikle s. 65 vd. Ayrıca bkz. Göksu (2001), s. 22; J. A. Jolowicz (2003). *Adversarial and inquisitorial models of civil procedure*. *ICQL*, Vol. 52, ss. 281 – 295, s. 281 vd.

4 Bu konuya dikkat çeken yazarlar arasında örneğin bkz. Amerikan hukuku bakımından Taylor (1996), s. 182 – 184 vd. Fransız hukukçularının bakış açısından bkz. R. Encinas de Munagorri (1999). *La recevabilité d'une expertise scientifique aux Etats-Unis*. *RIDC*, Vol. 51, N. 3, ss. 621 – 632, s. 622 vd., s. 631, 632; O. Leclerc (2007). *Scientific expertise and judicial decision-making: comparative insights*. *Law, politics, and morality: European perspectives III. Ethics and social justice* (Ed.: J. Ferrar Beltran ve S. Pozzolo). Berlin: Duncker & Humblot, ss. 15 – 26, özellikle s. 17 vd.

linmekte ve uygulanmaktadır⁵. Bunların mahkeme hükmü içerisinde ne ölçüde yer aldığı yahut mahkeme tarafından tayin edilen bilirkişinin sahip olduğu güvenceleri taşıyıp taşımadığı ayrı bir tartışma konusudur⁶. Ancak ne olursa olsun burada dikkat çekici olan mesele, Kıta Avrupası hukukunun da, belli sebeplerle taraf bilirkişiliği kavramına uzak kalamadığı vakiasıdır.

Nihayet, inceleme konumuz bakımından, benzer bir durumun, Anglo-Amerikan hukukunda da bulunduğunu görüyoruz. Yukarıda da dile getirdiğimiz gibi, İngiliz ve Amerika Birleşik Devletleri hukuk sistemlerinde esas olan, bilirkişinin taraflarca tayin edilmesidir. Buna karşılık, her iki sistem de, mahkeme tarafından tayin edilen bilirkişilere pozitif düzenlemelerinde yer vermektedir. Mesele, farklı bir yargılama sisteminde, farklı bir bakış açısını gösteriyor olması bakımından ilgi çekicidir. Ancak, zikredilen ülke hukukları, aynı hukuk ailesine dâhil olmakla birlikte, aralarında önemli bazı farklılıklar bulunmaktadır⁷. Farklılıklar, aynı şekilde, mahkeme bilirkişilerinin uygulama alanı ve bu bilirkişilere bakış noktasında da söz konusudur. Bu nedenle, zikrettiğimiz hukuk düzenlerini ayrı başlıklar altında ele almak gerektiği düşüncesindeyiz.

Bu itibarla, aşağıda ilk olarak, mahkeme tarafından tayin edilen bilirkişilerin Amerika Birleşik Devletleri

- 5 Örneğin, Fransız hukukunda gayri-resmî bilirkişiler (*expertise officieuse*), İsviçre hukukundaki özel bilirkişilik (*expertise privée*), nihayet Türk hukukundaki uzman görüşü müessesesi (HMK m. 293), bunlardan bazılarıdır. Aynı husus Alman hukuku bakımından da söz konusudur. Alman hukukunda özel bilirkişinin yeri konusundaki açıklamalar için bkz. Pekcanitez (2009), s. 405, 406. Öte yandan burada İspanyol ve İtalyan hukukları da taraf bilirkişiliğini usûl kanunlarında açıkça tanımış olmaları nedeniyle ilgi çekici birer örnek meydana getirmektedir (bu konuda İspanyol hukuku için bkz. LEC, art. 336; İtalyan hukuku için bkz. C.p.c., art. 201).
- 6 Nitekim, karşılaştırmalı hukuk bakımından genel kabul gören yaklaşım, Kıta Avrupası hukukunda karşımıza çıkan özel bilirkişilerin sağladığı görüşlerin, kural olarak, tarafların vaka iddiaları kapsamında sunulan bir belge, bir teknik not niteliğinde olduğu yönündedir. Bu konuda Türk hukukunun da bakış açısını içeren açıklamalar için genel olarak bkz. H. Pekcanitez (2009). *Özel uzman (bilirkişi) görüşü ve değerlendirilmesi*. Prof. Dr. Saim Üstündağ'a armağan. Ankara: Adalet, ss. 397 – 418, s. 398 vd., s. 415 vd.; H. Pekcanitez, O. Atalay ve M. Özkes (2011). *Medenî usûl hukuku*. Ankara: Yetkin, s. 527 vd.
- 7 Bu bağlamda, İngiliz hukukunun, Amerikan sistemi ile Kıta Avrupası hukuk sistemi arasında, bir orta noktada yer aldığı hususu dile getirilmektedir. Bu konuda bkz. N. Andrews (2012). *The three paths of justice. Court proceedings, arbitration, and mediation in England*. Londra: Springer, s. 2 vd.

hukukundaki görünümü üzerinde duracağız. Daha sonra ise meseleyi, özellikle *Lord Woolf reformları* olarak bilinen reform çalışmalarından sonra, Kıta Avrupası hukuku bakımından dikkat çekici bir takım gelişmelerin yaşandığı İngiliz hukuku çerçevesinde ele almaya çalışacağız. Nihayet, çalışmamız, konuya ilişkin, Türk hukukunun yaklaşımını da içeren, genel bir değerlendirmeye son bulacaktır.

Amerika Birleşik Devletleri Hukukunda

Genel Olarak

Amerikan hukukunda, yakın tarihli bazı reform çalışmaları bulunmakla birlikte⁸, bu çalışmaların doğrudan bilirkişilik kurumunu hedeflemediğini görmekteyiz. Nitekim, bu yapı içerisinde mahkeme bilirkişileri, Amerika Birleşik Devletleri hukukunda, Federal Delil Kanunu ile Federal Medenî Usûl Kanunu çerçevesinde eskiden beri mevcuttur. Nitekim bu noktada ifade etmek isteriz ki, açıklamalarımız Amerikan federal yargılaması ile sınırlı kalacaktır.

Bununla birlikte, söz konusu müesseseler bakımından dikkat çekici bazı hususlara rastlıyorsak da, bunlara başvurmak konusunda, Amerikan hâkimlerinin çekingen davrandığını ve bu bilirkişilerin uygulamada etkin bir şekilde kullanılmadığını görüyoruz. Amerikan hukukunda, iki tür mahkeme bilirkişisi bulunmaktadır. Bunlardan ilki, “mahkeme tarafından tayin edilen bilirkişi” (*Court-Appointed Expert*), ikincisi ise, “özel uzman”dır (*Special Master*).

Mahkeme Tarafından Tayin Edilen Bilirkişiler (*Court Appointed Experts*)

Amerikan Federal Delil Kanununun (Federal Rules of Evidence) 706. maddesi uyarınca mahkeme, re’sen veya taraflardan bu yönde gelen gerekçeli bir talep üzerine bir bilirkişi tayin edebilmektedir⁹. Böyle bir faraziye de mahkeme, taraflarca üzerinde anlaşılan

8 Bu konudaki açıklamalar için özellikle bkz. Guralp (2011), s. 240 vd.

9 Ancak, tarafların bir mahkeme bilirkişisi tayin edilmesine yönelik talepte bulunmasına, uygulamada seyrek olarak rastlanılmaktadır. Mahkemeler, bir mahkeme bilirkişisine ihtiyaç olduğunu düşündükleri takdirde, bilirkişinin tayinine genellikle re’sen karar vermektedir. Bkz. J. S. Cecil ve T. E. Willging (1993). *Court appointed experts: Defining the role of experts appointed under federal rule of evidence 706*. Federal Judicial Center, [http://earth.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/experts.pdf/\\$file/experts.pdf](http://earth.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/experts.pdf/$file/experts.pdf) (Erişim tarihi: 20.7.2013), s. 29 vd. Konu hakkında açıklamalar için ayrıca bkz. Göksu (2001), s. 85.

bir kimseyi bilirkişi olarak tayin edebileceği gibi, bu seçimi kendisi de gerçekleştirebilir. Bununla birlikte, mahkemenin bilirkişiyi kendisinin tayin ettiği hâllerde tarafların, mahkemenin seçimi konusunda herhangi bir söz hakkı bulunmamaktadır¹⁰.

Öte yandan Amerikan hâkimi, bilirkişiyi tayin etme yetkisini, vakıa meselesinin çözümü için bilimsel bir bilgiye ihtiyaç duyulması, fakat taraf bilirkişilerinin taraflar ile olan ilişkileri sebebiyle, bu konuda gerektiği şekilde işlevsel olamayacakları, hatta inandırıcılıktan yoksun gözüktükleri hâllere münhasır olarak kullanılmaktadır¹¹. Bu konuda yapılan bir araştırmada, Amerikan hâkimlerinin temelde iki husus için bu şekilde bilirkişi tayin ettiklerini görüyoruz. Bunlardan ilki, karar alma sürecine bir katkı elde etmek, daha seyrek olan ikincisi ise, tarafların anlaşmasına katkıda bulunmaktır¹².

Diğer taraftan Federal Delil Kanununun 706. maddesinin (d) fıkrasında düzenlendiği üzere, bilirkişinin mahkeme tarafından tayin edilmesi, tarafların kendi bilirkişilerini ayrıca belirlemelerine de bir engel teşkil etmemektedir. Ayrıca hâkim de, bilirkişiyi taraf bilirkişilerinden daha sonra tayin ederek, bu sayede söz konusu bilirkişilerin açıklamalarında yer alan tutarsızlıkları ve zayıf noktaları sorgulama imkânına sahip olabilmektedir¹³. Diğer yandan, mahkemece

tayin edilen bilirkişi, taraf bilirkişileri gibi karşı soru sorma sistemine (*cross-examination*)¹⁴ tâbidir¹⁵.

Kanunda açıkça düzenlenmiş olmakla birlikte, Anglo-Amerikan yargılama geleneğinin bir sonucu olarak, bilirkişilerin mahkeme tarafından tayin edilmesi Amerikan hukukunda sık rastlanılan bir uygulama olmayıp, bu usüle çok da fazla ilgi gösterilmemektedir¹⁶. Gerçekten de yapılan bir anket çalışmasında mahkeme bilirkişisi uygulamasının az olmasının nedenleri arasında taraf bilirkişisinin yanı sıra ayrıca bir mahkeme bilirkişisine ihtiyaç duyulan davaların sık olmaması, mücadeleci (*adversarial*) sisteme riayet kaygısı, uygun bir bilirkişinin tayin edilmesi bakımından söz konusu olan güçlükler gibi sebepler ön plâna çıkmaktadır¹⁷. Öte yandan ön yargılama (*pre-trial*)¹⁸ aşamasında etkin olan taraf egemenliğinin de bunun sebeplerinden bir tanesi olduğu dile getirilmektedir. Zira bu aşamada mahkeme bir bilirkişi tayin etmeyi düşünüyor olsa da, taraflar o sırada hâli hazırda, bilirkişilerinden edindikleri raporları karşılıklı olarak birbirlerine iletmış olmaktadır. Bu nedenle Amerikan hâkimlerinin ön yargılamanın idaresinde daha fazla yetkiye sahip oldukça, bilirkişi tayin etme imkânlarının da bu ölçüde artacağı görüşü ifade edilmektedir¹⁹.

