



AKDENİZ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ



Fatih ZORA

ANGLO AMERİKAN HUKUKU İLE KARŞILAŞTIRMALI OLARAK
MEDENİ USUL HUKUKUNDA BİLİRKİŞİLİK

Özel Hukuk Ana Bilim Dalı
Doktora Tezi

Antalya, 2021



AKDENİZ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ



Fatih ZORA

ANGLO AMERİKAN HUKUKU İLE KARŞILAŞTIRMALI OLARAK
MEDENİ USUL HUKUKUNDA BİLİRKİŞİLİK

Danışman

Doç. Dr. Nedim MERİÇ

Özel Hukuk Ana Bilim Dalı

Doktora Tezi

Antalya, 2021

Akdeniz Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğüne,

Fatih ZORA'nın bu çalışması jürimiz tarafından Özel Hukuk Ana Bilim Dalı Doktora Programı tezi olarak kabul edilmiştir.

Başkan : Prof. Dr. Hamide ÖZDEN ÖZKAYA FERENDECİ (İmza)

Üye (Danışmanı) : Doç. Dr. Nedim MERİÇ (İmza)

Üye : Prof. Dr. İbrahim AŞIK (İmza)

Üye : Prof. Dr. Mehmet Hanifi BAYRAM (İmza)

Üye : Doç. Dr. Necla ÖZTÜRK (İmza)

Tez Başlığı: Anglo Amerikan Hukuku İle Karşılaştırmalı Olarak Medeni Usul Hukukunda Bilirkişilik

Onay : Yukarıdaki imzaların, adı geçen öğretim üyelerine ait olduğunu onaylarım.

Tez Savunma Tarihi : 06/012021

Mezuniyet Tarihi : 04/02/2021

(İmza)
Prof. Dr. Suat KOLUKIRIK
Müdür

AKADEMİK BEYAN

Doktora Tezi olarak sunduğum “Anglo Amerikan Hukuku İle Karşılaştırmalı Olarak Medeni Usul Hukukunda Bilirkişilik” adlı bu çalışmanın, akademik kural ve etik değerlere uygun bir biçimde tarafımdan yazıldığını, yararlandığım bütün eserlerin kaynakçada gösterildiğini ve çalışma içerisinde bu eserlere atıf yapıldığını belirtir; bunu şerefimle doğrularım.

Fatih ZORA





T.C.
AKDENİZ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
TEZ ÇALIŞMASI ORJİNALLİK RAPORU
BEYAN BELGESİ



SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜ'NE

ÖĞRENCİ BİLGİLERİ	
Adı-Soyadı	Fatih ZORA
Öğrenci Numarası	20185226008
Enstitü Ana Bilim Dalı	Özel Hukuk
Programı	Doktora
Programın Türü	() Tezli Yüksek Lisans (X) Doktora () Tezsiz Yüksek Lisans
Danışmanın Unvanı, Adı-Soyadı	Doç. Dr. Nedim MERİÇ
Tez Başlığı	Anglo Amerikan Hukuku İle Karşılaştırmalı Olarak Medeni Usul Hukukunda Bilirkişilik
Turnitin Ödev Numarası	1494167724

Yukarıda başlığı belirtilen tez çalışmasının a) Kapak sayfası, b) Giriş, c) Ana Bölümler ve d) Sonuç kısımlarından oluşan toplam 489 sayfalık kısmına ilişkin olarak, 25/01/2021 tarihinde tarafımdan Turnitin adlı intihal tespit programından Sosyal Bilimler Enstitüsü Tez Çalışması Orijinallik Raporu Alınması ve Kullanılması Uygulama Esasları'nda belirlenen filtrelemeler uygulanarak alınmış olan ve ekte sunulan rapora göre, tezin/dönem projesinin benzerlik oranı;

alıntılar hariç % 5

alıntılar dahil % 9 'tür.

Danışman tarafından uygun olan seçenek işaretlenmelidir:

(X) Benzerlik oranları belirlenen limitleri aşmıyor ise;

Yukarıda yer alan beyanın ve ekte sunulan Tez Çalışması Orijinallik Raporu'nun doğruluğunu onaylarım.

() Benzerlik oranları belirlenen limitleri aşıyor, ancak tez/dönem projesi danışmanı intihal yapılmadığı kanısında ise;

Yukarıda yer alan beyanın ve ekte sunulan Tez Çalışması Orijinallik Raporu'nun doğruluğunu onaylar ve Uygulama Esasları'nda öngörülen yüzdelik sınırlarının aşılmasına karşın, aşağıda belirtilen gerekçe ile intihal yapılmadığı kanısında olduğumu beyan ederim.

Gerekçe:

Benzerlik taraması yukarıda verilen ölçütlerin ışığı altında tarafımda yapılmıştır. İlgili tezin orijinallik raporunun uygun olduğunu beyan ederim.

25/01/2021

(imzası)
Danışmanın Unvanı-Adı-Soyadı
Doç. Dr. Nedim MERİÇ

İÇİNDEKİLER

KISALTMALAR LİSTESİ	vii
ÖZET	ix
SUMMARY	x
TEŞEKKÜR.....	xi
ÖNSÖZ	xii

BİRİNCİ BÖLÜM

TÜRK HUKUKUNDA BİLİRKİŞİLİK

1.1. Bilirkişi Kavramı ve Benzer Kavramlardan Farkı	1
1.1.1. Bilirkişi Kavramı ve Tanımı	1
1.1.2. Bilirkişi ve Bilirkişi Görüşünün Hukuki Niteliği	9
1.1.3. Benzer Kavramlarla Karşılaştırılması	13
1.1.3.1. Tanık ve Bilirkişi.....	13
1.1.3.2. Hakem Bilirkişi ve Bilirkişi	15
1.1.3.3. Uzman Görüşü ve Bilirkişi.....	18
1.2. Bilirkişiye Başvurulabilecek Haller	28
1.2.1. Genel Olarak	28
1.2.2. Bilirkişiye Başvurmanın Zorunlu Olduğu Haller	31
1.2.3. Bilirkişiye Başvurulamayacak Haller.....	34
1.2.3.1. Genel Bilgi ile Çözülebilecek Konular	34
1.2.3.2. Hukuki Bilgi ile Çözülebilecek Konular	35
1.2.3.3. UYAP Vasıtasıyla Elde Edilebilecek Bilgiler.....	43
1.3. Bilirkişinin Atanması	44
1.3.1. Bilirkişinin Atanma Kararı.....	44
1.3.2. Bilirkişinin Seçimi.....	50
1.3.2.1. Resmi Bilirkişiler	51
1.3.2.2. Bilirkişi Listeleri	53
1.3.2.3. Bilirkişilerde Bulunması Gereken Nitelikler	55
1.3.2.3.1. Uzmanlık.....	55
1.3.2.3.2. Bağımsızlık	59
1.3.2.3.3. Tarafsızlık ve Objektiflik.....	61
1.3.2.3.3.1. Bilirkişinin Yemin Etmesi	64
1.3.2.3.3.2. Bilirkişinin Yasaklılığı Ve Reddi	65

1.3.2.4. Bilirkişi Sayısı	67
1.3.3. Bilirkişiliği Kabul Yüklümlülüğü	69
1.4. Bilirkişi Görüşü	72
1.4.1. Bilirkişi Görüşünün Hazırlanması.....	72
1.4.1.1. Bilirkişi Görüşünün Kapsamı.....	72
1.4.1.2. Bilirkişi Görüşünün Hazırlanması Kapsamında Bilirkişinin Yetkileri ve Yüklümlülükleri	75
1.4.1.2.1. Bilirkişi Görüşünün Hazırlanması Kapsamında Bilirkişinin Yetkileri... ..	75
1.4.1.2.2. Bilirkişi Görüşünün Hazırlanması Kapsamında Bilirkişinin Yüklümlülükleri.....	81
1.4.2. Bilirkişi Görüşünün Şekli.....	83
1.4.3. Bilirkişi Görüşünün Teslim Süresi	87
1.4.4. Bilirkişi Görüşünün Mahkemeye Sunulması	90
1.5. Bilirkişi Görüşünün Değerlendirilmesi	92
1.5.1. Hâkimin Bilirkişi Görüşünü Değerlendirmesi	92
1.5.2. Tarafların Bilirkişi Görüşünü Değerlendirmesi ve İtiraz	97
1.5.3. Re'sen veya İtiraz Üzerine Yapılacak Değerlendirme Sonucunda Mahkemenin Verebileceği Kararlar	101
1.6. Bilirkişi Ücreti.....	111
1.6.1. Bilirkişi Ücretinin Tespiti.....	111
1.6.2. Bilirkişi Ücretinin Ödenmesi ve Yargılama Gideri Olarak Kaybeden Tarafa Yüklendiilmesi	115
1.7. Bilirkişinin Hukuki Sorumluluğu.....	122
1.7.1. Genel Olarak	122
1.7.2. Bilirkişinin Mahkemeye Sunduğu Görüşten Doğan Sorumluluk	122
1.7.3. Bilirkişinin Görüş Sunma Dışında Kalan Eylemlerinden Doğan Sorumluluk..	129

İKİNCİ BÖLÜM

AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİ HUKUKUNDA BİLİRKİŞİLİK

2.1. Amerikan Medeni Yargılama Sistemi	132
2.1.1. Genel Olarak	132
2.1.2. Mahkeme Sistemi	134
2.1.3. Yargılama Safhaları.....	138

2.1.3.1. Dilekçeler Teatısı (Pleadings)	138
2.1.3.2. Discovery	143
2.1.3.3. Duruşma (Trial).....	154
2.1.3.4. Hüküm.....	159
2.2. Amerikan Hukukunda Tanık ve Bilirkişi Kavramı	162
2.2.1. Amerikan Hukukunda Tanık Kavramı	162
2.2.2. Amerikan Hukukunda Bilirkişi Kavramı	169
2.3. Bilirkişi Delilinin Kabul Edilebilirliği	172
2.3.1. Genel Olarak	172
2.3.2. Kabul Edilebilirlik İncelemesinde Değerlendirilecek Hususlar	173
2.3.2.1. Genel Olarak	173
2.3.2.2. Yardımcı Olabilme Kriteri (Helpfulness-Relavancy- Rule 402, 702).	176
2.3.2.3. Bilirkişiye Başvurulacak Konunun Bilimsel, Teknik veya Diğer Bir Özel Bilgiye İlişkin Olması	183
2.3.2.3.1. Bilirkişiye Başvurulacak Konunun Ortalama Bir Jüri Üyesinin Anlama ve Karar Verme Kapasitesini Aşması	183
2.3.2.3.2. Hukuki Konularda Bilirkişi Görüşü.....	186
2.3.2.4. Bilirkişinin Gerekli Niteliklere Sahip Olması (Uzmanlığı)	192
2.3.2.5. Güvenilirlik (Reliability).....	194
2.3.2.5.1. Genel Olarak	194
2.3.2.5.2. “Frye v. United States” Davası	196
2.3.2.5.3. “Daubert v. Merrel Dow Pharmaceutical Inc.” Davası	199
2.3.2.5.4. “General Electric Co. v. Joiner” Davası	204
2.3.2.5.5. “Kumho Tire Company v. Carmichael” Davası	206
2.3.2.5.6. Güncel FDK’nun 702. Maddesinin Güvenilirlik İncelemesi Bakımından Değerlendirilmesi	208
2.3.3. Kabul Edilebilirlik İncelemesinin Gerçekleştirilmesi	214
2.4. Bilirkişi Türleri.....	219
2.4.1. Taraflarca Atanan Bilirkişi.....	219
2.4.2. Mahkeme Tarafından Atanan Bilirkişi (Court Appointed Expert Witness)	225
2.4.2.1. Genel Olarak	225
2.4.2.2. Teknik Danışmanlar (Technical Advisors) ve Üstatlar (Masters)	233
2.4.2.2.1. Teknik Danışmanlar (Technical Advisors).....	233
2.4.2.2.2. Üstatlar (Masters-Special Masters).....	234

2.5. Bilirkişinin Yükümlülükleri	241
2.5.1. Genel Olarak	241
2.5.2. Dilekçeler Teatisi Aşamasındaki Yükümlülükler	242
2.5.3. Discovery Aşamasındaki Yükümlülükler	243
2.5.4. Duruşma (Trial) Aşamasındaki Yükümlülükler.....	247
2.6. Bilirkişinin Görüşünü Oluşturması	249
2.6.1. Genel Olarak	249
2.6.2. Kabul Edilemez Delil ve Bilgilerin, Bilirkişi Görüşünde Kullanılması (FDK'nun 703)	259
2.7. Bilirkişi Görüşünün Delilsel Ağırlığının Değerlendirilmesi	264
2.8. Bilirkişi Ücreti.....	268
2.8.1. Bilirkişi Ücretinin Belirlenmesi ve Ödenmesi	268
2.8.2. Bilirkişi Ücretinin Karşı Taraftan Tahsil Edilmesi	269
2.9. Bilirkişinin Hukuki Sorumluluğu.....	273

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

İNGİLİZ HUKUKUNDA BİLİRKİŞİLİK

3.1. İngiliz Yargılama Sistemi.....	281
3.1.1. Genel Olarak	281
3.1.2. Mahkeme Sistemi.....	285
3.1.3. Yargılama Safhaları.....	291
3.1.3.1. Genel Olarak	291
3.1.3.2. Dava Öncesi Dönem	292
3.1.3.3. Davanın Açılması ve Dava Aşamaları	294
3.1.3.3.1. Dilekçeler Teatisi.....	294
3.1.3.3.2. Yargılama Usulleri.....	299
3.1.3.3.2.1. Genel Olarak.....	299
3.1.3.3.2.2. Küçük İddialar Yargılama Usulü (Small Claim Tracks)	301
3.1.3.3.2.3. Hızlı Yargılama Usulü (Fast Track)	303
3.1.3.3.2.4. Çoklu Yargılama Usulü (Multi Track)	307
3.2. Bilirkişilik Tarihi, Tanımı ve Kabul Edilebilirliği	308
3.2.1. Tarihi	308
3.2.2. Tanımı ve Benzerlerinden Farkları	313
3.2.3. Bilirkişi Delilinin Kabul Edilebilirliği	319

3.2.3.1. Genel Olarak	319
3.2.3.2. Bilirkişiyeye Başvurulacak Konunun Özel ve Teknik Bilgiye İlişkin Olması	320
3.2.3.3. Bilirkişinin Uzmanlığı (Yeterli Bilgi ve Tecrübeye Sahip Olması).....	327
3.2.3.4. Bilirkişi Delilinin Güvenilirliği (Reliability)	328
3.3. Bilirkişi Türleri.....	332
3.3.1. Genel Olarak	332
3.3.2. Taraflarca Atanan Bilirkişi.....	333
3.3.2.1. Genel Olarak	333
3.3.2.2. Mahkemenin Kontrol Mekanizması.....	335
3.3.2.3. Taraf Bilirkişisine Yöneltilen Eleştiriler	338
3.3.3. Müşterek Bilirkişi (Single Joint Expert)	340
3.3.3.1. Genel Olarak	340
3.3.3.2. Müşterek Bilirkişinin Atanması	341
3.3.3.3. Müşterek Bilirkişinin Düzenleme Sebepleri, Tercih Edildiği Dava Türleri ve Aleyhine Yöneltilen Eleştiriler.....	344
3.3.3.4. Taraflar ile Müşterek Bilirkişi Arasındaki İlişki	351
3.3.4. Hâkim Yardımcısı (Danışmanı - Assessor).....	352
3.3.5. Avustralya Queensland Kuralları	359
3.4. Bilirkişinin Yükümlülükleri	365
3.4.1. Genel Olarak	365
3.4.2. Tarafsız Olma Yükümlülüğü.....	366
3.4.3. Şeffaflık Yükümlülüğü.....	373
3.4.4. Rapor Düzenleme Yükümlülüğü.....	374
3.4.5. Duruşmaya Katılma Yükümlülüğü	379
3.5. Bilirkişi Görüşünün Oluşturulması	380
3.6. Bilirkişi Görüşünün Paylaşılması ve Değerlendirilmesi	383
3.6.1. Duruşma Öncesi Dönem	383
3.6.1.1. Bilirkişi Raporunun Karşılıklı Değişimi	384
3.6.1.2. Bilirkişiyeye Yazılı Soru Sorulması	385
3.6.1.3. Bilirkişi Müzakereleri	387
3.6.2. Duruşma	391
3.6.2.1. Bilirkişinin Taraflarca Sorgulanması	391
3.6.2.2. Bilirkişilerin Birlikte Sorgulanması	394

3.6.2.3. Hâkimin Bilirkişi Görüşünü Değerlendirmesi	398
3.7. Bilirkişi Ücreti	400
3.8. Bilirkişinin Hukuki Sorumluluğu	406

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

YARGILAMA SÜRECİNİN VE BİLİRKİŞİ SİSTEMLERİNİN

KARŞILAŞTIRILMASI

4.1. Yargılama Sürecinin Karşılaştırılması	413
4.2. Bilirkişilik Sistemlerinin Karşılaştırılması	417
4.2.1. Bilirkişilik Sisteminin Genel Karşılaştırılması	417
4.2.2. Yargılamanın Temel Amaçları Bakımından Bilirkişilik Sisteminin Karşılaştırılması	425
4.2.2.1. Genel Olarak	425
4.2.2.2. Hakikatın Bulunması (Truth Finding)	426
4.2.2.3. Tarafsızlık ve Bağımsızlık	435
4.2.2.4. Masraf ve Yargılama Süresi	438
4.2.2.5. Yargılamaya ve Verilen Karara Güven	441
SONUÇ	444
KAYNAKÇA	453
ÖZGEÇMİŞ	470

KISALTMALAR LİSTESİ

AAAS	: American Association for The Advancement of Science
ABA	: American Bar Association
ABD	: Ankara Barosu Dergisi
AD	: Adalet Dergisi
Age	: Adı geçen eser
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
BAM	: Bölge Adliye Mahkemesi
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
C.C.L.T.	: Canadian Cases on on the Law of Torts
CPD	: Criminal Practice Directions
CPR	: Civil Procedure Rules
CMK	: Ceza Muhakemesi Kanunu
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
dpn.	: dipnot
E.	: Esas
Ed.	: Editör
EGLR	: Estates Gazette Law Reports
ER	: English Reports
EWCA Civ.	: Court of Appeal of England and Wales (Civil Division)
EWHC (Ch)	: High Court of England and Wales (Chancery Division)
EWHC (Comm)	: High Court of England and Wales (Commercial Court)
EWHC (QB)	: High Court of England and Wales (Queen's Bench Division)
EWHC (TCC)	: High Court of England and Wales (Technology and Construction Court)
FDK	: Federal Delil Kanunu
FRCP	: Federal Rules of Civil Procedure
FRE	: Federal Rules of Evidence
FUK	: Federal (Medeni) Usul Kanunu
Guidance	: Guidance for The Instruction of Experts in Civil Claims
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu

HLR	: Housing Law Reports
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HUMK	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	: Karar
LCEW	: The Law Commission of England and Wales
LGR	: Local Government Reports
m.	: Madde
MÖHUK	: Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun
Protocol	: Protocol for The Instruction of Experts to Give Evidence in Civil Claims.
PD	: Practice Direction
RG.	: Resmî Gazete
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
SRA	: Solicitors Regulation Authority
PD	: Practice Direction
T.	: Tarih
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TBBD	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TCK	: Türk Ceza Kanunu
THKD	: Türk Hukuk Kurumu Derneği
TMK	: Türk Medeni Kanunu
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
UCPR	: Uniform Civil Procedure Rules
UKSC	: Supreme Court of the United Kingdom
v	: versus
vd.	: ve devamı
WLR	: Weekly Law Reports
Y.	: Yargıtay
YKD	: Yargıtay Kararları Dergisi

ÖZET

Günümüzde birçok uyuşmazlığın sadece hukuki bilgi ile çözümlenmesi mümkün değildir. Yargılamada karar verici konumunda olan kimselerin somut olayda doğru ve adil bir sonuca ulaşabilmeleri ve tarafların kendi iddia ve savunmalarını sağlıklı bir şekilde sunabilmeleri, çoğu zaman özel ve teknik bilgiyi ve dolayısıyla uzmanların yardımını gerektirmektedir.

Bilimin ve teknolojinin mevcut ilerlemesi dikkate alındığında, bu ihtiyacın artarak devam edeceğinden şüphe etmemek gerekir. Ancak özel ve teknik bilginin, uzmanlar vasıtasıyla hukuk sahasına taşınması, birçok sorunu da beraberinde getirmektedir. Bu sorunların aşılması, özel ve teknik bilginin mümkün olduğunca yargılamada hedeflenen amaçlara uygun olarak aktarılması için ise farklı hukuk sistemleri farklı tercihlerde bulunmuştur. Çalışmamızın amacı da Kıta Avrupası hukuk sisteminin benimsendiği Türk hukukunda ve Anglo Amerikan hukuk sisteminin uygulandığı Amerika Birleşik Devletleri ve İngiltere hukuklarında düzenlenen bilirkişilik sürecini incelemek, Türk hukuku ile karşılaştırma yapmak ve ülkemiz için faydalı olabileceği düşünülen bazı uygulama ve kurumlar hakkında bilgi sahibi olunmasını sağlamaktır.

Anahtar Kelimeler: Bilirkişi, Uzman Görüşü, Anglo Amerikan Hukuku

SUMMARY
EXPERT WITNESS IN CIVIL PROCEDURE LAW IN COMPARISON WITH
ANGLO AMERICAN LAW

Today, it is not possible to resolve many disputes only with legal knowledge. The Expert's technical or specialized knowledge is often needed for the trier of fact to reach correct and fair judgments and for those who are parties to a case to submit their own claims and defenses properly.

Given the current progress of science and technology, there is no doubt that this need will continue to increase. However, the transfer of technical and specialized knowledge to the legal field through experts also raises problems. Different legal systems have made different choices to overcome these problems and to transfer technical and specialized knowledge in accordance with the intended purposes in the proceedings. The aim of this study is to examine expert witnesses regulated in Turkey where the continental legal system is embraced and expert witnesses regulated in the United States of America and England, where the Anglo American Legal System is applied and to compare them to each other and to provide some information about some practices that are considered to be beneficial for our country.

Keywords: Expert Witness, Expert Opinion, Anglo American Law

TEŞEKKÜR

Bu çalışma, Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumu'nun (TÜBİTAK) 2214/A programı kapsamında desteklenmiştir. Bu destek ile çalışmanın daha verimli bir şekilde yürütülmesine imkân sağlayan TÜBİTAK'a teşekkür ederim.

Fatih ZORA
Antalya, 2020



ÖNSÖZ

Bilim ve teknoloji alanında yaşanan gelişmeler, bireyler arasındaki uyumsuzluklara da yansımakta, bu anlamda uyumsuzlukların çözümü, çoğunlukla uzmanlığa bağlı özel ve teknik bilgiyi gerektirmektedir. Bu çerçevede, hâkim, birçok uyumsuzluğu ancak uzmanlarla sonuca ulaştırabilmekte, istisnai bazı uyumsuzluklar dışında uzman bir kişinin görüşünü almadan karar vermesi düşünülememektedir. Dünyamızı yavaş yavaş değiştiren yapay zekâ, insansı robotlar, 3D yazıcılar, değişen para ve ödeme sistemleri, bilgisayar teknolojileri, insansız hava araçları, otonom arabalar ve artırılmış gerçeklik gibi birçok teknolojik ve bilimsel gelişme dikkate alındığında bu sürecin artarak devam edeceği söylenebilir. Bunun yanında uzman görüşlerinin, hâkimin vereceği karar üzerindeki etkisi de artmaktadır. Birçok uyumsuzlukta uzmanların vereceği görüşler, doğrudan kararın esasını etkilemekte, hâkim uzmandan alacağı görüşe bağlı olarak bir taraf lehine veya aleyhine karar verebilmektedir. Bütün bu unsurların sonucu olarak bilirkişinin yargılamadaki rolü günden güne artmakta, buna karşılık hâkimin ve tarafların rolü zayıflamaktadır. Taraflar bakımından da sadece iyi bir avukat ile çalışmak davada başarılı olmak için yeterli olmamaktadır. Bu çerçevede, taraflar açısından sahip oldukları hakların öncelikli olarak tespit edilmesi ve bu hakkın teminine yönelik faaliyet çerçevesinde sübjektif hakkı gerçekten savunmanın yolu ancak bu konuda yetkin olan uzmanlar vasıtasıyla mümkün olabilmektedir.

Çalışmamızın ilham kaynağı da bilirkişiliğin yargılamada artan bu etkisi ve önemidir. Bu bağlamda, benimsediğimiz bilirkişilik anlayışı ile farklı hukuk sistemlerinin benimsediği bilirkişilik anlayışlarını, yaşanan sorunları göz önünde bulundurarak incelemek, yargılamada ve bilirkişilik faaliyeti ile ulaşılmak istenen amaçlar ile mevcut ve gelecek gelişmeler kapsamında bu sistemlerin durumunu karşılaştırmak ve çağın gereklerine uygun olabileceğini düşündüğümüz bilirkişilik sistemi hakkında değerlendirmelerde bulunmak çalışmamızın temel amacıdır. Bu yönlendirme ile çalışmamızda Türk hukukunda ve Anglo Amerikan hukukunda benimsenen bilirkişilik sistemleri hakkında incelemelerde bulunulmuştur. Bu kapsamda, öncelikle Türk bilirkişilik sistemi incelendikten sonra Anglo Amerikan hukukunda öne çıkan Amerika Birleşik Devletleri, İngiltere ve bazı ayrılan yönleri ile Avustralya hukuklarında bilirkişilik sistemleri değerlendirilmiş ve Türk hukuku ile karşılaştırma yapılmaya çalışılmıştır.

İnceleme konularımız olan Türk hukuku ve Anglo Amerikan hukuk sistemi altındaki Amerika Birleşik Devletleri ve İngiltere hukukları birbirinden farklı anlayış ve kuralları kabul eden yapılar üzerine kurulmuştur. Bu anlayış farkları, konunun bir bütün halinde ele

alınmasını güçleştirmekte, bazı kural ve kurumların anlaşılabilmesi için ilgili sistem hakkında genel bilgi sahibi olunmasını gerektirmektedir.

Bu bağlamda, çalışmamızda farklı hukuk sistemlerinin kendine has özelliklerinden kaynaklanabilecek karışıklığın önlenmesi ve konunun daha iyi aktarılabilmesi için bütün hukuk sistemleri ve bu sistemlerde düzenlenen bilirkişilik süreci, her hukuk sisteminin benimsediği anlayış ve düzenlemeler çerçevesinde ayrı bölümler altında ele alınmaya çalışılmıştır. Ancak bu temel bölümler altında mümkün olduğunca benzer alt başlıklar kullanılmaya çalışılarak farklı hukuk sistemlerinin ilgili konulara bakış açısının karşılaştırılabilmesi ve anlaşılabilmesinin sağlanması amaçlanmıştır.

Çalışmamız dört ana bölümden oluşmaktadır. İlk bölümde Türk hukukunda düzenlenen bilirkişilik sistemi hakkında bilgi verilmeyi çalışılmıştır. Bu kapsamda, öncelikle bilirkişi kavramı ve tanımı hakkında açıklamalarda bulunulmuş, bilirkişi ve bilirkişi görüşünün hukuki nitelikleri hakkında doktrinde ileri sürülen görüşler ele alınmış ve benzer kavramlarla karşılaştırma yapılmak suretiyle Türk hukukunun bilirkişiliğe bakış açısı genel olarak irdelenmeye çalışılmıştır. Bunun yanında bilirkişiye başvurulabilecek ve başvurulamayacak haller incelendikten sonra bilirkişinin atanma kararının nasıl alınabileceği, bilirkişinin seçimi, bilirkişi sayısı ve bilirkişiliği kabul yükümlülüğü gibi konular üzerinde durulmuştur. Ayrıca bilirkişi görüşünün kapsamı, hazırlanması, şekli, mahkemeye teslim süresi ile bu görüşün mahkeme ve taraflarca değerlendirilmesi ve itiraz süreci incelenmiştir. Bunun gibi bilirkişi ücretinin nasıl tespit edilip, ödendiği ve yargılama gideri olarak kabul edilmesine değinildikten sonra bilirkişinin hukuki sorumluluğu mahkemeye sunulan görüş ve diğer zarar verici eylemler noktasında yapılan ayırım çerçevesinde ortaya konulmaya çalışılmıştır.

Çalışmamızın ikinci bölümünde Amerika Birleşik Devletleri hukukunda uygulanan bilirkişilik sistemi hakkında bilgi verilmeye çalışılmıştır. Bu kapsamda, bilirkişilik sürecinin daha iyi anlaşılabilmesi için öncelikli olarak yargılama ve mahkeme sistemi hakkında genel açıklamalarda bulunulmuştur. Bu açıklamalardan sonra tanık kavramı ve bu sistemde kendisi de bir tanık olarak kabul edilen bilirkişi kavramı irdelenmiştir. Bunun yanında bilirkişi delilinin kabul edilebilirlik şartları ve özellikle güvenilirlik kriteri, bu kavrama yön veren mahkeme kararları ile birlikte değerlendirilmiştir. Ayrıca Amerika Birleşik Devletleri hukuk sisteminde kullanılan bilirkişilik türleri ve benzeri kurumlar ele alınmış ve bu sistemde asıl olanın taraf bilirkişileri olduğu vurgulanmıştır. Bu bağlamda, taraf bilirkişilerinin yükümlülükleri ve kullanılması yargılama safhaları dikkate alınarak incelenmiştir. Öte yandan bilirkişi görüşünün oluşturulması ve değerlendirilmesi hakkında bilgi verilmiştir. Bunun gibi

bilirkişi ücretinin belirlenmesi ve yargılama gideri olarak sayılmaması yönündeki düzenlemeler incelendikten sonra bilirkişinin sorumluluğu Anglo Amerikan hukuk sisteminde kabul edilen tanık dokunulmazlık doktrini kapsamında ele alınmıştır.

Çalışmamızın üçüncü bölümünde İngiliz hukukunda kabul edilen bilirkişilik sistemi hakkında bilgi verilmeye çalışılmıştır. Bu kapsamda, öncelikli olarak yapılan reform çalışmaları ile Anglo Amerikan hukukunda kısmen ayrılarak Kıta Avrupa hukuk sistemine yaklaşan medeni yargılama hukuku ve mahkeme sistemi hakkında açıklamalarda bulunulmuştur. Bunun yanında, bütün Anglo Amerikan hukukunu da yakından ilgilendiren bilirkişilik sisteminin tarihi gelişim süreci incelenmiş, tanık ve bilirkişi kavramı üzerinde değerlendirmelerde bulunulmuştur. Bunun yanında bilirkişi delilinin kabul edilebilirliği, Amerika Birleşik Devletleri hukukundan ayrılan yönleri ile ele alınmıştır. Öte yandan bu sistemde kabul edilen bilirkişi türleri, yapılan reform çalışmaları ile ortaya çıkan müşterek bilirkişi de dikkate alınarak incelenmiş, taraf bilirkişileri ile müşterek bilirkişilerin kullanıldığı uyuşmazlık çeşitleri, bu bilirkişilere getirilen eleştiriler ve bu bilirkişilerin taraflarla ve mahkeme ile olan ilişkileri de ele alınmıştır. Bunun gibi bilirkişilerin yükümlülükleri, bilirkişi görüşünün oluşturulması ve bu görüşlerin paylaşılması ve değerlendirilmesi hakkında açıklamalarda bulunulmuştur. Son olarak da İngiliz hukukunda bilirkişi ücreti, bu konuda hâkime verilen yetkiler ve Amerika Birleşik Devletleri hukukundan farklı olarak bu ücretin yargılama gideri sayılması yönündeki değerlendirmeler çerçevesinde incelendikten sonra bilirkişinin hukuki sorumluluğu üzerinde durulmuştur.

Çalışmamızın dördüncü bölümünde ise incelediğimiz yargılama sistemleri genel olarak karşılaştırıldıktan sonra bu sistemlerde öngörülen bilirkişilik süreci genel olarak ve bütün sistemlerde ortak amaçlar olarak kabul edilen hakikatin bulunması, tarafsızlık ve bağımsızlık, masraf ve yargılama süresi, yargılamaya ve verilen karara güven gibi hususlar çerçevesinde karşılaştırılmaya çalışılmıştır. Bu bölümün sonuç kısmında ise incelediğimiz bütün hususlar dikkate alınarak, Türk hukukunda nasıl bir bilirkişilik sisteminin öngörülebileceğine dair öneriler sunulmaya çalışılmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM

TÜRK HUKUKUNDA BİLİRKİŞİLİK

1.1. Bilirkişi Kavramı ve Benzer Kavramlardan Farkı

1.1.1. Bilirkişi Kavramı ve Tanımı

Birtakım uyuşmazlıkların çözümü için genel ve hukuki bilginin dışında bazı özel bilgi ve tecrübelerle sahip olmak gerekir. Ancak bilimin ve tekniğin gelişmesi ve buna bağlı olarak birçok uzmanlığın ortaya çıkması karşısında, sınırsız sayılabilecek kadar çok bilgi ve tecrübenin bir kişi tarafından bilinmesi ve öğrenilmesi mümkün değildir. Bu olguya rağmen hâkim, kendisinde bulunmayan bilgi ve tecrübeyle çözülmesi gereken ihtilaflar hakkında dahi Anayasanın 36. maddesinin 2. fıkrası uyarınca bir karar vermek zorundadır¹. Bu zorunluluğun neticesi olarak; davanın halli için diğer bir ifadeyle somut hukuk kurallarının vakıalara uygulaması için gerekli olan bu bilgi ve tecrübenin, bunlara sahip olanlar eliyle yargılama faaliyetine aktarılması gerekir. İşte yargılamanın dışında olan kişinin, olayın çözümü için gerekli olan özel ve teknik bilgisinin veya tecrübesinin mahkemeye aktarılması faaliyetine bilirkişilik, bilgisini aktaran kişiye de bilirkişi yahut eski adıyla ehli-vukuf denilmektedir².

Doktrinde bilirkişinin çeşitli şekillerde tanımlandığı görülmektedir. *Tanrıver*'e³ göre “Bir davanın çözüme kavuşturulması bakımından önem taşıyan, açıklığa kavuşturulması ya da tespiti özel ve teknik bilgiyi gerektiren hususlarda, mahkemece oy ve görüşüne başvurulmuş üçüncü kişi ya da kişilere bilirkişi denir”.

Toraman'a⁴ göre ise bilirkişi, “sahip olduğu özel ve teknik bilgi vasıtasıyla bir vakıayı tespit etmesi, bir vakıa meselesine ilişkin olarak hâkimde eksik olan bilgiyi sağlaması veya o vakıa meselesi hakkında inceleme ve değerlendirmelerde bulunması amacıyla kendisine başvurulmuş kişi”dir.

Pekcanitez/Atalay/Özekes'e⁵ göre “bilirkişi, tecrübe prensipleri hakkında hâkimde eksik olan bilgiyi veren ve bu tecrübe prensiplerine dayanarak sabit olan bir olaydan sonuçlar çıkaran veya kendi özel bilgisine dayanarak uyuşmazlık konusu olayları tespit eden kişidir.”

Atalı/Ermenek/Erdoğan'a⁶ göre ise “uyuşmazlığın halli bakımından önem taşıyan ve doğruluğunun anlaşılabilmesi hukuki bilgi dışında özel ya da teknik bilgi gerektiren çekişmeli

¹ A. Budak, 2006: 2.

² Görgün, 2014: 363. Bilirkişi, yürürlükten kaldırılan HUMK'da ehli-vukuf olarak ifade edilmekteydi. Bunun yanında doktrinde ehlihibre (Bkz. Postacıoğlu, 1975: 652) ve eksper (Bkz. Belgesay, 1949: 513) ifadeleri de kullanılmıştır. Ayrıca “ekspertiz” ifadesi için bkz. Adli Tıp Kurumu Kanunu m. 31

³ Tanrıver, 2001: 406.

⁴ Toraman, 2017: 79-80.

⁵ Pekcanitez vd., 2020: 410.

bir vakıa iddiasının doğru olup olmadığının anlaşılabilmesi için görüş ve değerlendirilmesine başvurulmuş kişiye bilirkişi” denir.

*Arslan/Yılmaz/Ayvaz/Hanağası’na*⁷ göre “bir davada çözümü hukuk dışında özel ve teknik bilgiyi gerektiren hallerde, taraflardan birinin talebi üzerine yahut kendiliğinden, mahkemenin oy ve görüşüne başvurulmasına karar verdiği üçüncü kişiye bilirkişi denir”.

*Gürelli’ye*⁸ göre ise, “Muhakeme makamlarını işgal eden kimselerin sahip oldukları mefruz bulunan hayat tecrübeleri, maddi uyuşmazlığın çözülmesinde kavranması gereken konuları ihataya yetmediği zaman, hayat tecrübeleri bakımından duyulan noksanlığı tamamlamak maksadı ile yardımına müracaat edilen, belirli konuya müteallik yeterli hayat tecrübesi yani bilgi ve ihtisası bulunan kimseye bilirkişi” denir.

*Yılmaz’a*⁹ göre “bilirkişi hâkimin maddi olayların takdirinde, özel ve teknik bilgi ve görüşüne başvurulmuş üçüncü kişidir.”

*Aşçıoğlu’na*¹⁰ göre ise “bilirkişi bir uyuşmazlığın temelini oluşturan olgu ve olayların saptanması, aydınlatılması ve değerlendirilmesinde teknik saptamalar yaparak yargıca yardımcı olan kişidir”.

Türk Hukuk Lugatında¹¹ ise bilirkişi (ehlivukuf) “hesap vaziyetinin veya yazı ve imzanın tahkiki, ölü veya sağ bir şahıs üzerinde tıbbi araştırma icrası, bir malın kıymetini, tayin ve tesbit gibi maddi delillere taalluk eden bir meselede haiz oldukları bilgi ve ihtisas hasebiyle hâkime yardım için tavzif edilen kimseler” olarak ifade edilmektedir.

03.11.2016 tarihli ve 6754 sayılı Bilirkişilik Kanunu¹² ise bilirkişiyi şu şekilde tanımlanmıştır: “Bilirkişi; Çözümü uzmanlığı, özel ve teknik bilgiyi gerektiren hallerde oy ve görüşünü sözlü veya yazılı olarak vermesi için başvurulmuş gerçek veya özel hukuk tüzel kişisini ifade eder. (Bilirkişilik K. m. 2(1)b)”.

Bilirkişinin yargılamada yürüttüğü görev, hâkimin verdiği talimata uygun olarak çeşitli şekillerde ortaya çıkabilir. Bu çerçevede, bilirkişi, uyuşmazlığın çözümü için gerekli özel ve teknik bilgisini doğrudan mahkemeye aktarabileceği gibi, bilgi ve tecrübesini kullanarak davada ileri sürülmüş vakıaların olup olmadığını veya vakıaların nasıl meydana geldiğini, sonuçlarını veyahut da özelliklerini tespit edebilir¹³. Esasen vakıaların tespiti ve soyut hukuk kurallarına uygunluğunu belirlemek, hâkimin görevidir. Ancak özel ve teknik

⁶ Atalı vd., 2019: 527.

⁷ Arslan vd., 2019: 450.

⁸ Gürelli, 1967: 16.

⁹ Yılmaz, 2000: 6.

¹⁰ Aşçıoğlu, 2000: 32.

¹¹ Türk Hukuk Kurumu Derneği, 1991: 81.

¹² RG. T. 24.11.2016, S. 29898.

¹³ Tanverdi, 1991: 104-105; Tanrıver, 2009: 576; Aşçıoğlu, 2000: 37 vd; Görgün, 2014: 363; Üstündağ, 2000: 743; Toraman, 2017: 68; Atalı vd., 2019: 528. Atalay, Pekcanitez Usul, 2017: 1915.

bilgiye ihtiyaç duyulan her durumda, hâkimin tek başına böyle bir yükümlülüğü yerine getirmesi mümkün değildir. Bu gibi hallerde uyuşmazlığın çözümü için gerekli olan bilgiye sahip bilirkişiler aracılığıyla gerekli tespit yapılır ve hâkime doğru karar alması için ihtiyaç duyduğu bilgiler sağlanır¹⁴. Bu anlamda bilirkişinin hâkime ait birtakım yetkileri kullandığı ifade edilmektedir¹⁵. Türk hukukunda genel olarak benimsenen anlayışa göre; bilirkişinin görevi, diğer bir deyişle yargılamadaki fonksiyonu vakıalara yöneliktir. Dolayısıyla hâkimin hukuki meselelere ilişkin olan yetkilerinin, her ne sebeple olursa olsun bilirkişi tarafından kullanılamayacağı belirtilmektedir¹⁶.

Türk hukuku bakımından bilirkişi ile mahkeme arasında sıkı bir bağlantının varlığından bahsedilebilir. Mahkeme bilirkişiyi sevk ve idare ederken¹⁷, görevini tam olarak yerine getiren bilirkişinin mahkemeye aktardığı görüş de doğrudan veya dolaylı olarak hâkimin vereceği karara etki eder. Bilirkişinin yargılamaya ve dolayısıyla hükme olan bu etkisi, her uyuşmazlıkta farklı şekilde ortaya çıkmaktadır. Bazı uyuşmazlıklar bakımından bilirkişinin mahkemeye aktardığı görüş, hâkimi belirli vakıalar kapsamında aydınlatmaktan ibaret olup, hâkimin hükmünü esaslı şekilde etkilemezken, diğer bazı uyuşmazlıklarda bilirkişinin görüşü adeta hükmün esasını oluştur ve hüküm bilirkişi raporunda belirtilen kriterlere göre kurulur. Özellikle kira bedeli tespiti, kamulaştırma bedeline itiraz veya soy bağının belirlenmesi gibi davalarda bilirkişinin görevi, hükmün belirlenmesinde çok önemli olup, bu tür uyuşmazlıklarda, hüküm adeta bilirkişi raporuna göre kurulmaktadır¹⁸. Böyle davalarda hâkimin etkisi azalmakta, zamanaşımı ve benzer hususlar dışında hâkim adeta bilirkişinin görüşünü değerlendiren bir merci haline gelmektedir.

Türk hukukunda bilirkişi, yargılamanın tarafı olmayan üçüncü kişidir. Anglo Amerikan hukukunda nadir de olsa görülen örneklerden farklı olarak tarafların bilirkişi olarak atanması söz konusu değildir. Bilirkişilik Kanunu uyarınca gerek gerçek kişiler gerekse de tüzel kişiler, bilirkişi olabilir (Bilirkişilik K. m. 2(1)b). Buna karşılık, doktrinde hukuk yargılaması bakımından, özel hukuk tüzel kişilerinin bilirkişilik yapamayacağı ileri

¹⁴ Tanrıver, 2016: 26; Toraman, 2017: 332.

¹⁵ Tanrıver, 2001: 407; Toraman, 2017: 332, 536.

¹⁶ Tanrıver, 2016: 25.

¹⁷ HMK m. 278. *Toraman*'a göre bilirkişinin mahkemenin sevk ve idaresinde olması, hâkimin bilirkişinin teknik incelemesine müdahale edebilmesi sonucunu doğurmaz. Bu anlamda mahkeme incelenecek vakıasal hususları, hangi bağlamda inceleneceğini göstermekle yetinmeli, bilirkişinin hangi bilimsel ve teknik yöntemleri kullanacağına karışmamalıdır. Yazar'a göre "bilirkişi, gerek uyuşmazlık konusu vakıanın ihtiyaç duyduğu teknik yöntemleri tercih ederken, gerek bu yöntemler neticesinde olgu meselesi hakkında bir kanaate varırken tamamen bağımsızdır". Bkz. *Toraman*, 2017: 499. Yazar'ın görüşleri esas alındığı takdirde Türk hukuk sistemi anlayışının, Amerikan yargılamasında yer bulan güvenilirlik incelemesinden ve bu kapsamda mahkemenin bilirkişi tarafından kullanılan yöntemlere müdahalesi bakımından farklı bir bakışa sahip olduğu söylenebilir.

¹⁸ Konuralp, 2001: 502-503. Yazar, bilirkişi raporunun, hükmü esaslı şekilde etkilediği uyuşmazlıkların, devlet yargısından çıkartılıp, alternatif uyuşmazlık yöntemleri aracılığıyla çözümlenebileceğini bir öneri olarak sunmaktadır. Age: 503.

sürülmektedir¹⁹. Bu düşünceye göre bilirkişilik faaliyeti, niteliği gereği ancak gerçek kişiler tarafından yerine getirilebilir. Nitekim Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun bilirkişiliğe ilişkin hükümlerinin gerçek kişiler esas alınarak düzenlendiği söylenebilir. Bu çerçevede, bilirkişinin görevini bizzat yerine getirme, yemin etme ve sır saklama yükümlülükleri ile bilirkişinin yasaklılığı ve reddi hükümlerinin ancak gerçek kişilerin bilirkişi olması halinde işlerlik kazanacağı belirtilmektedir²⁰. Aynı şekilde, bilirkişilerde bulunması gereken uzmanlık ve güvenilirlik gibi hususların da gerçek kişilere özgü unsurlar olduğu ileri sürülmektedir²¹. Bunun yanında özel hukuk kişilerinin muhtemelen ticaret şirketi olarak oluşacağı, ticaret şirketlerinin amaçları ve niteliklerinin ise bilirkişinin görevi ve faaliyetinin kamusal özelliği ile bağdaşmayacağı, böyle bir durumun söz konusu olması halinde özellikle bilirkişinin bağımsızlığı ve tarafsızlığı noktasında önemli problemlerin ortaya çıkmasının muhtemel olduğu ifade edilmektedir²². Benzer bir görüşe görüşe²³ göre de, uzmanlık gerçek kişilere özgü bir nitelik olduğu gibi bilirkişilik de şahsen yapılması gereken ve başkasına devredilemeyen bir faaliyettir. Özel hukuk tüzel kişilerine bilirkişilik görevi verildiği takdirde, bilirkişi raporu gerekli şartları taşıyan çalışanlar tarafından hazırlanacağından ve çalışanlar da şirketin organı olmadığından dolayı bilirkişilik görevi devredilmiş olacaktır. Ayrıca bu şekilde bilirkişilik yapacak tüzel kişilerin ticari faaliyette bulunmak amacıyla kurulmuş şirketler olması kaçınılmaz olduğundan, bilirkişiliğin ticari bir iş haline gelme riski de mevcuttur. Buna karşılık, doktrindeki diğer bir görüşe²⁴ göre; bazı uyuşmazlıklarda yapılacak inceleme, bir bilirkişinin donanım ve olanaklarını aşabilir. Bunun yanında, bağımsızlıkları tartışmalı olan kamu tüzel kişilerinin bilirkişi olarak kabul edildiği bir sistemde, özel hukuk tüzel kişilerinin bilirkişi olmasına izin vermemek doğru değildir. Kanaatimizce, olması gereken hukuk bakımından, gerek özel hukuk tüzel kişileri gerekse de kamu tüzel kişileri, mevcut düzenlemeler karşısında bilirkişi olarak nitelendirilmemelidir. Zira bilirkişiliği fiilen yerine getirecek olan kişiler, her koşulda gerçek kişilerdir. Yine mahkeme ve taraflarca gerçekleştirilebilecek çeşitli itiraz ve sorgulama yöntemlerinin

¹⁹ Tanrıver, 2016: 50.

²⁰ Tanrıver, 2016: 50.

²¹ Tanrıver, 2016: 50.

²² Tanrıver, 2016: 50-51.

²³ Atalay, Pekcanitez Usul, 2017: 1932.

²⁴ Toraman, 2017: 413-414. Yazar'a göre buradaki amaç, teknik imkân ve donanıma sahip tüzel kişilerin bilirkişi olarak görevlendirilebilmesidir. Buna karşılık, mahkemelerde sürekli bilirkişilik yapmak için ticari bir teşebbüs olarak bilirkişilik şirketleri oluşturulmamalıdır. Zira böyle bir durumda, bilirkişilik piyasada alınıp satılabilen bir unsura dönüşebileceği gibi gerçek kişi bilirkişiler, ücret karşılığı uzmanlık sağlayan işçilere dönüşebilecektir. Bunların önlenmesi amacıyla da özel hukuk tüzel kişileri, yalnızca bir bilirkişi listesine kaydedilmelidir. Bu liste de, bilirkişinin merkezinin veya şubesinin bulunduğu yahut birtakım faaliyetlerini yürüttüğü yargı çevresinde tutulan liste olmalıdır. Bunun yanında tüzel kişilerin tarafsızlığına ve bağımsızlığına ilişkin tereddütler de, Fransız hukukunda olduğu gibi yapılacak bazı düzenlemelerle kolayca giderilebilecektir. Bkz. Age: 415-416.

muhabatı da işin doğası gereği gerçek kişiler olacaktır. Bu kapsamda, hukuk yargılamasında, yetkilerin ve sorumluluğun tespiti açısından ancak gerçek kişi veya kişiler, bilirkişi olarak atanabilmeli, bu kişilerin tespiti ve gerektiğinde bu kişiler için çalışma imkânlarının sağlanması için ise bazı resmi veya özel hukuk tüzel kişilerinden yardım alınabilmelidir. Bu bağlamda, bağımsızlıkları ve tarafsızlıkları korunmak koşuluyla, bilirkişilerin bir tüzel kişilik çatısı altında bulunmasında da mahsur görülmemelidir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 285. maddesi gerekçesine göre; bilirkişi, hâkimin ve dolayısıyla Devletin icra etmesi gereken bazı fonksiyonları, yine hâkimin görevlendirmesiyle bazı kamusal yetkileri kullanmak suretiyle yerine getirerek kararın oluşmasında önemli rol oynamaktadır. Bu yönüyle, bilirkişi devlet tarafından yerine getirilmesi gereken adalet hizmetlerinin işleyişine katkı sunmakta ve dolayısıyla esasen bir kamu hizmeti görmektedir. Bilirkişilik faaliyeti, Anayasa'nın 128. maddesi uyarınca kamu hizmetinde bulunması gereken aslilik ve süreklilik unsurlarını da doğal olarak ihtiva etmektedir. Zira kamu hizmeti nitelendirmesi için gerekli olan aslilik ve süreklilik, görevi yerine getiren kişiye değil, görevin kendisiyle, onun devletin adına yerine getirilmesiyle ilgili kavramlardır²⁵. Bilirkişilik görevi de devlet adına, bazı kamusal yetkiler kullanılmak suretiyle gerçekleştirilen ve onu yerine getiren kişilerin şahsından bağımsız, asli bir görevdir ve istenilen her durumda işlerlik kazanabilecek niteliktedir. Dolayısıyla, bilirkişi olacak kişilerin her olayda değişmesi ve süreli olarak görev yapmaları, bilirkişilik faaliyetinin kamu görevi sayılmasına engel teşkil etmez²⁶. Bilirkişilik görevinin asli ve sürekli bir kamu görevi olarak sayılmasının ve bilirkişinin bir memur olarak nitelendirilememesinin sonucu olarak da bilirkişinin kamu görevi icra eden Anayasa'nın 128. maddesi kapsamında bir kamu görevlisi olduğu ifade edilmektedir²⁷. Bu durumun en önemli sonucu ise kendisini bilirkişinin hukuki sorumluluğunda göstermektedir. Bilirkişinin kamu hizmeti görevi gören bir kamu görevlisi olarak nitelendirilmesi sebebiyle bilirkişinin hatalı beyan ve davranışlarından dolayı asıl sorumluluk Devlet üzerindedir. Bu sebeple, bilirkişilik faaliyetinin yürütülmesinden zarar gören kişilerin muhabatı bilirkişi değil, öncelikli olarak Devlettir (HMK m. 285). Aynı şekilde bilirkişinin cezai sorumluluğu da, bilirkişiyi kamu görevlisi olarak niteleyen anlayışa uygun olarak belirlenmiştir. "Bilirkişinin ceza hukuku bakımından durumu" başlığını taşıyan Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 284. maddesi uyarınca "Bilirkişi, Türk Ceza Kanunu"²⁸

²⁵ HMK m. 285 gerekçesi; Tanrıver, 2017: 70-71.

²⁶ HMK m. 285 gerekçesi; Tanrıver, 2017: 70-71

²⁷ HMK m. 285 gerekçesi; Tanrıver, 2017: 72 vd.; Ergün, 2013: 267-268.

²⁸ RG. T. 12.10.2004, S. 25611.

anlamında kamu görevlisidir”²⁹. Bilirkişinin kamu görevlisi sayılmasının sonucu olarak da, onun görevi gereği düzenlediği rapor da, Ceza Kanunu açısından “resmi bir belge” olarak kabul edilmektedir³⁰.

Karşı bir görüşe³¹ göre ise, bilirkişi ne memur ne de kamu görevlisidir. Memurlar atamayla ve koşul işlemle faaliyetlerini sürdürürken, kamu görevlileri memurlar dışında kalan ve idari bir sözleşmeyle çalışan veyahut seçimle yönetime gelen kişiler ile idari otoritelerde görev yapanlardır. Bilirkişi ise bu kapsamda değerlendirilemez.

Bilirkişiyi kamu görevlisi olarak nitelendiren Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 285. maddesi gerekçesinin aksine, bilirkişi ile mahkeme arasında özel hukuk ilişkisi bulunduğunu ileri süren görüşler de bulunmaktadır³². Bu görüşe göre, Devlet ile kişiler arasında kamu hukuku karakterli bir ilişkinin kurulması için Anayasa’nın 128. maddesinde ve diğer yasalarda belirtilen özel ve sıkı bir bağın bulunması gereklidir. Bilirkişi ile mahkeme arasında böyle bir bağ bulunmamaktadır. Kamu hizmetini yerine getiren mahkemenin bilirkişiye başvurusu, bilirkişilik faaliyetinin de kamu hizmeti olarak sayılmasına imkân vermediği gibi bilirkişilerin de kamu görevlisi olarak görülmesini gerektirmez³³. Bir şekilde kamu hizmetine katkı sağladıkları düşünülse dahi bu durum bilirkişilerin memur veya diğer kamu görevlisi olarak nitelendirilmelerini gerektirmez. Zira kamu hizmetlerini yerine getirmek için memur veya kamu görevlisi sayılmak gerekli değildir. Nitekim özel hukuk kişileri de kamu hizmetlerini yerine getirebilmektedir³⁴. Bilirkişinin görevi, kamu hizmetleri için aranan aslilik ve süreklilik unsurlarını da taşımaz. Hâkimin özel ve teknik bilgiye ihtiyaç duyduğu durumlarda, bilirkişinin görüş bildirmesi tek seferlik ve geçici bir faaliyettir. Her bir olayda farklı bilirkişiler görev yapar ve bunlar görüşlerini bildirdikten sonra asıl mesleklerine yahut faaliyet alanlarına geri dönerler³⁵. Hâkim, uyuşmazlığı çözmek için taraflarca ödenen ve yargılama gideri olarak kabul edilen bir ücret karşılığında, bir kişinin hizmetinden faydalanmaktadır. Bu durumun oluşması için de kural olarak bilirkişinin rızası gereklidir. Bu sebeple, bilirkişi ile mahkeme arasındaki ilişki, keşfe gitmek için kiralanan arabanın şoförü ile

²⁹ Buna karşılık, taraflarca atanan uzmanların kamu görevlisi olarak sayılmadığı yönünde bkz. Ergün, 2013: 268-269.

³⁰ Ergün, 2013: 269. Yazar’a göre, “Bilirkişinin kamu görevlisi olduğu tesbit edilince, bilirkişi mütalaasını içeren raporun resmi belge niteliğinde olduğu kendiliğinden ortaya çıkmaktadır. Çünkü resmi belge, kamu görevlisi tarafından görevi nedeniyle düzenlenen belgedir. Bilirkişi raporu da bilirkişinin görevi nedeniyle düzenlediği belge olduğuna göre, bunun resmi belge olduğu kuşkusuzdur. Nitekim Yargıtay Ceza Genel Kurulu da bilirkişi mütalaasını içeren raporu resmi belge kabul etmektedir.” Age: 269.

³¹ Apalak, 2001: 482-483.

³² Gün vd., 2015: 16.

³³ Gün vd., 2015: 41.

³⁴ Gün vd., 2015: 51.

³⁵ Gün vd., 2015: 42 vd.

kurulan ilişkiden farklı değildir³⁶. Bu anlamda bilirkişi ile mahkeme arasında özel hukuk hükümlerine tabi akdi bir ilişkinin var olduğu ileri sürülmektedir³⁷. Bunun sonucu olarak da taraflar ile bilirkişi arasında da yine özel hukuka tabi bir ilişki bulunduğu belirtilmektedir. Zira mahkeme, taraflar arasındaki uyuşmazlığı çözmek amacıyla, onların menfaatine uygun olarak ve onları temsilen bilirkişi atamaktadır. Bu yönüyle, hâkim tarafların temsilcisi gibi hareket etmektedir. Yazarlar, bu konuda tahkim yargılamasını örnek göstermektedir. Bu görüşe göre, özel hukuk uyuşmazlıklarında hâkim ile hakemin işlevi çok benzerdir. Taraflar ile hakem arasında nasıl bir vekâlet sözleşmesinin varlığından bahsediliyorsa, hâkim ile taraflar arasında da buna benzer bir ilişkin varlığından bahsedilebilir. Bu bağlamda, hâkimler de hakemler gibi tarafları temsil etmektedir. Bunun sonucu olarak da taraflar ile bilirkişi arasında da akdi bir ilişkin varlığından bahsedilebilir³⁸. Öte yandan bilirkişiler, kamu görevlileri gibi disiplin hukukuna tabi değildir. Ayrıca bilirkişiler için öngörülen yemin etme yükümlülüğü, yasaklılık ve ret nedenleri, esasen onların tarafsız ve objektif görüş bildirmelerini sağlamaya yönelik düzenlemelerdir. Benzer hükümler tanıklık içinde öngörülmüştür. Bunun gibi bilirkişilerin bilgi ve belge toplama gibi bir yetkileri bulunmamaktadır. Böyle bir ihtiyaç olduğu takdirde, bu taleplerini mahkemeye sunmaları gerekmektedir³⁹. Ayrıca, tenfiz kararı ile devlet eliyle icra edilebilecek ve tarafları bağlayacak kararlar vermek gibi önemli kamusal etkiye sahip olan hakemler bile kamu görevlisi sayılmazken, görevleri sadece oy ve görüş bildirmek olan bilirkişilerin kamu görevlisi olarak kabul edilmesi mümkün değildir⁴⁰.

Türk hukukunda bilirkişi ile Devlet arasında kuvvetli bir bağın var olduğu şüphesizdir. Bilirkişi, Devlet tarafından yerine getirilen yargılama faaliyetine, Kanun'la belirlenmiş usul ve şartlar altında katılmaktadır. Bilirkişi, incelemesini taraflardan bağımsız olarak mahkemenin sevk ve idaresi altında, yine hâkim tarafından belirlenen hususlar üzerinde şahsen gerçekleştirmektedir. Bu faaliyetin icrası sırasında da, kamu gücünü temsil eden hâkimin sağladığı otorite vasıtasıyla normal bir uzmandan farklı olarak bazı kamusal yetkilere sahip olmaktadır. Diğer taraftan, Devlet de bilirkişilik faaliyetinden doğan sorumluluğu üstlenmektedir. Bir başka ifadeyle, özel hukuk ilişkilerinden farklı olarak bilirkişilik faaliyetinden ortaya çıkan zararlardan sorumluluk, bu faaliyeti yürüten bilirkişide değil, doğrudan Devlet üzerindedir. Bilirkişinin hem gerçeğe aykırı beyan ve görüşlerinden hem de görevi ile ilgili diğer zarar verici davranışlarından dolayı Devlet aleyhine tazminat davası

³⁶ Gün vd., 2015: 16.

³⁷ Gün vd., 2015: 21.

³⁸ Gün vd., 2015: 21-22.

³⁹ Gün vd., 2015: 17 vd.

⁴⁰ Gün vd., 2015: 22.

açılabilir. Bunun yanında bilirkişinin Türk Ceza Kanunu kapsamında kamu görevlisi, hazırladığı raporun ise resmî belge olarak kabul edilmesi de güçlü bir kamusal bağın varlığına işaret etmektedir. Bu sıkı bağlantının kamusal yönü, Bilirkişilik Kanunu'ndan sonra daha da artmıştır. Bilirkişilik faaliyetine yön veren, düzenleyen ve denetleyen Bilirkişilik Danışma Kurulu, Bilirkişilik Daire Başkanlığı ve Bilirkişilik Bölge Kurulları gibi kurumların hepsi Devlet çatısı altında yapılmıştır. Bu bağlamda bilirkişilik faaliyetinin düzenlenmesi ve denetlenmesi, taraflardan hatta davaya bakan hâkimden de bağımsız olarak kamu kurumları tarafından oluşturulan bir sistem tarafından yürütülmektedir. Bilirkişi olmak isteyen uzmanlar ancak, belirli bir eğitim aldıktan sonra, Kanun'da belirtilen şartlara ve bu kurumlar tarafından belirlenen kriterlere uygun olmaları halinde bilirkişi sicil ve listelerine kaydedilmektedir. Mahkemeler de, Kanun'da belirtilen istisnai durumlar dışında ancak bu listelere kayıtlı olanlar arasından bilirkişi seçebilmektedir. Bu şekilde listelere kaydolan bilirkişilerin ise özel hukuk ilişkilerinden farklı olarak görevi kabul etmekten kaçınmaları kural olarak mümkün olmadığı gibi görev yapacakları dosyalar da kendileri tarafından değil, mahkeme tarafından belirlenmektedir. Aynı şekilde bilirkişilerin elde ettikleri ücretler, bir sözleşme çerçevesinde değil, Kanun'un verdiği yetki çerçevesinde Devlet tarafından düzenlenen tarifelerde belirtilen miktarlar esas alınarak doğrudan hâkim tarafından belirlenmektedir. Yine bu listelerde bulunan kişilere, kınama yahut geçici veya kalıcı olarak listelerden çıkarma gibi disiplinler yaptırımların uygulanması söz konusu olabileceği gibi, bu disiplinler yaptırımlara itiraz üzerine verilen kararlara karşı da idare mahkemesinde iptal davası açılabilir. Bütün bu hususlar, bilirkişi ile mahkeme arasındaki ilişkinin özel hukuktan daha ziyade kamu hukukuna dayalı olduğunu göstermektedir. Ancak belirtmek gerekir ki; bilirkişinin, mahkeme veya genel anlamda Devlet ile kamusal bir ilişkisinin bulunması veya icra ettiği faaliyetin kamu hizmeti olması, onun Anayasa kapsamında kamu görevlisi sayılmasını gerektirmez⁴¹. Nitekim avukatlık faaliyetinin de kamu hizmeti olduğu Kanun'da açıkça belirtilmesine rağmen serbest çalışan avukatların (kamu avukatları dışında) idare hukuku kapsamında kamu görevlisi olarak kabul edilemeyeceği belirtilmektedir⁴². Bilirkişilik faaliyetini yürüten uzmanlar, yargılamada kendi görevlerini icra ettikten sonra asıl meslek alanlarına geri dönmektedir. Bir başka ifadeyle, bilirkişilik bu kişiler için asıl çalışma alanlarının yanında yürüttükleri ikincil bir faaliyettir. Bilirkişiliğin bir kamu hizmeti olduğu ve mahkemelerin bilirkişiliğe ihtiyacının süreklilik arz ettiği söylenebilirse de, bu durum, bu faaliyete geçici katılan ve onu tali bir faaliyet olarak yerine getiren kişilerin teknik anlamda kamu görevlisi sayılmasını gerektirmez. Nitekim Anayasa Mahkemesi, il genel meclis üyeleri ile ilgili bir kararında, bu kişilerin

⁴¹ Aydın, 2010: 115.

⁴² Aydın, 2010: 115.

kamusal nitelikte bir görev icra ettiklerini ancak kamu ile hiyerarşik bir bağ içinde olmadıklarını; kadroya sürekli biçimde girmediklerini ve onunla kaynaşmış olmadıklarını, kamu hizmetlerine geçici ve arızı olarak katıldıklarını; üstlendikleri görevin dışındaki varlıklarını, iş ve meslek statüsündeki yerlerini koruduklarını gerekçe göstererek bunların memur veya diğer kamu görevlisi olarak nitelendirilemeyeceğini belirtmiştir⁴³. Ayrıca Mahkeme'ye göre bu kişilerin Türk Ceza Kanunu kapsamında memur sayılmaları, onların idare hukuku ilkelerine göre memur ya da kamu görevlisi olarak nitelendirilmesine yeterli değildir. Öte yandan, her ne kadar bilirkişi ücretleri, tarife esas alınarak mahkeme tarafından belirlense de taraflarca ödenmektedir. Bu husus, bilirkişi ücretinin geçici olarak Hazine tarafından karşılandığı durumlarda da geçerlidir. Zira böyle bir durumda, Hazine tarafından ödenen ücret, daha sonra karar aleyhine olan taraftan tahsil edilmektedir. Bu anlamda kamu görevlilerinden farklı olarak bilirkişi ücretleri Devlet (Bütçe) tarafından karşılanmamaktadır. Nitekim Anayasa Mahkemesi, bu yöndeki bir kararında⁴⁴ diğer kamu görevlilerini “memur ve işçiler dışında kamu hizmetinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerde yönetime kamu hukuku ilişkisiyle bağlı olarak çalışanlar” olarak tanımladıktan sonra “bu ilişkinin doğal sonucunun ise bu kişilere “bütçeden ödeme yapılması” olduğunu belirtmiştir. Sonuç olarak, yukarıdaki açıklamalar ışığında, bilirkişiyi Anayasa kapsamında kamu görevlisi olarak nitelemek güçtür. Bilirkişi, ancak yargılama faaliyetine geçici olarak katılan geniş anlamda bir kamu görevlisi olarak nitelendirilebilir.

1.1.2. Bilirkişi ve Bilirkişi Görüşünün Hukuki Niteliği

Bilirkişinin hukuki niteliğini açıklamak için doktrinde çeşitli görüşler ileri sürülmektedir. Baskın görüş⁴⁵ ise, bilirkişiyi, hâkim yardımcısı olarak nitelendirmektedir. Bu

⁴³ Anayasa Mahkemesi, 1987/18 E. 1988/23 K. 22.06.1988 T. Bkz. RG. T. 26.11.1988, S. 20001. Anayasa Mahkemesi'nin belirtilen bu kararı ve kamu görevlisi kavramı ile ilgili diğer kararları için bkz. Aydın, 2010: 114.

⁴⁴ Anayasa Mahkemesi, 1987/16 E., 1988/8 K. 19.04.1988 T. Bkz. RG. T. 23.08.1988, S. 19908. Aynı yöndeki bir Danıştay kararında kamu görevlisi sayılabilmek için bu kişilere bütçeden ödeme yapılması ve kendilerine kadro tahsis edilmesi gerektiği belirtilmiştir: “kamu hizmeti, umuma arzedilen, sürekli ve kesintisiz bir biçimde işlemesi zorunlu, toplumun genel ve ortak gereksinimlerini karşılamak amacıyla kanunla kurulan idarenin, doğrudan ya da yakın gözetim ve sorumluluğu altında kamusal yetki ve usuller kullanarak yürüttüğü faaliyetlerdir. *Bu faaliyetler, anayasanın 128 inci maddesinde de belirtildiği gibi genel idare esaslarına göre yürütülür. Asli ve sürekli görevler, genel idare esaslarına göre kamu gücü kullanılarak yürütülen görevlerdir. Bu görevlerde kamu gücünü kullanarak çalışanlar ise, kamu görevlileridir. Kamu görevlileri, kamu hizmetinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerde yönetime kamu hukuku ilişkisi ile bağlı olarak çalışan, kendilerine kadro tahsis edilen, bütçeden ödeme yapılan ve haklarında yasalarda belirlenen özel kurallar uygulanan memurlar ile diğer kamu görevlileridir.* Bu durumda, genel idare esaslarına göre asli ve sürekli görevlerde çalışmayan, kamu gücünü kullanma yetkisi olmayan personel 4483 sayılı Yasa kapsamında girmemektedir”. Danıştay 1. Dairesi, 2000/29 E. 2000/59 K. 17.04.2000 T. naklen Aydın, 2010: 116, dpn. 22.

⁴⁵ Arslan, 2000: 190; Tanrıver, 2016: 26; Taşpınar, 2001: 356-357; Toraman, 2017: 78, 112; Görgün vd., 2019: 570. Alman ve İsviçre doktrinde bilirkişiyi hâkim yardımcısı olarak nitelendiren görüşler için bkz. Yılmaz, 2000: 7, s. 15; Üstündağ, 2000: 742. Bilirkişiyi nitelendirmek için kullanılan “hâkim yardımcısı” kavramının

düşünceye göre bilirkişi, vakıaların tespiti veya vakılardan özel ve teknik bilgisini kullanarak sonuçlar çıkarmak suretiyle, onu görevlendiren hâkime ait bazı fonksiyonları yerine getirmekte ve mahkemenin kararında önemli rol oynamaktadır⁴⁶. Dolayısıyla böyle bir fonksiyonu icra eden bilirkişiyi, hâkim yardımcısı olarak nitelendirmek gerekmektedir⁴⁷. Öte yandan, bilirkişi ile mahkeme arasındaki ilişkinin kamusal niteliği, bilirkişinin hâkim tarafından atanması, hâkimlerin tâbi olduğu yasaklılık ve ret nedenlerine bağlı olması, objektif ve tarafsız davranma yükümlülüğü gibi unsurlar bilirkişiyi hâkim yardımcısı olarak nitelendirmenin diğer gerekçeleri olarak sayılmaktadır⁴⁸.

Bilirkişiyi hâkim yardımcısı olarak nitelendiren yazarların bir bölümü, bilirkişinin yargılamaya aktarılan görüşünü, takdiri bir delil olarak nitelendirmektedir⁴⁹. Bu düşünceye göre, özellikle Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 282. maddesinde geçen “hâkim, bilirkişinin oy ve görüşünü diğer delillerle birlikte serbestçe değerlendirir” ifadesi, bilirkişi görüşünün takdiri bir delil olduğunun göstergesidir⁵⁰. *Tanverdi*’nin⁵¹ de belirttiği üzere; bu görüş, bilirkişiyi hâkim yardımcısı olarak nitelendirirken, onun görüşünü ispat vasıtası kabul ederek ara bir model benimsemektedir. Bu yönüyle, benimsenen bu düşünce, Anglo Amerikan hukukunda bilirkişiyi tamamen ispat hukuku içinde gören ve onu tanık, görüşünü ise delil olarak nitelendiren anlayıştan ayrılmaktadır⁵².

Bilirkişiyi, hâkim yardımcısı olarak kabul eden bazı yazarlar ise bilirkişi görüşünün bir delilden ziyade delil değerlendirme aracı olduğunu ifade etmektedir. Bu anlayışa göre, bilirkişi raporu bir delil değildir. Delil, bilirkişinin incelediği şeyin kendisi olup, bilirkişi raporu, mevcut delillerden sonuç çıkaran onların anlam ve mahiyetlerini açıklayan delilleri

ortaya çıkış süreci için bkz. Tanverdi, 1991: 37 vd. Almanya’da kullanılan hâkim yardımcısı kavramının, Türk hukukunda yasal bir temeli olmadığı için kullanılamayacağı, bu şekilde hayali bir statü oluşturulamayacağı yönünde bkz. Gün vd., 2015: 6-7. Avusturya hukukunda, bilirkişinin hâkim yardımcısı ve bir kamu görevlisi olarak nitelendirildiği, bunun sonucu olarak da taraflar, hâkim ve bilirkişi arasındaki ilişkinin sözleşmesel olmadığı, bu ilişki alanın kamu hukuku kapsamında görüldüğü yönünde bkz. Verkerk, 2009: 167 vd. Fransız hukukunda, bilirkişinin yargılama içinde hâkim yardımcısı olarak kabul edildiği yönünde bkz. Yalabık, 2014: 2121.

⁴⁶ Tanrıver, 2016: 26.

⁴⁷ Tanrıver, 2016: 26.

⁴⁸ Taşpınar, 2001: 356-357.

⁴⁹ Taşpınar, 2001: 356-357; Tanrıver, 2016: 100. Avusturya hukukunda, bilirkişinin kendisi hâkim yardımcısı olarak görülmesine rağmen onun görüşünün birçok yazar tarafından delil olarak nitelendirildiği yönünde bkz. Age: 170. Bilirkişi raporunun takdiri delil olarak nitelendirilmesi yönünde ayrıca bkz. Pekcanitez vd., 2020: 420; Atalı vd., 2019: 527.

⁵⁰ Tanrıver, 2016: 100. “Bu hükümlere göre (HMK m. 266, m. 282) bilirkişi incelemesi takdiri deliller arasındadır ve kanunlarda öngörülen durumlar dışında bilirkişiye başvurulması zorunlu değildir.” Anayasa Mahkemesi 2017/20 E. 2018/75 K. 05.07.2017 T. 9. Paragraf. Karar için bkz. RG. T. 30.11.2018, S. 30611. “Bilirkişi görüşü, hâkimin uyumsuzluğu çözerken dikkate alacağı takdiri bir delilden ibarettir.” Anayasa Mahkemesi, Başvuru Numarası: 2015/10393 Karar Tarihi: 09.01.2019, 75. Paragraf. Karar için bkz. RG. T. 31.01.2019, S. 30672. Aynı kararın 74. paragrafında; Mahkeme, bilirkişi incelemesini bir delil değerlendirme vasıtası olarak nitelendirmektedir.

⁵¹ Tanverdi, 1991: 30.

⁵² Tanverdi, 1991: 27 vd.

değerlendirme aracı olarak kabul edilebilir⁵³. Özellikle ceza hukukçularının savunduğu bu görüşün taraftarı olan bazı yazarlar ise esas olarak bilirkişi raporunun delil değerlendirme aracı olduğunu kabul etmekle birlikte, bazı durumlarda bilirkişi görüşünün delil olarak da nitelendirilebileceğini belirtmektedir. Bunlardan biri olan *Özbek*,⁵⁴ görüşünü şu şekilde örneklendirmiş ve gerekçelendirmiştir; “Kanımızca bilirkişi hâkimin yardımcısı olup, raporu bir delil değerlendirme aracıdır; yoksa delil değildir. Delil bilirkişinin incelediği şey olabilir. Ancak bilirkişi raporunun bazen delil işlevine sahip olduğu da söylenmelidir. Örneğin, olay yerinde ya da ceset üzerinde yapılan incelemede elde edilen iz, eser gibi. Bu anlamda sanıktan alınan örnek ile olay yerinde elde edilen iz üzerinde yapılan incelemelerde DNA’ların uyduğu yönündeki rapor artık delildir. Ancak bilirkişilerin yaptığı incelemede örneğin ölümün kesikten değil, havasızlıktan olduğu yönündeki beyanı ise delil değerlendirme aracıdır”. Aynı görüşte olan *Gürelli*’ye⁵⁵ göre de; delil, geçmişte yaşanmış olan olayı mahkeme önünde tekrar canlandırılmasını sağlayan iz ve eserlerdir. Bilirkişi raporu da, geçmişte yaşanmış olayın tekrar canlandırılmasına katkı sağladığı oranda delil olarak kabul edilebilecektir. Buna karşılık bilirkişi sadece salt özel ve teknik bilgiyi mahkemeye aktarıyor yahut da bu bilgiyle mahkeme tarafından sabit görülmüş bir vakıadan sonuçlar çıkartıyorsa, bilirkişi delil olarak değil, muhakeme makamlarına yardımcı olan bir delil değerlendirme aracı olarak kabul edilebilecektir⁵⁶. Bu çerçevede, bilirkişi bazı durumlarda delil, bazı durumlarda delil değerlendirme aracı ve bazı durumlarda her ikisi de olabilmektedir⁵⁷. *Toraman*⁵⁸ ise bilirkişi incelemesinin, bir inceleme yöntemi olduğunu açıkladıktan sonra delil (dar anlamda ispat aracı) olarak nitelendirilmeye elverişli bulunmadığını ancak bilirkişi incelemesinin delil elde etmeye ve delilin değerlendirilmesine yönelmesinden dolayı geniş anlamda bir ispat aracı olarak nitelendirilebileceğini ileri sürmektedir. Ancak Yazar, ulaşılan

⁵³ Bkz. Dülger, 2007: 672; Dönmez, 2007: 1149. *Dönmez*’e göre, bilirkişi görüşleri delil değil, mevcut delillerin anlam ve sonuçlarını açıklayan yahut somut olay bakımından değerini ortaya koyan delil elde etme araçlarıdır. Bilirkişi görüşünün bir delil olarak kabul edilmesi, bilirkişi ile tanık arasında ayrım yapmayı da zorlaştırmaktadır. Bu sebeple, Yazar’a göre bilirkişilik kurumunu, bir muhakeme aracı olarak nitelendirmek gerekir. Age: 1149.

⁵⁴ *Özbek*, 2009: 1140-1141.

⁵⁵ *Gürelli*, 1967: 17-18. Bu yönde düşünen *Atalay* da bilirkişiliğin, Kanun’da deliller arasında sayılmasına rağmen bir delil olarak kabul edilemeyeceğini belirtmektedir. Yazar’a göre delil, geçmişte yaşananları günümüze yansıtan bir nevi aynadır. Diğer bir ifadeyle delil, geçmişteki olaylar ile hâkim arasındaki bağıdır ve geçmişte olan vakıaları, hâkimin gözünde canlandırılmasını sağlar. Bilirkişilikte ise bu durum baskın değildir, dolayısıyla hâkim diğer delillerden farklı olarak bilirkişiye kendisi başvurabilir, bu yolla da kendisinde olmayan bilgi ihtiyacını karşılayabilir. Bkz. *Atalay*, 2001: 253-254.

⁵⁶ *Gürelli*, 1967: 17-18. Aynı yöndeki bir Yargıtay kararına göre de “Bilirkişi düşüncesi kanıt değil, kanıtların değerlendirilmesi aracıdır. Bu danışma niteliği nedeniyle kararı veren yargıçları bağlamaz. Adli Tıp İhtisas Kurullarının raporları arasında çelişki varsa, Adli Tıp Genel Kurulunca bu çelişkinin giderilmesi gerekir. 1. CD 4.2.1985, 93/341 Karar için bkz. *Köroğlu*, 2001: 46.

⁵⁷ *Gürelli*, 1967: 18.

⁵⁸ *Toraman*, 2017: 99-100.

sonucun bilirkişi incelemesinin mahkeme tarafından değerlendirilmesi bakımından bir fark oluşturmayacağını ifade etmektedir.

Buna karşılık doktrinde, bilirkişinin tanık, keşif, senet gibi bir delil olduğunu ileri süren görüşler de mevcuttur⁵⁹. Örneğin Aşçıoğlu,⁶⁰ hâkimin bilirkişi raporu ile bağlı olmadığını ve bilirkişinin Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu içindeki düzenlemesinin deliller arasında bulunduğunu gerekçe göstererek, bilirkişinin hâkim yardımcısı değil, bir delil olarak nitelendirilmesi gerektiğini savunmuştur. Yazar'a göre bilirkişilik ile tanıklık arasında önemli bir fark yoktur. Zira tanıklık da, bir delil olarak soyut kuralları somutlaştırmada hâkime yardımcı olan bir araçtır⁶¹. Benzer bir görüşe⁶² göre de bilirkişiyi hâkim yardımcısı olarak nitelendirmek mümkün değildir. Bilirkişi, yargılamanın küçük bir bölümünde sadece özel ve teknik bilgiyle sınırlı olmak üzere hâkimi aydınlatmaktadır. Bilirkişinin görevi yargılamanın bütününe yaygın olmadığı gibi kendisi hukuki konularda görüş bildiremez. Bilirkişi görüşünün serbestçe değerlendirildiği ve usul kanunları dikkate alındığında bilirkişi müessesesinin takdiri bir delil olarak nitelendirilmesi mümkündür.

Kanaatimizce, bilirkişi görüşünün niteliği açısından yapılacak değerlendirme, delil kavramına verilen anlam ile yakın ilişkilidir. Geniş anlamda delil, ispat faaliyetinde, diğer bir deyişle bir vakıanın varlığı hakkında kanaat oluşturma eylemi içinde kullanılabilen bütün ispat araçlarını ifade etmektedir⁶³. Dar anlamda delil ise, geçmişte yaşanmış vakıa ile bir şekilde doğrudan teması bulunan ve kendisinden vakıa hakkında doğrudan bilgi edinilebilen, bu anlamda bu vakıayı mahkemeye doğrudan yansıtabilen, onu temsil etme özelliğine sahip olan delil olarak nitelendirilmektedir⁶⁴. Bu bağlamda, tanık ve senedin aksine bilirkişi görüşünün temsil niteliğinin bulunmaması sebebiyle dar anlamda delil sayılamayacağı belirtilmektedir⁶⁵. Bilirkişi görüşü, uyuşmazlık konusu vakıaların veya delillerin değerlendirilmesine, anlaşılmasına yahut aydınlatılmasına, sağladığı özel ve teknik bilgi ile yardımcı olmaktadır⁶⁶. Bu işlevinden dolayı, diğer delillerden farklı olarak, tarafların talebine bağlı olmaksızın kendisine re'sen de başvurulabilmektedir. Bu çerçevede, bilirkişi görüşünün,

⁵⁹ Aşçıoğlu, 1992: 350; Aydılek, 1992: 38.

⁶⁰ Aşçıoğlu, 1992: 350. Aynı görüşte; Aydılek, 1992: 38.

⁶¹ Aşçıoğlu, 1992: 350. Üstündağ, Alman hukukunda bilirkişiyi hâkim yardımcısı olarak nitelendiren görüşün eleştirisi içinde benzer argümanlar sunulduğunu belirtmektedir. “Şöyle ki; karşı fikri savunan hukukçulara göre, hâkimin yardımcısı tabiri, şahit için dahi kullanılabilir. Zira o da, gerçeğin araştırılmasında yargıca yardım etmektedir. Bundan başka, bilirkişiye hâkim yardımcısı olarak bakılırsa, hâkimin bilirkişi raporlarını serbestçe takdir edebileceğine ilişkin olup da, usul kanunlarında yer almış bulunan hükümleri de (m. 286) izah edebilmek güçleşecektir.” Bkz. Üstündağ, 2000: 742.

⁶² Çayan, 2013: 9.

⁶³ Tanrıver, 2018: 817; Atalı vd., 2019: 484; Arslan vd., 2019: 380

⁶⁴ Atalay, Pekcanitez Usul, 2017: 1730-1731; Aşık, 2019: 50.

⁶⁵ Atalay, Pekcanitez Usul, 2017: 1731, 1738-1739.

⁶⁶ Atalay, Pekcanitez Usul, 2017: 1739.

temsil özelliğinin kural olarak bulunmamasından dolayı, senet veya tanık gibi dar anlamda delil olarak nitelendirilmesi güçse de⁶⁷, bir vakıanın varlığı veya yokluğu hakkında kanaat edinilmesini sağladığı oranda, geniş anlamda bir ispat aracı yani delil olarak nitelendirilebilmesi mümkündür⁶⁸. Nitekim Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 282. maddesinin ifadesi ve bilirkişiliğin Kanun içindeki düzenlenme yeri ve biçimi dikkate alındığında da bilirkişi görüşünün takdiri bir delil olarak nitelendirildiği görülmektedir. Ancak, doktrinde de belirtildiği üzere, onun nasıl nitelendirildiği hâkim tarafından yapılacak değerlendirme açısından önemli bir fark oluşturmamaktadır⁶⁹. Buna karşılık, bu görüşü yargılamaya aktaran bilirkişinin hukuki niteliği konusunda Türk medeni yargılaması gerekli olan ve görünüşte birbiri ile çelişen farklı ihtiyaçlar ve düzenlemeler nedeniyle net bir görüş ortaya koyamamaktadır. Bilirkişinin, Devlet tarafından oluşturulan bilirkişi listelerinden seçilmesi, bilirkişiye hâkim tarafından re'sen başvurulabilmesi, bilirkişinin hatalarından dolayı öncelikli olarak devletin sorumlu olması, bilirkişinin ceza hukuku bakımından kamu görevlisi sayılması, hâkimlerin yasaklılık ve reddi hükümlerine tâbi olması ve hâkimler gibi (hâkimin izni ile) tarafları dinleyebilmeleri, dava konusu nesneyi inceleyebilmeleri gibi unsurlar bilirkişiyi hâkim yardımcısı olarak nitelendirilmesine imkân tanırken; tanık gibi yemin etmesi, tanıkların bağlı olduğu disiplin hükümlerine tabi olması, tanıkların çekinme sebeplerine dayanabilmeleri ve verdikleri görüşün, tanık ifadesi gibi serbestçe diğer delillerle takdir edileceğinin belirtilmesi, bilirkişiyi tanığa yaklaştırmaktadır. Ancak ilgili Kanuni düzenlemelerin ağırlığı ve gerekçeleri ile bilirkişinin işlevi ve onun hâkim ile arasında taraflardan bağımsız oluşabilen ilişkisi dikkate alındığında, Türk medeni yargılamasında bilirkişinin hâkim yardımcısı olarak nitelendirildiğini söylemek yanlış olmayacaktır.

1.1.3. Benzer Kavramlarla Karşılaştırılması

1.1.3.1. Tanık ve Bilirkişi

Tanık ve bilirkişi, mahkemeye aktardıkları beyanlarla doğru ve adil bir sonuca ulaşmak için mahkemeye yardımcı olan üçüncü kişilerdir. Tanık, gördüğü ve işittiği hususları mahkemeye aktarırken, bilirkişi sahip olduğu özel ve teknik bilgiyi veyahut da bunlara dayanarak çıkardığı sonuçları mahkemeye aktarmaktadır⁷⁰. Bu anlamda benzer işlevlere sahip oldukları söylenebilir⁷¹. Bunun yanında bilirkişiler, tanıklığa ilişkin çekinme sebepleriyle bilirkişilik yapmaktan imtina edebilirler ve tanıklığa ilişkin disiplinler yaptırımlara tabidirler

⁶⁷ Atalay, Pekcanıtez Usul, 2017: 1739.

⁶⁸ Atalay, Pekcanıtez Usul, 2017: 1740.

⁶⁹ Toraman, 2017: 100.

⁷⁰ Bakıcı, 2000: 87.

⁷¹ Gürelli, 1982: 69.

(HMK m. 270/2, m. 269/2). Yine hem tanığın hem de bilirkişinin doğruyu söylemesini sağlamak için her ikisine de mahkeme tarafından yemin ettirilir (HMK m. 258, m.271). Öte yandan her iki kavram da Kanun'da takdiri deliller arasında düzenlenmiştir. Bu bağlamda, bu iki kavramın birçok ortak noktasının bulunduğu söylenebilir. Ancak birbirine benzeyen bu kavramlar, esasen birbirinden farklı özellikler göstermektedir.

Öncelikli olarak belirtmek gerekir ki; tanık, geçmişte yaşanmış, uyuşmalık konusu vakıalara ilişkin gördüğü ve işittiği hususları mahkemeye aktaran kişiyken, bilirkişi olaya doğrudan şahit olmayan, özel ve teknik bilgisini veya bunlar vasıtasıyla elde ettiği sonuçları mahkemeye aktaran kişidir. Bu yönüyle, olayı gören veya duyan herkes tanık olabileceği halde bilirkişi olabilmek için bir uzmanlığa sahip olmak gerekmektedir⁷².

Öte yandan bir uyuşmazlığın temeli geçmişte yaşanmış ve sona ermiş vakıalar olduğundan, ilgili vakıayı görenlerin veya duyanların yerine başkasını bulmak mümkün değildir. Buna karşılık uyuşmazlığa ilişkin konuda uzmanlığa sahip bilirkişinin yerine başka bir uzmanı bulmak mümkündür⁷³. Dolayısıyla bilirkişi raporu yeterli bulunmadığı takdirde her zaman yeni bilirkişi raporu alınabildiği halde tanıklıkta bu yapılamaz. Tanığın ifadesi ancak diğer tanık ifadeleri ve delillerle birlikte değerlendirilerek bir sonuca ulaşılmaya çalışılır⁷⁴. Bu sebeple, kural olarak tanıklık yapmak zorunluyken, Kanun'da belirtilen istisnalar dışında bilirkişi atanması için ilgili uzmanın rızası gerekir⁷⁵. Yine bu sebepten tanıklar reddolunamazken⁷⁶, bilirkişinin yasaklılığı ve reddi mümkündür⁷⁷.

Diğer taraftan, tanıktan farklı olarak bilirkişinin kamusal bir kimliğinin bulunduğu, tanıklıkla kıyaslandığında mevzuatta bilirkişinin haklarının, yetkilerinin, sorumluluklarının ve denetiminin somut ve açıkça düzenlendiği belirtilmektedir⁷⁸.

Tanıkların belirlenmesi ve dinlenilmesi, kural olarak tarafların iradesine tabidir. Bu sebeple, hâkim kendiliğinden tanık dinlenilmesine karar veremez. Buna karşılık mahkeme özel ve teknik bilgi ihtiyacının bulunması halinde, kendiliğinden bilirkişi incelemesi yaptırabilmektedir. Aynı şekilde bilirkişi, mahkeme tarafından belirlenmektedir. Bilirkişinin seçimi noktasında tarafların iradesi dikkate alınmaz. Taraflar, ancak bilirkişi incelemesi yaptırılmasını mahkemeden talep edebilmektedir.

⁷² Demirer, 1976: 1030; Bakıcı, 2000: 86; Dönmez, 2007: 1153.

⁷³ Yılmaz, 1996: 815; Üstündağ, 2000: 747; Dönmez, 2007: 1153; Güreli, 1982: 69; Tanrıver, 2017: 27.

⁷⁴ Bakıcı, 2000: 87.

⁷⁵ Arslan vd., 2016: 444; Postacıoğlu, 1975: 653; Tanrıver, 2016: 27. Bu konudaki ayrıntılı bilgi için bkz. 1.3.3.

⁷⁶ Dava konusu geçmiş vakıalar hakkında duyu organları vasıtasıyla bilgi edinmiş kişilerin yerine başka birini bulmaktaki imkânsızlık nedeniyle tanıkların reddi veya yasaklılığı söz konusu olmamakla beraber, taraflar bu kişilerin tanıklığından şüphe duyulmasını gerektirecek sebeplerin varlığını iddia ve ispat edebilir (HMK m. 255). Böyle bir durumda hâkim, tanığın ifadesini, bu şüpheli durumu göz önünde bulundurarak değerlendirecektir.

⁷⁷ Postacıoğlu, 1975: 653; Atalay, Pekcanitez Usul, 2017: 1915.

⁷⁸ Tanrıver, 2017: 27.

Bu iki benzer ancak farklı kavram birbirine engel teşkil etmez. Bir vakıayı görmüş veya duymuş olan kişi mahkemede tanıklık yaptıktan sonra aynı dosyada bilirkişi olarak da atanabilir (HMK m. 272).

1.1.3.2. Hakem Bilirkişi ve Bilirkişi

“Hakem Bilirkişi”, kendisini oluşturan kelimelerin birtakım özelliklerini taşıyan ancak onlardan bağımsız, ayrı bir anlamı ifade eden bir kavramdır. Bu kapsamda, hakem bilirkişi ne bildiğimiz manada bir hakem ne de bilirkişidir. Hakem bilirkişi, tarafların yapacakları bir sözleşme ile bir malın niteliğini, değerini veya ayıplı olup olmadığını belirlemek yahut zarar miktarını tespit etmek gibi taraflar arasındaki ihtilaflı hususları çözmek için başvurdukları kişilerdir⁷⁹. Kural olarak hakem bilirkişiler, hâkim veya hakemden ayrı olarak taraflar arasındaki hukuki uyuşmazlığın tümü hakkında karar vermez. Bu kişilerin vereceği rapor veya görüşler ancak hâkim veya hakemin kararını etkileyebilecek hususların tespitine ilişkindir⁸⁰. Bu sebeple tarafların, hakem bilirkişilere başvurma yönünde yaptıkları anlaşma, tahkim sözleşmesi olmayıp⁸¹ doktrindeki baskın görüşe⁸² ve yargı kararlarına⁸³ göre delil sözleşmesidir⁸⁴. Dolayısıyla, hakem bilirkişinin taraflar arasındaki ihtilaflı konu hakkında yaptığı tespit de tarafları ve hâkimi bağlayıcı bir delil niteliğindedir⁸⁵.

Hakem bilirkişiler hakkında mevzuatımızda doğrudan bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak yukarıda belirttiğimiz üzere, taraflar arasında yapılan sözleşmenin delil sözleşmesi olarak nitelendirilmesinin bir sonucu olarak, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 193. maddesinin hakem bilirkişilere ilişkin meselelerde de uygulanacağı kabul edilmektedir⁸⁶.

⁷⁹ Sebük, 1966: 503-504; Yeşilırmak, 2010: 694-695; İnan, 2000: 58.

⁸⁰ Y. HGK 5.5.1965, E. 776/D-T K. 198, Karar için bkz. Ö. Atalay, 1976: 873; Sebük, 1966: 503; İnan, 2000: 58.

⁸¹ Hakem-bilirkişilik ile tahkim arasındaki benzerlik ve farklar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Yeşilırmak, 2010: 703-704.

⁸² Umar, 2014: 592; Tanrıver, 2016: 31; Kuru, 2020: 847; Yeşilırmak, 2010: 709; Doğanay, 1982: 141-142. Aksi görüş için bkz. N. Yıldırım, 1994: 327 vd.

⁸³ “Hakem-bilirkişi kurumu, HUMK.nun 287 nci maddesinde düzenlenen delil sözleşmesi hükmündedir. Hakem-bilirkişilerin, hakem gibi yetki ve sorumlulukları olmadığından taraflar arasındaki uyuşmazlığın hukuki yönüyle ilgileri bulunmamaktadır. Asli fonksiyonları, sigorta ettiren ile sigortacı arasında sigorta tazminatı bakımından bir uyuşmazlık çıktığı takdirde sigorta menfaat değeri ile hasar miktarını saptamaktır”. Y. 11. HD. 2005/11134 E. 2006/11943 K. 20.11.2006 T. Karar için bkz. www.kazanci.com. Erişim tarihi: 04.03.2019. Aynı yönde; Y. HGK 5.5.1965, E. 776/D-T K. 198, Karar için bkz. Ö. Atalay, 1976: s. 874.

⁸⁴ Hakem bilirkişi sözleşmesinin hukuki niteliği hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. N. Yıldırım, 1994: s. 321 vd.

⁸⁵ “Taraflar arasındaki akdi ilişkiyi düzenleyen Hırsızlığa Karşı Sigorta Genel Şartlarının hasarın tespitine ilişkin B.3. maddesinde hasar miktarı konusunda tarafların anlaşamamaları halinde, bu uyuşmazlığın hakem bilirkişi aracılığıyla çözümü gerektiği hükmüne bağlanmış bulunmaktadır. Uyuşmazlık uğranılan zararın miktarına ilişkindir. Sözleşmenin bu hükmü, HUMK nun 287. maddesinde düzenlenen bir delil sözleşmesi niteliğinde olduğundan tarafları bağlar.” Y. 11. HD. 2004/6139 E. 2005/3258 K. 05.04.2005 T. Karar için bkz. www.kazanci.com. Erişim tarihi: 04.03.2019.

⁸⁶ Yeşilırmak, 2010: 695.

Bunun yanında doktrindeki bir görüşe⁸⁷ göre, hakem bilirkişinin fonksiyonu bilirkişiden çok hakeme benzediğinden dolayı niteliğine uygun düştükçe tahkime ilişkin kurallar da hakem bilirkişiliğine uygulanabilir.

“Hakem Bilirkişi” ile bilirkişi birbirine benzer yönleri bulunmakla beraber birbirinden farklı iki kavramdır. Esasen her ikisi de sahip oldukları bilgi ile bir tespit yaparak, uyuşmazlığın çözülmesinde rol oynayan, taraflardan bağımsız ve tarafsız üçüncü kişilerdir⁸⁸. Ancak “hakem bilirkişi” kavramı, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda deliller arasında sayılan bilirkişiden birçok yönü ile ayrılır. Öncelikle bilirkişi, yargılama başladıktan sonra hâkim tarafından seçilebilirken, hakem bilirkişi kural olarak taraflarca bir sözleşmeye uygun olarak seçilir⁸⁹. Buna bağlı olarak, bilirkişinin inceleme alanı hâkim tarafından belirlenirken, hakem bilirkişinin yürüteceği faaliyetin sınırları taraflarca tespit edilir⁹⁰. Öte yandan bilirkişi, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na göre bir çeşit kamu görevi faaliyeti yürüten ve Ceza Kanunu açısından kamu görevlisi sayılan hâkim yardımcısı kabul edilmekteyken, hakem bilirkişi yürüttüğü faaliyetin niteliği gereği kamu görevlisi veya memur olarak nitelendirilemez⁹¹. Bu olgunun bir sonucu olarak, bilirkişiler, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 285. maddesi uyarınca hâkimlere benzer şekilde sorumluluk kurallarına bağlanmışken, hakem bilirkişilerin sorumlulukları genel hükümlere tabidir⁹².

Bilirkişi, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda kendisine verilen yetki ve yükümlülüklerle tabidir⁹³. Buna karşılık, hakem bilirkişi sadece taraflara verdiği taahhütlerle sorumludur⁹⁴. Örneğin; bilirkişi, raporunu hâkimin belirleyeceği sürede vermek zorundayken, hakem bilirkişi hazırlayacağı görüşünü taraflarla imzaladığı sözleşmede belirtilen sürede vermek zorundadır.