Özel Uzman (*Special Master*)

Federal Medenî Usûl Kanununun 53. maddesi uyarınca, Amerikan hâkimlerinin, esasında bir tür hâkim yardımcısı işlevi gören, bir özel uzman (*special master*) tayin etme hakları bulunmaktadır. Bu uzmanların işlevi, sınıf davası (*class action*) gibi, önemli sayıda davacının bir arada yer aldığı karmaşık meselelerde, sınıfı meydana getirenlerin zararını tazmini için ödenecek olan tutarın paylaşılması ve dağıtılmasını

10 Bkz. Cecil ve Willging (1993), s. 31 vd.; S. Timmerbeil (2003). The role of expert witness in German and U.S. civil litigation. *Ann. Surv. Int'l & Comp. L.* 163, 9, ss. 163 – 187, s. 16; Dwyer (2008), s. 189.

11 Açıklamalar için bkz. s Cecil ve Willging (1993),. 12, 13 vd. Amerikan hukukunda mahkemenin bu yönde vereceği kararın bir temyiz sebebi oluşturmasının, sadece takdir yetkisinin kötüye kullanımını hâline münhasır olduğu kabul edilmektedir (Students of Calif. Sch. For the Blinf v Honig, 736 F.2d 538, 549 (9th Cir. 1984), 471 US, 148, 105 S. Ct. 1820, 85L.Ed. ed 114 (1985). Kararı zikreden Timmerbeil (2003), s. 166, dn. 17).

12 Bkz. Cecil ve Willging (1993), s. 12 – 18. Örneğin, Amerikan uygulamasında, bir elektronik delilin mahkeme tarafından incelenmesi amacıyla hazırlanabilmesi için mahkeme bilirkişilerinden (bir diğer söyleyişle tarafsız bilirkişilerden) yararlanılabilmektedir (bu konuda bkz. M. Göksu (2011). *Hukuk yargılamasında elektronik delil*. Ankara: Adalet, s. 66, 67). Aynı şekilde, ticarî yahut tıbbî müdahaleden kaynaklı davalarda da, bu bilirkişilerden yararlanıldığı dile getirilmektedir (Cecil ve Willging (1993), s. 8, 9 vd.).

13 Timmerbeil (2003), s. 166. Nitekim jüri yargılamalar bakımından, taraf bilirkişilerinden sonra jüri üzerinde yaratabilecek olduğu etki sebebiyle de Amerikan hukuku uygulamasında mahkeme bilirkişileri daha çok bir jürinin oluşturulmadığı yargılamalarda kullanılmaktadır (bu konuda bkz. Cecil ve Willging (1993), s. 50).

14 Ceza hukukundan farklı olarak, medenî usûl hukukunda, bir tarafın yahut üçüncü kişinin *sorgulanması* söz konusu değildir. Nitekim medenî usûl hukuku öğretilerinde Göksu da, *cross-examination* terimini, “karşı soru sorma sistemi” şeklinde ifade etmektedir (nitekim bkz. Göksu (2001), s. 61, 62'de yer alan açıklamalar). Yazarı takiben burada da aynı ifadeyi kullanmayı uygun buluyoruz.

15 Bkz. Dwyer (2008), s. 189; Cecil ve Willging (1993), s. 45.

16 Bkz. Dwyer (2008), s. 189; D. A. Bronstein (2007). *Law for the expert witness*. 3rd ed., Boca Raton, FL: CRC Press, s. 80; Timmerbeil (2003), s. 166

17 Bkz. Cecil ve Willging (1993), s. 18 vd.

18 Ön yargılama kavramı ve içeriği hakkında özel olarak bkz. O. Gündüz (2009). *Anglo-Amerikan hukuku ışığında medenî yargılama hukukunda dava yönetimi*. Ankara: Yetkin Yayınları, s. 144 vd.

19 Dwyer (2008), s. 190.

düzenlemek olup²⁰, bu kimseler genellikle avukatlar arasından seçilmektedir²¹.

Bununla birlikte özel uzmanlar seyrek olarak tayin edilmektedir. Zira, bunlara başvuru konusunda Yüksek Mahkeme tarafından getirilen çeşitli sınırlandırmalar bulunmaktadır²². Özellikle maddi tazminat davaları bakımından güçlük arz eden bir takım hesaplamalar yahut muhasebeye ilişkin karmaşık problemler mevcut değilse, hâkim bir özel uzman tayin edememektedir²³.

Hâkim, özel uzmanını (müşavirini) tayin ederken, ondan raporunu belli bazı konulara hasretmesini yahut faaliyet alanını sadece belli bazı ispat araçlarını kendisine sunmakla sınırlamasını isteyebilmektedir. Diğer taraftan, özel uzman, görevini yerine getirebilmek adına gerekli olan her türlü yetkiye sahip kılınmıştır. Bu anlamda tanıkları dinleyebilir, hatta, tarafları gerekli belgeleri ibraz etmeleri konusunda icbar edebilir. Hatta öyle ki, bunun gereğinin yerine getirilmemesi hâlinde hukuki veya cezaî bir yaptırım dahi söz konusu olabilmektedir²⁴.

Jürinin bulunmadığı durumlarda, mahkeme kalemine teslim edilen uzman raporu, açık bir hata bulunmadığı müddetçe, mahkeme tarafından kabul edilmek durumundadır. Bununla birlikte, taraflar, raporun kendilerine tebliği üzerine onu incelemek ve tartışmak imkânına sahip kılınmıştır²⁵. Nihayetinde özel uzman, tarafların da rapor hakkındaki görüş ve eleştirilerini dikkate almak ve değerlendirmek suretiyle raporuna son şeklini vermektedir. Buna karşılık jüriyi yargılamalarda ise, özel uzmanın hazırladığı ra-

por jüri için bir tür bilgilendirme sıfatıyla sunulmakta ve hâkim tarafından hukuk kurallarına uygunluğu bakımından ayrıca bir denetime tâbi tutulmaktadır²⁶.

Görüldüğü üzere özel uzman, bir süje olarak, gördüğü işlev itibarıyla, Kıta Avrupa'sında, özelde Türk hukukunda bilinen bilirkişiye yaklaşmaktadır²⁷. Ancak, özel uzmanın istisnai niteliğini dikkate aldığımızda, onun işlevinin, Kıta Avrupa'sında mevcut mahkeme bilirkişisine nazaran, hâkimin tek başına ele alması durumunda çok fazla zamanını alacak olan karmaşık meseleler bakımından, bir tür hâkim yardımcılığı sunmaktan ibaret olduğunu görüyoruz²⁸.

Sonuç olarak Amerikan hukukunda, mahkeme bilirkişiliğine pozitif düzenlemelerde yer verilmekle birlikte, müessesenin yaygın bir kullanım alanına sahip olmadığını ifade etmemiz mümkündür.

İngiliz Hukukunda

Genel Olarak

İngiliz hukuku, mahkeme bilirkişisi kavramı bakımından bize oldukça ilginç örnekler sunmaktadır. Bilirkişinin mahkeme tarafından tayin edilmesi vakası, tarihi gelişimi içerisinde İngiliz hukukuna yabancı değildir²⁹. Bununla birlikte, mahkemelerin, bilirkişilik faaliyeti konusunda etkinliğinin artırılması için, *Lord Woolf'un* adıyla anılan reformları beklemek gerekmiştir. Bu reformlar, esasında çok daha genel düzeyde, İngiliz yargılama hukukuna egemen olan bir takım yapısal problemleri, bu anlamda yargılamanın pahalılığını, uzun sürüyor olmasını ve nihayet karmaşıklığını çözmeyi hedeflemiştir³⁰. Bu değişiklikler, etkisini bilirkişilik üzerinde de göstermiştir. Bu bağlamda taraflar hâlâ kendi bilirkişilerini tayin edebilmektedirler. Ancak, özellikle belli tip davalar bakımından söz konusu olan tek ve müşterek bilirkişiler (single joint experts) ile bir tür "tek-

20 A. Blumrosen (2007). *L'expertise judiciaire civile en droit américain. Conférence de consensus sur l'expertise judiciaire civile. Groupe d'analyse des textes.* http://www.courdecassation.fr/IMG/File/pdf_2007/conf_de_consensus/bibliographie/consensus_blumrosen_expertise_dt_america.pdf (Erişim tarihi: 20.7.2013), s. 4.

21 Baker (1999), s. 13.

22 Blumrosen (2007), s. 4.

23 Baker (1999), s. 13. Nitekim Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi, 1957 tarihli *La Buy* davası vesilesiyle vermiş olduğu kararında, istisnai olarak karmaşık bir nitelik arz eden meseleler nedeniyle başvurulması gereken müesseseye, sistematik olarak başvurmanın, hâkimin sahip olduğu yetkinin devri anlamına geleceğine işaret etmektedir. Bu kararda dikkat çekilen husus, hâkimlerin salt ağır iş yükü altında bulunmasının, bu tür bir müşavire başvuruyu haklı göstermeyeceğidir (bkz. *La Buy v How's Leather Co.*, 352 US 249 (1957) (Kararı zikreden Blumrosen (2007), s. 5).

24 Baker (1999), s. 13.

25 Bkz. Baker (1999), s. 13; Blumrosen (2007), s. 4.

26 Baker (1999), s. 13.

27 Blumrosen (2007), s. 4.

28 Baker (1999), s. 13.

29 Örneğin erken dönemlerde dahi İngiliz mahkemelerinin, jüriyi, dava konusuna göre teknik bilgi sahibi kişilerden oluşturabildiği gibi (*expert juries*), doğrudan bir kimseyi bilirkişi olarak (*expert witness*) atayabildiğine işaret edilmektedir (bkz. Taylor (1996), s. 185).

30 Bu konuda bkz. A.A. S. Zuckerman ve R. Cranson (1995). *Reform of civil procedure. Essays on 'access to justice'*. Oxford: Oxford University Press, s. (v), (vi); Gündüz (2009), s. 28, 29 vd.; Güralp (2011), s. 193, 194, 195 vd.; Jolowicz (2000), s. 239 vd.

nik müşavir” veya “mahkeme müşaviri” olarak ifade edebileceğimiz *assessor* müessesesi de, reform öncesi döneme göre daha fazla ön plâna çıkmıştır.

Tek ve Müşterek Bilirkişiler (*Single Joint Experts*) Genel olarak

Söz konusu müessese, 1999 tarihli İngiliz Medenî Usûl Kanunu (CPR) 35,7’yle getirilen bir mekanizma olup, *Woolf* reformlarının merkezinde yer alan konulardan birini oluşturmaktadır. CPR öncesi dönemde bilirkişilik özelinde dile getirilen şikâyetlerin başlıcaları, yukarıda ifade ettiğimiz genel problemlere paralel olarak, taraf bilirkişilerinin objektifliklerini yitirme eğilimleri, dava konusuyla orantısız şekilde, çok sayıda bilirkişinin tayin edilmesi ve nihayet, bilirkişi tayin edebilmek noktasında, aynı ekonomik güce sahip bulunmayan taraflar açısından, silahların eşitliği ilkesinin sağlanamadığı kaygısıdır³¹.

Nitekim, *Lord Woolf*, söz konusu müessesenin ihdasının, hem zaman ve masraflar bakımından tasarruf sağlayacak olması hem bilirkişinin tarafsız olması noktasında olumlu gelişmeleri beraberinde getireceğini öngörmüştür³². *Lord Woolf*, aslında reformlar çerçevesinde Kıta Avrupasında bilinen anlamıyla mahkeme bilirkişiliği müessesesini ihdas etmeyi amaçlamıştır. Ne var ki buna karşı avukatların güçlü bir direnç göstermesi üzerine, neticede sağlanan uzlaşmanın bir ürünü olarak *tek ve müşterek bilirkişilik* ortaya çıkmıştır³³.

Burada bilirkişinin görevlendirilmesi konusunda taraflara tanınmış olan yetki, bu bilirkişilerin taraf bilirkişisi olarak değerlendirilebileceğini akla getirmek-

tedir³⁴. Fakat, mahkemenin sürecin tümü üzerinde sahip olduğu takdir yetkisi için içine girdiği vakit, müessesenin gerçekten de ara bir formülün ürünü olduğu anlaşılmaktadır. Ancak ne olursa olsun, tek ve müşterek bilirkişiler, Anglo-Amerikan medenî usûl hukuku geleneğine yabancı olup, esas mesele de, bu değişikliklerin İngiliz bilirkişilik sistemini Kıta Avrupasındakileri aynı kılmamakla birlikte, orada egemen olan sisteme yaklaştırmasıdır³⁵. Hatta öyle ki, tek ve müşterek bilirkişinin, sorumluluğu bakımından “kamu görevlisi benzeri” şeklinde de ifade edildiğini görüyoruz³⁶.

Müşterek bilirkişilerin atanması genellikle miktar itibarıyla düşük alacak davalarında (küçük talepler usûlü), veya seri yargılama, kısmen de çoklu yargılama usûllerinde³⁷ söz konusudur. Ancak bu durum, dava konusunun karmaşık veya miktar itibarıyla yüksek olduğu davalarda, esas dava konusunun yönlerinden birini teşkil eden bir teknik mesele için müşterek bilirkişi tayin edilebilmesini dışlamamaktadır³⁸.

Müesseseye ilişkin dikkat çekici hususlar genel itibarıyla şu noktalarda toplanmaktadır: Mahkemenin yetkisi, kendisini ilk olarak müşterek bilirkişiden görüş alınmasına karar verilmesinde göstermektedir. Şöyle ki, Medenî Usûl Kanununun 35.7 hükmü uyarınca, taraflar bir mesele hakkında bilirkişi görüşünün alınmasını isterlerse, mahkeme, bu görüşün, bir müşterek bilirkişi tarafından sağlanmasına karar verebilmektedir³⁹.

31 Özellikle bkz. Andrews (2012), s. 81.

32 Bkz. Lord Woolf (1996). *Access to Justice, Final Report*. (<http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+http://www.dca.gov.uk/civil/final/contents.htm>, son erişim: 20.7.2013), ch. 13, para. 21. Raporun Türkçe çevirisi için ayrıca bkz. Lord Woolf (Çev.: M. Özbek) (2006). Adalete erişim. Nihai rapor. *MİHDER*, 2, ss. 989 – 1002. Ayrıca bkz. Burn ve Thompson (2006), s. 58; Jolowicz (2000), s. 239. Aslında, Medenî Usûl Kanununun yürürlüğe girmesinden önceki dönemde de, RSC Ord 40 hükmü, mahkemenin bir bilirkişi tayin edebileceğini öngörüyor olmakla birlikte, bu ancak taraflardan birinin başvurusu üzerine söz konusu olabilmektedir. Nihayetinde, zikredilen hüküm son derece sınırlı bir kullanım alanına sahip olmuştur. Bkz. Burn ve Thompson (2006), s. 58.

33 Bkz. D. Dwyer (2008). *The judicial assessment of expert evidence*. New York: Cambridge University Press, s. 307. Ayrıca bkz. Woolf (1995), n° 23.19; Burn ve Thompson (2006), s. 59; Güralp (2011), s. 207.

34 Nitekim bkz. M. Cohen (2008). *Role of Expert and guidance in civil cases in the United Kingdom*. http://www.experts-institute.eu/upload/uploads/File/PDF/IE-avril08-colloqueParis-vers/2008_06_13_06_44_32_V4_Cohen.pdf (Erişim tarihi: 20.7.2013), s. 3. Karş. E. Demirkapı (2003). Anglo-Amerikan hukukunda bilirkişilik kurumunda yeni eğilimler. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. C. 5, S. 2, ss. 39 – 75, s. 52 vd.

35 Bkz. ve karş. Jolowicz (2000), s. 239 – 242; Burn ve Thompson (2006), s. 59.

36 Bkz. Andrews (2012), s. 82 ve yazarın aynı yer dn. 217’de zikrettiği Phillips v Symes (No 2) [2005] 1 WLR 2043.

37 Sırasıyla, *small claims*, *fast track* ve *multi track* usûlleri. Miktar itibarıyla daha yüksek olup, daha karmaşık bir takım meseleleri konu edinen ve çoklu yargılama usulünün uygulandığı davalarda, tek ve müşterek bilirkişilerin tayin edildiği haller, ölçülülük ilkesinin bir gereği olarak ifade edilmektedir. Bkz. Burn ve Thompson (2006), s. 65; Andrews (2012), s. 84, dn. 228. Öte yandan zikredilen bu yargılama usûlleri hakkındaki açıklamalar için özellikle bkz. Gündüz (2009), s. 108 vd.; Güralp (2011), s. 199 vd.

38 Bkz. Loughlin ve Gerlis (2004), s. 465; Andrews (2012), s. 84.

39 Bkz. Burn ve Thompson (2006), s. 59.

Seçime ilişkin bu tercih, mahkemenin belirlemeyi bir listeden gerçekleştirebilecek olmasının dışında, bize ister istemez yürürlükten kalkan 1086 sayılı HUMK m. 276, I hükmünde öngörülen sistemi hatırlatmaktadır. Ancak burada müşterek bilirkişiyi bir mahkeme bilirkişisine yakınlaştıran hususlar daha çok şunlardan ileri gelmektedir: Müşterek bilirkişinin taraflara karşı tarafsız davranma yükümlülüğü bulunmakla birlikte⁴⁰ onun esas ödevi mahkemeye karşıdır. Medenî Usûl Kanunu 35,3'de bilirkişinin görevinin, sahip olduğu uzmanlık vasıtasıyla mahkemeye yardımcı olmak olduğu açıkça ifade edilmiştir. Öte yandan bilirkişi, mahkemenin sevk ve idaresi altındadır (Bkz. CPR r. 35.14)⁴¹.

Taraf Bilirkişiliği ile Birlikte Uygulanması

İngiliz uygulamasında, müşterek bilirkişilik müessesesine özellikle istinaf mahkemelerinin yaklaşımı, müessesenin taraf bilirkişiliği ile birlikte uygulanması yönündedir⁴². Somutlaştırmak gerekirse, örneğin bir istinaf mahkemesi kararında, dava konusunun değerinin yüksek olması ve meselenin karmaşık bir nitelik arz etmesi hâlinde, ilk olarak müşterek bilirkişi tayini yerine, taraf bilirkişilerinden görüş alınmasının tercih edilmesi, bu gerçekleştirildikten sonra, müşterek bilirkişi tayin edilmesinin uygun olup olmadığının, taraf bilirkişilerinin yapmış oldukları açıklamaların ışığında belirlenmesi gerektiği belirtilmektedir⁴³. Öte yandan, bir diğer istinaf mahkemesi kararında, konu farklı bir boyutuyla ele alınmıştır⁴⁴. Buna göre, bir

müşterek bilirkişinin tayin edilmiş olması, tarafların kendi bilirkişilerini belirleme imkânını ortadan kaldırmamaktadır. Burada taraf bilirkişileri, tek ve müşterek bilirkişinin sağladığı görüşün hükümden düşürülmesi noktasında işleve sahip olmaktadır⁴⁵.

Bu son kararı, benzer bazı kararlar takip etmiştir. Nitekim, tıbbi kusur nedeniyle açılmış bulunan *Oxley/Penwarden* davasında, ilk derece mahkemesi hâkimi, tarafların tek ve müşterek bilirkişinin tayini üzerinde anlaşamamaları karşısında, mahkemenin bu tayini re'sen gerçekleştirebileceğine karar vermiştir. Ne var ki, istinaf mahkemesi, seri yargılama usûlüne tâbi davalar haricinde, diğer bir deyişle karmaşık ve güçlükle arz eden davalarda, tarafların belli bir bilirkişi üzerinde anlaşmalarının güçlüğü arz edebileceği, böyle bir faraziye mahkemenin taraflara kendi taraf bilirkişilerini tayin etme hakkını tanıması gerektiği yönünde karar vermiştir⁴⁶. Nihayet, *Pattison/Cosgrove* davası neticesinde de, bu konudaki ölçütler biraz daha belirgin hâle gelmiştir. Buna göre, tek ve müşterek bilirkişinin yanı sıra taraf bilirkişisinin tayininin elverişli olması konusunda, *uyuşmazlığın niteliği, bilirkişi incelemesinin konusunu oluşturan meselelerin sayısı, ikinci bir bilirkişiye ihtiyaç duyulmasının nedenleri, bu nedenle ortaya çıkacak gecikme, uyumsuzluk konusunun miktar itibarıyla değeri* ve benzeri hususların gözönüne alınması gerekmektedir⁴⁷.