Bunun yanında, bilirkişinin yargılama sırasında mahkemeye aktardığı görüş, hâkimi bağlamaz. Hâkim, bilirkişi raporunu eksik veya yetersiz bulursa, ek rapor alabileceği gibi, bir başka uzmanı da bilirkişi olarak tayin edebilir. Buna karşılık hakem bilirkişinin görüşü, kendisini yetki kılan sözleşmenin bir delil sözleşmesi olmasından dolayı kural olarak hâkimi

⁸⁷ Yeşilırmak, 2010: 702. Yazar görüşünü şu şekilde gerekçelendirmiştir; “Hakem-bilirkişi anlaşması usul hukuku sözleşmesi olmakla birlikte hakem bilirkişilik işlevsel olarak bilirkişiden çok, hakeme benzer. Zira hakem-bilirkişi, yargılamanın temel kaidelerine uygun hareket ederek bir tespitte bulunmaktadır ve bu tespit ilke olarak tarafları bağlar. O halde, tahkime ilişkin kuralları niteliğine uygun düştüğü ölçüde hakem-bilirkişiliğe uygulamak da mümkün olmalıdır.” Age: 702.

⁸⁸ Yeşilırmak, 2010: 705-706; Kuru, 2020: 848.

⁸⁹ Ö. Atalay, 1976: 870; Yeşilırmak, 2010: 706; Tanrıver, 2016: 30.

⁹⁰ Tanrıver, 2016: 31.

⁹¹ Yeşilırmak, 2010: 706; Tanrıver, 2016: 31-32.

⁹² Tanrıver, 2017: 29.

⁹³ Ö. Atalay, 1976: 870; Yeşilırmak, 2010: 706, s. 717.

⁹⁴ Yeşilırmak, 2010: 706.

ve tarafları bağlamaktadır⁹⁵. Bu nedenle, kural olarak hâkim yanlış veya eksik olduğuna inandığı hakem bilirkişinin görüşünü kendiliğinden incelememeli ve hakem bilirkişinin incelemesi gereken husus hakkında bilirkişi incelemesi yaptırmamalıdır⁹⁶. Ancak belirtmekte fayda var ki; yanlış veya eksik hakem bilirkişi görüşünün taraflarca iptal ettirilebilme olasılığı vardır. Hakem bilirkişi görüşünü benimsemeyen tarafın, mevcut davada veyahut açacağı ayrı bir davada hakem bilirkişi raporunun iptalini isteyebileceği belirtilmektedir⁹⁷. Özellikle, hakem bilirkişilerin seçilme usulünde, tarafsızlıklarında ve bağımsızlıklarında bir şüphe olması halinde, hakem bilirkişi raporunun iptal edilebileceği⁹⁸ ve gerekli incelemenin mahkeme tarafından bilirkişi vasıtasıyla yaptırılabilmesi kabul edilmektedir⁹⁹. Yine hakem bilirkişinin raporu, gerçek durumdan önemli derecede farklı yahut hak ve nesafete açıkça aykırı ise hakem bilirkişi raporunun iptaline karar verilebilmektedir¹⁰⁰. İkinci durumda

⁹⁵ Sebük, 1966: 504; Ö. Atalay, 1976: 871; Tanrıver, 2016: 31; Yeşilirmak, 2010: 706; Kuru, 2020: 847.

⁹⁶ Yeşilirmak, 2010: 704, s. 711; Atalay, Pekcanitez Usul, 2017: 1752. “Police genel koşullarındaki hakem bilirkişi şartı, HUMK.nun 287/2 nci maddesinde düzenlenen delil sözleşmesi niteliğindedir. Bu durumda, mahkemece, taraflara hakem-bilirkişilerini seçerek, sigorta sözleşmesi kapsamına giren zarar miktarını tesbit ettirmeleri için süre verilmesi gerekir iken, yazılı şekilde police genel koşullarının yukarıda sözü edilen hakem-bilirkişi şartının, HUMK.nun 516 ncı maddesinde düzenlenen zorunlu tahkim şartı niteliğinde olmadığı gerekçesiyle, re’sen atanan bilirkişi raporuna dayanılarak karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir.” Y. 11. HD. 2001/1690 E. 2001/3683 K. 30.04.2001 T. Karar için bkz. www.kazanci.com. Erişim tarihi: 04.03.2019. “...Sözleşmenin anılan maddesinde öngörülen hakem prosedürünün oluşturulması için taraflara mehil verilip taraflar hakemlerini seçtiği takdirde bu prosedür çerçevesinde düzenlenecek rapor beklenerek ve bu rapora itiraz vaki olması halinde gene genel şartlarda öngörülen prosedür çerçevesinde bu itiraz halledilerek rapor kesinleştirildikten sonra buna göre hüküm kurulması gerekirken, bu husus dikkate alınmadan bilirkişiden alınan rapora göre karar verilmesi doğru görülmemiş, kararın bozulması gerekmiştir.” Y. 11. HD. 1996/9065 E. 1997/366 K. 28.01.1997 T. Karar için bkz. www.kazanci.com. Erişim tarihi: 04.03.2019.

⁹⁷ Yeşilirmak, 2010: 727, Ö. Atalay, 1976: s. 872. İptal talebinin hangi süre içerisinde istenebileceği noktasında öncelikle taraf iradeleri dikkate alınmalıdır. Taraflar, iptal talebi için bir süre kararlaştırmışlarsa, bu süreye uyulmaması halinde hakem bilirkişi raporunun iptali talep edilemez. Eğer süre belirlenmemişse makul bir süre içinde raporun iptali istenmelidir. Bkz. Yeşilirmak, 2010: 728. *Umar*’a göre ise hakem bilirkişi raporunun yanlışlığını tespit ettirmek için ayrı bir iptal davası açılmaz. Bu raporun yanlış olduğu aynı dava içinde ileri sürülüp, ispat edilebilir. Bkz. *Umar*, 2014: 593. *Atalay*’a göre ise hakem-bilirkişi raporunun açıkça adalete ve nesafete aykırı olduğunu düşünen taraf, asıl dava açılmamışsa iptal davası açabileceği gibi; asıl dava açılmışsa, bu durumu ayrı bir dava açmaya gerek olmaksızın savunma sebebi olarak aynı davada da ileri sürebilir. Bkz. Atalay, Pekcanitez Usul, 2017: 1753. *Kuru*’ya göre de esas dava açılmışsa, karşı tarafın hakem bilirkişi raporunun iptali için ayrı bir dava açmakta hukuki yararı yoktur. Hakem bilirkişi raporunun hukuka ve hakkaniyete açıkça aykırı olduğu iddiası savunma yolu ile ileri sürülmelidir. Kuru, 2020: 850.

⁹⁸ Yeşilirmak, 2010: 723, s. 729.

⁹⁹ “Yargıtay ilamında belirtilen gerektirici sebeplere, özellikle sözleşme eklerinde bulunan yapı işleri genel şartnamesinin 20 nci maddesi delil sözleşmesi niteliğinde olup bu maddeye göre taraflar fiyatı belli olmayan işlerde fiyatın davalı kurumun bünyesinde oluşturulacak bir kurul tarafından tespitini kabul etmişlerse de hakem bilirkişi müessesesi niteliğinde olan bu hükmün işlerliği bulunmamaktadır. Çünkü çıkacak bir ihtilafın bir tarafın adamları eliyle halledilmesini öngören bir hüküm hakem bilirkişilik müessesesinin tarafsız olması gereğine ters düşmektedir. Normal bilirkişilerde olduğu gibi hakem-bilirkişiler de davanın taraflarına oranla üçüncü kişi durumunda olmalı, yani tarafsız kişilerden seçilmelidir. Taraflardan birine bağlı olan kişilerin hakem bilirkişi olarak kararlaştırılması taraflar arasında eşitlik ilkesine aykırıdır. Bu nedenle bu gibi hakem bilirkişilerin raporlarının mahkemeyi bağlayıcı niteliği bulunmamaktadır. (Bk. Prof. Dr. Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü 2. Cilt 4. Baskı, s. 1991-1992) Bu durumda mahkemenin fiyatı belli olmayan işlerde bilirkişilerin verdiği rapora bağlı kalmasında bir usulsüzlük bulunmadığından ve rapor kapsam içeriği bakımından yeterli görüldüğünden karar düzeltme taleplerinin reddi gerekmiştir.” Y. 15. HD. 1990/1123 E. 1990/2283 K. 18.05.1990 T. Karar için bkz. www.kazanci.com. Erişim tarihi: 04.03.2019.

¹⁰⁰ Konuralp, 1982: 173; Yeşilirmak, 2010: 724; Atalay, Pekcanitez Usul, 2017: 1753.

Yargıtay, iptal için açılan davada bilirkişiye başvurulması gerektiğini, bilirkişinin yapacağı inceleme ile hakem bilirkişinin gerçekleştirdiği tespit arasında önemli bir farkın bulunması halinde hakem bilirkişi raporunun iptaline karar verilebileceğine hükmetmektedir¹⁰¹. Hakem bilirkişi kararının taraflarca iptal ettirilmesinden sonra hakem bilirkişinin incelediği hususun nasıl tespit edileceği noktasında iki ihtimal ortaya çıkabilir. Birinci ihtimalde, mahkeme kendi atadığı bilirkişiyle, ilgili hususu tespit ettirerek, hükmünü buna göre kurabilir. İkinci ihtimalde ise tarafların önceki iradelerine göre tekrar hakem bilirkişi seçilebilir (eğer mevcut davada iptal talep edilmişse, hakem bilirkişinin raporu bekletici mesele yapılabilir) ve hakem bilirkişiden alınacak görüş esas alınarak hüküm kurulabilir. Taraf iradeleri ve hakem bilirkişilerin nitelikleri dikkate alındığında ikinci ihtimalin daha isabetli olacağı düşünülebilecektir¹⁰². Buna karşılık, uyuşmazlıkların en çabuk ve en az masrafla çözülmesini amaçlayan usul ekonomisi dikkate alındığında mahkeme tarafından atanan bilirkişi görüşüne göre uyuşmazlığın sonlandırılması daha etkili bir yöntem olarak karşımıza çıkmaktadır.

1.1.3.3. Uzman Görüşü ve Bilirkişi

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle birlikte taraflara, dava konusu olayla ilgili olarak uzmanlardan bilimsel mütalaa alıp, mahkemeye sunma imkânı yasal olarak tanınmıştır (HMK m. 293). Hukuk Muhakemeleri Kanunu yürürlüğe girmeden önceki dönemde de bu tür görüşlerin verilmesine mahkemeler tarafından izin verilmekle birlikte bu konuda yasal bir düzenleme mevcut değildi.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 293. maddesinin 2. fıkrası uyarınca taraflarca uzman raporu sunulduğu durumlarda, mahkeme re'sen veya talep üzerine rapor veren uzmanın duruşmaya çağrılarak dinlenilmesine karar verebilir. Bu duruşmada gerek taraflar

¹⁰¹ “hakem bilirkişi kararlarına karşı ancak, tespit edilen zarar miktarının gerçek durumdan önemli şekilde farklı olması durumunda itiraz edilebileceği kabul edilmiş ise de, somut olaydaki risk tarihi, hasarın niteliği, paranın satın alma gücü gibi kıstaslar nazara alındığında, gerek TL ve gerekse de USD bazında hakem-bilirkişi raporları arasında %19,90'lık farkın önemli olduğunun kabulü gerekir.” Y. 11. HD. 24.05.2001, 2770/4675 Kazancı İçtihat Bankası naklen Yeşilırmak, 2010: 726. “Hakem bilirkişi raporunun iptali istemi, zarar ve ziyanın bir tür tespiti niteliğindedir. Başka bir anlatımla, taraflar hakem bilirkişi raporunun iptalini istemiş iseler, bu dava, aynı zamanda gerçek zararın tespiti anlamını da taşır. Yani mahkemece tarafların iddia ve savunmaları incelendikten sonra koşulları varsa, hakem bilirkişi raporu iptal edilecek ve fakat bu iptal kararından sonra da, gerçek zarar ne tutarda ise, bu tutar kararda gösterilmek suretiyle, zarar ve ziyan rakam olarak belirlenecektir. Hatta, davacı taraf raporun iptali ile gerçek zararın tahsilini istemiş ise, mahkemece tahsile de karar verilmesi gerekir. Açıklanan bu duruma göre, hakem bilirkişi raporunun mahkemece sadece iptaline karar verilmesi suretiyle uyuşmazlığın ortada bırakılması doğru görülmemiştir. Mahkemece yapılacak iş, tarafların iddia ve savunmalarına göre gerçek zararın uzman bilirkişiler aracılığıyla saptanmak ve bu saptamadan sonra hakem bilirkişilerin saptadığı miktarla karşılaştırılması, genel şartların 14/f bendinde değerlendirilmek, davalının eksik sigortaya ilişkin savunmasının da göz önüne alınmak ve hasıl olacak sonuca göre karar vermekten ibaret iken, yazılı biçimde hüküm tesisi usul ve yasaya aykırı görülmüştür... gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda direnilmiştir...” Y. HGK 1995/11-366 E. 1995/640 K. 14.06.1995 T. Karar için bkz. kazancı.com. Erişim tarihi: 04.03.2019.

¹⁰² Yeşilırmak, 2010: 727.

gerekse de hâkim uzmana sorular sorabilir. Uzmanın duruşmaya çağrılmasını taraflardan her biri talep edebilir. Bu kapsamda, uzman görüşünü yargılamaya dâhil eden taraf da uzmanın duruşmaya gelmesini mahkemeden isteyebilir¹⁰³. Uzman, çağrıldığı duruşmaya geçerli bir mazereti olmadan katılmazsa hazırladığı rapor mahkeme tarafından değerlendirilmez. Uzmanın duruşmaya çağrılarak sorgulanabilmesi, uzman görüşünün daha özenli ve dikkatli hazırlanmasını sağladığı gibi bu görüşün gerek taraflarca gerekse de hâkim tarafından daha iyi tetkik edilmesine olanak tanımaktadır¹⁰⁴. Bu sebeple, mahkemenin gerekçesiz olarak uzmanı duruşmaya çağtırmaktan imtina etmemesi gerektiği ileri sürülmektedir. Bu görüşe göre; özellikle karşı taraf, uzmanın duruşmaya çağrılmasını talep etmişse, haklı bir neden olmadan bu talebin reddedilmemesi gerekir¹⁰⁵.

Taraflar, uzman görüşünü dilekçeler aşamasında, ön inceleme aşamasında veya tahkikat aşamasında yargılamaya sunabilir. Ancak uzman görüşünü sunmak için ilgili tarafa ayrıca süre verilmez (HMK m. 293/1). Belirtmek gerekir ki; ön inceleme veya tahkikat aşamasında uzman görüşü sunulduğu durumlarda uzman görüşünün içeriğine dikkat etmek gerekir. Bu aşamalarda uzman görüşü adı altında yeni bir vakıa veya delil yargılamaya dâhil edilmek isteniyorsa, mahkeme Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun genel hükümleri çerçevesinde gerekli kararları almalıdır.

Taraflardan birinin uzman görüşünü yargılamaya dâhil etmesi, mahkemenin bilirkişiye başvurusunu kural olarak engellemez¹⁰⁶. Mahkeme gerekli görürse, ayrıca bilirkişi incelemesi yaptırabilir. Ancak doktrinde, tarafların anlaşması halinde mahkemenin bilirkişiye başvurmadan uzman görüşünü esas alarak değerlendirme yapabileceği ileri sürülmektedir¹⁰⁷. Tarafların anlaşması veya bir tarafın sunduğu maddi vakıalara ilişkin uzman görüşünün diğer tarafça kabul edilmesi halinde taraflar arasında bir delil sözleşmesinin meydana geldiği, bu anlamda uzman görüşünün hâkimi bağladığı da belirtilmektedir¹⁰⁸. Buna karşılık, uzman görüşüne karşı konulması halinde ise, mahkemenin bu itirazları değerlendirmek için bilirkişi ataması gerektiği, böyle durumlarda sadece uzman görüşüne göre karar verilemeyeceği ifade edilmektedir¹⁰⁹.

Öte yandan mahkemenin bilirkişi incelemesine karar vermesinin, tarafların uzman görüşüne başvurusuna engel olmayacağını da belirtmek gerekir. Mahkemenin atadığı bilirkişi görüşünü değerlendirmek ve onunla mücadele edebilmek için taraflar uzman

¹⁰³ Sarısözen, 2014: 1719.

¹⁰⁴ Tanrıver, 2016: 34.

¹⁰⁵ Pekcanıtez vd., 2013: 799.

¹⁰⁶ Pekcanıtez vd., 2020: 426.

¹⁰⁷ Pekcanıtez, 2009: 399.

¹⁰⁸ Atalı vd., 2019: 541.

¹⁰⁹ Pekcanıtez, 2009: 399.

görüşünü yargılamaya dâhil edebilir. Bilirkişi ile uzman görüşü arasında farklılık olduğu takdirdeyse, çelişkilerin giderilmesi amacıyla yeni bir bilirkişi incelemesi yaptırılmalıdır¹¹⁰. Buna karşılık mahkeme, yeni bilirkişi incelemesi yaptırmadan ilk atadığı bilirkişi görüşüne göre karar veriyorsa, bunun gerekçelerini, bilimsel ve teknik temelleriyle birlikte açıklamalıdır¹¹¹.

Uzman görüşünün hukuki niteliği, doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre¹¹², uzman görüşü, bilirkişi raporunun aksine delil değildir. Uzman görüşü, tarafın mahkemeye sunduğu yazılı bir beyandır. Bu beyan, tarafların diğer bütün beyanları gibi hukuki dinlenilme hakkı, bu anlamda da adil yargılanma hakkı uyarınca mahkeme tarafından değerlendirilmek zorundadır. Aksi durumda hukuki dinlenilme hakkı ve dolayısıyla adil yargılanma hakkı ihlal edilmiş olur¹¹³. Bu düşünceye göre, uzman görüşünün bilirkişi raporu gibi delil olarak nitelendirilmemesinin temel nedeni, bilirkişinin tarafsızlığını ve objektifliğini temine yönelik Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda düzenlenen hükümlerin uzmanlar için öngörülmemesidir¹¹⁴. Özellikle uzmanların yemin etmemesi, bilirkişi gibi yasaklıklarının veya reddedilmelerinin mümkün olmaması, listelere kaydedilmemeleri, bu anlamda ön incelemeye tabi tutulmamaları ve bilirkişiden farklı olarak uzmana sorulacak soruların sadece

¹¹⁰ Pekcanitez, 2009: 399; Görgün vd., 2019: 601. “Mahkeme özellikle özel ve teknik bilgiyi gerektiren konularda, tarafın sunduğu uzman görüşünün dava konusuyla ilgili olması halinde mutlaka dikkate almak ve değerlendirmek zorundadır. Bu anlamda alınan bilirkişi raporuna, taraflardan biri, uzman görüşüne dayanmak suretiyle itiraz etmiş ve bu itirazlar mahkeme tarafından hiç değerlendirmeye alınmamış ve itirazlar gerekçeli bir şekilde karşılanmamış ise uzman görüşüne dayanan tarafın 6100 Sayılı HMK'nın 27., Anayasa'nın 36. ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının en önemli unsuru olan hukuki dinlenme hakkını ihlal etmiş olabilecektir. Dosyaya ibraz edilen uzman görüşünde bilirkişi raporu ile tespit edilen görüşlerinin aksine tespit ve görüşler ileri sürülmüş olup, bilirkişi raporu ile uzman görüşü ciddi şekilde çelişkiler içermektedir. Alınan bilirkişi raporu ile uzman görüşü arasındaki çelişkinin giderilmesi amacıyla dosyanın yeni bir bilirkişi heyetine tevdi edilmesi yerine yetersiz ve esaslı itiraza uğrayan rapora dayanılarak uzman görüşü kararda gerekçeli olarak değerlendirilip tartışılmadan karar verilmiş olması doğru olmamış, bozmayı gerektirmiştir.” Y. 15. HD. 2017/1782 E. 2017/3805 K. 06.11.2017 T. Karar için bkz. www.kazanci.com. Erişim tarihi: 01.03.2019. Aynı yönde; Y. 11. HD. 2016/7139 E. 2016/9125 K. 23.11.2016 T.; Y. 15. HD. 2015/5127 E. 2016/4635 K. 10.11.2016 T. Kararlar için bkz. www.kazanci.com. Erişim tarihi: 01.03.2019.

¹¹¹ Tanrıver, 2016: 35-36; Toraman, 2017: 667-668. Her ne kadar eleştirilere konu olsa da Avusturya yargı içtihatlarına göre, bilirkişi görüşü ile uzman görüşü arasında farklılık bulunması halinde, mahkemenin uzman görüşünü dikkate almadan ve farklılıklar hakkında gerekçelendirme yapmaya ihtiyaç duymaksızın mahkeme bilirkişisine göre karar verebileceği belirtilmektedir. Bkz. Verkerk, 2009: 182.

¹¹² Pekcanitez vd., 2020: 426; Tanrıver, 2016: 35; Akil, 2011a: 177; Yalabık, 2014: 2131; Tıktık, 2011: 91. İsviçre baskın doktrininde de uzman görüşünün taraf iddiası niteliğinde sayıldığı yönünde bkz. Alangoya, 1991: 42. Alman hukukunda, uzman görüşünü düzenleyen doğrudan bir hükmün bulunmadığı, uzman görüşünün bir delilden ziyade tarafların bir beyanı (açıklaması) olarak kabul edildiği yönünde bkz. Timmerbeil, 2003: 177-178. Avusturya hukukunda, uzman görüşüne (privatgutachten) ilişkin doğrudan bir hüküm bulunmadığı, bilirkişiliğe ilişkin hükümlerin uzman görüşüne doğrudan uygulanmadığı ve uzmanlar tarafından verilen raporlara mahkemelerin delilsel bir değer verme noktasında isteksiz oldukları ancak genel olarak birçok husus dikkate alınarak bu raporların hakimlerin serbestçe değerlendirebileceği yazılı bir delil (documentary evidence) olarak kabul edildiği yönünde bkz. Verkerk, 2009: 182-183.

¹¹³ Pekcanitez vd., 2020: 426; Tanrıver, 2016: 35; Toraman, 2017: 664-665. Bu sebeple bu görüşe göre de; hakim, uzman görüşünü değerlendirmek ve onun aksine karar verdiği durumlarda bunun gerekçesini hükmünde belirtmek zorundadır. Bkz. Tanrıver, 2016: 35.

¹¹⁴ Pekcanitez, 2009: 400; Pekcanitez vd., 2013: 799; Toraman, 2017: 664.

onu atayan tarafça belirlenmesi, uzman görüşünün delil olarak nitelendirilememesinin nedenleridir¹¹⁵. *Toraman*'a¹¹⁶ göre, taraf bilirkişisinin (uzman görüşünün) bir delil olarak kabul edilmeyişinin temelinde bu kişilere duyulan güvensizlik yatmaktadır. Yazar'a göre bu durumu, hiç kimsenin kendi lehine bir delil düzenleyemeyeceği ilkesi ile açıklamak mümkündür.

Doktrindeki diğer bir görüşe¹¹⁷ göre ise, uzman görüşü, bilirkişi raporu gibi takdiri bir delildir. Bunun nasıl değerlendirileceği ise mahkemenin takdirindedir¹¹⁸. Bu düşüncedeki bir Yazar'a¹¹⁹ göre, uzman görüşünü hüküm altına alan 293. maddenin, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda delilleri düzenleyen bölüm arasında düzenlendiği göz önünde bulundurulduğunda, uzman görüşünü delil olarak nitelendirmek mümkündür. Öte yandan Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 293. maddesi ile uzmanın duruşmaya çağrılabilmesi, taraflarca ve hâkimce sorgulanabilmesi ve duruşmaya gelmediği takdirde uzman görüşünün değerlendirilmeyeceğinin düzenlenmesi de uzmanın görüşüne önem verildiğini göstermekte ve uzman görüşünün takdiri bir delil olduğuna işaret etmektedir¹²⁰. Dolayısıyla, uzman görüşünü basit bir taraf açıklaması olarak kabul etmek mümkün değildir. Uzman görüşünü taraf açıklaması olarak nitelendiren Alman, Avusturya ve İsviçre doktrinin dikkate alınması bu noktada yanıltıcı olabilir. Zira bu ülkelerde uzman görüşünün yasal bir düzenlemesi bulunmamaktadır¹²¹. Yargıtay'ın ise bu konuda net bir görüşünün olduğunu söylemek zor olsa da, bu yöndeki bir kararda Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 293. maddesi uyarınca uzman görüşü alınabileceği ve hâkimin bu delili serbestçe değerlendirebileceği belirtilerek, uzman görüşünün takdiri bir delil olarak algılandığına işaret edilmiştir¹²².

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 293. maddesi uyarınca; taraflarca yargılamaya görüş sunacak kişinin "uzman" olması gerektiği belirtilmektedir. Uzman, "belirli bir işte,

¹¹⁵ Toraman, 2017: 664.

¹¹⁶ Toraman, 2017: 662-663.

¹¹⁷ Kuru, 2015: 322; Öztekin, 2014: 1624-1625; Çayan, 2013: 10; Arslan vd., 2019: 466. Sarısözen'e göre ise, uzman görüşü bir delil değerlendirme aracı olarak kabul edilebilir. Yazar, bu yönüyle uzman görüşü ile bilirkişi raporunun benzerlik gösterdiğini belirtmektedir. Bkz. Sarısözen, 2014: 1704.

¹¹⁸ Kuru, 2015: 322.

¹¹⁹ Öztekin, 2014: 1624. Aynı yönde; Çayan, 2013: 10.

¹²⁰ Öztekin, 2014: 1624-1625. Aynı yönde: Arslan vd., 2019: 466. Ancak Yazar'a göre uzman görüşü, bilirkişi delili değildir. İki delil türü arasında önemli farklar bulunmaktadır. Nitekim Kanun'da bilirkişi incelemesi ile uzman görüşünün farklı bölümlerde düzenlenmesi de bu görüşlerin (uzman görüşü ve bilirkişi görüşü) farklı deliller olarak kabul edildiğinin göstergesidir. Age: 1625.

¹²¹ Öztekin, 2014: 1624-1625.

¹²² "Yargılama sırasında yürürlüğe giren ve somut uyuşmazlığa uygulanması gereken 6100 Sayılı HMK'nın 293. maddesinde, tarafların, davaya konu olayla ilgili olarak uzmanından bilimsel mütalaa alabilecekleri düzenlenmiş olup *hakimin bu delili serbestçe değerlendirebileceği* kuşkusuzdur. Bu itibarla, mahkemece alınan bilirkişi raporları ile sunulan uzman görüşü arasındaki çelişki giderilerek ve gerekirse anılan maddenin ikinci fıkrasında düzenlenen, hakimin rapor alınan uzman kişiyi davet ederek dinleyebileceği imkanı da gözetilerek oluşacak sonuç çerçevesinde karar verilmesi gerekirken..." Y. 11. HD. 2014/5201. E. 2015/2984 K. 05.03.2015 T. Karar için bkz. www.kazanci.com. Erişim tarihi: 01.03.2019.

belirli bir konuda bilgi, görüş ve becerisi çok olan kimse” olarak tanımlanmaktadır¹²³. Buna karşılık Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda görüş sunacak kişinin gerçekten uzman olup olmadığının nasıl değerlendirileceği ve o kişi uzman değilse, mahkemenin nasıl bir tutum sergileyebileceği belirtilmemiştir. Bunun yanında ilgili maddede uzmandan alınacak görüşün bilimsel nitelikte olmasından bahsedilmiştir. Bu çerçevede, gerçek anlamıyla bilimsel kabul edilmeyen ve genellikle tecrübeye dayanan (araba tamiri gibi) uzmanlık alanlarında da ilgili kişiden (uzmandan) görüş alınıp alınmayacağı da belirsizdir. Aynı şekilde sunulacak uzman görüşünün hangi unsurları içermesi gerektiği, karşı tarafa tebliğ edilip edilmeyeceği, karşı tarafın bu görüş ile nasıl mücadele edeceği gibi hususlar da net değildir¹²⁴. Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 293. maddesinde sadece ilgili tarafın talebiyle uzmanın duruşmaya çağırılmasına karar verilebileceği ve uzmana hâkim ile tarafların soru sorabileceği açıklanmaktadır.

Uzman, ilgili tarafça yaptığı anlaşma uyarınca görüşünü yargılamaya aktarmaktadır. Diğer bir deyişle, uzman ile onun görüşünü yargılamaya aktaran taraf arasında bir sözleşme ilişkisi bulunmaktadır. Bu olgunun sonucu olarak da uzmanın ücreti, sahip olduğu yetkileri ve kendisini yargılamaya dâhil eden tarafa karşı olan sorumluluğu da bu sözleşme hükümlerine ve borçlar hukukunun tamamlayıcı kurallarına tâbi olacaktır. Bu sözleşme, doktrinde genel olarak eser sözleşmesi olarak nitelendirilmekle¹²⁵ beraber uzmanın görüş açıklamak dışında üstlendiği yükümlülüklerle göre bu sözleşmenin hizmet veya vekâlet sözleşmesi olarak da nitelendirilebileceği ileri sürmektedir¹²⁶.

Uzman ile taraf arasında yapılan bu sözleşmeyi “bilirkişilik sözleşmesi” olarak isimlendirmek mümkündür¹²⁷. Bu sözleşmenin konusu, belirli bir alanda uzmanın görüş beyan etmesi, rapor hazırlamasıdır. Tarafların, bu sözleşmeyi hazırlarken, uzmanın edimini nasıl ifa edeceğini ve uzman görüşünün nasıl kullanılacağını kararlaştırmaları gereklidir. Bu sözleşme ile rapor sonucunun baştan belirlenmesi ise, kural olarak mümkün değildir¹²⁸. Aksi durumda, hazırlanan raporun, bilirkişi raporundan ziyade “hatır” veya “taraf” raporu olarak

¹²³ Türk Dil Kurumu Büyük Türkçe Sözlük, bkz. http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts. Erişim tarihi: 01.03.2016.

¹²⁴ Doktrinde uzman görüşünün de gerekçeli olması gerektiği, mahkemeye ilgili tarafça sunulduktan sonra tarafın verdiği dilekçe ile karşı tarafa tebliğ edilmesi gerektiği belirtilmektedir. Bkz. Sarısözen, 2014: 1716.

¹²⁵ Pekcanitez, 2009: 403; Tanrıver, 2017: 35; Toraman, 2017: 130-131.

¹²⁶ Pekcanitez, 2009: 403. Aynı yönde: Akil, 2011a: 180. İsviçre Federal Mahkemesi’nin bir kararına göre ise bilirkişi incelemesinin sonucunun doğruluğu, objektif ölçütlerle belirlenebilir nitelikte ise eser sözleşmesinin hükümleri, aksine sonucun objektif ölçütlerle değerlendirme imkânının olmadığı durumlarda ise vekâlet hükümlerinin taraf ile uzman arasındaki sözleşmeye uygulanacağı belirtilmiştir. Bkz. ATF 127 III 328, Jdt 2001 I 254, naklen Toraman, 2017: 128.

¹²⁷ “Bilirkişilik Sözleşmesi” ifadesi ve sözleşmenin maddi hukuk boyutu için bkz. Tarman, 2005: 11 vd.

¹²⁸ Tarman, 2005: 11.

nitelendirilebileceği ifade edilmektedir¹²⁹. Bir başka ifadeyle; uzman, sözleşmenin kurulması aşamasında, tarafların istediği bir sonuca göre değil, ilgili uzmanlık alanındaki bilimsel bilgi ve metotlara uygun olarak görüşünü oluşturmalıdır ki bu sözleşme bilirkişi sözleşmesi olarak nitelendirilebilsin. Zira konumuzla bağlantılı olarak, yargılamaya görüş aktaracak kişinin bilimsel, doğru ve objektif görüş bildirmesi onun için bir zorunluluktur¹³⁰. Bu şekilde hareket etmeyen kişinin, bilirkişi yahut Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun ifadesi ile uzman olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. Bu tür kişiler, ancak danışman veya yardımcı olarak nitelendirilebilirler ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 293. maddesi uyarınca kullanılamazlar. Bu nedenlerle, ancak gerekli incelemeler yapıldıktan sonra, uzmanın oluşturduğu görüşün ilgili tarafla aynı yönde olup olmadığı değerlendirilebilir ve yargılamaya aktarılıp aktarılmayacağına karar verilebilir. Öte yandan her olayın, her uyuşmazlığın birbirinden farklı olmasının sonucu olarak hangi bilgi ve yöntemlerin kullanılacağı, hangi unsurların sonuçlar üzerinde etkide bulunacağı ancak inceleme başladıktan sonra anlaşılabilecektir. Hatta çoğu zaman, aynı konu ve vakıa hakkında uzmanların farklı sonuçlara ulaşması da mümkündür. Bu sebeple de, uzmanın sözleşmenin imzalanması aşamasında bir sonucu (eseri) taahhüt etmesi çok zor, çoğu zaman ise mümkün değildir. Bu nedenle, bilirkişi sözleşmesini, eser sözleşmesi olarak nitelendirmek güçtür. Üstelik böyle bir taahhütte bulunulduğu durumlarda dahi sözleşmenin niteliği değişmeyecektir. Her ne kadar bir raporun sunulmasının taahhüt edilebileceği söylenebilirse de, bilirkişilik sözleşmesinin asıl yapılma sebebi birtakım sayfalardan oluşan raporun kendisi değil, onun önceden tam olarak bilinemeyecek bilimsel içeriği ve ulaştığı sonuçlardır¹³¹. Öte yandan, bir sözleşmenin eser sözleşmesi olarak nitelendirilebilmesi için ortaya çıkan sonucun ayıplı olup olmadığının tespit edilebilmesi gerekirken, bu değerlendirmenin yapılamayacağı hallerde özen yükümlülüğüne aykırılıktan ve buna bağlı olarak vekâlet sözleşmesinden bahsedilmektedir¹³². Bilirkişi

¹²⁹ Tarman, 2005: 11.

¹³⁰ Tanrıver, 2017: 31.

¹³¹ Doktrindeki bir görüşe göre de, bir sözleşmenin eser sözleşmesi olarak nitelendirilebilmesi için “yüklenilen işin önceden belirlenebilir ve bu anlamda önceden taahhüdü mümkün, sonuç vermeye elverişli bir iş olması şarttır. “Sonuç” yahut “eser”in önceden objektif ve net olarak ortaya konulabilmesi ve tamamlandıktan sonra, daha önce ortaya konulan sonuç tasarısı ile uygunluğunun denetlenebilmesi gerekir”. Bkz. Kurşat, 2009: 151. Bu bağlamda, ne olacağı önceden objektif ve net olarak öngörülemeyen, daha önceki tasarı ile karşılaştırılıp, buna uygun olup olmadığı (ayıplı olup olmadığı kesin olarak tespit edilemeyen) değerlendirilemeyen sonuçların “eser” sayılmaması gerektiği belirtilmektedir. Bkz. Öz, 1989: 7. Aynı şekilde faaliyeti yürüten kişinin kişisel özelliklerinin sonucu belirlediği iş görme edimlerinde de, eser sözleşmesi yerine vekâlet sözleşmesinin uygulanmasının daha uygun olduğu belirtilmektedir. Bkz. Kurşat, 2009: 151, dpn. 29. Ayrıca doktrinde, vekilin yürüttüğü iş nedeniyle de bir sonucun ortaya çıkabileceği, ancak eser sözleşmesinden farklı olarak, vekilin bu sonucu borçlanmadığı gibi garanti de etmediği belirtilmektedir. Bkz. Eren, 2020: 727. Yazar’a göre, “öğretim faaliyetinde bulunulması, hekimin hastayı tedavi etmesi, avukatın davayı yürütmesi, ücret karşılığı bilgi ve danışmanlık verilmesi işleri vekâlet sözleşmesinin kapsamına girer.” Age: 609, 728.

¹³² Kurşat, 2009: 164.

sözleşmesinde, ayıplı bir sonuçtan bahsedilmesi ise çoğu zaman mümkün değildir¹³³. Bu nedenle, bilirkişilik sözleşmesinin, istisnai durumlar dışında, vekâlet sözleşmesi olarak nitelendirilebileceğini düşünmekteyiz. Türk Borçlar Kanunu’nun 506. maddesinde düzenlenen “vekil üstlendiği iş ve hizmetleri, vekâlet verenin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle yürütmekle yükümlüdür” hükmünün, bilirkişide bulunması gereken bağımsızlık özelliği ile bağdaşmadığı, bu sebeple, bilirkişilik sözleşmesinin vekâlet sözleşmesi yerine eser sözleşmesi olarak nitelendirilmesi yönündeki görüşe de katılmamaktayız¹³⁴. Zira eser sözleşmesini düzenleyen Türk Borçlar Kanunu’nun 471. maddesi, aynı hükmü, eser sözleşmesi için de öngörmüştür. Buna göre “Yüklenici, üstlendiği edimleri iş sahibinin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle ifa etmek zorundadır”. Bunun yanında vekilin talimat almasının, bilirkişinin bağımsızlığı ile uyumlu olmadığı, bu anlamda bilirkişilik sözleşmesinin vekâlet sözleşmesi olarak nitelendirilemeyeceği yönündeki görüşe¹³⁵ de katılmamaktayız. Yukarıda belirttiğimiz üzere; uzmanın yargılamaya doğru, tarafsız ve bilimsel görüş bildirme zorunluluğu vardır. Vekâlet sözleşmesi olarak nitelendirmenin sonucu olarak bilirkişinin talimat alması, onu bilimsel ve teknik bilgiye uygun olarak görüş bildirmekten alıkoymaz. Nitekim vekâlet sözleşmelerinin en tipik örneği olan avukatlık sözleşmesinde de avukatın talimat alması mümkün ise de, bu durum avukatın hukuka ve kendi etik kurallarına göre görevini yürütmesine engel olmaz. Avukat, kanuna ve etik kurallara uygun olmayan talimatları yerine getirmekle yükümlü değildir. Bunun gibi, inceleme konusunun belirlenmesi veya inceleme yeri ve zamanı konusunda tarafın bilirkişiye talimat verebilmesi, bilirkişiyi, doğruyu söylemekten, objektif ve tarafsız görüş bildirmekten alıkoymaz.

Belirttiğimiz üzere; bilirkişilik sözleşmesi ile uzman ve yargılamanın taraflarından birisi arasında hak ve yükümlülükler belirlenmektedir. Uzmanın sözleşmesel yükümlülüklerini ihlal etmesi, onu sözleşme imzaladığı tarafa karşı sorumlu hale getirmektedir. Buna karşılık, uzmanın yargılamanın diğer tarafına karşı hukuken sorumlu olup

¹³³ Tarman’a göre ise, bilirkişi raporunun hatalı olması en tipik ayıp türüdür. Yazar’a göre “bilirkişinin somut olaya ilişkin verileri değiştirmesi, bazı önemli verileri raporda hiç dikkate almaması, yanlış bir deney yöntemi uygulaması, deney sonuçlarını karıştırması veya bilirkişinin vardığı sonucun günün bilim ve teknoloji düzeyine uymaması durumlarında ayıplı bilirkişi raporlarından söz edilir.” Bkz. Tarman, 2005: 68-69. Esasen Yazar’ın ayıp olarak nitelendirdiği bazı hususlar, bilirkişilik sözleşmesinde sonucun taahhüt edilemeyeceğini de göstermektedir. Zira bir deneyin yanlışlığı, uygulanan metotların çağdaşlığı ve güvenilirliği sübjektif ve değişkendir. Bir konuda bir uzmanın kabul edip, uyguladığı bilgi, yöntem ve muhakeme, başka bir uzman tarafından uygun görülmebilir. Ayrıca bu bilgi ve yöntemlerin doğruluğu ve kesinliği olaya, yere ve zamana göre değişkenlik de gösterebilir. Öte yandan, Yazar’ın belirttiği hususların birçoğu ayıptan ziyade özen borcuna ilişkin olup, ilgili durumların varlığı halinde özen borcuna aykırılıktan bahsedilebilecektir.

¹³⁴ Toraman, 2017: 129 vd.; Tarman, 2005: 38 vd.

¹³⁵ Toraman, 2017: 129 vd.

olmadığı ise tartışılabilir niteliktedir. *Pekcanitez*'e¹³⁶ göre uzman, bilirkişiden farklı olarak yargılamanın diğer tarafına karşı sorumlu değildir. *Sarısözen*¹³⁷ ise, herhangi bir ayırım yapmaksızın bilirkişinin hukuki sorumluluğuna ilişkin açıklamalar yaptıktan sonra haksız fiil hükümlerine göre uzmanlar aleyhine dava açılabilirliğini ifade etmektedir.

Uzmanın, mahkemeye yahut yargılamadaki diğer tarafa karşı sözleşmesel bir sorumluluğunun bulunmadığı aşîkârdır. Bu olguya rağmen, uzmanın ilgili alandaki bilgi ve tecrübelerine uygun olarak, yargılamaya doğru görüş aktarmakla yükümlü olduğu söylenebilir. Mevzuatımızda, uzmanın yemin etme yükümlülüğünü düzenleyen doğrudan bir hüküm bulunmamakla beraber, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 29. ve 293. maddeleri ile Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesinin, uzmanı tarafsız ve doğru görüş bildirmeye mecbur tuttuğu söylenebilir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 293. maddesi uyarınca uzmanın raporu mahkemeye sunulur; uzman, talep üzerine veya re'sen duruşmaya çağrılabilir ve kendisine hâkim veya taraflarca sorular sorulabilir. Uzmanın hazırladığı raporun ve buna uygun olarak duruşmadaki sorulara vereceği cevapların eksiksiz, doğru ve bilimsel (veya teknik) bilgi veya tecrübeye uygun olması zorunludur. Aksi durumda, uzmanın tarafları ve hâkimi kandırabilmesine izin verilmiş olacaktır. Bu durum ise hukukun hiçbir ilkesi ile açıklanamaz. Bunun yanında her ne kadar taraflar için öngörölmüş bir kural olsa da 29. maddenin uzmanı da kapsayacak şekilde geniş yorumlanması gerekmektedir. Uzman görüşü, ister taraf ifadelerinin bir uzantısı, isterse de taraflarca üretilmiş bir delil olarak kabul edilsin Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 29. maddesinin yansımasının bir sonucu olarak, uzmanın doğruyu söylemekle yükümlü olduğu açıktır. Öte yandan Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesinin de uzmanın yargılamaya doğru ve bilimsel bilgi aktarmasını gerektiren diğer bir düzenleme olduğu kabul edilebilir. İlgili alandaki uzmanlığa, bilim ve tekniğe uygun olmayan, üçüncü kişileri ve özellikle hâkimi aldatmaya yönelik raporu hazırlayan uzmanın dürüstlük kurallarına uygun davrandığından bahsedilemeyecektir. Bütün bu olguların sonucu olarak, kasten veya ihmal ile gerçeğe aykırı görüş bildiren uzmanın, haksız fiil hükümlerine göre sorumlu tutulması söz konusu olabilecektir. Ancak hemen belirtmek gerekir ki; mevcut uygulamamız bakımından, birçok durumda haksız fiil unsurlarının oluşması oldukça zordur. Zira doktrindeki bazı görüşlere ve mevcut uygulamalara bakıldığında, hâkimin sadece uzman görüşüne göre karar oluşturması mümkün değildir. Bu sebeple, ilgili uzmanın doğrudan bir zararın nedeni olarak görülme olasılığı oldukça azdır. Bunun gibi, bilimsel alanda birçok

¹³⁶ Pekcanitez, 2009: 403. Aynı yönde: Akil, 2011a: 180.

¹³⁷ Sarısözen, 2014: 1731.

doğrunun söz konusu olabilmesi, aynı konuda farklı metotların uygulanıp, farklı sonuçlara ulaşılabilmesi kusurun ispatlanmasını da oldukça güçleştirecektir¹³⁸.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 293. maddesinde belirtilen uzman ile bilirkişi arasında önemli farklar bulunmaktadır. Öncelikle belirtmek gerekir ki; baskın görüşe göre uzman görüşünü mahkemeye sunan taraf, bunun için yaptığı masraflara katlanmak zorundadır. Bir başka ifadeyle, uzman görüşü için yapılan masraflar, yargılama gideri olarak sayılmaz ve dava kazanılsa dahi davanın karşı tarafından tahsil edilemez¹³⁹. Buna karşılık bilirkişi ücreti yargılama gideri olarak kabul edilir ve karşı taraftan tahsil edilebilir (HMK m.323/1/e).

Öte yandan uzman görüşü, kural olarak taraflarca yargılamaya dâhil edilmektedir. Bu bağlamda, mahkeme tarafından re'sen uzman görüşü alınması söz konusu olmadığı gibi uzman atanması için mahkemeden izin alınmasına da gerek yoktur¹⁴⁰. Buna karşılık bilirkişi, re'sen veya tarafların talebinin kabul edilmesiyle mahkeme tarafından atanmaktadır¹⁴¹. Bunun yanında Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 293. maddesi uyarınca görüş bildirecek uzman, ilgili tarafça seçilmektedir¹⁴². Rapor verecek uzmanın seçilmesine hâkim, müdahale etmez. Buna karşılık bilirkişiler, bölge adliye mahkemelerinin yargı çevreleri esas alınarak, bilirkişi bölge kurulu tarafından hazırlanan listelere kayıtlı kişiler arasından hâkim tarafından belirlenmektedir (HMK m. 268). Bu kapsamda, uzmanın aksine bilirkişinin seçiminde tarafların iradesi dikkate alınmaz.

Kural olarak, uzman sayısını da taraflar belirlemektedir. İlgili tarafın, bir veya birden fazla uzmandan görüş alması mümkündür¹⁴³. Birden fazla uzmandan görüş alındığında, bilirkişi heyetinin aksine bunların toplamının tek sayı olmasına da gerek yoktur¹⁴⁴. Buna

¹³⁸ Bu zorlukların aşılması amacıyla bilirkişilik sözleşmesinin, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme olarak nitelendirilmesi hakkında bkz. Tarman, 2005: 97 vd. Yazar'ın, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme yerine, güven teorisine göre bilirkişinin üçüncü kişilere karşı sorumlu tutulabileceğine dair görüşleri için bkz. Tarman, 2005: 112 vd. Bilgi ve kanaat sağlayan kişilerin, üçüncü kişilere karşı sorumluluğunu, haksız fiil, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme ve güven teorisini kullanmak suretiyle karşılaştırmalı olarak açıklanması için bkz. Oğuztürk, 2008: 216 vd., 254 vd.

¹³⁹ HMK m. 293 gerekçesi; Öztekin, 2008: 186; Tanrıver, 2017: 35-36; Toraman, 2017: 278-279; Tıktık, 2011: 91; Akil, 2011a: 179; Tutumlu, 2012: 259; Pekcanitez, 2009: 402; Arslan vd., 2019: 466; Görgün vd., 2019: 600. Aksi görüşteki Çayan'a göre ise uzmana verilecek ücret, yargılama giderlerini düzenleyen HMK'nın 323. maddesinde belirtilen "diğer giderler" kapsamında sayılmalıdır. Bu sebeple, belirtilen gider, davanın kazanılması halinde yargılamanın karşı tarafından tahsil edilebilir. Zira kişi, yargılamanın tarafı olmasaydı uzmana ücret ödemek zorunda kalmayacaktı. Bkz. Çayan, 2013: 11-12. Uzman görüşü için adli yardıma da başvurulamayacağı yönünde bkz. Tanrıver, 2016: 37. Alman Yüksek Mahkemesi'nin (BGH), uzman görüşünün dikkate alınması gerektiği ve Medeni Usul Kanunu'nun (ZPO) 91. maddesi uyarınca kaybeden tarafın, uzman görüşü için makul bir ücret ödemesi gerektiği yönündeki kararları için bkz. BGH NJW 1996, 1597, 1598; NJW 1998, 2735; NJW-RR 1994, 219, 220-221 Naklen: Timmerbeil, 2003: 179.

¹⁴⁰ Tutumlu, 2012: 257-258; Çayan, 2013: 14.

¹⁴¹ Akil, 2011a: 177.

¹⁴² Pekcanitez, 2009: 400-401; Akil, 2011a: 176.

¹⁴³ Pekcanitez vd., 2013: 799.

¹⁴⁴ Sarısözen, 2014: 1708.

karşılık, bilirkişi olarak bir kişi görevlendirilebilir. Ancak gerekçesi belirtilerek, üye sayısı toplamı tek olan bilirkişi heyetinin de görevlendirilmesi mümkündür (HMK m. 267).

Diğer taraftan tartışmalı olmakla beraber uzmanların hukuki konularda da rapor düzenleyebilecekleri ileri sürülmektedir¹⁴⁵. Buna karşılık, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 266. ve 279. maddeleri uyarınca bilirkişilerin hukuki konularda görüş ve rapor düzenlemesi kesin bir şekilde yasaklanmıştır.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 278. maddesi, bilirkişi raporunun oluşturulması sırasında bilirkişi tarafından kullanılacak birtakım yetkileri düzenlemiştir. Buna göre bilirkişi bazı şartlar altında tarafların bilgisine başvurabileceği gibi bir nesne üzerinde inceleme de yapabilir. Buna karşılık Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 293. maddesinde düzenlenen uzmana bu tür yetkiler tanınmamıştır¹⁴⁶. Bu sebeple, uzman ancak kendisini yargılamaya dâhil eden taraftan ve/veya dava dosyasından elde edebildiği bilgi ve belgelere dayanarak görüşünü oluşturabilir¹⁴⁷. Bunun gibi Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda düzenlenen bilirkişilere özgü yükümlülükler, kural olarak uzmanlara uygulanmaz. Bu çerçevede, uzmanlar, bilirkişiler gibi Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 270. maddesinde belirtilen şartlara tabi olarak görevi kabule yükümlü olmadıkları gibi bilirkişilerden farklı olarak bunlara yemin de verdirilmez¹⁴⁸. Aynı şekilde bilirkişilerin yasaklılığı veya reddini düzenleyen Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 272. maddesi de uzmanlara uygulanmaz¹⁴⁹. Bunun gibi bilirkişi Türk Ceza Kanunu açısından kamu görevlisi sayılırken uzmanın bu şekilde nitelendirilebilmesi mümkün değildir¹⁵⁰. Öte yandan bilirkişi, hazırladığı raporu

¹⁴⁵ Pekcanitez, 2009: 407; Toraman, 2017: 160-161; Akil, 2011a: 181; Tanrıver, 2016: 33; Tıktık, 2011: 91; Atalı, 2016: 3279; Görgün vd., 2019: 600. Doktrindeki diğer bir görüşe göre ise; bilirkişiye başvurma konusunda öngörülen sınırlandırmalar uzman görüşü için de geçerlidir. Hâkimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgi için bilirkişiye başvurulamayacağı gibi bu konularda uzman görüşüne de başvurulamaz. Bkz. Sarısözen, 2014: 1706; Öztekin, 2008: 186. *Tutumlu*'ya göre de HMK'nın 293. maddesinde geçen "dava konusu olayla ilgili olarak" ifadesi, uzman görüşünün teknik konularla sınırlı olduğunu, buna karşılık hukuki konularda uzman görüşüne başvurulamayacağını göstermektedir. Bunun yanında Yazar'a göre hukuki konularda bilirkişiye başvuruyu yasaklayan bir düzenin uzman görüşü için aksi bir düşünceyi benimsemesi söz konusu olamaz. Ayrıca hukuku re'sen uygulamak durumunda olan hâkimin hukuki meselelerde uzman kişiyi duruşmaya çağırıp dinlemesi de mümkün değildir. Yazar'a göre hukuki mütalaaların dosyaya sunulmasını engelleyen bir hüküm bulunmadığı için bunların kullanılması mümkün ise de bunların hâkim tarafından değerlendirilmesi zorunlu değildir. Bu tür mütalaalar, delil olmadıkları gibi uzman görüşü olarak da kabul edilemez. Ancak hâkimin Medeni Kanun'un 1. maddesine dayanarak, hukuki görüşleri değerlendirip, kararına dayanak yapmasına da engel bir hüküm yoktur. Bkz. *Tutumlu*, 2012: 260-261.

¹⁴⁶ Tanrıver, 2017: 37.

¹⁴⁷ Çayan, 2013: 14.

¹⁴⁸ Pekcanitez, 2009: 400, 405. Uzmanların yemin etmeyeceği yönünde ayrıca bkz. Sarısözen, 2014: 1727; Akil, 2011a: 178; *Tutumlu*, 2012: 257. Aksi yöndeki bir görüşe göre ise; duruşmaya çağrılan uzmana yemin verdirilmesini engelleyen doğrudan bir hüküm bulunmadığı gibi uzmana yemin verdirilmesinin çeşitli faydaları da vardır. Bu anlamda HMK'nın 271. maddesi kıyasen uygulanarak uzmana yemin verdirilmesi mümkün olabilir. Teklif edildiği halde yemin etmeyen uzmanın görüşü ise mahkeme tarafından dikkate alınmaz. Bkz. Çayan, 2013: 13.

¹⁴⁹ Pekcanitez, 2009: 400; Tanrıver, 2017: 35; Akil, 2011a: 177-178; Çayan, 2013: 11.

¹⁵⁰ *Tutumlu*, 2012: 258; Çayan, 2013: 14.

mahkemeye bizzat tevdi ederken, uzman raporu kural olarak taraf vasıtasıyla mahkemeye aktarılır¹⁵¹. Ancak mahkeme gerekli görürse uzmanın duruşmada dinlenilmesine karar verebilir. Uzmanın mazeretsiz duruşmaya gelmemesi halinde ise, bilirkişilikten farklı olarak duruşmaya zorla getirilmesi yahut hakkında disiplinler yaptırımların uygulanması söz konusu olmaz. Bu durumda sadece uzmanın mahkemeye sunulan görüşü değerlendirmeye tabi tutulmaz (HMK m. 293/3)¹⁵².

1.2. Bilirkişiye Başvurulabilecek Haller

1.2.1. Genel Olarak

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 266. maddesi uyarınca hâkim, çözümü hukuk dışında özel ve teknik bilgiyi gerektiren uyuşmazlıklarda re'sen veya talep üzerine bilirkişiye başvurulmasına karar verir. Buna karşılık genel ve hukuki bilgiyle çözülebilecek konularda bilirkişiye başvurulması aynı maddede yasaklanmıştır (HMK m.266)

Madde gerekçesine göre özel bilgi "hukuk bilimi dışında, belirli bir bilim dalının araştırıp ortaya koyduğu sonuçlara ilişkin bilgidir." Teknik bilgi ise "fizik, kimya, matematik gibi pozitif bilimlerin verilerini uygulamaya yeterli bilgidir". "Yine belirli bir işletme boyutunu aşan, genel nitelik kazanmış, yetkili kişi, kurum ve kurullarca tespit edilmiş olan teknik standartlar da, teknik bilgi kavramının kapsamı içinde yer alır"¹⁵³.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 266. maddesi uyarınca, hâkimin bilirkişiye başvurabilmesi için, öncelikli olarak davanın çözümü için özel ve teknik bilgiye ihtiyaç duyulup duyulmadığına karar vermesi gerekir¹⁵⁴. İhtiyaç duyulmadığı kanısına varırsa bilirkişiye başvurmayacaktır¹⁵⁵. Buna karşılık, özel ve teknik bilgiye ihtiyaç duyulan davalarda ise hâkimin bilirkişiye başvurması gerekmektedir¹⁵⁶. Bu noktada akla şu soru gelebilir; davanın çözümlenmesi için gerekli özel ve teknik bilgi hâkimde bulunuyorsa, hâkimin yine de bilirkişiye başvurması gerekir mi? Bu konudaki bir görüşe¹⁵⁷ göre,

¹⁵¹ Çayan, 2013: 12.

¹⁵² Tutumlu, 2012: 257-258; Tanrıver, 2017: 36.

¹⁵³ HMK m. 266 gerekçesi; Tanrıver, 2011: 379.

¹⁵⁴ Kuru, 2001: 2632; A.Budak, 2006: 2; Özbek, 2009: 1131; Arslan vd., 2016: 444.

¹⁵⁵ Kuru, 2001: 2632; Arslan vd., 2016: 445.

¹⁵⁶ Ulukapı, 2001: 292; Duman, 1984: 745; Dülger, 2007: 662; Kalay, 1980: 149. Bazı durumlarda Kanun, özel ve teknik bilgiye ilişkin bir mesele hakkında olsa dahi bilirkişiye başvurmadan önce hâkim tarafından yerine getirilmesi gereken bazı yükümlülükler düzenlemiştir. Bu duruma örnek olarak, HMK'nın 210. ve 211. maddesi gösterilebilir. HMK'nın 211. maddesi uyarınca; hâkim, özel ve teknik bilgiye ilişkin olmasına rağmen bir belge üzerindeki yazı veya imzanın sahteliği hakkında bilirkişiye başvurmadan önce tarafı isticvap etmeli, bundan bir kanaat edinemezse ilgili kişiye imza attırıp, yazı yazdırmak suretiyle senetteki yazı ve imza ile karşılaştırma yapmalıdır. Keşif olarak nitelendirilen bu karşılaştırmadan da bir sonuç alamadığı takdirdeyse, ancak o zaman bilirkişiye başvurmalıdır. Bu sıra takip edilmeksizin, doğrudan bilirkişiye başvurunun ise mümkün olmadığı belirtilmektedir. Bkz. Aşık, 2019: 44-45.

¹⁵⁷ Önen, 1979: 223; Tutumlu, 2012: 199; Soyaslan, 2001: 343-344; Özbek, 2009: 1132; Danışman, 2009: 165; İnan ve Kumkale, 2006: 18; Gürelli, 1967: 26; Atalay, Pekcanitez Usul, 2017: 1930; Toraman, 2017: 302-303;

bilirkişiliği gerektiren bir konuda hâkim kendi özel ve teknik bilgisine dayanarak karar veremez. Hâkimin şahsi ilgi ve alakasıyla edindiği özel ve teknik bilgiyle uyumsuzluğu çözmesi, toplumun yargılamaya olan güveninin sarsılmasına neden olur. Zira yargılamaya güven duyulabilmesi için ilgili konunun toplumca uzmanlığı kabul edilmiş bir kişi tarafından açıklığa kavuşturulması gerekmektedir¹⁵⁸. Bunun yanında hâkimin kendisinde bulunan özel ve teknik bilgiyle uyumsuzluğu çözmeye çalışmasının, hâkimlik ve bilirkişilik sıfatlarının bir kişide birleşmesine neden olacağı, bu durumun ise, hâkim tarafından kullanılan özel ve teknik bilgiyi değerlendirme imkânlarını sınırlandıracağı belirtilmektedir. Zira hâkim kendi görüşünü ancak hükümle birlikte açıklayabileceğinden, taraflar da kullanılan özel ve teknik bilgiyi hüküm verildikten sonra ancak kanun yolu aşamasında değerlendirebilecek ve karşı çıkabileceklerdir¹⁵⁹. Bu bağlamda, gerek hukuki dinlenilme hakkının temin edilmesi gerekse de hâkimin tarafsızlığının korunması için özel ve teknik bilgiyle çözülebilecek uyumsuzluklarda, hâkimin bilirkişiye başvurması gerektiği, kendisinin bir şekilde sahip olduğu özel ve teknik bilgiyi kullanmaması gerektiği ileri sürülmektedir¹⁶⁰.

Buna karşılık doktrinde savunulan diğer bir görüşe¹⁶¹ göre ise, hâkimin ilgili konuda özel ve teknik bilgisinin bulunması halinde, hâkim bilirkişiye başvurmadan sahip olduğu bu bilgiyle uyumsuzluğu çözebilir. Ancak bu gibi hallerde, özel ve teknik bilginin niteliği ile bu bilgiden hüküm kurulurken nasıl yararlanıldığı taraflara anlatılmalı, aynı şekilde hükmün üst mahkeme tarafından denetlenebilmesi için bu bilgiler gerekçede belirtilmelidir¹⁶². Bu görüşte olan Yılmaz'a¹⁶³ göre, yeterli bilgiye sahip olduğu konularda hâkimi, bilirkişi seçmeye zorlamak usul ekonomisine aykırıdır. Yine Yazar'ın ifadesine göre bu durum "hâkimin kendi

Atalı vd., 2019: 529; Görgün vd., 2019: 572. Soyaslan'ın bir sempozyumda kendisine sorulan hâkimin kendi teknik bilgisine başvurabilir mi sorusuna verdiği cevaptan bu görüşü benimsediği anlaşılmaktadır. Yazar görüşünü şu şekilde gerekçelendirmiştir; "...somut bir misal veriyim: Ben, Polis Akademisine uzun yıllar derse gittim. Komiser olan öğrenci hukuk bitiriyor, hâkim oluyor, böyle var. Diyelim ki bu çocuk narkotikte çalıştı, uyuşturuculardan anlıyor. Yargıç önüne geldi, bence o bilgisine dayanarak orada hüküm veremez. Niye? Tartışılmaz o. İkinciye objektiflik diye bir olgu var, hükmü verenin dışında, objektif bir vakanın gerçekleşmesi ki, bu vakayı da bilirkişi gerçekleştirir. Der ki bir üçüncü şahıs, hükmü verenden ayrı bir şahıs, bir teyittir bunun anlamı aynı zamanda. Objektif olarak der ki: "Bu uyuşturucu". Hem tartışmayı açan, hem hükmü veren ile obje arasında subjektif ilişkisi yok olur. Tanıklığın kabul edilmeyiş nedenlerinden birisi buradadır, bence kullanamaz." Bkz. Soyaslan, 2001: 343-344.

¹⁵⁸ İnan ve Kumkale, 2006: 18.

¹⁵⁹ Toraman, 2017: 303.

¹⁶⁰ Atalı vd., 2019: 529.

¹⁶¹ Yılmaz, 2000: 21- 22, 24-25; Kuru, 2001: 2632; Umar, 2014: 824; Tanrıver, 2017: 44; Arslan vd., 2016: 445; Akil, 2011b: 708; Aydılek, 1992: 39; Çayan, 2013: 24-25; Başözen, 2008: 73. Kuru, görüşünü şu şekilde gerekçelendirmiştir. "Özellikle, bugün senede binlerce kira bedelinin tespiti davasını karara bağlayan ve bu nedenle o yerdeki olağan rayiç ve fiyat artışı hakkında çok iyi bilgiye sahip olan bir hâkime, kira bedelini bizzat tespit etmek yetkisinin tanınmaması ve hâkimi bilirkişi olarak seçtiği bir avukatın tespit ettiği kira bedeline göre karar vermeye mecbur tutmak, açıklaması güç bir çelişkidir ve hâkimin davanın gerçek hâkimi olması ile bağdaştırılmaz." Aynı görüşte Arslan, 2000: 193-194.

¹⁶² Yılmaz, 2000: 7. Aynı yönde; Umar, 2014: 798; Arslan, 2000: 196, 197 dnp: 20.

¹⁶³ Yılmaz, 2000: 21- 22, 24-25.

bilgisine uygulayabileceği hukuk kuralında daha yerinde hareket etmesi imkânını onun elinden alma anlamına gelir”. Benzer görüşte olan *Aydilek’e*¹⁶⁴ göre de hâkim, davanın halli için gerekli olan özel ve teknik bilgiye sahipse, bilirkişiye başvurmak zorunda değildir. Aksi yönde özel ve teknik bilgi ihtiyacının bulunduğu her durumda hâkimi bilirkişiye başvurmaya zorlamak yargılama kavramını zedeler ve hemen hemen her dava bakımından hâkimi bilirkişiye başvurma zorunda bırakabilir. *Yıldırım’a*¹⁶⁵ göre ise, bu noktada hâkime bir takdir hakkı tanınmalıdır. Hâkimin, bilirkişiye başvurmadan kendi özel ve teknik bilgisiyle ilgili hususu çözdüğü durumlarda da, sahip olunan bilgi ve tecrübe ayrıntılı olarak açıklanmalıdır. Buna karşılık, bilirkişiye başvurulacak konu, tıp gibi başka bir bilim dalının temel eğitimi almayı gerektiriyorsa, hâkim kendi özel ve teknik bilgisine başvuramaz. Böyle bir durumda bilirkişiye başvurmak, hâkim bakımından zorunlu hale gelmektedir¹⁶⁶.

Yargıtay¹⁶⁷ ise, birçok kararında özel ve teknik bilgi ihtiyacının bulunduğu durumlarda, hâkimin bu özel ve teknik bilgiye sahip olup olmadığını dikkate almaksızın bilirkişiye başvurulması gerektiğine karar vermektedir. Bu çerçevede, özel nitelikteki bir bilginin genel bilgi olarak kabul edilip, bilirkişiye başvurulmaması da Yargıtay tarafından uygun görülmemekle aksi yöndeki yerel mahkeme kararları bozulmaktadır¹⁶⁸. Ancak az da olsa aksi yönde kararlar görmek mümkündür. Örneğin, Yargıtay’ın bir kararına göre; “Hâkim özel ve teknik bilgisinin yetmediği hallerde bilirkişinin kendisine yardımcı olmasını ister. O halde, hâkim önce kendi özel ve teknik bilgisinin o davada yeterli olup olmadığını takdir

¹⁶⁴ Aydilek, 1992: 39.

¹⁶⁵ Yıldırım, 2004: 836.

¹⁶⁶ Yıldırım, 2004: 836.

¹⁶⁷ “Raporu serbestçe değerlendirme yetkisi hâkimin, bilirkişinin yerine geçerek hâkimlik mesleği dışında özel ve teknik bilgi gerektiren konuda şahsi bilgisi ile karar verebileceği anlamına gelmez. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 04.02.2009 tarih 2008/4-823 Esas 2009/50 Karar sayılı kararında da hâkimin kendisini bilirkişi veya bilirkişi kurulunun yerine koyamayacağı, özel ve teknik bilgiyi gerektiren konularda şahsi bilgisi ile sonuca gidemeyeceği, o konuda bilirkişi incelemesi yaptırması gerektiği belirtilmiştir...” Y. 15. HD. 2018/2796 E. 2018/2828 K. 03.07.2018 T. Karar için bkz. www.kazanci.com. Erişim tarihi: 28.02.2019. “Çözümü özel ve teknik bir bilgiyi gerektiren uyuşmazlıkta mahkemenin bilirkişi yerine geçerek kusur oranını tesbit yoluna gitmesinde isabet yoktur.” Y. 4. HD. 21.10.1991 1990/8857 1991/8988. “Hâkimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgi ile çözümlenebilecek konular dışında özel veya teknik bir bilgiyi gerektiren durumlarda mahkemenin bilirkişinin oy ve görüşünü alması zorunludur.” Y. 15. HD. 19.3.1984-272/909. Kararlar için bkz. TÜRMOB, 2000: 185, 198. “Hemen belirtmelidir ki, ecrimisil hesabı uzmanlık gerektiren bir husus olup, taşınmazın niteliğine uygun bilirkişi marifetiyle keşif ve inceleme yapılarak ve taleple bağlı kalınarak haksız işgal tazminatı miktarı belirlenmelidir. Alınan bilirkişi raporu, somut bilgi ve belgeye dayanmalı, tarafların ve hâkimin denetimine açık, değerlendirmenin gerekçelerinin bilimsel verilere ve HMK’nın 266 vd. maddelerine uygun olmalıdır.” Y. 8. HD. 2018/2143 E. 2018/16804 K. 04.10.2018 T. Karar için bkz. www.kazanci.com. Erişim tarihi: 26.02.2019.

¹⁶⁸ “Dava konusu 2007/3224 Sayılı tasarım belgesindeki 14 numaralı tasarıma tecavüzün tespiti özel ve teknik bilgiyi gerektirmekte olup, bu hususta alınan bilirkişi raporunun da mahkemece eksik görülmesi hâlinde HMK’nın 281. maddesi gereğince Bilirkişilik Kanunu’nun az yukarda belirtilen hükümleri de dikkate alınmak suretiyle bilirkişiden ek görüş alınması veya yeniden bilirkişi inceleme yaptırılması mümkündür. Ayrıca üniversitelerde dahi ayrı bir bölüm olan endüstriyel tasarıma dair bir konunun hâkimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgiyle çözümlenebileceğinden bahisle de mahkemece direnme kararı verilmesi hatalı olmuştur”. Y. HGK. 2017/11-99 E. 2018/1173 K. 06.06.2018 T. Karar için bkz. www.kazanci.com. Erişim tarihi: 27.02.2019.

edecek; ayrıca davanın karara bağlanabilmesi için gerçekten özel ve teknik bilginin gerekli olup olmadığını inceleyecek ve sonunda davanın gerektirdiği *ve fakat kendisinin bu özel ve teknik bilgiye sahip olmadığı kanısına varırsa, işte o zaman bilirkişiye başvurmak zorunda kalacaktır*”¹⁶⁹.

Hâkimin kendi çabası ile öğrendiği özel ve teknik bilgiye dayanarak hüküm verip veremeyeceği noktasında Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda özel bir düzenleme mevcut değildir. Ancak Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 266. maddesinin “mahkeme, çözümü hukuk dışında, özel ve teknik bilgiyi gerektiren hallerde, taraflardan birinin talebi üzerine yahut kendiliğinden, bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına *karar verir*” ifadesinin kesinliği esas alındığında, özel ve teknik bilgiye ihtiyaç duyulan hallerde hâkimin takdir hakkının olmadığı ve kendisinde bulunsa dahi özel ve teknik bilgi ihtiyacını karşılamak için bilirkişiye başvurmanın zorunlu olduğu anlamı çıkmaktadır¹⁷⁰. Kanaatimizce, istisnai bazı durumlar dışında, hâkimin kendi özel ve teknik bilgisine dayanarak uzmanlık gerektiren bir davada karar vermesi pek mümkün değildir. Hâkimlerin hukuki konularda dahi bilirkişiye başvurmak istedikleri, hukuki konuların bile sürekli değişip, genişlediğinden bahisle hâkimlerin hukuk alanlarındaki uzmanlıklarının dahi sorgulandığı bir ortamda, hâkimin haricen edindiği özel ve teknik bilgiyle uyumsuzluğu çözebileceğini söylemek kolay olmayacaktır. Gerçekten de günümüzde uzmanlık alanları sürekli olarak gelişmekte, uzmanlığa ilişkin mevcut bilgiler çok kısa süre içinde eski ve yetersiz hale gelmektedir. Yine sahip olunan bilgi, mevcut uzmanlık alanı dışında ortaya çıkan yeni olgularla değişebilmekte ve mevcut durumdan farklı sonuçlara ulaşabilmektedir. Buna karşılık, mevcut yoğunlukları göz önünde bulundurulduğunda hâkimlerin, haricen sahip oldukları özel ve teknik bilgilerini, sürekli olarak güncel tutmaları oldukça zordur. Bir an için bu bilgilerin güncel tutulduğunu kabul ettiğimiz bir durumda dahi, hâkimin uzmanlığının ve kullandığı bilgilerin taraflarca değerlendirilmesi ve denetlenmesi mümkün olmadığından bu bilgilerin güvenilirliği şüpheli kalmaya devam edecektir. Güncellikleri ve güvenilirlikleri tartışmalı olacak özel ve teknik bilgilerle davanın çözülmeye çalışılması ise yargı kararlarının sorgulanmasına, yargılamaya duyulan güvenin sarsılmasına neden olacaktır¹⁷¹.

1.2.2. Bilirkişiye Başvurmanın Zorunlu Olduğu Haller

Türk Hukuku açısından bir uyumsuzluğun özel ve teknik bilgiyi gerektirip gerektirmediği, diğer bir ifadeyle bilirkişiye başvurulup başvurulmayacağı hâkimin

¹⁶⁹ 4. HD. 8.12.1982, 10559/11360. Bkz. Arslan 2000: 194 naklen Yasa, 1983/1, s.99/100.

¹⁷⁰ Toraman, 2017: 302.

¹⁷¹ İnan ve Kumkale, 2006: 18.

takdirindedir¹⁷². Ancak hâkime verilen bu takdir yetkisi, bazı durumlarda Kanun tarafından kısıtlanmış ve bu hallerde hâkimin bilirkişiye başvurması zorunlu hale getirilmiştir¹⁷³.

Mevzuatımızın bilirkişiye başvurmayı zorunlu tuttuğu hallerin büyük bir kısmı, Türk Medeni Kanunu'nda düzenlenmiştir. Örneğin, Türk Medeni Kanunu'nun 165. maddesine göre; akıl hastalığı nedeniyle açılmış boşanma davasında, diğer eş için ortak hayatı çekilmez hale getiren hastalığın kalıcı olduğunun tespiti, resmi sağlık kurulu raporuyla yapılmalıdır. Bunun gibi Türk Medeni Kanunu'nun 409. maddesi uyarınca; “akıl hastalığı veya akıl zayıflığı sebebiyle kısıtlamaya ancak resmi sağlık kurulu raporu üzerine karar verilir”. Bu kişilerin üzerindeki vesayetin kaldırılması kararı da kısıtlama nedeninin ortadan kalktığına resmi sağlık kurulu raporuyla tespit edilmesi halinde verilebilir (TMK m. 474). Aynı şekilde Türk Medeni Kanun'un 436. maddesi uyarınca; akıl hastalığı, akıl zayıflığı, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı yahut ağır tehlike arzeden bulaşıcı hastalığı olanlar hakkında koruma amaçla özgürlüğün kısıtlanması kararı ancak resmi sağlık kurulu raporuna dayanılarak verilebilir. Bunun gibi Türk Medeni Kanunu'nun 40. maddesi uyarınca hâkimin cinsiyet değişikliğine izin vermesi için başvuran kişinin ilgili şartları taşıdığı, bir eğitim ve araştırma hastanesinden alınacak resmi sağlık kurulu raporu ile tespit edilmelidir¹⁷⁴.

Türk Borçlar Kanunu'nda da bazı hususların ancak bilirkişi incelemesiyle tespit edilebileceği düzenlenmiştir. Örneğin, Türk Borçlar Kanunu'nun 224. maddesine göre hayvan satımında, satışa konu hayvandaki ayıpların belirlenmesi için mahkemeye başvurulduğu takdirde, ayıbın tespiti bilirkişi aracılığıyla yapılabilir¹⁷⁵. Aynı şekilde hizmet sözleşmesinde işçiye, ücretle birlikte cirodan veya kardan pay verilmesi veya işçiye belirli işlere aracılık yapması halinde ücret ödeneceği kararlaştırılmışsa ve taraflar bu payın veya ücretin miktarı üzerinde anlaşamamışlarsa, işçiye ödenecek miktarın mahkeme aracılığıyla tespit edileceği hallerde; Türk Borçlar Kanunu'nun 403. ve 404 maddesi uyarınca bu miktarın bilirkişi aracılığıyla tespit edilmesi gerekir¹⁷⁶. Bunun gibi Türk Borçlar Kanunu'nun 474. maddesi uyarınca; eser sözleşmesinde iş sahibi veya yüklenici ayıbın varlığı veya yokluğunun tespiti

¹⁷² Arslan vd., 2016: 444.

¹⁷³ Mavioğlu, 1970: 372; Arslan vd., 2016: 444.

¹⁷⁴ Kuru, 2015: 309; Tanrıver, 2017: 42.

¹⁷⁵ Arslan vd., 2016: 445. TBK m. 224. “Hayvan satışında satıcının sorumlu olacağı süre yazılı olarak belirlenmemiş ve ayıp da hayvanın gebeliğine ilişkin değilse satıcı, ancak ayıbın devrin yapıldığı veya alıcının devralmada temerrüdünün gerçekleştiği günden başlayarak dokuz gün içinde kendisine bildirilmesi ve ayrıca, hayvanın bilirkişilerce gözden geçirilmesinin aynı süre içerisinde yetkili makamdan istenmesi halinde sorumlu olur.”

¹⁷⁶ TBK m. 403. “Sözleşmeyle işçiye ücretle birlikte üretilenden, cirodan veya kârdan belli bir pay verilmesi kararlaştırılmışsa, hesap dönemi sonunda bu pay, yasal hükümler veya genellikle kabul edilmiş ticari esaslar göz önünde tutularak belirlenir. İşçiye belli bir pay verilmesi kararlaştırılan hâllerde, payın hesaplanmasında uyusulamazsa işveren, işçiye veya onun yerine, birlikte kararlaştırdıkları ya da hâkimin atadığı bilirkişiye bilgi vermek ve bilginin dayanağını oluşturan işletmeyle ilgili defter ve belgeleri incelemesine sunmak; kârdan bir pay verilmesi kararlaştırılmışsa, işveren işçiye, istemi üzerine ayrıca yıl sonu kâr zarar cetvelini vermek zorundadır.”

için mahkemeye başvurduğu takdirde, eserin durumu bilirkişi vasıtasıyla incelenecektir¹⁷⁷. Aynı şekilde yayım sözleşmesinde, taraflar ücret kararlaştırmamışlarsa, ücret bilirkişi görüşü alınmak suretiyle hâkim tarafından belirlenecektir¹⁷⁸.

Öte yandan Kamulaştırma Kanunu'nun 10. maddesi uyarınca, kamulaştırma bedelinin mahkemece tespiti de bilirkişiler vasıtasıyla gerçekleştirilecektir¹⁷⁹. Bunun gibi Türk Ticaret Kanunu'nun 343. maddesi uyarınca; anonim şirketlere konulan ayni sermaye ile kuruluş sırasında devralınacak işletmelerin ve ayınların değeri, şirket merkezinin bulunacağı asliye ticaret mahkemesince atanan bilirkişilerce tespit edilir¹⁸⁰. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 263. maddesine göre de okuma ve yazma bilmeyen sağır ve dilsizler, işaret dilinden anlayan bilirkişiler vasıtasıyla dinlenebilir¹⁸¹.

Mevzuatımız tarafından bilirkişiye başvurmanın zorunlu tutulduğu durumların dışında, Yargıtay'ın, herhangi bir yasal dayanak olmamasına rağmen, hâkimleri zorunlu olarak bilirkişiye yönlendirdiği bazı haller de vardır. Bu gibi hallerde Yargıtay, bilirkişiye başvurulmadığı takdirde, eksik inceleme nedeniyle kararı bozmakta ve bilirkişi incelemesi yapılması için dosyayı ilk derece mahkemesine göndermektedir¹⁸². Örneğin, tıp ve mühendislikle ilgili konularda, kıymet takdiri ve kira bedelinin tespitinde, bir yerin orman vasfına haiz olup olmadığının belirlenmesinde veya trafik kazalarında kusur oranlarının saptanmasında, ilk derece mahkemesinin bilirkişi incelemesi yaptırması gerektiği düşünülmektedir¹⁸³. Bu düşünce, hâkimin takdir hakkına müdahale gibi gözükse de kanaatimizce, bu gibi hallerde, hâkimin bilirkişi görüşü olmadan karar vermesi zaten mümkün değildir. Zira bu tür konular, nitelikleri gereği bilirkişiye muhtaç olup, hâkimin bunları kendi

¹⁷⁷ TBK m. 474 “İş sahibi, eserin tesliminden sonra, işlerin olağan akışına göre imkân bulur bulmaz eseri gözden geçirmek ve ayıpları varsa, bunu uygun bir süre içinde yükleniciye bildirmek zorundadır. Taraflardan her biri, giderini karşılayarak, eserin bilirkişi tarafından gözden geçirilmesini ve sonucun bir raporla belirlenmesini isteyebilir.”

¹⁷⁸ Tanrıver, 2016: 43.

¹⁷⁹ Başözen, 2008: 73.

¹⁸⁰ Tanrıver, 2016: 42; Atalay, Pekcanitez Usul, 2017: 1919.

¹⁸¹ Kuru, 2015: 309. Bunun dışında, TTK m. 1083/3 de belirtilen durumlarda mevzuat gereği bilirkişiye başvurmanın zorunlu olduğu belirtilmektedir. Bkz. Age: 309. Aynı şekilde, TTK m. 356 ve m. 376/3 hükümleri uyarınca da belirli şartların oluşması halinde bilirkişiye başvurmanın zorunlu olduğu belirtilmektedir. Bkz. Atalay, Pekcanitez Usul, 2017: 1919-1920.

¹⁸² Atalay, 2001: 186. “HUMK'nun 275. (HMK'nun 266. maddesi) vd. maddelerine göre, çözümü özel veya teknik bilgiyi gerektiren hallerde mahkemece uzman bilirkişinin oy ve görüşüne başvurulması zorunludur. Mahkemece, kasko sigortalı araçtaki hasarın ihbar edildiği şekilde gerçekleşip gerçekleşmediğinin ve teminat kapsamında olup olmadığının tespiti için uzman bilirkişi veya bilirkişi heyetinden rapor alınarak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken sigorta şirketinin hasar dosyasındaki eksper raporuna dayanılarak eksik incelemeyle karar verilmesi doğru olmamış, kararın bozulması gerekmiştir.” Y. 17. HD. 2016/1302 E. 2016/5803 K. 11.05.2016 T. Karar için bkz. www.kazanci.com. Erişim tarihi: 19.03.2019.

¹⁸³ Mavioğlu, 1970: 373 vd. “HUMK'nun 275. ve takip eden maddeleri uyarınca, çözümü özel ve teknik bilgiye dayanan konularda ihtisas sahibi kişilerin vereceği rapor esas alınarak hüküm kurulması gerekir. Sonucu açık ve belli durumlar ayrı olmak üzere, trafik kazalarında kusur oranı da uzman bilirkişi aracılığıyla belirlenmelidir.” Y. 17. HD. 2013/9974 E. 2014/9227 K. 09.06.2014 T. Karar için bkz. www.kazanci.com. Erişim tarihi: 19.03.2019.

başına takdir etmesi düşünülemez¹⁸⁴. Ancak bu gibi konuların belirlenmesinde aşırıya da kaçılmamalıdır. Yargıtay'ın bazı durumlarda sınırı aşp, hukuki konularda dahi bilirkişiye başvurmayı zorunlu tuttuğu görülmektedir¹⁸⁵.

1.2.3. Bilirkişiye Başvurulamayacak Haller

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 266. maddesine göre; hâkim özel ve teknik bilgi eksikliğini gidermek için bilirkişiye başvurabilir. Buna karşılık, aynı düzenlemeyle özel ve teknik bilginin zıttı olarak kabul edebileceğimiz genel ve hukuki bilgiyle çözümlenebilecek konularda bilirkişiye başvurmak açıkça yasaklanmıştır. Bunun dışında 6754 sayılı Bilirkişilik Kanunu'nun temel ilkeleri düzenleyen 3. maddesinin 8. fıkrası uyarınca “Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi ile bu Sisteme entegre bilişim sistemleri veya yazılımlar vasıtasıyla ulaşılabilen bilgiler veya çözülebilen sorunlar için de bilirkişiye başvurulamaz.” Aşağıda bu hususları ayrı başlıklar altında incelemeye çalışacağız.

1.2.3.1. Genel Bilgi ile Çözölebilecek Konular

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 266. maddesi uyarınca, genel bilgi ve tecrübe ile çözümlenebilecek konularda bilirkişiye başvurulması mümkün değildir. Ancak madde metninde ifade edilen “genel bilgi ve tecrübe” kavramı, ucu oldukça açık, tanımlaması ve açıklaması son derece zor bir kavramdır. Bir bilginin genel mi özel mi olduğu subjektif olup, zamana ve yere göre değişiklik gösterebilmektedir¹⁸⁶.

Doktrinde bilimsel araştırma ve inceleme mahsulü olmayan veyahut da bir mesleğin sürekli icrasından kaynaklanmayan, yaşam deneyimlerinden ve toplumun gözlenmesinden çıkarılabilecek, bu anlamda herkes tarafından bilinmesi mümkün olan hususların genel bilgi kavramı içinde yer aldığı ve bu konularda bilirkişiye başvurulmaması gerektiği ifade edilmektedir¹⁸⁷. Bu konudaki diğer bir görüşe¹⁸⁸ göre ise, hâkimler bakımından genel bilgi,

¹⁸⁴ Duman, 1984: 745.

¹⁸⁵ “Hal böyle olunca vakıf durumunu gösterir tapu kayıtları, davaya konu taşınmazın dayanağı olan tapulama tutanağı, kayıtlar ve dayananlar diğer belgeler merciinden istenmeli, Vakıflar Genel Müdürlüğünden kayda işaret edilmiş vakfın türü hakkında bilgi alınmalı, vakıfname sınırları keşfen uygulanarak fen rapor ve krokisinde taşınmazın vakıfname içeriğine ve sınırlarına göre konumu belirlendikten sonra vakfın niteliği hakkında 6100 Sayılı HMK'nın 266. maddesi uyarınca üniversitelerin Medeni Hukuk kürsüsünde görevli ve Vakıflar Hukuku konusunda uzman olan (3. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2011/386 - 2012/336 Sayılı ve 3. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2006/386 - 2008/35 Sayılı dosyalarında bilirkişilik yapan öğretim üyeleri dışında) öğretim üyelerinden rapor alınmalı, yukarda değinilen ilkeler çerçevesinde vakfın türüne göre taşınmazlarda vakfın bir hakkının kalıp kalmadığı, vakıf şerhinin kaldırılması gerekip gerekmediği saptanmalı ve sonucuna göre bir karar verilmelidir.” Y. 14. HD 2016/575 E. 2018/6465 K. 09.10.2018. Karar için bkz. www.kazanci.com. Erişim tarihi: 26.02.2019.

¹⁸⁶ Apalak, 2001: 521-522.

¹⁸⁷ Arslan, 2000: 196. “...Numune Hastanesi'nde tıbbi zorunlulukla ikinci defa ameliyat olduğunda ilk ameliyat işleminde vücudunda (2) metre uzunluğunda gazlı tampon unutulduğunun, bezin alınması ile tespit edildiğini, ancak bundan sonra sağlığına kavuştuğu...”olayda, “...gazlı bezin vücutta unutulduğu çekişmesiz olduğuna göre

özel bir emek ve zaman harcamaksızın öğrenilen, mesleği ve geçtiği eğitim sürecinin bir mahsulü olan ve aynı statüdeki ortalama her hâkimin bilebileceği bilgi olarak açıklanmaktadır.

*Gürelli*¹⁸⁹ ise genel bilginin çerçevesinin çizilebilmesi için lise öğreniminin yardımcı bir kriter olarak kullanılabileceğini ileri sürmektedir. Yazar'a göre, hukuk fakültesinden önceki en yüksek öğrenim seviyesi olan lise öğrenimi sırasında elde edildiği farz edilen bilgiler, hâkim açısından genel bilgi kapsamındadır. Ancak bu noktada, lise kitaplarındaki bütün bilgileri değil, lise öğreniminden akılda kalması umulan bilgileri dikkate almak gerekir.

1.2.3.2. Hukuki Bilgi ile Çözölebilecek Konular

Bilirkişiye başvurulamayacak diğer husus ise, hukuki bilgiyle çözümlenebilecek konulardır. Kanuni düzenlemeler ele alındığında, hukuki meseleler bakımından hâkimin bilirkişiye başvurmasının kesin bir şekilde yasaklandığı görölmektedir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 266. maddesi uyarınca "...hâkimlik mesleğinin gerektirdiği hukuki bilgiyle çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişiye başvurulamaz. Hukuk öğrenimi görmüş kişiler, hukuk alanı dışında ayrı bir uzmanlığa sahip olduğunu belgelemedikçe, bilirkişi olarak görevlendirilemez"¹⁹⁰. Bilirkişilik Kanunu'nun temel ilkeleri düzenleyen 3. maddesi ile 10. maddesinin 4. fıkrasında da, bu yasaklar aynı şekilde düzenlenmiştir. Hâkim bakımından getirilen bu yasağın, bilirkişi açısından görünümü, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 279. maddesinin 4. fıkrasında düzenlenmiştir. Bu maddeye göre "Bilirkişi, raporunda ve sözlü açıklamaları sırasında çözümü uzmanlığı, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hususlar dışında açıklama yapamaz; hâkim tarafından yapılması gereken hukuki nitelendirme ve değerlendirmelerde bulunamaz". Bilirkişilik Kanunu'nun 3. maddesinin 2. fıkrası da aynı hükme yer vererek bilirkişilerin hukuki konularda görüş bildirmesini yasaklamıştır.

bu açık olgu karşısında, doktorun objektif ağır kusurunun varlığı kabul edilmeli, doktorun kusurlu olup olmadığının, bilirkişiye inceletirilmesine ihtiyaç duyulmamalıdır." Y. 13. HD., 14.03.1983 T, 1982/7237 E, 1983/1783 K. Bkz. Savaş, 2007: 125. "İsteğin belirtilen hukuki niteliği ve içeriği bakımından olayda tesbite esas alınması tapudaki pay ve paydaşlık durumunun incelenip değerlendirilmesi ve kadaastro tesbitindeki pay oranları ile karşılaştırılmasının yapılması gerekeceği kuskusuz. Ne var ki, bu yönün çözümlenmesinin ve açıklığa kavuşturulmasının özel ve teknik bir bilgiyi gerektirmediği göz ardı edilerek mahkemeye uzman bilirkişiden görüş ve rapor alınmasına karar verilmesi ve uzman bilirkişi ücretinin kesin önele rağmen yatırılmamasından ötürü davalının kanıtlanamamış sayılarak reddedilmesi isabetsizdir. Nitekim HUMK'un 275. maddesinde aynen "mahkeme çözümü özel ve teknik bir bilgiyi gerektiren hallerde bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına karar verir. Hâkimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgi ile çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişi dinlenemez" denilmektedir". Y. 1. HD. 18.11.1985-13087/12809 bkz. TÜRMOB, 2000: 188. Doktrinde sadece dört işlem gerektiren faiz veya vekâlet ücreti hesaplamalarının, genel bilgi kapsamında kaldığı belirterek bunlar için bilirkişiye başvurulmaması gerektiği ifade edilmiştir. Bkz. Tanrıver, 2016: 43-44.

¹⁸⁸ Apalak, 2001: 522.

¹⁸⁹ Gürelli, 1967: 23.

¹⁹⁰ Bilirkişilik Kanunu'nun 10. maddesinin 4. fıkrası uyarınca, hukuk öğrenimi görmüş kişiler, hukuk dışında ayrı bir uzmanlıklarının varlığını belgelemedikleri takdirde bilirkişi listelerine ve sicillerine de kaydedilmez.

Doğrudan bilirkişiliği düzenleyen yukarıdaki hükümlerin yanında, Tük Hukukunun hâkim tarafından re'sen uygulanacağına ilişkin Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 33. maddesi ile Anayasanın 9. maddesi ve 138. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesinin de hukuki meselelerde bilirkişiye gidilemeyeceğini gösteren diğer hükümler olduğu belirtilmiştir¹⁹¹.

Hukuki konularda bilirkişiye gidilemeyeceğini içeren yukarıdaki düzenlemeler yeni değildir. Yürürlükten kaldırılan Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 275. maddesi de açık bir şekilde hukuki bilgi ile çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişiye gidilemeyeceğini düzenlemekteydi. Ancak bu hükme rağmen uzun yıllar hukuki konularda bilirkişiye gidilmiştir. Günümüz açısından da değişen bir şeyin olmadığı görülmektedir. Mahkemeler, bir şekilde hukukçu bilirkişiden görüş almaya çalışmaktadır. Nitekim Bakırköy 19. İş Mahkemesi ve Bakırköy 31. İş Mahkemesi, kanuni yasakların aşılması amacıyla Bilirkişilik Kanunu'nun 10. maddesinin 4. fıkrası ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 266. maddesinin son cümlesinin iptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuşlardır. İptali istenen hükümler, hukuk öğrenimi görmüş kişilerin hukuk alanı dışında ayrı bir uzmanlığa sahip olduklarını belgelemedikçe, bilirkişi listelerine kaydedilemeyeceklerini ve bilirkişi olarak seçilemeyeceklerini düzenlemektedir. Anayasa Mahkemesi'nin de belirttiği üzere, iptali istenen bu hükümler, "hâkimin hukuk bilgisiyle çözebileceği konularda bilirkişiye başvurulmasını yasaklayan düzenlemelerin doğal sonuçlarıdır".

Anayasa Mahkemesi'ne göre, hukuki konularda bilirkişiye başvurulmasının engellenmesi, adil yargılanma hakkının ihlali olarak kabul edilemez. Zira hukuk kurallarını bulmak ve olaya uygulamak hâkimin görevidir. Aynı şekilde hukuk öğrenimi görmüş kişilerin bilirkişi olarak atanmasının engellenmesi, mahkemelerin Anayasa'nın 138. maddesi uyarınca uymaları gerekli bir Kanun hükmü olduğundan, ilgili hükümlerin yargı bağımsızlığını ihlal ettiğinden de bahsedilemez. Yüksek Mahkeme, aynı zamanda ilgili Kanun maddelerinin gerekçelerini aynen tekrar ederek, hukuki konularda en yetkin kişinin hâkim olduğunu, yargı yetkisinin bilirkişiye devredilemeyeceğini, ilgili hukuk kurallarını bulup, uygulanmasının hâkimin sorumluluğunda olduğunu, bu anlamda tekrar bilirkişiye başvurulmasının gereksiz zaman ve masraf kaybına neden olacağını belirterek, iptal taleplerini reddetmiştir¹⁹².

Öte yandan Anayasa Mahkemesi, idari para cezasının iptali için Sulh Ceza Mahkemesi'nde açılan bir davada, uyuşmazlığın incelenmesi için hukuki konularda, hukukçu bilirkişi atandıktan sonra davanın reddine karar verilip, bilirkişi ücretinin davacı tarafa

¹⁹¹ HMK m. 266 gerekçesi; Tanrıver, 2017: 38; Görgün, 2014: 363-364,

¹⁹² Anayasa Mahkemesi 2017/20 E. 2018/75 K. 05.07.2017 T. 31-42. Paragraflar. Karar için bkz. RG. T. 30.11.2018, S. 30611.

yükletilmesinden dolayı mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir. Karar gerekçesine göre; “hâkimin hukuk bilgisiyle çözümlenebileceği ilk bakışta açık bir şekilde anlaşıldığı halde bilirkişi görüşüne başvurularak bu yargılama giderlerinin ilgili tarafa yükletilmesi mülkiyet hakkına ölçüsüz bir müdahaleye yol açar”¹⁹³. Kanaatimizce, ceza yargılaması neticesinde ortaya çıkan bu karar, hukuk yargılamasında da uygulanabilir niteliktedir. Zira medeni yargılama hukukunda da bilirkişi, hâkim yardımcısı olarak kabul edilmekte, tarafların iradesine bağlı olmaksızın hâkim tarafından re’sen atanabilmektedir. Bu sebeple, bir hukuk yargılamasında, hâkimin hukuk bilgisiyle çözümlenebileceği ilk bakışta anlaşılan konularda bilirkişiye başvurulduğu takdirde, yukarıda belirtilen Anayasa Mahkemesi kararı uyarınca mülkiyet hakkının ihlal edildiğinden bahsedilebilecektir.

Türk doktrinindeki baskın görüş¹⁹⁴ de mevzuata uygun olarak ideal hukuk bakımından hukuki konularda bilirkişiye gidilmemesi gerektiğini savunmaktadır. Bu düşünceye göre, ilgili hukuk kurallarını bulmak ve olaya uygulamak, münhasıran hâkimin sorumluluğundadır¹⁹⁵. Hukuki konularda en yetkin bilirkişi ise, hâkimdir¹⁹⁶. Hukuki konularda bilirkişiye başvurulması, hâkime Anayasa ve ilgili mevzuat hükümlerince verilmiş görev ve yetkilerin bilirkişiye geçmesine neden olmaktadır¹⁹⁷. Mahkemelerin yetkilerinin bilirkişiye devredilmesi ise, anayasalarda ve insan hakları bildirgelerinde kabul edilen bağımsız ve tarafsız bir mahkeme önünde yargılanma hakkının ihlaline sebebiyet

¹⁹³ Anayasa Mahkemesi, Başvuru Numarası: 2015/10393 Karar Tarihi: 09.01.2019. Karar için bkz. RG. T. 31.01.2019, S. 30672. Kararın 78. Paragrafı. “Somut olayda da başvurucunun, izinsiz bağış topladığı olgusunu inkâr etmeyip sadece idari para cezasının hukuki denetimi ile sınırlı olarak itirazda bulunduğu halde Sulh Ceza Hâkimliğinin hukukçu bir bilirkişiye rapor düzenlettirdiği görülmektedir. Sulh Ceza Hâkimliği, hâkimin hukuk bilgisiyle aydınlatılması mümkün olmayan teknik ve bilimsel herhangi bir konuda görüş istemediği veya soru sormadığı gibi bilirkişi de raporunda hukuki denetim ile ilgili olarak görüş bildirmiştir. Bu durumda somut olay bağlamında bilirkişi görüşüne başvurulmasının gerekli olmadığı daha ilk bakışta anlaşılmaktadır. Üstelik her ne kadar bilirkişi ücreti tutarı nispeten az olsa da bu tutarın başvurucunun itirazına konu idari para cezası miktarının yaklaşık olarak yarısı tutarında olduğu dikkate alınmalıdır. Diğer bir deyişle başvuru itirazı bakımından hiçbir yarar sağlamadığı halde aleyhine verilen idari para cezasının yaklaşık olarak yarısını daha ödemek durumunda kalmıştır. Bu durumda aleyhine yargılama giderlerine hükmedilmesi suretiyle mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin başvurucuya yüklediği külfet, içerdiği kamu yararı amacıyla dahi meşru kılınmamaktadır. Buna göre kamu yararı ile başvurucunun mülkiyet hakkının korunması arasındaki adil dengenin başvuru aleyhine bozulduğu ve müdahalenin ölçülü olmadığı sonucuna varılmıştır. Açıklanan gerekçelerle Anayasa’nın 35. maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir”. Kararın 85. 86. 87 Paragrafı.

¹⁹⁴ Yılmaz, 2000: 24-25; Kuru, 2001: 2633; Toraman, 2017: 151 vd.; Tanrıver, 2017: 37-38; Gürel, 2001: 468; Apalak, 2001: 521; Kılıçoğlu, 1986: 643-644; Aşçıoğlu, 2001: 256-257; Arslan, 2000: 198; Akil, 2011b: 711; Dülger, 2007: 672; Öz, 2000: 213-214; Şişli, 2000: 225; Papakçı, 2016: 450 vd.; Demircioğlu, 2007: 206; Görgün vd., 2019: 573; Pekcanitez vd., 2020: 412. “... İddia ve savunma doğrultusunda bilirkişiden rapor alınmasına karar verilmiştir. Bu karar da usul ve yasaya aykırıdır. Çünkü mahkemece bilirkişiden hukuki yönde rapor alınmasına karar verilemez. Tarafların iddia ve savunmaları mahkemece değerlendirilerek, iddianın hukuki niteliği saptandıktan sonra sadece zarar tutarı için bilirkişiden rapor alınması gerekir. Bu yönlerin mahkemece gözden uzak tutulması doğru görülmemiş ve yerel mahkeme kararının bozulması gerekmiştir.” Y. 11. HD 8.3.1988, 8733/1392 naklen bkz. Arslan, 2000: s. 199.