Görüldüğü üzere, müşterek bilirkişinin İngiliz hukukunda düzenlenmesi, taraf bilirkişiliğinin etkisini tam olarak ortadan kaldırmamakta, müşterek bilirkişinin tayin edilmesi, yerine göre taraf bilirkişilerinin tayininden önce veya sonra söz konusu olabilmektedir. Öte yandan, müşterek bilirkişinin görüşü, vakanın aydınlanması bakımından yeterli ve tatmin edici ise, mahkeme salt bu görüşe dayanarak hüküm verebilir⁴⁸.

40 Bkz. Loughlin ve Gerlis (2004), s. 467.

41 Burada özellikle bağımsız ve tarafsız bir bilirkişinin varlığı amaçlanmaktadır. Genel olarak bkz. Woolf (1996), Ch. 13, para. 17, 18. Ayrıca bkz. Dwyer (2008), s. 309, 310; Andrews (2012), s. 82; Burn ve Thompson (2006), s. 59; Loughlin ve Gerlis (2004), s. 456. Ayrıca bkz. F. Pinchon (2002). *L'expertise judiciaire en Europe*. Paris: Éditions d'Organisation, s. 80. Bilirkişinin tayini, sevk ve idaresi konusundaki açıklamalarımız için bkz. aşa. 2.2.3.

42 Bkz. Burn ve Thompson (2006), s. 61. Aslında bu noktada ayrıca ifade etmek uygun olur ki, İngiliz hukukunda, zikrettiğimiz bu hususlardan bağımsız olarak taraf bilirkişiliğine yönelik bazı sınırlamalar önceden beri dikkat çekicidir. Bu bağlamda taraflar, kural olarak en fazla iki bilirkişiden yararlanma hakkına sahip durumdadır (RSC, Ord. 40, r. 4). Bu kural 1954 yılında yürürlüğe girmişse de, henüz 1920'lerden beri söz konusu olan uygulamaya dayanmaktadır (bkz. Jolowicz (2000), s. 236). Kanımızca bu, silahların eşitliği ilkesi bağlamında ilgi çekici bir husustur.

43 *S (A Minor) v Birmingham Health Authority* [2001] Lloyd's Rep Med 382, CA (zikreden Burn ve Thompson (2006), s. 61, dn. 8).

44 *Daniels v. Walker* [2000] 1 WLR 1382 (Zikreden Burn ve Thompson (2006), s. 61; Loughlin ve Gerlis (2004), s. 468; Andrews (2012), s. 86). Ayrıca bkz. Dwyer (2008), s. 310

45 Nitekim bkz. Burn ve Thompson (2006), s. 61; Andrews (2012), s. 86.

46 Bkz. *Oxley v Penwarden* (2001) LTL, 6 March. Zikredenler Loughlin ve Gerlis (2004), s. 465. Ayrıca bkz. Burn ve Thompson (2006), s. 62, 63.

47 Karar için bkz. (2001) CP Rep 68, The Times, 13 February 2001 (Nakleden Burn ve Thompson (2006), s. 63). Yine bir başka kararda da ifade edildiği gibi, taraf bilirkişisinin ücret ve giderleri, dava değeri karşısında ölçüsüz olacaksa, burada yapılması gereken, bir müşterek bilirkişi tayin etmektir. Bkz. *Kranidotes v. Paschali* [2001] EWCA Civ 357; [2001] CP Rep 81 (Nakleden Andrews (2012), s. 231).

48 Bkz. Burn ve Thompson (2006), s. 63, 64.

Bilirkişinin Tayini ve Görüşlerinin Değerlendirilmesi

Her şeyden önce, İngiliz hâkiminin bu sistem içerisinde kendi bilirkişisini tayin etme hakkı doğrudan bulunmamakta; bununla birlikte, müessesenin işleyişine egemen olan bir takdir yetkisi söz konusu olmaktadır⁴⁹.

Kısaca, taraflar kimin müşterek bilirkişi olarak seçileceği konusunda anlaşamazlarsa, mahkeme müşterek bilirkişiyi, kural olarak, tarafların hazırlayacak olduğu bir listeden seçmekte yahut kendi belirlediği bir diğer kimseyi atayabilmektedir (Bkz. CPR r. 35.7 (2))⁵⁰. Diğer taraftan, yine cismanî zarardan kaynaklanan davalarda bilirkişinin tayin usulünün belirlenmesi amacıyla kaleme alınan ön-dava protokolü (*pre-action protocol*) de, davacıya belli bir konuda birden fazla bilirkişiyi önermesi ve davalının da, bu bilirkişilere itiraz etme imkânını sağlamaktadır. Bununla birlikte, şayet davalı gösterilen bilirkişilerden herhangi birine itiraz etmez ise, davacı, söz konusu bilirkişilerden bir tanesini tayin etmek imkânına sahip olacaktır⁵¹.

Öte yandan İngiliz hukukunda da kural olarak bir bilirkişinin tayin edilmesi söz konusudur. Nitekim, birden fazla bilirkişinin tayin edilmesi durumunda, müşterek bilirkişilerin uyumlu bir rapor ortaya çıkarmasının mümkün olamayabileceği gibi ihtimaller, uygulamada bu yola başvuruyu sınırlı kılmaktadır⁵². Nihayetinde mahkeme, birden fazla bilirkişinin görüşünü almayı uygun görmediği, örneğin inceleme konusu fazla tartışmalı bir alana ilişkin olmadığı müddetçe, sadece tek bir bilirkişi tayin edilmektedir⁵³.

Tek ve müşterek bilirkişinin görevini ne şekilde yerine getireceği, öte yandan sevk ve idaresi konusundaki

49 Bkz. Dwyer (2008), s. 309; S. Burn ve B. Thompson (2006). *Single Joint Expert. Experts in the civil courts* (Ed.: Sir L. Blom-Cooper). London: Oxford University Press, s. 57, 58, n° 5.02; P. Loughlin ve S. Gerlis (2004). *Civil Procedure*. London: Cavendish, s. 465.

50 Ayrıca bkz. Burn ve Thompson (2006), s. 60.

51 Bkz. Burn ve Thompson (2006), s. 64.

52 Dwyer (2008), s. 311.

53 Pinchon (2002), s. 86.

yaklaşım, Türk hukukundakinden çok da farklı değildir (bkz. ve karşı. HMK m. 271; HMK Bilirkişi Yönetmeliği m. 11). Nitekim, İngiliz mahkeme bilirkişisi de, görevini yerine getirirken bağımsızlığını, tarafsızlığını ve şeffaflığını muhafaza etmektedir⁵⁴.

Bununla birlikte, İngiliz hukukunda, müşterek bilirkişi, özellikle taraf bilirkişiliği müessesesinin de varlığını etkin şekilde koruması sebebiyle, görevini yürütürken birtakım güçlüklerle karşılaşabilmektedir. Zira, taraf bilirkişileri, her ne kadar mahkeme bilirkişileri kadar, mahkemeye karşı sorumlu olsalar da, kendilerini tayin eden taraftan bilgi almak konusunda, mahkeme bilirkişilerine göre çok daha fazla imkâna sahiptir. Bu yapı içerisinde, mahkeme bilirkişilerinin taraflardan gerekli yardımı alamadığı hususuna dikkat çekildiğini görmekteyiz⁵⁵. Ancak, bu konuda bir güçlük karşılaşılan bilirkişi, pekâlâ hâkimin yardımına başvurabilmektedir (bkz. CPR r. 35.14). Bilirkişi bilgi almak amacıyla taraflarla bir araya gelebilecektir. Ancak bunun için her iki tarafın da hazır bulunması gerekmektedir (bkz. CPR r. 35.8)⁵⁶.

İngiliz hukukunda dile getirilen bir husus, bilirkişinin görevden alınarak bir başka bilirkişinin tayin edilmesinin Kanunun ruhuna pek de uygun olmadığı şeklindedir⁵⁷. Nitekim, mahkemeler bu yola, taraflardan birinin veya her ikisinin tayin edilen bilirkişiye duydukları güveni yitirmeleri hâline münhasır ola-

54 Bu konuya özellikle bilirkişilerin idaresi amacıyla hazırlanan 22 Haziran 2005 tarihli Protokolde (*Protocol for the Instruction of Experts to give evidence in civil claims*) dikkat çekilmektedir (bkz. zikredilen Protokol para. 17.12). Ayrıca bkz. Burn ve Thompson (2006), s. 68. Nitekim, yine Türk hukukunun yaklaşımına paralel şekilde, İngiliz hukukunda da tek ve müşterek bilirkişi, incelemesi hakkında tereddütlerin giderilmesini, bu anlamda görevini yerine getirmesi için gerekli olan hususlarda mahkemenin kendisini yönlendirmesini isteyebilir (bkz. ve karşı. CPR, 35.14 (1); HMK m. 275, f. 1; 278, f. 2). Bu konuda ayrıca bkz. Andrews (2012), s. 82.

55 Bkz. Burn ve Thompson (2006), s. 82.

56 Ayrıca bkz. Burn ve Thompson (2006), s. 68.

57 Burn ve Thompson (2006), s. 65.

rak, nadir başvurmaktadır. Burada özellikle, yargısal temel haklara bilirkişi tarafından riayet edilmemiş olması, bu güvenin kaybı için yeter sebep olarak görülmektedir⁵⁸.

Kanımızca bir diğer ilgi çekici konu, müşterek bilirkişinin karşı soru sorma usulüne tâbi olup olmadığına ilişkindir. *Woolf*, taraflarca müştereken atanan bilirkişinin vereceği raporun, niteliği gereği tek başına delil vasfına sahip olacağından bilirkişinin kural olarak karşı soru sorma usulüne tâbi olmasına bir ihtiyaç bulunmadığını dile getirmektedir. Karşı soru mümkünüdür; fakat elverdiği ölçüde sınırlı tutulmalıdır⁵⁹.

Bilirkişi görüşünün hükümdeki yeri konusundaki yaklaşım da, bilinenden farklılık arz etmemektedir: Tek ve müşterek bilirkişinin rolü, mahkemeye bir görüş sağlamaktan ibaret olup, bu görüşün delil değerini takdir etmek son tahlilde hâkime ait bir fonksiyondur⁶⁰.

58 Örneğin *Smolen v Solon Co-operative Housing Services Ltd* davasında ([2003] EWCA Civ 1240) davacı, bilirkişinin raporunu mahkemeye sunmasından sonra, daha evvel davalı vekiliyle görüşmüş olduğu gerekçesiyle itirazda bulunmuştur. Mahkeme, her ne kadar bu görüşmeye dair açık bir delil bulunmasa da, davacının bilirkişiye duyduğu güvenin ortadan kalktığı gerekçesiyle, ikinci bir bilirkişinin tayin edilmesi gerektiğine karar vermiştir. Bkz. Burn ve Thompson (2006), s. 65. Elbette, bu konudaki takdir yetkisi hâkime ait olup, hâkim bu iddiayı ciddi bulmadığı, bilirkişinin de kendi alanında uzman olduğu, tecrübesinin ve dürüstlüğüne şüphe altında bulunmadığı hâllerde bilirkişinin görevden alınması da söz konusu olmayacaktır. Nitekim İstinaf Mahkemesi, *GW v Oldham Metropolitan Borough Council* davası ([2005] EWCA Civ 1247, [2005] 3 FCR 513) vesilesiyle verdiği bir kararda bu zikrettiğimiz hususlara dikkat çekmektedir. Bkz. Burn ve Thompson (2006) s. 65, 66.

59 *Woolf* (1995), n° 28. Bu yaklaşım mahkemeler uygulamasında da kabul görmüştür. Bkz. Dwyer (2008), s. 312, 313; Burn ve Thompson (2006), s. 70.

60 Nitekim bkz. Dwyer (2008), s. 313; Andrews (2012), s. 83, 86, 87; Burn ve Thompson (2006), s. 72, 73, n° 5.45 vd. Ancak özellikle aile hukukuna ilişkin meselelerde raporun belirleyici olmasının muhtemel olduğu, hâkimin raporun aksine karar verebilmek için bunun gerekçesini göstermek durumunda olduğu ifade edilmektedir (bkz. Loughlin ve Gerlis (2004), s. 455). Bu anlamda, söz konusu görüş teknik bir içeriğe sahip olsa dahi, diğer ispat araçlarıyla çeliyorsa, hâkim bilirkişiyi karşı soru sorma usulüne tâbi tuttuktan sonra, hangi delilin dikkate alınacağına karar verebilecektir. Nitekim istinaf mahkemesi kararına konu olan bir davada, hâkim bilirkişi görüşünü değil, konuya ilişkin tanık beyanını üstün tutmuş, bu yaklaşım istinaf mahkemesi tarafından da uygun görülmüştür. Bkz. *Armstrong and Connor v First York Ltd* [2005] EWCA Civ 277, [2001] 1 WLR 2751 (nakleden Burn ve Thompson (2006), s. 72).

İngiliz Hukukunun Müesseseye Yaklaşımı

Bu konuda Medenî Usûl Kanununun yürürlüğe girmesinin ertesinde yapılan bazı araştırmalar, müesseseye yaklaşımın genel itibarıyla olumlu yönde olduğunu göstermektedir. Bu bağlamda, *Emerging Findings* adını taşıyan ilk rapor, 2001'de yayımlanmış ve bunu *Further Findings* adlı rapor takip etmiştir. Söz konusu raporlarda, Medenî Usûl Kanununun yürürlüğe girmesinden önceki ve sonrasındaki uygulamalar karşılaştırılmıştır. Bu araştırmaya göre Kanunun yürürlüğe girmesinden sonra bilirkişi incelemesine başvurulmuş davaların yüzde 46'sında, müşterek bilirkişilerden yararlanılmıştır. Bunların önemli bir kısmı kişisel zarardan kaynaklanan maddî tazminat davasıdır⁶¹. İngiltere'de 2002 yılında hazırlanan bir rapor vesilesiyle dile getirilen bir başka husus ise, taraflarca tayin edilen müşterek bilirkişilerin, davanın erken safhalarında, söz konusu tarafların uzlaşmasına yardımcı olduğu yönündedir⁶².

Bununla birlikte, tek ve müşterek bilirkişilik uygulamasının varlığına rağmen, tarafların "gölge bilirkişi" (*shadow expert*) olarak adlandırılan taraf bilirkişilerinden yardım almaya devam etmeleri, masrafları artıran bir husus olarak değerlendirilmektedir. Bu noktada, özellikle aile hukukundan kaynaklanan ve bir müşterek bilirkişinin görevlendirildiği davalarda, güçlü olan tarafın (örneğin kocanın) bir gölge bilirkişiden yararlanması, buna karşılık aynı ekonomik güce sahip olmayan eşin, bu imkânı kullanamaması, silahların eşitliği-ne aykırı bir husus şeklinde mülahaza edilmektedir⁶³.

Müşavirler (Assessors)

Türkçeye mahkeme müşaviri veya yaptığı iş gereği bir tür "teknik" müşavir olarak çevirmeyi uygun gördüğümüz "assessor" da, tek ve müşterek bilirkişi gibi, mahkeme bilirkişisinin İngiliz hukukundaki görünüm biçimlerindedir. Nitekim, bu müessese, İngiliz hukukunda, on sekizinci yüzyılın ortalarından itibaren bilinmekte ve uygulanmaktadır⁶⁴.

61 Burn ve Thompson (2006), s. 57. Diğer yandan yapılan bir ankette, basit talepler usulü dışında, katılımcıların % 82'si, tek ve müşterek bilirkişilerin seri yargılamanın (*fast track*) söz konusu olduğu davalarda uygun bir yöntem olduğunu ifade ederken, % 52'si ise, müessesenin çoklu yargılama usulünün söz konusu olduğu davalarda dahi uygun olduğunu ifade etmiştir. Bkz. Burn ve Thompson (2006), s. 58.

62 Söz konusu rapor için bkz. *Further Findings, A continuing evaluation of the civil justice reforms*, august 2002, s. 2 vd. (Güralp (2011), s. 212, dn. 172'den naklen).

63 Bkz. Burn ve Thompson (2006), s. 74. Ayrıca bkz. Loughlin ve Gerlis (2004), s. 456.

64 Bu konuda ayrıca bkz. L. Blom-Cooper (2006). *Assessors. Experts in the civil courts*. (Ed.: L. Blom-Cooper). New York: Oxford University Press, ss. 113 – 117, s. 113 vd.; Andrews (2012), s. 87 vd.; Dwyer (2008), s. 314, 315.

Woolf reformlarından yani 1999 tarihli Medenî Usûl Kanunundan önceki dönemde, mahkeme müşavirliği müessesesi konusundaki en önemli düzenlemelerden biri, 1981 tarihli Yüksek Mahkemeler Kanununun 70 (1) sayılı paragrafıdır. Buna göre, Yüksek Mahkeme, ihtiyaç duyduğu takdirde, herhangi bir meselede, bir veya birden fazla müşavirden yardım alma imkânına sahiptir. Reformlar öncesinde, mahkeme müşavirliği sadece deniz ticareti ile ilgili uyumsuzluklarla sınırlı bir uygulama alanına sahiptir⁶⁵. Bununla birlikte, zikredilen reformlar çerçevesinde bu müessese de yeniden ele alınmış ve yapılan düzenlemeler çerçevesinde yeni hâliyle yürürlüğe girmiştir (CPR r. 35.15).

Müşterek bilirkişiler faslında olduğu gibi, hâkimlerin yargılama yetkisini tayin edecekleri bilirkişilere devredecekleri endişesinden kaynaklanan direnç neticesinde, *Woolf* tarafından kaleme alınan raporlarda, müşavirlerin teknik meselelerde hâkimi “eğitmek” amacıyla görev yapacağı dile getirilmiştir. Gerçekten de İngiliz hukukunda mahkeme müşavirlerinin hâkimi aydınlatma ve diğer yandan onu eğitme işlevi gördüğü kabul edilmektedir⁶⁶.

Öte yandan, müşavirlik müessesesi özelinde dikkate alınan bir diğer konu da, tarafların hukukî dinlenilme haklarının, bu yola başvurulması durumunda özel olarak gözetilmesi gereği olmuştur. Ashında, İngiliz Medenî Usûl Kanununa ilişkin Uygulama Yönergesinin 35. Bölümünün 7.4 paragrafı, *assessor* tarafından hazırlanan raporun bir örneğinin taraflara gönderileceğini içermekle birlikte, müşavirlerin sözlü görüş bildirmeyeceklerini ve karşı soru sorma usûlüne tâbi olmayacaklarını düzenlemektedir⁶⁷. Bununla birlikte, İngiliz istinaf mahkemeleri, *assessor* görüşlerinin hükme esas alınabilmesi için, taraflarca mutlaka tartışılması gerektiğini vurgulamaktadır⁶⁸.

65 Bu konudaki diğer düzenlemeler için bkz. s 70 SCA (1981); s 63 CCA (1984). 1999 reformlarından önceki duruma ilişkin tespitler için ayrıca bkz. Blom-Cooper (2006), s. 114, 115; Budak (1991), s. 831, dn. 24.

66 Bu konuda ayrıca bkz. Dwyer (2008), s. 315; Blom-Cooper (2006), s. 117. Hatta öyle ki, *Woolf* reformları sonrasında, tek ve müşterek bilirkişinin İngiliz hukuk geleneğine yabancı olması sebebiyle yaşanan sıkıntılar, belli bazı konularda, mahkemeyi bir teknik müşavir (*assessor*) tayin etmeye zorladığı da dile getirilmektedir (Dwyer (2008), s. 314, 315).

67 Bkz. Bloom-Cooper (2006), s. 115, 116.

68 Bu anlamda bkz. *The Bow Spring [2004] EWCA Civ 1007, [2004] 1 WLR 144*. Aynı doğrultuda bir diğer istinaf mahkemesi kararı için bkz. *The Global Mariner [2005] EWHC 380, Admiralty* (zikreden Bloom-Cooper (2006), s. 116) Elbette ne olursa olsun, hâkim müşavirin sağladığı görüşü serbestçe değerlendirme hakkına sahiptir

Mahkeme müşaviri Medenî Usûl Kanununun 35.15 hükmü doğrultusunda tayin edilmektedir. Zikredilen hükümde müşavirin tayin edilebileceği uyumsuzluklar bakımından herhangi bir sınırlama öngörülmemiştir⁶⁹.

Hukukî nitelik bakımından ise mahkeme müşavirliği ile Kıta Avrupası’nda bilinen anlamıyla bilirkişilik müessesesi arasında bir hayli ortak nokta bulunmaktadır⁷⁰. Ancak, müşavirler için yemin verme mecburiyeti söz konusu değildir⁷¹. Müşavirin temel fonksiyonunun dava konusunun Medenî Usûl Kanunu 35.15 (2) uyarınca teknik veya bilimsel bir konuya ilişkin olması durumunda hâkimi bilgilendirmek ve yardım etmek olması, hatta bu yardımı taraflar yahut diğer bilirkişiler tarafından sunulan delillere ilişkin teknik noktaların aydınlatılması konusunda yapıyor olması nedeniyle bu müesseseyi diğer geleneksel bilirkişilik anlayışından ayırmak gerektiği yönünde bir yaklaşım bulunmaktadır⁷². Fonksiyonel bakımdan Anglo-Amerikan sistemindeki bilirkişilikten olan mevcut ayrılığa rağmen, bu usûl, müşterek bilirkişilik gibi, dikkate değer şekilde Kıta Avrupası’ndaki bilirkişilik usûllerine yaklaşmaktadır⁷³:

Medenî Usûl Kanunundan (CPR) önceki dönemde, Supreme Court Act, müşavirlerin rolünü sadece mahkemeye yardımda bulunmakla sınırlamıştır.