¹⁹⁵ Tanrıver, 2017: 37-38; Pekcanitez vd., 2020: 412.

¹⁹⁶ Tanrıver, 2017: 38; HMK m. 266 gerekçesi.

¹⁹⁷ Öz, 2000: 214; Aydılek, 1992: 39; Pekcanitez vd., 2020: 412; Görgün vd., 2019: 573.

vermektedir¹⁹⁸. Bu açıdan öncelikle tarafların adalete olan inançlarını sarsmaktadır¹⁹⁹. Öte yandan, genel ve hukuki bilgiyle çözümlenebilecek konularda bilirkişiye gidilmesi yargılamanın en az masrafla en kısa sürede çözülmesini amaçlayan Anayasa'nın 141. maddesiyle, bu anlamda usul ekonomisi ilkesiyle bağdaşmaz²⁰⁰. Bu şekilde yapılan bilirkişi incelemesi, yargılamayı daha masraflı hale getireceği gibi hakkın yerine getirilmesini de geciktirmektedir²⁰¹.

Doktrindeki baskın görüşün aksine hâkimin hukuki konularda yardım alabileceğini savunun yazarların sayısı da azımsanmayacak kadar çoktur²⁰². Örneğin; *Atalay*,²⁰³ baskın görüşün savunduğu “hukuki konularda en yetkin bilirkişi (uzman), hâkimdir²⁰⁴” görüşünden ayrılmaktadır. Yazar’a göre hâkim, özellikle de yeni mezun olmuş bir hâkim, karşılaşılabilecek her hukuki konuda yeterli bilgi sahibi olmayabilir ve bunun bir şekilde karşılanması gerekir. Yazar’a göre hâkimlerin hukuki konular için bilirkişiye başvurmaları, Türk Medeni Kanunu’nun 1. maddesi bakımından bilimsel görüşlerden faydalanmadır. Ancak mevzuatımızda bilimsel görüş alınması için gerekli olan ücretin karşılanması noktasında herhangi bir hüküm bulunmadığından hâkimler, çözmekte zorlandıkları hususların değerlendirilmesi, diğer bir ifadeyle bilimsel bir görüş elde edebilmek için bilirkişilik çatısı altında ilgili konularda uzman hukukçulardan görüş almaya çalışmaktadır. Nitekim bu bir ihtiyaçtır. Zira gittikçe karmaşıklaşan hukuki problemlerin veya uluslararası bir uyuşmazlığın çözümünde özellikle yeni mezun olmuş bir hâkimin kendi başına çözüm üretmesi zordur. Ancak Yazar, mevcut açık düzenleme karşısında bu görüşünün hukuki konularda bilirkişiye gidilmesine izin veren bir düşünce olmadığını, ancak belki bilimsel görüş alma noktasında uygun bir düzenleme yapılması için bir öneri olabileceğini belirtmektedir.

¹⁹⁸ Demircioğlu, 2007: 206-207; Akil, 2011b: 712; Papakçı, 2016: 451 vd.

¹⁹⁹ Gürel, 2001: 468; Öz, 2000: 214.

²⁰⁰ Pekcanitez vd., 2020: 412; Akil, 2011b: 712; Demircioğlu, 2007: 206.

²⁰¹ Demircioğlu, 2007: 206; Pekcanitez vd., 2020: 412. “Yargıç bir yandan hak ve adalete uygun karar verirken, öte yandan davayı en az giderle ve en kısa sürede sonuçlandırmak için kendisinden beklenen özeni göstermek zorundadır. Aksi halde pahalı adalet olgusu görülmekte olan dava da gerçekleşmiş olur. Gereksiz yere bilirkişi incelemesi yaptırılması veya birlikte yapılacak işlerin ayrı ayrı zaman ve işlemlerle yapılması yalnız taraflara yargılama gideri yüklemekle kalmaz, Hakkın alınmasını da geciktirir.” Y. 4. HD 15.4.1989 3-6364/7388. Bkz. TÜRMOB, 2000: 191.

²⁰² Karayalçın, 2001: 255 vd.; Atalay, 2001: 180 vd., s. 252; Salkaya, 2000: 131-132; İnan ve Kumkale, 2006: 19; Şahan, 2012: 43; Atalı, 2016: 3278.

²⁰³ Atalay, 2001: 180 vd, 252.

²⁰⁴ HMK m. 266 gerekçesi; Tanrıver, 2017: 38. “...Medeni Kanun’un yürürlüğünden önceki feraiz ve tevsii intikal ile ilgili hükümler, yabancı hukuk olmayıp kendi mevzuatımıza ilişkin bulunduğu için hakim tarafından doğrudan doğruya incelenip uygulanması zorunludur...Bilirkişiyle durumun incelenmesi mümkün değildir. Çünkü, *Kanun hükümlerini ve hukuk kurallarını uygulamakta hâkim en uzman ve yetkili kişidir*” 2. HD 16.2.1981, 1091/1092 Bkz. Arslan, 2000: s. 199 naklen ABD 1981/3, s. 412-413.

*Karayalçın*²⁰⁵ da hukuki konularda hâkimin yardım alabileceğini savunmaktadır. Yazar'a göre Usul Kanunu'nun kabul ettiği "hâkim her şeyi bilir" prensibi, gerçekçi bir yaklaşım değildir. Zira hukukun kapsamı çok geniştir, bu anlamda bir hukukçunun her konuda her şeyi bilmesi mümkün değildir²⁰⁶. Dolayısıyla hâkim, bilgi eksikliğinin bulunması halinde hukuki mütalaa alma yoluna gidebilmelidir. *Umar*'a²⁰⁷ göre de Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 266. maddesinde düzenlenen hukuki konularda bilirkişiye gidilemez kuralı, her hâkimin bildiği veya bilmesi gerekeceği hukuki konularla sınırlı tutulmalıdır. Buna karşılık karmaşık, henüz bilimsel ve yargısal içtihadın belirlenmediği konularda ise, ilgili konuda uzman hukukçulardan yardım alınabilir. Yazar'a göre, birçok dalı ve detayı olan hukuk biliminde bir hâkimin, hukukun bütün dallarından çıkacak sorunları doğru bir şekilde teşhis edecek ve çözebilecek hukuki uzmanlığa sahip olması düşünülemez. Yazar, görüşünü savunurken; pratisyen bir hekimin, uzman bir hekimden danışmanlık almasının yasaklanmasının mantıksızlığını örnek olarak göstermektedir. Bunun dışında, Türk Medeni Kanunu'nun (1. maddesinin) da bilimsel ve yargısal içtihadın belirlenmediği sorunlarda uzman akademisyenlerden görüş alınmasına olanak sağladığı, Yazar tarafından soru sorma yöntemiyle dolaylı olarak ifade edilmektedir. Öte yandan Yazar'a göre, tarafların sunduğu hukuki mütalaaların hukuka uygun olduğu kabul edilirken, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 286. maddesinin hâkime uzman bir kişiye (hukukçuya) bilirkişi sıfatıyla gerekçeli rapor yazdırma yetkisi verdiği kabul edilmelidir. *Umar*,²⁰⁸ bilirkişinin görüşünü

²⁰⁵ Karayalçın, 2001: 255 vd.

²⁰⁶ Aşçıoğlu, hâkimin her şeyi bilmesine olanak bulunmadığını kabul etmekle beraber, var olan bilgi eksikliğinin mevcut bilimsel eserlerle giderilebileceğini, dolayısıyla bilirkişinin hukuki konularda devreye sokulmaması gerektiğine işaret etmektedir. Bkz. Aşçıoğlu, 2001: 256-257.

²⁰⁷ Umar, 2014: 793-797.

²⁰⁸ Umar, 2014: 818. Yazar, görüşünü bir duvarın yıkılması nedeniyle açılacak bir tazminat davası örneği ile desteklemektedir. Yazar'a göre zararın tespiti için görevlendirilen inşaat mühendisi, yıkılan duvarın yenisinin yapılması için gerekli olan maliyeti belirtmekle yetinemez. Bu maliyetten eskime payı düşülmesi hukuk gereği olduğu için bilirkişi, bu durumu belirterek (düşmenin hukuk gereği olduğuna işaret ederek), buna göre zarar (tazminat) hesabı yapacaktır. Age: 818. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu döneminde hukuki konularda bilirkişiye gidilebileceğini savunan diğer bir görüşe göre de, hukuki konularda bilirkişiye başvurulmasını engelleyen Kanun'un (HUMK) 275. maddesinin geniş bir şekilde yorumlanması gerekir. Bu düşünceye göre, 275. madde değerlendirilirken, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 281. maddesinde bilirkişi raporu için gerekçelendirmeyi zorunlu tutan düzenlemeyi dikkate almak gerekir. Zira bilirkişinin görüş ve beyanın doğru olabilmesi için gerekçenin olaya ve olayın ilgili bulunduğu hukuk kurallarına uygun olması gerekmektedir. Bkz. Salkaya, 2000: 131-132. Örneğin, inşaatın tamamlama oranını tespit edecek hukukçu olmayan bilirkişinin, fesihle sonuçlanan sözleşmede alacaklı tarafın hangi zarar kalemlerini isteyebileceğini veya haksız feshe neden olan müteahhidin hangi haklardan yararlanabileceğini bilmesi, bu anlamda menfi zarar-müspet zarar ayırımı yapması mümkün değildir. Bu husus ancak heyette bulunacak bir hukukçu bilirkişi ile tespit edilebilir. Bu sebeple de Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 275. maddesinin dar yorumlanmaması gerekir. Bkz. Salkaya, 2000: 132-133. Benzer bir anlayışa göre de özel ve teknik konular için atanan bilirkişilerin hukuk kurallarını yeterince bilmemesi ve bu yüzden maddi meseleler ile hukuk kuralları arasında bağlantı kurulamamasından dolayı, kurul halinde görevlendirmelerde heyetin içinde hukukçu bilirkişinin bulunması bilirkişi görüşünün sağlıklı oluşumuna yardımcı olabilir. Bkz. İnan ve Kumkale, 2006: 19; Öz, 2000: 215; Görgün, 2014: 364. Ancak bilirkişinin bu durumdaki görevi hukuki görüş bildirmek değil, olayda uygulanacak

açıklarken hukuki değerlendirmelerde bulunmasını yasaklayan Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 279. maddesinin 4. fıkrasına da benzer anlayışla bakmaktadır. Yazar'a göre bilirkişi görevini yerine getirirken (örneğin bir hesaplamanın yapılabilmesi için) hukuki değerlendirme de yapmak zorunda ise, bu değerlendirme görevinin zorunlu bir parçası olduğundan Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 279. maddesinin 4. fıkrası bilirkişinin hukuki değerlendirme yapmasını engellemez.

*Atalı*²⁰⁹ da zaman ve masrafların artması yönündeki sakıncalarına karşın hukuki konularda bilirkişiye başvurma gerekliliğini düşünmektedir. Yazar'a göre öncelikle hukuki konularda bilirkişiye başvurulması, hâkime ait olan yargılama yetkisinin bilirkişiye devredilmesine neden olmaz. Zira Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 282. maddesi uyarınca, bilirkişi görüşü hâkimi bağlayıcı nitelikte değildir. Bunun kabul edilmesinden sonra bilirkişinin hukuki konularda görüş bildirildiği durumlarda, yargılama yetkisini devraldığını söylemek çelişkilidir. Bilirkişinin hukuki değerlendirmede bulunduğu durumlarda, gerek hâkim gerekse de taraflar bu raporu kolaylıkla denetleyip, eksik ve yanlış yönlerini ortaya çıkarabilecektir²¹⁰. Aynı şekilde, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 293. maddesinde düzenlenen uzmanın hukuki değerlendirme yapabileceği ve bunun hâkim tarafından dikkate alınması gerektiği tereddütsüzdür. Tarafın atadığı uzmandan hukuki değerlendirme alınması, yargı yetkisinin devrine neden olmuyorsa, hâkimin kendisi tarafından atanan kişiden (bilirkişiden) hukuki değerlendirme alması da yargı yetkisinin devrine neden olmaz. Zira gerek uzman görüşü gerekse de bilirkişi görüşü hâkimi bağlayıcı nitelikte değildir²¹¹. Diğer taraftan bilirkişi raporunda hukuki değerlendirmelerde bulunulması, hukuki dinlenilme hakkının ihlal edilmesine neden olan sürpriz kararlarla karşılaşma ihtimalini de azaltacaktır. Zira mevcut yargılama sistemi içinde, ihsası rey gibi nedenlerle hâkimlerin yaptığı hukuki değerlendirmeye taraflar, ancak karar aşamasında vâkıf olabilmekte, bu nedenle de beklemedikleri sürpriz kararlara katlanmaktadırlar. Bilirkişinin hukuki konularda görüş bildirdiği durumlarda ise, taraflar kararın dayanacağı muhtemel hukuki değerlendirme hakkında önceden fikir sahibi olabilecek ve bunu yargılamada tartışabilecektir²¹². Yazar'a göre günümüzde, hukuki konuların giderek karmaşık bir hal alması karşısında yapılması gereken, hukuki konularda bilirkişiye başvurulmasını yasaklamak değil, bunun için uygun bir

hukuk kurallarını bilirkişilere açıklamak ve bu suretle bilirkişi görüşünün sağlıklı bir şekilde meydana gelmesine yardımcı olmaktır. Öz, 2000: 215; Görgün, 2014: 364.

²⁰⁹ Atalı, 2016: 3278-3279.

²¹⁰ Atalı, 2016: 3279.

²¹¹ Atalı, 2016: 3279.

²¹² Atalı, 2016: 3279.

düzenleme yapmaktır²¹³. Bunun dışında, yargılama sisteminin mevcut durumu, özellikle de iş yoğunluğu ve dilekçelerin gereken özenle düzenlenmemesi gerçeği karşısında, doğru olmamakla beraber, hâkimin dosyanın özetlenmesi, gereksiz hususların ayıklanması ve düzenlenmesi için hukukçu bilirkişiyi ataması bir ihtiyaçtır²¹⁴.

Öte yandan doktrinde, bir hukuk kuralı niteliğinde olmasına rağmen, örf ve adet kurallarının tespiti için bilirkişiye gidilebileceği yönünde görüşler bulunmaktadır²¹⁵. Aynı şekilde yabancı hukukun belirlenmesi için de bilirkişiye başvurulabileceği ileri sürülmektedir²¹⁶. Yürürlükten kaldırılan Bilirkişi Listelerinin Düzenlenmesi Hakkında Yönetmeliğin²¹⁷ 5. maddesi de örf ve adet hukuku ile yabancı hukuk için bilirkişiye başvurulabileceğini düzenlemekteydi²¹⁸. Buna karşılık, bu yönetmeliği yürürlükten kaldıran 03.09.2017 tarihli Bilirkişilik Yönetmeliği²¹⁹ böyle bir hükme yer vermemiştir.

Hukuki konularda bilirkişiye başvurulması noktasında, davanın gösterdiği özelliklere göre farklı tutumlar sergilediği görülmekle beraber, bazı kararlarında Yargıtay'ın da hukuki konularda bilirkişi atanmasına karşı çıktığı görülmektedir. Ancak Yüksek Mahkeme, genellikle bu durumu tek başına bozma nedeni olarak görmemektedir²²⁰. Bunun dışında bazı Yargıtay içtihatları incelendiğinde, hukuki konularda bilirkişiye başvurulabileceğine²²¹ yahut hukukçu bilirkişilerden görüş alınabileceğine dair kararlara da rastlanılmaktadır. Örneğin, Yargıtay'a göre vakıf ve şerhinin sahih olup olmadığının tespiti için ilk derece mahkemesinin hukukçu bilirkişiden görüş alması gereklidir²²².

²¹³ Atalı, 2016: 3280.

²¹⁴ Atalı, 2016: 3281.

²¹⁵ Kuru, 2001: 2652; Toraman, 2017: 165; Görgün vd., 2019: 574. Aksi görüşte; Tanrıver, 2016: 40-41.

²¹⁶ Kuru, 2001: 2652; Arslan, 2000: 198, dñn: 25; Atalı, 2016: 3281; Toraman, 2017: 163-164; Görgün vd., 2019: 574. Aksi görüşte; Tanrıver, 2016: 40-41.

²¹⁷ RG. T. 08.04.2012, S. 28258.

²¹⁸ Bu düzenlemenin Anayasa'nın 138. maddesine, MÖHUK'ün 2. maddesine ve HMK'nın 33. 266. ve 279. maddelerine aykırı olduğu yönünde bkz. Tanrıver, 2016: 40.

²¹⁹ RG. T. 03.09.2017, S. 30143.

²²⁰ "... Bilirkişiye başvuru kanunun özel ve teknik konuyla ilgisi yoktur. Türk Milleti adına yargı hakkını kullanan hâkimin bilmesi gerekli hukuki konuda bilirkişiye başvurusu yasaya aykırıdır. Diğer taraftan davaların en az giderle ve mümkün olduğu süratle sonuçlandırılması yargının görevidir. Mahkeme Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 141. maddesinde yargıya yüklenen bu görevde özensizlik göstermiştir. Pahalı adaletin gerçekleşmesine neden olmuştur. Yukarıda açıklanan nedenler bir bozma sebebi olarak sonuca etkili görülmemiştir; ancak bu hatalara değinilmekle yetinilmiştir." 4. HD. 11.1983, 8875/9339 Bkz. Arslan, 2000: 199.

²²¹ "Bu durumda mahkemece konusunda uzman kişilerden bilirkişi heyeti oluşturularak dosyanın heyete tevdi ile davalının .../08/2011 tarihinde sözleşmeyi feshetmesinden sonra ceza faturaları kesmesinin hukuki olup olmadığı, fesihden önce kesilen faturaların içerik itibarıyla oluşa uygun bulunup bulunmadığı, hususları değerlendirilerek ve prim alacakları hususunda ihtilaf bulunmadığı da göz önünde bulundurularak rapor tanzim ettirilip sonucuna sonuca göre karar verilmelidir." Y. 23. HD. 2016/1078 E. 2018/4855 K. 30.10.2018 T. Karar için bkz. www.kazanci.com. Erişim tarihi: 26.02.2019.

²²² "davaya konu taşınmaz tapu kaydının ilk tesisinden itibaren tüm dayanakları, vakıf durumunu gösterir kayıtlar ve dayanan diğer belgeler ile birlikte bu konuda uzman ve tarafsız üniversite (Hukuk Fakültelerinin Medeni Hukuk kürsülerinde görevli) öğretim üyeleri arasında oluşturulacak yeni üçlü bir bilirkişi heyetiyle birlikte mahallinde keşif yapılarak, davaya konu vakıf ve şerhinin sahih olup olmadığının tespiti amacıyla,

Hukuki konularda bilirkişiye başvurulmasını engellemek için çeşitli öneriler ileri sürülmektedir. Bu önerilerin başında, bölge adliye mahkemelerinin, istinaf incelemesinde, sadece hukuki konularda bilirkişiye başvurulduğu için ilk derece mahkeme kararını esastan incelemekten kaldırması ve dosyayı kararı veren mahkemeye iade etmesi yahut temyiz aşamasında Yargıtay'ın bu durumu bozma sebebi sayması gelmektedir²²³. Buna göre hukuki konular için bilirkişiye başvurulması bir bozma sebebi sayılır yahut karar onansa dahi Yargıtay tarafından bu konuda bir eleştiri getirilir veyahut da hâkimin başarısının değerlendirilmesinde bir kriter olarak kullanılırsa hukuki konularda bilirkişiye gidilmesi engellenebilecektir²²⁴. Bunun gibi hukuki konularda bilirkişiye başvurulmuş olması, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 46. maddesinin 1. fıkrasının c bendi kapsamında “farklı bir anlam yüklenemeyecek kadar açık ve kesin bir kanun hükmüne aykırı karar verilmesi” anlamına geldiğinden, hâkimler hakkında sorumluluk davası açılabilceği, aynı şekilde hâkimler hakkında disipliner bir yaptırım olarak uyarma cezası da verilebileceği ileri sürülmektedir²²⁵.

Bu konuda getirilen diğer öneri ise özellikle hukukun belirli konularında hâkime görüş bildirmek için, kadrolu ve nitelikli uzmanlardan oluşan bağımsız ve özerk bir yapıya sahip *amicus curiae* (hâkim dostu) özelliğindeki kurum ve kuruluşların oluşturulmasıdır²²⁶. Aynı şekilde, hâkim sayısının ve mahkemelerde uzmanlaşmanın arttırılması;²²⁷ meslek içi eğitimleri arttırmak suretiyle hâkimlerin bilgilerinin güncel tutulması; alternatif çözüm yollarının yaygınlaştırılması ve hâkim yardımcılığı kurumunun oluşturulması suretiyle iş yükünün azaltılarak hâkimin davalara yeterince zaman ayırmasının sağlanması da hukuki konularda bilirkişiyi engellemek için getirilen diğer öneriler arasındadır²²⁸. Nitekim Adalet Bakanlığı tarafından 2019 yılında yayımlanan Yargı Reformu Stratejisi'nde, gelecek yıllarda hâkim adaylarının mesleğe kabul edilmeden önce belirli bir süre hâkim yardımcısı olarak görev yapması öngörülmektedir. Hâkim yardımcısı kurumunun düzenlenme sebebi olarak, mesleğe hazırlık döneminin iyi bir şekilde geçirilmesi ve hâkimlere yürüttükleri yargısal faaliyet

yukarda anılan maddi ve hukuki olgular göz önüne alınarak davaya konu uyuşmazlık hakkında yöntemince bir araştırma yapılarak, denetime ve hüküm kurmaya elverişli, bilimsel verilere uygun şekilde bilirkişi heyetinden rapor alınmalı ve varılacak sonuç dairesinde bir karar verilmesi gerekirken...” Y. 3. HD. 2018/4136 E. 2018/11041 K. 05.11.2018. T. Aynı yönde; Y. 14. HD 2016/575 E. 2018/6465 K. 09.10.2018. Kararlar için bkz. www.kazanci.com. Erişim tarihi: 26.02.2019.

²²³ Tanrıver, 2017: 40; Toraman, 2017: 189; Demirel, 1976: 1035; Arslan, 2000: 198. Kanaatimizce, hâkim tarafından yapılan yanlışın (hukuki konularda bilirkişiye başvurulması) cezasının, geri gönderme veya bozma sonucunda yıllarca uzayacak dava nedeniyle taraflarca ödenmesi uygun değildir.

²²⁴ Tanrıver, 2009: 579-580.

²²⁵ Tanrıver, 2017: 40-41.

²²⁶ Tanrıver, 2017: 41-42. “*Amicus curiae*” hakkında ayrıntılı bilgi ve farklı hukuk sistemlerindeki uygulanma biçimleri için bkz. Toraman, 2017: 203 vd; Yalabık, 2014: 2138 vd.

²²⁷ Tanrıver, 2009: 579-580; Özbek, 2009: 1151-1152.

²²⁸ Tanrıver, 2017: 41. Alman Hâkim Yardımcılığı Kanunu için bkz. Meriç, 2011b: 14 vd.

kapsamında destek sağlanması olduğu belirtilmektedir²²⁹. Bu çerçevede hâkim yardımcısından, dosyayı inceleyip hâkime sunması; duruşma, keşif ve duruşma sonrası işlemlerde hâkime yardım etmesi, kalem personeli tarafından hazırlanan evrakı hâkime sunulmadan önce kontrol etmesi, gerekçeli karar taslaklarını hazırlaması, konuyla ilgili doktrin ve içtihatları araştırması, mevzuatında öngörülen işler ile hâkim tarafından verilecek diğer işleri yapması beklenmektedir²³⁰.

1.2.3.3. UYAP Vasıtasıyla Elde Edilebilecek Bilgiler

Bilirkişiye başvurulamayacak diğer bir durum ise 6754 sayılı Bilirkişilik Kanunu'nun temel ilkeleri düzenleyen 3. maddesinin 8. fıkrasında düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, "Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi ile bu Sisteme entegre bilişim sistemleri veya yazılımlar vasıtasıyla ulaşılabilen bilgiler veya çözülebilen sorunlar için bilirkişiye başvurulamaz." Uygulamada, özellikle iş davalarında hesap incelemelerinin yapılması amacıyla UYAP'a bu tür sistemler yerleştirildiği, ancak çeşitli nedenlerle bu sistemlerin hâkimler tarafından etkili şekilde kullanılamadığı görülmektedir. Nitekim belirtilen hükmün iptali için Bakırköy 19. ve 31. İş Mahkemeleri itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuşlardır. Mahkemelere göre; hesap incelemelerinin yapılması özel bilgi kapsamında olduğundan bu konularda hesap bilirkişilerinin atanması zorunludur. Bu çerçevede, ispat vasıtası olarak kabul edilen bilirkişi delilinin yargılamayı yürüten hâkim tarafından hazırlanması mümkün değildir. Taraflar, ancak üçüncü kişiler vasıtasıyla hazırlanan rapora itiraz edebilir ve bu suretle hukuki dinlenilme hakkı kullanılmış olur. Buna karşılık, belirtilen sistemler vasıtasıyla hâkim tarafından hazırlanan raporlara itiraz etme hakkı söz konusu olmayacağı gibi, bu tür raporlar ihsası rey nedeniyle hâkimin reddine sebebiyet verebilir. Bunun yanında belirtilen sistemler verimli olmadıkları gibi her zaman doğru sonucu da vermemektedir. Aynı şekilde, mevcut şartlarda hâkimin her dosyada bütün alacak kalemlerini hesaplamasının çok zor olması nedeniyle, bu şekilde yapılacak hesaplamaların iş yükünü artırarak yargılamanın uzamasına neden olacağı belirtilmiştir. İlk derece mahkemeleri, yukarıda belirtilen gerekçelerle, ilgili düzenlemenin Anayasa'nın 2., 9., 36. ve 138. maddelerine aykırı olduğunu ileri sürmüştür²³¹.

Anayasa Mahkemesi ise hesap incelemesinin özel ve teknik bilgiyi gerektirdiğini kabul etmekle beraber, belirtilen unsurların mahkemeler tarafından kullanılabilecek sistemler ile çözülebildiği durumlarda, bilirkişiye başvurulmasına gerek olmadığına karar vermiş ve

²²⁹ Adalet Bakanlığı, 2019: 40. https://sgb.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/23122019162931YRS_TR.pdf. Erişim tarihi: 23.08.2020.

²³⁰ Adalet Bakanlığı, 2019: 40. https://sgb.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/23122019162931YRS_TR.pdf. Erişim Tarihi: 23.08.2020.

²³¹ Anayasa Mahkemesi 2017/20 E. 2018/75 K. 05.07.2017 T. Karar için bkz. RG. T. 30.11.2018, S. 30611.

iptal talebini reddetmiştir. Yüksek Mahkeme'ye göre bu sistemler de uzmanlar tarafından hazırlandığından, hâkimin uzmanı olmadığı bir hususta karar vermesi gibi bir durum söz konusu değildir. Bunun yanında bilirkişi yerine bu sistemler aracılığıyla ilgili uyuşmazlıkların çözümlenmesi yargılamanın daha az masrafla ve daha hızlı bir şekilde sonuçlandırmasını da sağlamaktadır. Ayrıca, bu sistemler nedeniyle oluşabilecek eksiklikler ve hatalar, kanun yolları ile denetlenebileceğinden tarafların adil yargılanma haklarının zedelenmesi de söz konusu değildir²³².

1.3. Bilirkişinin Atanması

1.3.1. Bilirkişinin Atanma Kararı

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 266. maddesi uyarınca, hâkim taraflardan birinin talebi üzerine veya re'sen bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına karar verebilir. Bu anlamda takdir, hâkime ait olup, tarafların bilirkişiye başvurma taleplerini reddedebileceği gibi taraflar talep etmese dahi bilirkişiye başvurulmasına karar verebilir. Bu husus, bütün davalar bakımından geçerli olup, davanın taraflarca hazırlanma ilkesine veya re'sen araştırma ilkesine tabi olmasının bir önemi yoktur²³³.

Atalay'a²³⁴ göre; hâkimin re'sen bilirkişi atayabilmesi, hâkimin davayı aydınlatma ödevinin bir sonucudur. Yazar'a göre yargılamanın kamu yararı üzerindeki etkisi, hâkime davayı aydınlatma yükümlülüğü yüklemektedir. Bu yükümlülüğün yerine getirilebilmesi için de hâkime birtakım yetkiler verilmiştir. Bu çerçevede, hâkim, tarafların ileri sürdüğü delillerden yeterli kanaat edinememişse, davayı aydınlatabilmek için taraflardan ek delil sunmalarını isteyebileceği gibi tarafları isticvap edebilir yahut taraflardan açıklama isteyebilir. Re'sen bilirkişiye başvurmak da bu örneklerde olduğu gibi hâkimin davayı aydınlatmak için kullanabileceği yardımcı bir unsurdur.

Meriç'e²³⁵ göre ise taraflarca getirilen vakıaların gerçekliğinin kontrolü, eksikliklerin tamamlanması, belirsizliklerin açıklattırılması ve bilirkişinin de dâhil olduğu bazı ispat araçlarına re'sen başvurulabilmesi, hâkime yüklenmiş olan sorumluluğun gerekleridir. Zira yargılama faaliyeti kamusal bir faaliyet olduğu gibi mahkeme davanın açılmasıyla birlikte davanın maddi ve şekli olarak yürütülmesini üstlenmektedir. Ayrıca mahkemenin kararı ile uyuşmazlık sona erdirilmekte ve kamusal barış sağlanmaktadır. Bu unsurların gerçekleşmesi için ise taraflarca yargılamaya getirilen hususların maddi anlamda gerçek olması ve bu noktada hâkimin taraflarla birlikte sorumluluk üstlenmesi gerekmektedir.

²³² Anayasa Mahkemesi 2017/20 E. 2018/75 K. 05.07.2017 T. Karar için bkz. RG. T. 30.11.2018, S. 30611.

²³³ Taşpınar, 2003: 387 vd.; Atalay, 2001: 176; Görgün vd., 2019: 571.

²³⁴ Atalay, 2001: 175-176.

²³⁵ Meriç, 2011a: 40-41, dpn. 128.

*Bolayır*²³⁶ ise bilirkişiye talep üzerine ve re'sen başvurulmasını delil toplama faaliyeti olarak nitelendirerek, bu faaliyetin bilirkişi raporunun alınmasıyla tamamlandığını belirtmektedir. Yazar, hâkimin taraflarca gösterilmemiş olmasına rağmen bilirkişi deliline başvurabilmesini ise taraflarca getirilme ilkesinin istisnası olarak görmektedir. Yazar'a göre taraflar, dilekçelerinde bilirkişi delilini göstermedikleri takdirde, daha sonra sadece hâkimden re'sen bilirkişiye başvurma yetkisini kullanmasını isteyebilir. Bu sebeple, taraflar yeni delil göstermek suretiyle bilirkişi incelemesi yapılmasını talep edemez.

Kanaatimizce, Türk hukukunda bilirkişiye hâkim yardımcısı sıfatı verilmesinin sonucu olarak, bilirkişi görüşünün tanık veya senet gibi klasik bir delil olarak algılanmadığı anlaşılmaktadır. İster tarafların talebi ile isterse de re'sen karar verilmiş olsun, bilirkişi görüşüne başvurmak hâkimin yetkisindedir. Bir başka deyişle, bilirkişi görüşü sadece hâkim tarafından başvurulabilecek bir delil olarak kabul edilebilir. Bu kapsamda, bilirkişi incelemesinin taraf dilekçelerinde belirtilmiş olması ile daha sonradan talep edilmiş olması arasında bir fark bulunmamaktadır²³⁷. Türk hukukunda bilirkişilik taraflardan ziyade hâkimle bağlantılı olarak kurgulanmıştır. Bilirkişi, hâkimin yardıma ihtiyacı olan hallerde, yine onun tarafından başvuru bir araç olarak kabul edilmektedir²³⁸. Bu yönüyle esasen çözümü özel

²³⁶ Bolayır, 2014: 426 vd.

²³⁷ Bilirkişi gibi talep üzerine veya re'sen başvurulabilen keşif için de tarafların dilekçelerinde belirtmeleri ile sonradan tahkikat aşamasında talep etmeleri arasında gerekçelendirme dışında bir farkın bulunmadığı belirtilmektedir. Bu bağlamda, taraflar dilekçelerinde keşif deliline dayanmasına rağmen hâkim keşif yapılmasına karar vermemişse, bunun sebebini daha iyi gerekçelendirmelidir. Zira delil ikame talebinin reddedilmesi, ancak çok istisnai hallere mahsustur. Bkz. Aşık, 2019: 57.

²³⁸ Doktrinde, hâkimin re'sen bilirkişiye başvurma yönündeki iradesinin, kural olarak taraflarca yapılacak delil sözleşmesi ile kısıtlanamayacağı belirtilmektedir. Bu çerçevede, taraflar arasında bilirkişi deliline re'sen başvurmayı engelleyecek şekilde münhasır bir delil sözleşmesi yapılmış olsa dahi hâkimin bilirkişiye başvurabileceği ifade edilmektedir. Zira “örneğin, taraflar aralarında akdedilen sözleşmeden kaynaklanan ihtilaflarda sadece ticari defterlere delil olarak dayanılabileceğini kararlaştırsalar bile, hâkim, özel ve teknik bilgi gerektiren bir konuda ister istemez bilirkişi incelemesine ihtiyaç duyacaktır”. Bkz. Atalay, Pekcanitez Usul, 2017: 1751. Ancak Yazar'ın, yaptığı daha sonraki açıklamalardan, hakem bilirkişi sözleşmesini bu durumdan ayırık tuttuğu anlaşılmaktadır. Yazar'a göre, hakem bilirkişi sözleşmesi, tarafları ve hâkimi bağlayıcı nitelikte münhasır bir delil sözleşmesi olduğundan mahkeme tarafından ayrıca bilirkişi atanması mümkün değildir. Bkz. Atalay, Pekcanitez Usul, 2017: 1752. Kanaatimizce, bilirkişi deliline re'sen başvurmayı engelleyici nitelikteki münhasır delil sözleşmeleri, bir tarafın ispat hakkını, oldukça güçleştirebilir veya imkânsız hale getirebilir (Bkz. HMK m. 193/2). Zira hukukumuzda, hâkimde bulunmayan özel ve teknik bilginin karşılanması için bilirkişilikten başka öngörülmuş bir kurum bulunmamaktadır. Tarafların, yaptıkları delil sözleşmesine uygun olarak, önceden hazırlık yapmak veya tedbir almak suretiyle, tek taraflı bir şekilde bilirkişi görüşünü elde etmeleri, sağlamaları veya mahkemeye sunmaları diğer delillerden (belge, senet ve tanık gibi) farklı olarak mümkün değildir. Bu durumun istisnası ise taraflar arasındaki sözleşmenin özel ve teknik bilgiye yöneldiği durumlarda ortaya çıkmaktadır. Nitekim delil sözleşmesinin hakem-bilirkişi incelemesine ilişkin olması halinde, durum böyledir. Böyle bir durumda, bilirkişiye başvurulması muhtemel konu hakkında, tarafların anlaşması sonucu hakem-bilirkişi incelemesi yapılmakta ve tarafların bu inceleme vasıtasıyla elde edilen sonuçla bağlı olduklarını taahhüt etmelerinden dolayı, o konunun tekrar yargılamada tartışılma ihtiyacı kalmamaktadır. Bir başka ifadeyle, hakem bilirkişi tarafından yapılan inceleme, bilirkişi incelemesi yerine geçerek özel ve teknik bilgiye olan ihtiyacı ortadan kaldırmaktadır. Ancak hakem bilirkişi görüşünün, hak ve nesafete uygun olmaması veya hakem-bilirkişinin tarafsızlığından ve bağımsızlığından şüphe edilmesinden dolayı iptal edilmesi halinde, bu ihtiyaç tekrar ortaya çıkmaktadır. Bu gibi hallerde, bu ihtiyacın karşılanması için iki ihtimal ortaya çıkmaktadır. Bunlardan birincisi, mahkemenin bilirkişiye kendiliğinden başvurusıyken, ikincisi ise tarafların, yaptıkları hakem-bilirkişi sözleşmesine uygun olarak tekrar bir uzmanın görevlendirilmesidir. Bu bağlamda, her

ve teknik bilgiyi gerektiren konularda dahi hâkimin kendisinde bulunan bilgiyle bilirkişiye başvurmadan uyuşmazlığı çözebileceği birtakım yazarlarca belirtilmektedir. Bu çerçevede, bilirkişi, hâkimde bir bilgi eksikliğinin bulunduğu durumlara münhasırdır. Dolayısıyla, bilirkişilik açısından yükümlülük taraflarda değil hâkimdedir²³⁹. Bu bakımdan, Türk

iki durumda da mahkemenin ihtiyacı olan özel ve teknik bilginin bir şekilde giderilmesi söz konusudur. Yargıtay, özellikle hakem bilirkişinin tarafsızlığının ve bağımsızlığının şüpheli olmasından dolayı hakem bilirkişi görüşünün bağlayıcı olmadığı durumlarda, gerekli incelemenin mahkeme tarafından atanacak bilirkişi ile yapılmasına karar vermektedir. Bkz. Y. 15. HD. 1990/1123 E. 1990/2283 K. 18.05.1990 T. Karar için bkz. www.kazanci.com. Erişim tarihi: 04.03.2019. Diğer taraftan, hakem bilirkişi sözleşmesinin varlığı halinde, bilirkişiye re'sen başvurulamayacak konu, hakem bilirkişinin inceleme yaptığı konudur. Yukarıda belirtilen görüşten yola çıktığımızda, hakem bilirkişinin gerçekleştirdiği incelemenin kapsamı dışında kalan ancak özel ve teknik bilgi ihtiyacı bulunan diğer hususlar hakkında mahkemenin re'sen bilirkişi atayabileceğinin kabulü gerekir.

²³⁹ HMK m. 266 uyarınca, taraflar da bilirkişiye başvurulmasını hâkimden talep edebilmektedir. Tarafların talebine rağmen özel ve teknik bilgiyi gerektiren bir konuda geçerli bir gerekçe sunulmaksızın bilirkişiye başvurulmaması halinde, ispat hakkının ihlal edildiği belirtilmektedir. Çiftçi, 2018: 204; Toroman, 2014: 1518. Doğal olarak bilirkişiye başvurulmasının gerekli olmadığı durumlarda, tarafların bilirkişiye başvurulması yönündeki taleplerinin reddedilmesi ispat hakkının ve adil yargılanma hakkının ihlal edilmesine sebep olmaz. Aynı şekilde hâkim, dosyadaki mevcut delillerle uyuşmazlık hakkında bir karar verebiliyorsa, bilirkişi incelemesi talebi reddedilebilecektir. Bkz. Toroman, 2014: 1511. Ancak belirtmek gerekir ki; bilerek veya bilmeyerek bu hakkın kullanılmamış olması, yani bilirkişiye başvurulmasının talep edilmemesi, özel ve teknik bilgi olmaksızın çözülemeyecek konularda, hâkimi bilirkişiye başvurma yükümlülüğünden kurtarmaz. Anglo Amerikan hukukundan farklı olarak, Türk hukukunda bir vakianın varlığı veya yokluğunun tespiti ile bunların soyut hukuk kurallarını karşılayıp karşılamadığı noktasında yapılan faaliyet içinde, bilirkişiye ve hâkime, taraflardan bağımsız farklı bir rol yüklenmesinden dolayı, bilirkişiye başvurmak hâkim açısından hem bir yetki hem de bir yükümlülüktür. Esasen HMK'nın 266. maddesinde belirtilen "Mahkeme, çözümünü hukuk dışında, özel ve teknik bilgiyi gerektiren hallerde, taraflardan birinin talebi üzerine yahut kendiliğinden, bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına karar verir" ifadesinin kesinliği de bu durumu desteklemektedir. Türk hukukunda, tarafların *doğrudan* başvurabileceği; sınırları, yetkileri, sorumlulukları ve niteliği net olarak belirlenmiş bir bilirkişilik sistemi bulunmamaktadır. Özel ve teknik meselelere ilişkin hususların çözümü, hâkimi ve Devleti merkez alan bir sistem üzerine kurulmuştur. Ayrıca, uyuşmazlık konusu bir hususun özel ve teknik bilgi kapsamında olup olmadığını takdir etme (tespit etme) sorumluluğu da hâkime ait olduğundan, özel ve teknik bilgiyi gerektiren ve başka bir şekilde de ispatı mümkün olmayan hususlar hakkında, tarafların talebi olmasa dahi, hem davayı aydınlatma yükümlülüğü hem de uyuşmazlık hakkında bir karar verme yükümlülüğü kapsamında hâkimin bilirkişiye başvurusu gerektiği söylenebilir. Bu çerçevede, ispat hakkının da geniş bir şekilde yorumlanması gerekmektedir. Bu bağlamda, sadece tarafların talep etmesine bağlı olarak değil, gerekli olduğu halde bilirkişiye re'sen başvurulmaması halinde de ispat hakkının ve dolayısıyla adil yargılanma hakkının ihlal edildiği düşünülmelidir. Nitekim Çiftçi, ayırım yapmaksızın (re'sen veya talep üzerine), başka türlü ispatı mümkün olmayan vakıalar için bilirkişiye başvurulmasının ispat hakkı ve adil yargılanma hakkı gereği zorunlu olduğunu belirtmektedir. Yazar'ın verdiği örnek niteliğindeki Yargıtay kararından bilirkişiye re'sen başvurulmasının da ispat hakkı kapsamında sayıldığı anlaşılmaktadır. Ayrıca Yazar'a göre bilirkişiye başvurunun kanunen zorunlu tutulduğu hallerde de bilirkişiye başvurulmaması ispat hakkının ihlal edilmesine neden olur. Bkz. Çiftçi, 2018: 204-205. Toroman'a göre, bu tür durumlarda (kanunun bilirkişiye başvurmayı zorunlu tuttuğu hallerde) "ispat hakkı bakımından bu mesele, doğrudan doğruya, tarafların uyuşmazlık konusu vakia hakkında kendilerinin bir ayrıca bir ispat aracını ibraz etme imkânlarının bulunmaması, uyuşmazlığın çözümü bakımından başvurulacak yegâne ispat vasıtasının hâkimin kararıyla elde edilecek olmasında kendisini göstermektedir." Bkz. Toroman, 2017: 265-266. Kanaatimizce, Yazar'ın haklı olarak belirttiği bu husus, Türk hukukunda sadece bilirkişiye başvurunun kanunen zorunlu tutulduğu hallere özgü değildir. Başka türlü ispatı mümkün olmayan ve çözümü özel ve teknik bir bilgiyi gerektiren bütün durumlarda uyuşmazlığın çözümü için başvurulabilecek tek yol hâkimin kararıyla elde edilebilecek bilirkişi görüşüdür. Yazar, daha sonra İsviçre ve Fransa yargı uygulamalarından örnek verdikten sonra şu açıklamayı yapmaktadır: "Vermiş olduğumuz örnekler bakımından, kanımızca dikkat çekici olan şey, ispat hakkı kapsamında yer alan hususların, aslında salt özel ve teknik bilgiyi gerektiriyor olması bakımından bir bilirkişi incelemesini de zorunlu kılıyor olmasıdır. Ne var ki bu durum, uygulamada, bilirkişi incelemesinin gerekliliğine işaret eden tüm hususların ispat hakkı bağlamında değerlendirilebileceği biçiminde bir sonuca varmayı da, kesinlikle gerektirmemektedir. Ne olursa olsun, hâkimin takdir yetkisi, keyfilik anlamına gelmemektedir. Bu sebeple, tarafların bilirkişi incelemesine başvurulması

hukukunda gerekli vakıaları ve delilleri (belge, senet veya tanık gibi) usulüne uygun olarak sunan tarafın, gerek iddia ve somutlaştırma yükünü gerekse de eğer üstünde varsa delil ikame yükünü gerçekleştirdiği sonucuna varılmalıdır. Bilirkişi delilini ileri sürmemiş veya talep etmemiş tarafın, delil ikame yükünü yerine getirmedeğinden bahsedilmez. Bilirkişiye başvurmadan vazgeçme sonucu ise ancak gerekli masrafların yatırılmaması sebebiyle tarafların gerekli bilirkişi incelemesine engel olmasına münhasırdır. Bir başka ifadeyle bu sonuç, esasen tarafların *bilirkişiye başvurma bakımından* üzerlerine düşen bir görevden değil, bilirkişiye başvurulmasını engellemelerinden kaynaklanmaktadır. Nitekim hâkim, istisnai olarak kamu düzenini ilgilendiren davalarda, bu engelin aşılması amacıyla bilirkişi ücretinin hazine tarafından karşılanmasına karar verebilmektedir. Bu bağlamda, Türk hukukundaki bilirkişi görüşünün delil niteliği, Anglo Amerikan hukukundan ayrılmaktadır.

Doktrinde, re'sen bilirkişiye başvurma kararı ile tarafların talebi üzerine bilirkişiye başvurma kararı arasındaki farkın, bilirkişi ücretinin nasıl ve kimin tarafından yatırılacağı noktasında kendisini gösterdiği belirtilmektedir²⁴⁰. Kuru'ya²⁴¹ göre, davacı veya davalı tarafın bilirkişi incelemesi talep ettiği ve bu talebin mahkeme tarafından kabul edildiği bir durumda, bilirkişi ücreti bilirkişi talep eden tarafça ödenmelidir. Hâkim, bilirkişi talep eden tarafa, bilirkişi ücretini ödemesi için süre vermeli ve bu süre içinde ilgili tarafça bilirkişi ücreti ödenmediği takdirde, bilirkişiye başvurma talebinden vazgeçilmiş sayılmasına karar verilmelidir²⁴². Buna karşılık hâkim re'sen bilirkişiye başvurma kararı alırsa, bilirkişi ücretinin taraflardan biri veya her ikisi tarafından ödenmesine karar verir. Bu ücretin taraflarca ödenmemesi halinde ise davanın türüne göre hareket etmek gerekir. Buna göre re'sen araştırma ilkesinin geçerli olduğu davalarda, bilirkişi ücreti ödenmediği takdirde, hâkim Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 415. (HMK m. 325) maddesi uyarınca bilirkişi ücretinin Devlet hazinesinden karşılanmasına karar vermelidir. Buna karşılık taraflarca hazırlanma ilkesinin geçerli olduğu davalarda, hâkimin re'sen bilirkişiye başvurma kararı üzerine tarafların bilirkişi ücretini yatırmaması halinde, bilirkişi ücretinin Devlet hazinesinden karşılanmasına karar verilemez. Zira Yazar'a göre, taraflarca hazırlanma ilkesinin geçerli olduğu davalarda, hâkimin mutlak gerçeği bulma zorunluluğu yoktur. İddiasını ispat etmek isteyen taraf, ispat için gerekli masrafları yatırmak zorundadır. Bu

yönündeki talepleri, ister kabul ister reddedilsin, hâkim bu kararın gerekçesini göstermekle yükümlüdür". Bkz. Toroman, 2017: 267-268.

²⁴⁰ Kuru, 2001: s. 2653.

²⁴¹ Kuru, 2001: s. 2654-2655.

²⁴² Yazar'a göre bu sonucun doğması için ücretin yatırılmasına ilişkin kararın açık ve net olması ayrıca karara uymamanın muhtemel yaptırımının ilgili tarafa bildirilmesi gereklidir. Bkz. Kuru, 2001: s. 2654-2655.

zorunluluğa uyulmadığı takdirde ise iddiasını ispat edememiş sayılır ve davası reddedilir²⁴³. *Taşpınar*'a²⁴⁴ göre ise, hâkimin re'sen bilirkişiye başvurma kararı aldığı durumlarda, bilirkişi ücreti taraflarca yatırılmadığı takdirde, davanın re'sen araştırma ilkesine veya taraflarca hazırlanma ilkesine tabi olup olmadığına bakılmaksızın bilirkişi ücreti Devlet hazinesi tarafından karşılanabilir. Zira bilirkişi, hâkimin yardımcısı konumundadır ve hâkim diğer delilleri değerlendirmek ve kararını oluşturabilmek için bilirkişi incelemesine gereksinim duyuyorsa, davanın tabi olduğu sisteme bakılmaksızın (re'sen araştırma veya taraflarca hazırlanma ilkesi) hâkimin re'sen bilirkişiye başvurduğu her halde, bilirkişi ücreti taraflarca yatırılmadığı takdirde Devlet hazinesi tarafından karşılanabilmelidir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 325. maddesi, yukarıda belirtilen birinci görüş esas alınarak düzenlenmiştir. Bu düzenleme uyarınca, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyeceği dava ve işlerde, re'sen bilirkişiye başvurulmasına karar verilirse, taraflardan birinin veya her ikisinin gerekli masrafları ödemesi için bir haftalık süre verilir. Bu süre içinde gerekli masraflar yatırılmadığı takdirde, ileride haksız çıkan taraftan alınmak üzere giderlerin Hazine tarafından ödenmesine karar verilir. Maddenin açıkça tarafların serbestçe tasarruf edemeyeceği davalardan bahsetmesinden dolayı taraflarca hazırlanma ilkesine tabi davalarda bilirkişi atanmasına re'sen karar verilmiş olsa dahi bilirkişi ücreti hazineden karşılanamayacaktır²⁴⁵.

Kanaatimizce, re'sen veya talep üzerine bilirkişiye başvurma kararı arasında bir fark yoktur. Belirttiğimiz üzere, Türk hukukunda bilirkişi delili, hâkime ilişkin olup, her iki durumda da bilirkişiye başvurma sebebi aynıdır. Re'sen veya tarafların talebiyle, bilirkişiye başvurulmasının temel nedeni, hâkimde eksik bulunan özel ve teknik bilgi ihtiyacını karşılamaktır. Nitekim bilirkişiye başvurma kararını içeren tutanaklar incelendiğinde de hâkimin talep üzerine mi yoksa kendiliğinden mi bilirkişiye başvurduğu çoğunlukla anlaşılamamaktadır. Hâkim, sadece bilirkişi atanmasına karar vermekte, kararın talep üzerine mi alındığını, eğer öyleyse hangi tarafın talebinin kabul edildiğini açıklamamaktadır. Bu yönüyle de uygulamamızda belirtilen ayrıma dikkat edildiği söylenemez. Bu sebeplerle, en azından olması gereken hukuk bakımından, taraflarca hazırlanma ilkesine tabi davalarda gerek re'sen gerekse de tarafların talebi üzerine bilirkişiye başvurulduğu takdirde bilirkişi ücreti, ispat yükü üzerine düşen tarafça ödenmelidir. İspat yükü üzerinde olan taraf, belirtilen

²⁴³ Kuru, 2001: s. 2657 vd.

²⁴⁴ Taşpınar, 2003: s. 390-391. Belirtmek gerekir ki; Yazar bu görüşünü temellendirirken, HUMK'un 415. maddesinde belirtilen "re'sen icrası emrolunan muamele" ifadesine de dayanmaktadır. Yazar'a göre HUMK'un bu ifadesi sadece re'sen araştırma ilkesine tabi olan davalara değil, hâkimin re'sen bilirkişiye başvurduğu her davaya uygulanabilir.

²⁴⁵ HMK'nın 325. maddesinin, taraflarca hazırlanma ilkesine tabi davalarda da uygulanması yönünde bkz. Tanrıver, 2016: 111-112.

süre içinde gerekli masrafları ödemediği takdirde, ilgili iddianın ispat edilememesinin sonuçlarına katlanmak durumundadır. Buna karşılık, re'sen araştırma ilkesine tabi davalarda, gerek talep üzerine gerekse de re'sen bilirkişiye başvurulmasına karar verilir de, bilirkişi ücreti ispat yükü üzerine düşen tarafça ödenmezse, bilirkişi masraflarının Hazine tarafından karşılanmasına karar verilmelidir²⁴⁶. Bu bakımdan, bilirkişi ücretinin Hazine tarafından ödenmesi, atama kararının re'sen veya talep üzerine alınmasına göre değil, davanın tabi olduğu yargılama ilkesine (tarafarca getirilme ilkesi veya re'sen araştırma ilkesi) göre belirlenmelidir.

Öte yandan hâkimin vereceği her karar gibi bilirkişiye başvurma kararı da keyfi olamaz. Hâkim, kararını gerekçelendirmeli, bilirkişiye neden başvurulduğunu veya başvurulmadığını ayrıntılı olarak açıklamalıdır²⁴⁷. Hâkime verilen bu yetki doğal olarak sınırsız da değildir. Daha önceki bölümlerde belirttiğimiz üzere; hâkim bazı durumlarda bilirkişiye başvurmak zorunda olduğu gibi kanunun yasakladığı hallerde bilirkişiye başvurmaktan imtina etmesi de gereklidir. Hâkimin bilirkişi atanması yönünde vereceği olumlu veya olumsuz kararlar, ara karar niteliğinde olduğundan, bunlar aleyhine ancak esas hükümle birlikte istinaf yoluna başvurulabilir²⁴⁸.

Diğer taraftan bu aşamada, kanun yollarına başvuru halinde üst derece mahkemelerce bilirkişi atanıp atanamayacağını da değerlendirmek gerekir. İlk derece mahkeme kararlarına karşı başvurulabilecek ilk yol olan istinaf ile uyuşmazlık önüne gelen bölge adliye mahkemelerinin vakıa inceleme yetkilerinin sonucu olarak bilirkişiye başvurabilecekleri kabul edilmektedir. Bölge adliye mahkemesi, belirli şartlar altında kendisi yeni bir bilirkişi atayabileceği gibi ilk derece mahkemesinde alınmış bilirkişi raporu ile yetinerek de kararını verebilir²⁴⁹. Buna karşılık, temyiz aşamasında Yargıtay'ın yapacağı inceleme hukuki denetimle sınırlı olduğundan, belirtilen kanun yoluna başvuru halinde yeni bir vakıa incelemesi yapılmayacağından Yargıtay'ın bilirkişiye başvuramayacağı kabul edilmektedir²⁵⁰. Ancak Yargıtay, bir uyuşmazlığa ilk derece mahkemesi sıfatıyla bakıyorsa, bu durumda Yüksek Mahkeme'nin de bilirkişi atayabileceği açıktır. Böyle bir durumda Yargıtay, tüm bölge kurulları tarafından hazırlanmış listelere kayıtlı bilirkişiler arasından görevlendirme yapabilmektedir (Bilirkişilik Yönetmeliği m. 50/5).

²⁴⁶ Bu konudaki ayrıntılı bilgi ve açıklamalar için bkz. 1.6.2. Bilirkişi Ücretinin Ödenmesi ve Yargılama Gideri Olarak Kaybeden Tarafa Yükletilmesi.

²⁴⁷ Toraman, 2017: 358 vd.

²⁴⁸ Toraman, 2017: 364 vd; Çayan, 2013: 31.

²⁴⁹ Toraman, 2017: 255 vd.

²⁵⁰ Toraman, 2017: 251.

1.3.2. Bilirkişinin Seçimi

Davanın çözümü için bilirkişiye başvurulup başvurulamayacağının takdiri hâkimde olduğu gibi, kimin bilirkişi olarak seçileceğinin takdiri de kural olarak hâkime aittir. Tarafların iradeleri, bilirkişi seçimi noktasında dikkate alınmaz (HMK m. 268).

Bilirkişinin seçimi hususunda Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na kıyasla, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu döneminde tarafların iradelerinin daha ön planda olduğu söylenebilir. Zira Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 276. maddesi, öncelikli olarak tarafların üzerinde ittifak ettikleri kişinin bilirkişi olarak seçilmesini öngörmektedir. Ancak taraflar ittifak edemedikleri takdirde, bilirkişi hâkim tarafından seçilmektedir. Taraf iradelerine üstünlük veren bu anlayış, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle birlikte kaldırılmış, bilirkişinin seçimi doğrudan hâkime bırakılmıştır (HMK m.268)²⁵¹. Bilirkişi seçimi noktasında taraf iradelerine üstünlük tanınması, yargılama sonunda verilecek karara olan inancı arttıracaktır. Ancak birbirleriyle husumet içinde olan ve bu husumetleri mahkemeye kadar taşınmış kişilerin anlaşarak bilirkişi seçmeleri pratik anlamda zordur. Nitekim Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu döneminde bu kural neredeyse hiç uygulanmamaktaydı. Taraflara usulen ittifaklarının bulunup bulunmadığı sorularak, daha tarafların cevabı bile beklenmeden, duruşma tutanağına ittifaklarının olmadığı yazdırılıp, hâkim tarafından re'sen bilirkişi seçilmektedir²⁵².

Bilirkişinin seçimi hususunda hâkime tanınan yetki sınırsız değildir. Hâkim, bilirkişi seçimi yaparken hem kanuni sınırlamaları hem de işin doğası gereği bilirkişide bulunması gereken nitelikleri gözetmelidir²⁵³. Hâkimin bilirkişi seçimi noktasındaki takdir hakkını daraltan ilk kanuni sınırlama, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 268. maddesinin 3. fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre “Kanunların görüş bildirmekle yükümlü kıldığı kişi ve kuruluşlara görevlendirildikleri konularda bilirkişi olarak öncelikli olarak başvurulur. Ancak kamu görevlilerine, bağlı bulundukları kurumlarla ilgili dava ve işlerde, bilirkişi olarak görev verilemez”. Bu hüküm uyarınca; davanın halli için Kanun tarafından resmi bilirkişiler belirlenmişse, hâkim öncelikli olarak bu kişi veya kurumlara başvurmalıdır.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu uyarınca hâkimin takdir hakkını sınırlayan diğer husus, bilirkişi seçimi yapılırken daha önce hazırlanmış bilirkişi listeleri ile bağlı kalma zorunluluğudur. İlgili uyuşmazlık konusu ile ilgili resmi bilirkişiler bulunmadığı takdirde, hâkim Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'ndan farklı olarak kendisinin herhangi bir

²⁵¹ Arslan'a göre bilirkişinin taraflara sorulmadan doğrudan hâkim tarafından seçilmesi, bilirkişiyi hâkim yardımcısı olarak nitelendiren anlayışa daha uygun düşmektedir. Bkz. Arslan, 2000: 204.

²⁵² Arslan, 2000: 204; Öz, 2000: 214.

²⁵³ Bilirkişide bulunması gereken özellikler için bkz. 1.3.2.3.

şekilde belirlediği herhangi bir uzmanı değil, ilgili kanuni düzenlemeler uyarınca oluşturulmuş listelere usulüne uygun olarak kaydedilmiş kişiler arasından bilirkişi seçimi yapılmalıdır. Ancak doktrinde tarafların bilirkişi üzerinde anlaşması halinde, liste dışından bilirkişi atanabileceği belirtilmektedir. Bu düşünceye göre, tarafların bilirkişi üzerinde anlaşmaları delil sözleşmesi niteliğinde olup, böyle bir durumda hâkimin doğrudan liste dışından bilirkişi ataması mümkündür²⁵⁴.

Aşağıda, hâkimin bilirkişi seçimi noktasındaki yetkisini kısıtlayan bu kanuni sınırlamaları ayrı başlıklarda inceledikten sonra işin doğası gereği bilirkişi seçim yapılırken göz önünde bulundurulması gereken nitelikleri inceleyeceğiz.

1.3.2.1. Resmi Bilirkişiler

Hukuk Muhakemeleri Kanunu düzenlemesi bakımından, Kanunlar tarafından mahkemelere görüş bildirmekle yükümlü kılınan kişi veya kurumlar, resmi bilirkişi olarak nitelendirilmektedir (HMK m. 268/3)²⁵⁵. Bu tür bilirkişiler, Bilirkişilik Kanunu’nun 1. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca, Bilirkişilik Kanunu kapsamında değildir. Bunların yapılması, faaliyetleri ve nitelikleri, kendilerini düzenleyen mevzuat kuralları çerçevesinde belirlenmektedir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 268. maddesinin 3. fıkrasına göre hâkim, bilirkişi seçimi yaparken, ilk olarak ilgili konuda bilirkişilikle görevli kılınmış (görüş bildirmekle yükümlü kıldığı) resmi bir bilirkişinin var olup olmadığını tespit etmeli, böyle bir bilirkişinin varlığı halinde ise özel ve teknik bilgi ihtiyacını öncelikli olarak bu kişi veya kurumdan karşılamalıdır (HMK m. 268/3). Ancak resmi bilirkişiler, kendi kurumları ile bağlantılı dava ve işlerde görevlendirilemez (HMK m. 268/3).

Bilirkişi olarak resmi kişi veya kurumlara başvurulması, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 282. maddesinin²⁵⁶ uygulanmasına engel teşkil etmez. Bir başka ifadeyle, hâkim, resmi bilirkişilerden aldığı rapora dayanarak hüküm vermek zorunda değildir²⁵⁷. Bu şekilde

²⁵⁴ Umar, 2014: 801; Görgün, 2014: 365.

²⁵⁵ Bilirkişi listelerine kaydedilmiş uzmanların resmi bilirkişi olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceğine dair tartışma için bkz. Toraman, 2017: 381 vd.

²⁵⁶ Bu husus, 703 sayılı Kanun Hükmünde Kararname’nin 61. maddesi ile yürürlükten kaldırılmadan önce Adli Tıp Kurumu Kanunu’nun 23. maddesinde de açıkça düzenlenmişti. Bu maddeye göre; “Adli Tıp Genel Kurulu kararları nihai olmakla beraber mahkemelerin delilleri serbestçe takdir hususundaki yetkilerini kısıtlamaz.”

²⁵⁷ Atalay, 2001: 183; Mavioglu, 1970: 387; Görgün, 2014: 365. “Adli Tıp İhtisas Dairelerince verilen raporlar mahkemece bağlayıcı değildir. Mahkemece bu yön gözetilerek konusunda uzman üniversite öğretim üyelerinden oluşturulacak bilirkişi kurulu aracılığıyla davacıya ait tüm raporlar dosyaya ibraz edilerek, yine dosyada bulunan Tabip Odası bilirkişi raporu, Adli Tıp Kurumu Raporu, Tıp Fakültesinden alınan rapordaki görüşlerde esas alınarak, davalının özen borcunu yerine getirmemesi nedeniyle davalıya izafe edilecek bir kusur olup olmadığının, aldırılacak bilirkişi raporu ile tespiti ile sonuca göre karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde eksik inceleme ile karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir.” Y. 13. HD. 2003/6066 E. 2003/10174 K. 16.9.2003 T. Karar için bkz. Savaş, 2008: 1359.

alınan bilirkişi görüşünün eksik veya yetersiz olduğu anlaşılırsa, hâkim tekrar bilirkişi incelemesi yaptırabilir. Bu durumda, yeni yaptırılacak bilirkişi incelemesinin Kanunun görüş bildirmekle yükümlü kıldığı kişi veya kuruluşlar tarafından gerçekleştirilmesi de gerekmez. Zira Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 268. maddesinin 3. fıkrası, Kanunların görüş bildirmekle yükümlü kıldığı kişilere *öncelikle* başvurulacağını belirtmiş, kesin bir şekilde bunlardan alınacak görüşlere göre hüküm kurulmasını emretmemiştir. Öte yandan hâkimin, tatmin olmadığı bir kişi veya kuruluştan aldığı bilirkişi raporuna göre hüküm kurmaya zorlanması da makul değildir. Nitekim Yargıtay'ın uygulaması da bu yöndedir. Yüksek Mahkeme'ye göre; Adli Tıp Kurumu'ndan alınan raporun inandırıcı ve tatmin edici olmaması halinde, üniversitelerin ilgili bölümlerden gerekli nitelikleri taşıyan uzmanlardan oluşturulacak yeni bir bilirkişi heyeti atanması gereklidir²⁵⁸.

Doktrinde, Adli Tıp Kurumu²⁵⁹ ve bu kurumu düzenleyen 2659 sayılı Kanun'un²⁶⁰ 31. maddesi uyarınca yüksek öğretim kurumları veya birimleri²⁶¹, resmi bilirkişi olarak nitelendirilmektedir. Bunun gibi Jandarma ve Polis Kriminal Laboratuvarlarından seçilecek uzmanların imza incelemesi bakımından resmi bilirkişi oldukları belirtilmektedir²⁶². Aynı şekilde 5510 sayılı Kanun'un²⁶³ 58. maddesinin 5. fıkrası uyarınca Sosyal Sigorta Yüksek Sağlık Kurulu da, Kanun' da belirtilen görevlerle sınırlı olmak üzere resmi bilirkişilik yapabilmektedir²⁶⁴.

²⁵⁸ “Adli Tıp Genel Kurulu raporu oyçokluğu ile verilmiş ve kurul içinde tek bir kadın doğum uzmanı bulunmaktadır. Raporda çoğunluk görüşünün doğru olmadığı yönünde azınlık tarafından inandırıcı gerekçeler ileri sürüldüğü görülmektedir. Bu haliyle rapor inandırıcı ve tatminkâr olmaktan uzaktır. Öyle olunca davalı tarafça da itiraz edilen Adli Tıp Genel Kurulu raporuna itibar edilip, hüküm kurulmaz. O halde mahkemece yapılacak iş, üniversitelerin ilgili anabilim dallarından ve özellikle kadın doğum uzmanlarından seçilecek konusunda uzman bilirkişilerden oluşmuş bir kurul aracılığı ile dosyadaki hastahane de tutulmuş dosya ve kayıtlar taraf savunmaları tüm deliller birlikte değerlendirilerek, yapılması gerekenle yapılan müdahale ve tedavinin ne olduğu, tıbbın gerek ve kurallarına göre olayda doktor hatası olup olmadığını gösteren nedenlerini açıklayıcı, taraf, mahkeme ve Yargıtay denetimine elverişli rapor alınmak ve böylece hasıl olacak sonuca uygun karar vermektir.” Y. 13. HD. 2002/13959 E. 2003/2380 K. 6.3.2003 T. Bkz. Meraklı, 2009: 343 naklen Kazancı İçtihat Bankası.

²⁵⁹ Adli Tıp Kurumu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Meraklı, 2009: 337 vd. Adli Tıp Kurumu'nun yapısının bilirkişinin bağımsızlığı ile örtüşmediği bu anlamda Kurumun özerk hale getirilmesi yahut tamamen kaldırılarak tıp fakülteleri ile bağlantılı yeni bir sistem kurulması yönündeki görüşler için bkz. Toraman, 2017: 502. Yazar, Adli Tıp Kurumu'nun yapısına getirilen eleştirilerin, benzer yapıya sahip olan diğer resmi bilirkişilikler için de geçerli olduğunu belirtmektedir. Bkz. Age: 502. Aynı şekilde Adli Tıp Kurumu'nun yürütmeden soyutlanarak özerk hale getirilmesi yönünde bkz. Tanrıver, 2016: 54.

²⁶⁰ RG. T. 20.04.1982, S. 17670.

²⁶¹ Ayrıca bkz. 2547 sayılı Kanun'un 38. maddesi. Tanrıver'e göre bu hükümde kastedilen “tıp fakültelerinin adli tıp anabilim dallarıyla, diğer anabilim dallarında görev yapan öğretim üyeleridir.”. Bkz. Tanrıver, 2016: 52.

²⁶² Kuru, 2015: 313.

²⁶³ RG. T. 16.06.2006, S. 26200.

²⁶⁴ Kuru, 2015: 313; Meraklı, 2009: 349. Öte yandan, 663 sayılı Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşların Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 21. maddesi uyarınca “sağlık meslek mensuplarının mesleklerini icra ederken ortaya çıkan adli konularda mahkemelere görüş vermek ve idari soruşturmacılar ve uzlaşma komisyonları için bilirkişi listesi belirlemek üzere on beş üyeli Yüksek Sağlık Şurası kurulmuştur”. Ancak bu hüküm 703 sayılı KHK'nın 25/ğ maddesi ile yürürlükten kaldırılmış ve mevcut durumda sağlık bakanlığı teşkilatı içinde böyle bir kuruma yer verilmemiştir.

1.3.2.2. Bilirkişi Listeleri

Hâkim, ilgili konuda resmi bilirkişiler bulunmadığı takdirde Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 268. maddesinin birinci fıkrası uyarınca hazırlanmış listelere²⁶⁵ kayıtlı kişiler arasından bilirkişi seçmelidir²⁶⁶. Bu bağlamda, hâkim bir davanın çözümü için Kanunlar tarafından görüş bildirmekle yükümlü kılınan bir kişi veya kuruluşun olmadığını tespit ederse, bağlı bulunduğu bölge adliye mahkemesini esas almak suretiyle bilirkişilik bölge kurulları tarafından düzenlenen listelerde yer alan kişiler arasından bilirkişi görevlendirmelidir²⁶⁷. Eğer bu listeler içinde gerekli uzmanlığa sahip bilirkişi yoksa diğer bölge kurullarının listelerinden bilirkişi seçilmelidir. Diğer listelerde de gerekli uzmanlığa sahip bilirkişi bulunmadığı takdirdeyse, hâkim liste dışında bilirkişi seçmelidir. Liste dışından bilirkişi seçildiği takdirde, hâkim bu durumu bölge kuruluna bildirmelidir. (HMK m. 268/2)²⁶⁸.

Bilirkişi listelerini hazırlama görevi, 2016 yılında 6754 sayılı Bilirkişilik Kanunu'nun 50. maddesi ile yapılan değişiklikten önce adalet komisyonlarına verilmişti. Değişikliğe uğramadan önceki Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 268. maddesi uyarınca; bilirkişi, mahkemenin yargı çevresinde bulunan bölge adliye mahkemesi adli yargı adalet komisyonları tarafından her yıl düzenlenecek olan listeye kayıtlı uzmanlar arasından görevlendirilmekteydi. Yürürlükten kaldırılan Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun bu hükmü uyarınca, Adalet Bakanlığı'na bu listelerin düzenlenmesi için yönetmelik çıkarma yetkisi verilmişti (Mülga HMK m. 268/3). Buna uygun olarak, Adalet Bakanlığı tarafından, Bölge Adliye Mahkemesi Adli Yargı Adalet Komisyonlarınca Bilirkişi Listelerinin Düzenlenmesi Hakkında Yönetmelik²⁶⁹, çıkarılmış, bu yönetmelik ile listelerin nasıl oluşturulacağı, listelere kaydolacak kişilerde aranan uzmanlıklar, listelere başvuru usulü, başvuruların nasıl değerlendirileceği, kayıtlı olan uzmanların listelerden çıkarılması ve yasaklanma usulleri gibi

²⁶⁵ Liste yönteminin temel amacının, hâkim tarafından atanmadan önce muhtemel bilirkişilerin niteliklerinin önceden kontrol edilmesi, bu anlamda ilgili kişilerin bir ön seçime tabi tutulması olduğu belirtilmektedir. Bkz. Toraman, 2017: 380. Umar'a göre liste yöntemi, mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimin delilleri serbestçe değerlendireceğine ilişkin temel ilkelerle bağdaşmamaktadır. Bkz. Umar, 2014: 801. Aksi yöndeki görüş için bkz. Toraman, 2017: 396 vd. Liste yönteminin farklı ülkelerdeki uygulanma biçimleri, avantajları ve bu yönteme getirilen eleştiriler için bkz. Toraman, 2017: 383 vd., 392 vd., 395 vd.

²⁶⁶ Avusturya, Almanya, Fransa ve Hollanda hukuklarında da liste yönteminin farklı şekillerde de olsa kullanıldığı belirtilmektedir. Bu ülkelerin bazıları ve özellikle Avusturya hukukunda listeler, bilirkişi bulmak için önemli ve öncelikli yöntem olarak kabul edilseler de, hâkimin listelerle bağlı olmadığı ve liste dışından da bilirkişi atanabileceği kabul edilmektedir. Bkz. Verkerk, 2009: 172-173.

²⁶⁷ "Ancak kendi bölge listesinde ilgili uzmanlık alanında bilirkişi olmasına rağmen diğer bir bölgedeki bilirkişinin, görevlendirme yapılan yere daha yakın bir mesafede bulunması durumunda, bu listeden de görevlendirme yapılabilir". (HMK m. 268/1)

²⁶⁸ Liste dışından bilirkişi seçimi yapılırken, hâkimin seçim hakkını dolaylı olarak devredek davranışlardan kaçınılması gerekir. Özellikle daha önceki uygulamalarda görüldüğü gibi bilirkişinin kimliği belirtilmeden bir mühendisin veya muhasebecinin yahut da meslek dahi belirtmeden "zararın tespiti için bilirkişi atanmasına" gibi kararlar verilerek, bilirkişinin kalem tarafından belirlenmesine yol açacak uygulamalara müsaade edilmemelidir. Bkz. Öz, 2000: 214.

²⁶⁹ RG. T. 08.04.2012, S. 28258.

hususlar düzenlemişti. Ancak bu yönetmelik de 6754 sayılı Bilirkişilik Kanunu uyarınca çıkarılan Bilirkişi Yönetmeliği'nin²⁷⁰ 89. maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır.

Belirttiğimiz üzere; Bilirkişilik Kanunu'nun 50. maddesi ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 268. maddesinde yapılan değişiklikle bilirkişi listelerini düzenleme görevi, adalet komisyonlarından alınarak, bilirkişilik bölge kurullarına verilmiştir. Bilirkişilik Kanunu'nun genel gerekçesine göre adalet komisyonları, bilirkişilik faaliyetinin yürütülmesi ve kontrol edilmesinde etkin, kurumsal bir rol üstlenememiştir. Bu çerçevede, genel gerekçeden anlaşıldığına göre, bilirkişiliğe ilişkin sorunların çözülmesi, bilirkişiliğe ilişkin temel ve alt uzmanlık alanların belirlenmesi, bilirkişiler de bulunması gerekli niteliklerin belirlenmesi, bilirkişilerin uyması gereken kuralların tespiti ve bilirkişilerin denetimlerinin yapılması için gerekli olan ve bütün bu süreçte düzenleyici rol üstlenecek kurumsal bir yapı ihtiyacı, adli yargı komisyonları yerine bilirkişilik bölge kurullarının da içinde bulunduğu bir sistem düzenlenmesinin nedenleri olarak gösterilmektedir.

Bilirkişi listelerini hazırlama görevi verilen bilirkişilik bölge kurulları, Bilirkişilik Kanunu ile meydana getirilen yeni bilirkişilik sistemi uyarınca oluşturulmuş üç ana organdan bir tanesidir. Bilirkişilik Kanunu'nun ikinci bölümünde düzenlenen bu organlar; Bilirkişilik Danışma Kurulu, Bilirkişilik Daire Başkanlığı ve Bilirkişilik Bölge Kurullarıdır. Bilirkişilik Danışma Kurulu'nun temel görevi, bilirkişilik ile ilgili konu ve sorunlar hakkında tavsiye ve önerilerde bulunmaktır (Bilirkişilik K. m. 5). Bilirkişilik Daire Başkanlığı ise Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü bünyesinde kurulan idari bir kurumdur (Bilirkişilik Kanunu m. 6). Bilirkişilik Bölge Kurulları ise her bölge adliye mahkemesinin bulunduğu yerde kurulmaktadır. Bu kurullar, başvuru yapan uzmanların bilirkişiliğe kabulü ile bunların sicile ve listeye kaydedilmesine karar vermektedir. Aynı şekilde sicile kayıtlı bilirkişilerin uzmanlık alanlarına göre bilirkişi listelerini oluşturmak, kayıtlı bilirkişilerin mevzuat çerçevesinde denetimini yapmak, performanslarını ölçmek, bilirkişilerin sicil ve listeden çıkarılmasına karar vermek de bilirkişilik bölge kurullarının görevleri arasındadır. Ayrıca özel hukuk tüzel kişilerinin bilirkişilik faaliyetinde bulunmalarına izin vermek, izinleri iptal etmek de bilirkişilik bölge kurulları tarafından gerçekleştirilecek işlerdendir (Bilirkişilik Kanunu m. 8).

²⁷⁰ RG. T. 03.09.2017. S. 30143.

1.3.2.3. Bilirkişilerde Bulunması Gereken Nitelikler

1.3.2.3.1. Uzmanlık

Hâkim, bilirkişi seçimi yaparken yukarıda belirtilen kanuni sınırlandırmaların yanında işin doğası ve uyumsuzluğun özellikleri gereği ilgili kişinin birtakım özelliklere sahip olmasına da dikkat etmelidir. Bu bağlamda, bilirkişinin, uyumsuzluk konusu alanla bağlantılı bir uzmanlığa sahip olması, yargılamanın unsurlarından ve üçüncü kişilerin etkilerinden uzak, bağımsız ve tarafsız olarak objektif bir şekilde görüş bildirebilmesi, mahkemenin göz önünde bulundurması gereken unsurlar arasındadır²⁷¹. Ancak bu unsurlar arasında diğerlerinden önce geleni ise, uzmanlıktır. Zira yargılamada bilirkişilikten beklenen temel fayda, diğer bir ifadeyle bilirkişilik müessesinin var oluş sebebi, özel ve teknik bilgi ihtiyacıdır. Dolayısıyla, bilirkişi uzman değilse, yargılamanın gerektirdiği bilgi ve tecrübeye vakıf değilse, ne kadar tarafsız, bağımsız veya dürüst olursa olsun yargılama için gerekli olan özel ve teknik bilgiyi mahkemeye aktaramayacaktır. Bunun neticesi olarak uzman olmayan ilk bilirkişiden elde edilemeyen bilgi ve tecrübe başka bir bilirkişi aracılığıyla giderilmeye çalışacaktır. Bu durum ise, gerek masraf gerekse de zaman açısından usul ekonomisi ilkesi ile bağdaşmayacaktır²⁷². Bu sebeple, her şeyden önce bilgi ve tecrübesini yargılamaya aktarması amaçlanan bilirkişinin gerçekten ihtiyaç duyulan konuda gerekli uzmanlığa sahip olup olmadığı belirlenmelidir²⁷³. Bu değerlendirme yapılırken öncelikli olarak ilgili uyumsuzluğun çözümü için hangi tür bilgi

²⁷¹ Duman, 1984: 741; Tanrıver, 2009: 580.

²⁷² Atalay, 2001: 180; Ulukapı, 2001: 295-296; Gürel, 2001: 467-468; Yılmaz, 2000: 25; Bakıcı, 2000: 120; İnan ve Kumkale, 2006: 19.

²⁷³ "...çözümü özel ve teknik bilgiyi gerektiren hallerde sağlıklı bir sonuca varılabilmesi yasa gereği, görüşüne başvurulması zorunlu bilirkişilerin o konuda yeterli bilgiye sahip uzman kişi olmasına bağlıdır..uzman olmayan bilirkişi raporuna dayanılarak yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır..." 4. HD. 8.12.1987,9105/9008. Bkz. Arslan, 2000: 208-209 naklen YKD 1988/3, s. 339-341."Ecri misil davalarında uzmanlığı belli olmayan polis memuru bilirkişilik yapamaz" Y. 3. HD 11.4.1994-4528/5891. Bkz. TÜRMOB, 2000: 192. "...Ancak, oy ve görüşüne başvurulacak kişinin konusundan uzman olması gerekir. Davalının taşan sularından dolayı davacının dairesindeki salon laminant parke, mutfak dolapları, halı ve duvarın gördüğü zarar konusunda inşaat mühendisi bilirkişiden rapor alınması yerinde ise de olayda ıslanan kumaşlar nedeniyle oluşan zararın da konusunda uzman olmayan inşaat bilirkişisine hesaplatılması ve bu konuda da aynı bilirkişi görüşüne itibar edilerek hüküm kurulması doğru değildir..." Y. 14. HD 21.01.2013 T. 2012/14393 E. 2013/797 K. Bkz. Gençcan, 2013: 964. "Ziraatçı bilirkişi raporu hükme yeterli olmadığından taşınmazın göl sahasında olup olmadığına, göl sularının daimi etkisi altında bulunup bulunmadığına dair bu konuda uzman sayılan bir jeolog tarafından rapor düzenlenmesi gerekir." 8. HD 30.10.1990, 4860/14346. Karar için bkz. Köroğlu, 2001: 199.

ve tecrübeye (uzmanlık alanına) ihtiyaç duyulduğu doğru şekilde tespit edilmeli²⁷⁴, daha sonra atanacak kişinin tespit edilen bu alanda uzmanlığı değerlendirilmelidir²⁷⁵.

Uzman “belli bir işte, belli bir konuda bilgi görüş ve becerisi çok olan kimse” olarak tanımlanmaktadır²⁷⁶. Bir kimsenin bir konuda görüş ve becerisinin az veya çok olduğunun belirlenmesi, diğer bir ifadeyle uzmanlığının tespit edilmesi ise o konuya yabancı kimseler için önemli bir sorundur. Nitekim bu sorun, hâkimde bulunmayan özel ve teknik bilgiyi gidermek için yürütülen bilirkişilik faaliyeti içinde de kendisini göstermektedir. Özellikle uyuşmazlığın karmaşık ve bilimsel hususlara ilişkin olduğu durumlarda, uzmanlığı tespit etmek ve muhtemel bilirkişi adayının bilgi düzeyini ölçmek oldukça zordur²⁷⁷. Bu sorunu çözmek için Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu döneminde²⁷⁸ çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Bu çerçevede getirilen önerilerin başında, bilirkişilerin daha önce hazırlanmış listelerden seçilmesi gelmektedir. Bu anlayışa göre, uzmanlık için aranan nitelikler belirlenerek, bu nitelikleri taşıyan uzmanlar listelere kaydedilmeli ve hâkim ihtiyaç duyduğu takdirde daha önce uzmanlıkları tespit edilmiş kişiler arasından bilirkişi seçmelidir. Bu görüşte olan bazı yazarlar, bu listelerin adli yargı adalet komisyonları tarafından düzenlenmesini savunurken²⁷⁹, diğer bazı yazarlar ise listelerin Adalet Bakanlığı ile Barolar tarafından hâkimlerin bağımsızlığını zedelemekten kaçınılması gerektiğini ileri sürmüşlerdir²⁸⁰.

²⁷⁴ “Bu hususta mahkemeye rapor tanzim eden bilirkişi heyetinde jeoloji mühendisi olmadığı anlaşılmıştır. Mahkemece, davacının bahsedilen sistemin binadada uygulanması gerekip gerekmediği konusunda heyet raporu ile tespit raporları arasındaki çelişkileri de giderir şekilde içinde en az bir jeoloji mühendisliğinde bulunduğu konusunda uzman bilirkişi heyetinden yargıtay, mahkeme ve taraf denetimine elverişli bir rapor alınarak hasıl olacak sonuca uygun bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.” Y. 13. HD. 2016/21127 E. 2018/7641 K. 04.07.2018 T. Karar için bkz. www.kazanci.com. Erişim tarihi: 27.02.2019.

²⁷⁵ Bu değerlendirmeyi yapma yükümlülüğü hâkime aittir. Ancak bilirkişi de kendi uzmanlık alanına girmeyen bir konuda görevlendirildiği takdirde bunu derhal mahkemeye bildirmeli, yargılamanın gereksiz yere uzamasını önlemelidir. Bu husus, hem yasa hem de etik kuralları açısından bilirkişinin sorumluluğu kapsamındadır. (HMK m. 275) Bkz. Gürel, 2001: 476.

²⁷⁶ Türk Dil Kurumu Genel Türkçe Sözlük, bkz. <http://www.tdk.gov.tr>. Erişim tarihi: 01.07.2013.

²⁷⁷ Buna karşılık, bazı durumlarda hâkimin bu sorunu aşması daha kolay olabilmektedir. Özellikle ihtiyaç duyulan özel ve teknik bilginin karmaşık olmadığı veya uzmanlık alanın oturmuş olduğu durumlarda, uzmanlığın belirlenmesi için bir mesleğe aidiyet gibi kriterler yeterli sayılabilir. Bkz. Deryal, 2001: 19. Örneğin, basit bir defter incelemesi için ortalama bir muhasebeci veya çok genel bir sağlık kontrolü için pratisyen bir hekim bilirkişi olarak seçilebilir.

²⁷⁸ Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu döneminde, uzmanlığın sağlanması için ne hâkimlerin ne de bilirkişilerin üzerlerine düşen yükümlülükleri tam olarak yerine getirdikleri söylenemez. Bu dönemde, arkadaşlık ve yakınlık gibi kişisel ilişkiler üstün tutularak, ilgili uyuşmazlık konusuyla ilgili hiçbir bilgisi olmayan kişilerin, bilirkişi olarak seçildiği görülebilmekteydi. Bkz. Özbek, 2009: 1152-1153. Örneğin, iş kazasının mevcudiyeti ve işçi alacaklarının tespiti noktasında mali müşavirin veya bir arazinin tarıma elverişli olup olmadığı noktasında inşaat mühendisinin bilirkişi olarak atandığı görülmekteydi. Aynı şekilde imza incelemesi için yediemin depocusunun, mirasçıların belirlenmesi için zabıt kâtabinin veya trafik kazasında hasar ve kusurun belirlenmesi için bir avukatın bilirkişi olarak atandığına uygulamada rastlanılmaktaydı. Bu örneklerin alındığı Yargıtay kararları ve açıklamalar için bkz. Çayan, 2013: 59, dpn. 158-159-160.

²⁷⁹ Özbek, 2001: 631-632; Kılıçoğlu, 1986: 646.

²⁸⁰ Şişli, 2000: 233.

Bilirkişilikte bulunması gereken uzmanlık ve tarafsızlık gibi niteliklerin belirlenmesi ve bilirkişiliğin kurumsallaştırılması amacıyla ileri sürülen diğer görüş ise, bilirkişilerin bir meslek odası altında toplanmasıdır²⁸¹. Nitekim bu amaçla “Türkiye Hakem ve Bilirkişi Odaları Birliği Kanun Tasarısı” oluşturulmuştur²⁸². Ancak bu düzenleme tartışmaya açıldıktan sonra çeşitli sebeplerle eleştirilmiş ve kanaatimizce bu eleştirilerin de etkisiyle kanunlaştırılmadan rafa kaldırılmıştır²⁸³. Öte yandan uzmanlık alanlarının tespit edilmesi amacıyla, (bilirkişilik için ayrı bir meslek odası kurmak yerine), mevcut meslek odalarından da yardım alınabileceği ileri sürülmüştür. Bu görüşe göre bilirkişiye ihtiyaç duyulan uzmanlık alanlarının belirlenmesi özel ve teknik bilgi içeren bir değerlendirme gerektirmektedir ki, bu değerlendirme, ilgili meslek alanında faaliyet gösteren odalar tarafından gerçekleştirilebilir²⁸⁴.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu ise, mevzuatımızda uzmanlığın tespiti ve bilirkişiliğin kurumsallaştırılması noktasındaki eksikliğin giderilmesi amacıyla yukarıda açıklanan görüşler arasından liste yöntemini benimsemiştir²⁸⁵. 2016 yılında 6754 sayılı Bilirkişilik Kanunu’nun 50. maddesi ile yapılan değişiklikten önce hâkimler, bölge adliye mahkemesi adli yargı komisyonları tarafından her yıl düzenlenecek olan listelerde yer alan kişiler arasında bilirkişi seçebilmekteydi (Mülga HMK m.268/1). Bu listelerde kimlerin olabileceği, diğer bir ifadeyle

²⁸¹ Yılmaz, 2001: 538 vd.; Atapek, 2001: 591 vd.

²⁸² Türkiye Hakem ve Bilirkişi Odaları Birliği Kanun Tasarısı ve bu konudaki ayrıntılı bilgi için bkz. Yılmaz, 2001: 538 vd, Atapek, 2001: 591 vd.

²⁸³ Öztekin’e göre, bu şekilde kurulan odalar ya çok kapalı birtakım kulüpler haline dönüşebilir ya da her önüne gelenin girdiği çok açık kulüpler haline dönüşebilir. Yazar, bu noktada çıkacak problemlerin yine yargıda çözüleceğini belirterek, dolambaçlı bir yol izlenmesi yerine doğrudan Adalet Komisyonları nezdinde bilirkişilerin tespit edilmesinin daha basit bir yol olduğunu soru sormak suretiyle ifade etmektedir. Bkz. Öztekin, 2001: 631-632. Bu noktada getirilen diğer eleştiri ise, bilirkişilerin zaten bir meslek sahibi olduğu ve ilgili meslek kapsamında bir meslek odasına kayıtlı olduğudur. Bu nedenle bilirkişiler için ayrıca oda kurulması gereksizdir. Zira mevcut bilirkişi odalarının zaten hâlihazırda birtakım etik kuralları vardır. Bu çerçevede, bilirkişileri ayrı başka bir çatı altında aynı tip etik kuralları altında toplamakta yarar olmadığı gibi, bu durum odalar arasında çekişmelere de neden olabilecektir. Bkz. Kartal, 2001: 633. Bir başka eleştiriye göre ise bilirkişilik; muhasebecilik, mühendislik veya doktorluk gibi bir meslek veya iş olarak nitelendirilemez. Bilirkişi, yargının ihtiyacı olduğu takdirde ona yardımcı olan uzmandır. Bu sebeple bilirkişiliğe ayrı bir kurum veya sektör haline getirilmesi ve dolayısıyla meslek odalarına benzer bir yapıda bir oda altında konumlandırılması uygun değildir. Bkz. Özok, 2001: 628-630, 636-637. Benzer görüşler için bkz. Aşçıoğlu, 2001: 637-638; Apalak, 2001: 641; Tanrıver, 2016: 47; Atalay, 2001: 644. Aksi bir görüşe göre ise bilirkişiliğin meslek olarak kabul edilmesinde herhangi bir sakınca olmadığı gibi büyük yararlar vardır. Bu düşünceye göre; her meslek bir ihtiyaç nedeniyle ortaya çıkmaktadır. Nitekim avukatlık ve hâkimlik gibi bazı meslekler, bir zamanlar karşılıksız olarak amatör bir anlayışla yapılmaktaydı. Ancak bu meslekler zaman içinde profesyonelleşerek ayrı bir meslek kolu haline gelmişlerdir. Bilirkişilik de profesyonelleşmeye başlamıştır ve bunda bir sakınca yoktur. Aksine mesleğinde önemli yerlere gelmiş ve önemli bilgi birikimine sahip kişilerin, diğer meşguliyetlerini bırakarak bilirkişilik yapmasında büyük faydalar vardır. Zira bir meslek olarak bilirkişiliğin varlığı halinde artan profesyonelleşme ve deneyimle birlikte aktarılabilecek bilgi daha düzenli, eksiksiz ve doğru olacağı için mahkemenin ihtiyaç duyduğu yardım daha etkili bir şekilde sağlanabilecektir. Bkz. İnanc ve Kumkale, 2006: 16-17.

²⁸⁴ Saygıner, 2000: 66-67. Yazar’a göre uzmanlık alanlarının belirlenmesi dışında, bilirkişinin tarafsızlığını değerlendirmek amacıyla kullanılacak bir tarafa yakınlık veya düşmanlık gibi hususların tespit edilmesi amacıyla da meslek odalarında yeterli bilgi ve kayıt bulunmaktadır. Bkz. Age: 66-67. Benzer görüşler için bkz. Bakıcı, 2000: 120-121.

²⁸⁵ Tanrıver, 2009: 581.

kimlerin uzman sayılacağı ise Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda düzenlenmemiş, Adalet Bakanlığı tarafından çıkarılacak yönetmeliğe atıfta bulunulmuştur (Mülga HMK m.268/3). Adalet Bakanlığı, mülga olan Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 268/3. maddesinin verdiği yetki ile bilirkişi listelerin nasıl oluşturulacağına dair “Bölge Adliye Mahkemesi Adli Yargı Adalet Komisyonlarınca Bilirkişi Listelerinin Düzenlenmesi Hakkında Yönetmelik”²⁸⁶ çıkarmıştır. Bu yönetmeliğin 7. maddesinde listeye kabul şartları düzenlenmiştir. İlgili maddede, uzmanlığın tespiti için öncelikli olarak bilirkişiliğin yapılacağı alanda en az üç yıllık mesleki deneyim aranmıştır (m.7/b). İkinci olarak, meslek mensubu olarak görev yapabilmek için mevzuat tarafından aranılan şartlara haiz olmak, (m.7/g) son olarak da mesleğin icrası için bir meslek kuruluşuna kayıtlı olmak zorunda olanlar için ilgili meslek kuruluşunun mevzuatına göre bilirkişilik yapabilmek için uzmanlık alanını gösteren bir belgenin alınmasının zorunlu kılındığı durumlarda bu belgeye sahip olmak, listeye girmek için şart olarak öngörülmüştür (m.7/ğ).

Bilirkişilerin uzmanlığına ilişkin yukarıdaki düzenlemelerin yetersizliği çeşitli şekillerde ileri sürülmüştür. Özellikle, uzmanlığı değerlendirilecek komisyonun, teknik bir donanıma sahip olmadığı, bu değerlendirmenin sağlıklı yapılabilmesi için ilgili alandaki meslek odalarının görevlendirilmesi gerektiği ifade edilmiştir²⁸⁷. Aynı şekilde uzmanlığın tespiti için sadece sertifika ve diploma ile yetinilmemesi, uzmanlığın belirlenmesi için ulusal veya uluslararası akreditasyon kuruluşlarından onay alınması gerektiği ifade edilmiştir²⁸⁸.

Muhtemelen, bu eleştirilerin de etkisiyle, 6754 sayılı Bilirkişilik Kanunu ve bu Kanuna dayanılarak çıkarılan Bilirkişilik Yönetmeliği ile liste yöntemi devam ettirilmekle beraber uzmanlığın tespit edilmesi amacıyla birtakım yenilikler ortaya konulmuştur. Buna göre; bilirkişi olarak yargılamada görev yapacak kişide aranan mesleki kıdem üç yıldan beş yıla çıkartılmıştır (Bilirkişi Kanunu m. 10/e). Ayrıca bu kıdeme sahip olan kişinin, bilirkişilik için gerekli olan temel bir eğitim alması da şarttır (Bilirkişilik Kanunu m. 10/d). Bunun yanında ilgili kişinin meslek mensubu olarak görev yapabilmesi için ilgili mevzuat hükümleri uyarınca aranan şartlara haiz olması ve mesleğini yapabilmek için gerekli olan uzmanlık alanını gösteren diploma, mesleki yeterlilik belgesi, uzmanlık belgesi veya benzeri bir belgeye sahip olması gereklidir (Bilirkişilik Kanunu m. 10/f) . Bunun yanında bilirkişi adayının bilirkişilik temel ve alt uzmanlık alanlarına göre belirlenen koşulları da taşıması gereklidir (Bilirkişilik Kanunu m. 10/g). Bilirkişilik Kanunu uyarınca kurulan Daire Başkanlığı, bilirkişilik hizmetlerine ilişkin temel ve alt uzmanlık alanları ile temel ve alt uzmanlık

²⁸⁶ RG. T. 08.04.2012, S. 28258.

²⁸⁷ Tanrıver, 2016: 57.

²⁸⁸ Tanrıver, 2016: 57.

alanlarına göre bilirkişilerin sahip olması gereken nitelikleri tespit etmekle görevlendirilmiştir. Daire Başkanlığı da Kanun'un kendisine verdiği göreve uygun olarak tarım, hayvancılık, su ürünleri, ormanlar, kamulaştırma, madencilik, jeofizik, jeoloji, şehir ve bölge planlama, harita ve kadastro, mimarlık, iç mimarlık, inşaat, çevre, peyzaj, kentsel dönüşüm, gayrimenkul geliştirme ve yöntemi, bilgisayar, elektrik-elektronik ve enerji gibi birtakım temel uzmanlıklar ve bunların alt başlıkları olarak da çeşitli uzmanlık alanları belirlemiştir²⁸⁹. Aynı şekilde Kanun'un Daire Başkanlığı'na verdiği göreve uygun olarak temel ve alt uzmanlıklar için gerekli olan şartlar belirlenmiştir. Örneğin, su ürünleri temel uzmanlık alanı için Bilirkişilik Kanunu'nun 10. maddesi ve Bilirkişilik Yönetmeliği'nin 38. maddesinde öngörülen şartlara haiz olmanın yanında üniversitelerin lisans eğitimi veren mühendislik fakültelerinin su ürünleri mühendisliği, balıkçılık teknolojisi mühendisliği veya ziraat fakültelerinin su ürünler bölümlerinden mezun olmak, uzman sayılabilmek, bu anlamda bilirkişi olarak seçilebilmek için kriter olarak belirlenmiştir. Bilirkişilik Kanunu'nun 11. maddesi uyarınca bölge kurulu gerekli şartları taşıyanlar arasından başvuranın meslek tecrübesini, katıldığı meslek içi eğitimleri veya uzmanlığı gösteren belgeleri dikkate alarak en liyakatli olanları seçer hükmü uyarınca en liyakatli olanların tespiti noktasında da Daire Başkanlığı çeşitli kriterler belirlemiştir. Yukarıda açıklanan örnekten devam edersek; su ürünleri temel uzmanlık alanında ve bu uzmanlık alanı altında belirtilen alt uzmanlıklarda (Örn: su ürünleri yetiştiriciliği, su ürünleri avcılığı ve işleme teknolojisi, temel bilimler, su ürünleri hastalıkları) ilgili fakültelerin varsa alt uzmanlık alanı kapsamındaki uzmanlıklara uygun bölümlerden mezun olmak, başvuruda bulunduğu alt uzmanlık alanlarında yüksek lisans veya doktora yapmış olmak, alt uzmanlık alanlarında mesleki gelişim faaliyetleri, meslek içi eğitimler, mesleki veya akademik çalışmalar ile mesleki başarılar, en liyakatli olanın belirlenmesinde dikkate alınacak kriterler olarak belirlenmiştir.

1.3.2.3.2. Bağımsızlık

Yargılamanın temel amaçlarından biri olan hakikati bulma çabasının başarıya ulaşması, karar verici konumunda olan hâkimlerin bağımsız ve tarafsız bir yargılama yürütmesine bağlıdır. Bu olgunun sonucu olarak, yargılamada önemli bir rol üstlenen, hâkimin kararına önemli ölçüde etki eden ve Türk hukukunda onun yardımcısı olarak kabul edilen bilirkişiden de bağımsız bir şekilde görevini ifa etmesi beklenmektedir. Nitekim bu husus, 6754 sayılı Bilirkişilik Kanunu'nun temel ilkeleri düzenleyen 3. maddesinin birinci fıkrasında ve Bilirkişilik Yönetmeliği'nin 8. maddesinde açıkça düzenlenmiştir. Türk Dil

²⁸⁹https://bilirkisilik.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/372020103605EK_1_uzmanl%C4%B1kalanlar%C4%B1.pdf. Erişim tarihi: 02.10.2020.

Kurumu'nun Büyük Türkçe Sözlüğüne göre, bağımsız “davranışlarını, tutumunu, girişimlerini herhangi bir gücün etkisinde kalmadan düzenleyebilen” kişidir. Diğer bir yan anlama göre ise bağımsız, “herhangi bir kuruluşa, partiye bağlı olmayan kimse”yi ifade eder²⁹⁰.

Bilirkişilik Yönetmeliği'nin 8. maddesi uyarınca; bilirkişi sadece taraflardan değil, aynı zamanda onu görevlendiren mercieden ve kendi işvereninden de bağımsız olmalıdır. Ancak Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 278. maddesi uyarınca bilirkişi, görevini mahkemenin sevk ve idaresi altında yürütür. Bilirkişinin yürüttüğü faaliyetin doğası ve yargılamadaki rolü dikkate alındığında, bilirkişinin mahkemeye bir şekilde bağımlı olması, onun sevk ve idaresi altında olması kaçınılmazdır. Aksi takdirde bilirkişi, asıl amacını gerçekleştiremeyecek, mahkemeye yardımcı olamayacaktır. Dolayısıyla Bilirkişilik Kanunu'nun 3. maddesinde belirtilen bağımsızlıktan maksat, bilirkişinin bağımsız olması gereken mahkemelerin sevk ve idaresi altında ancak onların telkinlerinden de bağımsız olarak, yargılamaya aktaracağı görüşünü, teknik ve bilimsel hususlara uygun olarak hazırlamasıdır (Bilirkişilik Yönetmeliği m. 8). Diğer bir deyişle, bilirkişi, bütün güç odaklarından bağımsız olması gerektiği gibi, mahkemeden de bağımsız olabilmeli, görüşünü oluştururken onun Kanun gereği vereceği talimatlar dışında, görüş ve telkinlerinden etkilenmemelidir²⁹¹.

6754 sayılı Bilirkişilik Kanunu'nun temel amacı, Kanun'un 1. maddesinde de belirtildiği üzere; bilirkişilerin nitelikleri, eğitimi, seçimi ve denetimine ilişkin usul ve esasların belirlenmesi ile bilirkişilik faaliyetinin verimli ve etkin bir şekilde yürütülmesi amacıyla bu alanda kurumsal bir yapı oluşturmaktır. Bilirkişilik Kanunu, bu amaca uygun olarak, Bilirkişilik Danışma Kurulu, Bilirkişilik Daire Başkanlığı ve Bilirkişilik Bölge Kurullarından oluşan üç ayaklı bir kurumsal yapı ortaya çıkarmıştır. Oluşturulan bu yapının özellikle idare ile bağlantılı olması ise bağımsızlık noktasında tartışmalara neden olmuştur. Özellikle, Bilirkişilik Daire Başkanlığı'nın idarenin bir organı olan Adalet Bakanlığı nezdinde kurulmasının, yargı bağımsızlığı noktasında kaygılara yol açacağı belirtilmiştir²⁹². Bilirkişinin yürüttüğü görevin yargısal olması ve buna bağlı olarak yargının tamamen bağımsız ve tarafsız olmasının bir gereği olarak bilirkişilik faaliyetinin yürütmeye değil, yargı ile bağlantılı olarak kurumsallaştırılmasının daha uygun olduğu ileri sürülmüştür²⁹³. Bunun sağlanması amacıyla da tamamen yeniden kurulan bir sistem değil, yürürlükten kaldırılan adalet komisyonlarının daha etkili kullanılmasının uygun olduğu ifade edilmiştir²⁹⁴.

²⁹⁰ Türk Dil Kurumu, Türkçe Büyük Sözlük bkz. http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts

²⁹¹ Tanrıver, 2016: 79-80.

²⁹² Atalı, 2016: 3277.

²⁹³ Tanrıver, 2015: 228

²⁹⁴ Tanrıver, 2015: 228; Atalı, 2016: 3277.

Öte yandan Bilirkişilik Kanunu ile Bilirkişilik Danışma Kurulu'nun üyesi ve başkanı olarak Adalet Bakanlığı Müsteşarının görevlendirilmesinin, bilirkişilik faaliyetinin bağımsızlığına uygun olmadığı iddia edilmiş ve bu amaçla Bilirkişilik Kanunu'nun 4. maddesinin 2. fıkrasının (a) bendi ile 4. maddesinin 3. fıkrasının ilk cümlesinin iptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmuştur. İptal talebinin gerekçesinde; siyasi bir kimliği bulunan Adalet Müsteşarının, Bilirkişi Danışma Kurulu'nun üyesi ve başkanı olarak önerilerde bulunabilmesinin ve bilirkişilerin listelerde olup olmamasına karar vermesinin, bağımsız yürütülmesi gereken yargılama sürecini etkileyeceği, yukarıda belirtilen Kanun hükümleri ile Kurulun yargılamaya müdahalesine imkân tanınarak adil bir yargılama için çok önemli olan bilirkişinin bağımsızlığına ve tarafsızlığına gölde düşürüldüğü, hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma hakkının temini için bilirkişilik kurumunun bütün siyasi etkilerden uzak bir şekilde oluşturulması gerektiği belirtilerek, ilgili düzenlemelerin Anayasa'nın 2. 36. ve 138. maddelerine aykırı olduğu belirtilmiştir²⁹⁵. Anayasa Mahkemesi ise iptal taleplerini reddetmiştir. Mahkeme gerekçesine göre, öncelikle Danışma Kurulu'nun kararları öneri niteliğindedir, bu anlamda kararların doğrudan icra edilmesi söz konusu değildir. Bunun yanında Kurul'da görev yapan Adalet Bakanlığı Müsteşarı, bakana yardımcı olması ve Hâkimler ve Savcılar Kurulu'nun tabii üyeliği sıfatını taşıması nedeniyle “meslekten yetişmiş ve teminatlı uzman olduğu için bakanlığın en yetenekli ve sürekli ögesi” sayılmaktadır ve bu yönüyle diğer bakanlık müsteşarlarından farklı bir hukuksal konumda bulunmaktadır. Öte yandan Yüksek Mahkeme'ye göre; Kurulun, adalet hizmetlerinin yürütülmesi noktasında idari görevleri bulunmakla beraber, Kanun'un ilgili maddeleri ile Kurula idari görevleri aşan yargısal bir yetki tanınması yahut adalete müdahalede bulunmayı sağlayacak bir uygulama öngörülmemektedir. Bunun gibi Kurulun kendi varlığı, mahkemelerin bilirkişi görevlendirmesiyle ilgili olmadığından, bilirkişilere verilen görevin tarafsız olarak yerine getirilmesini de engellememektedir²⁹⁶.

1.3.2.3.3. Tarafsızlık ve Objektiflik

Tarafsız, diğer bir ifadeyle yansız; “birinden yana olmayan veya bir düşünceye, bir isteğe katılmayan, onu desteklemeyen, yan tutmayan” kişiyi nitelendirmek için kullanılan bir sıfattır. Objektif, diğer bir ifadeyle nesnel ise bir anlamı ile “gerçeğe varmak amacıyla, taraf tutmadan inceleme yapanı, hüküm vereni”; diğer bir anlamı ile “bireyin kişisel (kendine özgü) görüş ve duygularından bağımsız olanı” ifade eder²⁹⁷. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 272.

²⁹⁵ Anayasa Mahkemesi, 2017/20 E. 2018/75 K. 05.07.2018 T. Karar için bkz. RG. T. 30.11.2018, S. 30611.

²⁹⁶ Anayasa Mahkemesi, 2017/20 E. 2018/75 K. 05.07.2018 T. Karar için bkz. R.G.T. 30.11.2018 S. 30611.

²⁹⁷ Türk Dil Kurumu, Türkçe Büyük Sözlük bkz. http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts

maddesi gerekçesinde belirtildiği gibi “objektiflik ve tarafsızlık çok yakın bir ilişki içersindedir; biri mevcut olmadan, diğerrinin mevcudiyeti düşünülemez”. Hâkimin doğru ve adil bir karar vermesi noktasında kritik öneme sahip olan bilirkişi de, bilgi ve tecrübelerini yargılamaya aktarırken tarafsız olmalı, yargılamaya etki edecek bilgi ve tecrübesi objektif esaslara dayanmalıdır. Bilirkişi üstüne düşen görevi yerine getirirken tarafların her türlü maddi ve manevi baskısından ve etkisinden uzak durmalı ve tutulmalıdır²⁹⁸. Bu çerçevede; bilirkişinin taraflarla sosyal, ekonomik veya siyasi bağının mevcut olmaması ve bu durumun görevini ifa ettiği müddetçe devam etmesi gerekir²⁹⁹. Aynı şekilde, bilirkişi kendi duygu ve düşüncelerini yürüttüğü faaliyetin dışında tutmalı, bilimin ve tekniğin esaslarını dikkate alarak görüş ve beyanlarını oluşturmaktadır.

Bilirkişinin tarafsızlığının sağlanması noktasında en önemli görev hâkime düşmektedir. Hâkim bilirkişi seçimini yaparken son derece titiz davranmalı, arkadaşlık, düşmanlık, akrabalık gibi bilirkişinin tarafsızlığını etkileyebilecek herhangi bir unsurun bulunması halinde başka bir uzmanı bilirkişi olarak tayin etmelidir. Özellikle insanların birbirini tanıdığı küçük yerleşim yerlerinde bilirkişinin tarafsızlığı ve bağımsızlığını tespit etmek, hâkim bakımından aşılması güç bir problemdir. Zira orada yaşayan ve bilirkişi olarak seçilecek bir mühendis veya doktorun, davanın tarafları ile akrabalık, komşuluk veya sair sosyal ilişkilerden kaynaklanan bir münasebetinin olması büyük bir ihtimaldir³⁰⁰. Bu durumun aksine, bu tür yerlerde aynı konuda birden fazla bilirkişi bulma ihtimali ise oldukça düşüktür. Böyle bir durumla karşılaşan hâkim bilirkişiyi sorgulayıp böyle bir münasebetin varlığını araştırmalı, tarafsızlığı veya bağımsızlığı etkileyecek bir ilişkiyi tespit etmesi halinde ise, ilgili kişiyi bilirkişi olarak görevlendirmemelidir³⁰¹. O yerde aynı konuda başka bir uzmanın bulunmaması halinde de başka bir yerden bilirkişi bulunmasını sağlamalıdır.

Bilirkişi de tarafsızlığını korumak için gerekli önlemleri almalıdır. Bu yükümlülük bilirkişinin gerek etik gerekse de hukuki sorumluluğunun gereğidir. Bilirkişiden etik ilkelere ve hukuka aykırı hareketlerde bulunması istenilir yahut bilirkişi görevini icra ederken bu tür eylem ve işlemlere vakıf olursa, vakit kaybetmeksizin durumu görevlendirmeyi yapan mahkemeye bildirmelidir (Bilirkişilik Yönetmeliği m. 13). Bilirkişi, iş veya akrabalık ilişkisi içerisinde olduğu kişi veya kuruluşların davalarında, bir şekilde mahkeme tarafından görevlendirilse dahi bilirkişilik yapmayı kabul etmemelidir (Bilirkişilik Yönetmeliği m. 9/3).

²⁹⁸ Atapek, 2001: 592; Deryal, 2001: 20.

²⁹⁹ Tanrıver, 2001: 410.

³⁰⁰ Öztürk, 2001: 241-242.

³⁰¹ “Uyuşmazlığın çözümlenebilmesi için dava konusu yerde yararı bulunmayan köy ve belediyelere mensup kişiler arasından çevreyi iyi bilen yaşlı ve tarafsız kimseler yerel bilirkişi seçilmelidir” Y. 14. HD. 23.12.1986-10257/8283. Aynı yönde Y. 14. HD. 13.1.1987, 1986/6149-1987/222. Bkz. TÜRMOB, 2000: 186-187.

Bilirkişi, görevini devam ettirdiği süre zarfında taraflardan doğrudan ve dolaylı olarak gelen danışmanlık, hakemlik ve uzman görüşü taleplerini reddetmek zorundadır (Bilirkişilik Yönetmeliği m. 9/2). Aynı şekilde, bilirkişi gerekmediği takdirde taraflarla iletişim halinde bulunmamalıdır. Taraflardan bilgi alınmasının zorunlu olduğu durumlarda ise, bunu hâkimin uygun bulmasıyla, diğer tarafın nezareti altında gerçekleştirmelidir (HMK m.278/3)³⁰².

Bunun yanında “bilirkişi görevini, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım yapmaksızın dürüstlük ve tarafsızlık ilkeleri doğrultusunda yerine getirmelidir”(Bilirkişilik Yönetmeliği m. 9/1). Bilirkişi, duygularını yaptığı işe karıştırmamalıdır. Taraflardan birine karşı hissedeceği merhamet veya kızgınlık gibi duygular raporun objektifliğini etkilememelidir³⁰³. Aynı şekilde bilirkişi, meslektaşlarına ait davalarda, mesleki dayanışma güdüsüyle hareket etmemelidir³⁰⁴. Bilirkişi vakıanın veya tarafların bulunduğu durumu göz önünde bulundurarak kendisine göre adil bir rapor değil, ön yargılardan uzak bilim ve tekniğin gerektirdiği şekilde gerçeği yansıtan bir rapor hazırlamalıdır³⁰⁵. Bilirkişi tarafsızlığını koruyamayacağını düşündüğü durumlarda ise, hâkimin yasaklılığı ve reddi nedenlerinin mevcudiyeti halinde, hâkimden görevden alınmasını talep etmelidir. Bunun dışında tarafsızlığını korunmak amacıyla Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 270/4. maddesi uyarınca; bilirkişi, tanıklıktan çekinme sebeplerine dayanarak bilirkişilikten çekinebilir.

Bilirkişinin tarafsızlığını ve bağımsızlığını sağlamak için Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun çeşitli maddelerinde farklı önlemler öngörülmüştür. Bunların en önemlileri, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 271. maddesinde düzenlenmiş yemin müessesesi ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 272. maddesinde düzenlenen bilirkişinin yasaklılığı ve reddidir³⁰⁶. Bunların dışında, bilirkişilerin görevlendirilmesine ilişkin Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 268. maddesinin 3. fıkrası da bilirkişinin tarafsızlığına ve bağımsızlığına ilişkin bir düzenlemedir. Bu düzenlemeye göre kamu görevlileri, bağlı bulundukları kurumla ilgili dava ve işlerde bilirkişi olarak görevlendirilemez³⁰⁷.

³⁰² Tanrıver, 2001: 411.

³⁰³ İnan ve Kumkale, 2006: 20; Tanrıver, 2001: 412

³⁰⁴ Akyol, 1991: 62-63; Tanrıver, 2016: 80-81.

³⁰⁵ Tanrıver, 2001: 412; Bakıcı, 2000: 89.

³⁰⁶ Tanrıver, 2001: 409-410.

³⁰⁷ “HMK 268/3 maddedeki "kamu görevlilerine, bağlı bulundukları kurumlarla ilgili dava ve işlerde, bilirkişi olarak görev verilemez" düzenlemesinin getiriliş amacına uygun olarak, dar bir biçimde yorumlanmaması gerekir. Bu hüküm gerekçesinde de belirtildiği üzere bilirkişinin objektif ve tarafsız olamayabileceği düşüncesine dayalı konulmuş bir kuraldır. Bilirkişinin, objektif ve tarafsız olamayabileceği düşüncesine yol açacak olgular bulunmasına rağmen bilirkişi seçilmesi yargılamanın adil yapılmadığı, kararın adalete uygun olmadığı düşüncesine yol açabilir. Böyle bir düşüncenin ortaya çıkmaması, mahkeme kararlarının doğru ve adil olması yanında, güvenilir olduğu algısının da sağlanabilmesi için özde adalet yanında gözde adaletin de gerçekleşmesi gerekir. Davaya konu işle ilgili ihale aşamasında kendisine görev verilen ve mahkemece bilirkişi seçilen ... bizzat davalı çalışanı olmasa da davalının taraf olduğu sözleşme konusu işle ilgili olarak, ihale

Arz ettikleri öneme binaen, bilirkişiye yemin ettirilmesi, bilirkişinin yasaklılığı ve reddine ilişkin hükümler farklı başlıklar altında aşağıda ayrıntılı olarak incelenecektir.

1.3.2.3.3.1. Bilirkişinin Yemin Etmesi

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda bilirkişinin tarafsızlığını sağlamak için öngörülen önlemlerin başında, 271. maddede düzenlenmiş olan yemin müessesesi gelmektedir. Bu düzenlemeye göre, "Listelere kaydedilmiş kişiler arasından görevlendirilmiş olan bilirkişilere, bilirkişilik bölge kurulu veya bulunduğu yer il adli yargı adalet komisyonu huzurunda "Bilirkişilik görevimi sadakat ve özenle, bilim ve fenne uygun olarak, tarafsız ve objektif bir biçimde yerine getireceğime, namusum, şerefim ve kutsal saydığım bütün inanç ve değerlerim üzerine yemin ederim" şeklindeki sözler, tekrarlatılmak suretiyle yemin verdirilir." (HMK m. 271/1)³⁰⁸. Bundan sonra bilirkişilere görevlendirildikleri her dava için tekrar yemin verdirilmez, sadece görevlendirme yazılarında daha önce ettikleri yemin hatırlatılır ve bu yemine bağlı olarak görevlerini yerine getirmeleri istenir (HMK m. 271/1). İlgili konuda bilirkişinin bulunmaması sebebiyle liste dışında bilirkişi ataması yapılacaksa, bu bilirkişiye göreve başlamadan önce, huzurda, yukarıdaki hükümlere göre yemin verdirilir. Yemin tutanağı hâkim, zabıt kâtibi ve bilirkişi tarafından imzalanır (HMK m. 271/2).

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu döneminden³⁰⁹ farklı olarak Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 271. maddesi uyarınca bilirkişiye verdirilecek yemin, takdiri değildir. Gerek listelere kaydolacak bilirkişilere gerekse de liste dışında atanacak bilirkişilere verdirilecek yemin, ilgili Kanun hükmü uyarınca mecburidir³¹⁰. Ancak *Umar*³¹¹ bir şekilde yemin ettirilmeden alınmış bilirkişi raporunun da delil olacağını ve buna hiçbir değer vermemenin mümkün olmadığını belirtmektedir. Yazar'a göre bilirkişi raporu imzalanmakta, sözlü bilirkişi görüşü verildiği hallerde ise, tutanağa geçirilen ifade bilirkişi tarafından imzalanmaktadır. Bu şekilde dosyaya girmiş delilinin ise, değerlendirilmemesi söz konusu olamaz. Ancak bu durumda yemin ettirmeden bilirkişi raporu alındığı için hâkim aleyhine

aşamasında görev almış olduğundan, geçici de olsa meydana gelen bağılılık sebebiyle HMK 268 madde hükmüne ve özde adalet yanında gözde adaletin de sağlanması gerekliliğine aykırı olarak bilirkişi seçilmesi ve düzenlediği raporun hükme esas alınması doğru olmamıştır. Bu durumda oluşturulacak yeni bir heyetten bilirkişi raporu alınarak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken belirtilen sebeplerle hükme esas alınması mümkün görülmeyen rapora dayalı karar verilmiş olması bozmayı gerektirmiştir." Y. 15. HD. 2016/270 E. 2017/1922 K. 04.05.2017 T. Karar için bkz. www.kazanci.com. Erişim tarihi: 27.02.2019.

³⁰⁸ Bilirkişilik Kanunu'nda özel hukuk tüzel kişilerinin bilirkişi olabileceği kabul edilmekle beraber, onların nasıl yemin edeceği mevzuatımızda düzenlenmemiştir. *Toraman*'a göre; bu durumda, HMK'nın 232. maddesinin ikinci fıkrası kıyasen uygulanarak, listelere kayıt sırasında tüzel kişiyi temsille görevlendirilen kişinin yemin etmesi mümkündür. Bkz. *Toraman*, 2017: 440.

³⁰⁹ HUMK m. 276/ son: "Hâkim lüzum görürse ehli-vukufu beyan ettikleri veya edecekleri rey ve mütalaanın bitarafane olduğuna veya olacağına dair tahlif edebilir."

³¹⁰ HMK m. 271 gerekçesi; *Umar*, 2014: 806-807.

³¹¹ *Umar*, 2014: 807.

mesleki disipliner yaptırımlar uygulanabilir. Kanaatimizce de, bilirkişi raporunun hazırlanması için gerekli olan emek ve zaman gibi unsurlar düşünüldüğünde, bir şekilde ihmal edilerek yemin etmeden görevini sürdürmüş bilirkişiden alınan görüşün, sırf yemin eksikliği nedeniyle yargılamaya dâhil edilmemesi usul ekonomisi ilkesine aykırı olacaktır. Böyle bir durumda, hâkim, daha önce ettirilmemiş yeminin sözlerini geçmişe dönük olarak tekrarlatarak, bu eksikliği tamamlayabilir. Ancak çeşitli nedenlerle (bilirkişiye ulaşılamaması, ölüm, temyiz kudretinin ortadan kalkması, yeminden imtina edilmesi vb.), bu eksiklik makul bir süre içinde tamamlanamadığı takdirde, 271. maddenin açık düzenlemesi karşısında başka bir bilirkişiden tekrar rapor alınması uygun olacaktır. Aksi durumda, bilirkişinin yemin etmemesi şüphelere neden olacak, bilirkişi görüşüne ve bu görüşe göre oluşturulmuş hükme olan güven sarsılacaktır. Ancak yemin etmeden görev yapan bilirkişiden alınan görüşün, yeni alınacak bilirkişi raporunun değerlendirilmesi ve denetlenmesinde kullanması mümkün görülmelidir.

1.3.2.3.3.2. Bilirkişinin Yasaklılığı Ve Reddi

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 272. maddesi uyarınca; bilirkişiler, hâkimlerin tarafsızlığını sağlamaya yönelik olarak düzenlenmiş yasaklılık (HMK m.34)³¹² ve red (HMK m.36)³¹³ nedenlerine bağlanmışlardır. Bu çerçevede, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 34. ve 36. maddelerinde belirtilen unsurlar, bilirkişinin şahsında gerçekleşirse, bilirkişinin yasaklılığı veya reddi gündeme gelecektir. Bu kuralın istisnası ise, tanıklıktır. Bakmakta olduğu davada daha önce tanık olarak dinlenilmesi, hâkim bakımından bir ret nedeni olarak kabul edilmişken (HMK m.36/c) bilirkişiler bakımından, tanıklık yapmak bir ret nedeni

³¹² Yasaklılık sebepleri

HMK Madde 34- (1) Hâkim, aşağıdaki hallerde davaya bakamaz; talep olmasa bile çekinmek zorundadır:

- a) Kendisine ait olan veya doğrudan doğruya ya da dolayısıyla ilgili olduğu davada.
- b) Aralarında evlilik bağı kalksa bile eşinin davasında.
- c) Kendisi veya eşinin altsoy veya üstsoyunun davasında.
- ç) Kendisi ile arasında evlatlık bağı bulunanın davasında.
- d) Üçüncü derece de dâhil olmak üzere kan veya kendisini oluşturan evlilik bağı kalksa dahi kayın hısımlığı bulunanlarında davasında.
- e) Nişanlısının davasında.
- f) İki taraftan birinin vekili, vasisi, kayyımı veya yasal danışmanı sıfatıyla hareket ettiği davada.

³¹³ Ret sebepleri

HMK Madde 36- (1) Hâkimin tarafsızlığından şüpheyi gerektiren önemli bir sebebin bulunması halinde, taraflardan biri hâkimi reddedebileceği gibi hâkim de bizzat çekinebilir. Özellikle aşağıdaki hallerde, hâkimin reddi sebebinin varlığı kabul edilir:

- a) Davada, iki taraftan birine öğüt vermiş ya da yol göstermiş olması
- b) Davada, iki taraftan birine veya üçüncü kişiye kanunen gerekmediği halde görüşünü açıklamış olması.
- c) Davada, tanık veya bilirkişi olarak dinlenmiş veya hâkim ya da hakem sıfatıyla hareket etmiş olması
- ç) Davanın, dördüncü derece de dâhil yansoy hısımlarına ait olması.
- d) Dava esnasında, iki taraftan birisi ile davası veya aralarında bir düşmanlık bulunması

değildir (HMK m. 272/1). Dolayısıyla bir kişi, daha önce tanıklık yaptığı bir davada daha sonra bilirkişilik yapabilir³¹⁴.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 34. maddesinde düzenlenen yasaklılık sebeplerinden biri, bilirkişinin şahsında ortaya çıkmışsa, mahkeme hüküm verilinceye kadar, her zaman bilirkişiyi görevden alabileceği gibi, bilirkişi de mahkemeden görevden alınmasını isteyebilir (HMK m. 272/2)³¹⁵. Esasen yasaklılık sebeplerinin bulunması halinde bilirkişinin görevden alınmasını istemesi bir zorunluluktur³¹⁶. Bu sebeple, yasaklılık sebepleri bulunmasına rağmen durumu hâkime bildirmeyen ve daha sonra bu durumunun öğrenilmesi sebebiyle görevden alınan bilirkişi için yargılamayı uzattığı ve gereksiz yargılama giderine sebep olduğu için tazminat davası açılabilir. Ancak bu dava, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 285. ve 286. maddeleri kapsamında değildir. Zira bu maddeler kapsamında davanın açılması, gerçeğe aykırı bir raporun hazırlanmasına ve bunun hükme esas alınması şartlarına bağlanmıştır. Dolayısıyla yasaklılık durumunu bildirmeyen bilirkişi nedeniyle açılacak dava, bilirkişinin kamu görevlisi kabul edilmesi göz önünde bulundurularak Adalet Bakanlığı aleyhine idari yargıda açılmalıdır³¹⁷.

Öte yandan, her ne kadar fıkra hükmünde belirtilmese dahi, kanaatimizce taraflar da, şahsında yasaklılık nedenleri ortaya çıkmış olan bilirkişinin görevden alınmasını isteyebilirler³¹⁸.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 272. maddenin 3. fıkrası ise, ret sebeplerinin varlığı halinde izlenecek prosedürü düzenlemektedir. Buna göre ret sebeplerinin mevcudiyeti halinde; taraflar, bilirkişinin reddini talep edebileceği gibi bilirkişi de kendisinin reddini mahkemeden isteyebilir. Gerek taraflar gerekse de bilirkişi bu taleplerini, ret sebeplerini öğrendikleri tarihten itibaren bir hafta içinde yapmalıdır³¹⁹. Yargıtay'a göre, tarafların

³¹⁴ Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu döneminde böyle bir istisna öngörülmediği için daha önce tanık olarak dinlenmiş bir kişinin, aynı davada bilirkişi olarak görev yapamayacağı kabul edilmekteydi. Bkz. Kuru, 2001: 2719.

³¹⁵ HMK m. 272 gerekçesi.

³¹⁶ HMK m. 272 gerekçesi; Görgün, 2014: 367.

³¹⁷ HMK m. 285 gerekçesi.

³¹⁸ Toraman, 2017: 510.

³¹⁹ *Tutumlu*'ya göre; maddenin ifade ediliş biçiminden, bir haftalık sürenin hak düşürücü nitelikte olduğu anlaşılmaktadır. Bkz. Tutumlu, 2012: 240. "Somut olayda, dosyada bilirkişi olarak rapor tanzim eden O.T. davalı Belediye aleyhine açılan İskenderun 1.İş Mahkemesinde görülmekte olan 2015/299-2015/301 Esas ve benzeri davalarda, bilirkişi N.K. 2015/396 Esas, bilirkişi A.Y. ise 2015/105 Esas sayılı dosyalarda davacı işçi vekili olarak yer almıştır. *Her ne kadar yargılama aşamasında bilirkişinin reddi talep edilmemiş ise de temyiz aşamasında davalı vekilince ileri sürülmüştür.* Bu durum bilirkişinin tarafsızlığı ilkesi ile çelişen bir olgu ortaya çıkarmış olup, mahkemece diğer mahkemelerde de davalı Belediye aleyhine davası olmayan ve davanın tarafları ile ilişkisi bulunmayan başka bir bilirkişi seçilerek yeniden rapor alınması gerekirken yazılı şekilde karar verilmiş olması bozma nedenidir." Y. 7. HD. 2015/45126 E. 2016/4000 K. 22.02.2015 T. Karar için bkz. www.kazanci.com. Erişim tarihi: 27.02.2019.

bilirkişinin reddini talep ettiği durumlarda, hâkim bu durumu ön sorun gibi inceleyip karar vermeden, ilgili bilirkişiden alınan raporu esas alarak hüküm veremez³²⁰.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 272. maddesinin 3. fıkrası, ret sebeplerinin mevcut olması halinde bilirkişinin re'sen görevden alınıp alınamayacağını düzenlememiştir. Kanaatimizce hâkim, tarafsızlığından şüpheye düştüğü herhalde bilirkişiyi re'sen görevden alabilecektir. Hâkimden tarafsız olduğuna inanmadığı bilirkişiden aldığı bilgi ve tecrübeye dayanarak karar vermesi beklenemez. Nitekim bu husus, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 281. maddesinde de teyit edilmiştir. Bu maddeye göre "Mahkeme, gerçeğin ortaya çıkması için gerekli görürse, yeni görevlendireceği bilirkişi aracılığıyla, tekrar inceleme de yaptırabilir". Her ne kadar bu madde bilirkişi raporunun değerlendirilmesi ile ilgili olsa da kanaatimizce geniş bir şekilde yorumlanmalı ve bilirkişinin tarafsızlığını şüpheye düşüren bir durumun mevcudiyeti halinde dahi hâkime yeni bir bilirkişi görevlendirme hakkı vermelidir.

İster taraflarca isterse de bilirkişi tarafından talep edilsin bilirkişinin yasaklılığı ve reddi hakkında karar verecek merci, onu görevlendiren mahkemedir. Mahkemenin bilirkişiyi re'sen görevden almasına yahut taraflarca veya bilirkişi tarafından verilecek ret taleplerine ilişkin inceleme dosya üzerinden yapılır. Ret taleplerinin ispatı için yemin teklif edilemez (HMK m. 272). Bilirkişinin, görevden alınmasına ilişkin kararlar kesin olup, ret taleplerinin reddine ilişkin kararlar aleyhine ancak esasla birlikte kanun yoluna başvurulabilir (HMK m. 272/4)³²¹. Ancak bilirkişinin kendisini ret talebi mahkeme tarafından kabul görmezse; bilirkişi, davada taraf sıfatına haiz olmadığı için bu karar aleyhine kanun yoluna başvuramaz.

1.3.2.4. Bilirkişi Sayısı

Hâkim, sadece bir³²² uzmanı, bilirkişi olarak atayabilir³²³. Ancak gerekçesini göstermek şartıyla, toplamı tek sayı olan birden fazla kişi de bilirkişi olarak atanabilir (HMK

³²⁰ "Somut olayda bilirkişilik yapan kişinin şahsına karşı davalı tarafından UYAP sistemi üzerinden sunulan 13.8.2013 tarihli dilekçede yazılı sebeplerle itiraz edilerek bilirkişinin reddi talep edilmiştir. Mahkemece, yapılan itirazlar ön sorun gibi incelenip karar verilmeden, şahsına itiraz edilen bilirkişilerin raporuna dayanılarak karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir." Y. 9. HD. 2014/842 E. 2015/12892 K. 01.04.2015 T. Karar için bkz. www.kazanci.com. Erişim tarihi: 27.02.2019.

³²¹ "...davacı vekili tarafından ileri sürülen red nedenleri anılan madde hükümlerine uygun bulunmadığından davacı vekilinin bilirkişilerin reddi isteminin koşulları oluşmadığından reddine karar verilmiş, bu karara karşı davacı vekilince istinaf kanun yoluna başvurulmuştur. HMK 272.madde son fıkrası gereğince bilirkişinin reddi talebinin reddine dair karara karşı ancak esas hükümle birlikte kanun yoluna başvurulmaktadır. Dava dosyası derdest olduğundan belirtilen hükümler gereğince bu aşamada kanun yoluna başvurulması mümkün olmadığı gibi HMK 341.maddesi gereğince de ara karar şeklinde verilen nihai olmayan kararların da ancak asıl hükümle birlikte istinafi mümkün olduğundan istinaf talebinin reddine karar verilerek aşağıdaki hüküm kurulmuştur." İstanbul BAM 16. HD. 2018/1891 E. 2018/1192 K. 21.05.2018 T. Karar için bkz. www.kazanci.com. Erişim tarihi: 27.02.2019.

³²² Kamulaştırma Kanunu'nun 15. maddesi uyarınca, kamulaştırma davalarında en az üç kişiden oluşan bilirkişi heyeti oluşturulması gereklidir.

m.267). Hukuk Muhakemeleri Kanunu, tek sayı olması ve gerekçesinin belirtilmesi şartıyla bilirkişi sayısı bakımından bir üst sınır düzenlenmemiştir³²⁴. Bu sebeple, üç, beş, yedi veya tek sayı olması koşuyla daha fazla kişinin bulunduğu bilirkişi kurulları oluşturmak mümkündür. Ancak birden fazla bilirkişi atanırken son derece hassas davranılmalı, usul ekonomisi dikkate alınarak tarafların gereksiz masraf yapmaları önlenmelidir³²⁵. Hâkim, ancak özel ve teknik bilgi ihtiyacının karşılanması için farklı uzmanlık alanlarına gereksinim duyuyorsa, birden fazla bilirkişi görevlendirmelidir³²⁶.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 267. maddesi uyarınca; birden fazla bilirkişi atanması halinde, bilirkişilerin toplam sayısının tek sayı olması gerekliliği tartışılabilir nitelikte bir düzenlemedir. Bu düzenlemenin temel amacı, bilirkişi kurulunda aynı konuda farklı görüşlerin savunulması halinde, çoğunluk görüşünün belirlenmesidir. Bir başka ifadeyle, bilirkişi heyetindeki farklı görüşler arasındaki sayısal eşitliği bozarak, çoğunluk görüşünü tespit etmek ve dolayısıyla tekrar bilirkişi incelemesine sebebiyet vermemek, toplamı tek sayı olan bilirkişi heyeti oluşturmanın temel hedefidir³²⁷. Bu sebeple, raporun oybirliği ile verildiği hallerde, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 267. maddesi hükmüne aykırı olarak toplamı çift sayı olan bilirkişi heyeti atamanın, usule etkili bir hata olarak kabul edilmemesi ve bu nedenle kararın bozulmaması gerektiği belirtilmektedir³²⁸.

³²³ Bilirkişi olarak tek bir uzmanın atanması kural olmakla beraber, Yargıtay bazı durumlarda aynı uzmanlık türü için dahi bilirkişi kurulu oluşturulmasına karar verebilmektedir. "Mahkeme tarafından tek kişilik bilirkişi raporuna istinaden sonuca gidilmesi isabetli olmamıştır. Bu sebeple, dosyanın bankacılık yönetim ve işlemlerinden anlayan bilirkişi heyetinden rapor alınarak tarafların eylemlerinin, zarar ile olan illiyet bağlarının ve davalılara isabet eden kusur oranlarının net bir şekilde belirlenerek ortaya konması ve sonucuna göre bir karar verilmesi gerekir." Y. 22. HD. 2014/16932 E. 2015/29853 K. 02.11.2015 T. Karar için bkz. www.kazanci.com. Erişim tarihi: 27.02.2019.

³²⁴ Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu döneminde ise en fazla üç kişi, bilirkişi olarak atanabilmekteydi. (HUMK m. 276/3). Ancak uygulamada bu üst sınıra her zaman bağlı kalınmayarak, bazı durumlarda üçten fazla uzman bilirkişi olarak seçilmekteydi. Bu durum, hükmün esasını doğrudan etkilemediğinden Yargıtay tarafından bozma nedeni olarak görülmemekteydi. Bkz. Atalay, 2001: 179. Aşçıoğlu, HUMK'un belirlediği üç kişilik sınırın, uzmanlık konusu ile ilgili olduğunu, yoksa uyumsuzluğun çözümü için üçten fazla bilirkişinin gerekli olduğu durumlarda, gereken uzmanlık konusu sayısınca bilirkişi atanabileceğini belirtmektedir. Örneğin, uyumsuzluğun çözümü için zirai bir konuda özel ve teknik bilgi gerekiyorsa, hâkim üç kişiye kadar zirai konuda uzman olan bilirkişi atayabilir, daha fazlasını atayamaz. Buna karşılık, uyumsuzluğun çözümü, ziraat, inşaat, mimarlık, komisyonculuk gibi birçok uzmanlık alanını gerektiriyorsa, uzmanlık alanı kadar hatta her bir uzmanlık alanı için üçe kadar bilirkişi atanması mümkündür. Bkz. Aşçıoğlu, 2001: 250.

³²⁵ Atalay, 2001: 179.

³²⁶ HMK m. 267 gerekçesi; Atalay, Pekcanitez Usul, 2017: 1933.

³²⁷ Tuğsavul, 1952: 789-790; Atalay, Pekcanitez Usul, 2017: 1932-1933. "HMK 267.maddesinde bilirkişi sayısı düzenlemekte olup anılan maddede; kural olarak bir kişinin bilirkişi olarak seçilebileceği belirtilmekle birlikte, açıklığa kavuşturulması gereken maddi vaka birden fazla uzmanlık alanına ait bilgilerin bir araya getirilmesini ve birleştirilmesini zorunlu kılıyorsa, bunun gerekçesi açık gösterilmek suretiyle birden çok kişinin de bilirkişi olarak seçilebileceği belirtilmiştir. Ancak, seçilen bilirkişi sayısının tek olması gerekir; çift sayıda bilirkişi seçilemez. Bunun nedeni, oybirliği ile karar verilmemesi halinde ortaya çıkan sakıncalara meydan vermemektir." Y. 10. HD. 2012/9510 E. 2013/8405 K. 19.04.2013 T. Karar için bkz. www.kazanci.com. Erişim tarihi: 27.02.2019.

³²⁸ Görgün, 2014: 364; Umar, 2014: 800; Pekcanitez vd., 2020: 414. Bu yöndeki 4. HD'nin 08.06.1976-5555/5686 sayılı kararı için bkz. Tutumlu, 2012: 238, dpn. 270. Aynı yönde Y. HGK. 20.10.1993, 8-555/593 sayılı kararı naklen Atalay, Pekcanitez Usul, 2017: 1933, dpn. 386.

Kanaatimizce, birden fazla bilirkişi atanmasının temel nedeni, istisnai durumlar dışında, bilirkişi incelemesinin birden fazla uzmanlık alanına ihtiyaç duymasıdır. Bu anlamda, normal şartlarda atanacak kişilerin de farklı alanlarda uzman olmaları gerekir. Bu şekilde oluşturulacak bilirkişi kurulunda da, her bilirkişi kendi uzmanlık alanı ile ilgili görüş bildireceğinden, aynı uzmanlık konusu içinde farklı görüşlerin çıkması söz konusu olmayacaktır. Bu nedenle, olması gereken hukuk bakımından, hâkim birden fazla bilirkişi atayacağı durumlarda, ihtiyaç duyulan uzmanlık konusuna göre üye sayısı toplamı çift olan bilirkişi kurulu da belirleyebilmelidir Aksi takdirde, hâkim ihtiyaç duymadığı halde, tek sayıyı yakalamak için gereksiz olarak bilirkişi atamak zorunda kalacaktır³²⁹. Bu durum ise, yargılama hukukunun temel prensiplerinden olan usul ekonomisi ilkesine aykırıdır³³⁰. Nitekim mülga Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun 276/3. maddesi uyarınca iki tane bilirkişi seçilmesi mümkündür. İlgili düzenleme, sadece üçten fazla bilirkişi seçilemeyeceğini belirtmiş ve bilirkişi sayısı toplamının tek sayı olma şartını aramamıştır³³¹.

1.3.3. Bilirkişiliği Kabul Yükümlülüğü

Kural olarak bilirkişilik yapmak zorunlu değildir. Zira tanıklıktan farklı olarak bilirkişinin ifa ettiği görev başka bir kişi (uzman) tarafından doldurulabilir niteliktedir³³². Ancak bilirkişiliğin yargılama sırasında oynadığı önemli rol nedeniyle, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 270. maddesi bu kurala önemli istisnalar getirmiştir. Madde gerekçesine göre, “çok spesifik bilgiyi yahut özel bir uzmanlığı gerektiren alanlarda bilirkişi temininde karşılaşılabilecek güçlükleri aşmak” için öngörülmüş olan bu istisnalar incelendiğinde; adeta istisnanın kural haline dönüştürüldüğü, bu anlamda bilirkişilik yapmanın neredeyse zorunlu hale getirildiği söylenebilir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 270. maddesine göre; resmi bilirkişiler ile 268. madde uyarınca tutulan bilirkişi listesine kayıtlı olan kişiler, (HMK m.270/1,a); bilgisine başvurulacak konuyu bilmeksizin, meslek veya zanaatlarını icra etmesine olanak bulunmayanlar (HMK m.270/1,b) ve bilgisine başvurulacak konu hakkında, meslek veya

³²⁹ Toraman, 2017: 475-476; Görgün vd., 2019: 582.

³³⁰ Kiraz, 2012: 66; Görgün vd., 2019: 582.

³³¹ Kuru, 2001: 2698; Öztürk, 2001: 245; Duman, 1984: 749; Tuğsavul, 1952: 789. “HUMK’un 276. maddesi hükmüne göre, yalnız bir kişi bilirkişi seçilebilir, ancak üçten çok bilirkişi seçilemez. Görülüyor ki bu sınır içinde sayının belirlenmiş, yanlar arasında görüş birliği bulunmadıkça yargıca aittir. Başka bir anlatımla bir yada üç kişi dışında iki kişilik bir bilirkişi kurulunun da oluşturulması mümkündür ve bilimsel görüşlere paralel olarak uygulamada bu doğrultudadır. İki kişilik bilirkişi kurulu seçilmesinin bazı sakıncalar doğurduğunun gözlenmesi sonucu etkilemez” Y. HGK 4.11.1981-201/714. Bkz. TÜRMOB, 2000: 197-198.

³³² Karafakih, 1955: 88.

sanat icrasına resmen yetkili kılınmış olanlar, bilirkişilik görevini kabul etmek zorundadırlar (HMK m.270/1,c)³³³.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 270. maddesinin birinci fıkrasının b bendinde ifade edilen “bilgisine başvurulacak konuyu bilmeksizin meslek veya zanaatlarını icra etmesine olanak bulunmayanlar” kavramı, bilirkişiliği kabule yükümlü olan kişilerin kapsamını oldukça genişletmektedir. Zira her meslek veya zanaat sahibi, belirli bir konuyu bilmelidir ki, o konuda mesleğini veya zanaatını icra edebilsin. Bu sebeple, ilgili düzenlemeye göre her meslek ve zanaat sahibinin uğraştığı meslek ve zanaatla ilgili konuda bilirkişilik yapmak zorunda olduğu söylenebilir. Bu noktada aklımıza şu soru gelebilir; bir kimsenin bilgisi ve uzmanlığı sahip olduğu bir hobiden³³⁴ kaynaklanıyorsa, bu kişiler bilirkişilik yapmak zorunda mıdır? Örneğin, bir kişinin kendi evinde hobi olarak uğraştığı ağaç işlerinden kaynaklı bilgisine dayanarak, bilirkişilik yapmaya zorlanması mümkün müdür? Hobinin meslek kavramı³³⁵ içine girmediği açıktır. Buna karşılık, hobinin zanaat kavramının³³⁶ içinde düşünülebilmesi mümkündür. Zira ilgili kelimelerin tanımlarına bakıldığında, bir zanaatın para karşılığı yapılmasına gerek yoktur. Bir işin zanaat olması için beceri ve ustalık yeterlidir. Bir işin zanaat olarak nitelendirilmesi için hobi olarak veya para karşılığı (meslek olarak) yapılması arasında fark yoktur. Bu sebeple, bir kimse hobi olarak dahi bir zanaata sahipse ilgili konuda bilirkişilik yapması gerekir. *Atalay*³³⁷, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun 278. maddesinde³³⁸ kullanılan “alenen icrayı sanat eden kimseler” ifadesinden yola çıkarak hobi olarak bir sanat (zanaat) icra edenlerin bilirkişilik yapmaya zorlanamayacağını belirtmektedir. Yazar’ın görüşü, ilgili dönem düzenlemesi göz önünde bulundurulduğunda son derece doğru olmakla birlikte, Hukuk Muhakemeleri Kanunu böyle bir ifade kullanmadığından hobi olarak uğraşılacak zanaattan dolayı da ilgili kişinin, bilirkişiliği kabul etmesi gerektiği söylenebilir.

Diğer taraftan, Hukuk Muhakemeleri Kanunu m.270/1,b bendinin geniş kapsamı, aynı maddenin 1/c bendini de kapsar niteliktedir. Kanaatimizce, bilgisine başvurulacak konuyu

³³³ HMK m. 270 gerekçesi bu kişilere örnek olarak; doktorları, ebeleri, mühendisleri, muhasebecileri, mali müşavirleri ve mimarları saymıştır.

³³⁴ Hobi: Uğraşı: Görev ve meslek dışında severek yapılan, dinlendirici, oyalayıcı uğraş, düşkü, hobi. Bkz. Türk Dil Kurumu Genel Türkçe Sözlük, bkz. <http://www.tdk.gov.tr>. Erişim tarihi: 01.07.2013.

³³⁵ Meslek: “Belli bir eğitim ile kazanılan sistemli bilgi ve becerilere dayalı, insanlara yararlı mal üretmek, hizmet vermek ve karşılığında para kazanmak için yapılan kuralları belirlenmiş iş” olarak tanımlanmaktadır. Bkz. Türk Dil Kurumu Genel Türkçe Sözlük, bkz. <http://www.tdk.gov.tr>. Erişim tarihi: 01.07.2013.

³³⁶ Zanaat: “İnsanların maddeye dayanan gereksinimlerini karşılamak için yapılan, öğrenimle birlikte deneyimi beceri ve ustalık gerektiren iş” olarak tanımlanmaktadır. Bkz. Türk Dil Kurumu Genel Türkçe Sözlük, bkz. <http://www.tdk.gov.tr>. Erişim tarihi: 01.07.2013.

³³⁷ Atalay, 2001: 187.

³³⁸ HUMK m. 278/1 : “Malumatına müracaat edilecek hususu bilmeksizin sanatını icra etmesi kabil olmayan ve alenen icrayı sanat eden kimseler o husus hakkında ehli-vukufluğu kabule mecburdurlar”

bilmeksizin meslek veya zanaatlarını icra etmesine olanak bulunmayan kişiler (m. 270/1,b) kümesine, bilgisine başvurulacak konu hakkında meslek veya sanat icrasına resmen yetkili kılınmış olanlar (m.270/ 1,c) da dâhildir. Zira bir kimsenin meslek veya sanat icrasına resmen yetkili kılınmış olabilmesi için ilgili konuyu zaten bilmesi gerekir. Bu çerçevede, 270. maddenin 1/c bendinin gereksiz bir düzenleme olduğu söylenebilir. Nitekim Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 270. maddesini karşılayan Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun 278. maddesi, meslek veya sanat icrasına resmen yetkili kılınmış olanlar ibaresini kullanmamasına rağmen, doktrinde bu kişilerin dahi (doktor, ebe mühendis gibi) bilirkişiliği kabul etmek zorunda oldukları belirtilmiştir³³⁹.

Bilirkişilik görevini kabule yükümlü olan kişiler tanıklıktan çekinme sebeplerine veya mahkeme tarafından kabul edilecek diğer bir mazerete dayanarak bilirkişilikten çekinebilir (HMK m.270/2). Bilirkişi, görevin kendisine tevdi edildiği tarihten itibaren bir hafta içinde mahkemeye mazeretini bildirmelidir (HMK m.275).

Bilirkişiliği kabul yükümlülüğü, mahkeme tarafından yapılan davete uygun olarak, belirlenecek zaman diliminde mahkemede hazır bulunmayı, yemin etmeyi ve kendisinden talep edilen görüşü süresi içinde mahkemeye aktarmayı gerektirmektedir (HMK m.269/1)³⁴⁰. Belirtilen bu hususların yerine getirilmemesi halinde ise tanıklığa ilişkin disiplin hükümleri uygulanır ve durum bölge kuruluna bildirilir (HMK m. 269/2)³⁴¹. Bu çerçevede, bilirkişi öncelikli olarak belirlenecek zamanda mahkemede bulunmalıdır. Geçerli bir mazeret sunmayan veya sunduğu mazeret mahkeme tarafından kabul edilmeyen bilirkişi zorla getirilebilir. Ayrıca gelmemesinin sebep olduğu zararlara ve beş yüz Türk Lirasına kadar disiplin para cezasına mahkûm edilir. (HMK m.245)³⁴². Bunun gibi, (listelere kayıt sırasında yemin edenler dışında) bilirkişi mahkemede yemin etmez veya görüş bildirmekten kaçınırsa beş yüz Türk Lirasından beş bin Türk Lirasına kadar para cezasına mahkûm edilebilir ve sebep olduğu zararlar bilirkişiye yüklenerek duruşma başka bir güne bırakılabilir. Ayrıca bilirkişi belirtilen fiilleri yerine getirmemekte ısrar ederse iki haftayı geçmemek üzere disiplin hapsine mahkûm edilebilir (HMK m. 253)³⁴³.

³³⁹ Önen, 1979: 225; Kuru, 2001: 2727.

³⁴⁰ Tanrıver, 2011: 381.

³⁴¹ Kadastro Kanunu’nun 42. maddesi de bilirkişilik görevini ihmal eden kişilere para cezası öngörmüştür. Bu düzenlemeye göre “Kadastro çalışması veya itirazın incelenmesi sırasında çağrılan yerlere özürsüz olarak gelmeyen bilirkişi veya tanıklar” aleyhine idari para cezasına hükmolunur. Gelmemelerini haklı gösterecek mazeretlerin varlığı halinde, hükmolunan para cezası mahkeme tarafından kaldırılır (Kadastro Kanunu m.42/son). Kuru’ya göre bu düzenleme özel hüküm niteliğinde olduğu için kadastro mahkemesine gelmeyen bilirkişiler aleyhine HUMK’da öngörülen hapis cezası uygulanamaz. Bkz. Kuru, 2001: 2728-2729.

³⁴² “Resmi sıfatı olmayan bilirkişinin duruşmaya gelmemesi durumunda, ancak para cezası verebilir, hapis cezası verilemez.” 7. HD 7.11.1986, 10419/10194. Karar için bkz. Köroğlu, 2001: 208.

³⁴³ Kanaatimizce, disiplin hapsi bilirkişiler için çok istisnai hallerde başvurulması gereken bir yol olmalıdır. Özellikle, bilgisine başvurulacak konuda başka bir uzmanın bulunması mümkün değil veya çok zor ise, bilirkişi

Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 284. maddesi; bilirkişiyi, Türk Ceza Kanunu açısından kamu görevlisi kabul etmiştir. Bu çerçevede, madde gerekçesine göre bilirkişi, kamu görevlilerine mahsus suçları da işleyebilir³⁴⁴. Doktrinde *Umar*’a³⁴⁵ göre bilirkişinin ceza hukuku bakımından kamu görevlisi sayılmasından dolayı bilirkişinin görevini yerine getirmemesi ceza hukuku bakımından suç teşkil eder. Yazar’a göre, eski Ceza Kanunu’nun 282. maddesine göre, bilirkişinin görevini yerine getirmemesinden dolayı cezalandırılması mümkündü ve yeni Türk Ceza Kanunu’nun 260. maddesi de eski 282. maddenin yerini almıştır. *Tanrıver*’e³⁴⁶ göre ise, gerekli ihtar yapılmak suretiyle usulüne uygun olarak davet edilmesine rağmen mahkemeye gelmeyen görevi kabulle yükümlü kişi, yargı görevlisi sayılması nedeniyle, Türk Ceza Kanunu’nun 257. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen görevi kötüye kullanma suçunu işlemiş olur.

1.4. Bilirkişi Görüşü

1.4.1. Bilirkişi Görüşünün Hazırlanması

1.4.1.1. Bilirkişi Görüşünün Kapsamı

Bilirkişi kendisine verilecek talimata göre bir vakıanın tespitinde veya bir vakıadan sonuç çıkarılmasında veyahut da salt özel ve teknik bilginin aktarılması yoluyla mahkemeye yardımcı olabilir³⁴⁷. Bu çerçevede bilirkişinin görevi, hazırlayacağı görüşünün kapsamı ve niteliği, hâkimin ihtiyaç duyduğu özel ve teknik bilgiye bağlıdır. Diğer bir deyişle, hâkim hangi husus için bilirkişiye başvuruyorsa, bilirkişi de ilgili konu kapsamında rapor ve görüşünü hazırlamalıdır. Dolayısıyla hâkim, bilirkişiden tam olarak ne istediğini açık, şüpheyi yer bırakmayacak şekilde açıklamalıdır. Aksi takdirde bilirkişi raporu eksik veya

aleyhine disiplin hapsine hükmedilmesi düşünülebilir. Ancak ilgili konuda çok sayıda uzmanın mevcut olması halinde disiplin hapsine başvurulmadan başka bir bilirkişi seçme yoluna gidilmelidir. Zira tanıklar için disiplin hapsinin öngörülmesinin sebebi, ilgili vakıayı gören veya duyan kişilerin yerine alternatif kişilerin bulunmasındaki imkânsızlıktır. Buna karşılık, günümüz şartlarında istisnai bazı konular dışında, bir uzmanlık alanında çok sayıda bilirkişi bulmak mümkündür. Diğer taraftan disiplin hapsinin bir amacı da; kanunen zorunlu tutulan görevin biran önce yerine getirilmesini sağlamak yoluyla yargı hizmetinin hızlı bir şekilde işlemlerini sağlamaktır. Bu bağlamda, ilgili konuda kolayca bulunabilecek başka uzmanların mevcut olması halinde, hem duruşmanın ertelenmesi hem de bilirkişiye disiplin hapsi verilmesi, duruşmanın gereksiz yere daha fazla uzamasına sebebiyet verecektir. Bunun yanında, görevi kabul etmek istemeyen bilirkişinin, hapis tehdidiyle zorlanması, kendisinden beklenen faydanın tam olarak sağlanmasını da engeller. Zira bir kimsenin istemeyerek, zorla yapacağı bir işten güzel sonuçlar ortaya çıkması pek mümkün değildir. Bilirkişi de, hapis tehdidiyle yapacağı incelemeyi muhtemelen gerekli özen ve dikkati vermeden yapacak, sonuç olarak da yetersiz veya verimsiz bir rapor mahkemeye sunulacaktır. Bkz. Atalay, 2001: 187-188.

³⁴⁴ HMK m. 284 gerekçesi.

³⁴⁵ Umar, 2014: 806. Belirtmek gerekir ki; Türk Ceza Kanunu’nun “Kamu görevinin terki veya yapılmaması” başlıklı 260. maddesi öncelikle “toplu halde” görevi yapmamaktan bahsetmekte ve aynı fıkra da kamu görevlisi sayısının üçten fazla olmaması halinde cezaya hükmolunmayacağı belirtilmektedir. Dolayısıyla bir bilirkişinin bu madde uyarınca cezalandırılması kanaatimizce söz konusu olamaz.

³⁴⁶ Tanrıver, 2016: 73-74.

³⁴⁷ Tanverdi, 1991: 104-105; Tanrıver, 2009: 576; Aşçıoğlu, 2000: 37 vd.

gereğinden fazla kapsamlı olabilir³⁴⁸. Nitekim bu sakıncaları göz önünde bulunduran Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 273. maddesi, bilirkişinin görev alanın belirlenmesi için hâkime birtakım yükümlülükler öngörmüştür. Buna göre hâkim, görevlendirme yazısında, bilirkişi incelemesine tabi olacak konuyu bütün sınırlarıyla ve açıkça belirtmelidir. Aynı şekilde bilirkişiden cevaplanması istenilen sorular net ve kuşkuya yer bırakmayacak şekilde belirtilmelidir (HMK m.273/1,a,b)³⁴⁹. Hâkim, gerek bilirkişiye başvurulacak konunun sınırlarını gerekse de bilirkişiye sorulacak soruların tespitini yaparken tarafların görüşlerini almalıdır (HMK m.273/1). Hâkimin, tarafların görüşlerini alması hem eksik bir hususun kalmaması hem de tarafların muhtemel itirazların engellenmesi açısından faydalı olacaktır³⁵⁰. Bunun yanında hâkim, raporun verilme süresini de bilirkişiye bildirmek zorundadır (HMK m. 273/1 (c), m. 274).

Hâkimin bilirkişinin görev alanını belirleyebilmesi ve uyuşmazlığın çözümlenmesi için gerekli olan özel ve teknik bilgi ihtiyacını karşılayacak soruları tespit edebilmesi için dosyayı iyi bir şekilde incelemiş olması gerekir³⁵¹. Aksi takdirde hâkim, eksik veya gereksiz sorular sorarak bilirkişiden beklenen faydanın teminini engellemiş olur. Uygulamada ise, belirtilenin aksine gerekli inceleme yapılmadan dosyanın bilirkişiye gönderildiği, eksik bir hususun kalmaması için de dosyanın bir bütün halinde incelenmesinin talep edildiği haller sıklıkla görülmektedir. Bu anlamda, hâkimler “dosyanın bilirkişiye tevdiine”, “hüküm kurmaya elverişli bilirkişi raporu alınmasına” gibi kararlar vererek, dosyayı bir bütün halinde bilirkişiye göndermektedir³⁵². Böylece hem dosyanın bütününe inceleme külfetinden hem de eksik soru sorma endişesinden kurtulmaktadırlar. Ancak bu durum çeşitli sakıncaları da beraberinde getirmektedir. Öncelikli olarak, dosya içeriğine tam olarak vakıf olunmadığı için hangi konuda bilirkişi atanması gerektiği konusunda tereddütler ortaya çıkmakta, bu

³⁴⁸ Görgün, 2014: 368.

³⁴⁹ “Somut olayda; mahkeme tarafından dosya bilirkişiye tevdi edilirken bilirkişinin görev alanı bütün sınırlarıyla ve açıkça belirlenmediğinden, sadece dayanak ilamların farklı olduğu belirtilerek rapor dosyaya sunulmuştur. Oysa dosyanın bilirkişiye gönderilme nedeni, kapak hesabının yapılması, talep edilen miktarın ilama uygun olup olmadığının incelenmesidir. Ancak bilirkişi, görevinin ne olduğunu tam olarak bilemediği veya kavrayamadığı için mahkemeye hiç yardımcı olamamakta, sadece HMK'nın 266. maddesi gereğince Hakimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgiyle çözümlenmesi mümkün olan bir konuda görüş bildirerek rapor sunmaktadır. O halde mahkemece yukarıdaki anlatılan ilkeler dikkate alınarak, raporun sağlıklı ve eksiksiz olmasının temini ile muhtemel itirazların daha işin başında bertaraf edilmesi ve dolayısıyla usul ekonomisine uygunluğunun sağlanması açısından, inceleme konusu ile bilirkişiye yöneltilecek sorular açık ve net bir şekilde tayin edilerek dosyanın yeniden aynı bilirkişiye tevdi ile dosya hesabının yapılarak ek rapor aldırılıp oluşacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir” Y. 12. HD. 2011/29408 E. 2012/15062 K. 04.05.2012 T. Karar için bkz. www.kazanci.com. Erişim tarihi: 27.02.2019. Aynı yönde; Y. 12. HD. 2011/7352 E. 2011/22602 K. 17.11.2011. Karar için bkz. www.kazanci.com. Erişim tarihi: 27.02.2019.

³⁵⁰ HMK m. 273 gerekçesi.

³⁵¹ Kuru, 2001: 2731; Arslan vd., 2016: 448.

³⁵² Kılıçoğlu, 1986: 646; Ulukapı, 2001: 297; İnan ve Kumkale, 2006: 57; Görgün, 2014: 368; Arslan vd., 2016: 448; Tanrıver, 2017: 107.

çerçevede ya gereğinden fazla bilirkişi atanmakta yahut da bilirkişiye başvurulması gereken asıl alandan farklı uzmanlığa sahip kişiler, bilirkişi olarak seçilmektedir. Diğer taraftan dosya kendisine bütün olarak gönderilen bilirkişi, görevini tam olarak anlayamamakta, bu nedenle ya eksik inceleme sebebiyle hâkime yardımcı olamamakta yahut da gereğinden fazla bilgi vermektedir³⁵³. Hatta bazı durumlarda hâkim yerine geçerek hüküm kurar gibi bilirkişi raporu düzenlendiği görülmektedir³⁵⁴.

Hâkimlerin yukarıda belirtilen ilkelere dikkat etmesi gerektiği gibi, bilirkişi de kendisine belirsiz bir talimat geldiği takdirde mahkemeye başvurup açıklama istemelidir. Bu bağlamda bilirkişi, görevlendirilmesine ilişkin ara kararda görevinin kapsamına ilişkin net bir açıklamanın bulunmaması halinde, hâkime görev alanın belirlenmesi için soru sormalı ve mahkeme tarafından verilecek cevaba göre raporunu hazırlamalıdır (HMK m.278/2).

Bunun yanında Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 279. maddesinin 4. fıkrası uyarınca bilirkişi hazırlayacağı rapor kapsamında hukuki nitelendirme yapmaktan kaçınmalıdır. Bu anlamda, sadece kendisinden istenen özel ve teknik bilgiyi veya bu bilgilerden edindiği sonuçları mahkemeye aktarmalıdır. Yine özellikle kendisinden sorulmayan, taraflarca ileri sürülmemiş veya taraflar arasında çekişmeli olmayan vakıa ve talepleri incelememelidir³⁵⁵. *Yıldırım*,³⁵⁶ taraflarca ileri sürülme-yen vakıaların bilirkişi incelemesiyle ortaya çıkması halini, hâkimin davayı aydınlatma yükümlülüğünü esas alarak değerlendirmiştir. Yazar'a göre, mevcut düzenleme bakımından (HUMK m.75/II) bilirkişi raporu ile yeni vakıalar getirilmesi söz konusu olmamakla beraber Alman Hukukundaki gibi hâkimin davayı aydınlatma yükümlülüğünün kapsamını genişletecek bir düzenlemeyle uygulamadaki sorunların birçoğu aşılabılır.

Bu noktada akla gelebilecek sorulardan bir tanesi de hesap bilirkişilerinin tarafların talepleriyle bağlı olup olmadığıdır. Bir başka anlatımla kendisinden zarar veya ücretin hesaplanması istenen bilirkişi, herhangi bir kısıtlamaya gitmeden zararın veya ücretin miktarını tam olarak mı tespit edecek yoksa hesabın tavanı olarak davacı tarafın talebini mi esas alacaktır? Uygulamada, bilirkişilerin hesaplamayı bir sınır olmaksızın yaptıkları, talebi az olan tarafın da, bu rapora göre talebini artırdığı görülmektedir. Doktrindeki bir görüşe³⁵⁷ göre ise, bilirkişiler, hâkimler için öngörülen Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 75. maddesi ile bağlıdır (HMK m. 26). Bu sebeple, rapor hazırlanırken tarafların talepleri esas

³⁵³ Ulukapı, 2001: 297; Öz, 2000: 216; Görgün, 2014: 368; Arslan vd., 2016: 448; Tanrıver, 2017: 107.

³⁵⁴ HMK m. 273 gerekçesi; Kılıçoğlu, 1986: 647; Ulukapı, 2001: 297; Duman, 1984: 753.

³⁵⁵ Bozkurt, 2009: 118.

³⁵⁶ Yıldırım, 2004: 837.

³⁵⁷ Bozkurt, 2009: 118.

alınmalı ve buna göre rapor düzenlenmelidir. Bu kapsamdaki diğer bir görüşe³⁵⁸ göre de, kısmi davada bilirkişiye başvurulmasına karar verildiği takdirde hâkim, gerek tasarruf gerekse de taleple bağlılık ilkesi gereğince davacının talebi ile sınırlı olarak inceleme yapabileceğinden, bilirkişiden de taleple sınırlı olarak görüş bildirmesini isteyebilir. “Zira hâkim talep dışına çıkarak bilirkişi incelemesi yaptıramaz”. Belirsiz alacak davasında ise durum kanaatimizce biraz daha farklıdır. Doktrinde, belirsiz alacak davası, tam dava olarak kabul edilmektedir³⁵⁹. Kısmi davadan farklı olarak, belirsiz alacak davasının konusu, sadece dilekçede gösterilen miktar ile sınırlı olmayıp, belirsiz kısım da dâhil olmak üzere alacağın tamamını kapsamaktadır³⁶⁰. Bu bağlamda, davacı, belirsiz alacak davasında esasen alacağının tamamının hüküm altına alınmasını istemekle birlikte, bunu dilekçesinde tam olarak belirtememektedir. Kanun, alacağının miktarını veya değerini tam ve kesin olarak belirleyebilmesinin kendisinden beklenemeyeceği veya bunun imkânsız olduğu durumlarda, davacıya hukuki ilişkiyi ve alacağının tespit edebildiği miktarını belirtmek koşuluyla belirsiz alacak davası açma imkânı tanımaktadır. Bu şekilde talep edilen alacağın tamamının ise karşı taraftan edinilen bilgiler veya başvurulacak bilirkişi veya keşif gibi unsurlar ile tahkikat aşamasında belirlenmesi amaçlanmaktadır³⁶¹. Bu bağlamda belirsiz alacak davasının amacının gerçekleştirilebilmesi için yapılacak incelemenin alacağın tamamına yönelik olarak yapılması gerekir. Bu durumun sonucu olarak da, belirsiz alacak davasında başvurulacak bilirkişi incelemesinin, dilekçede belirtilen miktar ile sınırlı olmaksızın, alacağın tamamını tespite yönelik olarak icra edilmesi gerekmektedir.

1.4.1.2. Bilirkişi Görüşünün Hazırlanması Kapsamında Bilirkişinin Yetkileri ve Yükümlülükleri

1.4.1.2.1. Bilirkişi Görüşünün Hazırlanması Kapsamında Bilirkişinin Yetkileri

Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 278. maddesi, uyuşmazlığın çözümü için gerekli olan özel ve teknik bilginin sağlıklı bir şekilde hazırlanıp, mahkemeye sunulabilmesi için bilirkişiye birtakım yetkiler vermiştir. Bu yetkilerin ilki, bilirkişinin kendi görev sahasının belirlenmesi ve varsa belirsizliklerin giderilmesi için mahkemeden açıklama isteme yetkisidir.

³⁵⁸ Pekcanitez, Pekcanitez Usul, 2017: 1003.

³⁵⁹ Pekcanitez, Pekcanitez Usul, 2017: 1024, 1027; Simil, 2013: 96 vd. Ayrıca belirsizlik alacak davasının açılmasıyla birlikte derdestliğin, sadece dilekçede gösterilen miktar ile sınırlı olmaksızın, belirsiz olan kısım da dâhil olmak üzere alacağın tamamı için ortaya çıktığı belirtilmektedir. Bkz. Tanrıver, 2018: 609. Aynı şekilde, kısmi davadan farklı olarak belirsiz alacak davasının açılmasıyla birlikte zamanaşımının henüz belli olmayan kısım da dâhil olmak üzere bütün alacak bakımından kesildiği ifade edilmektedir. Bkz. Özkaya-Ferendeci, 2012: 355. Doktrindeki diğer bir görüşe göre ise belirsiz alacak davası, kısmi davanın bir türüdür. Bkz. Kuru ve Budak, 2011: 12.

³⁶⁰ Tanrıver, 2018: 610.

³⁶¹ Pekcanitez, Pekcanitez Usul, 2017: 1024, 1027 vd.

Görevlendirme yapılırken bilirkişinin hangi hususları incelemesi gerektiği veya hangi sorulara cevap vermesi gerektiği net olarak belirtilmemişse, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 278. maddesi uyarınca bilirkişi mahkemeden her zaman açıklama yapılmasını isteyebilir. Ancak maddede belirtilen “her zaman” ifadesinin keyfiliğe sebebiyet vermemesi gerekir. Bilirkişi, fark edebilmişse görevlendirildiği anda, fark edememişse dosyayı inceler incelemeyi kendisinde meydana gelen tereddüdün açıklanması için mahkemeye başvurmalıdır. Bunun aksine, bilirkişi ihmalle, kendisine verilen sürenin bitimine çok az bir zaman kala görev sınırının belirlenmesi için mahkemeye başvurmamalıdır. Kanaatimizce, böyle bir durumda yeni bir bilirkişi atanması yargılamanın sağlıklı yürütmesi için daha yararlı olacaktır. Umar'a³⁶² göre ise zamanında açıklama istemeyen ve bu nedenle işi geciktiren bilirkişi (kamu görevlisi sayılmasından dolayı) Türk Ceza Kanunu'nun 260. maddesinde belirtilen görevi ihmal suçunu işlemiş olur.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 278. maddesi uyarınca bilirkişiye verilen diğer bir yetki ise, tarafları dinleme yetkisidir. Bilirkişi gerekli görülen hallerde mahkemenin onayını almak şartıyla tarafları dinleyebilir (HMK m. 278/3). Özellikle uyuşmazlığın aydınlanması noktasında, dosyada bulunan ifadelerinin yeterli olmadığı hallerde bilirkişi, eksikliğin giderilmesi için taraflara müracaat edecektir. Kural olarak, bilirkişi tarafları birlikte dinler. Mahkeme de bilirkişiye, taraflardan biri olmadıkça diğer tarafı dinleyemeyeceğini ihtar eder (HMK m.278/3). Kuru'ya³⁶³ göre, bu kural kamu düzeninden değildir. Dolayısıyla taraflar açık veya zımni³⁶⁴ olarak bu kurala uyulmadan tarafların dinlenilmesine muvafakat edebilir. Yine bu kuralın kamu düzeninden sayılmamasının sonucu olarak, tarafların birlikte dinlenilmemiş olması, bilirkişi raporunun geçersizliğini gerektirmez. Ancak taraflardan birinin muvafakati olmamasına rağmen, taraflardan biri olmadan diğer taraf dinlenirse, rapora itiraz edilebileceği gibi, hâkim de bilirkişinin tarafsızlığını kaybettiğini gerekçe göstererek yeni bir bilirkişi raporu alınmasına karar verebilir³⁶⁵. Kanaatimizce de, bir taraf bulunmadan diğer tarafın dinlenmesi, bilirkişinin tarafsızlığını zedeleyerek, ona ve dolayısıyla hazırlayacağı rapora olan güveni sarsabilecektir³⁶⁶. Aynı şekilde bir taraf olmadan diğer tarafın dinlenmesi, taraflara eşit iddia ve savunma hakkının tanınmaması nedeniyle silahların eşitliği ilkesine de aykırılık teşkil edecektir³⁶⁷. Bu sebeple, tarafların birlikte dinlenilmesi

³⁶² Umar, 2014, 816.

³⁶³ Kuru, 2001; 2734. Aynı görüşte: Duman, 1984: 754.

³⁶⁴ Mahkemece yapılan davete uymamak, bilirkişinin kendisi olmadan diğer tarafı dinlemesine zımni muvafakati olarak kabul edilebilir. Bkz. Demircioğlu, 2007: 208.

³⁶⁵ Kuru, 2001: 2734.

³⁶⁶ Gürel, 2001: 470; Demircioğlu, 2007: 208.

³⁶⁷ Demircioğlu, 2007: 208.

noktasında son derece hassas davranılmalı, hâkimin ve diğer tarafın muvafakati olmadan taraflardan biri yalnız dinlenmemelidir.

Öte yandan, madde metninde belirtilmese de, kanaatimizce bilirkişi ile taraflar arasındaki görüşmenin kayıt altına alınması gereklidir. Mahkemenin uygun bulmasıyla bilirkişinin tarafların bilgisine başvurduğu hallerde, taraflara sorulan sorular ve alınan cevaplar ile tarafların eklemek istediği ifadelerin tutanağa geçirilip imza altına alınması daha sağlıklı bir yargılamanın yürütülmesine yardımcı olacaktır. Bunun yanında, görüşmenin kayıt altına alınıp, tutanak düzenlenmesi, yargılamanın aleniyeti açısından da daha uygun olacaktır³⁶⁸.

Diğer taraftan, bilirkişinin tarafları dinlemesi, tarafların daha önce belirttiği vakıalarla sınırlı olmalıdır. Bu anlamda bilirkişi, tarafların daha önce belirtmediği vakıaları dinlenmemelidir. Bir şekilde dinlenilse dahi yeni ileri sürülen vakıaların ve bunlara ilişkin delillerin raporun hazırlanması sırasında dikkate alınmaması gerekir. Aksi durumda iddia ve savunmanın genişletilmesi yasağının bilirkişi vasıtasıyla aşılması söz konusu olabilecektir.

Bilirkişinin, davanın tarafları dışında kalan kişileri dinleyip dinleyemeyeceği 278. maddenin metninde belirtilmemiş, sadece bilirkişinin tarafları dinleyebileceği düzenlenmiştir. Bu noktada, özellikle bilirkişinin tanık dinleyip dinleyemeyeceği sorusu gündeme gelmektedir. Bir görüşe³⁶⁹ göre bilirkişiler, tanık dinleyemezler, tanıklar ancak hâkim tarafından dinlenebilir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 278. maddesinin gerekçesinden çıkan anlam da bu yöndedir. Buna göre, bilirkişi tanığı bizzat dinleyemez, sadece daha önce dinlenmiş tanığın kendisinin de hazır bulunabileceği bir ortamda tekrar dinlenmesi için mahkemeden talepte bulunabilir³⁷⁰. Kanaatimizce, olması gereken hukuk bakımından tanıklar, bilirkişi tarafından tekrar dinlenebilmelidir³⁷¹. Hâkim, bilirkişi görüşünün oluşturulması için hangi bilgilerin elde edilmesi gerektiğini bilemeyebilir. Bu sebeple, tanıklara soracağı sorular ve dolayısıyla tanıklardan sağlayacağı bilgiler yetersiz veya eksik kalabilir. Diğer taraftan, tarafları dinleyebilen, dava konusuyla ilgili şeyleri inceleyebilen bilirkişinin, tanıkları da dinleyebilmesinde bir mahzur görülmemelidir. Bu noktada tanıkları dinlemek, hâkimin görevidir ifadesi de yeterli değildir. Zira esasen tarafları dinlemek de hâkimin işidir ancak bilirkişi tarafları dinleyebilmektedir. Bunun yanında, bilirkişinin ancak hâkim aracılığıyla tanıkları dinlemesinde de bilirkişi görüşünün oluşturulması açısından pratik hiçbir fayda yoktur. Ancak bilirkişinin doğrudan tanık dinleyebilmesi, onun tanık beyanlarını

³⁶⁸ Görgün, 2014: 371.

³⁶⁹ Belgesay, 1940: 111; Kuru, 2001: 2735; Duman, 1984: 754; Musluoğlu, 1957: 71.

³⁷⁰ Aynı yönde bkz. Görgün, 2014: 371.

³⁷¹ Aynı görüşteki *Toraman*'a göre "bilirkişi, 278. maddede açıkça işaret edilmiş olmasa da, daha evvel dinlenilmiş olmaları koşuluyla tanıkları gerekiyorsa yeniden dinleyebilmelidir" *Toraman*, 2017: 559.

değerlendirmesini veya bir tanığın ifadesini, diğerine üstün tutarak vakıalar hakkında karar verebilmesini gerektirmez. Bu yetki hâkime ait olup, bilirkişi sadece kendi görevinin yerine getirilmesi noktasında gerekli olan bilgileri tanıklar vasıtasıyla elde etmeye çalışacaktır³⁷².

Bilirkişinin, kanaatini oluşturma diğer bir ifadeyle raporunu hazırlama sürecinde elinde bulundurduğu diğer bir yetki ise, “bir şey” üzerinde inceleme yapma yetkisidir (HMK m.278/4). İhtiyaç duyulan özel ve teknik bilgiyi sağlayabilmek için bir şeyin incelenmesi gerekiyorsa bilirkişi, mahkeme kararı ile dava konusu olayla ilgili nesneyi bizzat inceleyebilir. Bu çerçevede, bilirkişi ilgili nesneyi gerekli bilimsel testlere tabi tutabilir, analiz edebilir veya üzerinde muayeneler gerçekleştirilebilir. Hatta gerektiği takdirde nesnenin bulunduğu yere gidip nesneyi bulunduğu ortamda da değerlendirebilir³⁷³. İlgili şey taşınmaz ise, gösterdiği özellikleri, tarımsal ve yapısal anlamda irdeleyebilir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 278. maddesi gerekçesine göre, bilirkişiye verilen bu yetki bir nevi keşif yetkisidir. Ancak normal keşiften farklı olarak hâkimin bu inceleme ve değerlendirmelere katılması gerekmez. Bilirkişi, belirtilen incelemeleri hâkimin izniyle, ancak kendisinin bulunmasına ihtiyaç duymadan gerçekleştirebilecektir³⁷⁴.

Bilirkişinin inceleme yapması gereken nesne, dosyada veya bilirkişinin ulaşabileceği bir yerde değilse, bilirkişinin talebi üzerine (HMK m. 275/2) mahkeme incelenecek belge, evrak veya sair şeylerin ilgili yerden getirtilmesini sağlayabilecektir. Bu belge ve nesneler, resmî kurumlar nezdindeyse, mahkeme bunların aslının veya yeterli olması halinde

³⁷² Toraman, 2017: 559.

³⁷³ HMK m. 278 gerekçesi. “Davacı yanın dayandığı deliller arasında davalının ticari defterleri de bulunmasına rağmen, 23.06.2011 ve 16.11.2011 havale tarihli bilirkişi raporu ve ek rapor davalının ticari defterleri incelenmeden hazırlanmıştır. Mahkemece bilirkişiye gerek görülmesi halinde taraflara ait yasal defterleri ve diğer ilgili evrak ve belgeyi bulundukları yerde inceleyebilmeleri yönünde HMK’nın 278. maddesine göre yetki verilmesine rağmen bilirkişi, davalıya çıkartılan muhtıradan sonra defterlerin sunulmamış olmasına değinmekle yetinmiş, defter üzerinde inceleme yapmadan hükme esas alınan 28.03.2012 havale tarihli raporu dosyaya sunmuştur. Bu durumda, konusunda uzman bir bilirkişi ya da bilirkişi heyeti seçilerek, yukarıda belirtilen eksiklik tamamlanmak suretiyle, açıklamalı, gerekçeli ve denetime elverişli bir rapor alınıp, alacak ve borç durumu tereddüte yere vermeyecek şekilde belirlenip, buna göre depo kararı çıkartılıp sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken, eksik incelemeye dayalı yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir.” Y. 23. HD 2012/6757 E. 2013/256 K. 21.01.2013 T. Karar için bkz. Gençcan, 2013: 983.

³⁷⁴ Yargıtay’ın bazı kararlarında, hâkimin nezareti olmaksız bir belge veya şey üzerinde yapılacak bilirkişi incelemelerinin doğrudanlık ilkesine ve HMK’nın 197. maddesine aykırı olduğu kabul edilerek, bozma kararı verilmektedir. “Bu yasa hükümleri birlikte değerlendirildiğinde, mahkemece hükme dayanak alınan rapor usul hükümlerine aykırı olarak yapılan inceleme sonucu alınmıştır. Mahkemece yargı çevresi dışında bulunan Hamzabeyli’de bulunan gümrük kapısı ile ilgili yapılan işlerin tespiti için işin yapıldığı yer mahkemesine talimat yazıp isterlerse taraflara da günü bildirmek suretiyle hâkim gözetiminde keşif yaptırması ve bilirkişi raporu aldırması gerekirken, bu yola başvurmada bilirkişilere yerinde inceleme yetkisi vermesi delillerin mahkeme huzurunda toplanacağına dair HMK’nın 197. maddesine aykırı olmuştur. Hakimin doğrudan inceleme yaptırma yetkisi bulunmadığı gibi hakimlik yetkisinin bilirkişilere devri de mümkün bulunmamaktadır. HMK 278/4 maddesi yanlış yorumlanarak ve HMK 288/1. madde hükümlerine aykırı olarak istinabe yolu ile keşif yapılmadan bilirkişilere yerinde inceleme yetkisi verilerek karar verilmesi HMK 27. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının en önemli unsuru olan hukuki dinlenilme hakkına aykırılık teşkil edeceğinden doğru olmamıştır.” Y. 15. HD. 2016/1716 E. 2017/1397 K. 29.03.2017 T. Aynı yönde; Y. 15. HD. 2015/4363 E. 2016/3635 K. 22.6.2016 T. Kararlar için bkz. www.kazanci.com. Erişim tarihi: 27.02.2019.

suretlerinin mahkemeye ulaştırılması için ilgili yerlere talimat verir. İlgili resmî kurumlar, mahkemenin bu kararına uymakla mükelleftir. Buna karşılık incelenecek nesne tarafların veya üçüncü kişinin elindeyse, mahkeme nesnenin veya belgenin incelenmesi için mahkemeye sunulmasına yahut bunların yerinde incelenmesi gerekiyorsa (taşınmaz veya ticari defterler gibi) bunların belirlenecek tarihte bilirkişi incelemesine hazır bulundurulmasına karar verecektir.

İlgililerin mahkemenin bu kararlarına aykırı davranması halinde nasıl sonuçlar doğacağı noktasında açık bir hüküm bulunmamaktadır. Kanaatimizce, ilgili nesneleri hâkim incelemek istese ve buna aykırı davranışlarda bulunulmuş olsa hangi hükümler ve hangi tür yaptırımlar uygulanacaksa, onun izniyle (takdiri ile) inceleme yapacak bilirkişi bakımından da aynı sonuç ve yaptırımların uygulanması gündeme gelmelidir. Bu sebeple, mahkeme kararına rağmen ilgili nesnenin bilirkişi incelemesine hazır bulundurulmadığı durumlarda, öncelikle keşfe katlanma zorunluluğunu düzenleyen Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 291. maddesinin kıyasen uygulanması yerinde olacaktır³⁷⁵. Bu çerçevede madde düzenlemesine uygun olarak, taraflar aleyhine disiplin para cezasına hükmedilmemesi gerekir. Aynı şekilde mahkeme, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 292. maddesinde düzenlenen soybağının belirlenmesi için yapılacak tespit dışında, bilirkişi incelemesinin zorla yerine getirilmesine de karar veremez³⁷⁶. Bilirkişi incelemesini (keşfi) engelleyen, ispat yükü üzerinde olan taraf ise bu delilden vazgeçmiş sayılır; karşı taraf ise iddia edilen vakıayı kabul etmiş sayılır. Ancak hâkim durumun özelliklerini ve tarafın keşfe karşı koyma sebebini değerlendirerek, bu hükmü

³⁷⁵ Toraman, 2017: 566 vd. Belirtmek gerekir ki; bilirkişinin nesneler üzerinde yapacağı inceleme, gerçek anlamda keşif değildir. Bilirkişi, kendi duyu organları vasıtasıyla elde ettiği bilgileri, özel ve teknik bilgisiyle değerlendirerek bir sonuca ulaşmakta ve ulaştığı bu sonuçlarla (görüşü ile) hâkime yardımcı olmaktadır. Keşif ise, hâkimin bir nesne veya insan vücudu üzerinde bizzat kendi duyu organları vasıtasıyla gerçekleştirdiği incelemedir. Bu sebeple, HMK, bilirkişiliği, keşiften ayrı düzenlemiş, bu noktada özel hükümler belirlemiştir. Bkz. Aşık, 2019: 20, 40. Ancak hâkimin takdiri ve yardımcısı sıfatı ile görev yaptığı kabul edilen bilirkişinin bir şey üzerinde inceleme yapmasının asıl ve nihai amacı yine hâkime bilgi sağlamaktır. Bilirkişi, adeta hâkimin duyu organları yerine geçerek yine hâkimin sağladığı güç ve yetki ile onun sahip olmadığı özel ve teknik bilgiyi sağlamak amacıyla bir nesne üzerinde inceleme gerçekleştirmektedir. Bkz. Toraman, 2017: 556: Bu açıdan bilirkişinin yapacağı incelemeyi bir şekilde engellemek, esasen hâkimin bilgi edinmesini engellemektir. Savunduğumuz bu görüş, ilk bakışta bir yetki devri gibi görünse de Kanun'un da esasen bu anlayışta olduğu söylenebilir. Bir başka ifadeyle, hâkim incelemesi ile bilirkişi incelemesine karşı çıkmanın aynı sonuçlar doğuracağını Kanun da düzenlemektedir. Belgelerin yerinde incelenmesini düzenleyen HMK'nın 218. maddesi, mahkemeye getirilmesi zor ve sakıncalı belgelerin hâkim veya görevlendireceği bilirkişi tarafından yerinde incelenebileceğini belirttiikten sonra ikinci fıkrada mahkemenin bu yöndeki emrine uymayanlar hakkında masraf ve disiplin para cezasına hükmedilebileceğini belirterek, gerektiğinde zor kullanabilmesine de olanak tanımıştır. Görüldüğü üzere Kanun, incelemenin kimin tarafından yapılacağına bakmaksızın her iki durumda da (hâkim veya bilirkişi) aynı sonuçların uygulanacağını belirterek, savunduğumuz anlayışa uygun olarak, bilirkişi incelemesine karşı çıkma ile hâkimin incelemesine karşı çıkma arasında bir fark öngörmemiştir.

³⁷⁶ Toraman'a göre ise; "Cezai yaptırım, bilirkişinin, incelemesinin belli bir yerde gerçekleşecek (m. 287, f. 4) olduğu durumlarda (örneğin m. 218 veya m. 290, f.2 bağlamında), buna engel olunması halinde söz konusu olabilmektedir. Burada hâkimin elindeki ilk imkân, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 291. maddesinin üçüncü fıkrası gereğince, engel olan tarafı, gecikmeden doğan giderlere ve disiplin hapsine mahkûm etmektir". Bkz. Toraman, 2017: 572. Yazar'a göre, bilirkişinin belirli bir yerde gerçekleştireceği inceleme açısından ilgili tarafa karşı zor kullanılması sonucu da ortaya çıkacaktır. Bkz. Age: 573.

uygulamayabilir (HMK m. 291/2). Bilirkişi incelemesine (ve/veya keşfe) katlanma zorunluluğuna aykırı davranıştan dolayı zor kullanmak yahut masraf ve disiplin para cezasına hükmetmek, kural olarak ancak üçüncü kişilerin bilirkişi incelemesine (keşfe) karşı koymaları halinde uygulanabilecek yaptırımlardır (HMK m. 291/3)³⁷⁷. Ancak bu noktada Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 292. maddesinin dışında, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 218. maddesine de değinmek gerekir. Belirtilen bu maddeyle; getirilmesi zor ve sakıncalı olan belgelerin, hâkim veya görevlendireceği bilirkişi tarafından yerinde incelenmesine olanak tanınmış, mahkemenin bu yöndeki emrine aykırı davranışlar aleyhine de, taraf veya üçüncü kişi ayrımı yapmaksızın, disiplin para cezası uygulanabileceği ve gerekirse de zor kullanılabilmesi düzenlenmiştir. Belgelerin yerinde incelenmesi, bir tür keşif niteliğinde olmasına rağmen bu madde de ayrıca düzenlenmesini ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 291. maddesinde düzenlenen genel kuraldan ayrılarak, keşfe katlanmamaya farklı sonuçlar bağlanmasını anlamak güçtür. Ancak mevcut düzenleme karşısında, bilirkişi incelemesi belirtilen madde uyarınca belgeler üzerinde ve yerinde yapılacaksa, bu hükme aykırı davranış kişilere madde de belirtilen müeyyideler uygulanacak ve gerekirse zor kullanılacaktır.

Öte yandan belgelerin ibraz zorunluluğunu düzenleyen Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 219. ve devamı maddelerinin, bilirkişi incelemesi açısından pratik bir faydasının olmadığını belirtmek gerekir. Zira taraflar, karşı tarafın veya üçüncü kişinin elinde bir belgenin var olduğunu ve buna delil olarak dayanmak istediklerini dilekçelerinde belirtmek zorundadır. Böyle bir durum gerçekleştiği takdirde ise, dosya bilirkişiye tevdi edilmeden önceki aşamada, belgelerin ibrazı için gerekli prosedür hâkim tarafından gerçekleştirilmiş olmalıdır. Ancak bir şekilde belgelerin ibrazı ihtiyacı dosyanın bilirkişiye gönderilmesinden sonra ortaya çıkmışsa, bu durumda da Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 275. maddesi uyarınca bilirkişinin talebi yahut hâkim kendiliğinden, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 219 ve devamı maddeleri uyarınca belgenin ibrazını sağlayarak, ilgili belgeyi bilirkişiye tevdi edebilecektir. Bir başka deyişle, bu durumda dahi ilgili belgelerin bilirkişinin talebiyle istenmesi ile bilirkişinin talebi olmaksızın (re'sen) istenmesi arasında uygulanacak kurallar ve izlenecek yol bakımından herhangi bir fark yoktur³⁷⁸.

Taraflarca iddia edilmeyen belge, doküman ve benzeri şeyler üzerinde bilirkişinin inceleme yapıp yapamayacağı da tartışılması gereken hususlardan bir tanesidir. Kanaatimizce, bu noktada bilirkişinin sınırı, hâkimin sınırı ile özdeş olmalıdır. Zira istisnalar dışında

³⁷⁷ Üçüncü kişilerin aksine tarafların katlanma yükümlülüğüne aykırı davranış sonucunda zor kullanılmaması veya diğer yaptırımların uygulanmamasının temel nedeni ise tarafların keşfe karşı koymaları halinde Kanun'da davayı kaybetmeye sebep olabilecek daha ağır sonuçlar öngörülmesidir. Bkz. Aşık, 2019: 152.

³⁷⁸ Toraman, 2017: 565.

hâkimin dahi toplayamayacağı delillerin, hâkimin yardımcısı olduğu iddia edilen mahkeme bilirkişisi tarafından toplanabilmesi Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun genel mantığı ile örtüşmeyecektir. Buna karşılık, mahkeme tarafından talep edilip, incelenebilecek belge, bilgi ve dokümanlar bilirkişi tarafından da talep edilip, incelenebilmelidir. Bu kapsamda, re'sen araştırma ilkesine tabi davalarda bilirkişi iddia edilmeyen ancak doğru sonuca ulaşmak için gerekli olan belge, doküman ve benzeri şeyleri talep edebilmeli, inceleyebilmeli ve buna göre bir rapor düzenleyebilmelidir. Buna karşılık taraflarca hazırlanma ilkesine tabi davalarda, taraflarca iddia edilmeyen belge ve senetler bilirkişi tarafından talep edilememeli, inceleme tarafların ileri sürdüğü dava malzemesi üzerinden yapılmalıdır³⁷⁹. Ancak bu durumda dahi Kanun'da belirtilen hususlara dikkat edilmelidir. Örneğin, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 222. maddesi uyarınca mahkeme ticari defterlerin ibrazına re'sen karar verilebildiğinden, bilirkişi de, taraflar dayanmamış olsa bile ticari defterler üzerinde inceleme yapabilmelidir.

1.4.1.2.2. Bilirkişi Görüşünün Hazırlanması Kapsamında Bilirkişinin Yükümlülükleri

Bilirkişi, görevin kendisine tevdi edilmesiyle birlikte birtakım yetkilere sahip olacağı gibi bazı yükümlülükleri de üstlenmiş olur. Bu yükümlülüklerin en önemlisi özen ve dikkat yükümlülüğüdür. Bilirkişi, kendisinden istenen konuyla ilgili mahkemeye süresinde, eksiksiz ve yeterli bir görüş sunmakla mükelleftir. Bunu sağlamak için bilirkişi, görevinin tüm safhalarında gerekli özen ve dikkati göstermek zorundadır (Bilirkişilik Yönetmeliği m.7/1)³⁸⁰.

Bilirkişi, kendisine verilen görevi istenilen şekilde yerine getiremeyecekse, bu durumu mahkemeye bildirmekle yükümlüdür. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 275. maddesi uyarınca, kendisine verilen görev kendi uzmanlık alanının dışından kalıyorsa veya gerekli değerlendirmeyi yapabilmek için başka bir uzmanın yardımına ihtiyaç duyuyorsa veya görevi kabulden kaçınacak haklı bir mazereti varsa, bilirkişi bir hafta içinde bu durumları mahkemeye bildirmekle yükümlüdür. Bunun gibi, görüşünü oluşturmak için bazı hususları önceden incelemesi gerekiyor veya birtakım belgelerin getirtilmesine ihtiyaç duyuyorsa, bilirkişi yine bu durumu bir hafta içinde mahkemeye bildirerek talepte bulunmakla yükümlüdür (HMK m.275/2)³⁸¹.

³⁷⁹ Toroman'a göre; "delil ikamesinde işbirliği halinde bulunma zorunluluğunun, bilirkişi incelemesi bakımından büründüğü görünüm biçimlerinden biri olarak, bilirkişinin görevini yerine getirebilmek için daha önce mahkemeye ibraz edilmiş olanların yanı sıra, dosya kapsamında zikredilmiş olsun olmasın, esas olarak ihtiyaç duyduğu her türlü belgenin ve fakat belge kapsamında olmayan diğer hususların da, yukarıda ifade edilen hususlar gereğince, gerek taraflar gerek üçüncü kişilerce, mahkemeye sunulması gerektiğini söylemek mümkündür". Toraman, 2017: 564.

³⁸⁰ Tanrıver, 2001: 412; İnan ve Kumkale, 2006: 20.

³⁸¹ HMK'nın 275. maddesinin 2. fıkrasında belirtilen yükümlülüğün, bilirkişi bakımından aynı zamanda bir yetki olarak kabul edilmesi yönünde bkz. Toraman, 2017: 538.

Öte yandan bilirkişi, mahkeme tarafından kendisine tevdi edilen görevi şahsen yerine getirmekle yükümlüdür. Bu sebeple, yerine getirmekle yükümlü olduğu görevi kısmen veya tamamen başkasına bırakamaz (HMK m. 276, Bilirkişilik Kanunu m. 3/4)³⁸². Bilirkişinin görevini bizzat yerine getirme yükümlülüğü, madde gerekçesine göre iki nedenden kaynaklanmaktadır. Birincisi, bilirkişi Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na göre kamu görevlisidir ve kamu görevlileri vazifelerini bizzat yerine getirmelidir. İkincisi ise, bu yükümlülüğe aykırı davranışın, hâkimin takdir hakkına müdahale teşkil etmesidir. Zira bilirkişinin seçimi hâkimin takdirinde olup, görevlendirilen bilirkişinin, görevini başkasına bırakmak suretiyle tekrar bilirkişi ataması mümkün değildir³⁸³. Ancak bilirkişi, görevin ifasını kolaylaştırmak için yardımcı kullanabilir. Burada dikkat edilmesi gereken husus ise yardımcının esas incelemeyi değil, bu incelemenin gerçekleşmesi için gerekli olan ek bazı faaliyetleri gerçekleştirebileceğidir. Yoksa görevlendirilen bilirkişinin, görevini tamamen veya kısmen yardımcısına veyahut yanında çalışan memura bırakması söz konusu olamaz³⁸⁴. Bu yükümlülüğe aykırı olarak, görevini üçüncü kişilere devreden bilirkişinin ise sicilden ve listelerden çıkarılmasına karar verilecektir (Bilirkişilik Kanunu m. 13/1/ç)³⁸⁵. Bunun dışında, bilirkişinin görevini üçüncü kişilere bıraktığı durumlarda, hazırlanan raporun hükme esas alınmaması gerektiği de belirtilmektedir³⁸⁶.

Bilirkişinin diğer bir yükümlülüğü ise sır saklama yükümlülüğüdür. Bilirkişi, görevinin ifası sırasında öğrendiği sırları saklamak zorunda olup, bu bilgileri kendisi veya üçüncü kişiler yararına kullanamaz. Bu yükümlülük, bilirkişilik görevi sona erdikten sonra da devam eder (HMK m. 277, Bilirkişilik K. m. 3/5). Sır saklama yükümlülüğü, sadece bilirkişiyi değil, bilirkişinin yardım aldığı kişileri de kapsamaktadır. Bu sebeple, bilirkişinin görevini yerine getirirken kullandığı yardımcının vakıf olduğu bilgileri ifşa etmesi de bilirkişinin sorumluluğuna sebep olacaktır³⁸⁷.

Bilirkişinin sır saklama yükümlülüğü, Bilirkişilik Kanunu'nun 3. maddesinde sayılan ilkeler arasında düzenlendiğinden sır saklama yükümlülüğüne aykırı davranan bilirkişinin,

³⁸² Umar'a göre bilirkişinin verilen görevi bizzat kendisi tarafından yerine getirmediği daha sonra taraflardan birinin itirazı ile anlaşılırsa, bilirkişinin TCK'nın 260. maddesi uyarınca cezalandırılması istenebileceği gibi verilen bilirkişi raporunun geçersiz sayılmasına ve yeniden bilirkişi atanmasına karar verilebilir. Bkz. Umar, 2014: 813-814.

³⁸³ HMK m. 276 gerekçesi.

³⁸⁴ HMK m. 276 gerekçesi.