69 Medenî Usûl Kanununa ilişkin Uygulama Yönetmeliği’nin 35, 10.1 paragrafı uyarınca mahkeme, bir müşavir tayin etmeye karar verdiği takdirde, müşavirin atanmasından en geç yirmi bir gün önceden taraflara müşavirin kimliğini, hangi konuda görev yapacağını ve yapacağı görevle ilişkili olarak müşavirin sahip olduğu niteliği bildirir. Taraflar, bildirim tebellüğ etmelerinden itibaren, yedi gün içinde yazılı olarak itirazda bulunabilirler. Mahkeme yapılan itirazı dikkate alarak söz konusu müşavirin atanıp atanmayacağı konusunda karar verecektir (PD 35 para. 10.3).

70 Nitekim bkz. Andrews (2012), s. 87. Aynı şekilde, M. Olivier (1993). *L’expertise dans l’Europe Communautaire. Revue Experts*, 18, s. 12.

71 Ayrıca İngiliz hukukundaki tek ve müşterek bilirkişilerden farklı olarak, bunlar karşı soru sorma usûlüne de tâbi değildir. Bkz. Loughlin ve Gerlis (2004), s. 470; L. Blom-Cooper (2006). *Assessors. Experts in the civil courts*. (Ed.: L. Blom-Cooper). New York: Oxford University Press, ss. 113 – 117, s. 115, 116.

72 Loughlin ve Gerlis (2004), s. 470. Bu konuda ayrıca bkz. Avustralya Kanun Reformu Komisyonunun 6 sayılı Referans Belgesi (ALRC Background Paper 6), s. 55, <http://www.austlii.edu.au/au/other/alrc/publications/bp/6/experts.html#Heading53> (Erişim tarihi 20.7.2013). Yine ayrıca bkz. Demirkapı (2003), s. 55.

73 Pinchon (2002), s. 87.

Buna karşılık 1999 düzenlemelerinden itibaren teknik müşavir mahkemenin vereceği talimatlar doğrultusunda davada yer almaktadır⁷⁴.

Nihayetinde teknik müşavirin hazırladığı raporun taraflarca delil olarak kullanılabilmesine dikkat çekilmektedir. Rapor hazırlamanın haricinde müşavir taraf bilirkişileri ile toplantı yapmak, mahkeme boyunca hâkimle birlikte oturmakla görevlendirilebileceği gibi, karar verilmesinden önce hâkimin isteği doğrultusunda ilgili hususları tartışmak üzere onunla beraber salondan ayrılabilir⁷⁵. Tüm bunların neticesinde özellikle İngiliz hukukçu *Dwyer*, Medenî Usûl Kanunu 35.15'in kapsamında müşavirin dört temel fonksiyonunun ortaya çıktığını belirtmektedir⁷⁶: Mahkeme üyesi⁷⁷, mahkeme bilirkişisi⁷⁸, mahkeme görevlisi⁷⁹ ve bilimsel danışman⁸⁰.

Müşavirlik müessesesinin, tüm bu gelişimine rağmen, bazı sorunları da bulunmaktadır. Özellikle, Kıta Avrupası sistemindeki bilirkişiler bakımından var

olan sorunların, müşavirlik müessesesi için de söz konusu olacağı, bu nedenle taraflara, müessesenin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesiyle uyumu bakımından, gerek müşavirin tayin süreci gerek onun sunacağı görüş bakımından, gerekli mekanizmaların tanınması gerektiği dile getirilmektedir⁸¹.

Nihayet, yapılan değişiklikler sonucunda müessesenin uygulama alanının genişletilmesinin öngörülmüş olmasına karşın, getirilen mekanizmaların tam olarak kullanılmadığı, mahkeme müşavirlerinin görev alanlarının şimdilik deniz hukukundan doğan uyuşmazlıklara ek olarak patent davaları ile sınırlı kaldığı dile getirilmektedir. Bu bakımdan müessesenin çok yaygın bir uygulama alanı bulunmamaktadır⁸². Assessor uygulamasının yaygınlaşmamasının nedeni olarak, uyuşmazlık hâlinde bulunan tarafların, kendi kontrolleri altında olmayan bir bilirkişilik uygulamasını sahiplenmemeleri gösterilmektedir. Konuya ilişkin yeni bir takım düzenlemeler getirilmiş olsa dahi, sistem bazındaki temel bakış açısı şimdilik değişmemiştir. Dava yönetimi bakımından söz konusu olan gelişmeler de, söz konusu müessesenin etkin bir şekilde uygulanmasını henüz sağlayamamaktadır⁸³.

Görüldüğü gibi mahkeme bilirkişisi kavramına karşılaştırmalı hukuk açısından bakılması noktasında, müşavirlik örneği, uygulama alanının sınırlılığına karşın, Kıta Avrupası ve Anglo-Amerikan hukuk sistemleri arasında bilirkişilik bakımından söz konusu olan yakınlaşmaya çok iyi bir örnek teşkil etmektedir. Öte yandan bu müessesenin, evrensel anlamıyla, bir tür bilirkişilik olduğu noktasında bir tereddüdümüz bulunmamaktadır.

74 Pinchon (2002), s. 87. Bu anlamda Mahkeme temel olarak müşaviri, davaya ilişkin herhangi bir konuda rapor hazırlaması amacıyla görevlendirebilir (CPR r. 35.15 (3)(a)). Şayet müşavir duruşmadan önce bir rapor hazırlamakla görevlendirilmiş ise, mahkeme kendisine teslimi üzerine söz konusu raporu taraflara göndermektedir (CPR r. 35.15 (4)). Yine önceden olduğu gibi, müşavir herhangi bir konuda mahkemeye danışmanlıkta bulunmak amacıyla duruşmalara iştirak edebilmektedir (CPR r. 35.15 (3)(b)).

75 Dwyer (2008), s. 316, 317.

76 Bkz. Dwyer (2008), s. 318 – 320. Ayrıca bkz. Blom-Cooper (2006), s. 116, 117.

77 Mahkeme üyesi olan müşavir, deniz hukukundan doğan davalarda önceden beri bir fonksiyonu bulunan müşavirdir. Bunlar hâkimle duruşma süresince ve duruşmadan sonra birlikte oturur, tarafların ileri sürdüğü hususlar çerçevesinde vakıa, nedensellik ve sorumluluk meselelerine ilişkin olarak bağlayıcı niteliği bulunmayan bir görüş vermektedir. Bu anlamda, müşavirin bu görünüm biçimi Türk hukukunda kabul edilen anlamıyla bilirkişilikle bağdaşmamaktadır.

78 Mahkeme bilirkişisi olan müşavir ise, aynen Medenî Usûl Kanunu 35.2'de düzenlenen bilirkişi gibi, vakıa meselelerine ilişkin olarak, mahkemeye bir görüş sunmak amacıyla incelemelerde bulunmaktadır. *Dwyer'a* göre, müşavirin bu görünümünün karşı soru sorma usûlüne tâbi olması uygundur (bkz. Dwyer (2008), s. 318).

79 Mahkeme görevlisi görünümündeki müşavirin ise, mahkeme için belirli bazı konularda hareket etmesi, örneğin duruşma öncesi aşamada, taraf bilirkişilerinin toplantılarına başkanlık etmesi söz konusu olabilir.

80 Bilimsel danışman olarak müşavir, sunulan deliller bakımından teknik noktalara ilişkin, aydınlatma amacıyla izahatta bulunabilmektedir

81 Hatta İngiliz öğretisinde dile getirildiği üzere, İngiliz hukukunda genel itibarıyla mahkeme bilirkişiliği yönünde açık bir tercihte bulunulacaksa, bu tercih Kıta Avrupasındaki yaklaşımların değerlendirilmesi suretiyle gerçekleştirilmelidir. Bkz. Dwyer (2008), s. 319 – 320; Blom-Cooper (2006), s. 114 – 116.

82 Aslında *Lord Woolf* bu uygulamanın, deniz davalarıyla sınırlı kalmaması ve bilimsel veya teknik bir konuyu içeren diğer uyuşmazlıkları da kapsayacak şekilde genişletilmesinin uygun olacağı görüşünü dile getirmiştir. Ancak, *Woolf* bununla birlikte, söz konusu teknik müşavirlerin, hâkimin rolünü gasp edeceği gerekçesiyle buna karşı bir direncin söz konusu olduğuna da dikkat çekmektedir (bkz. Woolf (1996), ch. 13, para. 59. Ayrıca bkz. Bloom-Cooper (2006), s. 116, 117). Ayrıca bkz. Andrews (2012), s. 87.

83 Bloom-Cooper (2006), s. 117. Ayrıca bkz. Dwyer (2008), s. 316; Loughlin ve Gerlis (2004), s. 470; Pinchon (2002), s. 86.

Sonuç ve Türk Hukuku Bakımından Bazı Değerlendirmeler

Bu kısa çalışmada, mahkeme tarafından tayin edilen bilirkişilerin, İngiliz ve Amerika Birleşik Devletleri hukuklarındaki görünümünü incelemeye tâbi tutmaya çalıştık. Sonuç olarak, öncelikle bir kez daha ifade etmek istediğimiz husus, bilirkişinin “kim” tarafından tayin edileceği konusunda, Kıta Avrupası ile Anglo-Amerikan hukuku arasındaki mevcut ayrılığın, kural olarak, belli (esaslı) noktalarda geçerliliğini korumakta olduğudur. Nitekim, yukarıda da üzerinde durduğumuz gibi, Amerika Birleşik Devletleri hukukunda, mahkeme bilirkişileri, pozitif düzenlemelerde farklı adlar altında kendisine yer bulmakta, buna karşılık taraf bilirkişiliği, bilirkişilik faaliyeti bakımından egemenliğini sürdürmeye devam etmektedir. Yine, Amerikan hukuk sistemindeki asli tartışmanın, bilirkişi görüşünün (bir diğer söyleyişle, teknik ve bilimsel bilginin) mahkemece ne şekilde değerlendirileceği noktasında olduğunu görüyoruz⁸⁴. Bununla birlikte, söz konusu durum, Amerikan hukukunda taraf bilirkişiliğine dair herhangi bir problem bulunmadığı anlamına da gelmemektedir. Taraf bilirkişilerinin objektif şekilde davran(a)maları ve yanlı raporlar hazırlamaları, bu konuda ciddi bir takım eleştirilerin konusunu oluşturabilmektedir⁸⁵.