³⁸⁵ Bilirkişilik Kanunu'nun 13. maddesi uyarınca; 3. madde de sayılan temel ilkelere aykırı bilirkişilik faaliyetinde bulunan kişi, bilirkişilik sicilinden ve listelerinden çıkarılır. Bilirkişinin görevini bizzat yerine getirmesi de, sayılan ilkeler arasında düzenlendiğinden, görevini bizzat yerine getirmeyen bilirkişinin, ilgili sicil ve listelerden çıkarılması söz konusu olabilecektir.

³⁸⁶ Toraman, 2017: 514.

³⁸⁷ HMK m. 277 gerekçesi. Ayrıntılı bilgi için bkz. 1.7.3. Bilirkişinin Görüş Sunma Dışında Kalan Eylemlerinden Doğan Sorumluluk.

ilgili sicil ve listelerden çıkartılmasına karar verilebilecektir (Bilirkişilik Kanunu m. 13/1/ç). Bunun yanında bilirkişinin sır saklama yükümlülüğüne aykırı davranışı, ceza hukuku bakımından suç sayılmaktadır. Bu anlamda görevi gereği edindiği bilgileri ifşa eden bilirkişi Türk Ceza Kanunu'nun 258. maddesi uyarınca cezalandırılabilir³⁸⁸. Bunun yanında bilirkişi, görevi gereği elde ettiği kişisel veri³⁸⁹ niteliğindeki bilgileri, hukuka aykırı bir şekilde başkasına verir veya yayarsa Türk Ceza Kanunu'nun 137. maddesi uyarınca cezalandırılabilir³⁹⁰.

Yukarıda belirtilenlerin dışında farklı bölümlerde temas ettiğimiz üzere bilirkişinin yemin etme; tarafsız, dürüst ve objektif davranma ve bunların doğal sonucu olarak da doğruyu söyleme gibi diğer bazı yükümlülükleri de vardır. Bunlarla ilgili açıklamalar ilgili bölümlerde yapıldığı için bu yükümlülükler tekrar değinilmemiştir.

1.4.2. Bilirkişi Görüşünün Şekli

Hâkim, durumun gereklerine, dosyanın kapsamına, ihtiyaç duyulan özel ve teknik bilginin niteliğine göre bilirkişi görüşünün yazılı bir şekilde mahkemeye aktarılmasına karar verebileceği gibi, duruşmada veya keşif sırasında sözlü olarak açıklanmasına da karar verebilir (HMK m.279)³⁹¹. Bu noktada seçim hakkı bilirkişiye değil, hâkime aittir³⁹².

Bilirkişinin görüşünün sözlü bir şekilde mahkemeye aktarılmasına karar verilmişse, bilirkişinin beyanları, ilgili duruşmada tutanağa geçirilir ve tutanak bilirkişi tarafından da imzalanır (HMK m. 279/3). Birden çok bilirkişinin atandığı durumlarda, bilirkişilere konuyu aralarında müzakere etmeleri için duruşma kapatılmadan kısa bir mühlet verilebilir. Daha sonra müzakere sonucunda çıkan oy ve görüş tutanağa geçirilip, bütün bilirkişilere imzalatılır (HMK m. 279/3).

Bilirkişiden sözlü olarak görüş alınması, keşif sırasında bilirkişinin dinlenmesi dışında uygulamada sıkça başvurulanan bir yöntem değildir. Hâkimler, çoğu zaman bilirkişi görüşünün yazılı bir rapor halinde mahkemeye aktarılmasına karar vermektedir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu uyarınca yazılı raporun, belirli unsurları ihtiva etmesi gerekir. Buna göre raporda; tarafların ad ve soyadları, bilirkişinin hangi konuda görevlendirildiği, bilirkişinin incelemesinin konusu olan vakıalar, raporun düzenleme tarihi, bilirkişilerin imzası ve

³⁸⁸ Yılmaz, 2012: 1225; Umar, 2014: 814; Tanrıver, 2017: 97; Toraman, 2017: 531; Atalı vd., 2019: 534.

³⁸⁹ 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'na göre; kişisel veri, gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgiyi kapsamaktadır (m. 3/d). Bu Kanun'un 17. maddesi, kişisel verilere ilişkin suçlarda Türk Ceza Kanunu'nun 135. ile 140. maddelerine atıf yapmaktadır.

³⁹⁰ Tanrıver, 2017: 97-98.

³⁹¹ Duman, 1984: 754.

³⁹² HMK m. 279 gerekçesi; Duman, 1984: 754.

gerekçesi ile birlikte ulaşılan sonuç veya sonuçlar bulunmalıdır (HMK m. 279/2)³⁹³. Ayrıca birden fazla kişinin bilirkişi olarak görevlendirildiği durumlarda, bilirkişiler arasında ihtilaf bulunması halinde, bunun sebebinin de raporda belirtilmesi gerekmektedir. İsteğe bağlı olarak azınlıkta kalan bilirkişi veya bilirkişiler, görüşlerini ayrı bir raporla da mahkemeye sunabilirler (HMK m.279/2).

Birden fazla bilirkişi görevlendirildiği durumlarda, bilirkişilerin bir araya gelip, konuyu müzakere edip sonuca ulaşmaları ve birlikte müşterek bir rapor hazırlamaları, doğru sonuca ulaşılması açısından en ideal yöntemdir³⁹⁴. Özellikle, bir bilirkişinin görüşünün oluşması ve değerlendirilmesi için diğerinin görüşünün esas alınması gerekiyorsa veya mahkemece aynı uzmanlık alanında birden fazla bilirkişi birlikte atanmışsa, bunların görüşlerini birlikte aynı raporda mahkemeye sunmaları gerekir³⁹⁵. Buna karşılık bilirkişilerin farklı konularda uzmanlıklarının bulunması halinde veya birinin görüşü, diğerinin görüşünü etkileyecek nitelikte değilse, durumun özellikleri de değerlendirilerek her bir bilirkişinin ayrı bir raporla mahkemeye görüşlerini aktarması mümkün görülmelidir³⁹⁶. *Kuru*³⁹⁷ ise bu konuda bir ayırım yapmadan heyet halinde bilirkişi görevlendirilmesinin yapıldığı bütün durumlarda, bilirkişilerin ilgili konuyu müzakere edip, azınlıkta kalan bilirkişiler hariç birlikte rapor düzenlemeleri gerektiğini savunmaktadır. Aynı görüşte olan *Yılmaz*'a³⁹⁸ göre, azınlıkta kalan bilirkişinin ayrı rapor vermesi hali dışında bilirkişiler, toplanmadan, ayrı ayrı rapor verirlerse, bu raporların geçersiz sayılması gerekir. *Umar*'a³⁹⁹ göre ise mahkemece aksi öngörülmediği müddetçe uzmanlık konuları arasında ilgi olması halinde (bağlantı derecesinde olmasa dahi)

³⁹³ Bilirkişilik Yönetmeliği'nin 55. maddesi de, bilirkişi raporunda bulunması gerekli olan unsurları düzenlemiştir. Bu kapsamda, yukarıda belirtilenlerin dışında, görevlendirmeyi yapan merci, dosya numarası, görevlendirme tarihi ve süresi, inceleme yöntemi, bilimsel ve teknik dayanaklar ile bilirkişinin adı, soyadı ve sicil numarasının raporda bulunması gerektiği belirtilmiştir. Bunun yanında bilirkişinin tüzel kişi olması halinde, bilirkişinin ünvanı, kanuni temsilcisinin adı ve soyadı ile tüzel kişi adına raporu tanzim eden gerçek kişi bilirkişinin adı, soyadı, sicil numarası ve imzasının da raporda bulunması gerektiği düzenlenmiştir.

³⁹⁴ HMK m. 231 gerekçesi. Ancak uygulamada rapor hazırlanırken bilirkişilerin, ilgili konuyu ve vakıya kendi aralarında müzakere ettikleri pek söylenemez. Hatta genellikle heyetin içindeki bir uzman, raporun tamamını hazırlamakta diğerleri ise hazırlanan bu raporun altına sadece imzalarını atmaktadır. Bkz. Öz, 2000: 217.

³⁹⁵ "...Somut olayda bu kurallara uyulmadan aynı konuda uzman olan bilirkişilerin ayrı ayrı rapor verdikleri ve birbirlerinin görüşünden haberdar olmadıkları anlaşılmaktadır..." 19. HD. 2004/8061 E. 2005/4139 K. 15.04.2005 T. Bkz. YKD. 2005/ Eylül C. 31, S.9 s.1424-1425 naklen Pekcanitez vd., 2007: 453.

³⁹⁶ "...Bilirkişiler ayrı ayrı rapor veremezler. Ancak aynı kurul içinde görevlendirilmiş, fakat konuları değişik olanların ayrı rapor vermeleri mümkün olduğu gibi azınlıkta kalan bilirkişi ayrı bir rapor verebilir. 19. HD. 2004/8061 E. 2005/4139 K. 15.04.2005 T. Bkz. YKD. 2005/ Eylül C. 31, S.9 s.1424-1425 naklen Pekcanitez vd., 2007: 453. *Toraman*'a göre de, birbirinden ayrılabilen ve bir bütünlük arz etmeyen vakıalar hakkında, farklı uzmanlık alanlarına sahip bilirkişilerin tek bir rapor hazırlama gerekliliği yoktur. Buna karşılık tek bir mesele veya zincirleme şekilde birbirini takip eden vakıalar için düzenlenen bilirkişi raporunun birlikte düzenlenmesi gerekir. Bkz. *Toraman*, 2017: 598.

³⁹⁷ *Kuru*, 2001: 2740-2741. Aynı yönde; *Özsan*, 2000: 173.

³⁹⁸ *Yılmaz*, 2012: 1231.

³⁹⁹ *Umar*, 2014: 800, 817.

raporun birlikte yazılması uygundur. Yazar'a göre, bilirkişilerin ayrı ayrı görevlendirilmesi ve ayrı rapor yazmaları çelişki ve eksikliklere sebebiyet verebilir.

Bilirkişi kurulu atandığı durumlarda, bilirkişilerden bir tanesinin rapor düzenleyemez hale gelmesi durumunda nasıl bir yol izleneceği Kanun'da düzenlenmemiştir. *Görgün'e*⁴⁰⁰ göre, bilirkişi kurulundaki kişilerden biri ölür, ehliyetini kaybeder veya istifa ederse diğer kalan bilirkişilerin rapor düzenlemesi mümkün değildir. Kanaatimizce, böyle bir problemi çeşitli ihtimalleri dikkate alarak çözümlmek gerekir. Bilirkişi heyetindeki üyelerin uzmanlıkları birbirinden ayrı ve bağımsız ise, heyette kalan diğer üyelerin kendi uzmanlık alanları içinde kalan konularda rapor hazırlamaları mümkün görülmelidir. Buna karşılık bilirkişilerin uzmanlık alanları benzer veya birbirinden etkilenebilecek nitelikteyse, heyetten ayrılan bilirkişinin yerine atama yapılmadıkça rapor düzenlenmemelidir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 279. maddesinin 2. fıkrasına göre bilirkişi raporunda bulunması gerekli unsurların eksik olması halinde raporun akıbetinin ne olacağı konusunda Kanun'da açıklık yoktur. Kanaatimizce, sırf şekle ilişkin olan tarafların ad ve soyadları, raporun düzenleme tarihi, bilirkişinin görevlendirildiği hususlar gibi unsurların raporda bulunmaması, bilirkişi raporunun geçerliliğini ve karara esas alınmasını engellememelidir⁴⁰¹. Buna karşılık incelenen vakıalar ile özellikle gerekçe⁴⁰² ve sonuç kısmının net olarak belirtilmemesi raporun karara esas alınmasını engeller. Zira bu unsurların eksikliği, bilirkişi raporunun güvenilirliğini etkileyeceği gibi raporun sağlıklı bir şekilde denetlenmesini de önler⁴⁰³. Bu nedenle, bu gibi unsurların bilirkişi raporunda mevcut olmaması halinde eksikliğin giderilmesi için bilirkişiye tekrar süre verilip, Kanun'a uygun bir rapor alınması gereklidir.

*Görgün'e*⁴⁰⁴ göre, bilirkişilerden birinin imzasının bulunmadığı durumlarda, raporun usulüne uygun düzenlenmemesinden dolayı yeni bilirkişi seçilmesi ve incelemenin bu yeni bilirkişilere yaptırılması gerekir. Bu düşünceye katılmamaktayız. Bilirkişi görüşü (raporu) hazırlamak oldukça güç ve zaman isteyen bir faaliyettir. Sadece imza gibi şekli bir eksiklikten

⁴⁰⁰ Görgün, 2014: 372.

⁴⁰¹ Umar, 2014: 818.

⁴⁰² Kuru, 2001: 2736. "Mahkemenin Yargıtay'ca kontrolü imkansız bulunan ve dayanakları ve gerekçeleri gösterilmeyen, mücerret kanaatı ihtiva eden bilirkişi raporuna dayanarak karar vermiş olması bozmayı gerektirir." Bkz. YKD 1979/4 s.482-484 naklen Kuru, 2001: s. 2736. Aynı yönde; 7. HD. 28.2.1977, 7092/2420; 1. HD. 13.11.1975, 10539/10535 Kararlar için bkz. Yılmaz, 1984: 781.

⁴⁰³ Ulukapı, 2001: 301; Duman, 1984: 755; Yılmaz, 1984: 782. "Mahkemece davacıya uygulanan tedavide doktor hata ve kusuru bulunup bulunmadığı, Üniversiteden seçilecek üroloji, gastrololoji, dahiliye uzmanlarının bulunduğu üç kişilik bilirkişi heyetinden alınacak açıklamalı, gerekçeli denetime elverişli raporla belirlenip, sonuca uygun karar verilmesi gerekirken, yeterli açıklamayı taşımayan bilirkişi raporuna dayanılarak yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir." Y. 13. HD. 2006/10057 E. 2006/13842 K. 19.10.2006 T. Karar için bkz. Savaş, 2008: 1362.

⁴⁰⁴ Görgün, 2014: 372.

dolayı hazırlanmış bir raporu yok sayarak tekrar bir bilirkişi seçip, tekrar bilirkişi incelemesi yaptırmak zaman ve masraf israfına neden olacaktır. Bu çerçevede, imzanın bulunmaması halinde bilirkişiye bu eksiklik tamamlattırılarak yargılamaya devam edilmesi usul ekonomisine daha uygun bir çözüm yolu olur⁴⁰⁵. Ancak bir nedenden dolayı bu eksiklik giderilemiyorsa (bilirkişinin ölmesi, ehliyetini kaybetmesi, bulunamaması veya imzadan imtina etmesi gibi), bu durumda imza eksikliği nedeniyle yeni bilirkişiden rapor alınması düşünülebilecektir⁴⁰⁶.

Öte yandan, bilirkişi raporu üzerinde çıkıntı, silinti veya kazıntının bulunması halinde Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 207. (HUMK m.298) maddesinin kıyasen uygulanacağı ileri sürülmüştür⁴⁰⁷. Bu görüşe göre, rapor üzerindeki kazıntı, silinti veya çıkıntının ayrıca imza edilmesi gerekir. Aksi takdirde, bunlar yok sayılır. Hatta bu silinti veya kazıntı raporun geçerliliğine ve anlamına etkili ise, hâkim bilirkişi raporunu kısmen veya tamamen geçersiz sayabilir⁴⁰⁸. Kanaatimizce, bilirkişi raporu üzerinde kazıntı, silinti veya çıkıntının bulunması halinde hâkim, sadece imzanın bulunmaması nedeniyle ilgili bölümleri yok saymamalıdır. Hâkim, gerektiği takdirde ilgili kısımların açıklanması için bilirkişiye başvurabilir. Zira senetten farklı olarak bilirkişinin, raporu hazırlarken sahip olduğu iradesi (görüşü) her zaman mahkeme tarafından tetkik edilebilir. Kazıntı, silinti veya çıkıntının bulunması halinde bunların yok sayılması ancak bilirkişinin ölmesi veya temyiz kudretini kaybetmesi gibi bilirkişinin ilgili bölümde neyi kastettiğinin tekrar öğrenilemeyeceği hallerde mümkün olabilir.

Bilirkişi raporunun şekline ilişkin üstünde durulması gereken diğer bir husus ise, raporda kullanılan kavram ve ifadelerdir. Bilirkişilerin gerek sözlü gerekse de yazılı olarak görüşlerini mahkemeye aktarırken mümkün olduğunca yalın, o konuda uzman olmayan kişilerin dahi fikir sahibi olabilmesini olanak sağlayacak ifadeler kullanmaya dikkat etmeleri

⁴⁰⁵ "HUMK'nun 281/3. maddesi "raporun ... bilirkişilerin imzalarını taşıması gerekir" hükmünü içerdiği gibi, karar tarihinden sonra yürürlüğe giren 6100 sayılı HMK'nun 279/3. maddesi "... tutanağın altı, bilirkişilere imza ettirilir" hükmünü içermektedir. Anılan yasal düzenlemeler nazara alındığında raporda bilirkişilerin imzalarının bulunması yasal zorunluluk olduğundan, bu eksikliğin giderilmesi için dosyanın mahalline geri çevrilmesi gerekmiştir" Y. 23. HD. 2011/4118 E. 2012/41 K. 16.01.2012 T. Karar için bkz. www.kazanci.com. Erişim tarihi: 27.02.2019.

⁴⁰⁶ "HMK'nun 279/2 maddesine göre; bilirkişilerin oy ve görüşlerini bildirdikleri raporda, imzalarının bulunması gerekir. Açıklanan yasal düzenleme nazara alındığında; bilirkişilerin raporda imzalarının bulunması zorunludur. Somut olayda; bilirkişiler tarafından hazırlanan ve mahkemece hükmüne esas alınan 27.05.2016 tarihli raporda, bilirkişilerden L. B.'un (hakimlik mesleğine geçmiş olması nedeniyle) imza atmaktan çekindiği anlaşılmaktadır. Esasen, bu husus mahkemenin de kabulündedir. Bu durumda, mahkemece; yeniden oluşturulacak bilirkişi kurulundan tazminat hususunda rapor aldırılması ve ulaşılabilecek sonuca göre uyuşmazlığın esası hakkında karar verilmesi gerekirken, bilirkişilerden L. B.'un imzasını içermeyen raporun esas alınması suretiyle yazılı şekilde karar verilmiş olması usul ve yasaya aykırıdır." Y. 3. HD. 2016/19919 E. 2017/10515 K. 20.06.2017 T. Karar için bkz. www.kazanci.com. Erişim tarihi: 27.02.2019.

⁴⁰⁷ Kuru, 2001: 2742; Ulukapı, 2001: 301-302.

⁴⁰⁸ Kuru, 2001: 2742; Ulukapı, 2001: 302.

gerekir (Bilirkişilik Yönetmeliği m. 7/2)⁴⁰⁹. Anlaşılması güç, birden fazla anlamı içeren ve özellikle hâkimin ve tarafların anlamayacağı kelime ve kalıplardan mümkün olduğunca uzak durulmalıdır⁴¹⁰. Aynı şekilde, bilirkişinin görüşünün net olarak belirlenmesini engelleyen soyut ifadelerden kaçınılmalıdır. Açıklanmak istenen görüş, somutlaştırılarak, yalın ve tereddüde mahal vermeyecek nitelikte olmalıdır⁴¹¹. Bunun yanında bilirkişi görüşü iyi bir şekilde gerekçelendirilmeli, ileri sürülen görüşün dayanağı olan vakıa ve nesneler açıklanmalı ve gerekçe ile sonuç arasında uygun mantıksal bağlantı kurulmalıdır. Aksi takdirde, özel ve teknik bilgi ihtiyacını karşılamak için başvuru bilirkişi raporundan, ilgili konuda bilgi sahibi olmayan hâkim ve taraflar yeterince yararlanamayacak, gerekli değerlendirmelerde bulunamayacaktır⁴¹².

Öte yandan, bilirkişi raporu mümkün olduğu kadar kısa ve net şekilde kaleme alınmalıdır⁴¹³. Gereksiz ayrıntılara girilerek bilirkişinin esas görüşünün anlaşılması zorlaştırılmamalıdır. Durumun özelliklerine göre raporun uzun tutulması gerekiyorsa, bilirkişinin görüşü üst başlıklar ile bölümlere ayrılmalı, uygun yerlerde paragraflar kullanılmalıdır⁴¹⁴. Bunun yanında, bilirkişi raporu düzenlenirken imla ve noktalama kurallarına riayet etmek suretiyle, bu kurallara uymamanın sebebiyet verebileceği yanlış anlamalar önlenmelidir⁴¹⁵.

1.4.3. Bilirkişi Görüşünün Teslim Süresi

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 273. maddesi uyarınca; hâkim, bilirkişinin görevlendirilmesine ilişkin ara kararında, bilirkişiye sorulacak sorularla beraber, raporun hangi süre içinde verilmesi gerektiğini de açıklamak zorundadır.

Bilirkişiye verilecek süre üç ayı geçemez. Ancak hâkim, bilirkişinin talebiyle ve gerekçesini göstermek şartıyla süreyi üç ayı geçmemek üzere uzatabilir. Basit yargılama usulüne tabi dava ve işlerde ise bu süreler iki ay olarak uygulanır (HMK m.274/1).

⁴⁰⁹ İnan ve Kumkale, 2006: 19; Yılmaz, 2012: 1230.

⁴¹⁰ Ulukapı, 2001: 302, 304; Görgün, 2014: 372.

⁴¹¹ Ulukapı, 2001: 302, 304; Musluoğlu, 1957: 7; Yılmaz, 1984: 780; İnan ve Kumkale, 2006: 60.

⁴¹² HMK m. 279 gerekçesi; Görgün, 2014: 372. "Bilirkişiler, raporlarını hazırlarken raporun dayanağı olan somut ve özel nedenleri bilimsel verilere uygun olarak göstermek zorundadır. Bilirkişi raporu aynı zamanda Yargıtay denetimine de elverişli olacak şekilde bilgi ve belgeye dayanan gerekçe ihtiva etmelidir. Ancak, bu şekilde hazırlanmış raporun denetimi mümkün olup, hüküm kurmaya dayanak yapılabilir." Y. 3. HD. 2017/16741 E. 2018/7501 K. 03.07.2018 T. Karar için bkz. www.kazanci.com. Erişim tarihi: 27.02.2019.

⁴¹³ Yılmaz, 1996: 824; İnan ve Kumkale, 2006: 60.

⁴¹⁴ Yılmaz, 1996: 824; İnan ve Kumkale, 2006: 60.

⁴¹⁵ Ulukapı, 2001: 304; Yılmaz, 1996: 825; İnan ve Kumkale, 2006: 60.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 274. maddesinin kaleme alınış şekli⁴¹⁶, tereddütlere mahal verecek niteliktedir. “süreyi üç ayı geçmemek üzere uzatılabilir” ifadesi farklı kabullere gerekçe olabilecek niteliktedir. Bu çerçevede, belirtilen üç aylık sürenin yeni verilecek sürenin üst sınırını mı yoksa bilirkişiye verilecek toplam sürenin sınırını teyit için öngörülen bir süre mi olduğu açık değildir. Örneğin, ilk kararda kendisine iki aylık süre verilen bilirkişi, sürenin uzatılmasını talep ettiği takdirde yeni verilecek süre en fazla bir ay mı olacaktır? Yoksa üç aylık ek bir süre verilip toplam rapor hazırlama süresi beş ay mı olacaktır? Ve yahut ilk kararda kendisine doğrudan üç ay süre verilen bilirkişi, daha sonra uzatma talep edebilecek midir?

Kanaatimizce, madde metninde belirtilen “süreyi üç ayı geçmemek üzere uzatılabilir” ifadesi yeni verilecek sürenin üst sınırını düzenlemek için öngörülmüştür. Bu bağlamda hâkim, ilk verdiği süreye ek olarak bilirkişiye üç ayı geçmemek üzere ek bir süre verebilecektir. Bu kabulle, yukarıdaki örneklere dönersek, hâkim ilk kararında iki aylık süre verdiği bilirkişiye üç aya kadar yeni bir süre verip, raporun verilme süresi olarak toplamda beş aylık bir süre belirleyebilecektir. Yine ilk seferinde üç ay süre verdiği bilirkişiye, talep üzerine üç aylık ek bir süre daha verebilecektir. Dolayısıyla madde metni, belirtilen şekilde anlaşıldığı takdirde bilirkişiye rapor hazırlamak için verilebilecek azami süre altı ay olarak karşımıza çıkmaktadır⁴¹⁷.

Mahkeme tarafından raporun hazırlanması için verilecek sürelerin ne zaman başlayacağı ise Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda düzenlenmemiştir. Mahkeme, ara kararında bilirkişi raporunun ne zaman teslim edileceğini, belirli bir tarih olarak belirtmişse, artık sürenin ne zaman başlayacağını incelemeye gerek yoktur. Örneğin, 03.12.2012 tarihli ara kararda, bilirkişi raporunun 05.01.2013 tarihine kadar mahkemeye teslim edilmesi emredilmişse, artık sürenin ne zaman başladığı raporun tevdi edileceği tarih bakımından önem arz etmez. Böyle bir durumda, mahkeme kaleminin mümkün olan en kısa zamanda, dosyayı ve gerekli evrakları bilirkişiye teslim etmesi gerekir. Buna karşılık, hâkim süreyi hafta veya ay olarak belirtmişse, sürenin başlangıç tarihini belirlemek, sürenin hesaplanması açısından önem arz edecektir. Bu noktada temel alınabilecek iki tarih söz konusu olabilir. Birincisi, mahkemenin bilirkişiye başvurma iradesini açıkladığı ara karar tarihi, ikincisi ise dosyanın bilirkişiye teslim edildiğine dair tutanağın düzenlendiği tarihtir (HMK m.273/2). Kanaatimizce, ikinci ihtimali, esas almak daha isabetli olacaktır. Zira özellikle bir hafta, bir ay gibi kısa tarihler verilmesi halinde, bunun önemli bir kısmı daha dosya bilirkişiye teslim

⁴¹⁶ HMK m. 274/1 “Bilirkişi raporunun hazırlanması için verilecek süre üç ayı geçemez. Bilirkişinin talebi üzerine, kendisini görevlendiren mahkeme gerekçesini göstererek, süreyi üç ayı geçmemek üzere uzatılabilir”

⁴¹⁷ Kiraz, 2012: 67.

edilmeden geçecek, yeniden ek bir süre almak için gerek mahkeme gerekse de bilirkişi uğraştırılacaktır. Buna karşılık, verilen ilk sürenin yetmediği, dolayısıyla bilirkişinin ek bir süre talep edip, bunun mahkeme tarafından kabul edilmesi halinde verilecek sürelerde, ek sürenin verildiğine dair ara karar tarihi ek sürenin başlangıç tarihi olarak kabul edilebilir. Çünkü bu durumda, hâlihazırda dosya bilirkişinin elinde olup, bilirkişi ek sürenin verileceği ara karar tarihini de bilebilecek durumdadır.

Mahkemenin öngördüğü sürelerle riayet etmemenin sonuçları, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 274. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, hâkim süreye riayet etmeyen bilirkişiyi görevden alabilir ve yerine başka bir bilirkişi atayabilir. Ayrıca hukuki ve cezai sorumluluklar saklı kalmak koşuluyla görevden alınan bilirkişiye ücret ve masraf ödenmemesine karar verilebilir ve gerekçesini belirtmek kaydıyla, gerekli yaptırımların uygulanması bilirkişilik bölge kurulundan talep edilebilir. Kendisine böyle bir talep ulaşan bölge kurulu, Bilirkişilik Kanunu'nun 13. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendi uyarınca bilirkişinin sicilden ve listeden çıkarılmasına karar verebilir. Ancak, ihlalin niteliğine göre, çıkarma yerine uyarma veya bir yıla kadar geçici süreyle listeden çıkarma yaptırımı uygulanabilir (Bilirkişilik Kanunu m. 13/2).

Görevden alma ve diğer yaptırımların uygulanması, zorunlu olmayıp hâkimin takdirine bırakılmıştır. Bu anlamda hâkim süreye riayet etmeyen bilirkişinin görevini sürdürmesine, kendisine ücret ve masraf verilmesine de karar verebilir. Ancak ilgili fıkra metni incelendiğinde, süreye uymayan bilirkişiye, hâkim tarafından ücret ve masraf ödenmemesine karar verilebilmesi için veya yaptırımların uygulanmasının talep edilebilmesi için ilgili bilirkişinin görevden alınması gerektiği gibi bir anlam çıkmaktadır. Diğer bir ifadeyle, hâkim süreye riayet etmeyen bilirkişinin göreve devam etmesine göz yumarsa, bu safhadan sonra bilirkişiye ücret ve masraf ödenmemesine karar veremeyeceği gibi, listeden çıkartılmasını da talep edemeyecektir. Fıkra belirtilen şekilde anlaşıldığı takdirde, özellikle verilen sürenin uzun olduğu durumlarda bazı sakıncalara sebep olabilecektir. Zira kendisine rapor sunmak için örneğin altı ay süre verilen bilirkişi, yaptırım uygulayabilmek için görevden alınır ve yeni bilirkişi atanırsa, bu bilirkişiye de yaklaşık olarak altı aylık bir süre verilecektir ki; böyle bir durumda sadece bilirkişi raporunun alınması için yaklaşık bir yıl beklenecektir. Bu durum ise bilirkişinin görevde kalmasına göz yumularak yargılamanın uzamaması için müeyyideleri uygulamaktan vazgeçme sonucunu getirecek, bilirkişiye gerekli müeyyidelerden kaçma şansı verecektir. Kanaatimizce, hâkim yargılamanın daha fazla uzamasına sebebiyet vermemek için kendisini görevden almasa dahi, bilirkişiye ücret ve masraf ödenmemesine karar verebilmeli veya bilirkişilik bölge kurulundan gerekli

yaptırımların uygulanmasını talep edebilmelidir. Nitekim 2019 yılı Bilirkişi Ücreti Tarifesi⁴¹⁸’nin 12. maddesine göre, Bilirkişilik Yönetmeliği’nin 51. maddesinin birinci fıkrası uyarınca hâkimin yaptığı görevlendirmeye aykırı olarak rapor düzenlenmesi halinde bilirkişi ücretinin ödenmeyebileceği veya ücretten indirim yapılabileceği düzenlenmiştir. Bilirkişi Yönetmeliği’nin 51. maddesinde raporun verilme süresinden de bahsedilmesinden dolayı, bilirkişi raporu süresinde verilmemişse, hâkim bilirkişi ücretinin daha az ödenmesine yahut hiç ödenmesine karar verebilir. Ancak böyle bir durumda, aynı bilirkişiden yeni veya ek rapor alınmaması daha uygun olacaktır.

Hâkim, süreye riayet etmediği için bilirkişiyi görevden aldığı takdirde, ilgili bilirkişiden görevden alındığı ana kadar yapmış olduğu işlemler hakkında açıklama yapmasını ve mahkeme tarafından kendisine verilmiş dosya ve evrakların bir dizi pusulasına bağlı olarak mahkemeye tevdi edilmesini isteyecektir (HMK m.274/2).

Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 274. maddesinde belirtilenlerin yanında, süresinde rapor vermeyen bilirkişiye Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 269. maddesine dayanılarak tanıklığa ilişkin çeşitli yaptırımlar da uygulanabilecektir. Ancak tanıklığa ilişkin bu disiplin hükümlerinin uygulanması için bilirkişinin geçerli bir mazereti olmamalıdır. Geçerli mazeretin ne olacağı ise her somut olayın özelliklerine göre hâkim tarafından tayin edilecektir. Öte yandan, Türk Ceza Kanunu açısından kamu görevlisi sayılmasının bir sonucu olarak, süreye riayet etmeyen bilirkişinin gerekli ihtarların da yapılması koşuluyla Türk Ceza Kanunu’nun 257. maddesi uyarınca cezalandırılabilmesi ileri sürülmektedir⁴¹⁹.

1.4.4. Bilirkişi Görüşünün Mahkemeye Sunulması

Bilirkişi, varsa kendisine incelenmek üzere verilen şeylerle birlikte bir dizi pusulasına bağlı olarak hazırladığı raporu mahkemeye sunar. Teslim alınan bu rapora teslim alındığı tarih, şerh düşülür. Öte yandan bilirkişi, güvenli elektronik imza ile oluşturulmuş raporunu, UYAP üzerinden de mahkemeye ulaştırabilir⁴²⁰. Buna karşılık, bilirkişinin görüşünün sözlü bir şekilde aktarılmasına karar verilmişse, bilirkişi keşif sırasında veya belirlenen tarihte duruşmaya gelerek görüşlerini mahkemeye sunar. Bu duruşmada bilirkişiye gerek hâkim tarafından gerekse de taraf vekillerince sorular sorulabilir (HMK m. 152). Bilirkişinin ilk beyanları ve sorulan sorulara verdiği cevapları tutanağa geçirilir ve tutanak bilirkişi tarafından

⁴¹⁸ RG. T. 30.05.2019, S. 30789.

⁴¹⁹ Tanrıver, 2016: 98; Toraman, 2017: 523-524.

⁴²⁰ Birden fazla bilirkişi atandığı durumlarda, raporun bütün bilirkişiler tarafından elektronik imza ile imzalanması şarttır. Bkz. Tanrıver, 2016: 96.

imzalanır (HMK m. 279/3)⁴²¹. Bu şekilde hazırlanıp, bilirkişi tarafından da imzalanan tutanağın, bilirkişi raporu niteliğinde olduğu kabul edilmektedir⁴²².

Mahkeme tarafından teslim alınan bilirkişi raporunun birer örneğinin, gerekli inceleme ve değerlendirmelerin yapılabilmesi için mutlaka duruşma gününden önce taraflara tebliğ edilmesi gereklidir (HMK m. 280). Bilirkişi raporunun taraflara tebliğ edilmemesi, bu anlamda tarafların bilirkişi görüşü hakkındaki beyanlarının alınmaması, hukuki dinlenilme hakkına aykırılık teşkil ettiğinden bozma nedeni olarak kabul edilmektedir⁴²³.

Kuru'ya⁴²⁴ göre, raporun mahkemeye teslim edilmesinden sonra bilirkişi, görüşünü değiştirip, raporda belirttiği görüşünden farklı bir görüş belirtebilir. Yazar'a göre bilirkişi, ancak mahkemeden ek bir rapor istenmesi halinde gerekçe göstermek şartıyla eski raporundan dönerek farklı bir görüş açıklayabilir. Yargıtay'a⁴²⁵ göre ise; "bilirkişiler bir beyanda bulunup bunu imza ettikten sonra artık rücu edemezler. Rücudan sonra vaki beyana (ikinci rapora) göre de karar verilemez. Ancak mahkeme bilirkişilerin birinci beyanını da kanaatbahş görmezse yeniden başka bilirkişi marifetiyle keşif yapılabilir". Kanaatimizce, herhangi bir nedenle verdiği görüşün yanlış veya eksik olduğunu anlayan bilirkişinin ilk görüşünden dönüp farklı bir görüş bildirmesi mümkün görülmelidir. Zira bilirkişinin asıl görevi, özel ve teknik konularda bilgi sağlamak suretiyle hâkime karar alma sürecinde yardımcı olmaktır. Böyle bir görevi ifa eden bilirkişinin, hâkimin yanlış veya eksik görüşleri esas alarak karar

⁴²¹ Birden çok bilirkişinin atandığı durumlarda, bilirkişilere konuyu aralarında müzakere etmeleri için duruşma kapatılmadan kısa bir mühlet verilebilir. Daha sonra müzakere sonucunda çıkan oy ve görüş tutanağa geçirilip, bütün bilirkişilere imzalatılır (HMK m. 279/3).

⁴²² Toraman, 2017: 594.

⁴²³ "Davacı, davalı ile imzalanan sözleşme kapsamında ödenmeyen bakiye bedelin iadesi istemiyle eldeki davayı açmıştır. Mahkemece, 20.05.2015 tarihli rapor esas alınarak davanın kabulüne karar verilmiş ise de; adı geçen rapor davalı tarafa tebliğ edilmemiştir. Bilirkişi raporunun davalı tarafa tebliği sağlanarak bu konuda diyecekleri sorulmadan davanın kabulüne karar verilmiş olması suretiyle davalı yanın savunma hakkı kısıtlanmıştır. 6100 Sayılı HMK'nın 280/1 maddesine göre; "Bilirkişi, raporunu, varsa kendisine incelenmek üzere teslim edilen şeylerle birlikte bir dizi pusulasına bağlı olarak mahkemeye verir; verildiği tarih rapora yazılır ve duruşma gününden önce birer örneği taraflara tebliğ edilir". Hal böyle olunca, mahkemece, bilirkişi raporu davalı tarafa tebliğ edilerek, rapora karşı beyanda bulunması halinde, beyan edilen hususlara göre değerlendirme yapılarak sonuca göre karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde karar vermesi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir." Y. 13. HD. 2018/1091 E. 2018/3415 K. 21.03.2018 T. Karar için bkz. www.kazanci.com. Erişim tarihi: 28.02.2019. "Somut olayda, Mahkemece hükme esas alınan bilirkişi ek raporunun taraflara tebliğ edilmeden karar verildiği anlaşılmaktadır. Bilirkişi ek raporunun taraflara tebliği gerekirken tebliğ edilmeden hukuki dinlenilme hakkı kısıtlanarak karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir" Y. 22. HD. 2015/28314 E. 2018/8119 K. 28.03.2018 T. Karar için bkz. www.kazanci.com. Erişim tarihi: 28.02.2019. "6100 Sayılı HMK'nın 280. madde hükmüne göre bilirkişi raporunun taraflara tebliği gereklidir. Bu emredici hüküm karşısında Mahkemece bilirkişi ek raporunun davalı tarafa tebliğ edilmemesi hukuki dinlenilme hakkının ihlali olup isabetsizdir." Y. 9. HD. 2017/5082 E. 2018/5645 K. 19.03.2018 T. Karar için bkz. www.kazanci.com. Erişim tarihi: 28.02.2019.

⁴²⁴ Kuru, 2001: 2743. Aynı yönde; Ulukapı, 2001: 302; Çayan, 2013: 90.

⁴²⁵ Y. 1. HD 21.6.1954 E. 1700 K.5433. Karar için bkz. Ersoy, Rifat, İzahlı-Notlu-İçtihatlı HUMK. Genişletilmiş Yeni Basım, Ankara 1976, s. 608 naklen Umar, 2014: 819. Umar'a göre Yargıtay'ın çözümü gerekçesiz görüş değiştirilmesi hallerinde kuşkusuz doğrudur. Bkz. Umar, 2014: 819.

vermesini izlemesi mümkün değildir⁴²⁶. Ancak böyle bir durumda bilirkişinin ikinci raporunda, ilk görüşünden neden döndüğünü bilimsel veya mantıki olarak gerekçelendirilmesi gereklidir⁴²⁷. Mahkeme, ikinci bilirkişi raporundaki dönme gerekçesini ve yeni açıklamaları (görüşü) tatmin edici bulursa, ikinci bilirkişi görüşüne göre karar verebilmelidir⁴²⁸. Buna karşılık, gerekçe gösterilmeksizin ilk görüşten dönüldüğü hallerde, mahkeme ilk görüşten neden dönüldüğünü bilirkişiye açıklattırmalıdır. Bilirkişi açıklama yapmaz yahut yaptığı açıklama yeteli bulunmazsa ne güvenilirliğini kaybetmiş birinci görüşe (rapora) ne de gerekçesi açıklanamamış ikinci görüşe (rapora) göre karar verilemez. Bu durumda mahkeme yeniden bilirkişi incelemesi yaptırmalıdır.

1.5. Bilirkişi Görüşünün Değerlendirilmesi

1.5.1. Hâkimin Bilirkişi Görüşünü Değerlendirmesi

Hâkim, özel ve teknik bilgi ihtiyacını karşılamak için başvurduğu bilirkişiden aldığı rapor ve görüşleri diğer delillerle birlikte serbestçe değerlendirir (HMK m.282)⁴²⁹. Dolayısıyla, hâkim bilirkişi raporu ile bağlı değildir. Bu çerçevede, mutlaka bilirkişiden aldığı rapora göre karar vermek zorunda değildir. Hatta kanun hükümleriyle bilirkişiye başvurmanın zorunlu tutulduğu hallerde dahi hâkim bilirkişi raporuna göre karar vermek zorunda değildir⁴³⁰. Zira bu durumlarda kanunun asıl amacı, mutlaka başvuru bilirkişiden alınan rapora göre karar verilmesi değil, hâkimin bilirkişiye başvurusıdır. Bir başka ifadeyle, kanunun bilirkişiye başvurmayı zorunlu tuttuğu hallerde, davanın halli için özel ve teknik

⁴²⁶ Umar, 2014: 819.

⁴²⁷ Umar, 2014: 819. Bu noktada, bilirkişinin hangi süreye kadar görüşünden döndüğünü bildirip, yeni görüşünü açıklayabileceği sorusu akla gelebilir. Bu konuda hâkimin esas hakkında kararını açıkladığı diğer bir ifadeyle dosyadan elini çektiği tarih veya bilirkişi raporuna itiraz sürelerinin geçtiği tarih esas alınabilir niteliktedir.

⁴²⁸ Umar, 2014: 819.

⁴²⁹ TBK'nun 55. maddesi uyarınca, destekten yoksun kalma zararları ile bedensel zararların tazmini davalarında (bilirkişi tarafından) hesaplanan tazminat miktarının hakkaniyet düşüncesi ile artırılamayacağı ve azaltılamayacağına ilişkin düzenlemenin, HMK'nın 282. maddesi hükmünün lafzına ve ruhuna aykırı olduğu yönünde bkz. Tanrıver, 2016: 100. Kanaatimizce, ister baskın doktrin görüşü isterse de Yargıtay'ın görüşü esas alınsın, TBK'nun 55. maddesinin, HMK'nın 282. maddesinde düzenlenen hâkimin bilirkişi görüşünü serbestçe değerlendireceği ilkesi ile veya bilirkişi görüşünün takdiri delil olması ile bağlantısı bulunmamaktadır. Zira ilgili madde (TBK m.55), hâkimin bilirkişi görüşüne göre karar vermesini emretmemektedir. Bu çerçevede, baskın görüşün benimsediği gibi hâkim, tazminatın yanlış hesaplandığını düşünüyorsa bilirkişi raporundan edindiği bilgi ile raporda belirtilenden daha fazla veya daha az tazminata hükmedebileceği gibi Yargıtay'ın görüşüne uygun olarak eksik ve yetersiz bilirkişi görüşü ile yetinmeyip, ek veya yeni rapor alma yoluna gidebilir. TBK'nun 55. maddesinin düzenlemesi, hesaplama yöntemine ilişkin olup, burada kısıtlanan husus, sadece hakkaniyet esas alınarak yapılacak artırma ve azaltımlara ilişkindir. Dolayısıyla yanlış veya eksik olduğuna inanılan bilirkişi görüşü ile hâkimi bağlı tutmamaktadır. Bu bağlamda, başkaca yasal düzenlemelere ve ilkelere aykırılığı tartışılabilir olsa da, TBK'nun 55. maddesinin HMK'nın 282. maddesine ve bu madde de düzenlenen bilirkişi görüşünün hâkim tarafından serbestçe değerlendirileceği ilkesine aykırı olmadığı düşüncesindeyiz. Nitekim TBK'nun 55. maddesi gerekçesi de sorumluluk davalarındaki bilirkişi raporlarının delil işlevinin diğer davalardan farklı olmadığını, hâkimin tazminat hesabında esas alınan vakıaları, yöntemleri ve hesap işlemlerini denetleyebileceğini, bu anlamda da tazminat davalarında alınan bilirkişi raporlarının diğer davalarda olduğu gibi hâkimi bağlamayacağını belirtmiştir.

⁴³⁰ Altay, 1957: 735; Aydılek, 1992: 38.

bilgi ihtiyacının bulunduğu, hâkim tarafından değil, kanun tarafından belirlenmektedir. Dolayısıyla, bu tür durumlarda dahi hâkim öncelikle bilirkişi raporunun yeterli olup olmadığını değerlendirmelidir. Bu değerlendirmeyi yaparken de raporda ileri sürülen gerekçeleri, gerekçeler ile varılan sonuç arasındaki mantıki silsileyi, aynı konuda farklı uzmanların aykırı görüşlerinin bulunup bulunmadığını ve varsa tarafların ileri sürdüğü itirazları dikkate almalıdır⁴³¹.

Hâkim yapacağı değerlendirme sonucunda bilirkişi raporunun güvenilir ve eksiksiz olduğuna karar verirse, hükmünü bilirkişinin oy ve görüşüne göre kuracaktır. Bu takdirde, bilirkişi raporunun hangi sebeplerle kabul edildiği, bu anlamda taraf itirazlarına neden itibar edilmediği hükümde gerekçeli olarak açıklanmalıdır⁴³². Buna karşılık, re'sen veya itiraz üzerine yapılacak değerlendirme sonucunda bilirkişi raporu eksik, yetersiz veya çelişkili ise hâkim yeni sorular hazırlayarak bilirkişiden ek rapor alabileceği gibi, tayin edilecek duruşma gününde bilirkişinin sözlü açıklamalarda bulunmasını da isteyebilir. Ayrıca gerçeğin bulunması için gerekliyse, başka bir uzmandan yeni bir bilirkişi raporu da alabilir (HMK m.281/2,3).

Hâkimin yapacağı değerlendirme sonucunda eksik ve yetersiz bulduğu rapordan edindiği bilgi ile bilirkişi raporunun aksine karar verip veremeyeceği ise Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu döneminden beri tartışılan bir husustur. Bu çerçevede, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 286. maddesinde düzenlenen "Ehli-vukufun rey ve mütalaaları hâkimi takyit etmez" ifadesinden ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 282. maddesinde düzenlenen "Hâkim bilirkişinin oy ve görüşünü diğer delillerle birlikte serbestçe değerlendirir" ifadesinden ne anlaşılması gerektiği noktasında Yargıtay ve doktrindeki baskın görüş arasında görüş ayrılığı bulunmaktadır.

Yargıtay'ın bu noktadaki temel görüşü şu şekilde özetlenebilir; Hâkim, bilirkişinin verdiği rapor ile bağlı değildir. Diğer bir ifadeyle, hâkim başvurduğu bilirkişinin raporuna göre hüküm kurmak zorunda değildir. Hâkim, bilirkişi raporunu yetersiz, eksik veya yanlış bulursa, bilirkişiden ek rapor alabileceği gibi başka bir uzmandan da yeni bilirkişi raporu alabilir⁴³³. Buna karşılık, hâkim ek veya yeni bir rapor almadan, bilirkişinin yerine geçerek ilk

⁴³¹ Belgesay, 1949: 515.

⁴³² Belgesay, 1949: 515.

⁴³³ "Mahkemece dava konusu taşınmazın orman sayılan yerlerden olduğu gerekçe gösterilerek hüküm kurulmuştur. Oysa HUMK'un 275. maddesi hükmünce bilgisine başvurulmuş uzman bilirkişi raporunda taşınmazın bir bölümünü orman olmadığını saptadığı olgu ve bulguları açıklamak suretiyle bildirmiştir. Mahkemenin gözlemi uzman bilirkişi düşüncesine aykırı düşmüş ve fakat bu aykırılık giderilmemiştir. Oysa teknik bir bilgiyi gerektiren bir konuda mahkeme bilirkişi raporuna aykırı düşen gözlemine dayanarak hüküm kuramaz. O halde mahkemece taşınmazın gerçekten orman ya da orman toprağı sayılan yerlerden olup olmadığı Orman Kanunu'nun 1. maddesi hükmünce yeniden uzman bilirkişi aracılığı ile inceleme yapılarak saptanmalı ondan sonra toplanan deliller birlikte değerlendirilmeli ve sonuca göre bir karar verilmelidir." Y. 7. HD

aldığı raporun aksine karar veremez⁴³⁴. Zira hâkim kendisinde bulunmayan özel ve teknik bilgi için bilirkişiye başvurmuştur⁴³⁵. Bu bağlamda, kendisinde bulunmayan bilgiyle, bilirkişi raporunu tam olarak değerlendiremez⁴³⁶. Bu noktada hâkimin yapacağı iş, ek veya yeni rapor alma yoluna gitmektir⁴³⁷. Alınan yeni rapor da eksik, yanlış veya önceki raporla çelişkili olursa, hâkim üçüncü, dördüncü hatta beşinci rapor alma yoluna gitmelidir⁴³⁸. Bu durum, hâkim raporlardan kesin bir kanaat edininceye kadar veya raporlar arasındaki çelişki giderilinceye kadar devam etmelidir⁴³⁹.

12.3.1985-4688/2851 Bkz. TÜRMOB, 2000: 190. "... Aynı Kanun'un 282. (1086 Sayılı HUMK'nın 286.) maddesinde belirtilen bilirkişinin oy ve görüşünün hakimi bağlamayacağı ve hakim bilirkişi raporunu serbestçe takdir edeceği hükmü, HMK'nın 281. (HUMK'nın 283.) madde hükmü uyarınca bilirkişi raporunu yeter derecede kanaat verici bulmazsa bilirkişiden ek rapor ya da sözlü açıklama alabileceği veya yeni bir bilirkişi incelemesi yaptırabileceği şeklinde anlaşılmalıdır..." Y. 23. HD. 2012/5861 E. 2013/753 K. 12.02.2013 T. Karar için bkz. Gençcan, 2013: 999.

⁴³⁴ "Bilirkişinin oy ve düşüncesi hakimi bağlamaz kuralı, hakim kendisini bilirkişi yerine koyarak karar vermesine olanak (imkan) vermek anlamına gelmez." Y. 2. HD. 30.5.1989-4901/5270 Bkz. TÜRMOB, 2000: 186.

⁴³⁵ "hakimin bilirkişi raporunu serbestçe takdir edeceği hükmü, HMK'nın 281. (H.U.M.K.nın 283) madde hükmü uyarınca bilirkişi raporunu yeter derecede kanaat verici bulmazsa bilirkişiden ek rapor ya da sözlü açıklama alabileceği veya yeni bir bilirkişi incelemesi yaptırabileceği şeklinde anlaşılmalıdır. Yoksa, hâkimin bir kez bilirkişi incelemesine karar verildikten sonra bundan dönerek uyuşmazlığın çözümünün hâkimlik mesleğinin gerektirdiği hukuki ve mesleki bilgiyle çözümlenebileceği kabul edilemez Kaldı ki, somut uyuşmazlık çözümünde bilirkişinin rey ve mütalaasına başvurulmasını zorunlu kılar niteliktedir." Y. 23. HD. 2013/3608 E. 2013/5586 K. 20.09.2013 T. Karar için bkz. www.kazanci.com. Erişim tarihi: 01.03.2019.

⁴³⁶ "Yapılan keşifte, bilirkişiler taşınmazın kıymetlerinde eksilme olmadan bölünmelerinin kabil olduğunu bildirdikleri halde Mahkemece bölünmenin mümkün olamayacağı kabul olunmuştur. Her ne kadar usulün 286. Maddesine göre, Hakim bilirkişinin beyanı ile bağlı değil ise de, bu maddenin sevk amacı, Hakim bilirkişi yerine geçip karar vermesini sağlamak olmayıp, yeniden bilirkişi incelemesi yapmasını mümkün kılmaktadır. Bu itibarla Mahkemenin yeniden bilirkişi incelemesi yaptırması gerekirken kendiliğinden temlike konu taşınmazların taksiminin mümkün olmadığı yolunda bir sonuca varması usul ve kanuna aykırıdır." Y. 2. HD. 25.12.1970-6070/7022 Karar için bkz. Kaçak 2006: 172. "Her ne kadar usulün 286. Maddesi gereğince bilirkişi raporu hakim bilirkişiye bağlamaz ise de olayda olduğu gibi bilirkişi raporlarının yetersiz görülmesi halinde bu raporların telifi için değil ve fakat özel bilgiyi gerektirir bir husus söz konusu olduğu cihette mahkemece yeni bir bilirkişi incelemesi yaptırılarak varılacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken..." Y. HGK. 12.04.1974-4-261/392 Karar için bkz. Kaçak 2006: 169. "HMUK'un 286. Maddesi uyarınca bilirkişinin oy ve görüşü hâkimi bağlamazsa da bu tür hallerde hâkimin bilirkişi yerine geçerek olayı çözmesi usule uygun düşmez. Bilirkişi raporu yeterli değilse yeniden bilirkişi incelemesi yaptırılmalı veya bilirkişiden açıklık olmayan konularda ek veya tamamlayıcı görüş alınarak uyuşmazlık çözümlenmelidir. Somut olayda bilirkişi kurulu erteleme talebinde bulunan anonim şirketin sunduğu projenin mali durumunun ıslahını sağlayacak nitelikte olduğunu belirtmiştir. Mahkemece mali durumun iyileştirmesi konusunda yeni bir bilirkişi incelemesi yaptırılmadan veya bilirkişi kurulundan ek ve tamamlayıcı rapor alınmadan proje ve raporun ciddi ve inandırıcı olmadığı gerekçesiyle borçlu anonim şirketin iflasına karar verilmesinde isabet görülmemiştir. Y. 19. HD. 10.03.2005-2004/13373-2005/2443 Karar için bkz. Kaçak 2006: 168-169.

⁴³⁷ "...hâkimin bilirkişi raporuyla bağlı olmadığı belirtilmiş ise de, bu hâkimin raporu serbestçe takdir edebileceği anlamındadır. Aksine, özel ve teknik bilgiyi gerekli kılan bir hususta bilirkişi incelemesi yaptırılması cihetine gidildikten sonra, hâkimin raporun aksine karar vermesi mümkün değildir. Bu itibarla, mahkemece aralarında sigorta konusunda uzman meslekten bir bilirkişiyle elektrik mühendisinin yer aldığı bir bilirkişi kurulundan yeni bir rapor alınıp neticesine göre karar vermek gerekirken..." Y. 11. HD. 2010/14772 E. 2012/5178 K. 02.04.2012 T. Karar için bkz. www.kazanci.com. Erişim tarihi: 01.03.2019.

⁴³⁸ "Mahkemece alınan ve birbirlerine aykırı olan rapordaki ayrılıkların giderilmesi amacıyla yeniden oluşturulacak uzman bilirkişi kurulundan üçüncü kez oluşturulacak uzman bilirkişi kurulundan rapor alınarak önceki raporlarla karşılaştırıldıktan sonra ortaya çıkacak sonuç çerçevesinde bir karar verilmesi gerekmektedir." Y. 11. HD. 23.10.1988-9182/7852. Bkz. TÜRMOB, 2000: 186.

⁴³⁹ Deliduman, 2007: 307.

Aynı şekilde Yargıtay’a göre heyet halinde görevlendirmelerde, hâkim azınlıkta olan bilirkişilerin görüşünü esas alarak karar veremez. Hâkim, baskın görüşe göre karar vermeli yahut yeni bir bilirkişi raporu almalıdır⁴⁴⁰.

Buna karşılık Türk doktrinde, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun 286. maddesi ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 282. maddesi farklı şekilde anlaşılmıştır. Bu görüşe göre, Yargıtay’ın benimsediği şekilde bilirkişi raporunun aksine karar verilememesi, mahkemeyi bilirkişi raporu ile hüküm arasında bir aracı haline getirir ve hâkimin yetkileri önemli ölçüde kısıtlanmış olur⁴⁴¹. Bu durum ise yargı bağımsızlığı ve hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmaz⁴⁴². Öte yandan, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 281. (HUMK m. 283 ve 284.) maddesine göre, hâkim eksikliklerin, belirsizliklerin ve yanlışlıkların giderilmesi için her halükârda ek veya yeni bilirkişi raporu alabilir. Bu sebeple, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 282. maddesi (HUMK m. 286), ek veya yeni rapor alınmasından öte alınan bilirkişi raporu ile bağlı kalınmaksızın onun aksine karar alabilme yetkisini verir. Bu kapsamda hâkim, bilirkişi raporundan edindiği teknik ve özel bilgiyle veyahut bilirkişiyi dinleyerek veya yeni sorular sorarak, rapordaki eksikliği, yanlışlığı görebiliyorsa, tekrar bilirkişi raporu almadan, bilirkişi raporunun aksine karar alabilir⁴⁴³. Yine bu görüşün uzantısı olarak, birden çok bilirkişi atanıp da oybirliğinin sağlanamadığı hallerde, hâkim baskın görüş ile azınlıktaki görüşü karşılaştırarak yeterli bilgi edinebilir ve takdir ederse azınlık görüşünü benimseyebilir⁴⁴⁴. Bu anlayışa göre; hâkimin bilirkişi görüşünün aksine karar verebilmesi, hâkimin bilirkişinin yerine geçmesine de neden olmaz. Zira hâkimin bilirkişi görüşünün aksine karar verebilmesi, ancak kararını iyi bir şekilde gerekçelendirebilmesi halinde mümkündür⁴⁴⁵.

Doktrinde azınlıkta kalan diğer bir görüşe göre ise “bilirkişi raporunun hâkimi bağlamayacağı kuralı”, Yargıtay’ın benimsediği düşünce esas alınarak değerlendirilmelidir. Hâkim, bilirkişiye başvurmakla ilgili konuda kendisinin bilgisiz olduğunu kabul etmekte ve bu konuda gerekli uzmanlığa sahip kişiden yardım istemektedir. Böyle bir durumda hâkim, bilirkişiden aldığı raporun eksik veya çelişkili olduğunu belirledikten sonra bilgisiz olduğunu kabul ettiği bir konuda, rapordan edindiği bilgiyle raporun aksine karar vermesi

⁴⁴⁰ Y. 2. HD 658/1082, 19.02.1971 T. naklen Kuru, 2001: 2775 vd.

⁴⁴¹ Arslan vd., 2016: 453-454; Görgün, 2014: 374; Kuru, 2015: 319; Ulukapı, 2001: 314; Tanrıver, 2009: 590.

⁴⁴² Arslan vd., 2016: 453; Kuru, 2015: 319; Tanrıver, 2009: 580; Akil, 2011b: 705.

⁴⁴³ Kuru, 2001: 2780; Ulukapı, 2001: 313; Yılmaz, 2000: 14; Törüner, 2000: 163; Arslan, 2000: 206; Tuğsavul, 1952: 792; Görgün, 2014: 374; Arslan vd., 2016: 453; Tanrıver, 2009: 590; Çayan, 2013: 123; Akil, 2011b: 704-705; Pekcanitez vd., 2020: 420. İsviçre usul hukukunun da bu yönde olduğu için bkz. Alangoya, 1991: 42. Fransız hukukunda da gerekçeli olmak şartıyla mahkemenin bilirkişi görüşünün aksine karar verebileceği yönünde bkz. Öztekin, 1991: 54.

⁴⁴⁴ Kuru, 2001: 2780; Ulukapı, 2001: 313; Arslan, 2000: 206; Akil, 2011b: 707-708.

⁴⁴⁵ Tanrıver, 2016: 103.

düşünülemez⁴⁴⁶. Bu nedenle hâkim genel bilgisiyle ve mantık kurallarıyla yapacağı değerlendirme sonucunda, bilirkişi raporunda eksiklik, çelişki veya yetersizlik bulursa, ek rapor veya başka bilirkişilerden yeni bir rapor alma yoluna gitmelidir⁴⁴⁷. Bu anlamda, doktrindeki baskın görüşün ileri sürdüğü “hâkimin bilirkişi raporu ile hüküm arasında aracı hale geleceği” iddiası da geçersiz kalmaktadır⁴⁴⁸.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 282. maddesinin gerekçesi incelendiğinde, kanun koyucunun iradesinin doktrindeki baskın görüşü yansıttığı söylenebilir. Ancak hemen belirtmek gerekir ki, bilirkişi raporunun hâkim tarafından serbestçe değerlendirileceği ve hâkimi bağlamayacağı ilkesi baskın doktrin görüşüne ve 282. maddenin gerekçesine uygun olarak anlaşılrsa dahi hâkime verilen bu takdir yetkisinin keyfi kararlara neden olmaması gerekir. Bu sebeple, bu düşüncedeki Yazarlara göre, hâkim bilirkişi raporuyla veya soracağı ek sorularla, başlangıçta kendisinde bulunmayan bilgi ve tecrübeyi edinmesi sonucu, bilirkişi raporuna uygun olmayan bir karar verebilecek olsa da bu kararını iyi bir şekilde gerekçelendirmeli, bilirkişi raporunun hangi kısmına hangi sebeplerle katılmadığını açıklamalıdır⁴⁴⁹. Zira bu durum, tarafların kararı benimsemeleri ve yargı denetimi açısından büyük önem arz eder⁴⁵⁰. Buna karşılık, hâkim raporla tam bir bilgi edinmemesine rağmen edindiği sınırlı bilgi ile bilirkişi raporunun hatalı, eksik veya çelişkili olduğu kanaatine ulaşırsa, yeniden bilirkişi raporu almalı, edindiği eksik veya yetersiz bilgiye dayanarak karar vermemelidir⁴⁵¹.

Kanaatimizce, ilke olarak “bilirkişi raporunun hâkimi bağlamayacağı kuralının” Yargıtay’ın benimsediği görüş çerçevesinde anlaşılması daha uygundur. Hâkim bir konuyu bilmediğini belirterek, bu konuda gerekli bilgi ve tecrübeye sahip bilirkişileri ilgili hususu incelemek için görevlendirmektedir. Hâkim, bilirkişi raporundaki gerekçeleri, gerekçelerle sonuç arasındaki sebep sonuç ilişkisini, bilirkişinin inceleme metotlarını değerlendirerek bilirkişi raporunda varılan sonucun eksik veya yetersiz olduğuna karar verebilir⁴⁵². Ancak bu

⁴⁴⁶ Mavioğlu, 1970: 384; Önen, 1979: 229; Tanverdi, 1991: 121 vd.; Umar, 2014: 799, 824. Üstündağ’a göre bilirkişi raporlarının hâkimi bağlamayacağı kuralı karşısında, hâkimin bilirkişi raporunu serbestçe takdir ederek, ondan ayrılmak suretiyle de karar vermesi mümkün olsa da bu düşünce (görüş) modern usul hukukunun gereklerine artık uygun düşmemektedir. Yazar’a göre “.. bugün, hele ülkemizde sahip olmadığı bir özel bilgi için üçüncü kişilere başvuran hakimın elde ettiği bilgileri nasıl takdir edebileceği sorulması gerekli ve cevaplandırması çok güç bir sorundur. Bu nedenle uygulamadaki gerçekler karşısında, bilirkişilik müessesesi bu gerçeklere uygun düşecek yeni bir düzenlemeye ihtiyaç göstermektedir.” Bkz. Üstündağ, 2000: 752-756.

⁴⁴⁷ Umar, 2014: 824; Önen, 1979: 230; Aktuğlu, 1975: 15; Aşçıoğlu, 1991: 78; Tutumlu, 2012: 200-201.

⁴⁴⁸ Mavioğlu, 1970: 384-385.

⁴⁴⁹ Yılmaz, 2000: 14; Kuru, 2001: 2788; Tanrıver, 2009: 590; Deliduman, 2007: 312; Ulukapı, 2001: 314; Arslan vd., 2016: 453; Akil, 2011b: 706; Pekcanitez vd., 2020: 420.

⁴⁵⁰ Yılmaz, 2000: 14.

⁴⁵¹ Kuru, 2001: 2788; Deliduman, 2007: 307.

⁴⁵² Esasen çoğu zaman bu değerlendirme dahi gerek hâkimdeki bilgi eksikliğinin sonucu olarak gerekse de iş yükü ve benzeri nedenlerle tam ve sağlıklı şekilde gerçekleştirilememektedir.

durum, kendisinin eksik veya yetersiz olarak kabul ettiği rapordan edindiği bilgiyle karar verebilmesini gerektirmez. Zira çoğu zaman hâkim tarafından eksik veya yetersiz olarak kabul edilen rapordan edinilen bilgiler de eksik, yanlış veya yetersiz olabilir. Bu çerçevede, hâkimin bir bilirkişiden almış olduğu rapordaki hangi bilginin doğru, hangi bilginin yanlış olduğunu tam ve sağlıklı olarak değerlendirmesi ve bunu gerekçelendirebilmesi oldukça zor hatta çoğu zaman imkânsızdır. Öte yandan, bir şekilde bu değerlendirme yapılabilse ve iyi bir şekilde gerekçelendirilse dahi verilecek karara taraflarca tam olarak güven duyulması da mümkün değildir.

Bunun yanında, DNA testi, bir yapının depreme dayanıklı olup olmadığının belirlenmesi ve akıl hastalığının tespiti gibi özellikle bilimsel araştırma, inceleme veya test sonucu oluşturulan raporlardan edinilecek bilgilerle de raporun aksine karar vermek işin doğası gereği mümkün değildir⁴⁵³. Hâkim, ancak bunların gerekli ortam oluşturulmadan veya uyulması gereken prosedürlere uyulmadan yapıldığını belirterek raporun şüpheli veya çelişkili olduğunu değerlendirebilecek⁴⁵⁴, bu sebeple de ancak yeni veya ek rapor alma yoluna gidebilecektir. Aynı şekilde bilirkişiye başvurmanın kanunen zorunlu tutulduğu hallerde de hâkim, eksik, yetersiz veya yanlış bulduğu karardan edindiği bilgiyle, bu raporun aksine karar veremez. Böyle bir durumda ancak ek veya yeni rapor alma yoluna gidilebilir⁴⁵⁵. Örneğin, hâkim, akıl hastalığı nedeniyle açılan bir boşanma davasında, davalının hasta olmadığını kabul eden bilirkişi raporunun aksine davalının verdiği reaksiyonları inceleyerek onun hasta olduğuna karar veremez.

1.5.2. Tarafların Bilirkişi Görüşünü Değerlendirmesi ve İtiraz

Taraflar, bilirkişi raporunun tebliğinden sonra gerek bizzat sahip oldukları bilgi ve tecrübeyle gerekse de başvuracakları başka bir uzman vasıtasıyla bilirkişinin oy ve görüşünü değerlendirebilir. Bu değerlendirme sonucunda iki ihtimal ortaya çıkabilir. İlk ihtimalde taraflar, bilirkişi tarafından açıklanan görüşü yeterli ve aydınlatıcı bulup raporu kabul edebilir. İkinci ihtimalde ise taraflar, raporda yanlış, eksik veya belirsiz hususların bulunduğunu tespit edebilir. Bu durumda, tarafların nasıl hareket etmesi gerektiği, “Bilirkişi raporuna itiraz” başlığını taşıyan Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 281. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre “Taraflar, bilirkişi raporunun, kendilerine tebliğ edildiği tarihten itibaren iki hafta içinde, raporda eksik gördükleri hususların, bilirkişiye tamamlattırılmasını; belirsizlik gösteren hususlar hakkında ise bilirkişinin açıklama yapmasının sağlanmasını veya yeni

⁴⁵³ Erten vd. 1996: 585-586; Dülger, 2007: 664. Bu noktadaki Alman hukukundaki tartışmalar için bkz. Üstündağ ve Tanverdi 1991: 12-13.

⁴⁵⁴ Erten vd. 1996: 585-586.

⁴⁵⁵ Tuğsavul, 1952: 791.

bilirkişi atanmasını mahkemeden talep edebilirler. Bilirkişi raporuna karşı talebin bu süre içinde hazırlanmasının çok zor veya imkânsız olması ya da özel yahut teknik bir çalışmayı gerektirmesi halinde yine bu süre içinde mahkemeye başvuran tarafa, sürenin bitiminden itibaren işlemeye başlamak, bir defaya mahsus olmak ve iki haftayı geçmemek üzere ek süre verilebilir.”

Tarafların yukarıda belirtilen şekilde yapacakları itirazların açık ve net olması gereklidir. Bilirkişi raporunun hangi bölümüne hangi nedenle itiraz edildiği, gerekçeli şekilde açıklanmalıdır. Buna uygun olmayan, gerekçesiz ve genel nitelikteki itirazlar, mahkeme tarafından reddedilmelidir⁴⁵⁶. Aksi halde, yani genel ve gerekçesiz itirazlara dayanılarak ek veya yeni bilirkişi raporu alınması, yargılamanın uzamasına ve masrafların artmasına neden olacaktır.

Yürürlükten kaldırılan Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu zamanında, bilirkişi raporuna itiraz kavramının kapsamı tartışmalıydı. Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 281. maddesinin karşılığı olan Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun 283. maddesi, taraflara, noksan veya müphem gördükleri hususlar hakkında izah alınmasına yönelik talep için bir haftalık süre öngörmekteydi⁴⁵⁷. Bu sebeple, itiraz (bilirkişi raporunun tamamen reddedilmesi ve yeni bilirkişi atanıp, rapor alınması talebi) ile eksik veya belirsiz konuların açıklattırılması talebinin birbirlerinden farklı hususlar olduğunu, süreye bağlı olanın ise eksik veya belirsiz konuların tamamlanması talebi olduğu, buna karşılık bilirkişi raporuna itirazın her zaman yapılabileceğini savunan görüşler bulunmaktaydı⁴⁵⁸. Ancak, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun yürürlüğe girmesi ile bu tartışmalar sona ermiştir. Çünkü Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 281. maddesi, bilirkişi raporuna itiraz kavramının kapsamını belirlemiş, bu

⁴⁵⁶ Tanverdi, 1991: 180-181; Çayan, 2013: 94; Tutumlu, 2012: 247; Görgün vd., 2019: 592. “Bilirkişi raporuna itirazın açık olması ve itiraz beyanında itiraz sebeplerinin gösterilmesi gerekir. Aksi halde taraf bilirkişi raporuna itiraz etmemiş sayılır. Dava konusu taşınmazın değerinin 120.780 lira olduğuna dair 2.5.1977 günlü bilirkişi raporuna davalı taraf ‘takdir mahkemeye aittir’ diyerek karşı koymamış, davacı vekilinin tespit edilen bedelin düşük olması bakımından vaki itirazı üzerine mahkemece yeniden bilirkişi incelemesine başvurulmuş ve sonuçta taşınmazın dava tarihindeki değerinin 96.494.07 lira olduğunu belirleyen 20.12.1984 tarihli bilirkişi kurulu raporu hükmü esas alınmıştır. Davalı taraf 2.5.1977 tarihli ilk rapora itiraz etmediğine göre, buradaki belirlenen tutara rızasının olduğunun kabulü gerekir...” Y. 4. HD 19.12.1958-3301/8241. Karar için bkz. Tutumlu, 2012: 247 dpn. 282.

⁴⁵⁷ HUMK m. 283: “Hâkim raporda noksan ve müphem gördüğü cihetleri itmam ve izah için ehli-vukufa yeni sualler tertip edebilir. İki taraf dahi noksan ve müphem cihetler hakkında ehli-vukuftan izahat alınmasını raporun kendilerine tebliği tarihinden bir hafta zarfında hâkimden tahriren talep edebilirler.”

⁴⁵⁸ Ulukapı, 2001: 306. “Usulün 283/1 maddesinde tarafların itiraz ve hakları, bilirkişi raporunun bildirilmesinden itibaren (tebliğinden) başlayan bir haftalık süreyle sınırlandırılmışsa da bu tarafların raporda noksan ve belirsiz (müphem) gördükleri yönler hakkında bilirkişilerden açıklama istemeleriyle ilgilidir. Tarafların hüküm verilinceye kadar rapora itiraz hakkını kullanabilirler”. HGK 26.2.1986, 1984/5-794-1986/164. “Tarafların herhangi bir süreye bağlı olmaksızın bilirkişi raporuna karşı itiraz hakları vardır. Hakim; gerçeğin ortaya çıkması için, bilirkişi görüşü ile bağlı olmayıp yeniden inceleme yaptırmak yetkisine sahiptir”. 15. HD. 21.12.1989, 1806/5336. Kararlar için bkz. Köroğlu, 2001: 210.

çerçevede gerek eksik ve belirsiz konuların açıklanması gerekse de yeni bilirkişi raporu alınması talebi, itiraz kavramı kapsamında değerlendirilmiştir⁴⁵⁹.

Buna karşılık bilirkişi raporuna itiraz ve itiraz süresine ilişkin bütün tartışmaların Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile sona ermediği aşîkârdır. Bunlardan en önemlisi, bilirkişi raporuna itiraz süresinin niteliği ve bu süreye uyulmaması halinde meydana gelecek sonuçlara ilişkindir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 281. maddesi uyarınca taraflar, bilirkişi raporunun tebliğinden itibaren iki hafta içinde rapora itiraz edebilirler⁴⁶⁰. Madde gerekçesine göre, bu süre Kanun tarafından düzenlenmesi sebebiyle kesindir. Kesin süre içinde yapılması gereken işlemi, süresinde yapmayan tarafın, o işlemi yapma hakkı ortadan kalkar. Dolayısıyla, süresi içinde bilirkişi raporuna itiraz etmeyen tarafın, rapora itiraz etme hakkı sona erer⁴⁶¹. Bu açıdan bilirkişi raporu, itiraz etmeyen taraf bakımından kesinleşir⁴⁶². Buna karşılık, aynı

⁴⁵⁹ Toraman, 2017: 613 vd. *Umar*’a göre HMK’nın 281. maddesinin “Bilirkişi raporuna itiraz” olan başlığı yanıltıcıdır. Zira madde hem gerçek manada itirazı (yeni bilirkişi atanmasını) hem de eksikliklerin ve belirsizliklerin giderilmesi için ek rapor istenmesi talebini düzenlemektedir. Bkz. Umar, 2014: 820. Kanaatimizce, madde başlığı farklı bir nedenden dolayı yanıltıcıdır. Madde başlığına bakıldığında, eksik, yetersiz veya müphem raporlar söz konusu olduğu takdirde, ancak tarafların talepleriyle (itirazlarıyla) ek veya yeni bir rapor alınabileceği anlaşılmaktadır. Buna karşılık, maddenin ikinci ve üçüncü fıkrası ile maddenin gerekçeleri incelendiğinde, mahkemenin herhangi bir itiraz olmasa dahi kendiliğinden ek rapor alabileceği veya yeni bir bilirkişi incelemesine karar verebileceği görülmektedir. Bir başka ifadeyle, mahkemenin bu tür kararlar vermesi için “itiraza” ihtiyacı yoktur.

⁴⁶⁰ “Taraflar, bilirkişi raporunun, kendilerine tebliği tarihinden itibaren iki hafta içinde, raporda eksik gördükleri hususların, bilirkişiye tamamlattırılmasını; belirsizlik gösteren hususlar hakkında ise bilirkişinin açıklama yapmasının sağlanmasını veya yeni bilirkişi atanmasını mahkemeden talep edebilirler. Bu madde emredici nitelikte olup İlk derece Mahkemesince hükme esas alınan bilirkişi raporunun davalı tarafa tebliğ edilmesine rağmen raporda eksik gördükleri hususları açıklaması için tanınması gereken iki hafta süre tanınmayarak davalının hukuki dinlenme hakkının kısıtlanması hatalıdır.” Y. 9. HD. 2016/4359 E. 2016/11235 K. 05.05.2016 T. Karar için bkz. www.kazanci.com. Erişim tarihi: 28.02.2019. “Mazeretli olduğu kabul edildikten sonra, duruşma günü kendisine bildirilmeyen tarafın yokluğunda karar verilemeyeceği gibi, bilirkişi raporu kendisine 16.10.2014 tarihinde tebliğ edilen davalı vekilinin bilirkişi raporuna karşı iki haftalık beyanda bulunma süresi dolmadan da karar verilmesi mümkün değildir. O halde mahkemece davacılar vekilinin mazereti kabul edildiğine göre, davalı vekilinin bilirkişi raporuna karşı iki haftalık beyanda bulunma süresi dolmadan mazeretin kabul edildiği duruşmada yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırıdır. Açıklanan nedenlerle Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının kanun yararına bozma talebinin kabulü gerekmektedir.” Y. 13. HD. 2015/20865 E. 2015/22004 K. 25.06.2015 T. Karar için bkz. www.kazanci.com. Erişim tarihi: 28.02.2019. Aynı yönde; Y. 9. HD. 2015/33971 E. 2016/17873 K. 13.10.2016 T; Y. 17. HD. 2015/18690 E. 2016/4303 K. 04.04.2016 T. Kararlar için bkz. www.kazanci.com. Erişim tarihi: 28.02.2019.

⁴⁶¹ HMK m. 281 gerekçesi; Kuru, 2001: 2751-2752; Tanrıver, 2017: 119; Toraman, 2017: 614.

⁴⁶² HMK m. 281 gerekçesi; Kuru, 2001: 2751-2752; Görgün, 2014: 373; Tanrıver, 2017: 119. *Umar*’a göre ise; “Yargılama usulü hukukunun bir temel ilkesine göre, yargıcın dava boyunca re’sen başvurabileceği bir tutumun izlenmesini yahut re’sen alabileceği bir kararın alınmasını, dava tarafları, daha önce o konuya hiç değinmemiş de olsalar, davanın herhangi bir aşamasıyla bağlı olmaksızın, her zaman talep edebilirler. Gerçekten, zaten onların talebi hiç olmasa dahi yargıç o tutumu izleyebilecek, o kararı alabilecektir. Kaldı ki maddemizde (HMK m.281) f.II ve III, yargıcın yetkilerine işaret ederken, onların kullanılması bakımından yargıcı herhangi bir süreyle bağlamamıştır. Bunun şimdiki sorumuz bakımından sonucu da şudur ki yargıç bilirkişi raporunun taraflara tebliğinden aylar sonra ve taraflar hiçbir “itiraz” öne sürmeseler bile atanmış bilirkişiden, raporundaki belirsizlik veya eksiklikleri giderecek yeni bir rapor vermesini ara kararı ile isteyebilir; keza, onun raporunda yanlışlıklara düşmüş olabileceği izlenimine kapılmışsa ikinci bir bilirkişi görevlendirip ondan rapor isteyebilir. Böyle olunca, bunu yapması için taraflarca talep öne sürülmesi yetkisinin süre kaçırıldı diye olmadığını kabul etmenin anlamı ve imkânı bulunmaz.” Bkz. Umar, 2014: 820-821. Bu sebeple, Yazar’a göre, ilgili maddede belirtilen iki haftalık süre bekletici süre (bekleme süresi) olarak nitelendirilmelidir. Hâkim, tarafların bilirkişi raporuna karşı itirazlarının olup olmadığını görmek için bu sürenin geçmesini beklemeli, bu süre geçmeden bilirkişi raporunu esas alarak karar verememelidir. Bkz. Umar, 2014: 821.

madde ve gerekçesine göre hâkim açısından böyle bir sınırlama yoktur. Hâkim, süreyle bağlı olmaksızın yargılama bitinceye kadar her zaman ek bilirkişi raporu isteyebileceği gibi, yeni bir bilirkişi raporu alınmasına da karar verebilir (HMK m.281/2). Bu sebeple; bilirkişi raporuna itiraz süresini geçiren tarafın dahi bilirkişi raporuna itiraz adı altında olmasa da, sunacağı çeşitli dilekçe ve belgelerle, hâkimi bilirkişi raporunun eksik, belirsiz veya yanlış olduğuna ikna edip, ek veya yeni bilirkişi raporu alınmasını sağlayabileceği⁴⁶³, ancak normal (süresinde) itirazdan farklı olarak, bu durumda mahkemenin tarafların iddialarını dikkate almadan kesinleşmiş bilirkişi raporuna göre hüküm verebileceği ve bu durumun bozma nedeni teşkil etmeyeceği belirtilmektedir⁴⁶⁴. Buna karşılık, tarafların süresi içinde itiraz etmiş olmaları halinde ise kural olarak mahkemenin ek rapor alması (tamamlayıcı ve açıklayıcı) zorunludur⁴⁶⁵. Ancak, istisnai olarak mahkeme raporun açık ve yeterli olduğuna, yapılan itirazın daha önce incelenmiş veya dosyadaki bilgilerle karşılanmasının mümkün olduğuna kanaat getirirse, ek veya yeni rapor almaksızın yapılan itirazları kendisi de inceleyebilir⁴⁶⁶.

Doktrindeki bazı Yazarlara ve Yargıtay kararlarına göre, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 281. maddesinde taraflar bakımından öngörülen iki haftalık sürenin kesin olmasının birtakım sonuçları bulunmaktadır. Bu sonuçların başında ise usuli müktesep hak gelmektedir. Bu düşünceye göre, taraflardan sadece birisinin bilirkişi raporuna itiraz ettiği hallerde, bilirkişi raporuna itiraz eden lehine usuli müktesep hak doğmaktadır⁴⁶⁷. Bu bağlamda, re'sen veya tarafın itirazı üzerine tekrar bilirkişi incelemesi yaptırılır veya ek rapor alınır da, alınan yeni veya ek rapor birinci rapora itiraz edenin daha aleyhine olursa; ilk rapor, itiraz etmeyen taraf aleyhine kesinleştiğinden ve itiraz eden lehine usuli müktesep hak doğduğundan dolayı, mahkemenin ilk bilirkişi raporuna göre (ilk rapordan daha aleyhe

⁴⁶³ Kuru, 2001: 2752, Arslan vd., 2016: 452.

⁴⁶⁴ Kuru, 2001: 2752, Arslan vd., 2016: 452.

⁴⁶⁵ Kuru, 2001: 2752-2753, 2760.

⁴⁶⁶ Kuru, 2001: 2762-2763.

⁴⁶⁷ Kuru, 2001: 2752; Yılmaz, 2012: 1236; Çayan, 2013: 98; Tutumlu, 2012: 248. "Dava, davalı şirkete Makine Kırılması Poliçesi ile sigortalı sucuk, salam klips makinesinin teminat döneminde hasarlanması nedeniyle meydana gelen zararın tazmini istemine ilişkindir. Mahkemece sigortalı makinedeki hasar durumunun belirlenmesi amacıyla alınan 05.06.2003 tarihli bilirkişi raporunda, sigortalı makinede ortaya çıkan zarar toplamı 9.390 TL'si olarak hesaplanmış olup, davacı taraf yapılan duruşmalarda rapora bir diyeceği olmadığını, delillerin toplanmış olması nedeniyle karar verilmesini istemiştir. Davalı tarafın bu rapora itiraz etmesi nedeniyle mahkemece alınan 02.23.2003 tarihli bilirkişi raporunda ise hasar bedeli 10.340 TL olarak belirlenmiş olup, mahkemece bu rapordaki miktar üzerinden hüküm kurulmuştur. Davalının itirazı üzerine alınmasına karar verilen ikinci bilirkişi raporundaki hasar bedeli ilk raporda belirlenenden fazla bulunmasına ve ilk rapora karşı davacı tarafın itiraz etmemiş olmasına göre, davacı tarafın ilk bilirkişi raporundaki miktarla bağlı olduğunun kabulü ile bu rapordaki miktarın hüküm altına alınması gerekirken, davalının itirazı üzerine alınan rapordaki yüksek miktara karar verilmek suretiyle davalı aleyhine sonuç yaratılması doğru görülmediğinden, kararın bu nedenle davalı yararına bozulması gerekmiştir." 11. HD 17.2.2005, 4627/1348. Karar için bkz. Yılmaz, 2012: 1235-1236.

olmayacak şekilde) karar vermesi gerekir⁴⁶⁸. Buna karşılık, bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre ise taraflar için öngörülen iki haftalık sürenin kesin olduğu ve itiraz etmeyen tarafın itiraz hakkını kaybettiği kabul edilse dahi, bu durum usuli müktesep hak kavramının oluşmasına neden olmaz. Zira bilirkişi raporu bir taraf lehine usuli müktesep hak teşkil ettiği takdirde, hâkimin takdir yetkisi ortadan kalkmakta, hâkim ilk bilirkişi raporuyla bağlı hale gelmektedir. Hâkimi, daha doğru olduğuna inandığı bir rapora göre karar vermekten alıkoymak ise mümkün görülmemelidir⁴⁶⁹. Nitekim bilirkişi raporunun usuli müktesep hak oluşturacağının kabulü, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 282. maddesinde belirtilen “hâkimin bilirkişi raporunu serbestçe değerlendireceğine” dair temel ilkeyle bağdaşmamaktadır⁴⁷⁰.

Bunun yanında, *Kuru*’ya⁴⁷¹ göre, süresi içinde rapora itiraz etmeyen taraf, kanun yoluna başvurulurken bilirkişi raporuna itiraz edemez. Yazar, kanun yolu aşamasında rapora itiraz edememe yaptırımının, iki haftalık süre içinde rapora itiraz edilmemesi halinde mi yoksa ilk derece mahkemesinde karar verilinceye kadar hiç itiraz ileri sürülmemesi halinde mi uygulanacağını net olarak ifade etmemektedir. Ancak örnek kabilinden verilen Yargıtay kararlarına göre, bu yaptırımın iki haftalık süre içinde, bilirkişi raporuna itirazın olmaması halinde uygulanacağı anlaşılmaktadır. Bu anlamda, taraflar süresi içinde bilirkişi raporuna itiraz etmemişlerse, kanun yolu aşamasında bilirkişi raporuna itiraz edemeyecekleri gibi, süresinde itiraz etseler de, rapora itirazlarında belirttikleri nedenleri daha sonra genişletip farklı itiraz nedenleri ileri süremezler⁴⁷².

1.5.3. Re’sen veya İtiraz Üzerine Yapılacak Değerlendirme Sonucunda Mahkemenin Verebileceği Kararlar

Mahkeme, yapacağı değerlendirme sonucunda bilirkişi görüşünün yeterli olduğuna kanaat getirirse, esas hakkındaki kararını bu bilirkişi görüşüne göre oluşturabilir. Böyle bir durumda mahkeme, bilirkişi görüşünü neden benimsediğini, diğer delillerle olan bağlantısını

⁴⁶⁸ Kuru, 2001: 2753 vd. Yazar, HUMK döneminde savunduğu bu görüşünden, HMK döneminde de dönmemiştir. Bkz. Kuru, 2015: 317-318. “Davanın taraflarınca itiraz edilmeyen uzman bilirkişi raporu her iki taraf yönünden de kesinleşir ve kesinleşen rapor hâkimi de bağlar. Taraflardan birinin rapora itiraz etmesi, diğer tarafın itiraz etmemesi halinde ise rapor itiraz etmeyen taraf yönünden kesinleşir ve itiraz eden taraf yararına usuli kazanılmış hak doğar. Bu ilkenin sonucu olarak, itiraz üzerine yeniden yaptırılacak bilirkişi incelemesi sonucunda verilen raporun önceki rapora göre itiraz eden taraf aleyhine olması halinde, kazanılmış hak ilkesi dikkate alınarak önceki raporda belirtilen kusur oranı, zarar miktarı vs. esas alınarak hükmedilecek miktar belirlenir. İlk rapora itiraz etmeyen ve o raporda belirtilen miktarlara razı olan tarafın lehine olacak şekilde sonraki rapora göre karar verilemez.” Y. 3. HD. 2016/801 E. 2017/9091 K. 05.06.2017 T. Karar için bkz. www.kazanci.com. Erişim tarihi: 01.03.2019.

⁴⁶⁹ Alangoya vd., 2009: 366; Tanverdi, 1991: 187; Deliduman, 2007: 297; Umar, 2014: 821-822.

⁴⁷⁰ Toraman, 2017: 618; Bolayır, 2014: 440-441.

⁴⁷¹ Kuru, 2001: 2760. Aynı yönde; Çayan, 2013: 100.

⁴⁷² Kararlar için bkz. Kuru, 2001: 2760.

da belirterek kararında gerekçeli olarak açıklamalıdır⁴⁷³. Sadece bilirkişi görüşünün doğru bulunduğu belirtilerek yahut sadece ona atıfta bulunularak karar verilmemelidir⁴⁷⁴.

Buna karşılık, mahkeme re'sen veya tarafların itirazı ile bilirkişi raporunun eksik, belirsiz veya yanlış olduğuna kanaat getirirse çeşitli ihtimallere göre farklı tutumlar sergileyebilir. Öncelikle belirtmek gerekir ki; mahkeme bilirkişi raporunda eksiklik veya belirsizlik bulunduğu kanaat getirirse, bilirkişiyi duruşmaya çağırıp, sözlü açıklamalarda bulunmasını isteyebilir (HMK m. 281/2) Mahkeme belirsiz ve eksik gördüğü hususların tamamlanması için bilirkişiye sorular sorabileceği gibi taraf vekilleri de bilirkişiye sorular yöneltebilir (HMK m. 152). Mahkeme uygulamalarına bakıldığında, hâkimlerin bu yetkilerini sık kullandıkları söylenemez. Bilirkişi görüşünde eksiklik veya belirsizlik bulunduğu durumlarda, hâkimler çoğunlukla bilirkişiden ek rapor alma yoluna gitmektedir. Bunun yanında hâkim, gerçeğin ortaya çıkması için gerekli görürse, yukarıda belirtilen yollara başvurmadan görevlendireceği başka bir bilirkişi vasıtasıyla tekrar inceleme yapılmasına da karar verebilmektedir (HMK m.281/3).

Belirttiğimiz üzere hâkim, yukarıda belirtilen yetkilerini tarafların itirazları ile bağlı olmaksızın re'sen kullanabilir. Hâkimin bu noktada takdir hakkı vardır⁴⁷⁵. Taraflar bilirkişi raporuna itiraz etmemiş olsalar dahi hâkim bilirkişiyi duruşmaya çağırabileceği gibi ek veya yeni bilirkişi raporu alınmasına da karar verebilir⁴⁷⁶. Buna karşılık, tarafların itirazı halinde mahkemenin nasıl bir karar alabileceği açık değildir. *Umar*'a⁴⁷⁷ göre, bilirkişi görüşünün esasına itiraz edilmişse, hâkim itirazın haklılığını anlamak için aynı bilirkişiden ek bir rapor veya yeni bir bilirkişiden yeni bir rapor alması gerekir. Uzmanlık gerektiren bir konuda bilirkişi görüşünün doğru olup olmadığını, hâkim kendi bilgisine dayanarak çözemez. Aksi durum, bozma nedenidir. *Kuru*'ya⁴⁷⁸ göre ise, tarafların süresi içinde itiraz etmiş olmaları halinde, kural olarak mahkemenin ek rapor alması (tamamlayıcı ve açıklayıcı) zorunludur. Ancak istisnai olarak mahkeme raporun açık ve yeterli olduğuna, yapılan itirazın daha önce incelenmiş veya dosyadaki bilgilerle karşılanmasının mümkün olduğuna kanaat getirirse, hâkim ek veya yeni rapor almaksızın yapılan itirazları kendisi de inceleyebilir⁴⁷⁹. Bunun yanında, Yazar'a göre süreyi geçiren taraf dahi bilirkişi raporuna itiraz adı altında olmasa da, sunacağı çeşitli dilekçe ve belgelerle, hâkimi bilirkişi raporunun eksik, müphem veya yanlış

⁴⁷³ Yılmaz, 2012: 1240.

⁴⁷⁴ Yılmaz, 2012: 1240.

⁴⁷⁵ Kuru, 2001: 2760-2761.

⁴⁷⁶ Umar, 2014: 822.

⁴⁷⁷ Umar, 2014: 822. Aynı yönde; Çayan, 2013: 99-100.

⁴⁷⁸ Kuru, 2001: 2752-2753, s. 2760.

⁴⁷⁹ Kuru, 2001: 2762-2763.

olduğuna ikna edip, ek veya yeni bilirkişi raporu alınmasını sağlayabilir⁴⁸⁰. Ancak normal itirazdan farklı olarak, bu durumda mahkeme tarafların iddialarını dikkate almadan, kesinleşmiş bilirkişi raporuna göre hüküm verebilir ve bu durum bozma nedeni teşkil etmez⁴⁸¹. *Tanverdi*'ye⁴⁸² göre de, taraflar bilirkişi raporunun açıklanmasını istemiş veya bu rapora ilişkin sorular sormuşlar ise mahkeme tarafların bu taleplerini yerine getirmelidir. Ancak açıklanması istenen husus, raporda zaten açıklanmış veya ihtilaflı değilse, mahkeme gerekçesini belirtmek koşuluyla bu talebi reddedebilir. Bir Yargıtay kararına göre ise, taraf itirazlarının ciddi ve gerekçeli olduğu durumlarda, bu itirazlar karşılanmadan karar verilemez, aksi durum hukuki dinlenilme hakkına aykırı olması nedeniyle bozmayı gerektirir. Yüksek Mahkeme'ye göre hâkim bu itirazları çeşitli şekillerde karşılayabilir. Buna göre hâkim, yapılan itirazları, tarafları tatmin edecek şekilde gerekçeli kararında giderebileceği gibi bilirkişiden ek rapor da alabilir. Ek raporun yeterli ve tatmin edici olmaması halinde ise yeni oluşturulacak bilirkişi heyetinden yeni bir bilirkişi raporu almak suretiyle tarafların itirazları giderilebilir⁴⁸³. Buna karşılık çoğunlukta olan Yargıtay kararlarına göre ise özel ve teknik bilgiyi gerektiren konularda, itirazların geçerliliğini ve ciddiyetini tespit etmek de özel ve teknik bilgiyi gerektirdiğinden, hâkim itirazları kendisi değerlendiremez. Bilirkişi raporuna karşı yapılan itirazları değerlendirmek bilirkişilerin görevidir. Bu sebeple, bilirkişi raporuna karşı taraf itirazlarının söz konusu olduğu durumlarda, hâkim ek rapor almadan yahut yeni oluşturulacak bilirkişi heyetinden itirazları karşılayacak şekilde yeni bilirkişi raporu almadan karar veremez⁴⁸⁴.

⁴⁸⁰ Kuru, 2001: 2752.

⁴⁸¹ Kuru, 2001: 2752.

⁴⁸² Tanverdi, 1991: 182.

⁴⁸³ “Mahkemece yapılan yargılama sırasında bilirkişi heyetinden 18.09.2014 tarihli bilirkişi raporu alınmıştır. Bu rapora davalı iş sahibi vekili 31.10.2014 tarihli dilekçesi ile itiraz etmiş olup, itirazlar ciddi ve somut gerekçeler içermektedir. *Bu itirazların bilirkişi heyetinden ek rapor alınarak ya da mahkemece verilecek gerekçeli kararda karşılanması ve karşı gerekçelerin hukuki dinlenilme hakkı kapsamında tarafı tatmin edecek şekilde açıklanması hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir.* Bu itirazlar karşılanmadan karar verilmesi yerinde olmamış, bozmayı gerektirmiştir. O halde mahkemece yapılacak iş; alınan bilirkişi raporuna davalı iş sahibi vekilince yapılan ciddi ve somut gerekçeler içeren itirazların giderilmesi için HMK'nın 281/2. maddesi gereğince bilirkişi heyetinden mahkemenin ve Yargıtay'ın denetimine elverişli bilirkişi ek raporu almak, bunun yeterli ve doyurucu olmaması halinde ise HMK'nın 281/3. maddesi gereğince gerçeğin ortaya çıkarılması için aynı kanunun 266. maddesi hükmüne uygun oluşturulacak yeni bir heyetten belirtilen ilke ve açıklamalara göre rapor olarak değerlendirme yapıp karar vermektan ibaret olmalıdır” Y. 15. HD. 2016/5138 E. 2017/425 K. 02.02.2017. T. Karar için bkz. www.kazanci.com. Erişim tarihi: 28.02.2019.

⁴⁸⁴ “Bilirkişi raporuna itiraz edilmesi halinde, itirazların yerinde olup olmadığının değerlendirilmesi de özel ve teknik bir bilgiyi gerektireceğinden hakim itirazı kendisi değerlendiremez ve ek rapor almadan veya yeni bir bilirkişi incelemesi yaptırmadan hüküm veremez.” Y. 7. HD. 2013/2821 E. 2013/11646 K. 20.06.2013 T. Karar için bkz. www.kazanci.com. Erişim tarihi: 28.02.2019. “Somut olayda, hükme esas alınan bilirkişi raporuna ve ek rapora davacı vekili gerekçelerini de göstermek suretiyle itiraz etmiştir. Mahkemece bu itirazlardan tam olarak karşılanmadan karar verilmiştir. Çözümü özel veya teknik bir bilgiyi gerektiren konularda, bilirkişi raporuna karşı itirazları değerlendirmek de uzman bilirkişilerin görevidir. Hal böyle olunca, mahkemece davacı vekilinin bilirkişi raporuna ve ek rapora itirazlarını karşılar biçimde oluşturulacak üç kişilik bilirkişi heyetinden taraf ve Yargıtay denetimine elverişli yeni bir rapor alınarak varılacak sonuca göre bir karar verilmesi

Tarafların itirazı veya re'sen yapılacak değerlendirme sonucunda bilirkişi görüşünün eksik veya yetersiz bulunduğu durumlarda, ek veya yeni rapor alınabileceğini belirtmiştik. Bu noktada takdir hakkı hâkime ait olup, hâkim olayın özelliklerine göre bu iki karardan birini alabilecektir⁴⁸⁵. Ancak birinci bilirkişi raporundan, bilirkişinin ilgili konuda uzmanlığı anlaşılıyor ve bilirkişinin konuyu iyi kavradığı açıkça belli oluyor ve yeni sorularla konunun aydınlatılacağına inanılıyorsa, yeni bilirkişi yerine ek bir rapor ile tereddütlü noktaların aydınlatılmasının daha uygun bir yol olduğu doktrinde belirtilmektedir⁴⁸⁶. Zira ek bilirkişi raporu almak, yeni bilirkişi görüşüne başvurmaktan daha ucuz ve kolay bir yoldur⁴⁸⁷. Nitekim Bilirkişilik Kanunu'nun 3. maddesinin 7. fıkrasında, aynı konuda bir kez rapor alınmasının kural olduğu, eksikliklerin ve belirsizliklerin giderilmesi amacıyla gerekirse ek bilirkişi raporu alınabileceği düzenlenmiştir. Buna karşılık, özellikle bilirkişinin uzmanlığından veya tarafsızlığından şüphe edildiği durumlarda yahut ilk rapordaki eksikliklerin ve belirsizliklerin ek rapor ile aşılamayacağı hallerde yeni bilirkişi atamak suretiyle yeni bir rapor alınmasının daha doğru bir yöntem olduğu ileri sürülmektedir⁴⁸⁸.