Öte yandan, İngiliz hukukundaki eğilimlerin bir nebze daha ilgi çekici olduğunu görme şansına sahip olduk. Bunda, söz konusu hukuk düzeninin, Kıta Avrupası hukuku ile daha fazla iletişim içerisinde olmasının etkisi büyüktür. Nitekim, özellikle, taraf bilirkişilerinden kaynaklanan sorunlar bağlamında, taraf bilirkişiliğinden mahkeme bilirkişiliğine geçişin önemi bakımından dile getirilen pek çok husus, kanımızca Türk hukuku bakımından da anlamlıdır. *Lord*

84 Bu sistemdeki tartışmalarda iki mahkeme kararı, merkezi bir rol oynamaktadır. Bunlardan ilki, *Frye*, ikincisi ise, *Daubert* kararıdır. Bilirkişi görüşünün hangi ölçütler çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiğine işaret eden bu kararlara, konumuzla doğrudan bir ilgisinin bulunmaması nedeniyle burada değinmemekteyiz. Bu kararlar hakkında Türk öğretisinde yapılan açıklamalar için bkz. Göksu (2001), 87 vd.; s. Demirkapı (2003), s. 66 vd.; Ç. Yazıcı-Tıktık (2011). HMK m. 293'teki uzman görüşü kurumu ile anglo-sakson hukuk sistemindeki uzman tanık kurumunun karşılaştırılması. *MİHDER*, C. 7, S. 20/3, ss. 79 – 99, s. 94.

85 Özellikle bkz. Lengbein (1985), s. 835 vd. Öyle ki, atf verdığımız bu yazar, Alman ve Amerikan medenî usûl hukuku sistemlerini karşılaştırdığı bu çalışmada, Amerikan hukuku bakımından söz konusu olan taraf bilirkişilerini, notalarını taraf vekilinin çaldığı bir “saksofon” şeklinde nitelendirmektedir (bkz. s. 835). Ayrıca bkz. Taylor (1996), s. 210, 211 vd.

Woof tarafından kaleme alınan *nihai raporda* da dile getirildiği gibi, tek ve müşterek bilirkişi, bir taraf bilirkişisinden daha objektif olacaktır. Aynı şekilde tek ve müşterek bilirkişilik, taraf bilirkişiliğine göre çok daha az masraflı olduğu gibi, yargılamanın daha kısa sürede sonuçlanmasına da katkıda bulunmaktadır. Son bir husus olarak, bu yöntem, ekonomik bakımdan aynı kaynaklara sahip bulunmayan taraflar arasındaki eşitsizliğin giderilmesine, bir diğer söyleyişle silahların eşitliği ilkesine de hizmet etmektedir⁸⁶.

Bilirkişinin mahkeme tarafından tayin edilmesine duyulan ihtiyaç bağlamında dile getirilen bu hususlar, kanımızca, uzman görüşünün HMK m. 293 vesilesiyle Türk hukukunda da düzenlenmiş olmasının ertesinde ortaya çıkabilecek çeşitli eğilimlerin muhtemel sonuçlarını görmek ve buna ilişkin geliştirilebilecek yaklaşımlar bakımından da ilgi çekicidir.

Bu noktada ifade etmek isteriz ki, bilirkişi incelemesi altında, sadece mahkeme bilirkişisi tarafından yerine getirilecek inceleme ve işlemlere yer verilmesi, buna karşılık, uzman görüşü altında, özel bilirkişiliğin, hem farklı bir terim altında hem bilirkişiliğin bir diğer görünüm biçimi *olmadığını* vurgularcasına, keşif icrasına ilişkin hükümlerden sonra düzenlenmesi önemli bir husustur. Bir başka söyleyişle, bugün de Türk hukuku bakımından esas olan bilirkişiliğin, “mahkeme bilirkişiliği”, esas olan bilirkişinin de, “mahkeme bilirkişisi” olduğu noktasında herhangi bir tereddütümüz yoktur. Türk kanun koyucusu, özel bilirkişiliğe Hukuk Muhakemeleri Kanununun ispat ve delillere ilişkin hükümleri arasında yer vermiştir. Fakat, aynı zamanda, kanımızca son derece de isabetli bir tercihte bulunarak, asıl yapılması gerekenin mahkeme bilirkişiliğini iyileştirmek olmasından hareketle, özellikle bilirkişi incelemesi sürecine ve bilirkişinin sorumluluğu hususlarına odaklanmıştır. Yani kanun koyucu, bilirkişiliğe ilişkin sorunlardan çıkışı, bir Anglo-Amerikan müessesini ithal etmekte aramamış; ancak uygulamada bilinen ve belli bir uygulaması bulunan “uzman mütalaası” kurumuna pozitif bir nitelik tanımıştır.

Bu yaklaşım, bu konuda taraf bilirkişiliği lehine oluşabilecek eğilimlerin, bu bilirkişilik faaliyetinin sınıklarını nedeniyle, önlenebilmesi bakımından da anlam ifade etmektedir.

86 Bkz. ve karşı. Lord Woolf (1996), ch. 13, para. 17, 18. Açıklamalar için ayrıca bkz. yuk. 2.2.

Öncelikle, özellikle İngiliz hukukundaki değişikliklerden sonra, tek ve müşterek bilirkişinin görevlendirildiği hâllerin önemli bir kısmında, taraf bilirkişilerinin işlevlerinin, giderek talî bir nitelik kazandığını görüyoruz⁸⁷. Bu durum, Türk ve Kıta Avrupasına dâhil diğer bazı ülke hukuklarında, özel bilirkişi görüşünün değerlendirilmesine ilişkin yaklaşımla beraber düşünüldüğü vakit ayrıca önem taşımaktadır. Zira gerçekten de, sistem bakımından hangi bakış açısı söz konusu olursa olsun, bir mahkeme bilirkişisi ve taraf bilirkişisinin bir arada yer aldığı, kural olarak, hemen her meselede, asıl değer atfedilenin mahkeme tarafından tayin edilen bilirkişi olacağını ifade etmek, yanlış olmayacaktır⁸⁸.

Bu durumu, söz konusu bilirkişiler arasındaki niteliksel farklılığın doğal bir sonucu olarak değerlendirmek mümkündür. Buradaki meseleyi, mahkeme bilirkişilerinden yararlanmak veya yararlanmamak konusundaki eğilimlerden ayrı görmek gerekmektedir. Mahkeme bilirkişisi, seçimine, tayin biçimine ve nihayet uzmanlığına dair bir tereddüt bulunmadığı, bunun yanı sıra bağımsızlığı, tarafsızlığı ve yargısal temel haklara riyeti konusunda bir şüphe uyandırmadığı sürece, sunduğu görüşün, taraf bilirkişisinin sunduğu görüşe üstün tutulması şartıdır.

Nihayet tüm bu hususlar bakımından dikkat edilmesi gereken iki temel nokta daha bulunduğu düşüncesindeyiz. Bunlardan ilki, yargısal temel hakların, bu anlamda özellikle hukukî dinlenilme hakkının, ikincisi

ise, silahların eşitliği ilkesinin gözetilmesi gereğidir. Mahkeme bilirkişisi – taraf bilirkişisi konusundaki tartışmaların tartışılmasında, bu iki ilke de, her iki bilirkişi bakımından da, kanımızca birlikte düşünülmelidir.

İlki bakımından, mesele, incelediğimiz başlıklardan birini meydana getiren, İngiliz hukukundaki *assessor*, yani mahkeme müşavirleri bağlamında bize dikkat çekici bir örnek sunmaktadır. Yukarıda da aktarmaya çalıştığımız gibi, müşavirlik uygulaması çerçevesinde soru işareti yaratan husus, bunların karşı soru sorma usûlüne tâbi olmaması, fakat sunulan görüşün taraflarca tartışılmasının, adil yargılanma hakkının gereğinin sağlanması bağlamında yeterli olup olmayacağıdır⁸⁹. Türk hukukuna baktığımızda, Hukuk Muhakemeleri Kanununun tarafların soru yöneltmesinin usûlünü düzenleyen 152. maddesinin etkin şekilde kullanılması imkânının tanınması, tarafların bilirkişi görüşünü tartışabilmesi bakımından son derece önemlidir. Bilirkişi görüşü, zaten taraflarca karşılıklı olarak tartışılabilirdiği, diğer yandan bu görüşe karşı ileri sürülen itirazların da dikkate alındığı ölçüde bir meşruiyet kazanabilecektir.

İşte Türk hukuku bakımından uzman görüşü, yani genel anlamıyla özel bilirkişilik de, bu görüşün tartışılmasında, mahkeme bilirkişisinin sunduğu görüşte yer alan bazı maddî hataların ortaya konulmasında bir işleve sahip olacaktır. Nitekim, uzman görüşlerinin dikkate alınması, aslında bunların, Türk hukuku bakımından birer delil addedilmesinden değil, hukukî dinlenilme hakkından kaynaklanan bir durumdu⁹⁰.

Buna karşılık, bilirkişilik bakımından kabul edilen sistem, Kanunda son derece açıktır. Bu böyleyken, uzman görüşüne varolan nitelikten daha fazlasının atfedilmesi, onun bir alternatif bilirkişilik usûlü biçiminde uygulanması yönünde bir eğilimin oluşması, yukarıda İngiliz hukuku bakımından dile getirdiğimiz sakıncaların, özellikle maddî durumu uygun olmayan bir taraf karşısında, güçlü olan tarafın bir veya birden fazla uzman tayin edebilmesi neticesinde silahların eşitliği ilkesinin zarar görmesine yol açabilecektir. İngiliz hukukunda bilirkişiliğe bakışın ve reform çabalarının, bu yönüyle de değerlendirilmesi gerektiği düşüncesindeyiz.

87 Nitekim bkz. yuk. 2.2.

88 Nitekim, Taraf bilirkişisi (uzman) tarafından sağlanan görüşün hukukî niteliği ve ispat değeri konusunda Türk ve İsviçre hukuklarındaki geleneksel görüş, bunun bir delil veya geniş anlamda bir ispat aracı olmadığı, fakat bir tarafça ileri sürülen bir vakia iddiası, bu vakia iddiasını kuvvetlendirmek için bir gerekçe veya argüman olduğu yönündedir (bu konuda genel olarak bkz. Pekcanitez (2009), s. 398 vd.; Yazıcı-Tıktık (2011), s. 92, 93 vd. Ayrıca bkz. ve karşı. H. Pekcanitez, O. Atalay ve M. Özkes (2011). *Medenî Usûl Hukuku (10. Bası)*. Ankara: Yetkin, s. 527, 528; T. Ö. Kiraz (2012). *Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Getirilen Yenilikler*. Ankara: Adalet, s. 54. Karş. Y. Alangoğlu, K. Yıldırım ve N. D. Deren-Yıldırım (2011). *Medenî Usul Hukuku Esasları (8. Bası)*. İstanbul: Beta, s. 369, 370. İsviçre hukuku için aynı şekilde bkz. Bettex (2006), s. 212 vd.; F. Vouilloz (2009), *La preuve dans le code de procédure civile suisse* (art. 150 à 193 CPC). *AJP/PJA* 7, ss. 830 – 848, s. 845; J. Castella (1992). *Le juge et l'expert, Modalités de leur collaboration. Mélanges en l'honneur de Louis Lombard*. Genève: Société de contrôle fiduciaire, ss. 9 – 20, s. 13; J.-M. Reymond (2008). *Les conditions de recevabilité, la litispendance et les preuves. Le projet de Code de procédure civile fédérale (Ed.: S. Lukic)*. Lausanne: CEDIDAC, ss. 27 – 71, s. 68).

89 Örneğin bkz. Blom-Cooper (2006), s. 116. Ayrıca bkz. yuk. 2.3.

90 Bu konuda ayrıca bkz. Pekcanitez (2009), s. 416; Pekcanitez, Atalay ve Özkes (2011), s. 528, 529.

Kaynakça

- Alangoya, Y., K. Yıldırım ve N. D. Deren-Yıldırım (2011). *Medenî Usul Hukuku Esasları (8. Bastı)*. İstanbul: Beta.
- Andrews, N. (2012). *The three paths of justice. Court proceedings, arbitration, and mediation in England*. Londra: Springer.
- Aşçıoğlu, Ç. (2001). Bilirkişilik kavramı ve görev sınırları. *Bilirkişilik sempozyumu, 9 – 10 Kasım 2001, Samsun*. Ankara: Türkiye Barolar Birliği, ss. 25 – 207.
- Baker, W. R., (1999). L'expertise comparée. Les Etats Unis et la France. *Revue Experts*, 43, s. 13.
- Bettex, B. (2006). *L'expertise judiciaire. Etude de droit fédérale et de procédure civile vaudois*. Berne: Staempfli.
- Blom-Cooper, L. (2006). Assessors. *Experts in the civil courts*. (Ed.: L. Blom-Cooper). New York: Oxford University Press, ss. 113 – 117.
- Blumrosen, A., (2007). L'expertise judiciaire civile en droit américain. *Conférence de consensus sur l'expertise judiciaire civile. Groupe d'analyse des textes*. http://www.courdecassation.fr/IMG/File/pdf_2007/conf_de_consensus/ bibliog raphie/consensus_blumrosen_expertise_dt_americaain.pdf (Erişim tarihi: 20.7.2013).
- Bovey, G. (2011). Le juge face à l'expert. *La preuve en droit de la responsabilité civile (Ed.: C. Chappuis ve B. Winiger)*. Zurich: Schulthess, ss. 95 – 116.
- Bronstein, D. A. (2007). *Law for the expert witness*. 3rd ed., Boca Raton, FL: CRC Press.
- Budak, A. C. (1991). Anglo-Amerikan hukukunda bilirkişilik. *İBD*, S. 10-12, ss. 827 – 833.
- Burn, S. ve Thompson, B. (2006). Single joint expert. *Experts in the civil courts* (Ed.: Sir L. Blom-Cooper). London: Oxford University Press, ss. 57 – 75.
- Caratini, M. (1984). De quelques propositions tendant à l'améliorer l'expertise judiciaire. *Gaz. Pal.*, doct., s. 219.
- Carbonnier, J. (1962). *Droit civil. T. I. Introduction à l'étude du droit et droit des personnes*. Paris: PUF.
- Castella, J. (1992). Le juge et l'expert, Modalités de leur collaboration. *Mélanges en l'honneur de Louis Lombard*. Genève: Société de contrôle fiduciaire, ss. 9 – 20
- Cecil, J. S. ve Willging, T. E. (1993). *Court appointed experts: Defining the role of experts appointed under federal rule of evidence 706*. Federal Judicial Center, [http://earth.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/experts.pdf/\\$file/experts.pdf](http://earth.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/experts.pdf/$file/experts.pdf) (Erişim tarihi: 20.7.2013).
- Cohen, M. (2008). *Role of expert and guidance in civil cases in the United Kingdom*. http://www.experts-institute.eu/upload/uploads/File/PDF/IE-avril08-colloqueParis-vers/2008_06_13_06_44_32_V4_Cohen.pdf (Erişim tarihi: 20.7.2013).
- Demirkapı, E. (2003). Anglo-Amerikan hukukunda bilirkişilik kurumunda yeni eğilimler. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. C. 5, S. 2, ss. 39 – 75.
- Dwyer, D. (2008). *The judicial assessment of expert evidence*. New York: Cambridge University Press.
- Encinas de Munagorri, R. (1999). La recevabilité d'une expertise scientifique aux Etats-Unis. *RIDC*, Vol. 51, N. 3, ss. 621 – 632.
- Gaitskell, R. ve R. O'Hagen (2007). L'expert et le tribunal en Angleterre: Les réformes post-Woolf. *Conférences de consensus 2007 sur l'expertise judiciaire. Cour de cassation*. www.courdecassation.fr (Son erişim tarihi: 20.7.2013).
- Göksu, M. (2001). *Amerikan yargılama hukukunda tanık*. Ankara: Yüksek Lisans Tezi, AÜSBE.
- Göksu, M. (2011). *Hukuk yargılamasında elektronik delil*. Ankara: Adalet
- Gündüz, O. (2009). *Anglo-Amerikan hukuku ışığında medeni yargılama hukukunda dava yönetimi*. Ankara: Yetkin.
- Güralp, A. G. (2011). *Anglo-Amerikan ve Kıta Avrupası medeni yargılama hukuku sistemleri'ndeki reform çalışmaları, yeni gelişmeler ve Türk hukuku bakımından değerlendirilmesi*. İstanbul: XII Levha.
- Jolowicz, J. A. (2003). Adversarial and inquisitorial models of civil procedure. *ICQL*, Vol. 52, ss. 281 – 295

- Jolowicz, J. A. (2000). *On civil procedure*. New York: Cambridge University Press.
- Kiraz, T. Ö. (2012). *Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Getirilen Yenilikler*. Ankara: Adalet
- Langbein, J. H. (1985). The German advantage in the civil procedure. *51 U. Chi. L. Rev.*, ss. 823 – 866.
- Leclerc, O. (2007). Scientific expertise and judicial decision-making: comparative insights. *Law, politics, and morality: European perspectives III. Ethics and social justice* (Ed.: J. Ferrar Beltran ve S. Pozzolo). Berlin: Duncker & Humblot, ss. 15 – 26.
- Loughlin, P. ve Gerlis, S. (2004). *Civil Procedure*. London: Cavendish.
- Mestre, P. (1937). *Les experts. Auxiliaires de la justice civile*. Paris: Sirey.
- Motulsky, H. (1969). Notions générales. *L'expertise dans les principaux systèmes juridiques d'Europe*. Paris: Editions de l'Épargne, ss. 13 – 33.
- Olivier, M. (1993). L'expertise dans l'Europe Communautaire. *Revue Experts*, 18, s. 12.
- Özsunay, E. (1989). Amerikan hukukunda “bilirkişi tanık” (expert witness). *Mukayeseli hukukta bilirkişilik ve sorunları. Yargıtay'ın kuruluşunun 125. Yılı*. Ankara: Yargıtay, ss. 97 – 104, s. 97 vd.
- Pekcanitez, H. (2009). Özel uzman (bilirkişi) görüşü ve değerlendirilmesi. *Prof. Dr. Saim Üstündağ'a armağan*. Ankara: Adalet, ss. 397 – 418.
- Pekcanitez, H., O. Atalay ve M. Özeker (2011). *Medenî Usûl Hukuku (10. Bası)*. Ankara: Yetkin.
- Piguet, J. O. (2011). Le choix de l'expert et sa récusation: le cas particulier des assurances sociales. *REAS*, ss. 127 – 138.
- Pinchon, F. (2002). *L'expertise judiciaire en Europe*. Paris: Éditions d'Organisation.
- Reymond, J.-M. (2008). Les conditions de recevabilité, la litispendance et les preuves. *Le projet de Code de procédure civile fédérale* (Ed.: S. Lukic). Lausanne: CEDIDAC, ss. 27 – 71.
- Tanrıver, S. (2002). *Bilirkişinin hukuki statüsü, yükümlülükleri, yetkileri ve sorumluluğu*. Ankara: Yetkin.
- Taylor, R. H. (1996). A comparative study of expert testimony in France and the United States: Philosophical underpinnings, history, practice and procedure. *31 Tex Int'l L. J.*, ss. 182 – 213.
- Terré, F. (1969). Les experts. *L'expertise dans les principaux systèmes juridiques d'Europe*. Paris: Editions de l'Épargne, ss. 35 – 48.
- Timmerbeil, S. (2003). The role of expert witness in German and U.S. civil litigation. *Ann. Surv. Int'l & Comp. L.* 163, 9, ss. 163 – 187.
- Vouilloz, F. (2009). La preuve dans le code de procédure civile suisse (art. 150 à 193 CPC). *AJP/PJA* 7, ss. 830 – 848.
- Lord Woolf (Çev.: M. Özbek) (2006). Adalet erişim. Nihai rapor. *MİHDER*, 2, ss. 989 – 1002.
- Lord Woolf (1996). *Access to Justice, Final Report*. (<http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/> / <http://www.dca.gov.uk/civil/final/contents.htm>, son erişim: 20.7.2013).
- Yazıcı-Tıktık, Ç. (2011). HMK m. 293'teki uzman görüşü kurumu ile anglo-sakson hukuk sistemindeki uzman tanık kurumunun karşılaştırılması. *MİHDER*, C. 7, S. 20/3, ss. 79 – 99.
- Yıldırım, K. (2004). Bilirkişi delilin mukayeseli hukuk ve Türk hukukundaki durumu. *Prof. Dr. Bâki Kuru Armağanı*. Ankara: Türkiye Barolar Birliği, ss. 833 – 841.
- Zuckerman, A. A. S. ve Cranson, R. (1995). *Reform of civil procedure. Essays on 'access to justice'*. Oxford: Oxford University Press.