Bilirkişi görüşünün eksik veya yetersiz olmasından dolayı ikinci bilirkişi görüşü alma yoluna gidildiği durumlarda, ikinci bilirkişinin hazırladığı rapor, birinci rapor ile aynı yönde ise mahkeme bu raporlara göre kararını verebilecektir⁴⁸⁹. Buna karşılık, birinci bilirkişi görüşü ile ikinci bilirkişi görüşü arasında çelişki olması halinde, birinci bilirkişi görüşünü üstün sayıp, ona göre karar verilmesi uygun görülmemektedir⁴⁹⁰. Zira bu düşünceye göre, ikinci bilirkişi görüşüne başvurma temel sebebi, birinci bilirkişi raporunun yetersiz kabul edilmesidir⁴⁹¹. Aksi bir görüşe ve bazı Yargıtay kararlarına göre ise, birinci bilirkişi görüşü ile

gerekirken, eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir.” Y. 3. HD. 2014/14652 E. 2015/12441 K. 06.07.2015 T. Karar için bkz. www.kazanci.com. Erişim tarihi: 28.02.2019.

⁴⁸⁵ Yılmaz, 2012: 1237.

⁴⁸⁶ Yılmaz, 2012: 1237; Toraman, 2017: 622.

⁴⁸⁷ Yılmaz, 2012: 1237.

⁴⁸⁸ Yılmaz, 2012: 1238; Atalay, Pekcanitez Usul, 2017: 1942, 1945. “Bilirkişi seçimi ve sayısının belirlenmesi hakimın takdirinde ise de; yaptırılan delil tespiti sonrası alınan bilirkişi raporuna itiraz edildiği ve mahkemece yeniden bilirkişi incelemesi yaptırılmasına karar verildiği takdirde işin niteliği itibarıyla bilirkişilerin öncekiler dışında 6100 Sayılı H.M.K'nın 266/1 ve 268/1. maddelerinde düzenlenen biçimde seçilmesi ve görevlendirilmesi gerekir. Hal böyle olmasına rağmen somut olayda raporuna itiraz edilen bilirkişi yeniden oluşturulan kurula dahil edilerek rapor alındığından bu raporun hükme esas alınması mümkün değildir.” Y. 15. HD. 2013/643 E. 2014/786. K. 10.02.2014 T. Karar için bkz. www.kazanci.com. Erişim tarihi: 27.02.2019.

⁴⁸⁹ Yılmaz, 2012: 1239.

⁴⁹⁰ Umar, 2014: 823; Kuru, 2015: 319. “Hüküm mahkemesi, yargılama esnasında konunun özel ve teknik bilgiyi içerdiğinden bahisle bilirkişi incelemesine başvurulmasına karar verilmiştir. Bilirkişinin hazırlayarak mahkemeye sunduğu raporu yeterli bulunmadığı gerekçesiyle, hüküm mahkemesi ikinci bir bilirkişi incelemesine gitmiş ise de önceden yeterli görülmeyle kabul edilmeyen birinci bilirkişi raporunun işaret ettiği kusur oranını hükme dayanak olarak göstermiştir. Yeterli olmadığından bahisle kabul edilmeyen bilirkişi raporuna daha sonra hüküm kurmada dayanak gösterilmesi usule ve yasaya aykırılık teşkil edeceği için hüküm mahkemesinin konuyla ilgili tesis ettiği yazılı kararının bozulması gerekecektir.” Y. 10. HD 11.5.1994, E. 203/982 YKD C. 20 S. 9, Eylül 1994, s. 1451. naklen Çayan, 2013: 109-110.

⁴⁹¹ Kuru, 2015: 319. “Mahkemenin gerek itiraz üzerine gerekse doğrudan ikinci bir bilirkişi incelemesi yaptırması, ilk raporun hüküm verilmeye yeterli olmadığından mahkemece kabul edilmiş anlamına geleceğinden,

ikinci bilirkişi görüşü arasında çelişki varsa, mahkeme gerekçeli olmak kaydıyla bu raporlardan takdir ettiği birine göre karar verebilir⁴⁹². Çoğunlukta olan diğer Yargıtay kararlarına göre ise iki rapor arasında çelişki olması halinde, mahkeme ikinci bilirkişi raporuna göre de karar veremez. Mahkemenin yapması gereken, üçüncü bir bilirkişiden görüş alıp, çelişkinin giderilmesini sağlamaktır⁴⁹³. Bu açıdan birinci raporun tek uzmandan diğerinin ise heyet tarafından hazırlanmış olması da durumu değiştirmez. Zira sadece heyet tarafından hazırlanması, o bilirkişi raporuna üstünlük tanınması için yeterli değildir. Bu durumda dahi hâkimin yapması gereken, üçüncü bir rapor almak suretiyle çelişkinin giderilmesini sağlamaktır⁴⁹⁴. Hâkimin, üçüncü rapor alma yoluna gittikten sonra, artık önceki raporlara (örneğin, ikinci bilirkişi raporuna) göre karar vermesi mümkün değildir. Hâkim, üçüncü bilirkişi raporundan tatmin olmaz yahut üçüncü rapor, ilk iki rapor arasındaki çelişkiyi gideremezse, bu durumda yapılması gereken iş, dördüncü defa bilirkişi görüşü almaktır⁴⁹⁵. Bu

bu nedenle ilk rapora dayalı hüküm usul yasaya aykırıdır. Tazminat sorumluluğuna hükmeden önce uzmanlıkları tartışmasız bilirkişilere gerekli incelemeler yaptırılmalıdır” 4. HD 15.10.1984, 6678/7586 Karar için bkz. Köroğlu, 2001: 46.

⁴⁹² Yılmaz, 2012: 1239; Akil, 2011b: 707; Çayan, 2013: 110. “Yine aynı Kanun'un 281.maddesinde mahkemenin bilirkişi raporundaki eksiklik yahut belirsizliğin tamamlanması veya açıklığa kavuşturulmasını sağlamak için, bilirkişiden ek rapor alabileceği gibi, tayin edeceği duruşmada, sözlü olarak açıklamalarda bulunmasını da isteyebileceği ve gerçeğin ortaya çıkması için gerekli görürse, yeni görevlendireceği bilirkişi aracılığıyla, tekrar inceleme de yaptırabileceği ayrıca 282. maddesinde de hâkimin, bilirkişinin oy ve görüşünü diğer delillerle birlikte serbestçe değerlendireceği açıklanmıştır. Anılan yasal düzenlemelere göre; Mahkemece alınan bilirkişi raporları birbiriyle çelişse dahi hakimin bunlardan birine dayanarak karar verebileceği gibi hiçbirini hüküm kurmaya yeterli bulmaz ise yeniden bilirkişi raporu alabilecektir.” Y. 21. HD. 2016/19122 E. 2018/6874 K. 01.10.2018 T. Karar için bkz. www.kazanci.com. Erişim tarihi: 26.02.2019.

⁴⁹³ “Bilirkişi raporları arasında çelişki olduğu ve bu çelişkinin giderilmesi teknik bilgiyi gerektirdiği takdirde hâkim bu çelişkiyi giderecek yeni bir bilirkişiden rapor almalıdır. Bu şekilde çelişkiyi gideren rapor almaksızın raporlardan birini esas alarak karar verilmesi halinde hâkimin özel ve teknik bilgiyi gerektiren bir durumda şahsi bilgisi ile karar verdiği gibi bir sonuç ortaya çıkacaktır. Bu durumda mahkemece yapılacak iş; 6100 Sayılı HMK'nın 281/3. maddesi uyarınca maddi gerçeğin ortaya çıkması için, önceki bilirkişilerden farklı, konusunda uzman bir makine mühendisi bilirkişiden, çelişkiyi giderecek, taraf itirazlarını karşılayacak bir rapor alınarak sonucuna göre bir karar vermekten ibarettir.” Y. 15. HD. 2018/2796 E. 2018/2828 K. 03.07.2018 T. Karar için bkz. www.kazanci.com. Erişim tarihi: 28.02.2019. “Birbiri ile çelişkili raporlar arasındaki çelişki giderilmeden, raporlardan birisi hükme dayanak alınarak karar verilemez.” 20. HD 27.12.1999, 11748/12313. Karar için bkz. Köroğlu, 2001: 214. Aynı yönde; Y. 3. HD 2018/770 E. 2018/8639 K. 18.09.2018 T; Y. 3. HD. 2016/20951 E. 2018/8535 K. 13.09.2018 T. Kararlar için bkz. www.kazanci.com. Erişim tarihi: 26.02.2019.

⁴⁹⁴ “...Bilirkişi raporlarından birisinin heyetçe düzenlenmiş olması, yerleşik Yargıtay içtihatlarına göre, ona üstünlük sağlamayacağından, ona üstünlük tanınarak sonuca gidilemez. O halde, mahkemece, her iki rapor arasındaki çelişkinin giderilmesi için yeniden ve ehil bilirkişilerden oluşacak bir kuruldan mütalaa alınıp sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ile yazılı şekilde sonuca gidilmesi isabetsizdir.” Y. 12. HD. 2010/26973 E. 2011/7863 K. 28.04.2011 T. Karar için bkz. www.kazanci.com. Erişim tarihi: 27.02.2019. “İmza incelemesi sonucunda bilirkişilerden alınan iki rapor arasında çelişki bulunması halinde, üçüncü kez inceleme yapılması gerekir. Üç kişilik olduğundan bahisle ikinci rapora itibar edilemez.” 12. HD 16.1.1989, 122/12571. Karar için bkz. Köroğlu, 2001: 209.

⁴⁹⁵ “İkinci bilirkişi raporunu yetersiz bulan ve üçüncü kez bilirkişi incelemesi yaptıran mahkeme hakimin, daha önce itibar edilmeyen raporu esas alarak karar vermesi yasal olarak mümkün değildir. Hal böyle olunca, mahkemece öncelikle dosyanın önceki bilirkişiler dışında oluşturulacak üç kişilik uzman bilirkişi kuruluna verilerek, vasiyete konu taşımazın salt tercih tarihi itibarıyla değerinin belirlenmesi akabinde dosyada sabit tenkis oranı hesap edilmek üzere bilirkişi V. Ç. dan ek rapor alınmak konusunda denetime elverişli bir rapor alınarak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir.” Y. 3. HD. 2016/8652 E. 2017/2554 K. 06.03.2017 T. Karar için bkz. www.kazanci.com. Erişim tarihi: 28.02.2019.

şekilde de çelişkiler giderilemediği takdirde, hâkim gerekirse beşinci defa bilirkişi görüşü alma yoluna başvurabilir⁴⁹⁶.

Öte yandan bilirkişi görüşleri arasındaki çelişki, farklı davalarda veya mahkemelerde alınmış bilirkişi raporları arasında da söz konusu olabilir. Bu çerçevede, başka bir davada veya delil tespiti sırasında alınmış bilirkişi görüşünün mevcut davaya etkisini de tartışmak gerekir. Özellikle, kısmi davadan sonra ek dava açıldığı hallerde hâkimin ilk davada alınan bilirkişi görüşünü nasıl değerlendirmesi gerektiği önemlidir. Doktrindeki bir görüşe⁴⁹⁷ göre, kısmi dava sonucu verilen ret veya kabul kararı ek dava hâkimini bağlamaz, kısmi dava ile ek dava birbirinden ayrı iki bağımsız davadır ve her ikisinin farklı sonuçlara ulaşması çeşitli sebeplerle mümkündür. Kısmi davanın kesin hüküm etkisi, hüküm bölümü ile sınırlı olduğundan tespiti ilişkin bölümler de, ek dava için bağlayıcı değildir. Bu sebeple, kısmi davada verilen karar, ek davada kesin hüküm veya kesin delil teşkil etmez⁴⁹⁸. Ancak bu durum hâkimin, ilk davadaki kararı dikkate almamasını gerektirmez. Hâkim, gerekçe göstermeksizin ilk davada alınan karardan farklı bir karar vermemelidir. Bu çerçevede, kısmi davada alınan bilirkişi raporu da, ek dava hâkimi için kesin delil değildir ve onu bağlamaz. Zira bilirkişi raporu takdiri bir delil olduğu gibi, ulaşılabilecek sonuçlar da farklılık gösterebilir. Bu kapsamda, ek dava hâkimi, kısmi davada alınan bilirkişi görüşünün yeterli olduğuna kanaat getirirse, ona dayanarak hüküm kurabileceği gibi gerekirse yeniden bilirkişi incelemesi yaptırarak sorumluluk, kusur veya tazminat miktarı gibi hususlarda farklı sonuçlara da ulaşabilir⁴⁹⁹. Yargıtay'ın ise bu konuda farklı kararları bulunmaktadır. Bu noktadaki bir Hukuk Genel Kurulu kararına göre, kural olarak her dava, tespit ve eda olmak üzere iki bölümden oluşur ve kısmi davada verilen kararın tespit kısmı, ek davanın tespit kısmı için kesin hüküm teşkil eder. Zira kısmi dava ile borç ilişkisinin varlığı veya yokluğu

⁴⁹⁶ “Mahkemece bilgisine başvurulmuş bilirkişi tarafından düzenlenen ilk raporda, davacının 58.998,09 TL'den sorumlu olduğu açıklanmıştır. Mahkemece bu rapor yeterli görülmeyle alının 18.03.2010 tarihli ikinci bilirkişi raporunda; davacının toplam borcunun 40.426,38 TL olduğu vurgulanmıştır. Mahkemece ikinci bilirkişi raporuna da itibar edilmemiş, yeniden bilirkişi incelemesi yaptırılarak raporlar alınmıştır. Bu raporlarda sırasıyla, davacının davalıya 1.209,79 TL ve 34.870,01 TL borcu bulunduğu belirtilmiştir. Mahkemece, daha önce itibar edilmeyen ilk bilirkişi raporu esas alınarak hüküm oluşturulmuştur. İlk bilirkişi raporunu yetersiz bulan ve daha sonra üç kez bilirkişi incelemesi yaptıran mahkeme hâkiminin, daha önce itibar edilmeyen ilk raporu esas alarak karar vermesi usule aykırıdır. Ayrıca raporlar birbiri ile çelişkilidir. Hal böyle olunca, mahkemece yukarıda açıklanan maddi ve hukuki olgular gözetilerek, dava dosyasının önceki bilirkişiler dışında oluşturulacak ve elektrik tüketim hesabı konusunda uzman olan mühendislerin de aralarında bulunduğu üç kişilik bilirkişi kuruluna verilmesi...gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir.” Y. 3. HD. 2014/5787 E. 2014/8481 K. 29.05.2014 T. Karar için bkz. www.kazanci.com. Erişim tarihi: 28.02.2019.

⁴⁹⁷ Akil, 2013: 188 vd.; Özkaya-Ferendeci, 2009: 227 vd. Bu konuda Alman hukukunda ileri sürülen görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Age: 198 vd.; 217 vd.

⁴⁹⁸ Aksi yöndeki görüşe göre; kısmi davanın kabul edilmesine ilişkin hüküm, ek davada kesin delil teşkil eder. Bkz. Görgün vd., 2019: 288; Arslan vd., 2019: 301. Buna karşılık kısmi davanın reddedilmesi halinde, menfi tespit hükmü niteliğindeki bu karar, kesin hüküm teşkil eder. Bu sebeple, davacı dava dışı bıraktığı bölüm için tekrar ek dava açamaz. Bkz. Görgün vd., 2019: 288; Tanrıver, 2018: 595.

⁴⁹⁹ Akil, 2013: 190 vd.

tespit edilmiş olur ve bu tespit bütün borç ilişkisini kapsamaktadır. Bu bağlamda, kısmi dava reddedilirse, bütün alacak bakımından kesin hüküm meydana gelmekte, kısmi kabul kısmi red kararı verilirse kararın iki yönüyle (tespit ve eda bölümü) de kesin hüküm oluşmakta, dava kabul edilirse, kararın sadece tespite ilişkin bölümü kesin hüküm haline gelmektedir. Bu açıdan, kısmi davanın kabul edilmesinden sonra ek dava açıldığı durumlarda; hâkim, kısmi davanın sorumluluğa ilişkin tespit bölümüyle, diğer bir ifadeyle davalının haksızlığı olgusuyla, kesin hüküm nedeniyle bağlıdır. Kısmi davada alınan bilirkişi raporu ise kural olarak kesin delil teşkil etmez. Ancak kısmi davanın kesinleşen hükmüne esas alınan bilirkişi raporu, inceleme ve itiraza konu olmuş, tüm yargısal denetimlerden geçerek alacağın bütünü tespit edilmiş ve yargısal denetim yollarının tüketilmesi suretiyle usuli kazanılmış haklar gerçekleşmişse, kısmi davada alınan bilirkişi raporunun da kesin delil olarak kabul edilmesi gerekmektedir⁵⁰⁰. Yargıtay'ın diğer bir kararına göre ise; kısmi davada alınan bilirkişi görüşü,

⁵⁰⁰ “...Kural olarak, kısmi davada alınan bilirkişi raporlarının açılan ek dava yönünden kesin delil olmayacağı gerek öğretide gerek yargısal uygulamada kabul edilmiştir. Ne var ki, kısmi davada kesinleşen hükmüne esas alınan rapor tümüyle inceleme ve itiraz konusu yapılarak, tüm yargısal denetim yollarından geçerek toplam alacak miktarını ortaya koyacak şekilde kesinleşmiş ve taraflar yönünden yargısal denetim yolları tüketilerek usulî kazanılmış haklar gerçekleşmişse kesin delil olarak değerlendirilmesi gerekeceği de ortadadır. Bu nedenledir ki, bilirkişi raporlarının takdiri delil oldukları kural ise de somut olay özelliklerine göre kesin delil niteliği alabilecekleri de göz ardı edilmemelidir. Nitekim, somut olayda da davacı tarafından davalı aleyhine açılmış bulunan ve yukarıda ayrıntıları ile safahatı açıklanan kısmi dava taleple bağlı kalınarak sonuçlanmış; böylece davaya dayanak alınan hukuki ilişkinin varlığı saptanarak, davalının sorumluluğu da kesinleşen bu hükümle tespit edilmiştir. Bu kararın tespite ilişkin bölümünün sonradan açılan eldeki ek dava için kesin hüküm oluşturacağına kuşku bulunmamaktadır. Bu aşamada Mahkemece ilk davada taleple bağlı kalınarak hükmedilen kısımdan arta kalan kısım için açılan ek davada ilk dava aşamasında kesinleşen olgular kararın tespit bölümü yönünden kesin hüküm oluştururken, karara dayanak alınan bilirkişi raporunun da kesin delil haline gelip gelmeyeceği hususu açıklığa kavuşturulmalıdır. Davalının sorumluluğunu tespit eden bu kesin hükmün içeriği, dosya safahatı ve özellikle hükmüne uyulan bozma ilamları ile kısmi davada verilen hükmü onayan daire kararının kesinleşen olguların inceleme konusu yapılamayacağı gerekçesi karşısında, kısmi davada hükme dayanak alınan bilirkişi raporundaki tespitler de gerek davacı gerek davalı yönünden kesinleşerek bağlayıcı hal almıştır. Özellikle, davalı tarafın kısmi davada verilen son kararı temyizinde bilirkişi raporuna yönelik temyiz itirazları, daha önce hükmüne uyulan bozma ilamları içeriğine göre kesinleştiği ifade edilerek reddedilmiş, karar onanmış; böylece kesinleşen kısmi davada hükme esas alınan rapor davalı yönünden kesinleşmiştir. Davacı ise raporlara itiraz etmemekle burada ortaya konan tazminat miktarı ile kendisini bağlamıştır. Taraflar açısından kesinleşen bu hususların yeniden inceleme konusu yapılması hukuken olanaklı değildir. Zira kısmi davada alınan raporlar yargısal denetimler sırasında değerlendirilmiş; sonra açılacak davada halledilecek bir yön bırakılmadan raporlarla ilgili ayrıntılı değerlendirmelerle bozma nedenleri ortaya konulmuş; bozma ilamına uyularak ve gerekleri yerine getirilerek oluşturulan mahkeme kararı da bu kesinleşme olgusu da ifade edilerek onanmıştır. Kısmi davadaki raporlara davalı itiraz etmiş; bu itirazlarını temyiz isteklerine de konu etmişse de bunlar Özel Dairece incelenerek sonuçta hükmüne uyulan ilamlar çerçevesinde ve alacağın tamamının miktarını da ortaya koyan ancak taleple bağlı kalarak verilen mahkemenin kabul kararı onanarak kesin halini almıştır. Kısmi dava için açıklanan şekilde oluşturulan mahkeme hükmü ve gerekçesi birlikte değerlendirildiğinde toplam alacak miktarının da ortaya konulduğu ancak taleple bağlı kalınarak karar verildiği belirgindir. *Görülmektedir ki, somut olayda, kısmi davada alınan ve kesinleşen hükmün dayanağını teşkil eden bilirkişi raporunun kısmi dava tutarını aşan bölümü de açılan eldeki ek dava yönünden hem tarafları hem de mahkemeyi bağlayacak nitelikte kesin bir delil mahiyetini almış; kısmi davada kesinleşen bu rapor içeriği de dayanak alınarak hükme varılmıştır.* Hukuk Genel Kurulunda yapılan görüşmeler sırasında bir kısım üyelerce kısmi davada alınan bilirkişi raporu içeriğinin ve raporda tespit edilen miktarın, kısmi davada bilirkişi raporunun irdelenmemesi nedeniyle eldeki ek dava yönünden bağlayıcı kabul edilmesinin mümkün olmadığı; alacak miktarının belirlenmesi için mahkemece yeniden bilirkişi incelemesi yaptırılması gerektiği; kesin hüküm veya kesin delilin ancak ilk davada talep edilen miktar için sözkonusu olabileceği gerekçeleriyle mahkeme kararının Özel Daire bozma kararı doğrultusunda bozulması gerektiği görüşünü dile getirilmiş ise de bu görüş Kurul çoğunluğu tarafından benimsenmemiştir.” Y.

ek dava hâkimini bağlamaz. Her ne kadar kısmi davanın tespiti ilişkin kısmı, kesin hüküm teşkil etse de karara dayanak teşkil eden bilirkişi görüşü kesin delil teşkil etmez. Bu anlamda kısmi davada alınan bilirkişi raporunda belirtilen miktar, ek davada talep edilen miktarın ispatı için mutlak olarak yeterli kabul edilemez⁵⁰¹. Kanaatimizce, böyle bir durumda, ek dava hâkimi yeniden bilirkişi raporu alınmasına karar verir de, bu rapor ile kısmi dava sırasında alınan rapor arasında önemli çelişkiler oluşursa, Yargıtay'ın bilirkişi raporları arasındaki çelişkinin giderilmesine yönelik benimsediği anlayış uyarınca, bir kez daha (üçüncü) bilirkişi raporu alma yoluna gidilmelidir.

Delil tespiti sırasında alınan bilirkişi görüşünün, mevcut davaya etkisini değerlendirmek içinse öncelikle delil tespitini ve delil tespiti sırasında alınan bilirkişi görüşünün durumunu kısaca açıklamak gerekmektedir. Bilindiği üzere delil tespiti, bir dava olmayıp geçici hukuki koruma tedbidir. Delillerin hemen tespit edilememesi halinde kaybolma ihtimalinin bulunduğu yahut ileri sürmenin zorlaşacağı durumlarda delil tespiti talep edilebilir. Mahkeme, bu tespiti yaparken, tespit edilecek hususun niteliğine göre bilirkişi incelemesi de yaptırabilir. Bilirkişi incelemesi yapılması halinde uygulanacak kurallar, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun bilirkişiliğe ilişkin hükümlerine tabidir (HMK m. 404). Delil tespiti dosyası, asıl dosyanın eki sayılır ve onunla birleştirilir. Asıl davanın tarafları, iddia ettikleri hususların ispatı için bu tutanak ve raporlara dayanabilir (HMK m. 405). Tespit talebi, mahkemece kabul edilirse, karar dilekçeyle birlikte karşı tarafa tebliğ edilir. Kararda ayrıca tespitin şekli ve zamanı ile tespitin icrası sırasında karşı tarafın da hazır bulunabileceği ve varsa itirazlarını bir hafta içinde ileri sürebileceği belirtilir (HMK m.402). Ancak talep sahibinin haklarının korunması bakımından zorunluluk bulunan hallerde, karşı tarafa tebligat yapılmaksızın da delil tespiti yapılabilir. Tespit yapıldıktan sonra tespit dilekçesi, kararı ve tutanağı ve bilirkişi raporunun bir örneği karşı tarafa tebliğ edilir. Karşı taraf, tebliğ tarihinden itibaren bir hafta içinde itiraz edebilir (HMK m.403)⁵⁰².

HGK. 2013/7-1728 E. 2015/1036 K. 13.03.2015 T. Karar için bkz. <https://www.lexpera.com.tr/> Erişim tarihi: 07.10.2020. Aynı yönde; Y. HGK. 2007/15-126 E. 2007/210 K. 18.04.2007 T. Karar için bkz. www.kazanci.com. Erişim tarihi: 07.10.2020.

⁵⁰¹ “Eldeki dava daha önce taraflar arasında görülüp karara bağlanan Konya Dördüncü Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2001/1139 Esas sayılı davasında saklı tutulan fazlaya ilişkin haklar nedeniyle ve o dosyada alınan bilirkişi raporunda hesaplanan miktara göre ek dava şeklinde açılmıştır. Bilirkişi raporu takdir delillerden olup, kısmi davada alacağın dava edilen miktar kadar olduğunu ispat için yeterlidir. Bilirkişi raporunun kazanılmış hak teşkil etmesi verildiği ilk davada hükmedilen miktar için olup, daha önce açılan kısmi davada alınan bilirkişi raporu, sonradan açılan ek davada hâkimi bağlamaz. Kısmi davanın tespiti ilişkin bölümü kesin hüküm oluştururken, karara dayanak alınan bilirkişi raporu kesin delil haline gelmez. Açılan ikinci davaya konu edilen alacağın miktarının davacı yanca kanıtlanması gerekir. Bu nedenle ilk davada alınan bilirkişi raporu, ikinci davada talep edilen alacağın miktarının ispatı için mutlak olarak yeterli sayılmaz.” Y. 15. HD. 2007/2446 E. 2007/5853 K. Karar için bkz. <https://www.kararara.com/yargitay/15hd/k3856.htm>. Erişim tarihi: 19.03.2019.

⁵⁰² Doktrinde, delil tespitinin bilirkişi vasıtasıyla karşı tarafın yokluğunda gerçekleştirildiği durumlarda; itiraz süresinin hangi hükme göre belirleneceği tartışmalıdır. HMK'nın 402. ve 403. maddesinde delil tespitine itiraz

Belirtmek gerekir ki; delil tespiti vasıtasıyla elde edilmiş bilirkişi görüşü ile esas dava sırasında alınmış bilirkişi görüşünün niteliği arasında bir fark yoktur. Delil tespiti sırasında alınmış bilirkişi raporu da takdiri bir delil olarak kabul edilmekte, asıl davada hâkim tarafından serbestçe değerlendirilebileceği belirtilmektedir⁵⁰³. Bu nedenle ve delil tespiti dosyasının asıl davanın eki sayılmasından dolayı, karşı tarafa hazır bulunma ve/veya itiraz etme hakkı verildiği durumlarda; mahkeme, tekrar bilirkişi incelemesi yaptırmadan, delil tespiti aşamasında alınmış bir rapora göre hüküm kurabilir⁵⁰⁴. Aynı şekilde bilirkişilerin uzmanlıkları anlaşılıyor ve ayrı bir bilirkişi incelemesi yapılması delilin kaybolması veya benzeri nedenlerle mümkün değil veya çok zorsa, itirazların karşılanması için aynı bilirkişi veya bilirkişilerden ek rapor alma yoluna da gidilebilir⁵⁰⁵. Bunun yanında, delil tespiti yoluyla alınmış bilirkişi raporuna ciddi ve gerekçeli itirazlar⁵⁰⁶ sunulmuş ve hâkim resen yaptığı

için bir haftalık süre öngörülmüşken, HMK'nın 404. maddesinin yaptığı atıf nedeniyle HMK'nın 281. maddesinin bilirkişi raporlarına itiraz için iki haftalık süre düzenlemesi bu tartışmanın temel nedenidir. Bu konudaki bir görüşe göre, delil tespiti bilirkişi vasıtasıyla gerçekleştiriliyorsa, bilirkişi raporuna itiraz, HMK'nın 404. maddesinin atfı nedeniyle HMK'nın 281. maddesi uyarınca iki hafta içinde yapılabilir. Zira bilirkişi raporu alınması, HMK'nın 404. maddesi anlamında delillerin toplanmasıdır. Buna karşılık HMK'nın 402. ve 403. maddesi delil tespitine itirazı düzenlemektedir. Bkz. Aslan, 2011: 136. Doktrindeki diğer bir görüşe göre ise böyle bir ayırım yapıldığı takdirde, delil tespiti hakkında farklı nedenler için farklı süreler kabul edilmiş olunur. HMK'nın 403. maddesine göre delil tespiti kararına (şartlarına) itiraz etmek isteyen taraf bunu bir hafta içinde ileri sürmek zorundayken, aynı taraf aynı karara dayanarak alınan bilirkişi raporuna iki hafta içinde itiraz edebilecektir. Bu durum, aynı kuruma ilişkin itirazların farklı tarihlerde mahkemede ileri sürülebileceği anlamına gelmektedir ki; bu husus kabul edilemez. Tarafların hem delil tespitinin şartlarına ilişkin itirazlarını hem de bilirkişi raporuna dair itirazlarını aynı dilekçeyle vermesi gerekir. Öte yandan Kanun, delil tespiti için özel olarak itiraz yolunu düzenlemiş ve buna ilişkin olarak bir haftalık süre öngörmüştür. Delil tespitinin niteliği gereği, sürenin uzun tutulmaması ve yapılacak itirazların hızlı bir şekilde sonuçlandırılması, delil tespitinin amacına daha uygundur. Bkz. Arslandoğan, 2020: 226.

⁵⁰³ Arslandoğan, 2020: 94, 223; Aslan, 2011: 113; Akil, 2009: 48-49.

⁵⁰⁴ Toroman, 2017: 291. Yazar'a göre; bazı Yargıtay kararlarında, karşı tarafın yokluğunda alınan bilirkişi raporuna itiraz edilmesi halinde, delil tespiti aşamasında alınmış bilirkişi raporuna dayanarak hüküm kurulamayacağı, bu durumda tekrar bilirkişi incelemesi yaptırılmasının gerekli olduğuna karar verilse de, bilirkişi raporu tutarlı ve ikna edici olduğu müddetçe bilirkişi raporuna itiraz edilmesi onun hükme esas alınmasına engel olmaz. Age: 291 vd.

⁵⁰⁵ "Yukarıda açıklandığı üzere Bakırköy Tüketici Mahkemesi'nin 2010/19 D. İş sayılı dosyasında alınan tespit raporu, Yıldız Teknik Üniversitesi Otomotiv Ana bilim Dalı öğretim üyelerinden oluşan konusunda uzman bilirkişi heyetince düzenlenmiş, tespit raporuna davalılar vekili tarafından itiraz edilmesi üzerine mahkemece yargılama aşamasında itirazları karşılayacak şekilde aynı bilirkişi heyetinden teknik değerlendirmeler yapılarak ek rapor alınmış, itirazlar karşılanmak suretiyle düzenlenen ek rapor uyarınca karar verilmiştir. Tespit dosyasında tespit raporunu ve yargılama aşamasında ek rapor düzenleyen bilirkişiler aracı bizzat gören, konusunda uzman bilirkişiler olup bu durumda kazanın meydana geldiği tarihten bu yana aradan geçen süre dikkate alındığında mahkemece yeniden keşif yapılarak farklı heyetten bilirkişi raporu alınmasında yarar bulunmamaktadır. O halde mahkemece tespit raporunu düzenleyen bilirkişi heyetinden, yargılama aşamasında davalıların itirazlarını da karşılayacak şekilde ek rapor alınarak karar verilmesinin yerinde olduğu Kurul çoğunluğu tarafından kabul edilmiştir. Hukuk Genel Kurulundaki görüşmeler sırasında, delil tespitinin karşı tarafa haber verilmeden yapılmasının hukuki dinlenilme hakkının ihlaline neden olacağı, karşı tarafa haber verilmeden delil tespitinin yapılması halinde karşı tarafça vakıaları ileri sürme hakkı, açıklama ve ispat hakkı tanınmadan alınacak raporun açıkça veya örtülü olarak kabul edilmediği takdirde hükme esas alınamayacağı, yargılama aşamasında mahkemece yeni rapor alınması halinde hukuki dinlenilme hakkının sağlanmış olacağı, ek rapor alınarak bu eksikliğin giderilemeyeceği bu nedenle direnme kararının bozulması gerektiği ileri sürülmüş ise de, bu görüş Kurul çoğunluğunca benimsenmemiştir." Y. HGK. 2017/13-699 E. 2018/1867 K. 06.12.2018 T. Karar için bkz. www.kazanci.com. Erişim tarihi: 06.10.2020.

⁵⁰⁶ Doktrindeki bir görüşe göre, delil tespiti vasıtasıyla alınmış bilirkişi raporuna iki hafta içinde (delil tespiti aşamasında) itiraz edilmemesi halinde, bilirkişi raporu taraflar açısından kesinleşir. Bu durumda taraflar, bilirkişi

değerlendirme sonucunda bu bilirkişi görüşünün yeterli olmadığına kanaat getirmişse, asıl davada tekrar bilirkişi incelemesi de yaptırılabilir⁵⁰⁷. Bu bağlamda, mahkeme tekrar bilirkişi incelemesi yaptırmış ve alınan yeni rapor ile delil tespiti aşamasında alınan rapor arasında çelişki bulunmuşsa, Yargıtay'ın birçok kararına göre bu çelişkinin giderilmesi için yeniden atanacak bilirkişi kurulundan rapor alınması gerekmektedir⁵⁰⁸. Yargıtay'ın diğer bir kararına göre ise, delil tespiti sırasında alınan bilirkişi raporu ile mevcut davada alınan bilirkişi raporu arasında çelişki bulunduğu durumlarda, delil tespiti sırasında alınan ve karşı tarafça itiraz edilmiş rapora göre karar verilemez, hâkim ancak mevcut davada alınan bilirkişi raporu ile hüküm kurabilir⁵⁰⁹.

Ceza davası sırasında alınmış bilirkişi görüşü ise kural olarak hukuk hâkimini bağlamaz⁵¹⁰. Ceza davasında bilirkişi görüşü alınmış olsa da hukuk hâkimi tekrar bilirkişi

raporunu kabul etmiş sayılır ve asıl davada bilirkişi raporuna itiraz edemez. Ancak bu durum mahkeme için geçerli değildir. Hâkim, gerekirse ek veya yeni bir rapor alınmasına karar verebilir. Bkz. Aslan, 2011: 137; Arslan vd., 2019: 585. (Takdiri bir delil olan bilirkişi raporunun tarafların itiraz etmemesine bağlı olarak kesinleşmesinin mümkün olmadığı yönünde aksi görüş için bkz. Atalı vd., 2019: 723). Bunun gibi, delil tespiti talep eden taraf, ulaşılan sonuca delil tespiti sırasında itiraz etmediği takdirde, karşı taraf bakımından usuli müktesep hak oluşur. Bu sebeple, esas davada karşı tarafın delil tespiti sırasında alınan bilirkişi raporuna dayanması halinde bu rapora itiraz edemez. Bkz. Aslan, 2011: 117; Akil, 2009: 49. Aksi görüşte: Arslandoğan, 2020: 230. Aleyhine delil tespitine başvuru alan taraf ise kendi yokluğunda yapılan delil tespitine karşı esas davada itiraz edebilir. Ancak yokluğunda yapılan delil tespitinin tutanağı ve bilirkişi raporu kendisine tebliğ edilir ve usulüne göre itiraz etmezse, bu durumda bilirkişi raporunu kabul etmiş sayılır. Aynı şekilde delil tespiti kendisinin huzurunda yapılmışsa bilirkişi raporuna, esas davada itiraz edemez. Bkz. Akil, 2009: 49-50; Aslan, 2011: 118-119.

⁵⁰⁷ Akil, 2009: 50; Aslan, 2011: 113.

⁵⁰⁸ “Alınan bilirkişi heyeti raporu ile delil tespiti raporu arasında büyük oranda ve açık bir şekilde çelişki bulunduğu anlaşılmakta olup, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 281/3. maddesi uyarınca raporlar arasındaki çelişkinin giderilmesi amacıyla dosyanın yeni bir bilirkişi heyetine tevdi edilmesi yerine çelişkili raporlar dayanak olarak karar verilmiş olması hatalıdır.” Y. 15. HD. 2016/1181 E. 2017/421 K. 01.02.2017 T. Aynı yönde; Y. 15. HD. 2015/6357 E. 2017/389 K. 31.01.2017 T; Y. 15. HD. 2016/1569 E. 2017/866 K. 01.03.2017 T. Kararlar için bkz. www.kazanci.com. Erişim tarihi: 28.02.2019.

⁵⁰⁹ “Somut olayda, dosya içerisinde yer alan ... Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2011/62 D.İş tespit dosyasında 07.10.2011 tarihinde keşif yapıldığı, 07.03.2012 tarihli fen, ... ve inşaat bilirkişisinin raporunda 5024 m2'lik kısmın kanaldan su sızması sonucu işlenemeyecek şekilde zarar gördüğünün tespit edildiği, Mahkeme tarafından ise 14.08.2014 tarihinde keşif yapıldığı, 17.09.2014 tarihli fen ve ... bilirkişisinin raporuna göre 1.387,03 m2'lik kısmın suya maruz kalması neticesinde tarımsal faaliyet yapılamayacak şekilde zarar gördüğünün tespit edildiği, yine bilirkişi raporunda dava tarihi (16.01.2013), tespit tarihi ve zarar gördüğü belirlenen m2 miktarındaki farklılıklar dikkate alınarak alternatifli hesap yapıldığı anlaşılmıştır. Mahkemece, bu alternatiflerden 5024 m2' ye 2007 yılından tespit tarihi olan 07.10.2011 tarihine kadar hesap edilen zarar miktarına göre hüküm kurulmuştur. Delil tespiti dosyasının içeriğinden, bu raporun davalı yana tebliğ edildiği, davalı yanın yargılama aşamasında delil tespitini kabul etmediği, davanın reddini istediği anlaşılmaktadır. Bu nedenle, tespit dosyasına sunulan bilirkişi raporu, davalı aleyhine bir delil olarak kabul edilemez. Mahkemece yapılan keşifte zarar gören m2 belirlenmiş olup bu alan esas alınarak yukarıda belirlenen ilkeler ve açıklanan olgular çerçevesinde inceleme ve araştırma yapılarak sonucuna göre ecrimisile hükmedilmesi gerekirken D.İş dosyasındaki tespite göre karar verilmesi doğru değildir.” Y. 8. HD 2018/6141 E. 2018/14711 K. 02.07.2018 T. Karar için bkz. www.kazanci.com. Erişim tarihi: 27.02.2019.

⁵¹⁰ Doktrinde, ceza mahkemesi kararlarının, hukuk mahkemesinde kesin delil teşkil ettiği durumlarda, ceza mahkemesinde alınmış bilirkişi raporunun, hukuk hâkimini bağlayacağı ifade edilmektedir. Buna karşılık, ceza mahkemesi kararlarının, hukuk mahkemesinde kesin delil teşkil etmediği durumlarda, ceza mahkemesinde alınmış bilirkişi raporunun, hukuk mahkemesinde takdiri delil olacağı, bu anlamda hâkimin ceza mahkemesinde alınmış bilirkişi raporuna göre karar verebileceği gibi yeni bir bilirkişi incelemesi de yaptırabileceği belirtilmektedir. Bkz. Kuru, 2020: 1524 vd.

incelemesi yaptırabilir. Yargıtay’a göre, ceza mahkemesinden alınmış bilirkişi raporu ile mevcut hukuk davasında alınmış bilirkişi raporu arasında çelişki bulunduğu durumlarda ise mahkemenin itirazları karşılamak ve çelişkileri gidermek amacıyla yeni atanacak bilirkişiden görüş alması gerekmektedir⁵¹¹.

1.6. Bilirkişi Ücreti

1.6.1. Bilirkişi Ücretinin Tespiti

Uyuşmazlığın çözümü için gerekli olan özel ve teknik bilginin bu konuda uzman kişiler tarafından mahkemeye aktarılması, adil ve doğru bir karara ulaşılması açısından son derece önemlidir. Bu önemli işlevi gören bilirkişiliğin angaryaya dönüşmesini engellemek, bilirkişiliğin daha cazip hale getirilmesini sağlamak ve daha nitelikli kişileri bilirkişilik yapmaya özendirmek amacıyla bilirkişiye belirli bir ücret ve yaptığı masrafların ödenmesi gerekir⁵¹². Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 283. maddesi, bilirkişi ücretinin nasıl tespit edileceğine dair herhangi bir objektif esas belirlemeyen Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’ndan farklı olarak, hâkimin bilirkişi ücretini tespit ederken hangi kriterleri kullanması gerektiğini açıklamıştır. Bu madde uyarınca hâkim, bilirkişi ücretini tespit ederken, bilirkişinin harcadığı zamanı, emeği ve Adalet Bakanlığınca çıkarılan ve her yıl güncellenen tarifeyi esas almalıdır. Bilirkişilik Yönetmeliği, yukarıda belirtilen hususların yanında yapılacak incelemenin nitelik ve öneminin de bilirkişiye verilecek ücretin takdirinde dikkate alınması gerektiğini düzenlemiştir (Bilirkişilik Yönetmeliği m. 57).

2016 yılında yürürlüğe giren 6754 sayılı Bilirkişilik Kanunu, ücret tarifesinin hazırlanması ve güncellenmesi görevini Adalet Bakanlığı nezdinde kurulan Bilirkişilik Daire Başkanlığı’na vermiştir (Bilirkişilik K. m. 6/ğ). Daire başkanlığı kendisine yüklenen göreve uygun olarak her yıl bilirkişi ücret tarifesini yayınlamaktadır⁵¹³. Tarifeler, ödenecek ücreti belirlerken, bilirkişinin kullanılacağı mahkemeyi esas almaktadır. Örneğin, 2019 Yılı Bilirkişilik Asgari Ücret Tarifesi’ne göre sulh hukuk mahkemelerinde görülen dava ve işlerde 220 TL, asliye hukuk mahkemelerinde görülen dava ve işlerde 365 TL, asliye ticaret

⁵¹¹ “Mahkemece yaptırılan bilirkişi incelemesi sonucunda düzenlenen raporla, ceza mahkemesine verilen raporların, kaçak elektrik bedelleri yönünden birbiri ile çeliştiği kuşkusuzdur. Ne var ki, mahkemece bilirkişi raporları arasındaki çelişki giderilmeden ve tarafların raporlara ilişkin itirazları karşılanmadan hüküm verilmiştir. Bilirkişi raporları arasındaki çelişki giderilip kaçak elektrik bedeli duraksamasız belirlenmeden, eksik inceleme ile hüküm verilemez.” Y. 2014/2794 E. 2014/5382 K. 03.04.2014 T. Aynı yönde; Y. 3. HD. 2014/13233 E. 2014/12874 K. 01.10.2014 T. Kararlar için bkz. www.kazanci.com. Erişim tarihi: 28.02.2019.

⁵¹² HMK m. 283 gerekçesi; Dülger, 2007: 670. Aynı görüşte olan *Demircioğlu*’na göre, bilirkişiye ücretini tam olarak vermeden görev yaptırmak, Anayasa’nın 18. maddesinde düzenlenen angarya yasağına aykırılık teşkil eder. Bkz. Demircioğlu, 2007: 210.

⁵¹³ Mülga 2018 Yılı Bilirkişi Asgari Ücret Tarifesi için bkz RG. T. 14.04.2018, S. 30391; 2019 Yılı Asgari Ücret Tarifesi için bkz. RG. T. 30.05.2019, S. 30789.

mahkemelerinde görülen dava ve işlerde ise 440 TL bilirkişi ücreti belirlenmiştir. (2019 yılı tarifi m. 6).

Mahkemenin başka bir sıfatla yargılama yaptığı durumlarda, ödenecek ücretin nasıl belirleneceği ise, 2018 ve 2019 yılı ücret tarifelerinde düzenlenmemiştir. Yürürlükten kaldırılan Hukuk Muhakemeleri Kanunu Bilirkişi Ücret Tarifi⁵¹⁴’nin 5. maddesinin 2. fıkrası ise, mahkeme hangi sıfatla yargılama yapıyorsa bilirkişi ücreti, buna göre belirlenir hükmünü içermekteydi. Örneğin, ticari bir uyuşmazlık o yerde asliye ticaret mahkemesi bulunmadığı için asliye hukuk mahkemesinde görülüyorsa, mahkeme bilirkişi ücretini tespit ederken, tarifiedeki asliye ticaret mahkemesi için öngörölmüş miktarı dikkate almalıdır. Kanaatimizce de, tarifelerdeki ücretlerin belirlenme şekli ve bilirkişilik bakımından önemli olan hususun yapılacak incelemenin niteliği olduğu göz önünde bulundurulduğunda, bilirkişi ücretinin mahkemenin yargılama yaptığı sığata göre belirlenmesi daha uygun bir yoldur.

2019 yılı tarifi, bölge adliye mahkemelerinde görülen işler için 465 TL bilirkişi ücreti belirlemiştir (2019 yılı tarifi m. 6). Yürürlükten kaldırılan tarifiede ise, “bölge adliye mahkemesi hukuk dairelerinde, görölmekte olan davanın türüne göre ait olduğu mahkemeye ait bilirkişi ücreti ödenir” hükmü düzenlenmişti (Mülga HMK Bilirkişi Ücret Tarifi m. 6). Kanaatimizce, mülga tarife hükmü daha isabetlidir. Zira bilirkişinin yapacağı inceleme, bu anlamda da harcayacağı emek ve zaman açısından davanın ilk derece mahkemesinde yahut bölge adliye mahkemesinde olması arasında bir fark yoktur. Öte yandan, her ne kadar kural olarak temyiz aşamasında bilirkişi atanması mümkün değilse de, Yargıtay’ın ilk derece mahkeme sıfatıyla görev yaptığı durumlarda bilirkişi atanabilir. Tarife, bu hususu göz önünde bulundurarak, Yargıtay’ın ilk derece mahkemesi sıfatıyla yargılama yaptığı durumlarda, bilirkişilere 580 TL ücret ödenmesini hükme bağlamıştır (2019 yılı tarifi m. 6).

Hemen belirtmek gerekir ki, bilirkişi ücret tarifi hâkimi bağlamaz. Hâkim, bilirkişinin harcadığı zaman ve emeği dikkate alarak, tarifiede belirlenen rakamları artırabilir yahut azaltabilir (2019 yılı tarifi m.7-8). 2019 yılı tarifesinin 7. maddesine göre, mahkeme bilirkişinin vasfını, uzmanlık alanında bilirkişi temininde yaşanan güçlükleri, uyuşmalığın niteliğini, dosyanın kapsamını, bilirkişinin ulaşım ve inceleme için harcayacağı süreyi ve eğer karar verilmişse keşifte geçirilen süreyi dikkate alarak tarifiede belirtilen bilirkişi ücretinin artırılmasına karar verebilir. Öte yandan, tarifenin 8. maddesine göre mahkeme işin mahiyetinin gerektirmesi halinde, tarifiede belirtilen bilirkişi ücretini indirebilir. Madde de belirtilen “işin mahiyeti” kavramı oldukça muğlâk olup, kanaatimizce bilirkişi ücretinin artırılması için göz önünde bulundurulacak (7. maddede sayılan) unsurlar, bilirkişi ücretinin

⁵¹⁴ RG. T. 01.10.2016, S. 29844.

azaltılması noktasında da dikkate alınabilecek niteliktedir. Bunun yanında ayrı bir inceleme ve araştırma gerektirmeyen seri dosyalarda, mahkeme işin mahiyetine göre tarifede belirtilen bilirkişi ücretini azaltılabilecektir (2019 yılı tarifesı m. 9).

Yukarıda belirtilen unsurlara göre mahkeme tarafından tespit edilen ilk bilirkişi ücreti, re'sen veya bilirkişinin veyahut da tarafların talebi ile sonradan artırabilir veya azaltabilir. Zira ücreti tespit eden ilk ara karar, taraflar veya bilirkişi lehine usuli kazanılmış hak doğurmaz⁵¹⁵. Doktrine göre, bilirkişi raporu yetersiz bulunursa ücretten indirim yapılabileceği gibi bilirkişinin kusurundan dolayı raporun yargılamada kullanılamadığı durumlarda hiçbir ücret verilmemesine de karar verilebilir. Bu sebeple bilirkişi raporu hâkim tarafından incelenmeden, bilirkişiye ücret ödenmemelidir⁵¹⁶. 2019 yılı bilirkişi ücreti tarifesinin 12. maddesine göre ise Bilirkişilik Yönetmeliği'nin 51. maddesinin birinci fıkrası uyarınca hâkimin yaptığı görevlendirmeye aykırı olarak rapor düzenlenmesi halinde bilirkişi ücretinin ödenmeyebileceği veya ücretten indirim yapılabileceği düzenlenmiştir. Bilirkişi Yönetmeliği'nin 51. maddesi uyarınca görevlendirme yazısında inceleme konusunun sınırları, bilirkişinin cevaplaması gereken sorular, takdir edilen ücret, raporun verilme süresi ve gerçeğe aykırı beyanda bulunulması halinde bilirkişinin cezalandırılacağı belirtilmektedir. Dolayısıyla, 2019 yılı tarifesinin yaptığı atıf dolayısıyla, bilirkişinin sunduğu rapor, verilen inceleme konusunun sınırları içinde değilse, bilirkişi kendisine sorulan soruları tam olarak cevaplamamışsa yahut bilirkişi raporu süresinde verilmemişse, hâkim bilirkişi ücretinin daha az ödenmesine yahut hiç ödenmemesine karar verebilir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda bilirkişiye ücret verilmemesine ilişkin tek düzenleme ise Kanun'un 274. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre bilirkişi raporu, süresinde ibraz edilmediği takdirde hâkim, bilirkişiyi görevden alıp yerine başka birini görevlendirebileceği gibi, görevden alınan bilirkişiye hiçbir ücret ve masraf ödenmemesine de karar verebilir.

Mahkeme tarafından belirlenen ilk ücret, talep üzerine artırıldığı takdirdeyse, yeni belirlenen ücret ile ilk belirlenen ücret arasındaki farkın da ilgili tarafça ödenmesi gerekir. Ancak, ücretin artırılmasına karar verilir de, ilgili taraf verilen süre içinde bu ek ücreti ödemezse, mahkemenin nasıl bir karar vermesi gerektiği açık değildir. *Kuru*'nun⁵¹⁷ Hukuk

⁵¹⁵ Kuru, 2001: 2793-2794.

⁵¹⁶ Kuru, 2001: 2794. Aynı yönde; Demirel, 1976: 1035; Tanrıver, 2016: 109-110.

⁵¹⁷ Kuru, 2001: 2794. Yazar ile aynı görüşü paylaşan Yargıtay kararı ise şöyledir; "Somut olayda; davanın sonuçlanmasını sağlayan keşif, bilirkişi incelemesi tanık gibi deliller toplanmış esas hakkında hüküm kurulabilmesi imkan dahiline girmiştir. Hakimin önceden yeterli gördüğü bilirkişi ücretini artırması ve bu konuda tanınan süre içinde bu paranın tamamlanmamış olması, gerçekleşen usuli işlemin geçersizliğine gerekçe yapılamaz. Ara kararıyla gerçekleşen bilirkişilere ait ek ödeme kararı hüküm gibi yerine getirilmesi istenebilen kararlardandır. İcra yolu ile istenip alınması ve mahkemece de yargılama giderleri arasında hak sahibi yararına tahsiline karar verme yetkisi de bulunmaktadır. Belirtilen bu hususların gözetilmemiş olması değişik

Usulü Muhakemeleri Kanunu dönemindeki görüşüne göre, ek bilirkişi ücretinin ödenmemesi halinde, mahkemenin artırılan miktarın ödenmesi için tarafları zorlama hakkı yoktur. Yazar'a göre, bu ihtimalde, adeta bilirkişi lehine bir alacak hakkı doğmaktadır. Bu alacağın borçlusu ise hükümde yargılama giderlerine mahkûm olan taraftır. Bilirkişi bu alacağın tahsili için hüküm kesinleştikten sonra ilamsız icra takibi yapabileceği gibi, ilgili tarafa dava da açabilir. Hüküm kesinleşmeden önce ise bilirkişi takip yapamayacağı gibi dava da açamaz. Zira ek bilirkişi ücreti ödenmesine ilişkin ara karar, esas hükümle birlikte temyiz edilip, bozulabilir⁵¹⁸. Kanaatimizce, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden sonra yukarıda belirtilen görüşe katılma imkânı kalmamıştır. İlk belirlenen bilirkişi ücreti daha sonra artırılsa, ek ücretin taraflarca ödenmesine karar verilmesi, ödenmemesi halinde de uyuşmazlığın tabi olduğu yargılama ilkesi (re'sen araştırma ilkesi veya taraflarca hazırlanma ilkesi) kapsamında bilirkişiye başvuru kararının gösterdiği özelliğe göre, 324. madde çerçevesinde gerekli sonuçların doğduğuna veya ücretin hazine tarafından karşılanmasına karar verilmesi gereklidir⁵¹⁹.

Bilirkişiden ek rapor alındığı takdirde bilirkişinin ayrıca bir ücrete hak kazanıp kazanmayacağını da bu noktada değerlendirmek gerekir. Bilindiği üzere, kural olarak hâkim bilirkişi raporundaki eksiklik veya belirsizliklerin giderilmesi amacıyla ek rapor alabilir (HMK m. 281/2). Bu bağlamda, ek rapor alınmasının temel sebebi bilirkişiden alınan ilk rapordaki eksiklik veya belirsizliktir. Diğer bir ifadeyle, ek rapor ihtiyacı, bilirkişinin verilen görevi gereği gibi yerine getirmemesinden kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla ek rapor düzenleyecek bilirkişinin harcayacağı ek zaman ve masrafın sebebi de kendisidir. Bu sebeple bilirkişiden ek rapor talep edildiği durumlarda, ayrıca bilirkişi ücreti takdir edilmemelidir⁵²⁰ (2019 yılı tarifesi m. 10/2-3). Buna karşılık, ilk raporun eksik veya yetersiz olmasının sebebi, hâkimin gerekli soruları sormaması gibi, bilirkişinin kusurundan kaynaklanmayan sebeplere dayanıyorsa, durumun gereklerine göre ve özellikle bilirkişinin ek rapor hazırlamak için harcayacağı emeğe ve zamana göre kendisine ayrıca bir ücret verilmesi mümkündür (2019 yılı tarifesi m. 10/1).

Hâkim bilirkişi ücretini tespit ederken, takdir hakkını son derece dikkatli kullanmalıdır. Zira bir taraftan bilirkişiliğe özendirilmesi, bu anlamda konusunda gerçekten

düşüncelerle yazılı olduğu gibi hüküm kurulması doğru bulunmamıştır" Y. 2. HD. 1991/7451 E. 1991/10072 K. 08.07.1991 T. Karar için bkz. Erdemir, 1998: 1218.

⁵¹⁸ Kuru, 2001: 2794-2795.

⁵¹⁹ Toraman'a göre; delil avansının yetersiz kaldığı durumlarda, eksik kalan kısım taraflarca yatırılmazsa bilirkişi incelemesine dayanmaktan vazgeçme sonucu doğmaz. Zira böyle bir durumda devam eden bir bilirkişi incelemesi vardır. Bu durumda, kendisine ödeme yapılmayan bilirkişinin, raporunu mevcut haliyle teslim etmesi halinde görevini tamamladığı kabul edilmelidir. Toroman, 2017: 276.

⁵²⁰ Aydılek, 1992: 43.

uzman ve yetenekli kişilerin uyuşmazlığın çözümüne katkı yapmasının sağlanması, diğer taraftan ise yüksek yargılama giderlerinin engellenmesi, bu anlamda hak arama özgürlüğünün ve usul ekonomisi ilkesinin çiğnenmemesi gereklidir. Dolayısıyla, bilirkişi ücreti ne icra edilen görevi bilirkişi için angarya haline dönüştürecek kadar az, ne de uyuşmazlığın tarafları için ağır bir külfete dönüşecek kadar çok olmalıdır⁵²¹.

Türk hukuk sisteminde ise bilirkişi ücretinin tespiti noktasında çok da hassas davranılmadığı kolaylıkla söylenebilir. Öncelikle belirtmek gerekir ki; üstlenilen sorumluluğun ağırlığı karşısından tarifede düzenlenen ücretler oldukça düşüktür. Uygulamada da mahkemelerin bu tarifelere yeterince müdahil olmadıkları görülmektedir. Bu durum ise konusunda uzman kişilerin mümkün olduğu kadar bilirkişilikten uzak kalmaya ve çeşitli mazeretlerle zorunlu görevlendirmeleri bertaraf etmeye çalışmasına neden olarak, bilirkişiliğin yeterli uzmanlığa sahip olmayan, mesleğini yürüttüğü piyasada tutunamamış kişilere bırakılmasına sebebiyet vermektedir.

1.6.2. Bilirkişi Ücretinin Ödenmesi ve Yargılama Gideri Olarak Kaybeden Tarafa Yükletilmesi

Bilirkişi ücretinin nasıl ve ne zaman ödeneceği, ödenmemesinin sonuçları, bilirkişi ücretinin Hukuk Muhakemeleri Kanunu kapsamında tabi olduğu hükümlere bağlıdır. Bu anlamda, karşımıza iki farklı düzenlemenin çıktığı söylenebilir. Birincisi, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 120. maddesinde düzenlenen gider avansı, ikincisi ise, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 324. maddesinde düzenlenen delil avansıdır. Bilirkişi ücreti, gider avansı olarak kabul edilirse, farklı sonuçlara tabi olacak buna karşılık delil avansı olarak kabul edilirse çok daha farklı sonuçlara tabi olacaktır. Dolayısıyla bilirkişi ücretinin, hangi durumlarda hangi madde kapsamında değerlendirileceği, üzerinde durulması gereken ciddi bir konudur. Konunun değerlendirilebilmesi için öncelikli olarak gider ve delil avansı kavramlarını ve bunlara bağlanan hukuki sonuçların kısaca açıklanmasında fayda vardır.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 120. maddesinde düzenlenen gider avansı, en kısa tabirle, yargılamada yapılacak muhtemel bazı giderlerin peşin olarak davacıdan alınmasıdır. Davacı, davayı açarken yargılama harçları ile her yıl Adalet Bakanlığınca çıkarılacak gider avansı tarifesinde belirlenecek tutarı, mahkeme veznesine yatırmak zorundadır (HMK m.120). Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 114/g maddesine göre de, gider avansı yatırılması dava şartlarındandır. Dolayısıyla hâkim, davanın her safhasında re'sen gider avansının yatırılıp yatırılmadığını dikkate almalıdır. Ancak gider avansı, eksikliği tamamlanabilir nitelikte bir

⁵²¹ Taşpınar, 2003: 394; Demircioğlu, 2007: 210.

dava şartı olduğundan, gider avansının yatırılmaması halinde, dava doğrudan usulden reddedilmez. Bu durumda, hâkim eksikliğin giderilmesi için davacı tarafa kesin bir süre verir. Aynı şekilde yatırılan gider avansının yeterli olmadığı dava sırasında anlaşılırsa, mahkeme eksik kalan miktarın tamamlanması için iki haftalık kesin süre verir (HMK m.120/2). Bu süre içinde de gider avansı yatırılmazsa davanın, dava şartı yokluğu nedeniyle usulden reddedilmesi gerekir (HMK m.115/2). Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 120. maddesinin gerekçesi ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu Yönetmeliği⁵²²’ni yürürlükten kaldıran Bölge Adliye ve Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Cumhuriyet Başsavcılıkları İdari ve Yazı İşleri Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair Yönetmeliğin⁵²³ 205. maddesine göre “Gider avansı, her türlü tebligat ve posta ücretleri, keşif giderleri, *bilirkişi* ve tanık ücretleri gibi giderler için *davacıdan* alınan meblağı ifade eder”.

Buna karşılık, “Delil İkamesi İçin Avans” başlığını taşıyan Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 324. maddesi, gider avansı dışında, uygulamada delil avansı olarak adlandırılan ayrı bir avans türü belirlemiştir. Bölge Adliye ve Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Cumhuriyet Başsavcılıkları İdari ve Yazı İşleri Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair Yönetmeliğin 205. maddesinin 4. fıkrası uyarınca “Delil avansı, tarafların dayandıkları delillerin giderlerini karşılamak üzere mahkemece belirlenen kesin süre içinde ödemeleri gereken meblağı ifade eder”⁵²⁴. Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 324. maddesine göre “Taraflardan her biri ikamesini talep ettiği delil için mahkemece belirlenen avansı, verilen kesin süre içinde yatırmak zorundadır. Taraflar birlikte aynı delilin ikamesini talep etmişlerse, gereken gideri yarı yarıya avans olarak öderler. Taraflardan biri avans yükümlülüğünü yerine getirmezse, diğer taraf bu avansı yatırabilir. Aksi halde, talep olunan delilin ikamesinden vazgeçilmiş sayılır.” Delil avansı ödenmesine, dilekçelerin verilmesi aşamasında veya ön inceleme aşamasında veyahut da tahkikatın başında hâkim tarafından karar verilir⁵²⁵.

Yukarıda belirtilen bilgiler ışığında, davalı bakımından Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 324. maddesinde düzenlenen delil avansının kullanılacağından şüphe etmemek gerekir. Zira Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 120. maddesinde düzenlenen gider avansı, davanın başında yargılamada yapılacak muhtemel masraflar için *davacı* tarafça ödenecek meblağı ifade eder. Nitekim Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 324. maddesi gerekçesinde,

⁵²² RG. T. 03.04.2012, S. 28253. Yürürlükten kaldırılan bu yönetmeliğin 45. maddesi de gider avansını aynı şekilde tanımlamıştı.

⁵²³ RG. T. 06.09.2015, S. 29437.

⁵²⁴ Yürürlükten kaldırılan Hukuk Muhakemeleri Yönetmeliği’nin 45. maddesinin 4. fıkrası da delil avansını aynı şekilde tanımlamıştı.

⁵²⁵ Bölge Adliye ve Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Cumhuriyet Başsavcılıkları İdari ve Yazı İşleri Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair Yönetmeliği’nin 205. maddesinin 5. fıkrası. Yürürlükte kaldırılan Hukuk Muhakemeleri Kanunu Yönetmeliği m. 45/5’ de aynı hükme yer vermiştir.

gider avansının daha çok davacı delillerinin toplanması için gereken harcamaları kapsadığı, delil avansının ise davalı tarafın delillerinin toplanması için öngörölmüş bir düzenleme olduğu belirtilmektedir⁵²⁶. Dolayısıyla, davalı tarafın bilirkişi ücretini ödememesi halinde Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 324. maddesi uyarınca delil ikamesinden vazgeçme sonucu doğacaktır.

Buna karşılık, davacının bilirkişi ücretini ödememesi halinde nasıl bir sonuç doğacağı, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 324’üncü ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 120. maddelerinin lafzı ve gerekçeleri bakımından açık değildi. Özellikle davanın başında yatırılan gider avansının bilirkişi ücretini karşılamaya yetmemesi halinde, eksik kalan miktarın Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 120. maddesine göre mi yoksa 324. maddesine göre mi isteneceğı tartışmaya açıktı. Bu sorun, esasen Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 120. maddesi gerekçesinin, 2018⁵²⁷ ve 2019⁵²⁸ yıllarında çıkarılan gider avansı tarifelerinin 3. maddelerinin ve Bölge Adliye ve Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Cumhuriyet Başsavcılıkları İdari ve Yazı İşleri Hizmetlerinin Yürütölmesine Dair Yönetmeliğin 205. maddesinin 1. fıkrasının bilirkişi ücretini, gider avansı kapsamında kabul etmesi, buna karşılık Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 324. maddesinin, “taflardan her birinin” bilirkişinin de dâhil olduğu herhangi bir delilin ikamesi için ücret yatırma zorunluluğundan bahsetmesinden kaynaklanmaktaydı.

Yargıtay’a göre “gider avansı ile delil ikamesi için avans kuralının birlikte değerlendirilmesi ve dava şartı olan gider avansının delillerin ikamesi dışındaki yargılama giderleri için dikkate alınması” gerekmektedir⁵²⁹. Nitekim gider avansını düzenleyen Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 120. maddesine, 2020 yılında eklenen 3. fıkra ile Yargıtay’ın görüşüne uygun olarak delil avansına ilişkin 324. madde hükümlerinin saklı olduğu belirtilmiştir. Aynı şekilde, 2020 yılında çıkartılan Hukuk Muhakemeleri Kanunu Gider

⁵²⁶ HMK m. 324 gerekçesi: “Harç ve avans ödenmesi başlıklı 120 inci maddede davacının dava masraflarının karşılığı olarak avans ödenmesi öngörölmüştür. Bu avans, davacının delillerin toplanması için yapılması gereken harcamaları da kapsar. Bu madde de ise daha çok davalının delillerinin toplanması için ödenmesi gereken avans düzenlenmiştir. Öte yandan davacının avansı yönünden “Dava şartları” başlıklı 114’üncü maddede hüküm getirilmiştir. Davacının avansı yatırmış olması dava şartlarındandır. Şu halde davacı avansının yargılamanın devamı sırasında yetersiz kalması halinde uygulanacak hüküm, bu maddeden ziyade 120 inci madde hükmüdür...”

⁵²⁷ RG. T. 29.09.2018, S. 30550.

⁵²⁸ RG. T. 01.10.2019, S. 30905.

⁵²⁹ “Mahkemece yazılı gerekçe ile davanın usulden reddine karar verilmişse de bu karara katılma olanağı bulunmamaktadır. Şöyle ki; HMK’nun 120. maddesindeki gider avansı ile ilgili düzenlemenin 324. maddedeki delil ikamesi için avans kuralı ile birlikte değerlendirilmesi ve dava şartı olan gider avansının delillerin ikamesi dışındaki yargılama giderleri için dikkate alınması gerekir. Dolayısıyla delil ikamesi için alınacak avans ile dava şartı olan gider avansının birbirinden ayrılması, delillerin ikamesi için alınacak avansın gider avansı içinde yer almaması zorunludur. Tanık dinlenmesi, bilirkişi raporu alınması ve keşif gideri gibi delil ikamesine yönelik giderlerin gider avansı içinde değerlendirilmesi olanağı HMK’nun 324. maddesi düzenlemesi karşısında yoktur.” Y. 8. HD. 2015/17931 E. 2017/6840 K. 10.05. 2017. Karar için bkz. www.kazanci.com. Erişim tarihi: 02.03.2019. Aynı yönde; 19. HD. 2012/1459 E. 2012/3539 K. 06.03.2012 T. Karar için bkz. Karşı, 2012: 459.

Avansı Tarifesi'nin⁵³⁰ 3. maddesinde; (2018 ve 2019 yılları gider avansı tarifelerinden farklı olarak) tebligat ücretleri, dosyanın bölge adliye mahkemesi ve Yargıtay'a gidiş dönüş ücreti ile diğer posta ücretleri, gider avansı kapsamında sayılmış, buna karşılık bilirkişi ücreti de dâhil olmak üzere deliller için yapılacak masraflar gider avansı kapsamında düzenlenmemiştir. Dolayısıyla, davacının bilirkişi ücretini ödemek zorunda olduğu hallerde de, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 120. maddesine göre değil, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 324. maddesine göre değerlendirme yapılmalı, bu anlamda bilirkişi ücretinin yatırılmaması halinde davanın usulden reddi değil, ilgili delile dayanmaktan vazgeçme sonucu ortaya çıkmalıdır⁵³¹.

Kanaatimizce, yapılan düzenleme ve Yargıtay'ın görüşü, bilirkişi ücretinin bir gider avansı sayıldığını belirten Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 120. maddesinin gerekçesi ve Yönetmeliğin ilgili hükümleri⁵³² ile çelişse de doğrudur. Aksi düşüncenin kabul edilmesi halinde Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 324. maddesinde belirtilen “ taraflardan her biri” ifadesinin hiçbir anlamı olmayacak ve bu ifadenin davalı olarak değiştirilmesi gerekecektir. Yine davacının, yargılama sırasında yatıracağı bilirkişi ücretini gider avansı olarak kabul etmek, taraflar açısından aynı harekete farklı sonuçlar bağlanmasına sebebiyet verecektir. Zira davacı tarafın delillerin toplanması için yatırması gereken parayı yatırmaması halinde dava usulden reddedilirken, davalı tarafın aynı hareket tarzı içinde bulunması halinde delil ikamesinden vazgeçme sonucu doğacaktır ki, bu durum silahların eşitliği ilkesine aykırıdır.

Bilirkişi ücretinin, gerek davacıdan gerekse de davalıdan, delil avansı kapsamında alınması gerektiği tespit edildikten sonra bu ücretin somut olayda kimin tarafından yatırılması gerektiği belirlenmelidir. Doktrinde, taraflardan birinin talebi ile bilirkişi incelemesinin gerçekleştiği hallerde, bilirkişi ücretinin delil avansı olarak bilirkişi deliline dayanmak isteyen

⁵³⁰ RG. T. 24.09.2020, S. 31254.

⁵³¹ “Tüm bu açıklamaların ışığında somut olaya gelince; borçlunun haczedilmezlik şikayeti üzerine başlangıçta 130,00-TL gider avansının mahkeme veznesine yatırıldığı, ardından mahkemece keşif yapılması ve bilirkişiden rapor alınması için 26.09.2013 tarihli tensip zaptının 4 numaralı fıkrasının 2. bendinde yer alan ara kararı ile, 850,00-TL.yi iki haftalık kesin sürede yatırması için şikayetçi borçluya süre verildiği ve bu paranın kesin süre içerisinde yatırılmadığı takdirde HMK' nın 120. maddesi gereği istemin usulden reddedileceğinin ihtarına karar verildiği, şikayetçi borçlunun ise verilen kesin süre içinde belirtilen masrafı yatırmaması sebebiyle şikayet isteminin usulden reddine karar verildiği anlaşılmış ise de bilirkişi ve keşif giderleri sebebiyle istenilecek giderlerin delil avansı kabul edilip, HMK' nın 324. maddesi uygulanmak suretiyle sonuca gidilmesi gerekirken bu masrafların gider avansı olarak kabul edilerek usulden ret kararı verilmesi doğru görülmemiştir. Hukuk Genel Kurulunda yapılan görüşmeler sırasında Yönetmelikte gider avansının tek tek sayıldığı, gider avansının dava şartı olduğu, kanunun amacına aykırı yorum yapılamayacağı, somut olayda belirtilen keşif ve bilirkişi giderinin de gider avansı olduğu ve kesin süre içinde eksik masrafın yatırılmaması sebebiyle verilen usulden red kararının doğru olduğu, direnme kararının onanması gerektiği görüşü ileri sürülmüş ise de bu görüş Kurul çoğunluğunca benimsenmemiştir”. Y. HGK. 2017/12-1141 E. 2017/641 K. 05.04.2017 T. Karar için bkz. www.kazanci.com. Erişim tarihi: 02.03.2019.

⁵³² Bölge Adliye ve Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Cumhuriyet Başsavcılıkları İdari ve Yazı İşleri Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair Yönetmeliği'nin 205. maddesinin 1. fıkrası.

tarafından alınması gerektiği belirtilmektedir⁵³³. Bu çerçevede; verilen kesin süre içinde gerekli masrafin ilgili tarafça yatırılmaması halinde, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 324. maddesi uyarınca diğer taraf da yatırmadığı takdirde, bilirkişi incelemesi talebinden vazgeçilmiş sayılmasına karar verilmelidir⁵³⁴. Bu durumda masrafı yatırmayan davacı taraf ise ve dosyadaki diğer delillerle bir karar verilemiyorsa (ispat yükü davacıdaysa), iddia ispat edilemediğinden davanın esastan reddine karar verilir⁵³⁵. Her iki taraf da bilirkişi incelemesi talep etmişse, gereken gider yarı yarıya ödenmelidir (HMK m. 324)⁵³⁶. Buna karşılık re’sen bilirkişiye başvurulduğu durumlarda ise bilirkişi ücretinin nasıl karşılanacağı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’ndan beri tartışmalara neden olmuş, doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bu tartışma, ilgili konuyu düzenleyen Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun 415. maddesinin yorumlanmasından kaynaklamaktaydı. Bu maddede “re’sen icrası emrolunan muamelenin istilzam ettiği masrafin” taraflarca ödenmemesi halinde, Hazine tarafından karşılanacağı belirtilmekteydi. Doktrindeki bir görüşe⁵³⁷ göre dava, ister re’sen araştırma ilkesine isterse de taraflarca hazırlanma ilkesine tabi olsun hâkimin re’sen bilirkişi incelemesine karar verdiği ve taraflarca bilirkişi ücretinin ödenmediği hallerde, bilirkişi ücreti

⁵³³ Arslan vd., 2016: 447.

⁵³⁴ Arslan vd., 2016: 447; Kuru, 2015: 311; Tanrıver, 2016: 110.

⁵³⁵ Kuru, 2015: 311; Arslan vd., 2016: 447. Ancak Yargıtay kararlarına göre, esasen bilirkişiye gidilmesine gerek olmayan hallerde, bilirkişiye başvurulmasına karar verilir ve davacı belirlenen ücreti yatırmazsa, bu sebeple davanın reddine karar verilmemelidir. Aynı şekilde uyuşmazlığın çözümü için gerekli olan uzmanlık alanından farklı bir uzmanlığa sahip kişi, bilirkişi atanmış ve ilgili taraf da bu bilirkişi ücretinin yatırmamışsa davanın reddedilmemesi gerekir. “Somut olayda, çekişmeli taşınmazların temlikinin muris muvazaası ile illetli olup olmadığı hususu hâkim tarafından değerlendirilebilecek bir konu olup buna yönelik bilirkişiden rapor istenmesi ve davacılar da bilirkişi ücretini yatırmaları için kesin süre verilmesi usul hukukuna aykırıdır. Hal böyle olunca, yukarıdaki açıklamalar dikkate alınarak işin esası hakkında bir karar verilmesi gerekirken usule aykırı kesin süre verilerek ve kesin süreye uyulmadığı gerekçesi ile davanın reddedilmesi doğru değildir.” Y. 1. HD. 2015/4271 E. 2017/7204 K. 07.12.2017 T. Karar için bkz. www.kazanci.com. Erişim tarihi: 02.03.2019. “...ne miktar zarar bulunduğu ve zararın tutarı konusunda rapor almak için bilirkişi ücretini yatırmak üzere mehil verilmiş ve kesin mehilin gereğinin yerine gelmemesi sebebiyle dava reddedilmiş ise de bilirkişi olarak seçilen Deniz Hukukçusunun uzmanlık alanı, bu emtea zararının tutarı konusunda görüş bildirmeye elverişli olmayıp bu sebeple de kesin mehil sonuç doğurucu nitelikte değildir. Bu durumda yazılı gerekçeyle davanın reddine karar verilmesi doğru olmadığından mahkemece verilen kararın bozulmasına karar vermek gerekmiştir.” Y. 11. HD. 2016/7286 E. 2017/4476 K. 18.09.2017 T. Karar için bkz. www.kazanci.com. Erişim tarihi: 02.03.2019.

⁵³⁶ Tanrıver, 2016: 110.

⁵³⁷ Taşpınar, 2003: 390. Yazar görüşünü şu şekilde gerekçelendirmiştir; “Her ne kadar hâkimin kendiliğinden bilirkişiye başvurması durumunda ne yapılacağını düzenleyen açık bir hüküm bulunmasa da, 415. maddede sözü edilen “re’sen icrası emrolunan” işlemlere bilirkişi incelemesinin de dahi olacağına kuşku yoktur. Hatta bu ifadede yalnızca re’sen araştırma ilkesinin uygulandığı davaların kast edildiği sonucu da çıkarılmamalıdır. Zira hâkimin her türlü davada bilirkişiye gidilmesini talep etme yetkisi vardır. Öte yandan sorun doğrudan doğruya yalnızca hâkimin bazı davalarda mutlak “gerçek”i aramak zorunda olmaması veya usulün amacıyla ilgili değildir. Sorun kanaatimizce Türk Hukuku’da bilirkişinin konumu ve algılanışıyla ilgilidir. Bilirkişilik kurumu, diğer delillerden ayrı değerlendirilmelidir. Zira bilirkişi, devletin sunmakla yükümlü olduğu yargı (adalet) hizmetinin adeta “saç ayağı”dır; hükmün verilmesinde hakime yardımcı olur; kararın oluşması sürecinin bir parçasını oluşturur. Hakim, kararını oluşturabilmek için bilirkişinin tespitine mutlaka gereksinin duyuyorsa söz konusu hükmü işletmek zorundadır. Özellikle örneğin, bilirkişinin tespiti bir tecrübe kuralının, fizik veya matematik kuralının açıklanmasına yönelik ise hâkim bu bilgi olmadan zaten diğer delilleri de değerlendiremeyecektir...”

Hazine tarafından karşılanmalıdır. Diğer bir görüşe⁵³⁸ göre ise, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 415. maddesi sadece re'sen araştırma ilkesinin geçerli olduğu durumlarda uygulanmalıdır. Taraflarca hazırlanma ilkesinin uygulandığı davalarda ise bilirkişi ücretinin Hazine tarafından karşılanması söz konusu olmaz. Zira bu tür davalarda, hâkimin mutlak gerçeği bulma yükümlülüğü bulunmamaktadır. İddia ve savunmanın ispatı için gerekli olan giderler taraflarca karşılanmalıdır. Gerekli giderler yatırılmadığı takdirde ise ilgili taraf iddiasını ispat edememiş sayılır.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 415. maddesini karşılayan Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 325. maddesinin de yukarıda belirtilen ikinci görüş esas alınarak düzenlendiği söylenebilir. Bu düzenlemeye göre; "Tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyeceği dava ve işlerde hâkim tarafından re'sen başvurulmuş deliller için gereken giderlerin, bir haftalık süre içinde taraflardan birisi veya belirtilecek oranda her ikisi tarafından ödenmesine karar verilir. Belirlenen süre içinde bu işlemlere ait giderleri karşılayacak miktarda avans yatırılmazsa, ileride bu gideri ödemesi gereken taraftan alınmak üzere Hazineden ödenmesine hükmedilir." Görüldüğü üzere Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 325. maddesinin uygulanması için öncelikle tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyeceği bir davanın bulunması gerekir. Madde gerekçesinde bu tür davalara örnek olarak; kadastro davaları, Türk Medeni Kanunu'nun savcıya evliliğin butlanını talep yetkisi veren düzenlemesinden kaynaklanan davalar, soybağına ilişkin davalar, velayete ve çocukların korunması için gereken davalar gösterilmiştir. Bu tür davalarda, belirlenecek bilirkişi ücreti, taraflarca yatırılmadığı takdirde, ileride haksız çıkan taraftan alınmak üzere Hazine tarafından karşılanacaktır. Gerçekten de özellikle, kamu düzeni ile ilgili davalarda, iddia edilen vakıaların gerçeğe uygun olarak tespit edilip, doğru ve adil bir hüküm kurulması sadece tarafları değil, toplumu da yakından ilgilendirmektedir. Bu tür davalarda, masrafların yatırılmaması nedeniyle birtakım delillerin incelenmeye alınmadan karar verilmesi düşünülemez. Dolayısıyla, taraflarca yatırılmayan giderlerin, bir şekilde karşılanıp, gerçeğe ulaşılması gerekir. Kanaatimizce, olması gereken hukuk bakımından, bu tür davalarda bilirkişiye re'sen veya talep üzerine başvurulmuş olmasına bakılmaksızın taraflarca ödenmeyen bilirkişi ücretinin herhangi bir ayırım yapmaksızın Hazine tarafından karşılanması gereklidir⁵³⁹. Buna karşılık, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 325. maddesinin açık hükmü gereğince, tarafların üzerinde tasarruf edebileceği davalarda, bilirkişi ücreti ve masrafı taraflarca yatırılmadığı takdirde, bilirkişi ücretinin Hazine tarafından karşılanmasına karar

⁵³⁸ Kuru, 2001: 2658-2659.

⁵³⁹ Bkz. 1.3.1. Bilirkişinin Atanma Kararı.

verilemeyecektir⁵⁴⁰. Kanaatimizce, olması gereken hukuk bakımından, taraflarca hazırlanma ilkesine tabi davalarda, ister re'sen isterse de talep üzerine bilirkişiye başvurma kararı alınmış olsun bilirkişi ücreti, ispat yükü kendisine düşen taraftan alınmalıdır. Bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi halinde ise delil ikamesinden vazgeçme sonucu doğmalıdır. Zira bilirkişiye başvurma kararının nedeni açısından talep üzerine veya re'sen bilirkişiye başvurma kararı arasında fark yoktur. Her ikisinin temelinde özel ve teknik bilgi ihtiyacı, bu anlamda da hâkimde eksik olan bilginin tamamlanıp, doğru karara ulaşılması vardır⁵⁴¹.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 323/e maddesi uyarınca bilirkişiye ödenecek ücret ve giderler, yargılama gideri olarak kabul edilmiştir. Bunun sonucu olarak, taraflardan biri tarafından ödenen bilirkişi ücreti, hükümle beraber aleyhine karar verilen tarafa yükletilir (HMK m.326). Ancak bir kimse gereksiz yere davanın uzamasına veya gider yapılmasına sebebiyet vermiş ise hüküm lehine olsa dahi bilirkişi ücretini ve diğer yargılama giderlerini (karar ve ilam harcı dışındaki yargılama giderleri) ödemeye mahkûm edilebilir (HMK m. 327/1).

⁵⁴⁰ Kuru, 2015: 311-312; Bolayır, 2014: 426, dpn. 298. Aksi görüşteki *Tanrıver*'e göre ise tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyeceği davalar ibaresinden HMK'nın 325. maddesinin re'sen araştırma ilkesine tabi davalarda uygulanacağı yönünde bir algı ortaya çıkmasına rağmen; maddenin bu şekilde anlaşılması halinde hâkimin re'sen bilirkişiye başvurabileceği yönündeki HMK'nın 266. maddesinin bir anlamı kalmayacaktır. Özellikle bilirkişinin fonksiyonun vakıa tespiti veya vakıadan sonuç çıkarma olduğu durumlarda, hâkimin bilirkişi incelemesi olmadan diğer dava malzemesini de sağlıklı bir şekilde değerlendirmesi mümkün değildir. Bu anlamda bilirkişinin hâkim yardımcısı olması ve yargılamada gösterdiği önemli fonksiyon, HMK'nın 325. maddesi hükmünün gerek re'sen hazırlanma ilkesine gerekse de taraflarca getirilme ilkesine tabi davalarda uygulanmasını gerektirmektedir. Aksine bir anlayış ise taraflarca getirilme ilkesine tabi davalarda, medeni usul hukukunun gerçeği bulma amacının sınırlandırılabilmesi ya da ihmal edilebileceği anlamına gelir. Bkz. Tanrıver, 2016: 111-112. Esasen Yazar'ın belirttiği hususların birçoğu tarafların bilirkişi incelemesi talep ettiği ve mahkemenin bu talepleri kabul ettiği durumlarda da geçerlidir. Zira tarafların bilirkişi talebi kabul edildiği takdirde; mahkeme uyuşmazlığın kendisinde bulunmayan özel ve teknik bilgiye ihtiyaç duyduğunu; bu kapsamda sağlıklı bir yargılamanın, adil ve doğru kararın ancak bilirkişi görüşü ile sağlanabileceğini kabul etmektedir. Ancak böyle durumlarda Yazar'ın da belirttiği gibi (Bkz. Tanrıver, 2016: 110) HMK'nın 324. maddesi uyarınca bilirkişi ücreti taraflarca yatırılmadığı takdirde, hâkim maddi gerçeği bulma amacından vazgeçerek, bilirkişi incelemesi yaptırmadan bir karara ulaşmak zorunda kalmaktadır. Bu olguya, yani özel ve teknik bilgi ihtiyacının var olduğu kabul edildikten sonra sadece tarafların ücreti yatırmamasından dolayı maddi gerçeğe bulma amacından fedakârlık yapılabileceği kabul ediliyorsa, taraflarca hazırlanma ilkesine tabi bir davada re'sen bilirkişi incelemesine başvurma kararı alındığında da bu amaçtan vazgeçilebileceğinin kabulü gerekir. Bunun yanında gider avansının yatırılmaması halinde davanın usulden reddedilebilmesi, keşfe katlanma yükümlülüğüne aykırı davranış halinde taraflar bakımından zor kullanılamaması ve sadece delilden vazgeçilmesi yahut aleyhe vakıanın kabul edilmiş sayılması gibi düzenlemelerden de anlaşılacağı üzere HMK tarafların üzerlerine düşen yükümlülüklerle aykırı davranılan birçok durumda maddi gerçeği bulma amacından sapabilmektedir.

⁵⁴¹ Mevcut uygulamamızda da, bilirkişiye gitme kararının re'sen mi yoksa talep üzerine mi alındığı çoğu zaman belli olmamaktadır. Bilirkişiye başvurma kararının yer aldığı tensip zaptları incelendiğinde, sadece bilirkişiye başvurma kararlarının olduğu, buna karşılık kararın talep üzerine mi yoksa re'sen mi alındığının genellikle belirtilmediği görülmektedir. Bkz. 1.3.1 Bilirkişinin Atanma Kararı.

1.7. Bilirkişinin Hukuki Sorumluluğu

1.7.1. Genel Olarak

Teknik anlamıyla bilirkişinin hukuki sorumluluğu, bilirkişinin görevi ile ilgili işlem ve eylemlerden doğan sorumluluğudur. Bilirkişinin sorumluluğundan bahsedilebilmesi için bilirkişinin yargılamaya, bu anlamda taraflara doğrudan veya dolaylı olarak bir zarar vermesi gerekir. Bilirkişinin vereceği zararlar; mahkemeye sunduğu rapor ve beyanlardan yahut bilirkişinin rapor ve beyanları dışında kalan ancak bu rapor ve beyanların oluşması, hazırlanması ve sunulması sırasında yapılmaması gereken eylemlerin yapılmasından veya mevzuatta belirtilen şartlara göre yapılması gereken işlem ve eylemlerin öngörülen şekilde yapılmamasından kaynaklanabilir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu, bilirkişinin rapor ve beyanlarından doğan sorumluluğu düzenlemiştir. Buna karşılık, görüş sunma dışında kalan sorumluluk nedenleri için açık bir hüküm bulunmamaktadır. Bu çerçevede, bilirkişinin rapor ve beyanlarından doğan sorumluluğunu ve diğer sorumluluk sebeplerini ayrı başlıklar altında değerlendirmeye çalışacağız. Aşağıda ayrıntılı olarak inceleyeceğimiz üzere bu ayrım, bilirkişinin sorumluluğunun şartları, kapsamı ve sorumluluk nedeniyle açılacak davalar bakımından önem arz etmektedir.

1.7.2. Bilirkişinin Mahkemeye Sunduğu Görüşten Doğan Sorumluluk

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu döneminde bilirkişinin rapor ve beyanlarından doğan sorumluluğu, özel bir düzenlemeye tabi olmadığından, doktrininde sorumluluğun niteliği ve kapsamı hakkında farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre⁵⁴², gerçeğe aykırı rapor düzenlenmesi halinde bilirkişilerin şahsına karşı açılacak davalar, haksız fiil hükümlerine tabi olmalıdır. Bu düşüncenin temelinde, bilirkişinin bir kamu görevlisi olmadığı, yine bilirkişi ile mahkeme veya taraflar arasında akdi bir ilişkinin bulunmadığı ve bu sebeple bilirkişinin gerçeğe aykırı rapor hazırlamasından doğan sorumluluğunun ancak haksız fiil hükümlerine dayandırılabilceğini kabul eden Alman doktrininin görüşleri yatmaktadır⁵⁴³. Bu görüşü savunan bazı yazarlara göre; haksız fiili düzenleyen genel hükümlerden farklı olarak bilirkişinin sorumlu olabilmesi için raporun kasten gerçeğe aykırı olarak düzenlenmesi gerekir, ihmal ile gerçeğe aykırı rapor düzenlenmesi halinde ise bilirkişinin sorumluluğu doğmaz. Aksi halde, bilirkişi çok büyük bir risk altında görev yapmak zorunda kalır ve bu durum bilirkişinin hâkim yardımcısı olma sıfatı ile bağdaşmaz⁵⁴⁴.

⁵⁴² Tanverdi, 1991: 223; Kuru, 2001: 2797; Şengün, 1969: 459.

⁵⁴³ Alman hukukundaki bilirkişiliğin sorumluluğuna ilişkin diğer görüşler için bkz. Tanrıver, 2005: 133 vd.

⁵⁴⁴ Kuru, 2001: 2797.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu döneminde ileri sürülen diğer bir görüşe⁵⁴⁵ göre ise bilirkişinin gerçeğe aykırı rapor düzenlemesinden kaynaklanan sorumluluğun kaynağını tespit edebilmek için bilirkişinin yargılamada ifa ettiği görevin niteliğine ve bilirkişilerin hukuki statülerine bakmak gerekir. Bu görüşe göre, bilirkişilerin ifa ettiği görev bir kamu görevi olup; bilirkişiler de mahkemeye kendine özgü bir kamu hukuku ilişkisiyle bağlı bulunan Anayasa'nın 129. maddesinin 5. fıkrası kapsamında kamu görevlileri, 40. madde kapsamında da resmi görevlilerdir⁵⁴⁶. Dolayısıyla, bilirkişilerin gerçeğe aykırı rapor düzenlemesinden kaynaklanan zararlarda, Devlet birinci derecede sorumludur. Bu yüzden gerçeğe aykırı rapordan doğan zararlardan dolayı açılacak davalar Devlete karşı açılır, ancak ilgili idare, sorumlu bulunan bilirkişiye rücu edebilir⁵⁴⁷.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu da yukarıda açıklanan ikinci görüşü esas alarak, 285. maddesinde bilirkişinin sorumluluğunu düzenlemiştir⁵⁴⁸. Maddenin gerekçesi incelendiğinde, sorumluluk için Devlete başvurulmasının temel sebepleri olarak, bilirkişinin hâkim yardımcısı olması, Anayasa'nın 129/5. maddesi anlamında “diğer kamu görevlisi” ve 40'ıncı maddesinin ikinci fıkrası anlamında resmi görevli olarak kabul edilmesi gösterilmiştir⁵⁴⁹. Bu düzenlemeye göre; “bilirkişinin kasten veya ağır ihmal suretiyle düzenlemiş olduğu gerçeğe aykırı raporun,

⁵⁴⁵ Tanrıver, 2005: 145.

⁵⁴⁶ Tanrıver, 2005: 147-148. *Apalak*'a göre ise bilirkişi ne memur ne de kamu görevlisidir. Memurlar atamayla ve koşul işlemle faaliyetlerini sürdürürken, kamu görevlileri memurlar dışında kalan ve idari bir sözleşmeyle çalışan veyahut seçimle yönetime gelen kişiler ile idari otoritelerde görev yapanlardır. Bu anlamda bilirkişi bu kapsamda değerlendirilemez. *Apalak*, 2001: 482-483. Benzer bir görüşe göre de bilirkişilerin kamu görevlisi sayılması mümkün değildir. Bilirkişilerin verdiği zararlardan dolayı devletin sorumlu tutulması, bilirkişilerin kamu görevlisi sayılmalarından değil, bir kamu hizmeti olan yargılama faaliyetinin bir parçası olarak hâkim tarafından yetkilendirilmelerinden dolayıdır. Esasen bu görüşü savunan Yazarlar, bilirkişinin verdiği zararlardan dolayı Devletin sorumlu tutulmasını da kabul etmemektedir. Bkz. Gün vd., 2015: 34, 56.

⁵⁴⁷ Tanrıver, 2005: 148.

⁵⁴⁸ HMK'nın 285. maddesi ile bilirkişilere, HMK'nın 46. maddesiyle hakimlere tanınan korumadan da ileri bir sorumsuzluk ve dokunulmazlık verildiği, bu hükmün Anayasa'nın 10. 128. ve 129/5. maddelerine aykırı olduğu yönünde bkz. Gün vd., 2015: 1-2, 26 vd.

⁵⁴⁹ HMK m. 285 gerekçesi. Madde gerekçesi, bilirkişinin diğer kamu görevlisi ve genel anlamda resmi görevli olarak nitelendirilmesinin sebeplerini şöyle açıklamaktadır: “Diğer kamu görevlisi kavramının unsurları ise kısaca şu şekilde ortaya konulabilir; asli ve sürekli görevlerde (kamu görevinde) çalışıp da, memur ve işçilerin dışında kalan personelden olma ile Devlete kamu hukuki ilişkisiyle bağlı bulunmadır. Bilirkişilerin görevlendiriliş biçiminin, görev ve yetkilerinin bir özel hukuk sözleşmesinden kaynaklanmayıp genel çerçevede de olsa kanun hükümleriyle belirlenmiş bulunması, kamu görevi yapmaları, görevlendirmelerinin adli bir organın kamusal tasarrufu ile gerçekleştirilmesi, bazı hallerde bu görevi kabulle yükümlü tutulmaları, yemin etme yükümlülüklerinin varlığı, objektiflik ve tarafsızlık ilkeleri çerçevesinde şahsen faaliyet göstermeleri, hâkimler hakkındaki sebeplere dayanarak reddedilebilmeleri, aynı gerekçelerle kendi kendilerini reddedilebilmeleri ve tanıklıktan çekinmeye ilişkin nedenlere dayanarak görevden çekinebilmeleri, görevin ifasını sağlamaya yönelik olarak haklarında özel disiplin hükümlerinin öngörülmüş bulunması, bilirkişiyi etki altına almaya yönelik davranışların Türk Ceza Kanunu anlamında bir suç sayılması ve bazı kamusal yetkilerle donatılmış olmaları, onlarla, Devlet arasında özel bir kamu hukuku ilişkisi bulunduğunun somut göstergelerini oluşturmaktadır. Bu açıdan yaklaşıldığında, bilirkişinin kamu görevi yapan bir kamu görevlisi, genel çerçevede de resmi kimliği bulunan bir görevli (yani, resmi görevli) olduğu söylenebilir”.

mahkemece hükme esas alınması sebebiyle zarar görmüş olanlar⁵⁵⁰, bu zararın tazmini için Devlete karşı tazminat davası açabilirler. Devlet ödediği tazminat için sorumlu bilirkişiye rücu eder”.

Bilirkişinin gerçeğe aykırı raporundan kaynaklanan tazminat davaları adli yargıda görülecektir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 286. maddesine göre, gerçeğe aykırı bilirkişi raporu ilk derece mahkemelerce karara esas alınmışsa, bu mahkemenin yargı çevresinde yer alan bölge adliye mahkemesi hukuk dairesinde, bölge adliye mahkemesince hükme esas alındığı hallerde ise Yargıtay’ın ilgili hukuk dairesinde Devlet (Adalet Bakanlığı) aleyhine tazminat davası açılabilir. Gerek bölge adliye mahkemesi gerekse de Yargıtay, bilirkişinin sorumluluğuna ilişkin davalara ilk derece mahkemesi sıfatıyla bakacaktır⁵⁵¹. Bu sebeple yürütecekleri yargılama, alt derece mahkemesi kararının inceleme ve denetiminden farklı olarak ilk derece mahkemelerinin tabi olduğu yargılama kurallarına bağlı olacaktır⁵⁵². Bu noktada karşımıza yazılı ve basit yargılama usulü olmak üzere ikili bir ayrım çıkmaktadır. *Tanrıver*,⁵⁵³ Kanun’da özel bir düzenleme bulunmamasını gerekçe göstererek bu davalarda yazılı yargılama usulünün uygulanması gerektiğini haklı olarak belirtmektedir.

Bilirkişinin sorumluluğu nedeniyle açılacak davalarda uygulanacak zamanaşımı süresi bakımından Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda doğrudan bir düzenleme bulunmamaktadır. Doktrinde genel olarak benimsenen görüşe⁵⁵⁴ göre, tazminat davasının hukuki dayanağının haksız fiil olmasından dolayı, bu davanın Türk Borçlar Kanunu’nun 72. maddesinde düzenlenen zamanaşımı sürelerine tabi olması gerekir. Bu sebeple, zararın öğrenilmesinden itibaren iki yıl ve her halükârda fiilin işlendiği tarihten itibaren on yıl geçmekle dava zamanaşımına uğrar. Ancak bilirkişinin gerçeğe aykırı rapor düzenlemesi bir suç teşkil eder ve bu suça ilişkin ceza zamanaşımı iki yıldan uzun olursa, tazminat davasında da ceza zamanaşımı süresi uygulanır⁵⁵⁵. Bilirkişi raporu kasten gerçeğe aykırı olarak düzenlenmişse, bu fiil, TCK’nın 276. maddesi anlamında suç teşkil edecektir. TCK’nın 276. maddesinde

⁵⁵⁰ *Tutumlu*’ya göre madde de geçen “zarar görmüş olanlar” ifadesi dolayısıyla esas davanın tarafı olmayan üçüncü kişiler dahi diğer koşulların gerçekleşmesi halinde tazminat davası açabilecektir. Bkz. *Tutumlu*, 2012: 249-250.

⁵⁵¹ Bilirkişinin gerçeğe aykırı rapor düzenlemesinden kaynaklanan tazminat davalarında, verilen kararlara karşı temyiz yoluna başvurulabileceği kabul edilmektedir. Bu çerçevede, bölge adliye mahkemesi tarafından verilen kararlara karşı Yargıtay’ın ilgili hukuk dairesinde; Yargıtay’ın ilgili hukuk dairesinin ilk derece mahkemesi sıfatıyla verdiği kararlara karşı da Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nda temyiz incelemesi yapılabileceği belirtilmektedir. Bkz. Atalay, Pekcanitez Usul, 2017: 1947-1948.

⁵⁵² *Tanrıver*, 2016: 122.

⁵⁵³ *Tanrıver*, 2016: 122.

⁵⁵⁴ Kuru, 2015: 320; *Tutumlu*, 2012: 252; *Tanrıver*, 2016: 124.

⁵⁵⁵ *Tutumlu*, 2012: 252.

düzenlenen gerçeğe aykırı bilirkişilik suçunun ceza zamanaşımı süresi ise on beş yıldır (TCK m.68/1-e)⁵⁵⁶.

Devlet, açılan dava sonucunda tazminat ödemek zorunda kalırsa, sorumlu bilirkişiye karşı açacağı rücu davaları da tazminat davasını karara bağlamış mahkeme de görülür (HMK m. 286/2). Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 287. maddesi uyarınca devletin açacağı rücu davası, zararın ödenme tarihinden itibaren bir yıl geçmekle zamanaşımına uğrar. Ancak bilirkişi raporu kasten gerçeğe aykırı olarak düzenlenmişse, bu durumda ceza zamanaşımı süresi uygulanır.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 285. maddesinin metninden de anlaşılacağı üzere bilirkişinin rapor ve beyanlarından dolayı Devletin tazminat sorumluluğunun ortaya çıkabilmesi için birçok unsurun birlikte gerçekleşmesi gerekir. Her şeyden önce tazminat davası açılabilmesi için raporun gerçeğe aykırı olarak düzenlenmesi gerekir. Ancak bilirkişi raporunun gerçeğe aykırı olarak düzenlendiğinin nasıl tespit edileceği, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 285. ve 286. maddelerinde düzenlenmemiştir. Kanaatimizce, bu noktada iki ihtimal söz konusu olabilir. Bu anlamda, bilirkişinin gerçeğe aykırı rapor düzenlediğinin tespitini ya Devlet aleyhine açılan tazminat davasını gören mahkeme kendisi gerçekleştirecek veyahut da yargılamanın iadesinde olduğu gibi bilirkişinin gerçeğe aykırı rapor düzenlediği öncelikle ceza mahkemesi kararıyla tespit edilecektir. Belirtmek gerekir ki; her iki ihtimal de bazı sakıncalara neden olabilecektir. Öncelikle bilirkişi raporunun gerçeğe aykırılığını, doğrudan Devlet aleyhine açılacak tazminat davasını görecektir mahkeme tespit edecek olursa, her uyuşmazlık bakımından asıl davadan sonra, kolaylıkla yeni bir dava daha açılma ihtimali ortaya çıkacaktır. Bilirkişi raporu aleyhine olması nedeniyle ilk davayı kaybeden taraf, herhangi bir sınırlamayla karşılaşmaksızın bir de tazminat davasını deneme yoluna gidebilecektir. Diğer taraftan, her ne kadar bilirkişi raporu doğrudan kesin hüküm kapsamında sayılmasa dahi doğruluğu mahkeme kararı ile belirlenmiş bilirkişi raporunun ceza mahkemesi kararı olmadan doğrudan başka bir hukuk mahkemesi tarafından gerçeğe aykırı bulunması hukuki anlamda sakıncalara neden olabilecektir. Zira bilirkişi raporunun yeterliliği ve geçerliliği tarafların itirazları ve re'sen yapılan inceleme sonucunda bir mahkeme tarafından incelenmiş, doğru bulunmuş ve hüküm bu rapora göre kurulmuştur⁵⁵⁷. Buna karşılık raporun

⁵⁵⁶ Tanrıver, 2017: 153.

⁵⁵⁷ Şengün'e göre "kesinleşen bir kararla onaylanan bilirkişi raporları hakkında, yargılamanın yenilenmesi yoluna gidilmediği sürece sorumluluk söz konusu değildir. Kesin hüküm kural olarak gerekçeyle sirayet etmez. Ancak hüküm fıkrasına zaruri suretle bağlı gerekçelerin kesin hüküm teşkil edeceği kabul edilmektedir. Bilirkişi adli kuvvetin vekili mahiyetinde bulunduğu bunların vermiş oldukları raporlar; kesinleşmiş bir kararın müeyyidesi bulundukları takdirde dokunulmazlık noktasından kesin hüküm mahiyetindedir. Kararın kesinleşmesine kadar kendisi bir otoriteden yoksun olan ve ancak tarafların serbest tartışmaları ve hâkimlerin onayına sunulmuş sıradan bildirimlerden ibaret olan bu belgeler mahkeme tarafından kabul edildikten sonra

gerçeğe aykırı olduğunun tespiti için Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 375. maddesi kıyasen uygulanarak, bu hususta bir ceza mahkemesi kararı aranması gerektiği savunulursa⁵⁵⁸ başka bir sorun karşımıza çıkmaktadır. Şöyle ki; bilirkişi aleyhine gerçeğe aykırı rapor nedeniyle mahkûmiyet kararı verilebilmesi için raporun kasten gerçeğe aykırı olarak düzenlenmesi gerekmektedir. Hâlbuki bilirkişinin gerçeğe aykırı beyanından dolayı Devlet aleyhine tazminat davası açılabilmesi için ağır ihmâl de yeterlidir (HMK m.285). Bunun yanında ceza mahkûmiyet kararı arandığı durumlarda, zarar gören tarafın bilirkişinin sorumluluğundan dolayı tazminat davası açabilmesi için yargılamanın iadesi yoluna başvurmak zorunda olup olmadığı da gündeme gelecektir. Nitekim doktrinde bazı yazarlar, açık olarak belirtmemekle beraber tazminat davası açmak için zarar gören tarafın zararı önlemek için gereken bütün tedbirleri alması gerektiğini ileri sürmektedirler⁵⁵⁹. Ancak bu açıklamalardan (zararı önlemek için gerekli olan bütün tedbirleri alma yükümlülüğünden), tazminat davası açabilmek için öncelikli olarak yargılamanın iadesi yoluna başvurunun da zorunlu olduğu anlamı çıkarılmamalıdır.

Kanaatimizce, mevcut Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun hükümleri dikkate alındığında, belirtilen sakıncalarına rağmen Devlet aleyhine tazminat davası açılması için ceza mahkemesi kararının bir ön koşul olarak aranmadığı görülmektedir⁵⁶⁰. Nitekim yargılamanın iadesine başvuru için ceza mahkemesi kararı bulunması gerekliliği, Kanun'da (HMK m. 375) açıkça belirtilmesine rağmen bilirkişinin sorumluluğu nedeniyle Devlet aleyhine açılacak tazminat davalarını düzenleyen Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 285. maddesinde bu tür bir hükme yer verilmemiştir.

Bunun gibi, tazminat davası açabilmek için zararın önlenmesi amacıyla yargılamanın iadesi yoluna başvurmak da zorunlu tutulmamıştır⁵⁶¹. Aksi yönde; bilirkişinin gerçeğe aykırı raporu nedeniyle tazminat davası açılabilmesi için yargılamanın iadesi yoluna başvuru şartı aranırsa, ilgili tarafın zararlarını Devletten karşılaması neredeyse imkânsız hale gelecektir. Zira bu durumda ilgili taraf, öncelikle ceza yargılamasının kesinleşmiş sonucunu beklemeli,

hükümle birleşerek onun unsurlarından biri haline gelirler ve bu andan itibaren de kararın mahiyetini kazanırlar. Karar kesinleştikten sonra da onun gibi itiraz edilme yeterliliğini kaybederler.” Bkz. Şengün, 1969: 459-460.

⁵⁵⁸ HMK'nın 375. maddesi uyarınca “bilirkişinin hükme esas alınan husus hakkında kasten gerçeğe aykırı beyanda bulunması sebebiyle” yargılamanın iadesi yoluna gidebilmek için bu hususun kesinleşmiş bir ceza mahkûmiyet kararı ile tespit edilmiş olması gerekir. Delil yokluğundan başka bir sebeple ceza kovuşturmasına başlanamamış veya mahkûmiyet kararı verilememiş ise ceza mahkemesi kararı aranmaz. Bu takdirde kasten gerçeğe aykırı beyanda bulunulduğu, yargılamanın iadesi davasından öncelikli olarak ispat edilmelidir.

⁵⁵⁹ Tanrıver, 2016: 120; Görgün, 2014: 376.

⁵⁶⁰ Yılmaz, 2012: 1247. *Tutumlu*'ya göre de tazminat davası bakımından bilirkişiye ceza davası açılması şart değildir. Hatta dava açılmış ve bilirkişi delil yetersizliğinden dolayı beraat etmiş olsa dahi bu durum tazminat davasını gören mahkemeyi bağlamaz. Bkz. Tutumlu, 2012: 251.

⁵⁶¹ HMK'nın 375. maddesinin birinci fıkrasının (f) bendi uyarınca yargılamanın iadesine başvurabilmek için raporun kasten gerçeğe aykırı olarak düzenlenmesi gerekmektedir. Oysa Devlet aleyhine tazminat davası açabilmek için bilirkişinin ağır ihmali de yeterlidir (HMK m. 285).

daha sonra yargılamanın iadesini talep etmeli ve bu talep kabul edilirse yapılacak yargılamanın kesinleşmesini beklemeli, karar bir şekilde olumlu çıkarsa da uğradığı zararların tazmini için öncelikle tarafa başvurmalı ancak alacağını tam olarak tahsil edememelidir. Zira belirtilen aşamaların hepsi zararın ortaya çıkmasının engellenmesi amacıyla ilgili tarafın başvurması gereken aşamalar olarak kabul edilebilir. Dolayısıyla tazminat davası açılması için ne yargılamanın iadesi⁵⁶² yoluna ne de bir ceza mahkemesinin kararına ihtiyaç vardır. Belirtilen nedenlerle, hükme esas alınan raporun gerçeğe aykırı olduğunun tespiti, yukarıda belirtilen sakıncalara rağmen, Devlet aleyhine açılacak tazminat davasını görececek mahkeme tarafından yapılmalıdır.

Öte yandan, yukarıda yapılan açıklamalar ışığında, bilirkişinin gerçeğe aykırı rapor düzenlediği bir şekilde ceza mahkûmiyeti ile sabit olursa (HMK m. 375) ilgili tarafın iki farklı başvuru imkânına sahip olduğu söylenebilir. Diğer şartların da mevcudiyeti halinde, gerçeğe aykırı rapordan zarar gören taraf, Devlet aleyhine tazminat davası açabileceği gibi isterse yargılamanın iadesi yoluna da başvurabilir. Kanaatimizce, Devlet aleyhine tazminat davası açmak, yargılamanın iadesi yoluna göre daha avantajlıdır. Zira Devlet aleyhine açılacak tazminat davasında alacağın tahsil edilememesi veya tahsilin uzaması gibi bir problemle karşılaşılmayacaktır.

Diğer taraftan, bilirkişi raporuna (süresinde) itiraz etmemenin, Devlet aleyhine tazminat davası açmaya engel olup olmadığını da tartışmak gerekir. *Görgün*⁵⁶³, detaya girmeksizin bilirkişinin hukuki sorumluluğunun işletilebilmesi için zararı önleme imkânların bulunması halinde bu yollara başvurma ve yine de zararı önleyememiş olmanın bir ön koşul olduğunu belirtmekle beraber bilirkişi raporuna süresinde itiraz etmeyen tarafın da tazminat davası açabileceğini ifade etmektedir. *Tanrıver*'e⁵⁶⁴ göre ise Devletin sorumluluğunun ortaya çıkması için bu yola başvuracak tarafın hukuki olanakları tüketmekten kaçınmamış olması gerekir. Dolayısıyla bilirkişi raporuna itiraz olanağının hiç kullanılmadığı durumlarda; Devletin, bilirkişinin gerçeğe aykırı beyan ve görüşlerinden doğan sorumluluğu ortadan kalkacaktır. Buna karşılık *Umar*,⁵⁶⁵ açık olarak belirtmemekle beraber, yaptığı açıklamalardan Devlet aleyhine tazminat davası açmak için bilirkişi raporuna itirazın şart olarak aranmadığı anlamı çıkmaktadır. Kanaatimizce, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun bilirkişiliğe ilişkin düzenlemeleri dikkate alındığında; itiraz etmemeye, böyle ağır yaptırımlar bağlamamak gerekir. Bilirkişinin hâkim yardımcısı olduğunu, hâkim tarafından Devletin

⁵⁶² Avusturya hukukunda yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurulmadan bilirkişinin sorumluluğuna gidilemeyeceği yönünde bkz. Yıldırım, 2004: 838.

⁵⁶³ Görgün, 2014: 376.

⁵⁶⁴ Tanrıver, 2016: 120.

⁵⁶⁵ Umar, 2014: 829.

düzenlediği listelerden seçildiğini, yaptığı işin kamusal nitelikte olduğunu, bu çerçevede de kamusal bir görevi ifa ettiğini kabul eden bir anlayış içinde, tarafların sadece itiraz etmemelerine bağlı olarak Devleti sorumluluktan kurtarmak mümkün görülmemelidir.

Tazminat davası açabilmenin diğer şartı ise bilirkişinin kasten veya ağır ihmalle hareket etmesidir (HMK m. 285). Buna karşılık, hafif ihmal ile gerçeğe aykırı rapor düzenlenmişse Devlet aleyhine tazminat davası açılmaz⁵⁶⁶. Bunun yanında sorumluluğun doğması için raporun kasten veya ağır ihmalle gerçeğe aykırı olarak düzenlenmesi de yeterli değildir. Ayrıca raporun mahkemenin hükmüne esas alınması, bir başka ifadeyle hükmün gerçeğe aykırı rapordaki görüşlere göre kurulması gerekmektedir. Bu sebeple rapor, hüküm kurulurken dikkate alınmamışsa gerçeğe aykırı rapordan dolayı tazminat davası açılmaz. Örneğin, düzenlenen ilk rapor, mahkeme tarafından yeterli bulunmayıp ikinci bir rapor alınmış ve hüküm ikinci rapora göre kurulmuşsa, ilk raporun gerçeğe aykırı olmasından dolayı Devlet aleyhine tazminat davası açılmaz⁵⁶⁷.

Buna karşılık, tazminat davasının açılabilmesi için gerçeğe aykırı raporu esas alan mahkeme kararının kesinleşmesi kanaatimizce gerekli değildir. Zira mahkeme kararı, taraflara açıklanması (tefhim) ile sonuç doğurmakta ve taraflar birtakım hak ve yükümlülükler üstlenmiş olmaktadır. Hâkim de kararını açıkladığı zaman hükümle bağlı hale gelmekte, kararını değiştirememektedir⁵⁶⁸. Ayrıca hukukumuzda kanun yoluna başvurmak, kural olarak kararın icra edilmesini de engellemektedir. Birtakım istisnalar dışında mahkeme kararı ile ortaya konulan hak ve yükümlülükler, kararın açıklanması ile icra edilebilme kabiliyetini kazanmaktadır. Öte yandan Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 285. maddesinde, kararın kesinleşmesi bir koşul olarak öngörülmemiş, sadece gerçeğe aykırı raporun mahkemece hükme esas alınması nedeniyle zarar görmüş olanların tazminat davası açabileceği düzenlenmiştir. Bu sebeplerle, bilirkişinin kasten veya ağır ihmal ile düzenlediği gerçeğe aykırı raporun mahkemece hükme esas alınması nedeniyle bir zarar⁵⁶⁹ ortaya çıkmışsa, bunun karşılanması için ilgili kararın kesinleşmesi bir şart olarak aranmamalıdır.

⁵⁶⁶ HMK m. 285 gerekçesi. Anayasa'nın 40. maddesinde ve 129. maddesinin 5. fıkrasında dava açmak için kusur ayrımı yapılmadığı, bu anlamda memur ve diğer kamu görevlilerin hafif ihmallerinden doğan zararlardan dolayı da Devlet aleyhine sorumluluk davası açılabileceği, bu yönüyle bilirkişilerin hukuki sorumluluğunu düzenleyen HMK'nın 285. maddesinin, Anayasa'nın bu hükümleri ile 10. maddesine (kanun önünde eşitlik ve hiçbir zümreye imtiyaz tanınamayacağı kurallarına) aykırı olduğu yönünde bkz. Gün vd., 2015: 60.

⁵⁶⁷ Tanrıver, 2016: 120.

⁵⁶⁸ Pekcanıtez vd., 2020: 431 vd.

⁵⁶⁹ Bu zarar, maddi veya manevi zarar şeklinde olabilir. Bkz. Tanrıver, 2017: 149.

1.7.3. Bilirkişinin Görüş Sunma Dışında Kalan Eylemlerinden Doğan Sorumluluk

Hukuk Muhakemeleri Kanunu, bilirkişinin hukuki sorumluluğunu, sadece bilirkişinin mahkemeye aktardığı rapor ve görüş kapsamında düzenlemiştir. Yukarıda incelediğimiz üzere bilirkişinin kasten veya ağır kusuru ile gerçeğe aykırı rapor düzenlemesi halinde Adalet Bakanlığı aleyhine adli yargı dâhilinde dava açılabilir (HMK m.285-286). Ancak bilirkişinin taraflara ve yargılamaya karşı verebileceği muhtemel zararlar sadece gerçeğe aykırı rapor düzenlemekten kaynaklanmayabilir. Bilirkişi bu raporun hazırlanması sırasında ancak doğrudan aktardığı özel ve teknik bilgiyle ilgisi olmaksızın taraflara ve yargılamaya çeşitli zararlar verebilir. Bu kapsamda akla gelen ilk örnekler bilirkişinin incelediği nesneye veya insan vücuduna verdiği zararlardır. Bilirkişi, mahkemeye aktaracağı özel ve teknik bilgiyi oluşturabilmek için bir nesneyi veya insan vücudunu incelemek zorunda kalabilir ve bu incelemenin yapıldığı sırada ilgili nesneye veya insan vücuduna zarar verebilir. Örneğin, kendisine tevdi edilen cam nesne kırılabilir veya tıbbi inceleme sırasında ilgiliye yanlış müdahalede bulunabilir⁵⁷⁰. Belirttiğimiz üzere bu kapsamda verilen zararlar Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 285. maddesi kapsamında tazmin edilemeyecektir. Zira bu düzenleme sadece gerçeğe aykırı rapor ve görüş verilmesiyle ilgili olup, bilirkişinin incelenen nesneye veya insan vücuduna verdiği zararları kapsamamaktadır.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 285. maddesi gerekçesine göre, düzenleme kapsamında kabul edilmeyen bilirkişinin bu tür eylemlerinden kaynaklanan zararlardan dolayı Adalet Bakanlığı aleyhine idare mahkemelerinde tam yargı davası açılabilir⁵⁷¹. Zira bilirkişinin bu tür zarar verici eylemleri adli bir organın görevlendirmesi ve talimatıyla gerçekleştirilen, bu anlamda kamusal bir yetkiye dayanan ve kamu görevi niteliğinde olan adli bir görevin ifasını gerçekleştirmeye yönelik adli-idari eylemlerdir. Bu sebeple, bilirkişinin zarar verici bu tür eylemlerinden dolayı Devlet sorumlu tutulabilir⁵⁷². Umar'a⁵⁷³ göre ise, her ne kadar Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 286. maddesinin lafzı, sadece gerçeğe aykırı bilirkişi raporundan doğan tazminat davaları için adli yargıyı görevli kılıyormuş gibi gözüксе de, başka nedenlerden dolayı açılacak davalarda dahi Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun

⁵⁷⁰ HMK m. 285 gerekçesi.

⁵⁷¹ HMK m. 285 gerekçesi; Tanrıver, 2001: 425; Görgün, 2014: 376; Tutumlu, 2012: 250.

⁵⁷² HMK m. 285 gerekçesi; Tanrıver, 2001: 425; Görgün, 2014: 376. HUMK döneminde ileri sürülmüş diğer bir görüşe göre ise; tam yargı davaları ya idari işlem den yahut da idari eylemlerden kaynaklanır. Ancak bilirkişinin yürüttüğü görev idari bir işlem ve eylem değildir. Bilirkişinin yürüttüğü görev yargısal işlem niteliğindedir. Diğer taraftan bilirkişi memur veya kamu görevlisi olarak da nitelendirilemez. Bilirkişinin Ceza Hukuku bakımından memur, kamu görevlisi sayılması, kendisine memur veya kamu görevlisi sıfatı da vermez. Bu sebeple bilirkişilerin kusurlu hareketlerinden kaynaklanan davalara adli yargıda bakılması gerekir. Bkz. Apalak, 2001: 482. HMK döneminde ileri sürülmüş bir görüşe göre de gerçeğe aykırı rapor vermek dışında kalan sebeplerle bilirkişinin bir zarara yol açması halinde, dava devlete değil, bizzat bilirkişinin kendisine açılmalıdır. Bkz. Atalı vd., 2019: 537.

⁵⁷³ Umar, 2014: 829-830.

286. maddesinde gösterilen mahkemelerin görevli olması gerekir. Yazar'a göre, gerçeğe aykırı görüş dolayısı ile açılacak davalar ile diğer nedenlere dayanılarak açılacak davaların farklı yargı kollarında görülmesinin hiçbir mantıksal açıklaması yoktur⁵⁷⁴. Bunun dışında *Umar*, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 286. maddesinin 2. fıkrasının; "Devletin, sorumlu bilirkişiye karşı açacağı rücu davası, tazminat davasını karara bağlamış olan mahkemede görülür" ifadesinden yola çıkarak; (Yazar'ın 2. fıkrada belirtilen sorumlu bilirkişiye açılacak rücu davası ifadesinden sorumluluk sebebi ne olursa olsun devletin herhangi bir nedenden dolayı bilirkişiye karşı açacağı bütün rücu davalarını anladığı anlaşılmaktadır) fıkra da belirtilen tazminat davasını karara bağlamış mahkemenin, bilirkişinin gerçek kişi olmasından dolayı, idari yargı mahkemesi olamayacağını ifade etmektedir⁵⁷⁵.

Öte yandan, bilirkişinin yargılamaya ve dolayısıyla taraflara vereceği zararlar incelenen nesneye veya insan vücuduna yönelmiş eylemlerden farklı nedenlere de dayanabilir. Bu durumun belki de en önemli örneği, bilirkişinin sır saklama yükümlülüğüne (HMK m. 277) aykırı davranışlarıdır. Bu noktada akla şu soru gelebilir; bilirkişinin görevi esnasında öğrendiği bilgileri yargılama sona erdikten sonra kullanması veya üçüncü kişilere aktarmasından doğan zararlardan dolayı Devlet aleyhine tazminat davası açılabilir mi? Kanaatimizce, bu soruya olumlu cevap vermek gerekir. Zira her ne kadar zarar verici davranış görevin sona ermesinden sonra gerçekleşse de bu eylem için gerekli bilgi ve doküman bilirkişilik görevi sırasında ve bu görev sayesinde öğrenilmiştir. Dolayısıyla, bilirkişinin gerek görevi sırasında gerekse de görevini tamamladıktan sonra sır saklama yükümlülüğüne aykırı davranışından doğan zararlardan dolayı yukarıda ifade edilen görüş çerçevesinde Devlet aleyhine idari yargıda tam yargı davası açılabilir. *Umar*'a⁵⁷⁶ göre ise esasen bu davanın idari yargıda açılması gerekse de Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 286. maddesi düzenlemesi karşısında, davanın bu maddenin belirttiği adli yargı mahkemelerinde görülmesi gerekir. Kanaatimizce, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 286. maddesi, gerçeğe aykırı bilirkişi raporundan dolayı açılacak tazminat davalarına münhasır olduğundan bu görüşe katılma imkânı yoktur.

Diğer taraftan, bilirkişinin yargılamayı gereksiz yere uzatması veya fazla masraf yapılmasına sebebiyet vermesi halinde de, 285. maddenin gerekçesi benimsendiği takdirde, tam yargı davası açılabilceğini kabul etmek gerekir. Örneğin, uzmanlık konusuna girmeyen

⁵⁷⁴ Umar, 2014: 830.

⁵⁷⁵ Umar, 2014: 830.

⁵⁷⁶ Umar, 2014: 814. *Toraman*'a göre de HMK'nın 285. maddesi gerçeğe aykırı rapor düzenlenmesi nedeniyle açılacak tazminat davasını düzenlemekle de sır saklama yükümlülüğüne aykırı davranış halinde kamu hizmetinin yürütülmesiyle bağlantılı bir zarar ortaya çıktığından HMK'nın 286. maddesine uygun olarak Devlet aleyhine adli yargıda dava açılması gereklidir. Bkz. *Toraman*, 2017: 531.

bir konuda görevlendirilen bilirkişi, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 275. maddesinde belirtilen haber verme yükümlülüğünü yerine getirmeden gerçeğē aykırı olmasa da eksik veya yetersiz rapor sunar ve bu sebeple yargılama uzar ve gereksiz masraf yapılırsa, bu durumda da Devlet aleyhine tam yargı davası açılabilmelidir. Aynı şekilde hâkim tarafından kendisine verilen süreye haklı bir mazeret olmaksızın uymayarak raporunu geç teslim eden bilirkişinin neden olduğu zararlardan dolayı da Devlet aleyhine tazminat davası açılabileceğē kabul etmek gerekir.



İKİNCİ BÖLÜM

AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİ HUKUKUNDA BİLİRKİŞİLİK

2.1. Amerikan Medeni Yargılama Sistemi

2.1.1. Genel Olarak

Amerikan medeni yargılama hukuku⁵⁷⁷, Türkiye'nin de dâhil olduğu Kıta Avrupa hukuk sisteminden farklı olarak “adversary system” olarak adlandırılan mücadelecî bir sistem üzerine kurulmuştur⁵⁷⁸. Bu sistemin benimsediği temel felsefe uyarınca hakikat, ancak uyuşmazlığın tarafları arasında gerçekleşecek iyi bir mücadeleyle ortaya çıkarılabilir⁵⁷⁹. Bir başka ifadeyle bir hak en iyi şekilde onun sahibi tarafından savunulabilir. Bu anlayışa göre, hakikatin (truth) şahsi menfaat kaynaklı karşılıklı sunum ve soruşturma ile ortaya çıkma ihtimali sadece resmi görev (official duty) kaynaklı yargısal bir araştırma (judicial investigation) ile çıkma ihtimalinden daha yüksektir⁵⁸⁰. Dolayısıyla, taraflar bu yargılama sisteminde daha aktif rol almaktadır. Taraflar bir yandan dayandıkları vakıa ve delilleri ortaya koyarken, diğer taraftan karşı tarafın iddia ve savunmalarını çürütmeye çalışır. Buna karşılık bu sistemde hâkim daha pasif bir rol üstlenmiştir. Hâkimden beklenen taraflar arasında pasif bir şekilde hakemlik yapmasıdır⁵⁸¹. Bu anlamda Amerikan yargılama sistemi, taraflarca toplanan, sunulan ve yine taraflarca incelenen (tetkik edilen) delillere dayalı olarak tarafsız kişi veya kişilerce (hâkim veya jüri) uyuşmazlık hakkında hüküm verilmesine dayanmaktadır⁵⁸².

Amerikan yargılama sistemini, Türk hukuk sisteminden ayıran diğer bir nokta ise ülkenin benimsediği federal sistem sebebiyle oluşan iki başlı hukuk ve buna bağlı olarak gelişen iki parçalı mahkeme yapısıdır. Mahkemeler, temel olarak federal mahkemeler ve eyalet mahkemeleri olmak üzere ikiye ayrılır⁵⁸³. Her eyaletin, kendi anayasa ve kanunlarına göre oluşturulmuş mahkeme sistemi ve yine o eyalette benimsenen ilkelere göre atanan

⁵⁷⁷ Çalışmamızda “Amerika” ifadesi, Amerika Birleşik Devletleri için “Amerikan hukuku” ise Amerika Birleşik Devletleri hukuku için kullanılmaktadır. Bu anlamda Amerika kıtasında bulunan diğer ülkeler, ayrıca belirtilmediği takdirde, çalışmada kullanılan bu ifadeler kapsamına dahil değildir. Türk doktrininde de Amerika Birleşik Devletleri hukuku için Amerikan hukuku ifadesinin başlıklarda yahut metin içinde kullanıldığı görülmektedir. Bkz. Guralp, 2011: 222 vd; Gündüz, 2009: 138 vd; Yalabık, 2016: Başlık, ve 8 vd.

⁵⁷⁸ Shreve vd., 2013: 3. Amerikan yargılama sisteminin İngiltere’den başlayan tarihçesi için bkz. Hazard vd., 2011: 12 vd.; Rowe vd., 2012: 12.

⁵⁷⁹ Freer, 2009: 5.

⁵⁸⁰ Hazard vd., 2011: 5.

⁵⁸¹ Freer, 2009: 5; Shreve vd., 2013: 3; Hazard vd., 2011: 5.

⁵⁸² Deason, 1998: 61; Hazard vd., 2011: 4-5.

⁵⁸³ Rowe vd., 2012: 18.

hâkimleri bulunmaktadır⁵⁸⁴. Eyaletlerde çoğunlukla mahkemeler, genel ve özel yetkili (sınırlı yetkili) mahkemeler olmak üzere ikiye ayrılır⁵⁸⁵. Eyalet mahkemelerinde uygulanacak usul ve delil kuralları, eyalet meclisleri tarafından kanunlaştırılmaktadır. Bunun sonucu olarak da her eyaletin kendine has usul ve delil kuralları bulunmaktadır⁵⁸⁶. Buna karşılık federal mahkemelerde uygulanacak usul ve delil kuralları yeknesaktır. Bütün federal mahkemeler, Federal Usul Kanunu ve Federal Delil Kanunu hükümleri uyarınca yargılama yapmaktadır⁵⁸⁷. Gerek bütün eyaletlerin mahkeme sistemini ve buralarda uygulanan usul ve delil kurallarını incelemenin oluşturacağı karışıklık gerekse de birçok eyalet meclisinin federal kuralları benimsemesi, çalışmamızda esas olarak federal mahkemeler ve bu mahkemelerde uygulanan usul ve delil kurallarının değerlendirilmesine neden olmuştur. Dolayısıyla çalışmamızın Amerikan bölümü ile ilgili kısmı, federal hükümlere göre oluşturulmuştur. Nitekim Amerikan doktrininde ve hukuk fakültelerinde de temel olarak federal usul ve delil kuralları işlenmektedir⁵⁸⁸.

Amerikan federal hukuk sisteminde, Türk hukukundan farklı olarak içlerinde bilirkişiliğin de bulunduğu delilleri düzenleyen kurallar, medeni usul hukukunu düzenleyen kuralların (Federal Rules of Civil Procedure) arasında değil, ayrı bir Delil Kanunu ile (Federal Rules of Evidence) düzenlenmiş olup, bu Kanun hem ceza hem de hukuk yargılamasını kapsamaktadır. Bu sebeple, aşağıda bilirkişiliğe ilişkin açıklamalarda kullanılacak olan bazı yargı kararları ceza yargılamasına ilişkindir. Ancak belirtildiği üzere delilleri düzenleyen Kanun'un hukuk uyumsuzluklarını da kapsamından dolayı ilgili kararların anlam ve mahiyeti medeni yargılama hukukuna da esas alınabilir niteliktedir. Anlaşılacağı üzere; Amerikan hukukunda gerek usul gerekse de delil hukuku⁵⁸⁹, kanunlaştırılmış yazılı kurallar (positive law) tarafından düzenlenmektedir. Bu yönüyle, bu iki hukuk türü de içtihatların ağırlıkta olduğu maddi hukuk kurallarından ayrılmaktadır⁵⁹⁰. Konumuzla bağlantılı olarak, Federal Usul Kuralları, bilirkişinin yargılama sürecinde nasıl yer alacağını belirlemektedir. Örneğin; taraflardan birinin karşı tarafın bilirkişisinin görüşlerine nasıl vakıf olabileceği veya bilirkişinin karşı tarafın elindeki bilgi ve nesneleri nasıl inceleyeceği usul kuralları tarafından düzenlenmektedir. Buna karşılık Federal Delil Kanunu esas olarak delillerin kabul

⁵⁸⁴ Erichson, 2012: 2; Hazard vd., 2011: 40.

⁵⁸⁵ Erichson, 2012: 2.

⁵⁸⁶ Bu olguya rağmen temel usul kuralları ve kurumları hemen hemen bütün eyaletlerde benzerlik göstermektedir. Freer, 2009: 15. Bu durumun temel sebebi ise birçok eyaletin Federal Usul Kurallarını doğrudan veya dolaylı olarak kendi iç hukuklarına aktarmalarıdır. Bkz. Bronstein, 2012: 3.

⁵⁸⁷ Freer, 2009: 15.

⁵⁸⁸ Erichson, 2012: 3.

⁵⁸⁹ Belirttiğimiz üzere delil hukuku, Federal Delil Kanunu ile yazılı hale getirilmiştir. Ancak bu Kanun'un dahi, içtihat hukukuyla gelişmiş prensiplerin bir araya getirilmiş halinden başka bir şey olmadığı belirtilmektedir. Bkz. Bronstein, 2012: 72.

⁵⁹⁰ Shreve vd., 2013: 3.

edilebilirlik şartlarını düzenlemiş olup, hangi delillerin karar vericilere ve özellikle jüri üyelerine sunulacağı bu Kanun hükümlerine göre belirlenmektedir. Bu anlamda delil hukukuna ilişkin birçok kuralın düzenlenme sebebi, esasen Amerikan yargılama sistemine özgü jürili yargılama sistemidir⁵⁹¹.

Bu bağlamda, Amerikan medeni yargılama sisteminde özellik gösteren diğer husus; karar verici konumunda, hukukçu olmayan kişilerden oluşan, jürinin de bulunmasıdır. Anayasal güvenceye sahip olan jürili yargılama, ceza yargılaması bakımından istisnasız bütün davalarda uygulanırken hukuk davalarında bazı sınırlandırmalara tabidir⁵⁹². Jürili yargılamada vakıalar hakkında karara ulaşmak jürinin yetkisindeyken, uygulanacak hukukun tespiti ve bu konuda jüri üyelerine talimat verilmesi mahkemenin yetkisindedir. Bu anlamda vakıaların varlığı veya yokluğu hakkında karar vermek jüri üyelerine aittir. Bunun yanında hukukun vakıalara uygulanması ve talep sonucu hakkında karar vermek de birçok davada jüri üyelerine aittir⁵⁹³. Jürinin nasıl oluştuğu ve nasıl karara ulaştığı aşağıdaki bölümlerde genel olarak incelenecektir.

2.1.2. Mahkeme Sistemi

Amerikan mahkeme sistemi, ülkenin kabul ettiği federal sisteme bağlı olarak iki başlıdır. Zira belirttiğimiz üzere hem eyaletlerin hem de federal hükümetin hukuk oluşturma ve buna bağlı olarak yargılama yetkileri vardır. Bu sebeple mahkemeler, federal ve eyalet mahkemeleri olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Bu iki mahkeme sistemi, birbirinden bağımsızdır ve birinin diğerine üstünlüğü yoktur. Her iki mahkeme sisteminin de kendine özgü istinaf ve/veya temyiz incelemeleri vardır. Dolayısıyla biri tarafından verilecek karar, kural olarak diğeri tarafından incelenmez. Örneğin; ilk derece eyalet mahkemesinde başlayan yargılama yine o eyalet kapsamında oluşturulan istinaf veya temyiz mahkemeleri tarafından incelenmektedir. Yoksa eyalet mahkemeleri tarafından verilen kararların, federal mahkemeler tarafından incelenmesi söz konusu değildir⁵⁹⁴.

Anayasa'da benimsenen federalizmin bir sonucu olarak federal mahkemelerin yargılama yetkisi sınırlıdır. Federal devletin yargısal gücü ve uzantısı olan federal mahkemeler ancak sınırlı sayıda uyuşmazlıklar bakımından görevlidir⁵⁹⁵. Bu anlamda vatandaşlar arasında çıkan uyuşmazlıklarda esas yetkili olan mahkemeler eyalet

⁵⁹¹ Sales ve Shuman, 2005: 13.

⁵⁹² Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. 2.1.3.4. (Amerikan Yargılama Safhaları-Hüküm).

⁵⁹³ Sherry ve Tidmarsh, 2007: 64.

⁵⁹⁴ Freer, 2009: 20. Ancak belirtmek gerekir ki; istisnai bazı durumlarda eyalet mahkemeleri tarafından verilen bazı kararlar, kendisi de bir federal mahkeme olan "Supreme Court" tarafından incelenebilmektedir.

⁵⁹⁵ Erichson, 2012: 5.

mahkemeleridir. Federal mahkemelerde görülecek uyuşmazlıkların en önemlileri ise Federal Kanun'lardan kaynaklanan uyuşmazlıklardır (Federal Question Jurisdiction)⁵⁹⁶. Bu kapsamda, Birleşik Devletler Anayasası, Kanunları ve Anlaşmalarından kaynaklanan hukuk uyuşmazlıkları federal mahkemelerde görülmektedir⁵⁹⁷. Buradaki uyuşmazlıktan kasıt, iddia veya ihlal edilen hakkın federal kanunlardan doğmasıdır⁵⁹⁸. Yoksa esasen eyalet mahkemelerini ilgilendiren bir davada federal kanunlara dayanılarak ileri sürülmesi beklenen savunma veya karşı dava, uyuşmazlığın federal mahkemelerde görülmesi için yeterli değildir⁵⁹⁹. Yapılan açıklamalar ışığında fikri mülkiyet hukuku (intellectual property), iş hukuku (labor), rekabet hukuku (antitrust) ve menkul kıymetler (securities) hukuku gibi federal kanunlarda düzenlenmiş hususlardan kaynaklanan bazı uyuşmazlıkların federal mahkemelerde görülebileceği söylenebilir⁶⁰⁰. Buna karşılık eyalet hukuku tarafından oluşturulan sözleşme, haksız fiil ve mülkiyet gibi ortak hukuka (common law) ilişkin uyuşmazlıklar kural olarak eyalet mahkemeleri tarafından görülmektedir⁶⁰¹. Normal şartlarda eyalet mahkemelerince görülmesi gereken bu tür uyuşmazlıklar, eğer federal mahkemelerde görülecek bir davayla (taleple) birlikte istenir ve onunla aynı vakıalardan kaynaklanırsa, bunların da federal mahkemeler tarafından görülmesi mümkündür⁶⁰².

Federal mahkemelerde görülecek diğer uyuşmazlık türü ise farklı eyaletlerin ve devletlerin kendileri veya vatandaşlarının taraf olduğu uyuşmazlıklardır⁶⁰³. Amerikan Anayasası, eyalet mahkemelerinin kendi vatandaşları lehine karar verebilme ihtimalinden endişelenerek farklı vatandaşlıklara sahip kişiler arasında cereyan edecek uyuşmazlıklar bakımından federal mahkemelerin görevli olmasını öngörmüştür (diversity jurisdiction)⁶⁰⁴. Bu hükme göre bir uyuşmazlığın federal mahkemelerde görülmesi için iki unsurun birlikte bulunması gereklidir. Bu unsurlardan birincisi taraflarının farklı vatandaşlıklara sahip olmasıyken ikinci unsur, uyuşmazlık miktarının 75.000 doların üstünde olmasıdır⁶⁰⁵. Tarafların farklı vatandaşlıklara sahip olma şartı farklı şekillerde gerçekleşebilmektedir. Bu

⁵⁹⁶ Shreve vd., 2013: 103; Erichson, 2012: 8.

⁵⁹⁷ Erichson, 2012: 8; Shreve vd., 2013: 103.

⁵⁹⁸ Erichson, 2012: 9.

⁵⁹⁹ Erichson, 2012: 9. Bkz. Louisville&Nashville Railroad Co. v. Mottley 211 U.S. 1469 (1908).

⁶⁰⁰ Erichson, 2012: 9.

⁶⁰¹ Erichson, 2012: 9.

⁶⁰² Erichson, 2012: 19-20.

⁶⁰³ Taraflar arasındaki uyuşmazlığın bu nedenle, federal mahkemelerde görüldüğü durumlarda davaya bakan mahkeme, maddi hukuk açısından, genellikle federal kanunları değil, içtihatlar ışığında belirlenecek ilgili eyalet kanunlarını uygulayacaktır. Ancak böyle bir durumda dahi ilgili mahkeme, yargılama kuralları bakımından Federal Usul Kanunu'na tabi olmaya devam edecektir (Erie Doktrini-Erie Doctrine). Açıklamalar için bkz. Erichson, 2012: 80 vd.

⁶⁰⁴ Erichson, 2012: 10.

⁶⁰⁵ Erichson, 2012: 11.

anlamda bir eyalet vatandaşı⁶⁰⁶ ile diğer bir eyalet vatandaşı arasındaki uyuşmazlık, bir eyalet vatandaşı ile farklı bir ülkenin vatandaşı arasındaki uyuşmazlık yahut farklı bir ülke hükümetinin davacı, bir eyalet vatandaşının davalı olduğu uyuşmazlık bakımından belirtilen şart sağlanmış kabul edilmektedir⁶⁰⁷. Ancak dikkat edilmelidir ki; iki tarafın da farklı ülke vatandaşı olduğu durumlarda bu kurala göre federal mahkemeler görevli kabul edilmemektedir. Böyle bir durumda yukarıda yaptığımız açıklamalar çerçevesinde taraflar arasındaki uyuşmazlık federal bir kanunun uygulanmasından kaynaklanıyorsa, dava federal mahkemelerde görülebilmektedir⁶⁰⁸.

Yukarıda belirtilen iki temel kuralın dışında federal mahkemeler çeşitli düzenlemelerle diğer bazı uyuşmazlıklar bakımından da görevlendirilmiştir. Bu anlamda Amerikan hükümetinin, büyükelçilerinin ve bakanlarının (public minister) taraf olduğu uyuşmazlıklar ile deniz hukukuna ilişkin bazı uyuşmazlıklar federal mahkemeler tarafından görülmektedir⁶⁰⁹. Bunun dışında iki eyalet arasındaki uyuşmazlıklar da federal mahkemeler tarafından görülmektedir. Ancak bu durumda diğerlerinden farklı olarak uyuşmazlık, ilk derece federal mahkemesinde değil, doğrudan “Supreme Court” tarafından çözülür⁶¹⁰. Federal mahkemelerde yetki (venue) ise genellikle davalının ikametgâhına, uyuşmazlık konusu olayın geçtiği yere veya taşınmazın bulunduğu yere göre tespit edilir⁶¹¹.

Federal Mahkemeler, üç aşamalı olarak şekillendirilmişlerdir⁶¹². Federal mahkemelerin görev sınırı içinde kalan uyuşmazlıklar öncelikli olarak “U.S. District Court” olarak adlandırılan ilk derece federal mahkemelere sunulmaktadır⁶¹³. Elli eyalette, seksen dokuz adet “District Court” bulunmaktadır. Bunun yanında Puerto Rico, The Virgin Islands, The District of Columbia, Guam ve Northern Marina Islands’da⁶¹⁴ da birer “District Court”

⁶⁰⁶ Gerçek kişinin vatandaşlığı özellikle eyaletler bakımından ikametgâha (domicile) göre belirlenmektedir. Bir kişinin sürekli kalmak niyetiyle oturduğu yer, Amerikan hukuku açısından da ikametgâhı açıklamaktadır. Şirket vatandaşlığı ise şirket merkezinin bulunduğu yere yahut şirketin hangi eyalet hukukuna tabi olarak kurulduğuna göre belirlenmektedir. Bu anlamda yukarıda belirtilen kural açısından gerçek kişilerin aksine şirketlerin aynı anda iki vatandaşlığı söz konusu olabilir. Bkz. Erichson, 2012: 12-13.

⁶⁰⁷ Shreve vd., 2013: 103; Erichson, 2012: 11.

⁶⁰⁸ Erichson, 2012: 11-12.

⁶⁰⁹ Shreve vd., 2013: 103; Erichson, 2012: 18.

⁶¹⁰ Erichson, 2012: 19.

⁶¹¹ Erichson, 2012: 66 vd. Bu konunun detayları ve istisnaları çalışma konumuzu aşmaktadır. Bu sebeple ayrıntılı bilgi için bkz. Age: 66 vd.

⁶¹² Erichson, 2012: 4. Birçok eyalet yargı sistemi de üç aşamalı (istinaf ve temyiz) mahkeme sistemini benimsemiştir. Ancak iki aşamalı mahkeme sistemini (temyiz) benimseyen eyaletler de vardır. Nevada ve Wyoming gibi iki dereceli mahkeme sistemini kabul etmiş eyaletlerde sadece yerel mahkemeler ile temyiz mahkemeleri bulunmakta, buna karşılık istinaf mahkemeleri bulunmamaktadır. Bkz. Freer, 2009: 17, 780; Erichson, 2012: 4.

⁶¹³ Erichson, 2012: 3; Hazard vd., 2011: 41; Spencer, 2011: 9. Bu mahkemeler gerek hukuk davaları gerekse de ceza davaları bakımından görevlidir.

⁶¹⁴ Bu sayılan bölgelerin birçoğu, Amerika Birleşik Devletleri’nin egemenliğinde olmasına rağmen ayrı bir eyalet olarak kabul edilemeyen toprak parçalarıdır. Egemenlik hakkının bir uzantısı olarak da bu bölgelerde

bulunmaktadır⁶¹⁵. Kural olarak her eyalette bir “District Court” bulunması zorunludur. Ancak nüfus ve dava sayısına bağlı olarak bir eyalette birden fazla “District Court” bulunması mümkündür. Örneğin; Alaska eyaletinde bir “District Court” bulunurken, Indiana eyaletinde iki, California eyaletinde ise dört adet “District Court” bulunmaktadır.

“District Court” tarafından verilen kararların denetlenmesi ise öncelikli olarak “U.S. Court of Appeals” olarak adlandırılan temyiz (istinaf) mahkemesi tarafından gerçekleştirilmektedir⁶¹⁶. Amerika genelinde toplam on üç adet “Court of Appeals” bulunmaktadır⁶¹⁷. Bunlardan on iki tanesi kendi yargı çevresinde bulunan “District Court” ların temyiz (istinaf) incelemelerini gerçekleştirmektedir⁶¹⁸. Örneğin, “U.S. Courts of Appeals for the Seventh Circuit” (7. Bölge Temyiz (İstinaf) Mahkemesi) Illinois, Indiana ve Wisconsin eyaletlerinde bulunan “District Court”lardan sorumlu olup, bunlar tarafından verilen kararları incelemekle görevlidir. Buna karşılık “Federal Circuit” olarak adlandırılan bir istinaf (temyiz) mahkemesi ise herhangi bir coğrafi bölgeyle sınırlı olmaksızın patent uyuşmazlıkları ile bazı özel nitelikli federal büro mahkemelerinden gelen (court of international trade gibi) temyiz taleplerini incelemektedir⁶¹⁹.

İlk derece federal mahkemeler (District Courts) tarafından verilen kararlar, ara kararlar (Interlocutory) ve nihai kararlar (Final Judgement) olmak üzere ikiye ayrılır. Nihai kararlar uyuşmazlığı sona erdirirken, ara kararlar yargılama sürecinin devam etmesini sağlamaktadır. Türk hukukunda olduğu gibi ilk derece mahkemelerin ancak nihai kararlarına karşı kanun yoluna başvurulabilir. Buna karşılık ara kararlar aleyhine kanun yoluna başvurulamaz⁶²⁰.

“Court of Appeal” kural olarak vakıa değil, hukuk denetimi yapmaktadır. Bu çerçevede yapacakları inceleme dosya kapsamındaki bilgi ve belgelerle sınırlıdır. Dolayısıyla bu safhada tekrar duruşma yapılamaz, tanık veya bilirkişi dinlenemez⁶²¹. Ancak bazı davalarda incelemenin duruşmalı yapılmasına karar verilebilir. Duruşma açılmasına karar verilen hallerde, taraflar üç kişilik hâkim heyeti huzurunda sözlü olarak savunmalarını tekrarlamaktadır⁶²².

Federal Mahkemelerin sonuncusu ve en yetkilisi ise “Supreme Court of the United States”dir. Başkent Washington’da bulunan ve kısaca “Supreme Court” olarak adlandırılan bu

yargılama, Amerikan hukuk sistemine entegre bir şekilde işlemektedir. Ancak buna rağmen burada belirtilen bölgelerdeki yargılama sistemleri ve mahkemeler bazı yönleriyle genel Amerikan sisteminden ayrılmaktadır.

⁶¹⁵ <http://www.uscourts.gov/FederalCourts.aspx> Erişim tarihi: 23.12.2013. Bu sayılanlarla birlikte toplam “District Court” sayısı 94’tür.

⁶¹⁶ Spencer, 2011: 9; Erichson, 2012: 4.

⁶¹⁷ Hazard vd., 2011: 41; Erichson, 2012: 4.

⁶¹⁸ Erichson, 2012: 4.

⁶¹⁹ Erichson, 2012: 4.

⁶²⁰ Freer, 2009: 786. Kuralın istisnaları için bkz. Age: 793 vd.

⁶²¹ Freer, 2009: 15, 784.

⁶²² Freer, 2009: 15, 784-785.

mahkeme, “Court of Appeal” tarafından verilen kararları incelemektedir⁶²³. Ancak hemen belirtmekte fayda var ki; “Court of Appeal” tarafından verilen bütün kararlar “Supreme Court” tarafından görülmez. “Supreme Court” sınırlı sayıda ve kendi takdir ettiği kararları incelemektedir. Özellikle açıklamaya muhtaç olan veya farklı temyiz mahkemeleri tarafından farklı şekilde yorumlanan hususları kapsayan davalar seçilir ve hükme bağlanır⁶²⁴. Seçim yapılırken, dokuz üyeli Supreme Court’un en az dört üyesinin davanın dinlenmesi yönünde görüş bildirmesi gerekmektedir. Bu sebeple her yıl ortalama olarak yedi bin başvurunun sadece yüz tanesi dinlenmeye layık görülmektedir⁶²⁵.

Yukarıda belirtilen genel nitelikli federal mahkemelerin yanında bazı hususi uyuşmazlıkları çözmek için görevlendirilmiş federal mahkemeler de bulunmaktadır. Bunlara örnek olarak; “Tax Court” (vergi mahkemesi), “The Court of International Trade” (uluslararası ticaret mahkemesi) “Bankruptcy Court” (iflas mahkemesi) ve hükümete karşı ileri sürülen bazı uyuşmazlıklara bakmakla görevli “The United States Court of Federal Claims” sayılabilir⁶²⁶.

2.1.3. Yargılama Safhaları

2.1.3.1. Dilekçeler Teatisi (Pleadings)

Türk hukukunda olduğu gibi Amerikan hukuk sisteminde de dava kendiliğinden başlamaz. Davanın başlaması için bir hukuki koruma talebinin mahkemeye yöneltilmesi zorunludur⁶²⁷. Bu anlamda dava, dava dilekçesinin (complaint) mahkemeye sunulmasıyla başlamaktadır (FUK m.3). Bir başka ifadeyle dava dilekçesinin hazırlanıp mahkemedeki yetkili memura teslim edilmesiyle (ve memurun mühürleyip, imzalamasıyla) birlikte dava derdest hale gelmektedir⁶²⁸. Aynı şekilde uyuşmazlığın tarafları da dilekçenin mahkemeye verilmesiyle birlikte davacı ve davalı sıfatını kazanmaktadır. Bu sonuçların gerçekleşmesi için dilekçenin davalıya tebliğ edilmesine gerek yoktur⁶²⁹. Ancak davanın açılmasından sonra

⁶²³ Erichson, 2012: 4; Spencer, 2011: 11. “Supreme Court” federal mahkemelerin yanında istisnai bazı durumlarda eyalet mahkemelerinden çıkan kararları da inceleyebilmektedir. Ancak bunun için kararın kesin olması (yani bütün eyalet mahkemelerinden geçmesi (ilk derece mahkemesi-istinaf mahkemesi (varsa)-temyiz mahkemesi), Supreme Court’un incelemeye layık bulması ve dava konusunun federal hukukla ilgisi olması gerekmektedir. Örneğin, taraflardan bir tanesi, eyalet kanunun Amerikan Anayasasına (U.S Constitution-eyalet anayasası değil) aykırı olduğunu iddia ederek eyalet mahkemelerinde görülen bir uyuşmazlığın “Supreme Court” tarafından incelenmesini talep edebilir. Ancak belirtmek gerekir ki; “Supreme Court” eyalet hukuklarının içeriğini, bu anlamda nasıl uygulanması gerektiğine karar veremez. Bu konudaki yetki o eyaletin en yüksek mahkemesine aittir. Bkz. Freer, 2009: 20; Erichson, 2012: 4, 225-226.

⁶²⁴ Freer, 2009: 17.

⁶²⁵ Freer, 2009: 20.

⁶²⁶ Hazard vd., 2011: 42.

⁶²⁷ Friedenthal vd., 2013: XI; McKee vd., 2013: 198.

⁶²⁸ Hazard vd., 2011: 43; McKee vd., 2013: 198. Birçok eyalet mahkemesinde ise dava, dilekçelerin davalıya tebliği ile başlamaktadır. Bkz. Hazard vd., 2011: 43.

⁶²⁹ McKee vd., 2013: 199.

dava dilekçesi yüz yirmi gün içinde davacı tarafından davalıya tebliğ ettirilmezse, hâkim davanın açılmamış sayılmasına karar verebilmektedir (dismiss the action)⁶³⁰.

Dava dilekçesinin verilmesi ile Türk hukukundaki dilekçeler teatisine benzer bir sürece girilmektedir. Bu aşamada davacı iddialarını ortaya koyarken, davalı taraf ileri sürülen iddialara cevaplarını ve savunmalarını ileri sürmektedir⁶³¹. Ancak bu süreç, Türk hukukundan farklı olarak son derece yalındır. Bu aşamada taraflar genel olarak uyuşmazlığın sınırlarını ve gidişatını belirlemektedir. Tarafların ileri sürdükleri iddiaların detayları ve hangi delillerle desteklendiği ise aşağıda ayrıntılı olarak inceleyeceğimiz üzere “discovery” aşamasında ortaya konmaktadır⁶³². Dolayısıyla taraflar, bu aşamada, iddialarını ayrıntılı şekilde somutlaştırmak zorunda olmadıkları gibi delillerin de detaylı olarak gösterilmesi gerekmez.

Kural olarak dilekçeler teatisi, tarafların birer dilekçesinden oluşmaktadır. Dava dilekçesine (complaint)⁶³³ karşı davalı “answer” olarak adlandırılan bir cevap dilekçesi vermektedir⁶³⁴. Bunların dışında istisna bazı hallerde, davacının “reply” olarak adlandırılan başka bir dilekçe vermesi de mümkündür⁶³⁵.

Federal Usul Kanunu’nun 8 (a) maddesi uyarınca dava dilekçesinde üç temel unsurun bulunması gereklidir. Buna göre davacı öncelikli olarak seçilen mahkemenin neden görevli olduğunu kısaca açıklamalı⁶³⁶ daha sonra yine kısa ve öz olarak dava açmakta haklı olduğunu gösteren iddiaları açıklamalı⁶³⁷ ve son olarak da mahkemeden istenen hukuki korumayı bir başka ifadeyle “talebini”⁶³⁸ dava dilekçesinde belirtmelidir⁶³⁹.

⁶³⁰ McKee vd., 2013: 199.

⁶³¹ Freer, 2009: 288.

⁶³² McKee vd., 2013: 333; Freer, 2009: 288.

⁶³³ Birçok eyalet “complaint” terimini kullanmakla beraber bazı eyalet hukuklarında dava dilekçesi “petition” veya “declaration” olarak adlandırılmaktadır. Bkz. Freer, 2009: 294.

⁶³⁴ Kural olarak bütün dilekçelerde, görevli ve yetkili mahkeme, tarafların isimleri ve her davaya özel verilen dosya numarası belirtilmelidir. Bkz. FUK m. 10 (a)

⁶³⁵ Freer, 2009: 288. “Reply” olarak adlandırılan dilekçe, cevap dilekçesinde davalı tarafından ileri sürülen iddiaların davacı tarafından cevaplanması için kullanılmaktadır. Bu durum iki şekilde söz konusu olabilir. Birincisi davalının cevap dilekçesi ile karşı dava (counterclaim) açtığı durumlarda bu davaya cevap vermek için davacının bu dilekçeyi (reply) vermesi gerekli olabilir. İkinci durumda ise mahkeme yargılamanın daha iyi yürütülmesi için yararlı olacağını düşündüğü durumlarda, davacının cevap dilekçesi (reply) vermesini emredebilir. Ancak mahkemenin böyle bir emri vermesi istisnai durumlarda gerçekleşmektedir. Mahkemenin talebi bulunmaması halindeyse davacının böyle bir dilekçe vermesine gerek yoktur. Age: 321; Erichson, 2012: 121.

⁶³⁶ Bu noktada davacı, davasını eyalet mahkemesi yerine neden federal mahkemede açtığını açıklamalıdır. Örneğin, farklı eyaletlerde ikamet eden kişiler arasındaki 75.000 doları geçen uyuşmazlıklar, kural olarak federal mahkemelerde görülür. Böyle bir durumda davacı, federal mahkemeye sunacağı dava dilekçesinde, taraflardan birinin örneğin Indiana eyaletinde diğerinin ise Florida eyaletinde ikamet ettiğini belirtmeli ve uyuşmazlığın miktarının 75.000 doları geçtiğini ileri sürmelidir. Bkz. McKee vd., 2013: 332; Freer, 2009: 155-156; Erichson, 2012: 102. Kanun koyucu böyle bir açıklamayı zorunlu kılarak, davanın her safhasında re’sen değerlendirilmesi zorunlu olan görev kurallarının mümkün olan en kısa süre içinde incelenmesini sağlayarak, mahkemenin ve tarafların emek ve zamanın boşa harcanmamasını amaçlamaktadır. Bkz. Erichson, 2012: 102.

⁶³⁷ Dava dilekçesinde iddiaların ve bunların dayandığı vakıaların detaylı olarak anlatılmasına gerek yoktur. Zira buradaki temel amaç, davalıya davanın açılmasına neden olan iddialar ve vakalar hakkında açık bir bildirimde

Yukarıda belirtilen unsurları taşıyan dava dilekçesi kendisine tebliğ edilen davalı taraf ise kural olarak yirmi bir gün⁶⁴⁰ içinde cevap dilekçesini vermelidir [FUK m. 12(a)(1)(A)(i)]⁶⁴¹. Süresinde cevap verilmemesi halinde davacının talebi üzerine cevap dilekçesinin zamanında verilmediği zabıt kâtabi tarafından duruşma listesine (docket fee) işlenmektedir⁶⁴². Bu işlem gerçekleştikten sonra davalının cevap dilekçesi verme hakkı kural olarak ortadan kalkmaktadır. Davalının tekrar cevap dilekçesi verebilmesi için öncelikli olarak geçerli bir mazeret göstererek, zabıt kâtabi tarafından yapılan işlemin mahkeme tarafından kaldırılmasını talep etmesi gerekir⁶⁴³.

Cevap dilekçesinde davalı kendisine karşı ileri sürülen her bir iddiaya karşı bir cevap vermelidir. Bu çerçevede ileri sürülen her iddiayı ya reddetmeli ya kabul etmeli yahut da kabul veya reddetmek için yeterli bilginin olmadığını ileri sürmelidir⁶⁴⁴. Dava dilekçesinde yer alan her bir iddiaya karşı cevap verilmesi davalı açısından önemlidir. Zira davacı tarafından ileri sürülen bir iddia, davalı tarafından açıkça reddedilmez ise kabul edilmiş sayılmaktadır⁶⁴⁵. Bu durumun tek istinası (davacının dilekçesinde belirtilmesi halinde) talep

bulunmaktadır. Bu nedenle dilekçede belirtilen iddialar ve vakıalar, genel olarak davalının dava sebebini anlamasına yeterliyse, bu unsur gerçekleşmiş sayılır. Bkz. McKee vd., 2013: 333-334.

⁶³⁸ Talep parasal olabileceği gibi bir şeyin yapılması veya yapılmaması şeklinde de olabilir. Bir şeyin yapılmasını veya yapılmamasını içeren taleplerde (equitable demand), davacı yerine getirilmesi istenen eylemin ne olduğunu açıkça belirtmelidir. Bkz. McKee vd., 2013: 339-340. Bunun yanında davacı esas talebiyle birlikte varsa ihtiyati tedbir niteliğindeki taleplerini de dava dilekçesinde ileri sürebilmektedir. Parasal talep söz konusu olduğu durumlarda ise davacının dilekçesinde kural olarak miktar belirtmesine gerek yoktur. Buna karşılık davacı bir şekilde miktar belirtmişse, kural olarak (sadece bir istisna söz konusudur) taraf ve mahkeme bununla bağlı değildir. Bu anlamda davanın kazanılması halinde tahkikat safhasında anlaşılan gerçek miktar davacı lehine hükmedilebilmektedir. Ancak unutulmamalıdır ki; her ne kadar dava dilekçesinde miktar belirtilmesine gerek yoksa da talebin niteliği ve türü açıkça ifade edilmelidir. Örneğin, dilekçesinde sadece bir fiilin yapılmasını isteyen davacının, daha sonra uğradığı maddi zararları aynı yargılamada talep etmesi mümkün olmayabilir. Bkz. McKee vd., 2013: 339; Freer, 2009: 296-297.

⁶³⁹ Erichson, 2012: 102.

⁶⁴⁰ Bu sürenin hesabına tebliğ günü dâhil edilmezken, hafta sonu ve resmî tatil günlerinde yirmi bir günlük süre işlemeye devam etmektedir. Buna karşılık sürenin sonu, hafta sonuna veya resmî tatil gününe rastlarsa, süre tatili takip eden iş gününe kadar uzamaktadır. Süre, elektronik işlemler bakımından gece yarısı, diğer işlemler bakımından ise mahkemenin mesai saatinin bitiminde sona ermektedir. Bkz. McKee vd., 2013: 300; Freer, 2009: 310.

⁶⁴¹ Cevap süresi kural olarak yirmi bir gün olmasına rağmen bazı istisnai durumlarda bu süre uzayabilmektedir. Örneğin, davalı kendisine resmi tebligat yapılmasından rızasıyla vazgeçerse, dava dilekçesinin kendisine ulaşmasından itibaren altmış gün içinde dava dilekçesine cevap verebilmektedir. [FUK m. 12(a)(1)(A)(i-ii)]. Bu durumun nasıl gerçekleştiği konumuzun sınırlarını oldukça aştığı için detaylara girmiyoruz. Ancak genel bilgi için bkz. FUK m. 4 (d). Aynı şekilde hâkim re'sen veya talep üzerine bu sürenin uzatılmasına karar verebilmektedir. McKee vd., 2013: 418.

⁶⁴² Cevap süresi geçtikten sonra ancak bu işlem yapılmadan önce davalı cevap dilekçesi vermek isterse mahkemeden cevap verme süresinin uzatılmasını talep etmesi gerekmektedir. Bkz. Freer, 2009: 336.

⁶⁴³ Freer, 2009: 336, 341. Bu talebin yapılması için FUK herhangi bir süre sınırı öngörmemekle beraber mahkemeler bunun makul bir süre içersinde yapılması gerektiğini kabul etmektedir. Bkz. Age: 342.

⁶⁴⁴ McKee vd., 2013: 342; Freer, 2009: 316. Son ihtimal usulüne uygun şekilde ileri sürülürse davalının ilgili iddiayı reddettiği şeklinde yorumlanırken usulüne uygun bir araştırma yapmadan yahut kendisinde olan bilgi ve belgeleri incelemeyen yeterli bilginin olmadığını ileri sürülmesi halindeyse ilgili iddianın davalı tarafından kabul edilmiş sayılmasına neden olabilmektedir. Freer, 2009: 316.

⁶⁴⁵ Erichson, 2012: 112; McKee vd., 2013: 341-342; Freer, 2009: 315.

miktardır. Davalı taraf, davacının istediği rakamı açıkça reddetmiş olmasa dahi ilgili miktarı kabul etmiş sayılmaz⁶⁴⁶.

Davalı kendisine karşı ileri sürülen iddiaları reddederken son derece basit ve net ifadeler kullanmalıdır. Bu anlamda iddiaları neden kabul etmediğini ayrıntılı şekilde açıklamasına gerek yoktur. Aynı şekilde, ret beyanını desteklemek için farklı ifadeler ve vakıalar eklemesine de ihtiyaç yoktur⁶⁴⁷. Sadece “ileri sürülen iddiayı reddediyorum” demesi yeterlidir. Örneğin, dava dilekçesinin 6. paragrafında; davalının 20 Şubat 2014 tarihinde, Los Angeles Wilshire bulvarında dikkatsiz bir şekilde araba kullanırken davacının aracına çarptığı iddia edilse, davalının sadece dava dilekçesinin 6. paragrafında bulunan iddiaları reddediyorum demesi yeterlidir⁶⁴⁸.

Davalının ret iradesi açık ve net olmalıdır. Aksi takdirde davacı tarafından ileri sürülen iddianın davalı tarafından kabul edildiği varsayılabilir. Örneğin: “bu iddiaların doğruluğu duruşmada delillerle ispatlanmalıdır” denilirse, davalı belirtilen iddiayı reddetmiş sayılmaz. Tam tersine Federal Usul Kanunu’nun 8. maddesi uyarınca ileri sürülen iddiayı kabul etmiş sayılabilir. Aynı şekilde başka bir ifade kullanmadan “o tarihte başka bir yerde tatildegdim” denilirse, federal mahkemeler bakımından bir problem olmamasına rağmen bazı eyalet mahkemelerince bu ifade “ret” olarak algılanmayabilmektedir⁶⁴⁹.

Sonuç olarak, davalı cevap dilekçesinde gereksiz veya ek bilgilerden kaçınmalı, kısa ve net ifadelerle davacı tarafından ileri sürülen iddiaları kabul veya reddetmelidir⁶⁵⁰. Ancak hemen belirtmek gerekir ki; davalı, dava dilekçesinde ileri sürülen iddiaları kabul ederken “affirmative defense” olarak adlandırılan ek iddiaları ve savunmaları da cevap dilekçesinde kullanabilmektedir⁶⁵¹. Örneğin, darp nedeniyle açılan haksız fiil davasında, davalı taraf,

⁶⁴⁶ Freer, 2009: 315; McKee vd., 2013: 343.

⁶⁴⁷ Freer, 2009: 316.

⁶⁴⁸ Örnek ve açıklamalar için bkz Freer, 2009: 316.

⁶⁴⁹ Örnek ve açıklamalar için bkz. Freer, 2009: 316.

⁶⁵⁰ McKee vd., 2013: 341.

⁶⁵¹ Bunların dışında davalı, FUK’nun 12. (b) maddesinde belirtilen görev, yetki veya usulsüz tebligat gibi usule ilişkin savunmalarını da (affirmative defense olarak) cevap dilekçesinde belirtebilir. Ancak diğer savunmalardan farklı olarak davalının bu savunmalarını cevap dilekçesi vermeden önce “motion” olarak adlandırılan bir talep altında da mahkemeye sunabilmesi mümkündür. Bu çerçevede dava dilekçesini alan davalının önünde iki seçenek vardır. Birincisi yirmi bir gün içinde cevap dilekçesi vermek yahut aynı süre içerisinde mahkemeden belirtilen itirazlar (açıklanan usule ilişkin itirazların yanında başka sebeplerde de mahkemeden davanın reddi için talepte bulunmak mümkündür) için talep de bulunmaktır. Belirtmek gerekir ki, talep de bulunmayı seçen tarafın daha sonra cevap dilekçesi verme hakkı ortadan kalkmaz. Talebi (motion) reddedilen davalı diğer savunmaları için mahkemenin kararından sonraki on dört gün içinde cevap dilekçesi verebilir. Bunun istisnası ise FUK 12(b) de belirtilen usule ilişkin ilk dört savunmadır. Bu anlamda “motion” olarak adlandırılan yolu tercih eden davalı 12 (b) de belirtilen bütün savunmaları birlikte ileri sürmelidir. Aksi takdirde ileri sürmediği usuli savunmalardan vazgeçtiği kabul edilir. Dolayısıyla da talebin (motion) mahkeme tarafından reddedilmesinden sonra verilecek cevap dilekçesinde FUK 12 (b) de belirtilen savunmalar ileri sürülemez. Diğer taraftan mahkemeden talep (motion) yoluna gitmeden doğrudan cevap dilekçesi vermek isteyen davalının da FUK 12 (b) deki ilk dört savunmayı birlikte ileri sürmesi gerekmektedir. Aksi takdirde belirtilen usule ilişkin savunmalardan vazgeçmiş sayılmaktadır. Anlaşılabacağı üzere FUK 12 (b) de belirtilen bu savunmalar Türk hukukundaki ilk itirazlara

davacının ileri sürdüğü iddiaları kabul etmekle beraber, gerçekleştirdiği eylemin nedeninin meşru müdafaa olduğunu ileri sürebilmektedir⁶⁵². Aynı şekilde sözleşme ve buna bağlı olarak borcun varlığını kabul etmekle beraber borcun ödendiğini, zamanaşımı veya hak düşürücü sürenin geçtiğini, zararın karşılıklı kusurdan meydana geldiğini, haktan daha önceden feragat edildiğini veya zarara rıza gösterildiğini, cevap dilekçesinde davalının ayrıca belirtmesi gereklidir⁶⁵³. Öte yandan davalı cevap dilekçesiyle karşı dava (counterclaim) açabileceği gibi birden çok davalı bulunduğu durumlarda diğer davalıya karşı da (crossclaim) dava yöneltebilir. Bunun yanında Türk hukukundaki ihbara benzer şekilde asıl davada sorumlu bulunduğu takdirde ödeyeceği miktarı tazmin etmek için üçüncü kişinin de yargılamaya dâhil edilmesini talep edebilir (third-party claim)⁶⁵⁴.

Taraflar dilekçeler teatisiyle üzerinde anlaştıkları ve anlaşamadıkları vakıaları tespit ederek yargılamanın nasıl devam edeceğini şekillendirmektedir. Davalı tarafından reddedilen iddialar çekişmeli (joined) hale gelmekte ve yargılama bu iddialar üzerinden devam ettirilmektedir. Buna karşılık davalı tarafından kabul edilen iddialar bakımındansa yargılama yapılmasına ve hüküm kurulmasına gerek kalmamaktadır⁶⁵⁵.

Tarafların dilekçelerini değiştirmeleri, onlarda ekleme veya çıkarma yapmaları (amendment) mümkündür. Kural olarak bu üç şekilde gerçekleşebilir. Birinci durumda dilekçesini değiştirmek isteyen taraf, belirli süreler dâhilinde hiçbir izne ve rızaya bağlı olmaksızın dilekçesini değiştirebilir. İkinci durumda ise ilgili taraf, karşı tarafın yazılı rızasını alarak dilekçesini değiştirebilir. Son olarak da ilgili sürelerin geçtiği yahut karşı tarafın rıza göstermediği durumlarda dilekçesini değiştirmek isteyen taraf, mahkemeye başvurarak gerekli değişikliğin yapılması için izin talep edebilir⁶⁵⁶.

Uygulamada sıklıkla görülmemekle beraber, dilekçeler teatisi aşaması tamamlandıktan sonra eğer taraflar arasındaki uyuşmazlığın temelindeki vakıaların bütünü hakkında

benzemektedir. Bu anlamda hangi yolla ileri sürülse sürülsünler hepsini bir defa kullanılmaları gerekmektedir. Freer, 2009: 309 vd.; Erichson, 2012: 114-115.

⁶⁵² Freer, 2009: 318-319.

⁶⁵³ Bu nitelikteki benzer diğer savunmalar için bkz. FUK m. 8 (c). Bu maddede sayılan savunmalar sınırlı sayı ilkesine tabi değildir. Bkz. McKee vd., 2013: 347; Erichson, 2012: 113.

⁶⁵⁴ Erichson, 2012: 120.

⁶⁵⁵ Freer, 2009: 315-316; Erichson, 2012: 112.

⁶⁵⁶ Erichson, 2012: 121-122. Dilekçe değişikliğinin şartları, süreleri ve hâkimin hangi hallerde bu değişikliğe izin vereceği konumuz sınırlarını aşmaktadır. Ancak belirtmek gerekir ki; tarafların dilekçelerini değiştirmeleri Türk hukukuna göre daha kolay ve zahmetsiz bir şekilde gerçekleşmektedir. Bu durumun temel nedeni ise Amerikan hukukunun dilekçeler teatisine yüklediği anlamda yatmaktadır. Amerikan hukukunda tarafların davanın başında uyuşmazlıkla ilgili her şeyi bilmeleri beklenmediğinden dilekçeler teatisinde tarafların detaylı açıklama yapmalarına gerek yoktur. Bu aşamada tarafların iddialarını kısa ve öz şekilde açıklaması yeterlidir. Taraflar, esas olarak karşı tarafın elindeki bilgi, belge ve tanık ifadelerini “discovery” olarak adlandırılan bölümde detaylı olarak öğrenme ve değerlendirme imkânı bulmaktadır. Bu bağlamda, dilekçeler teatisinin temel amacı, taraflara birbirlerinin iddialarını öğrenme ve gelecek safhalara hazırlık yapma imkânı tanımaktır. Bu anlamda dilekçeler teatisi, discovery aşamasının giriş kapısı niteliğindedir. Bkz. Erichson, 2012: 99 vd., 129.

uyuşmazlık bulunmadığı anlaşılırsa, bir başka ifadeyle uyuşmazlık vakıalardan ziyade hukuk kurallarının yorumlanmasından kaynaklanıyorsa, Federal Usul Kanunu'nun 12 (c) maddesi uyarınca taraflardan her biri mahkemeden yargılamanın diğer safhalarına geçmeden uyuşmazlık hakkında bir karar verilmesini talep edebilmektedir (judgment on the pleadings)⁶⁵⁷.

2.1.3.2. Discovery

Dilekçeler teatisi aşaması tamamlandıktan sonra “discovery”⁶⁵⁸ olarak adlandırılan bir yargılama sürecine başlanmaktadır. Discovery, tarafların ileri sürdüğü iddia ve savunmalar ile bunlara ilişkin belge, tanık ve bilirkişi gibi delillerin, taraflar arasında değiş tokuş yapıldığı bir süreci ifade etmektedir⁶⁵⁹.

Duruşma (Trial) öncesi gerçekleşen bu dönemde, taraflar çeşitli yargılama kurum ve yöntemleriyle karşı tarafın elinde bulunan davayla ilgili bilgi, belge ve vakıalar hakkında bilgi sahibi olma fırsatı yakalamaktadır⁶⁶⁰. Böylece yargılamanın her iki tarafında da davayla ilgili bütün (ve birbiriyle aynı) bilgilerin bulunması sağlanmaktadır⁶⁶¹.

Türk hukukunda, kural olarak bu süreç dilekçeler aşamasında gerçekleşmektedir. Türk hukukundan farklı olarak, Amerikan hukukunda dilekçeler safhasının yanı sıra discovery aşamasının düzenlenmesinin temel gerekçesi ise, taraflarca ileri sürülen iddia ve savunmaların altında yatan vakıaların, dilekçeler teatisi aşamasında tam olarak ortaya çıkarılamamasıdır (somutlaştırılamamasıdır). Bu sebeple, Federal Usul Kanunu dilekçeler teatisinin yetersiz ve dar rolünü discovery aşaması ile tamamlamayı amaçlamıştır⁶⁶².

⁶⁵⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. McKee vd., 2013: 465.

⁶⁵⁸ Türk hukukunda tam bir karşılığı olmayan “discovery” süreci, konuyu inceleyen Türk doktrininde farklı şekillerde ifade edilmiştir. Örneğin; *Güralp*, discovery için “delil keşfi” kavramını kullanmayı tercih ederken *Gündüz*, tahkikat kavramını kullanmıştır. Bkz. *Güralp*, 2011: 233; *Gündüz*, 2009: 150. *Demirkapı* ise “araştırma aşaması” ifadesini kullanmaktadır. Bkz. *Demirkapı*, 2003: 44. Bazı eserlerde ise “discovery” kelimesi, çeviri yapılmadan aynen kullanılmıştır. Bkz. *Çelikoğlu*, 2012: 283, 284, 288; *Yalabık*, 2016: 94, 237 vd.

⁶⁵⁹ *Friedenthal* vd., 2013: XVI. Bilgilerin karşılıklı paylaşılması noktasında mahkemenin müdahalesi, planlama ve kontrol dışında oldukça sınırlıdır. Kural olarak mahkeme, ancak bu paylaşım ile ilgili bir uyşmazlık çıkması halinde sürece müdahale etmektedir. Bilirkişilik açısından ise bu aşama, tarafların birbirlerinin bilirkişilerini tanıdıkları, onların ne düşündüklerini, gerekçelerini ve görüşlerinin zayıf noktalarını öğrenebildikleri bir safhayı ifade etmektedir. *Bronstein*, 2012: 9. Bunun nasıl gerçekleştiği ise aşağıda ayrıntılı olarak incelenecektir.

⁶⁶⁰ *Freer*, 2009: 361. Ancak belirtmek gerekir ki; tarafların elinde bulunan her bilginin karşı tarafa açıklanma yükümlülüğü yoktur. Herşeyden önce karşı tarafa açıklanması gereken bilginin dava konusuyla ilgisi olması gerekmektedir. Bunun dışında bazı kişiler arasında gerçekleşen iletişim sonucu elde edilen bilgilerin de karşı tarafa açıklanma zorunluluğu yoktur. Zira FUK, istisnai bazı kişiler arasındaki iletişimin önemine binaen onlar arasındaki bilgilerin gizli kalmasını öngörmüştür. Sınırlı sayıda olan bu istisnalardan en önemlisi avukat ile müvekkil arasındaki iletişimidir. Bkz. *Feder ve Houck*, 2008: 35-36. Bir bilginin dava konusuyla ilgili olup olmadığı veya gizli bilgi (privilege) kapsamına girip girmeyeceği noktasında anlaşmazlık çıkması halinde, taraflardan birinin başvurusu üzerine bilginin karşı tarafa açıklanıp açıklanamayacağına hâkim karar vermektedir.

⁶⁶¹ *Feder ve Houck*, 2008: 35.

⁶⁶² *Freer*, 2009: 362. Federal Usul Kanunu, sadece federal mahkemelerde uygulanmakla beraber birçok eyalet, discovery olarak adlandırılan bu safhayı kendi yargılama kuralları içinde benimsemişlerdir. Age: 362.

Bu anlamda discovery sürecinin temel amacı, tarafların duruşmaya girmeden önce birbirlerinin elindeki bütün bilgi ve belgelerden haberdar olmalarını sağlayarak, taraflara duruşma için gerekli olan hazırlıkları yapma imkânı tanımaktır. Böylece taraflar, duruşma safhasında herhangi bir sürprizle karşılaşmayacaklarından emin olarak, stratejilerini geliştirebilmektedir⁶⁶³. Bunun yanında, aşağıda ayrıntılı olarak inceleneceği üzere discovery aşamasında kullanılan yöntemlerle, taraflar iddia ve delillerini kayıtlara geçirmekte, kendilerini belirli bir şekilde konumlandırmaktadır⁶⁶⁴. Bu durum ise tarafların üzerinde anlaştıkları ve anlaşamadıkları hususları belirlemelerine⁶⁶⁵, bu anlamda karar verme aşamasının hızlandırılmasına sebebiyet vermektedir. Diğer taraftan, discovery aşamasıyla taraflar, kendi ellerinde bulunanlarla, karşı tarafın elinde bulunanları karşılaştırma fırsatı bulmaktadır. Böylece taraflar kendilerini tartıp, değerlendirebilmekte ve bazı durumlarda aslında düşündükleri kadar güçlü argüman veya delillere sahip olmadıklarını anlamaktadırlar. Bu durum ise tarafları uzlaşmaya teşvik etmek suretiyle uyuşmazlıkların sulh ile çözülmesine katkı sağlamaktadır⁶⁶⁶.

Discovery sürecinin nasıl işleyeceği ve aşağıda açıklanan discovery yöntemlerinin ne zaman ve hangi sırayla gerçekleştirileceği taraflar arasında yapılacak anlaşmaya göre belirlenmektedir. Taraflar, ellerindeki belgeleri ve bilgileri paylaşmadan önce, “discovery conference” olarak adlandırılan bir toplantıda biraya gelerek discovery sürecinin aşamalarını ve kapsamını düzenlemektedir. Bir başka ifadeyle discovery süreci tarafların yapacakları bu toplantıyla başlamaktadır. Bu toplantı yapılmadan discovery sürecinin gerçekleştirilmesi kural olarak mümkün değildir⁶⁶⁷. Ancak istisnai bazı durumlarda hâkim tarafların ve tanıkların uygun zamanlarını göz önünde bulundurarak discovery sürecinin nasıl ve hangi sırayla gerçekleştirileceğine kendisi karar verebileceği gibi tarafları toplantı yapmaktan muaf da tutabilmektedir⁶⁶⁸.

Taraflar yapacakları bu toplantıda; discovery’nin kapsamını, muhtemel sona erme süresini, elektronik olarak depolanan bilgilerin açıklanmasını ve bunlar için yapılacak masrafları, Federal Usul Kanunu’nun tamamlayıcı kurallarla belirlediği süre ve sınırlarda değişiklik yapıp yapılmayacağını tespit eden bir plan hazırlamaktadır⁶⁶⁹. Hazırlanan plan, toplantı tarihinden itibaren on dört gün içersinde davaya bakmakta olan görevli mahkemeye

⁶⁶³ Oakley ve Amar, 2009: 171; Matson vd., 2005: 38; Freer, 2009: 361; Bronstein, 2012: 9; Subrin vd., 2012: 380.

⁶⁶⁴ Oakley ve Amar, 2009: 171.

⁶⁶⁵ Freer, 2009: 362; Subrin vd., 2012: 380.

⁶⁶⁶ Subrin vd., 2012: 380; Freer, 2009: 362.

⁶⁶⁷ McKee vd., 2013: 790.

⁶⁶⁸ McKee vd., 2013: 790, 796.

⁶⁶⁹ McKee vd., 2013: 794.

teslim edilmelidir. Mahkeme hazırlanan bu plana göre, discovery aşamasının ne şekilde yürütüleceğine dair bir karar verir. Ancak mahkeme gerekli gördüğü takdirde teslim süresinin değiştirilmesine de karar verebilmektedir⁶⁷⁰.

Discovery aşamasının kontrol ve planlanması dışında, mahkeme bu safhada (duruşma (trial) öncesi dönemde) uyuşmazlık konusunun sınırlandırılması, anlamsız ve önemsiz iddiaların bertaraf edilmesi, gerekliyse tarafların dilekçelerinin değiştirilmesi, gereksiz ispat faaliyetinden kaçınmak için tanıkların ve bilirkişi sayısının sınırlandırılması, mümkün olması halinde duruşma safhasına geçmeden “summary judgment” gibi karar tipleriyle hüküm kurulması, tarafların uzlaştırılması ve duruşma (veya gelecek toplantıların) tarihinin belirlenmesi gibi hususların değerlendirilmesi amacıyla da toplantılar (pretrial conferences) yapılmasına karar verebilir [FUK 16 (c) (2)]. Toplantı sayısı bakımından bir sınırlama yoktur. Mahkeme ihtiyaç duyulan sayıda toplantı yapılmasına karar verebilmektedir.

Aşağıda ayrıntılı olarak inceleneceği üzere discovery aşamasında tarafların yerine getirmeleri gereken birçok yükümlülük bulunmaktadır. Taraflardan bir tanesi kendisi tarafından yerine getirilmesi gereken bir eylemi süresinde ve usulüne uygun olarak yerine getirmediği takdirde, diğer taraf Federal Usul Kanunu’nun 37. maddesi uyarınca, ilgili eylemin yerine getirilmesi veya Kanun’un gerektirdiği durumlarda yükümlülüğünü yerine getirmeyen tarafın cezalandırılması için mahkemeden talepte bulunabilmektedir⁶⁷¹. Buna karşılık bir tarafın kendisine düşen yükümlülüğü yerine getirmemesi, diğer taraf için yükümlülükten kaçınmak için mazaret olarak kabul edilmemektedir⁶⁷². Dolayısıyla taraflardan biri kendi üzerine düşen yükümlülüğü yerine getirmese dahi karşı taraf kendi üzerine düşen yükümlülüğü kural olarak yerine getirmekle mükelleftir.

Discovery sürecinde taraflar için öngörülen öncelikli yükümlülük, bir takım bilgi ve belgelerin karşı tarafın talebi aranmaksızın açıklanmasıdır. “Required (mandatory) disclosure”

⁶⁷⁰ McKee vd., 2013: 795; Erichson, 2012: 134.

⁶⁷¹ Freer, 2009: 395-396. Talep edilen eylemin, yerine getirilmesi gerekli bir yükümlülük olup olmadığı noktasında ihtilafın ortaya çıkması halinde de talepte bulunan taraf, yukarıda açıklanan hükümler uyarınca mahkemeye başvurarak bu konuda bir karar verilmesini ve muhatabın belirtilen eylemi yerine getirmesini talep edebilmektedir (motions to compel). Örneğin, deposition kapsamında sorgulanan taraf, sorulan bir soruya davayla ilgisi olmadığı gerekçesiyle cevap vermezse, sorgulamayı gerçekleştiren taraf mahkemeye başvurarak sorunun dava konusuyla ilgili olduğunu belirterek sorunun muhatap tarafından cevaplandırılmasını sağlayabilmektedir. Mahkemeden bu şekilde karar alan taraf, avukat ücreti de dâhil olmak üzere bu başvuru için yaptığı masrafları karşı taraftan talep edebilmektedir. Mahkeme tarafından emredilmesine rağmen, muhatap taraf gerekli eylemi yerine getirmemekte ısrar ettiği takdirde çeşitli müeyyidelerle karşılaşmaktadır. Örneğin, yukarıdaki örnekte mahkeme, muhatap tarafa soruya cevap vermesini emretmesine rağmen cevap verilmemekte ısrar edilirse, sorunun, sorgulayan tarafın lehine olacak şekilde cevaplandığı kabul edilebilmektedir. Bunun dışında FUK’un 37. maddesi durumun özelliklerine göre uygulanabilecek birçok müeyyide belirlemiştir. Örneğin, zorunlu açıklama kapsamında karşı tarafa açıklanması gereken bilgileri açıklamayan tarafın, bu bilgileri veya tanıkları kullanması yasaklanabilir veya çok istisnai durumlarda dava, mahkeme emrine uymayan taraf aleyhine karara bağlanabilir. Bkz. Age, s. 396-398; Erichson, 2012: 150-151.

⁶⁷² McKee vd., 2013: 790; Bronstein, 2012: 10.

(lüzumlu-zorunlu açıklama) olarak adlandırılan bu yükümlülük Federal Usul Kanunu'nda 1993 yılında yapılan değişiklikle kabul edilmiştir⁶⁷³. Bu yükümlülük discovery safhasının farklı zamanlarında gerçekleşen üç temel bölümden oluşmaktadır. Bu bölümler “ilk açıklama (initial disclosure)”, “bilirkişinin açıklanması (disclosure of expert testimony)” ve “duruşma öncesi açıklamadır” (pretrial disclosure). [FUK m. 26 (a)].

İsminden de anlaşılacağı üzere lüzumlu açıklama yükümlülüğünün başlangıç bölümü, “ilk açıklama” safhasıdır. Federal Usul Kanunu'nun 26 (a)(1) maddesi uyarınca, “ilk açıklama” safhasında talep olmasa dahi tarafların bildirmekle yükümlü olduğu bilgiler şunlardır⁶⁷⁴;

- Tarafların iddia veya savunmalarını desteklemek için kullanabilecekleri ve discovery'e tabi bir bilgiye sahip olması muhtemel olan her bir kişinin adı ve biliniyorsa telefon ve adresi [FUK m.26(a)(1)(A)(i)].
- Tarafların iddia ve savunmalarını desteklemek için kullanabilecekleri ve kendi mülkiyetlerinde, sorumluluklarında veya kontrollerinde bulunan her türlü belgenin, elektronik bilginin ve nesnenin bir kopyası veya kategori ve yer olarak tarifi [FUK m.26(a)(1)(A)(ii)].
- Açıklama yapan tarafça iddia edilen zararın hesabı ve bu hesapta kullanılan belgeler ve diğer deliller [FUK m.26(a)(1)(A)(iii)].
- Eğer varsa, sigorta şirketinin verilecek muhtemel mahkeme kararının tamamını veya bir bölümünü karşılamayı taahhüt ettiği sigorta sözleşmesi örneği [FUK m.26(a)(1)(A)(iv)].

Lüzümlü açıklama yükümlülüğünün ikinci bölümü ise “bilirkişinin açıklanması” safhasıdır. Esasen bu safha, aşağıda açıklanacak discovery yöntemleri uygulandıktan sonra tarafların bilirkişi kullanıp kullanmayacaklarına odaklandıkları duruşmaya yakın bir zamanda gerçekleştirilmektedir⁶⁷⁵. Ancak konu bütünlüğünün bozulmaması için belirtilen safha, bu aşamada genel hatlarıyla anlatılacaktır. Federal Usul Kanunu'nun 26 (a)(2) maddesi uyarınca taraflardan her biri, diğer tarafa duruşmada bilirkişilik yapacak kişinin kimliğini açıklamak zorundadır. Bunun yanında bilirkişi tarafından hazırlanacak ve imzalanacak yazılı raporun da karşı tarafa iletilmesi gerekmektedir [FUK m. 26 (a)(2)(B)]. Karşı tarafa verilmesi gereken bu raporun ise aşağıda belirtilen unsurları taşıması zorunludur.

⁶⁷³ Freer, 2009: 363; Erichson, 2012: 133. Federal Usul Kanunu'nda düzenlenen discovery safhası, eyalet usul kanunlarında genel olarak benimsenmiş olmasına rağmen “Zorunlu (Lüzumlu) Açıklama” (Required Disclosure), birçok eyalet hukuku tarafından kabul görmemiştir. Bkz. Age: 366.

⁶⁷⁴ İstisnai sayılabilecek bazı davalar bakımından tarafların üzerindeki bu yükümlülük kaldırılmıştır. Kuralın istisnası olan bu davalar için bkz. FUK m. 26 (a)(1)(B).

⁶⁷⁵ Erichson, 2012: 134; Freer, 2009: 366.

- Bilirkişinin davayla ilgili bütün görüşleri ile bu görüşün temelleri ve gerekçeleri
- Bilirkişinin görüşünü oluştururken dikkate aldığı vakıa ve bilgiler
- Bilirkişinin görüşünü özetlemek ve desteklemek için kullanabileceği görsel sunumlar
- Bilirkişinin son on yıl içinde yazdığı eserler de dâhil olmak üzere bilirkişinin nitelikleri
- Bilirkişinin son dört yıl içinde tanıklık yaptığı diğer davaların listesi
- Bilirkişinin yaptığı çalışma veya yapacağı tanıklık için ilgili tarafça kendisine ödenen ücret [FUK m. 26 (a)(2)(B)].

Discovery aşamasında gerek bilirkişinin kimliğinin gerekse de görüşünün açıklanması zorunluluğu, karşı tarafın duruşmada sürpriz bir ifadeyle karşılaşmasını önlemek amacıyla düzenlenmiştir. Bu anlamda karşı taraf ilgili bilirkişiyi ve görüşünü bu aşamada öğrenerek duruşma safhasında gerçekleştireceği çapraz sorgulamaya daha iyi hazırlanabileceği gibi bilirkişi görüşünde ileri sürülen tezlerin çürütülmesi amacıyla anti tezler oluşturabilmektedir⁶⁷⁶.

Lüzümlü açıklama yükümlülüğünün üçüncü ve son bölümü ise “duruşma öncesi açıklama” (pretrial disclosure) safhasıdır. Bu aşamada esasen aşağıda belirtilen discovery yöntemleri kullanıldıktan sonra duruşmaya oldukça yakın bir zamanda gerçekleşmektedir⁶⁷⁷. “Duruşma öncesi açıklama” kısmında taraflar yargılamada dinletmeyi düşündükleri tanıkların listesini, duruşmada delil olarak kullanmayı düşündükleri deposition tutanaklarını, belgeleri, sergileyecekleri nesneleri ve ileri sürmeyi istedikleri diğer delillerin özetlerini karşı tarafa açıklamak zorundadır⁶⁷⁸.

Yukarıda belirtilen zorunlu açıklamaların dışında tarafların birbirlerinin ellerindeki bilgileri, belgeleri ve delilleri elde etmeleri amacıyla çeşitli discovery yöntemleri öngörülmüştür. Bunların en önemlileri: “deposition”, “interrogatories”, “request for production” ve “request for admissions” dır⁶⁷⁹. Ancak lüzumlu açıklamadan farklı olarak bu yöntemlerin uygulanabilmesi için kural olarak bir talebin varlığı gerekmektedir⁶⁸⁰. Taraflar, bu yöntemlerin hangi sıra ile kullanılacağına kendileri karar vermektedir. Ancak genellikle interrogatories ve request for production, deposition yönteminden önce kullanılmaktadır⁶⁸¹.

⁶⁷⁶ Erichson, 2012: 134.

⁶⁷⁷ Erichson, 2012: 134.

⁶⁷⁸ Erichson, 2012: 134.

⁶⁷⁹ Matson vd., 2005: 38. Belirtilen yöntemlere benzeyen ve karşı taraftan bilgi elde etmeye yönelik başka discovery yöntemleri de bulunmaktadır. Örneğin, taraflardan biri mahkemeden karşı tarafın sağlık kontrolünden geçirilmesini isteyerek, onun fiziksel ve ruhsal durumunun ortaya çıkartılmasını talep edebilmektedir (requests for physical or mental examinations). Bkz. Freer, 2009: 374; Rowe vd., 2012: 120.

⁶⁸⁰ Erichson, 2012: 132.

⁶⁸¹ McKee vd., 2013: 790.

Bu discovery yöntemlerinden en önemlisi ve belki de en tartışmalı olanı “deposition”dır. Birçok yönüyle duruşmada yapılan tanıklığa benzeyen bu yöntemle, uyuşmazlığın taraflardan biri veya üçüncü bir kişi (tanık, bilirkişi veya yargılama dışı üçüncü kişi gibi) duruşmadan önce sözlü olarak sorgulanmakta, verilen cevaplar ise mahkeme kâtibi tarafından kaydedilmektedir⁶⁸². Sorgulanan kişiye (deponent) beyanından önce yemin ettirilmekte ve sorgulama bittikten sonra tutanağa geçirilmiş ifadesi kendisine imzalatılmaktadır. Sorgulanan kişi, imzayı atmadan önce tutanağı kontrol edip gerekli yerleri düzeltme imkânına sahiptir⁶⁸³. “Deposition” mahkemede veya hâkim huzurunda gerçekleşmez⁶⁸⁴, bu süreçte resmi görevli olarak sadece mahkeme kâtibi bulunmaktadır⁶⁸⁵. Taraflar ve vekilleri “deposition”a katılma hakkına sahip olup, iki taraf vekilinin⁶⁸⁶ de ilgili kişiye soru sorma hakkı bulunmaktadır⁶⁸⁷. Bunun yanında sorgulanan kişi yargılamanın tarafı değilse kendi avukatının da sorgulamaya katılmasını sağlayabilmektedir⁶⁸⁸.

Belirttiğimiz üzere “deposition” kapsamında gerçekleşecek sorgu, kural olarak taraflardan birinin talebiyle gerçekleşmektedir. “Deposition” talep eden taraf, sorgulanacak kişinin kimliğini, sorgulamanın gerçekleşeceği yeri ve zamanı uyuşmazlığın diğer tarafına yazılı olarak bildirmek zorundadır⁶⁸⁹. Deposition kapsamında sorgulanacak kişiler yargılamanın tarafları olabileceği gibi üçüncü kişiler de olabilir⁶⁹⁰. Ancak üçüncü kişilerin bu sorgulamaya katılmalarını sağlamak için kendilerine mahkeme tarafından resmi olarak çağrı kâğıdı gönderilmesi gerekmektedir⁶⁹¹. Aksi takdirde bu kişilerin sorgulamaya katılma yükümlülükleri yoktur⁶⁹². Buna karşılık taraflar (davacı veya davalı) sorgulanacaksa mahkemeden çağrı kâğıdı çıkarılmasına gerek yoktur. “Deposition” talep eden tarafça,

⁶⁸² Freer, 2009: 368; Oakley ve Amar, 2009: 173.

⁶⁸³ Subrin vd., 2012: 425; Matson vd., 2005: 57; Freer, 2009: 368.

⁶⁸⁴ “Deposition” yönteminin nerede gerçekleşeceğine, taraflar karar vermektedir. Uygulamada, genellikle taraf avukatlarından birinin ofisi “deposition” yeri olarak belirlenmektedir. Deposition başlamadan önce taraflar, sorgulanacak kişi, mahkeme kâtibi ve diğer ilgili kişiler bir masa etrafında oturur. Mahkeme kâtibi masanın bir tarafına kayıt için gerekli olan düzeneği kurar ve sorgulama için her şey hazır olduğu takdirde sorgulanacak kişiye yemin ettirir. Bundan sonra sorgulanacak kişiye deposition yönteminin usul ve kuralları anlatılır, prosedürü anlayıp anlamadığı sorulur. Eğer süreç ilgili kişi tarafından anlaşılmışsa, sorgulama başlar ve söylenen her şey mahkeme kâtibi tarafından kayda geçirilir. Aynı şekilde sorgulama videoya kaydedilecekse, bunun için gerekli fiziki şartlar sorgulama başlamadan önce hazırlanır. Bkz. Matson vd., 2005: 52.

⁶⁸⁵ Erichson, 2012: 135.

⁶⁸⁶ Taraflar avukatla temsil ediliyorsa soruları vekiller sormaktadır. Ancak avukat ile temsil edilmeyen taraf, “deposition” safhasında sorgulanan kişiye doğrudan soru sorma hakkına sahiptir. Bkz. Freer, 2009: 368, dpn. 12.

⁶⁸⁷ Freer, 2009: 368.

⁶⁸⁸ Freer, 2009: 368, dpn. 12; Erichson, 2012: 135.

⁶⁸⁹ Erichson, 2012: 135; Freer, 2009: 368.

⁶⁹⁰ Oakley ve Amar, 2009: 173.

⁶⁹¹ Freer, 2009: 368. “Subpoea” olarak adlandırılan bu çağrı kâğıdında genel olarak “deposition”nın gerçekleşeceği yer, tarih ve mahkemenin adı yer almaktadır [FUK m. 45 (a)(1)(A)- 45 (a)(1)(B)]. Üçüncü kişinin sorguya bir şey getirmesi istendiği durumlarda ise çağrı kâğıdı farklı şekilde düzenlenir ve istenilen cisim veya nesneler genel hatlarıyla bu çağrı kâğıdına yazılır. Normal çağrı kâğıdından farklı olarak bu tip çağrı kâğıdı “subpoea duces tecum” olarak ifade edilmektedir. Bkz. Matson vd., 2005: 50.

⁶⁹² Freer, 2009: 368-369.

davanın diğer taraflarına gönderilen ve sorgulanacak kişinin kimliğini ve sorgulamanın gerçekleşeceği yeri ve zamanı gösteren yazılı bildiri yeterlidir⁶⁹³.

Sorgulanan kişi, mevcut bilgi ve anımsamalarına göre sorulara cevap vermek durumundadır. Bu anlamda kişinin elindeki mevcut bütün bilgi ve vakıaları çalışıp, sorulara cevap vermesine gerek yoktur⁶⁹⁴. Kural olarak sorgulanan kişinin tekrar “deposition” kapsamında sorgulanması mümkün değildir⁶⁹⁵.

Discovery aşamasında kullanılan en önemli ve tartışmalı yöntem olmasına rağmen, deposition genellikle kullanılan ilk yöntem değildir. “Deposition” ekseriyetle aşağıda ayrıntılı olarak açıklanan “interrogatories” yönteminden sonra kullanılmaktadır⁶⁹⁶.

“Interrogatories”, uyuşmazlığın taraflarından birinin, uyuşmazlığın diğer tarafına yazılı olarak soru yöneltmesini ifade eden bir “discovery” yöntemidir. Federal Usul Kanunu’nun 33. maddesi uyarınca taraflardan her biri, uyuşmazlığın diğer tarafına azami yirmi beş adet yazılı soru sorma hakkına sahiptir⁶⁹⁷. Buna karşılık kendisine soru yöneltilen taraf veya temsilcisi⁶⁹⁸, yazılı, imzalı ve yeminli şekilde bu sorulara otuz gün içinde cevap vermekle yükümlüdür [FUK m. 33 (b)(2)]. Yemin altında verilen cevapların gerçeğe aykırı olması halinde, ilgili taraf yemin yükümlülüğüne aykırı davranışından dolayı cezalandırılabilir⁶⁹⁹. Soruların dava konusu vakıalarla ilgisinin olmaması veya verilecek cevapların Kanun’da belirtilen bir imtiyazın (privilege) kapsamına girmesi gibi nedenlerle soruları cevaplamak istemeyen taraf, yine otuz gün içinde bu sorulara karşı mahkeme nezdinde itirazda bulunabilmektedir (FUK m. 33). İtiraz eden taraf, itirazını ve bu itirazın dayanağını somut ve ayrıntılı bir şekilde belirtmek zorundadır. Aksi takdirde, kural olarak itiraz yapılmamış sayılır. Mahkeme itirazın geçerli olup olmadığına, diğer bir ifadeyle itiraz edilen sorunun cevaplanıp cevaplanmayacağına karar verir.

“İnterrogatories” özellikle diğer tarafın dilekçelerinin açıklanması ve karşı tarafın somut bir şekilde konumlandırılmasını sağlamak için kullanılmaktadır. Böylece kendini bir şekilde konumlandıran tarafı farklı yöntemlerle sıkıştırmak mümkün hale gelmektedir⁷⁰⁰. “Deposition” gibi discovery yöntemleriyle davanın tarafı olmayan kişilerden de bilgi alınması söz konusu olabilirken “interrogatories” kapsamındaki sorular ancak davanın diğer tarafına

⁶⁹³ Freer, 2009: 369.

⁶⁹⁴ Freer, 2009: 369.

⁶⁹⁵ Freer, 2009: 369.

⁶⁹⁶ Freer, 2009: 370.

⁶⁹⁷ Taraflar, soru sayısının azaltılması veya çoğaltılması amacıyla anlaşma yapabileceği gibi, mahkeme de Kanun’da belirtilen soru sayısının değiştirilmesine karar verebilir. Bkz. Erichson, 2012: 135.

⁶⁹⁸ Burada bahsedilen temsilci, kendisine soru yöneltilen tarafın, şirket, dernek ve kamu kurumu olması halinde bu soruları cevaplandırmakla yükümlü olacak kişiyi ifade etmektedir. Bkz. Federal Delil Kanunu m. 33, (b)(1)(B).

⁶⁹⁹ Freer, 2009: 371.

⁷⁰⁰ Freer, 2009: 371.

yöneltilenmektedir. Davanın tarafı olmayan (örneğin tanık) üçüncü kişiler “interrogatories” kapsamında değildir⁷⁰¹. Ancak belirtmek gerekir ki, interrogatories kapsamında sorulacak soruların kapsamı, bilirkişi veya şahit gibi üçüncü kişilerin ifadelerini kapsayacak şekilde olabilir. Bu anlamda soruların muhatabı taraf olsa da sorular ve cevaplar bilirkişi gibi üçüncü kişileri ilgilendirebilmektedir⁷⁰².

Geleneksel discovery yöntemlerinden üçüncüsü ise “request of production”dır⁷⁰³. Federal Usul Kanunu’nun 34. maddesi uyarınca bu yöntemle uyumsuzluğun taraflarından biri, karşı tarafın elinde bulunan bir belgenin, elektronik ortamda depolanmış bir bilginin veya somut bir nesnenin incelenmesi, test edilmesi veya örneğinin alınması için kendisine verilmesini veya kontrolünde olan araziye veya diğer bir mülke girilmesine izin verilerek dava için gerekli olan incelemenin, ölçümlerin, araştırmaların ve testlerin yapılmasını veya fotoğraflanıp, örnek alınmasını talep edebilmektedir [FUK m. 34 (a)].

Bu talebin kabul edilebilmesi ve bu kapsamda incelemelerin yapılabilmesi için birtakım şartların yerine getirilmesi gerekmektedir. Öncelikle incelemenin konusu olan veya bir örneği talep edilen belge, doküman veya nesnenin, muhatabın kontrolünde, gözetiminde veya zilyetliğinde bulunması gerekmektedir⁷⁰⁴. Bunun yanında yapılacak talebin FUK m. 34 (b)(1)’ de belirtilen unsurları taşıması gerekmektedir. Bu çerçevede incelenmek istenen belge veya nesne makul şekilde somutlaştırılmalı, incelemenin nasıl yapılacağı ifade edilmeli, incelemenin yapılacağı makul yer ve zaman belirlenmelidir [FUK m. 34 (b)(1)(A)-(B)]⁷⁰⁵.

Federal Usul Kanunu’nun 34. maddesi uyarınca yapılacak talep, ancak davanın diğer tarafı muhatap alınarak yapılabilir⁷⁰⁶. Ancak bu durum, üçüncü kişilerden incelemek veya örneğini almak için doküman veya nesne alınamayacağı anlamına gelmez⁷⁰⁷. Federal Usul Kanunu’nun 45. maddesi uyarınca üçüncü kişilerin elindeki belge ve nesnelerin incelenmesi, örneğinin alınması veya test edilmesi mümkündür⁷⁰⁸. Ancak bu süreç 34. maddeden bazı noktalarıyla ayrılmaktadır. En önemli farklılık ise mahkeme kararına duyulan ihtiyaçtır. Deposition’da olduğu gibi üçüncü kişilerin elindeki belge ve nesnelerin incelenebilmesi için mahkemeden “subpoena” olarak adlandırılan bir emir çıkartmak gereklidir⁷⁰⁹. Aksi takdirde

⁷⁰¹ Oakley ve Amar, 2009: 174; Erichson, 2012: 135; Freer, 2009: 371.

⁷⁰² Lancaster ve Capozzola, 2010: 281 vd.

⁷⁰³ Request for production of documents and tangible things or inspection of premises (FUK m.34)

⁷⁰⁴ Freer, 2009: 372.

⁷⁰⁵ Kural olarak talep mahkemeye değil, doğrudan muhataba yöneltilmektedir. Ayrıca, mahkeme aracılığıyla bir tebligatın yapılması da gerekli değildir. Talebin, normal posta yoluyla muhataba gönderilmesi mümkündür. Bkz. Freer, 2009: 373, dpn. 24.

⁷⁰⁶ Oakley ve Amar, 2009: 174; Freer, 2009: 373.

⁷⁰⁷ Freer, 2009: 373.

⁷⁰⁸ Erichson, 2012: 138; Oakley ve Amar, 2009: 174.

⁷⁰⁹ Oakley ve Amar, 2009: 174; Freer, 2009: 373. Üçüncü kişi aynı zamanda deposition kapsamında sorgulanmak isteniyorsa elindeki belgeler için ayrıca bir subpoena çıkartılmasına gerek yoktur. “Subpoena

üçüncü kişilerin ellerinde bulundurdıkları belgeleri ve nesneleri incelemek gibi bir yükümlülükleri ortaya çıkmaz.

Talebin muhatabı olan taraf, karşı tarafın talebine otuz gün içinde yazılı olarak cevap vermek zorundadır [FUK m. 34 (b)(2)(A)]. Verilecek cevap iki şekilde olabilir: Talep kabul edilip gerekli izin verilebilir veya da gerekçeleri belirtilerek talebe itiraz edilebilir. Birçok doküman veya nesne üzerinde inceleme talep edildiği hallerde ise hangi doküman veya nesne için izin verildiği veya hangileri için verilmediği ayrı ayrı belirtilmelidir [FUK m. 34 (b)(2)].

Bu talep, (request for production) başvuran tarafın izleyeceği stratejiye göre, “deposition” dan önce veya sonra gerçekleştirilebilen bir discovery yöntemidir. Hatta ilgili taraf, deposition için göndereceği bildiriyle birlikte bazı belgelerin incelenmesi ve örneğinin alınması için de talep gönderebilir⁷¹⁰. Bu durumda muhatap taraf, deposition kapsamında sorgulanacağı yerde ve zamanda istenilen belge ve nesnelerle birlikte bulunmalıdır⁷¹¹(Gerekli şartların mevcudiyeti ve bir itirazın bulunmaması halinde). Ancak belirttiğimiz üzere; talep sahibi taraf, yine belirlediği stratejiye göre “deposition” kapsamında karşı tarafı sorgulamadan önce karşı tarafın elinde bulunan belge ve nesneleri incelemeyi tercih edip, daha derinlemesine bir sorgulama gerçekleştirmeyi seçebilmektedir⁷¹².

Yukarıda belirttiğimiz üzere taraflardan her biri, karşı tarafın veya üçüncü kişinin elindeki belgeleri, bilgileri ve nesneleri belirli şartlar altında inceleyebilmektedir. Bunun yanında taraflardan birinin fiziksel veya ruhsal durumunun uyuşmazlık konusu olduğu davalarda, ilgili kişinin akıl ve zihin bütünlüğünün de incelenmesi talep edilebilmektedir⁷¹³. Örneğin, davacının yaralanmasına sebebiyet veren kazaya ilişkin bir davada; davalı taraf diğer discovery yöntemleriyle davacının sağlık raporunu temin edebileceği gibi yaraların veya sakatlıkların ciddiyetini anlamak için sertifikalı (lisanslı) bir uzmanın da inceleme yapmasını isteyebilir⁷¹⁴. Ancak yukarıda belirtilen discovery araçlarından farklı olarak böyle bir incelemenin yapılması için talep eden tarafın haklı bir sebep göstererek mahkemeden izin alması zorunludur⁷¹⁵. Bu anlamda talep eden tarafın mahkemeye böyle bir incelemeye neden ihtiyaç duyulduğunu açıklaması ve onu ikna etmesi gereklidir⁷¹⁶.

duces tecum” çıkartılmak suretiyle, üçüncü kişinin “deposition” için çağrıldığı yere elinde bulundurduğu belgelerle gelmesi sağlanabilmektedir. Ancak üçüncü kişi deposition’da sorgulanmak istenmiyor ancak elindeki belge ve nesne incelenmek isteniyorsa yukarıda açıklandığı üzere FUK m. 45’de belirtilen subpoena çıkartılarak bu inceleme gerçekleştirilebilmektedir. Bkz. Freer, 2009: 374; Oakley ve Amar, 2009: 174.

⁷¹⁰ Freer, 2009: 373.

⁷¹¹ Freer, 2009: 373.

⁷¹² Freer, 2009: 373.

⁷¹³ Erichson, 2012: 139. Requests for physical or mental examinations (FUK m.35).

⁷¹⁴ Erichson, 2012: 139.

⁷¹⁵ Erichson, 2012: 139.

⁷¹⁶ Erichson, 2012: 139.

Discovery aşamasında kullanılabilecek diğer bir yöntem ise kabul talebi olarak çevrilebilecek “request for admission” dır. Bu yöntemle taraflardan bir tanesi, diğer tarafın belirli bir vakıayı kabul etmesini, reddetmesini veya bunları yapamamasının nedenini açıklamasını istemektedir⁷¹⁷. Taraflar özellikle bir belgenin doğruluğunun kabul veya reddedilmesi amacıyla bu yöntemi kullanmaktadır⁷¹⁸. Bu yöntem, etkili bir şekilde kullanıldığı takdirde taraflar arasındaki uyuşmazlık konusu meseleleri sınırlandırmak suretiyle, davanın daha hızlı ve etkili yürütülmesine katkı sağlamaktadır⁷¹⁹. Bu yöntem ancak davanın tarafları üzerinde kullanılabilir. Üçüncü kişilerden, bir meseleyi kabul veya reddetmesi istenemez⁷²⁰.

Normal şartlar altında yukarıda belirtilen aşamalar tamamlandıktan sonra duruşma safhasına geçilmektedir. Ancak bazı durumlarda duruşma açılmadan önce veya açıldıktan sonra fakat davanın jüri tarafından karara bağlanmasından önce uyuşmazlığın esası hakkında hâkimin hüküm vermesi mümkündür. Özellikle dosyadaki belgeler, deliller ve diğer unsurlar dikkate alındığında; taraflardan bir tanesi üzerine düşen ispat yükünü yerine getirmemiş yahut tam aksine kimsenin karşı çıkamayacağı şekilde iddiasını ispatlamışsa, mahkeme yargılamanın diğer safhalarına geçilmeden uyuşmazlık konusu hakkında karar verebilmektedir⁷²¹. Bu şekilde verilebilecek kararlardan en önemlisi, “özet hüküm” olarak çevrilebilecek “summary judgment” tır. Bu hüküm Federal Usul Kanunu’nun 56. maddesinde düzenlenmiş olup, böyle bir hükmün elde edebilmesi için dava konusu vakıalarla ilgili gerçek (genuine) bir uyuşmazlığın bulunmadığının ve bir hukuki mesele olarak ilgili tarafın böyle bir hükmü elde etmeye hakkının bulunduğu gösterilmesi gerekmektedir⁷²². Mahkeme böyle bir kararı kendiliğinden alamaz, bunun için taraflarca mahkemeye yöneltilmiş bir talebin bulunması gereklidir. Gerek davacı gerekse de davalı taraf özet hüküm için mahkemeye başvurabilir⁷²³. Ancak uygulamada bu talebin genellikle davalı tarafça yapıldığı

⁷¹⁷ Subrin vd., 2012: 429; Erichson, 2012: 139. Örneğin; davalı vekili, davacıdan kaza sırasında kemer takmadığını kabul veya reddetmesini talep edebilir. Örnek için bkz. Subrin vd., 2012: 429.

⁷¹⁸ Erichson, 2012: 139.

⁷¹⁹ Erichson, 2012: 139.

⁷²⁰ Erichson, 2012: 139.

⁷²¹ Erichson, 2012: 191.

⁷²² Belirttiğimiz üzere; vakıalar hakkında karar verme yetkisi, jüri üyelerine aittir. Bu çerçevede, özet hüküm talebi ve bu talebe göre verilecek karar ile jüri üyelerinin yetkilerinin hâkim tarafından çiğnendiği düşünülebilir. Ancak belirttiğimiz üzere; böyle bir kararın alınabilmesi için öncelikli olarak, konunun hukuk kurallarına ilişkin olduğu, diğer bir deyişle, jürinin karar vermesini gerektirecek gerçek (genuine) vakıasal bir uyuşmazlığın bulunmadığının gösterilmesi gerekmektedir. Bu açıdan mahkeme, böyle bir talebin varlığı karşısında, delillerin ağırlığını dikkate alarak vakıalar hakkında bir sonuca ulaşmak suretiyle jüri üyelerinin yerine geçerek karar veremez. Bu noktada mahkemenin yapması gereken, jürinin karar vermesini gerektirecek gerçek vakıasal bir uyuşmazlığın olup olmadığını değerlendirmek ve bu değerlendirme sonucu ihtilafsız olduğu kabul edilen vakıaların, maddi hukuk kuralları ile belirlenen koşul vakıalara uygunluğuna göre karar vermektir. Bkz. Kane, 2007: 162-163.

⁷²³ Erichson, 2012: 195.

görülmektedir⁷²⁴. Davalı taraf, davacının elinde gerçek bir uyuşmazlığın varlığını gösterecek yeterli vakıa ve delilin bulunmadığını iddia ederek böyle bir talepte bulunabilmektedir. Bir başka ifadeyle davalı, davacının kendi üzerine düşen ispat yükünü yerine getirmede göstererek böyle bir hükmü elde edebilmektedir⁷²⁵. Buna karşılık davacının böyle bir hüküm elde etmesi davalıya nazaran daha zordur. Zira böyle bir karar için davacının iddiasının varlığını gösterecek her bir unsurun ispatlanması gereklidir⁷²⁶. Örneğin, bir alacak davasında; davacı alacağın varlığını, davalının borcunu ödemediğini ve ödememek için makul bir sebep göstermediğini ispatlamalıdır. Bunun yanında böyle bir talebin kabul edilmesi için (gerek davacının gerekse de davalının) duruşma aşamasına geçilmesi halinde makul hiçbir jüri üyesinin karşı taraf lehine karar veremeyeceği yönünde mahkemenin ikna edilmesi gerekir⁷²⁷.

Özet hüküm (summary judgment) talebinin incelenmesi, kural olarak dosya üzerinde yapılır. Bu anlamda duruşmada olduğu gibi sözlü olarak tanık dinlenmez. Mahkeme gerekli gördüğü takdirde tarafların veya tanıkların discovery yöntemleriyle elde edilmiş yazılı ifadelerini kullanabilir⁷²⁸. Bunun dışında konumuzla bağlantılı olarak; bilirkişi görüşü, “affidavit” olarak adlandırılan yazılı beyan yöntemiyle de mahkemeye iletilebilir⁷²⁹. Bilirkişi görüşünün mahkemeye sunulması özellikle ürün sorumluluğu veya zehirlenme gibi nedenlerle açılan haksız fiil davalarında önem arz etmektedir. Zira iddianın bilirkişi deliliyle ispatlanabileceği bu tür durumlarda; özet hüküm kararı verilmeden önce ispat yükü üzerinde olan tarafın (genellikle davacının), özet hüküm talebine karşı koyabilecek yeterli (sufficient) ve güvenilir (reliable)⁷³⁰ bir bilirkişi görüşü sunup sunmadığı değerlendirilmektedir⁷³¹. Ancak belirtmek gerekir ki; tarafın sadece kendi lehine olan bilirkişi görüşünü mahkemeye sunması özet hüküm kararının alınmasını, bu anlamda da (davacı bakımından) davanın reddedilmesini engellemez⁷³².

Özet hüküm davanın veya savunmanın tamamına veya bir bölümüne ilişkin olabilir⁷³³. Örneğin, davacının hem telafi edici (compensatory) hem de cezalandırıcı (punitive damage) tazminat istediği bir davada; davalı taraf, uygulanacak hukuka göre cezalandırıcı tazminat istemek için gerekli unsur ve delillerin bulunmadığını ve makul hiçbir jüri üyesinin bu konuda davacıyı haklı bulamayacağını göstererek davanın sadece telafi edici tazminat üzerinden

⁷²⁴ Erichson, 2012: 194.

⁷²⁵ Erichson, 2012: 193.

⁷²⁶ Erichson, 2012: 193.

⁷²⁷ Erichson, 2012: 193.

⁷²⁸ Erichson, 2012: 195.

⁷²⁹ Lancaster ve Capozzola, 2010: 320 vd.

⁷³⁰ Bilirkişi delilinin güvenilirliği (reliability) için bkz. “Bilirkişi Delilinin Kabul Edilebilirliği”

⁷³¹ Lancaster ve Capozzola, 2010: 320-322.

⁷³² Lancaster ve Capozzola, 2010: 320-321.

⁷³³ Erichson, 2012: 196.

yürütülmesini talep edebilir⁷³⁴. Aynı şekilde mahkeme bu kararlar (summary judgment), belirli vakıaların uyuşmazlık konusu olmadığını veya taraflardan birinin kusurlu olduğuna karar verebilir⁷³⁵. Örneğin, trafik kazasına ilişkin bir davada, mahkeme “özet hüküm” ile kazanın davalının kusurundan kaynaklandığına karar verebilir. Böyle bir durumda yargılamanın devamında yani duruşmada ve jüri üyelerinin kararında bu sorumluluğun kapsamı ve davacıya ödenecek tazminatın miktarı tartışılır⁷³⁶.

Mahkeme, discovery yükümlülükleri ve yöntemleri tamamlandıktan sonra (yukarıda belirtilen şekilde bir karar vermediği takdirde) duruşma safhasına geçmeden önce son bir toplantı (Final Pretrial Conference) yapılmasına karar verebilir. Bu toplantı ile duruşmanın nasıl gerçekleşeceğini gösteren bir duruşma planı hazırlanır [FUK 16 (e)].

2.1.3.3. Duruşma (Trial)

Taraflar arasındaki uyuşmazlık, duruşma öncesi dönemde bir şekilde tamamen bertaraf edilemediği takdirde duruşma aşamasına geçilmektedir⁷³⁷. Duruşma, Türk hukukunda olduğu gibi hâkim huzurunda gerçekleşen yargısal bir süreci ifade etmektedir. Ancak durumun ve davanın özelliklerine göre duruşmada hâkimin yanında jüri üyelerinin de bulunması mümkündür. Hâkim yargılamanın işleyişini kontrol eder, hangi delillerin kabul edileceğine (admissible) karar verir ve hangi hukuk kurallarının olaya uygulanacağı noktasında (hukuki meselelerde) jüri üyelerine talimat verir⁷³⁸. Jüri ise, taraflarca ileri sürülen ve hâkim tarafından kabul edilen delilleri duruşmada değerlendirmek suretiyle (tarafların ve tanıkların dinlenmesi, taraflarca sunulan belgelerin incelenmesi gibi) vakıalar hakkında karar verir ve hâkim tarafından tespit edilen hukuk kurallarını ilgili olaylara uygular⁷³⁹. Ancak belirtmek gerekir ki; aşağıda ayrıntılı olarak açıklanacağı üzere, her yargılamanın jüri üyeleri huzurunda yürütülmesi zorunlu değildir. Jüri üyelerinin bulunmadığı yargılamalarda (bench trial) gerek vakıalar gerekse de hukuk kuralları hakkında karar vermek Türk hukukunda olduğu gibi hâkime aittir⁷⁴⁰.

⁷³⁴ Erichson, 2012: 196.

⁷³⁵ Erichson, 2012: 196-197.

⁷³⁶ Erichson, 2012: 197.

⁷³⁷ Amerikan medeni yargılama sisteminde duruşma öncesi dönemin (discovery aşamasının) son derece uzun ve zahmetli olmasından dolayı duruşma safhasına, durumun ve davanın özelliklerine göre, dilekçelerin verilmesinden aylarca hatta yıllarca sonra geçilmektedir. Bkz. Freer, 2009: 288, 404. Ancak belirtmek gerekir ki; davaların büyük bir çoğunluğu, duruşma aşamasına geçilmeden sona ermektedir. Zira bu uzun süreçte (duruşma öncesi dönemde); uyuşmazlık, tarafların anlaşmasıyla yahut yukarıda açıklandığı üzere mahkemenin çeşitli kararlarıyla (summary judgment gibi) sona ermektedir. Bkz. Freer, 2009: 406; Erichson, 2012: 205.

⁷³⁸ Freer, 2009: 414; Erichson, 2012: 207.

⁷³⁹ Erichson, 2012: 207.

⁷⁴⁰ Matson vd., 2005: 72; Freer, 2009: 414. Jürinin bulunması veya bulunmaması, duruşmanın işleyişine kural olarak etki etmez. Jüri üyelerinin seçilmesi dışında her iki durumda da duruşma aşağıda belirtilen şekilde yürütülmektedir. Bkz. Erichson, 2012: 214.

Jürili yargılama, Amerikan hukuk sistemi bakımından anayasal bir haktır⁷⁴¹. Bu çerçevede tarafların uyuşmazlıklarını jüri huzurunda çözme talepleri anayasal güvenceye sahiptir⁷⁴². Bu güvence aynı zamanda Federal Usul Kanunu’nun 38 (a) maddesiyle desteklenmiştir. Amerikan hukuk sistemine İngiliz hukuk sisteminden entegre edilen⁷⁴³ jürili yargılama, sıradan insan aklını ve düşüncesini hukuk sistemine dahil etmesi nedeniyle önemsenmektedir. Jüri, toplumun sesi ve demokratik değerlerin yargılama sistemindeki yansıması olarak görülmektedir⁷⁴⁴. Buna karşılık külfetli ve kullanışsız olması; hâkim, yerine hukuk eğitimi almamış sıradan insanların karar verici konumunda olması jüri sistemini eleştirenlerin temel argümanlarıdır⁷⁴⁵.

Belirtmek gerekir ki, hukuk davalarının büyük bir çoğunluğu jürili yargılamaya tabiyken bu haktan istisna tutulan davalar da yok değildir. Bunun temelinde ise, İngiliz hukukundan kalma “common law”- “equity law” ayrımı vardır⁷⁴⁶. Bu ayrımın tarihçesini ve detaylarını incelemek konumuz sınırlarını oldukça aşmaktadır. Bununla beraber bazı pratik bilgilerin verilmesinde de fayda olduğuna inanıyoruz. Öncelikle belirtmek gerekir ki; kural olarak “common law (legal)” kapsamında olan talepler, taraflara jürili yargılamayı talep hakkı tanırken “equity law (equitable)” kapsamında olan talepler, jüri önünde görülmez. Türk hukukundan bildiğimiz klasik tazminatlar ile Amerikan hukukuna özgü cezalandırıcı tazminatlar gibi parasal talepleri içeren davalar, “common law” kapsamındadır ve bu tür davalarda ihtilaflı miktar yirmi Amerikan Doları’nın üstünde ise tarafların jürili yargılamayı talep etme hakları vardır⁷⁴⁷. Buna karşılık, bir fiilin yapılmasını veya yapılmamasını içeren talepler ile bir sözleşmenin feshi veya sözleşmenin değiştirilmesi (uyarlanması) gibi parasal olmayan talepleri ihtiva eden davalar “equity law” kapsamındadır ve kural olarak bu davalar jürili yargılamaya tabi olmaz⁷⁴⁸. Bir davanın hangi kapsamda olduğu noktasında tereddüt bulunduğu durumlarda jürili yargılama lehine yorum yapılması gereklidir⁷⁴⁹.

⁷⁴¹ Freer, 2009: 417; Erichson, 2012: 207. Anayasa’nın jürili yargılamaya düzenleyen kısmı, kural olarak federal mahkemeler için bağlayıcıdır. Buna karşılık eyaletler, jürili yargılamayı benimseyip benimsememekte serbesttir. Buna rağmen eyaletlerin çoğunluğu jürili yargılama sistemini kendi hukuk düzenleri içinde kabul etmiştir. Freer, 2009: 417.

⁷⁴² Hukuk davalarının jüri huzurunda görülmesini talep hakkı için bkz. Seventh Amendment of U.S. Constitution.

⁷⁴³ Jürili yargılamanın, 12. yüzyılda İngiltere’de başlayan kısa tarihçesi ve Amerika’daki benimsenme süreci için bkz. Kane, 2007: 178-179. Mevcut durumda, çok istisnai bazı davalar dışında hukuk uyuşmazlıkları bakımından jüri sistemi İngiliz hukukundan kaldırılmıştır. Bkz. Freer, 2009: 416; Erichson, 2012: 206.

⁷⁴⁴ Freer, 2009: 416.

⁷⁴⁵ Freer, 2009: 416.

⁷⁴⁶ Erichson, 2012: 207-208; Freer, 2009: 417-418.

⁷⁴⁷ Freer, 2009: 418-419.

⁷⁴⁸ Freer, 2009: 418-419.

⁷⁴⁹ Freer, 2009: 422.

İki tür talebi de ihtiva eden davalar bakımından nasıl bir yol izleneceği noktasında ise, farklı görüşler mevcuttur⁷⁵⁰. Ancak Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin (Supreme Court) bu noktada önemli sayılabilecek bir davada verdiği karara göre⁷⁵¹; her iki tür talebin aynı davada birleştiği durumlarda, davadaki her husus (talep) bakımından ayrı ayrı değerlendirme yapmak gerekir. Bu anlamda aynı davada parasal talebi içeren mesele jüri tarafından karara bağlanırken (eğer jürili yargılama talep edilmişse), parasal olmayan talebe ilişkin mesele hâkim tarafından karara bağlanacaktır⁷⁵².

Hemen belirtmekte fayda var ki; jüri ile görülebilecek davalarda dahi jüri kendiliğinden yargılamada yerini almaz. Bunun için bir talebin varlığı gerekmektedir [FUK m. 38 (b)]. Bu talep, davacı veya davalı taraftan gelebilir⁷⁵³. Bu çerçevede jürili yargılama için taraflardan birinin iradesi yeterli olup, tarafların mutabakatı aranmaz⁷⁵⁴. Diğer bir deyişle, taraflardan biri jürili yargılamayı istemese dahi, diğer taraf jürili yargılamayı talep ederse, yargılama, jüri üyeleri huzurunda gerçekleşmek zorundadır⁷⁵⁵. Jürili yargılama talebi, davanın başında kullanılan dilekçelerin içinde yer alabileceği gibi ayrı bir dilekçeyle de yapılabilir. Ancak her halükârda yazılı olması gerekmektedir⁷⁵⁶. Usulüne uygun olarak talepte bulunmayan taraf, kural olarak jürili yargılama hakkından vazgeçmiş sayılır⁷⁵⁷. Buna karşılık bir kez jürili yargılamayı talep eden kimse ancak bütün tarafların rızası ile bu talebini geri çekebilmektedir⁷⁵⁸.

Jüri heyeti, hukuk eğitimi almamış kişilerden oluşmaktadır. Muhtemel jüri üyeleri mahkeme idarecileri tarafından genellikle kayıtlı seçmen listelerinden, vergi mükelleflerinden veya sürücü ehliyetine sahip kişiler arasından seçilmektedir. Seçilen bu kişiler, birkaç düzinelik gruplar halinde, jürili yargılama yapılacak mahkemelere yönlendirilmektedir. Mahkemeye gelen bu grup “voir dire” isimli bir elemenden geçirilerek yargılamada hazır bulunacak jüri üyeleri belirlenmektedir⁷⁵⁹. Federal Usul Kanunu'nun 47. maddesi uyarınca; hâkim bu eleme kapsamında gerçekleştirecek incelemeyi (sorgulamayı) kendisi gerçekleştirebileceği gibi, inceleme taraflara veya vekillerini de bırakılabilir. Hâkim tarafından gerçekleştirilecek inceleme de taraflarca izlenir ve gerektiği takdirde hâkim vasıtasıyla ek sorular sorulabilir.

⁷⁵⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. Freer, 2009: 418 vd.

⁷⁵¹ Beacon Theatres v. Westover, 359 U.S. at 510.

⁷⁵² Erichson, 2012: 209; Freer, 2009: 421 vd.

⁷⁵³ Erichson, 2012: 209.

⁷⁵⁴ Erichson, 2012: 209.

⁷⁵⁵ Erichson, 2012: 209.

⁷⁵⁶ Freer, 2009: 430; Erichson, 2012: 209.

⁷⁵⁷ Kane, 2007: 188; Freer, 2009: 430.

⁷⁵⁸ Freer, 2009: 430. Bu durumun istisnası için bkz. FUK m. 39 (b).

⁷⁵⁹ Erichson, 2012: 210.

Gerek mahkeme gerekse de taraflarca gerçekleştirecek bu incelemeyle; taraflı olabilecek veya dava konusu olayla ilgili kişisel ilgisi ve bilgisi olan adaylar (taraflardan birinin akrabası, arkadaşı, yanında çalıştırdığı işçisi veya olaya şahit olmuş kişiler) elenmektedir⁷⁶⁰. Bu inceleme sırasında taraflar gerekçelerini belirtmek şartıyla tarafsız olmayacak kişilerin jüri heyetine alınmamasını sağlayabilmektedir. Bunun yanında tarafların sebep göstermeksizin bazı kişilerin jüriye alınmamasını sağlama hakları da vardır (Peremptory Challenge). Ancak bu şekilde jüri dışında bırakılacak kişilerin sayısı üçü geçemez⁷⁶¹.

Yukarıda belirtilen şekilde yapılan eleme sonucunda federal mahkemelerde altıdan az, on ikiden fazla olmayacak şekilde jüri üyeleri belirlenmiş olur. Bütün üyeler, mazeretleri olmadıkça “verdict” ismi verilen jüri kararına katılmak zorundadır [FUK m. 48 (a)]⁷⁶². Aksi taraflarca kararlaştırılmadığı müddetçe karar oy birliği ile alınır ve kararı alan jüri heyetinde en az altı kişi bulunmalıdır [FUK m. 48 (b)].

Jüri üyeleri belirlendikten sonra (jüri bir yargılamada) duruşma sırasıyla davacı ve davalı vekilinin açılış konuşmalarıyla (opening statements) başlamaktadır⁷⁶³. Bu konuşmalarda vekiller, hâkime ve jüri üyelerine uyuşmazlığın geçmişi hakkında genel bilgiler vererek⁷⁶⁴, iddia ve savunmalarının temelleri ile bunlara ilişkin delillerin nelerden ibaret olduğunu ortaya koymaktadır⁷⁶⁵. Taraf vekilleri, hâkimi ve jüriyi etkilemek için gerekirse görsel şema ve grafikler kullanabilmektedir⁷⁶⁶.

İki taraf da açılış konuşmalarını bitirdikten sonra davacı taraf, tanıklarını ve bilirkişilerini duruşmaya çağırır. Çağrılan tanık veya bilirkişi öncelikli olarak yine davacı tarafından sorgulanır⁷⁶⁷. Amerikan hukukunda bir taraf vekili tarafından çağrılan tanık veya bilirkişinin yine aynı vekil tarafından sorgulanmasına “direct examination” ismi verilmektedir⁷⁶⁸. Anlaşılabacağı üzere Türk hukukundan farklı olarak duruşmaya çağrılan tanık veya bilirkişi davaya ilişkin bildiklerini tek taraflı veya hâkimin sorularına dayalı olarak

⁷⁶⁰ Erichson, 2012: 210.

⁷⁶¹ Freer, 2009: 432; Erichson, 2012: 210.

⁷⁶² Birçok eyalet yargılamasında da on iki asıl jüri üyesi ve durumun özelliklerine göre yedek jüri üyeleri bulunmaktadır. Yedek jüri üyeleri de duruşmayı takip etmekte, ancak karara katılmamaktadır. Asıl jüri üyelerinden biri geçerli bir mazeret nedeniyle karara katılamazsa, yedek jüri üyesi mazeretli asıl üyenin yerine karara katılmaktadır. Buna karşılık federal mahkemelerde yedek üye uygulaması yoktur. Bu nedenle üyelerden bir tanesinin mazereti nedeniyle duruşmaya katılmadığı durumlarda, mevcut üyelerle karar alınmaktadır. Bkz. Freer, 2009: 436.

⁷⁶³ Erichson, 2012: 211; Freer, 2009: 414. Jürinin bulunmadığı davalarda ise duruşma doğrudan açılış konuşmalarıyla başlamaktadır.

⁷⁶⁴ Freer, 2009: 414.

⁷⁶⁵ Lancaster ve Capozzola, 2010: 362; Erichson, 2012: 211; Matson vd., 2005: 72

⁷⁶⁶ Freer, 2009: 414; Matson vd., 2005: 72-73.

⁷⁶⁷ Freer, 2009: 415.

⁷⁶⁸ Matson vd., 2005: 73-74; Erichson, 2012: 211.

anlatmaz. Bu kişilerin yargılamaya ilişkin beyan ve görüşleri genellikle avukatlar tarafından gerçekleştirilen soru-cevap yöntemiyle ortaya çıkarılmaktadır⁷⁶⁹. Davacı tarafın kendi çağırdığı tanığı veya bilirkişiyi sorgulamasından sonra davalı taraf da aynı tanık veya bilirkişiyi “cross examination” adı verilen yöntemle sorgulayabilir⁷⁷⁰. Bu yöntemle davalı taraf vekili, davacı tarafın çağırdığı tanık veya bilirkişinin beyanlarındaki tutarsızlıkları, yanlışlıkları ve eksiklikleri ortaya koymaya çalışır. Bu prosedür çağrılan her tanık ve bilirkişi için ayrı ayrı tekrarlanır⁷⁷¹.

Davacı taraf, tanık veya bilirkişilere ek olarak elinde bulundurduğu belge ve senetlerini de bu safhada ileri sürmektedir. Gerekli olduğu takdirde ilgili tanık ve bilirkişilerden, bu belgelerin doğruluğu ve geçerliliği hakkında beyan almaya çalışmaktadır⁷⁷².

Davacı tarafın ileri sürdüğü (tanıklar ve bilirkişiler dâhil olmak üzere) bütün deliller dinlendikten sonra davalı tarafın delilleri de, yukarıda anlatılan şekilde dinlenilir⁷⁷³. Davalı kendi çağırdığı tanık ve bilirkişiyi öncelikle “direct examination” yöntemi ile sorgular. Bundan sonra davacı tarafın “cross examination” yöntemi ile aynı tanığı sorgulama hakkı doğar ve bu işlem davalı tarafın bütün tanık ve bilirkişileri tamamlanıncaya kadar devam eder⁷⁷⁴.

Delillerin karşılıklı olarak sunulup sorgulanmasından sonra taraflar kapanış konuşmalarını gerçekleştirir. Açılış konuşmalarında olduğu gibi önce davacı daha sonra davalı taraf kapanış konuşmasını yapar. Bu aşamada taraflar, jüri ve hâkimi yargılamada ileri sürdükleri deliller kapsamında son defa ikna etmeye çalışır⁷⁷⁵.

Bu safhadan sonra jürili yargılamalarda dosya, jüri üyelerine teslim etmeye hazır hale gelir⁷⁷⁶. Hâkim uygulanacak hukuk hakkında jüri üyelerine gerekli talimatları verir⁷⁷⁷ ve jüri karar vermek için çekilir⁷⁷⁸. Jüri, kararını (verdict) duruşma kayıtlarına geçmiş, bu anlamda

⁷⁶⁹ Lancaster ve Capozzola, 2010: 360 vd.

⁷⁷⁰ Erichson, 2012: 211; Freer, 2009: 415.

⁷⁷¹ Freer, 2009: 415.

⁷⁷² Freer, 2009: 415. Bu noktada yani davacı taraf tamamen dinlenip, bütün delilleri ileri sürüldükten sonra davalı taraf, “motion for judgment as a matter of law (veya motion for directed verdict)” olarak adlandırılan bir taleple yargılamanın daha fazla ileriye gitmesine gerek olmadığını belirterek bu aşamada hâkim tarafından bir karar verilmesini talep edebilmektedir. Hâkim böyle bir talep karşısında, davacı tarafın delillerinin yetersiz olduğunu görür veya taraflar arasında vakaların maddi meseleleri hakkında bir uyuşmazlık bulunmadığını anlarsa, jürinin kararını aramaksızın davanın reddine karar verebilmektedir. Bkz. Freer, 2009: 415-454.

⁷⁷³ Erichson, 2012: 211; Freer, 2009: 415.

⁷⁷⁴ Freer, 2009: 415. Bu aşamada yani davalı taraf tamamen dinlenip, bütün delilleri ileri sürüldükten sonra davacı tarafın da “motion for judgment as a matter of law (veya motion for directed verdict)” olarak adlandırılan bir taleple, jürinin kararını beklemeden davanın hâkim tarafından sonuçlandırılmasını isteme hakkı bulunmaktadır. Bkz. Freer, 2009: 415-454.

⁷⁷⁵ Erichson, 2012: 211; Freer, 2009: 436.

⁷⁷⁶ Freer, 2009: 436.

⁷⁷⁷ Burada ifade edilen talimattan (jury instruction-jury charge) maksat olaylara uygulanacak maddi hukuk kurallarının jüri üyelerine açıklanmasıdır. Bkz. Erichson, 2012: 211.

⁷⁷⁸ Freer, 2009: 436.

mahkeme tarafından “kabul edilebilir⁷⁷⁹” (admissible) bulunmuş delillere dayanarak verilebilir⁷⁸⁰. Taraflarca ileri sürülmesine rağmen mahkeme tarafından delil olarak kabul edilmeyen (inadmissible) hususlar jüri tarafından dikkate alınmaz. Jüri kendi arasında yapacağı görüşmelerden sonra kararını açıklar ve hâkim bu kararı hükmünde somutlaştırır. Jüri bulunmayan yargılamalarda hâkim, jüri yerine geçerek ileri sürülen vakıalar hakkında da bizzat karar vererek hükmünü oluşturur⁷⁸¹.

Duruşma safhası, kural olarak bir celsede (oturumda) bitirilir. Ancak uyuşmazlığın karışık, dinlenecek kişi sayısının fazla olduğu durumlarda, duruşma safhası birden fazla celseyi içerecek şekilde olabilir. Ancak bu tür hallerde dahi, duruşma safhası bir bütün olarak kabul edilir. Takip eden celse, bir önceki celse de bitirilemeyen işlerin devamı şeklinde gerçekleşir⁷⁸².

2.1.3.4. Hüküm

Yukarıda belirttiğimiz üzere, Amerikan yargılama sisteminde iki adet karar verici bulunmaktadır. Jürili yargılamalarda, vakıalar hakkında karar verme yetkisi jüri üyelerindeyken, hukuki meseleler hakkında karar verme yetkisi hâkime aittir. Buna karşılık jürinin bulunmadığı davalarda, hâkim hem vakıalar hem de hukuki meseleler hakkında karar vermektedir. Bunun dışında hâkim, jürinin bulunduğu duruşmalarda dahi bazı şartlar altında gerek vakıalar gerekse de hukuki meseleler hakkında talep üzerine kendisi karar verebilmektedir. “Judgment as a matter of law” olarak adlandırılan bu tür mahkeme kararında, jüri üyeleri duruşmada hazır bulunmuş, tarafları ve delilleri dinlemiş olsalar dahi mahkeme onların kararını beklemeden hüküm kurabilir [FUK m. 50(a)]⁷⁸³. Mahkemenin böyle bir karar alabilmesi için “özet hüküm” de (summary judgment) olduğu gibi iddia veya savunmaların kesin bir şekilde ispat edilmesi veya tam tersine hiç ispat edilememesi gerekir⁷⁸⁴. Bu değerlendirme yapılırken sunulan bütün deliller ve argümanlar aleyhine talepte bulunulan taraf lehine değerlendirilir. (Örneğin aleyhine talepte bulunulan tarafın tanığının doğru söylediği kabul edilir). Buna rağmen aleyhine talepte bulunulan kişinin davayı kazanması

⁷⁷⁹ Delillerin kabul edilebilirlikleri hakkında bilgi için bkz. 2.3. Bilirkişi Delilinin Kabul Edilebilirliği.

⁷⁸⁰ Freer, 2009: 416.

⁷⁸¹ Freer, 2009: 416.

⁷⁸² Yalabık, 2016: 113-114. Ayrıca celseler arasında uzun zaman aralığı bırakılmaz. Takip eden celse, genellikle bir sonraki gün gerçekleştirilmektedir. Bkz. Age: 113.

⁷⁸³ Erichson, 2012: 215.

⁷⁸⁴ Erichson, 2012: 215. “Summary Judgment” ile “Judgment as a Matter of Law” birbirine çok benzeyen iki mahkeme kararı türüdür. Zira bu iki tip mahkeme kararının alınabilmesi için gerekli olan şartlar birbirine çok benzemektedir. Bunlar arasındaki temel fark ise verildikleri yargılama aşamalarıdır. Bu anlamda birincisi genellikle jürinin henüz oluşmadığı discovery aşamasında verilirken ikincisi ise jüri üyelerinin seçildiği, bunların tarafları ve delilleri dinlediği duruşma safhasında verilmektedir. Bkz. Age: 216.

mümkün değilse, mahkeme yukarıda belirtilen şekilde bir karar verebilir⁷⁸⁵. Bu anlamda makul bir jürinin başka türlü karar alamayacağı durumlarda, hâkimin böyle bir hükme ulaşması mümkündür⁷⁸⁶.

Öte yandan jüri üyelerinin karar verdiği durumlarda dahi hâkim bazı şartlar altında bu kararı geri alabilir ve jürinin aksi yönünde bir hüküm verebilir⁷⁸⁷. “Judgment Notwithstanding the Verdict (j.n.o.v) (Renewed motion for judgement as a matter of law)” olarak adlandırılan böyle bir karara ulaşabilmek için öncelikle kaybeden tarafın (jüri kararına göre) talebi olmalıdır [FUK m. 50(b)]⁷⁸⁸. Bunun yanında hâkimin, sunulan deliller ve uygulanacak hukuk ışığında makul bir jürinin böyle bir karar alamayacağına kanaat getirmesi gerekir⁷⁸⁹. Ancak böyle bir talebin kabul edilmesi oldukça zordur. Bu hüküm, jüri kararının hukuka, akla ve mantığa oldukça aykırı olduğu durumlara özgüdür. Öte yandan Federal Usul Kanunu’nun 59. maddesi uyarınca; hâkim, jüri kararından sonra, taraflardan birinin talebini haklı bularak yeni duruşma yapılmasına da karar verebilmektedir.

Jürili yargılamalarda, jürinin vakıalar hakkında verdiği karar (verdict) çeşitli şekillerde ortaya çıkabilmektedir. En yaygın görülen şekliyse genel karardır. (general verdict). Bu karar tipinde jüri üyeleri, hangi tarafın kazandığını ve eğer davacı taraf kazandıysa kendisine ödenecek miktarı belirlemektedir⁷⁹⁰. Diğer bir jüri kararı tipi ise, Federal Usul Kanunu’nun 49(a) maddesinde düzenlenen özel karardır (special verdict). Bu karar tipinde, jüri üyeleri davayı kimin kazandığını açıklamaz. Bunun yerine, genellikle görüldüğü üzere, hâkim tarafından hazırlanan vakıalara ilişkin yazılı sorulara yazılı şekilde cevap verilir⁷⁹¹. Örneğin, davalı taraf sözleşmeyi ihlal etmiş midir? Yahut sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüğünü yerine getirmiş midir? şeklinde sorulan sorulara kısa ve net cevaplar alınmak suretiyle jürinin kanaatini ortaya çıkartılmış olur⁷⁹². Mahkeme de jürinin bu kanaatine (cevaplarına) göre hüküm verir⁷⁹³. Son olarak da yukarıda belirtilen iki tip kararın birleştirilmesinden oluşturulmuş üçüncü bir tür jüri kararı bulunmaktadır (General verdict with answers to written questions) [FUK m. 49 (b)]⁷⁹⁴. Bu tip karar şeklinde, jüri üyeleri hem genel kararda olduğu

⁷⁸⁵ Erichson, 2012: 215.

⁷⁸⁶ Erichson, 2012: 215.

⁷⁸⁷ Kane, 2007: 199; Erichson, 2012: 216.

⁷⁸⁸ Erichson, 2012: 216.

⁷⁸⁹ Erichson, 2012: 216.

⁷⁹⁰ Kane, 2007: 191; Erichson, 2012: 212; Freer, 2009: 438; Sherry ve Tidmarsh, 2007: 64-65. Bu karar türünde jüri üyeleri vakıasal uyumsuzlukları nasıl çözdüklerini veya hangi hukuki teoriye dayandıklarını açıklamaz. Taraflar, sadece verilen hükme göre jüri üyelerinin hangi tarafın iddialarına göre karar verdiğini anlamaktadır. Bkz. Sherry ve Tidmarsh, 2007: 64-65.

⁷⁹¹ Erichson, 2012: 212.

⁷⁹² Freer, 2009: 438.

⁷⁹³ Erichson, 2012: 212.

⁷⁹⁴ Erichson, 2012: 212.

gibi bir sonuca ulaşmakta hem de mahkeme tarafından kendilerine tevdi edilen vakıasal sorulara cevaplar vermektedir⁷⁹⁵. Jüri iradesinin hangi karar tipiyle ortaya çıkarılacağı ise, jürinin değil, hâkimin takdirindedir⁷⁹⁶. Hâkim durumun ve davanın özelliklerine göre yukarıda belirtilen karar tiplerinden bir tanesi seçmektedir.

Jüri kararının davacı tarafın lehine olduğu durumlarda jüri üyeleri aynı zamanda davacıya ödenecek miktara da karar vermektedir. Ancak Türk hukukundan farklı olarak jüri davacının rakamsal talebiyle bağlı değildir⁷⁹⁷. Esasen davacı da dilekçesinde rakamsal olarak talep miktarını belirtmek zorunda değildir. Bu çerçevede sadece tazminat talep etmesi yeterlidir. Buna rağmen rakamsal bir talep belirtilmişse, jüri üyeleri davada ortaya sunulan delillerin ışığında talep edilen miktardan fazlasına hükmedebilir⁷⁹⁸. Örneğin davacının maruz kaldığı haksız fiil nedeniyle sadece tazminat talep etmesi yeterli olup, dilekçesinde miktar belirtmesine gerek yoktur. Buna rağmen davacının on bin dolar tazminat talep ettiğini kabul ettiğimiz bir durumda; jüri, yargılamada sunulan delillere bakarak uğranılan zararın talep edilenden fazla olduğunu tespit ederek (örneğin) on iki bin dolar tazminata hükmedebilir.

Jüri üyeleri, aksi taraflarca kararlaştırılmadığı müddetçe kararlarını oy birliğiyle almak zorundadır. Bu nedenle, jüri toplantısı bütün jüri üyelerinin ortak bir sonuca ulaşmasına kadar devam etmektedir. Buna rağmen üyeler uzlaşmaya varamazsa; mahkeme, yeniden seçilecek jüri üyeleri huzurunda tekrar yargılama yapılmasına karar vermelidir⁷⁹⁹.

Jüri kararını açıkladıktan sonra hâkim davayla ilgili hükmünü (judgment) oluşturur. Gerek jüri huzurunda görülen gerekse de hâkimin tek karar verici olduğu davalarda son karar hâkim tarafından verilmektedir⁸⁰⁰. Bir başka ifadeyle, tarafların hak ve borçları hâkim kararıyla ortaya çıkartılarak, uyuşmazlık yine hâkim kararı ile sonlandırılmaktadır.

Kararda, kısa ve özet olarak hâkimin taraflar üzerine kurduğu yargısal emir belirtilmekle yetinilir. Tarafların dilekçelerinde belirttikleri iddia ve savunmalar ile daha önce yapılan işlemler kararda tekrarlanmaz [FUK m. 54 (a)]. Verilen kararlar birlikte davayı kazanan tarafın yaptığı yargılama giderleri de hükme bağlanır⁸⁰¹. Ancak Türk hukukundan farklı olarak, vekâlet ücreti yargılama giderlerinden sayılmaz ve taraflar üzerinde bırakılır. Bir başka ifadeyle kazanan taraf, avukatına ödediği ücreti karşı taraftan alamaz⁸⁰².

⁷⁹⁵ Kane, 2007: 193; Freer, 2009: 439; Erichson, 2012: 212.

⁷⁹⁶ Freer, 2009: 438.

⁷⁹⁷ Freer, 2009: 439.

⁷⁹⁸ Freer, 2009: 439.

⁷⁹⁹ Freer, 2009: 439.

⁸⁰⁰ Freer, 2009: 440.

⁸⁰¹ Ancak davanın özelliklerine göre hâkim, hakkaniyet çerçevesinde yargılama giderlerinin sınırlandırılmasına veya tamamen kaldırılmasına karar verebilir. Bkz. Freer, 2009: 442, dpn. 74.

⁸⁰² Freer, 2009: 441.

2.2. Amerikan Hukukunda Tanık ve Bilirkişi Kavramı

2.2.1. Amerikan Hukukunda Tanık Kavramı

Amerikan hukuk sisteminde bilirkişiliği kavrayabilmek için tanık (witness) kavramını, türlerini ve bu türler arasındaki farkları anlamak gereklidir. Öncelikle belirtmek gerekir ki; Amerikan medeni yargılama hukukunda iki tür tanıklık söz konusudur. Birinci tip tanıklar, dava konusu vakıaları görmek veya duymak suretiyle algılamış oldukları bilgileri mahkemeye aktaran sıradan insanlarken (lay witness, eye witness), ikinci tip tanıklar, eğitim, tecrübe veya sahip oldukları yetenekleriyle sıradan insanların sahip olmadığı özel ve teknik bilgiyle karar vericilere yardımcı olan uzman tanıklardır (expert witness)⁸⁰³. Anlaşılacağı üzere Türk Hukuku açısından birincisi “şahidi (tanığı)” ikincisiyse “bilirkişi”yi ifade etmek için kullanılmaktadır.

Şahit, bilirkişinin görev sınırlarına ilişkin bir husus da ifade veremeyeceği gibi bilirkişi de vakıanın gerçekleştiği sırada bizzat algılamadığı hususlar hakkında tanıklık yapamaz. Şahit sadece kişisel gözlem ve duyumlarını (algılarını) mahkemeye aktarabilir. Bu anlamda şahit kişisel bilgisinin (personel knowledge) dışında kalan hususlarda ifade veremez⁸⁰⁴. Dolayısıyla yargılamada şahit olabilecek kişiler sınırlıdır⁸⁰⁵. Buna karşılık bilirkişi, kişisel bilgisinin olmadığı, bizzat algılamadığı vakıalara ve bilgilere dayanarak görüşünü açıklayabileceği gibi, dayandığı vakıa ve bilgilerin de kabul edilebilir olmasına gerek yoktur⁸⁰⁶. Bu bağlamda, gerekli uzmanlığa sahip olmak koşuluyla herkes bilirkişi olabilir⁸⁰⁷.

Amerikan yargılamasında “opinion rule” olarak adlandırılan ortak hukuk (common law) prensibi uyarınca şahit, gözlem ve algılarından çıkardığı kanaat (opinion) ve çıkarımlarını (inference), kural olarak karar vericilere yansıtamaz⁸⁰⁸. Zira gözlem ve duyumlardan kanaat ve sonuçlar çıkarmak kural olarak karar vericilere aittir⁸⁰⁹. Bu açıdan Amerikan hukuk sisteminin şahitler bakımından “vakıa” ve “görüş”(kanaat) arasında bir ayrım öngördüğü belirtilmektedir⁸¹⁰. Bu ayrımla, bilirkişi ile şahit arasındaki fark ortaya konulduğu gibi genel, subjektif ve spekülatif şahit beyanlarından kaçınılması, buna karşılık objektif, somut ve detaylı şahit beyanlarının yargılamaya dahil edilmesi amaçlanmaktadır⁸¹¹. Ortak hukukunun bu prensibine göre; örneğin şahit, gördüğü kimsenin gözünün kanlandığını, konuşurken takıldığını, motor kontrollerinin zayıf olduğunu ve nefesinin alkol koktuğunu

⁸⁰³ Matson vd., 2005: 7.

⁸⁰⁴ Poulin, 2012: 571; Saltzburg vd., 2011: 701-20.

⁸⁰⁵ Faigman vd., 2008: 131.

⁸⁰⁶ Poulin, 2012: 571.

⁸⁰⁷ Faigman vd., 2008: 131.

⁸⁰⁸ Broun vd., 2013: 61.

⁸⁰⁹ Park vd., 2011: 530-531; Mueller ve Kirkpatrick, 2007: 748.

⁸¹⁰ Broun vd., 2013: 68.

⁸¹¹ Mueller ve Kirkpatrick, 2007: 747.

ifade edebilir. Buna karşılık şahit, kural olarak bu kişinin sarhoş olduğunu belirtmez. Zira tanıktan elde edilen gözlem ve duyular sonucunda kişinin sarhoş olduğu çıkarımı (görüşü) ancak jüri tarafından yapılabilmektedir⁸¹². Ancak jüri üyelerinin veya hâkimin böyle bir çıkarımı yapamayacağı hallerde ilgili alandaki bilgi ve tecrübesi sebebiyle bilirkişi, yargılamaya dâhil edilebilmektedir. Bir başka deyişle bilirkişi, şahitten farklı olarak vakıaların gerçekleştikleri zamanda elde edilen gözlem ve duyuları karar vericilere aktarmamakla beraber vakıadan veya ilgili nesneden elde edilecek bilgilerden çıkartılacak görüş (opinion) veya çıkarımlarla (interference) karar vericilere yardımcı olmaktadır.

Ancak belirmek gerekir ki; şahitler için öngörülen vakıa (fact)-görüş (opinion-kanaat) arasındaki ayrım her zaman için net değildir⁸¹³. Bunun yanında aslında vakıalara ilişkin şahit ifadesi de esasen geniş anlamda şahidin vakılardan çıkardığı bir sonuçtur⁸¹⁴. Bu çerçevede birçok dava bakımından ne zaman görüş (opinion), ne zaman vakıa (fact) aktarıldığı kolaylıkla belirlenemeyebilir. Mesela bir önceki örnekte kişinin motor kontrollerinin zayıf olduğu yönündeki şahit ifadesi, tartışmalı olmakla beraber esasen birçok vakıadan çıkarılmış bir görüş olarak nitelendirilebilir. Zira bir kimsenin motor kontrollerinin zayıf olduğu yönündeki ifade; bir hareketi gerçekleştirirken kişinin sıklıkla duraksaması veya bir hareketin ancak birçok denemeden sonra başarılabilmesi gibi birçok alt vakıadan çıkarılabilecek görüş veya çıkarım olarak tanımlanabileceği gibi, genel olarak vakıa kapsamında da kabul edilebilir⁸¹⁵. İşte bu örnekte olduğu gibi bir ifadenin ne zaman vakıa ne zaman kanaat açıklaması olduğu her zaman için net olamayabileceği gibi, bazı durumlarda ilgili vakılardan belirli bir kanaate ulaşabilmek için bizzat o vakıaya şahitlik edilmesi gerekebilir. Bu sebeple, doktrinde vakıa ve görüş terimlerinin, açıklamanın somutluk derecesi arasındaki farkı veya çıkarımın yakınlığının yahut uzaklığının ayrımını ifade etmek için kullanılması gerektiği belirtilmektedir⁸¹⁶. Bu nedenlerle, şahidin görüş veya çıkarım şeklinde ifade veremeyeceği yönündeki kuralının esnek anlaşılması ve uygulanması gerekmektedir. Aksi takdirde bu kural, şahit dinlenen jüri yargılamaları bunaltıcı bir hale getirebilir. Nitekim Amerikan yargılama sistemi de bu sakıncaları öngörerek ortak hukukun geleneksel prensibini esneterek, bazı

⁸¹² Park vd., 2011: 530-531; Mueller ve Kirkpatrick, 2007: 747

⁸¹³ Mueller ve Kirkpatrick, 2007: 747; Park vd., 2011: 530-531.

⁸¹⁴ Broun vd., 2013: 68-69.

⁸¹⁵ Park vd., 2011: 530-531.

⁸¹⁶ Broun vd., 2013: 79. Bu görüşteki yazarlara göre, esasen bu kural (opinion rule) spesifik açıklamayı, somut olmayan açıklamaya; doğrudan ifadeyi, dolaylı ifadeye tercih etmektedir. Age: 79. Bu çerçevede şahidin somut ve doğrudan vakıaya ilişkin ifadeleri yargılama dâhil edilmeye çalışılırken, soyut, genel ve çıkarıma bağlı ifadelerin yargılamadan uzak tutulması amaçlanmaktadır.

şartlarla, şahidin de görüş bildirme şeklinde ifade verebilmesine Federal Delil Kanunu'nun (Federal Rules of Evidence) 701. maddesiyle olanak tanımıştır⁸¹⁷.

Federal Delil Kanunu'nun 701. maddesine göre; bir tanığın (witness), uzman (expert) olarak ifade vermediği durumlarda (yani tanığın şahit olduğu durumlarda), görüş (kanaat) belirtme şeklinde ifade verebilmesi için üç şartın karşılanması gerekmektedir. Buna göre şahidin ifadesi (görüş ve çıkarım şeklindeki ifadesi) mantıksal olarak şahidin algısına dayanıyorsa; belirtilecek görüş (kanaat), şahidin ifadesinin net bir şekilde anlaşılmasına veya dava konusu vakıa hakkında karar verilmesine yardımcı oluyorsa ve Federal Delil Kanunu'nun 702. maddesi kapsamındaki bilimsel, teknik veya diğer bir özel bilgiye dayanmıyorsa, şahitler de görüş (kanaat) niteliğinde ifade verebilmektedir.

Federal Delil Kanunu'nun 701. maddesinde belirtilen birinci şart uyarınca; şahidin görüş ve kanaat bildirme şeklinde tanıklık yapabilmesi için şahidin vakılardan çıkardığı görüş ve kanaatinin, mantıksal olarak onun algılarından çıkartılabilecek nitelikte olması gerekir⁸¹⁸. Bir başka ifadeyle, şahidin bildiği şeyleri bilen makul bir insan, bu bildiklerinden şahidin ulaştığı kanaat veya görüşü çıkarabilecekse, şart gerçekleşmiş sayılmaktadır⁸¹⁹. Bu durum ise her vakıa bakımından ayrı ayrı yapılacak değerlendirilmeye göre tespit edilebilir. Yukarıda belirtilen örnek bakımından bu şart sağlanmaktadır. Zira bir kişinin sarhoş olduğu; konuşurken takılmasından, gözlerinin kanlı olmasından veya ağzının alkol kokmasından mantıksal olarak makul bir insan tarafından çıkartılabilecek bir kanaattir⁸²⁰.

Federal Delil Kanunu'nun 701. maddesi uyarınca şahidin görüş bildirme şeklinde ifade verebilmesi için gerekli olan ikinci şart uyarınca, görüş (kanaat) veya çıkarım şeklinde verilecek ifadenin, tanığın ifadesinin daha net anlaşılması veya dava konusu vakıalar hakkında karar verilebilmesi için hâkim veya jüri üyelerine yardımcı olabilecek nitelikte olması gerekmektedir. Özellikle şahidin anlatacağı vakıalar, şahidin algılarını tam olarak aktarmaya yeterli gelmiyorsa bu şart genellikle sağlanmaktadır. Örneğin, “iyi görünüyordu” veya “gergin ve sinirliydi” şeklindeki ifadeler, herkes tarafından kolaylıkla fark edilebilecek veya anlaşılabilir genel görüşler(kanaatler) olmasına rağmen bu kanaate nasıl ulaşıldığının, bir başka ifadeyle bu kanaate ulaştıran vakıaların neler olduğunun tek tek belirtilmesi her zaman kolay olmayabilmektedir. Örneğin, kişinin kızgınlığını ifade etmek için “suratı kızarmıştı, gülmüyordu veya bağırıyordu” gibi vakıalar belirtilebilse de kişinin kızgın

⁸¹⁷ Park vd., 2011: 530-531; Broun vd., 2013: 71. Doktrinde, bu kuralın oluşturduğu karışıklık ve sebep olduğu zaman kaybı nedeniyle tamamen kaldırılmasını savunan görüşler de bulunmaktadır. Buna göre gerek tarafların yürüteceği çapraz sorgulamayla gerekse de hâkime tanınacak yetki ile soyut-genel çıkarımlar ve görüşler, bu kurala gerek kalmaksızın ortandan kaldırılabilir. Bkz. Broun vd., 2013: 73 vd.

⁸¹⁸ Poulin, 2012: 563.

⁸¹⁹ Mueller ve Kirkpatrick, 2007: 752.

⁸²⁰ Park vd., 2011: 532.

olduğunun bizzat aktarılmasıyla aynı sonucu doğurmamaktadır⁸²¹. Dolayısıyla şahidin, kızgınlığı veya öfkeyi ifade etmesi, karar vericilerin olayı daha iyi bir şekilde değerlendirmesine yardımcı olacaktır⁸²². Bu şartın değerlendirilmesi noktasında hâkimin geniş bir takdir yetkisi vardır. Doktrinde bazı yazarlar, bu hükümden yola çıkarak şahidin yargılama dışında bırakılmasının katı bir kural olarak değil, hâkimin tercihi olarak gerçekleşmesi gerektiğini ifade etmektedir⁸²³. Hâkim, şahidin gereksiz bir biçimde genel ve spekülatif görüş ve kanaatlerini bu değerlendirme yoluyla yasaklayabilmektedir⁸²⁴. Nitekim bir mahkeme kararında; “davalı samimi bir şekilde vergiden muaf olduğuna inanıyordu” şeklindeki tanık ifadesi, jüriye yardımcı olmak bakımından çok soyut (abstract) bulunarak yargılama dışında bırakılmıştır⁸²⁵.

Federal Delil Kanunu’nun 701. maddesinin öngördüğü son şart ise şahidin görüş ve kanaatinin bilimsel, teknik veya özel bir bilgiden kaynaklanmamasıdır. Bu şart, şahidin görüş şeklinde ifade vermesini, bilirkişinin görüş ve kanaat şeklinde ifade vermesinden ayıran en önemli unsurdur. Bir başka deyişle her ne kadar, şahitlere de görüş (kanaat) bildirme şeklinde ifade verme yolu açılmışsa da bunun kapsamı özel ve teknik bilgiyle sınırlandırılmıştır. Dolayısıyla, şahitler bir vakıdan ancak bilimsel, özel veya teknik bilgi yardımıyla elde edilebilecek görüş ve çıkarımlar hakkında tanıklık yapamaz. Böylece şahitlerin, bilirkişiler için öngörölmüş sınırlandırmalar ve yükümlülüklerden kurtularak kanaat ve görüş bildirmelerinin önüne geçilmek istenmiştir⁸²⁶. Bir başka ifadeyle tarafların, bilirkişilere münhasır olan özel, teknik veya bilimsel bilgileri, şahit adı altında yargılamaya aktarmaları engellenmek istenmiştir⁸²⁷. Zira şahitlerden farklı⁸²⁸ olarak, Amerikan hukukunda bilirkişiler, discovery kapsamında raporlarını karşı tarafa aktarmakla mükellef oldukları gibi aşağıda ayrıntılı olarak inceleneceği üzere Federal Delil Kanunu’nun 702. maddesi uyarınca öngörölmüş “güvenilirlik” gibi birtakım standartları da karşılamaları gerekmektedir⁸²⁹.

⁸²¹ Park vd., 2011: 532; Saltzburg vd., 2011: 701-5.

⁸²² Saltzburg vd., 2011: 701-5.

⁸²³ Broun vd., 2013: 72.

⁸²⁴ Park vd., 2011: 532-533.

⁸²⁵ United States v. Hauret, 40 F. 3d 197 (7th Cir. 1994). Karar ve açıklamalar için bkz. Saltzburg vd., 2011: 701-5, dpn. 3.

⁸²⁶ Faigman vd., 2008: 69.

⁸²⁷ FDK m. 701 Advisory Committee Notes on Rules-2000 Amendment. [Danışma kurulu notlarının (The Advisory Committee Note), Türk hukukundaki kanun gerekçesine karşılık geldiği söylenebilir. Kanun maddelerinin altında düzenlenen bu notlar, ilgili maddelerin anlaşılması ve uygulanması noktasında gerek uygulayıcılara gerekse de doktrine ışık tutmaktadır].

⁸²⁸ Kural olarak, şahitlerin görüşlerinin ve kimliklerinin discovery aşamasında karşı tarafla paylaşılmasına gerek yoktur. Bkz. Lancaster ve Capozzola, 2010: 2

⁸²⁹ Park vd., 2011: 534-535; Broun vd., 2013: 76; FDK m. 701 Advisory Committee Notes on Rules-2000 Amendment; Poulin, 2012: 570; U.S v. Conn, 297 F.3d 548, 59 Fed. R. Evid. Serv. 334 (7th Cir.2002): Kararın ilgili bölümü için bkz. Faigman vd., 2008: 69. Nitekim bir kazaya ilişkin yargılamada; “şahit” olarak gösterilen kişinin verdiği: “kaza, mekanik liftin hatalı tasarlanması nedeniyle oluşmuştur” yönündeki ifadesi bilirkişiliğe

Federal Delil Kanunu'nun 701. maddesine ilişkin danışma kurulu notunda; bir ifadenin şahit ifadesi mi yoksa bilirkişi ifadesi mi olduğunu değerlendirmek için tanık tarafından yürütülen muhakemenin niteliğini temel alan bir mahkeme kararı örnek olarak verilmiştir. Bu mahkeme kararına göre; şahit görüşü günlük hayata aşına bir muhakeme sürecinin ürünüken, bilirkişi görüşü sadece ilgili alandaki uzmanlar tarafından vakıf olunabilecek muhakeme sürecinin sonucudur. Bu çerçevede, tecrübeli bir şahit bir şeyin kan (izi) olduğu hakkında ifade verebilirken, göz çevresindeki morlukların, kafatası travmasının bir işareti olduğu hakkında ifade verebilmek için uzman (bilirkişi) olarak nitelendirilmek gerekir⁸³⁰.

Genel olarak bilirkişi ile şahit arasındaki ayırım kolaylıkla belirlenebilecek nitelikte olmasına rağmen bazı durumlarda tanık sandalyesine oturan kimsenin bilirkişilik mi yoksa şahitlik mi yaptığı rahatça tespit edilemeyebilir⁸³¹. Örneğin; davanın tarafları arasındaki ticari sözleşmenin imzalanması sırasında orada bulunan muhasebecinin, sözleşmedeki belirsiz ve muğlak ifadelerin ne anlama geldiği noktasında vereceği ifadenin hangi kapsama gireceği tartışılabilir niteliktedir. Zira bu durumda tanık hem olaya şahit olmuş hem de özel ve teknik bilgisiyle belirtilen maddelerin tartışılması sırasında taraflarca ne ima edildiğini kavramıştır. Aynı şekilde, uyuşturucu ticaretini ortaya çıkarmak için gizli görevde bulunan uzman bir memurun, sanıklar tarafından kullanılan ve kendisinin bizzat duyduğu ifadelerin uyuşturucu ticaretinde sıklıkla kullanılan ifadeler olduğu yönündeki ifadesinin hangi tanıklık kapsamında değerlendirileceği tartışmaya açıktır⁸³². Esasen bu gibi durumlarda tanıklık yapacak kişi, normal şartlarda iki farklı kişi tarafından yerine getirilebilecek iki farklı görevi tek başına aynı anda yerine getirmektedir. Kişinin birinci görevi şahitlik olup, gördüğü ve duyduğu olayları mahkemeye aktarmaktadır. İkinci görevi ise bilirkişilik olup, aktardığı bilgileri yine kendi özel ve teknik bilgisiyle değerlendirip, bunlardan çıkardığı sonuçlarla karar vericilere yardımcı olmaktır. Aslında ikinci görev; şahidin görüş (kanaat-opinion) bildirme şeklinde ifade vermesiyle karıştırılabilecek niteliktedir⁸³³. Zira bu şekilde verilecek

ilişkin delil kurallarına tabi tutulmuştur. İlgili kişi verdiği ifadeyi, benzer makineleri kullanmasındaki uzun tecrübesine dayandırmıştır. Mahkeme'ye göre ise verilen ifade, teknik ve özel bilgiye dayanıyorsa, Daubert davası uyarınca yapılacak kabul edilebilirlik incelemesi, sadece ifade veren kişinin bilirkişi yerine şahit olarak isimlendirilmesiyle savuşturulamaz. *Asplundh Mfg. Div. v. Benton Harbor Engineering*, 57 F. 3d 1190 (3rd. Circuit 1995). Karar ve ilgili açıklamalar için bkz. Saltzburg vd., 2011: 701-16.

⁸³⁰ *State v. Brown*, 836 S. W. 2d 530, 549 (1992). Kararın ilgili bölümü için bkz. FDK m. 701 Advisory Committee Notes on Rules-2000 Amendment.

⁸³¹ FDK m. 701 Advisory Committee Notes on Rules-2000 Amendment.

⁸³² *United States v. Figueroa-Lopez*, 125 F.3d 1241, 1246 (9th Cir. 1997); FDK m. 701 Advisory Committee Notes on Rules-2000 Amendment; Saltzburg vd., 2011: 701-12 vd.

⁸³³ Zira hem şahit hem de bilirkişi, görüş ve kanaatlerini bir şekilde elde ettikleri tecrübelerine dayandırabilmektedir. FDK'nın 702. maddesine göre; bilirkişiler bilimsel, teknik ve diğer özel bilgilerini sadece eğitim, yetenek ve benzeri şekilde değil, tecrübe suretiyle de elde etmiş olabilir. Aynı şekilde şahitler de gözlem ve duyumlarını, ancak bir şekilde daha önce kazandıkları tecrübe vasıtasıyla yorumlayıp belirli bir görüş veya kanaate ulaşabilmektedir. Örneğin, iki yer arasındaki mesafenin ne kadar olduğunun şahit tarafından ifade

ifadelerde (şahidin görüş bildirme şeklinde ifade vermesinde), şahit algılarını, yine kendi tecrübeleriyle sentezleyip karar vericilere aktarmaktadır. Örneğin, araba kazasını gören şahidin arabanın kaç km ile gittiği yönündeki ifadesi, hem şahsi gözlemine hem de yukarıda açıklandığı üzere araba kullanmaktaki bilgi ve tecrübesinin sentezlenmesine dayanmaktadır. Ancak muhasebeci ve polis örneğindeki farklılık ise özel ve teknik bilgi kavramıdır. Zira gerek muhasebeci gerekse de polisin gözlemlerini sentezlediği tecrübe; herkes tarafından bilinemeyecek özel ve teknik bilgi kapsamındadır⁸³⁴. Bu nedenle de bunun yorumlanması sırasında gerek muhasebecinin gerekse de polisin verdiği ifadenin bilirkişilik kapsamında sayılması gerekmektedir. Sonuç olarak bu kişilerin verdiği ifade, iki ayrı parça olarak düşünülmeli, duyduklarını aktarmaları şahitliğe tabi tutulurken, duyduklarından çıkardıkları sonuçlar hakkında bilirkişiliğe ilişkin hükümler uygulanmalıdır⁸³⁵. Nitekim Amerikan hukuk sisteminde bilirkişilik ve şahitlik birbirine engel değildir. Aynı davada şahitlik yapan kişi, bilirkişilik yapabileceği gibi bunun tersinin düşünülmesi de mümkündür⁸³⁶. Yukarıdaki polis örneğine ilişkin bir yargı kararında da polis memurunun davalının şüpheli hareketler içinde bulunduğu yönündeki ifadesinin bilirkişi olarak nitelendirilmesine gerek olmadan verilebileceği kabul edilmişken, aynı memurun davalının uyuşturucunun miktarı ve fiyatı hakkında şifreli kodlar kullandığı, deneyimli bir uyuşturucu satıcısı gibi davranışlarda bulunduğu yönündeki sıradan insanların algılama kapasitesinin ötesinde kalan ve yoğun tecrübeye dayanan ifadesi ise bilirkişiliğe ilişkin delil kurallarına tabi olacağı karara bağlanmıştır⁸³⁷. Bu anlamda tanık ifadesinin bilimsel, teknik veya özel bilgiye dayanan herhangi bir bölümünün, bilirkişiliği düzenleyen Federal Delil Kanunu'nun 702. maddesine ve bilirkişilere özel, açıklama (disclosure) yükümlülüklerine tabi olacağı tespit edilmiştir⁸³⁸. Anlaşılabacağı üzere, delil kurallarının uygulanması bakımından önemli olan tanığın kendisi değil, vereceği ifadedir⁸³⁹. Bu çerçevede, görüş (kanaat-çıkarım) şeklinde verilen ifade, bilimsel, özel ve teknik bilgiye ilişkinse bilirkişiliği düzenleyen 702. maddeye, buna karşılık ortalama bir insanın algılama kapasitesi içinde kalıyorsa şahitlerin görüş bildirmesini

edilmesi için belirtilen iki yerin şahit tarafından sadece görülmesi yeterli olmayıp, şahidin daha önceden benzeri iki yer arasındaki mesafeyi ölçmüş olması gereklidir. Aksi takdirde şahit sadece gözlemlerine dayanarak mesafe hakkında bir çıkarım yapamaz.

⁸³⁴ United States v. Figueroa-Lopez, 125 F.3d 1241, 1246 (9th Cir. 1997). Kararın ilgili bölümleri hakkında bilgi ve açıklamalar için bkz. Saltzburg vd., 2011: 701-14.

⁸³⁵ United States v. Figueroa-Lopez, 125 F.3d 1241, 1246 (9th Cir. 1997). Kararın ilgili bölümleri için bkz. FDK m. 701 Advisory Committee Notes on Rules-2000 Amendment.

⁸³⁶ FDK m. 701 Advisory Committee Notes on Rules-2000 Amendment; Lancaster ve Capozzola, 2010: 5; Saltzburg vd., 2011: 701-18.

⁸³⁷ United States v. Figueroa-Lopez 125 F. 3d 1241, 1246 (9th Circuit 1997). Kararın ilgili bölümü için bkz. FDK m. 701 Advisory Committee Notes on Rules-2000 Amendment; Saltzburg vd., 2011: 701-14-15.

⁸³⁸ FDK m. 701 Advisory Committee Notes on Rules-2000 Amendment.

⁸³⁹ Saltzburg vd., 2011: 701-18.

düzenleyen 701. maddeye tabi olacaktır. Bu konuda verilebilecek diğer tipik örnek ise tedavi uygulayan doktordur. Doktorun sadece hastanın öksürüğü ve ateşi vardı yönündeki ifadesi, 701. maddeye tabi şahit ifadesiyken, doktorun aynı zamanda hastaya zehirli kimyasala maruz kalması nedeniyle reaktif havayolları disfonksiyonu sendromu tanısı koyduğu yönündeki ifadesi bilimsel, teknik veya diğer özel bilgiye dayandığı için bilirkişiliği düzenleyen 702. maddeye tabi olmalıdır⁸⁴⁰.

Yukarıda belirttiğimiz şartlar göz önünde bulundurulduğunda, genel kurala rağmen şahitlerin görüş ve kanaat bildirebileceği birçok alanın bulunduğu görülmektedir. Bu çerçevede şahit bir kişinin kızgınlık, korku, neşe veya üzüntü gibi duygusal durumu hakkında ifade verebileceği gibi, sağlıklı görüldüğü, uzun-kısa, genç-yaşlı, güçlü-zayıf gibi fiziksel durum ve özellikleri hakkında da kanaatini bildirebilmektedir. Bunun yanında şahit algıladığı bir nesnenin genel görüntüsü, şekli, kalitesi, sağlamlığı ve benzeri özellikleri hakkında da tanıklık yapabilir. Aynı şekilde bir arabanın veya diğer bir motorlu taşıtın tahmini hızı ile iki yer arasındaki ortalama mesafenin ne olduğu gibi göreceli hususlar hakkında da yukarıdaki şartların sağlanması halinde şahit ifade verebilmektedir⁸⁴¹. Bunun gibi video veya ses kaydındaki görüntü veya sesin ilgili kişiye ait olup olmadığı noktasında, o kişiyi tanıyan kişinin de şahitlik yapabileceği kabul edilmektedir⁸⁴². Ancak bu konuda doktrinde ve mahkeme kararlarında görüş birliği yoktur. Aksi görüşteki bir yazara göre, videodaki veya fotoğraftaki kişinin, taraflardan biri olduğunun tespiti jüri üyeleri tarafından kolaylıkla gerçekleştirilebilecek bir husustur. Dolayısıyla bu şekilde verilecek “görüş” Federal Delil Kanunu’nun 701. maddesinde belirtilen “yardımcı olabilme” (2.şart) şartına uymamaktadır⁸⁴³. Bu sebeple, şahidin bu yönde vereceği ifade hâkim tarafından engellenebilecektir.

Belirtilen durumların hepsi olayın özelliklerine, şahidin algılama kapasitesine, tecrübesine ve benzeri hususlara göre hâkim tarafından her dava bakımından ayrı ayrı değerlendirilecektir. Örneğin, normal şartlarda sıklıkla araba kullanan birisinin yukarıda belirttiğimiz gibi şahit olduğu bir kazada, aracın kaç km hızla gittiği noktasında görüş bildirmesi kabul edilebilir bir durumdur. Buna karşılık, hayatından hiç araba kullanmamış veya hayatının büyük bir bölümünü kırsal alanda geçirmiş bir kişinin şahit olduğu araba kazasında, aracın kaç km hızla gittiğini belirlemesi oldukça zordur⁸⁴⁴. İşte bu örnekte olduğu

⁸⁴⁰ Saltzburg vd., 2011: 701-18.

⁸⁴¹ Mueller ve Kirkpatrick, 2007: 769-770.

⁸⁴² Mueller ve Kirkpatrick, 2007: 772. Ancak hemen belirtmek gerekir ki; bu durumda şahit, video veya ses kaydının gerçekliği veya geçerliliği üzerine tanıklık yapmamaktadır. Aksine gerçek olduğu kabul edilen ses veya video kaydındaki görüntünün veya sesin kendisinin tanıdığı kişiye ait olup olmadığı noktasında ifade vermektedir.

⁸⁴³ Poulin, 2012: 563. Aksi yöndeki mahkeme kararları için bkz. Age: 563, dpn. 45.

⁸⁴⁴ Poulin, 2012: 581.

gibi hâkim her dava bakımından ayrı değerlendirme yapmak suretiyle şahidin görüş bildirme şeklinde tanıklık yapmasına izin verecek veya vermeyecektir. Hâkim yapacağı bu değerlendirmeye; yönlendirici, genel, sonuçsal ve subjektif ifadeleri bertaraf edip, belirli, objektif ve vakıalara dayanan görüşleri yargılamaya dâhil edebilecektir.

2.2.2. Amerikan Hukukunda Bilirkişi Kavramı

Amerikan medeni yargılama hukukunda bilirkişiler, özel ve teknik bilgi ihtiyacının söz konusu olduğu uyuşmazlıklarda, sahip oldukları özel ve teknik bilgiyle veya bu bilgiyi kullanarak ulaştıkları çıkarım ve sonuçlarla⁸⁴⁵ karar vericilere ve/veya taraflara yardımcı olan kişilerdir. Bu tanım, Federal Delil Kanunu'nun 702. maddesinde bilirkişinin nitelikleri ve nasıl kullanılacağı açıklanmak suretiyle zımni olarak yapılmıştır⁸⁴⁶. Federal Delil Kanunu'nun 702. maddesi uyarınca bilimsel, teknik veya başka özel bir bilgi, davadaki bir delilin anlaşılması veya bir vakıa hakkında hükme varılması için karar vericilere yardımcı olacaksa; bilgisine, yeteneğine, tecrübesine veya eğitime göre uzman olarak nitelendirilen (bilirkişiliğe ehil olan) tanık, görüş bildirme veya başka bir şekilde davada tanıklık yapabilir.

Amerikan yargılamasında bilirkişiler, genellikle taraflarca yargılamaya dâhil edilmektedir. Her ne kadar Federal Delil Kanunu'nun 706. maddesi uyarınca hâkimlerin re'sen bilirkişi atama yetkileri varsa da bu yetki uygulamada istisnai durumlar dışında kullanılmamaktadır. Taraflar, yargılamaya dâhil edecekleri bilirkişiyi kendileri seçerler ve bu seçimi yaparken genellikle kendi iddialarını destekleyebilecek uzmanları tercih ederler⁸⁴⁷. Yargılamaya taraflarca dâhil edilen bilirkişinin ücreti de kural olarak onu yargılamaya dâhil eden tarafça karşılanmaktadır. Belirtilen bu hususlar, bilirkişinin tarafsızlığı ve dürüstlüğü üzerinde büyük tartışmalara neden olmaktadır. Hatta bazı yazarlarca bilirkişiler, “kiralık silahlar” (hired guns) veya “yalancılar” (liars) olarak⁸⁴⁸, verdikleri raporlar ise “çöp bilim” (junk science)⁸⁴⁹ olarak nitelendirilmektedir. Ancak bilirkişilerin taraflarca yargılamaya dâhil edilmesi, onların yalan veya eksik ifade vermelerine olanak tanımaz. Bilirkişinin temel amacı, sahip olduğu uzmanlıkla hâkim veya jüri üyelerine yardımcı olmaktır (FDK m.702). Amerikan yargılama sistemi, bilirkişinin avukat gibi hareket etmesini istemediği gibi, karar

⁸⁴⁵ Yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere; FDK'nın 701. maddesinde düzenlenen şartların gerçekleşmesi veya Kanun'da belirtilen istisnaların bulunması halinde şahitler de kanaat, görüş veya çıkarımlarını mahkemeye aktarabilmektedir. Ancak bu istisnaların dışında kural olarak görüş veya çıkarım suretiyle mahkemeye bilgi sağlamak bilirkişilerin görevidir.

⁸⁴⁶ Fogarty ve Jeng, 2012: 8.

⁸⁴⁷ Faigman vd., 2008: 131; Demirkapı, 2003: 51.

⁸⁴⁸ Matson vd., 2005: 7.

⁸⁴⁹ Huber, 1992: 723 vd.

verici konumunda olmasını da istememektedir⁸⁵⁰. Bilirkişi, yargılamaya delil sağlayan bir tanık olarak kabul edilmekte ve diğer tüm tanıklar gibi yargılamaya doğru bilgi aktarması beklenmektedir. Nitekim bilirkişilerin yine diğer tanıklar gibi ifade vermeden önce yemin etmesi gerekmektedir⁸⁵¹. Amerikan hukuk sistemi bakımından bilirkişinin şahsından ziyade onun ifadesinin yansız ve doğru olması önemlidir. Bu çerçevede, bilirkişinin taraflarca atanmasına hatta tarafların bilirkişi olmasına izin verilirken, gerek cezai müeyyideler gerekse de mücadeleci sistemin (adversarial system) çeşitli araçlarıyla (çapraz sorgulama, deposition vb.) bilirkişiden doğru ve eksiksiz görüş elde edilmeye çalışılmaktadır.

Bilindiği üzere Türk hukukunda gerek şahitlerin gerekse de bilirkişilerin uyuşmazlığın tarafı olmayan üçüncü kişiler olması zorunludur. Buna karşılık Amerikan hukuk sisteminde davacı veya davalı şahit olabileceği gibi, gerekli niteliklere sahip olmak koşuluyla bilirkişilik de yapabilirler⁸⁵². Bu anlamda bir kimse gerekli niteliklere sahipse, bir başka ifadeyle vakıaların veya delillerin karara bağlanmasında karar vericilere yardımcı olabilecek özel ve teknik bilgiye sahipse, kendisinin de taraf olduğu bir davada bilirkişi olarak tanıklık yapabileceği kabul edilmektedir⁸⁵³. Örneğin, bir öğretim görevlisinin yaşsal ve dinsel ayrımcılık nedeniyle üniversiteye karşı açtığı bir davada kendisinin de istatistiksel bilgiler verme suretiyle bilirkişi olarak dinlenebileceği karara bağlanmıştır. Ancak açık menfaat çatışması karşısında, bu durumun bilirkişi ifadesinin değerlendirilmesi sırasında dikkate alınması gerektiği ifade edilmiştir⁸⁵⁴.

Öte yandan Amerikan hukukunda tarafların yanında çalışan yahut davayla bir şekilde bağlantısı olan kişilerin de gerekli niteliklere sahip olmak koşuluyla bilirkişilik yapmasına izin verilmektedir. Örneğin, bir mahkeme kararında davalı sigara şirketinin yöneticisinin (chief executive officer), gerekli niteliklere sahip olması nedeniyle bilirkişilik yapmasına izin verilmiştir. Bu çerçevede, kişinin davayla ilgisinin ve bağlantısının olması yargılama dışında bırakılmasına sebebiyet vermemiştir⁸⁵⁵. Bunun gibi başka bir mahkeme kararında da bilirkişinin taraflardan birinin yanında çalışmasının onun bilirkişi olarak nitelendirilmesine

⁸⁵⁰ Faigman vd., 2008: 126.

⁸⁵¹ Faigman vd., 2008: 126. Ancak belirtmek gerekir ki; yalan, yanlış veya yanlış ifade veren bilirkişinin Amerikan yargılamasında bir müeyyideye uğraması oldukça zordur. Zira ilerleyen bölümlerde ayrıntılı olarak açıklanacağı üzere mahkemede verdiği ifadeden dolayı kural olarak bilirkişi aleyhine hukuk davası açılamaz. Bunun gibi bilirkişinin ifadesi genellikle bir kanaat veya çıkarım şeklinde ortaya çıktığı için bilirkişinin yargılamada yalan söylediğini iddia ve ispat etmek her zaman için kolay olmamaktadır. Dolayısıyla, bir mahkeme kararında da belirtildiği gibi bilirkişi hakkında yalan beyandan dolayı ceza soruşturması (perjury) başlatmak hemen hemen imkânsızdır. Açıklamalar ve karar için bkz. Age: 128 vd.

⁸⁵² McKee vd., 2013: 779; Faigman vd., 2008: 129; Saltzburg vd., 2011: 702-13, 14.

⁸⁵³ Mueller ve Kirkpatrick, 2007: 788.

⁸⁵⁴ Tagatz v. Marquette University, 861 F. 2d, 1040,1042, 50 Ed. Law Rep. 332 (7th Circuit, 1988) naklen Mueller ve Kirkpatrick, 2007: 786, dpn. 8. Benzer davalar için bkz. Saltzburg vd., 2011: 702-14, dpn. 14.

⁸⁵⁵ Braun v. Lorillard Inc., 84 F. 3d. 230 (7th Cir. 1996). Karar ve ilgili açıklamalar için bkz. Saltzburg vd., 2011: 702-233-234.

engel olmayacağı belirtildikten sonra bilirkişideki muhtemel tarafgirliğin (bias) çapraz sorgulama sırasında ortaya çıkarılabileceği belirtilmiştir⁸⁵⁶. Aynı şekilde davalının yanında uçuş planlama ve kontrol yöneticisi olarak çalışan kişiyi yargılama dışında bırakan bir ilk derece mahkeme kararı, temyiz mahkemesi tarafından bozulmuştur (reversed)⁸⁵⁷.

Kural olarak şahitlik ve bilirkişilik birbirine engel hususlar değildir. Yargılamada şahit olarak ifade veren bir kimsenin aynı davada bilirkişi sıfatıyla ifade verebilmesi mümkün görülmektedir⁸⁵⁸. Örneğin, uyuşturucuyla ilgili ceza davasında şahit olarak ifade veren uzman polisin (DEA agent) aynı davada bilirkişi olarak ifade vermesine de izin verilmiştir⁸⁵⁹.

Taraflara yargılama konusu ile ilgili özel ve teknik bilgiyle yardımcı olan her uzman gerçek anlamda bilirkişi olarak nitelendirilemez. Kendilerinde yararlanma şekillerine göre de uzmanlar (experts), danışman ve tanık olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Danışman uzmanlar, bilimsel ve teknik açıdan karmaşık olan davalarda, avukatta bulunmayan bilgiyi sağlamak için görevlendirilmektedir. Bu kişiler, yargılama dışında avukatı ilgili konuda eğitmek ve yönlendirmek için tutulmaktadır. Buna karşılık tanıklık yapacak bilirkişiler ise avukata özel ve teknik bilgi vermenin ötesinde duruşmada veya “deposition” olarak adlandırılan yargılama sürecinde tanıklık yapmaktadır⁸⁶⁰. Çalışmamızın konusunu da esas olarak ikinci tür uzmanlar oluşturmaktadır.

Bir kimsenin, tanık (bilirkişi) veya danışman olarak nitelendirilmesi, onun hazırladığı görüşün paylaşılması noktasında önem arz etmektedir. Zira yargılamada tanıklık yapacak bilirkişinin kimliği ve beyan edeceği görüşü, duruşmadan (trial) önce “discovery” olarak adlandırılan yargılama safhasında karşı tarafa bildirilmek zorundadır. Aynı şekilde tanıklık yapacak bilirkişi, görüşünü ve kendisine avukat tarafından sağlanan bütün bilgi ve belgeler de dâhil olmak üzere görüşünü oluşturmak için kullandığı tüm bilgi, belge, hesaplama, not ve yararlandığı makaleleri de açıklamak zorundadır [FUK m. 26(4)(a)]⁸⁶¹. Böylece taraflar, birbirlerinin bilirkişilerini tanımak ve görüşlerini değerlendirmek suretiyle gerekli olan cevapları önceden hazırlama imkânı bulmaktadır⁸⁶². Buna karşılık danışmanın kimliği ve avukata sağladığı bilgiler, birkaç istisnai durum dışında karşı tarafa açıklanmak zorunda

⁸⁵⁶ Dunn v. Sears, Roebuck & Co., 639 F. 2d 1171 (5th Circuit). Karar ve ilgili açıklamalar için bkz. Saltzburg vd., 2011: 702-234.

⁸⁵⁷ Hingson v. Pacific Sw. Airlines, 743 F. 2d 1408 (9th Circuit 1984) Karar ve açıklamalar için bkz. Saltzburg vd., 2011: 702-234.

⁸⁵⁸ FDK m. 701 Advisory Committee Notes on Rules-2000 Amendment; Mueller ve Kirkpatrick, 2007: 788.

⁸⁵⁹ U.S v. Daccarett, 6. F.3d 37, 58 (2d Circuit, 1993), aynı yönde. U.S. v. Penny, 60 F.3d. 1257, 1265 (7th Circuit, 1995) naklen Mueller ve Kirkpatrick, 2007: 788, dpn. 9.

⁸⁶⁰ Matson vd., 2005: 9.

⁸⁶¹ Matson vd., 2005: 9.

⁸⁶² Matson vd., 2005: 9.

değildir⁸⁶³. Aralarındaki iletişim ve görüşmenin gizli kalabilmesinden dolayı da avukat, danışman ile daha özgür ve rahat olarak davayı tartışabilmektedir. Ancak danışman, tanıklık yapacak bilirkişinin görüşünün oluşmasını sağlıyorsa bu durumda danışmanın kimliği ve görüşü de açıklanmak zorundadır. Bu sebeple, bir avukatın her iki tip uzmanla birlikte çalıştığı durumlarda, bu kişilerin çalışmalarının birbirinden ayrı sürdürülmesinin davanın daha iyi yürütülmesi açısından önemli olduğu ifade edilmektedir⁸⁶⁴. Taraflar, duruşmada ifade vermesini planladıkları tanık bilirkişiyi, tanık listelerinin discovery aşamasında karşılıklı olarak paylaşılmasına kadar değiştirebilir. Bu anlamda, davanın başında tanık bilirkişi olarak düşünülen uzman, sadece danışman bilirkişi olarak kullanılabilir⁸⁶⁵.

Belirtmek gerekir ki tanık bilirkişi olarak nitelendirilen uzmanlar da yapacakları sözleşmeye uygun olarak, yargılamaya konu vakıa hakkında tanıklık yapmanın yanında, başkaca birçok hususta yanında yer aldıkları tarafa yardımcı olabilmektedir. Bu çerçevede bilirkişiler mevcut kayıt ve bilgiler ışığında özel ve teknik konuların avukat tarafından anlaşılmasını, tanıkların (şahit ve karşı tarafın bilirkişisinin) sorgulanması için gerekli soruların hazırlanmasını veya karşı tarafın bilirkişi görüşünü değerlendirmek suretiyle beyanlardaki eksik veya yetersiz yönlerin tespit edilmesini sağlayabilmektedir⁸⁶⁶.

Türk yargılama sisteminde olduğu gibi Amerikan yargılama sisteminde de bilirkişiye başvurma oranı oldukça yüksektir. Birçok hukuk davasında uyuşmazlıklar bilirkişiler yardımıyla çözüme kavuşturulmaktadır⁸⁶⁷. Hatta bazı yazarlar, bu durumu anlatmak için “duruşma” kavramı ile “bilirkişi” kavramının eş anlamlı hale geldiğini belirtmektedir⁸⁶⁸.

2.3. Bilirkişi Delilinin Kabul Edilebilirliği

2.3.1. Genel Olarak

Amerikan yargılama sisteminde bilirkişi delilinin değerlendirilmesi, Türk Hukuk sisteminden oldukça farklı işlemektedir. Bu farklılık, bilirkişinin hukuksal niteliğinden, kural olarak taraflarca ücret ödenerek yargılamaya dâhil edilmesinden ve sıradan insanlardan oluşan jürinin karar verici konumunda bulunmasından kaynaklanmaktadır⁸⁶⁹.

Belirttiğimiz üzere, Amerikan hukuk sisteminde vakıalar hakkında karar verme yetkisi davanın ve durumun özelliklerine göre hâkimde veya çoğunlukla görüldüğü üzere jüridedir. Jüri üyeleri ise herhangi bir hukuk eğitime veya tecrübesine sahip olmayan kişilerdir.

⁸⁶³ Lancaster ve Capozzola, 2010: 210.

⁸⁶⁴ Matson vd., 2005: 10.

⁸⁶⁵ Lancaster ve Capozzola, 2010: 211.

⁸⁶⁶ Matson vd., 2005: 8.

⁸⁶⁷ Matson vd., 2005: 7.

⁸⁶⁸ Matson vd., 2005: 7.

⁸⁶⁹ Green ve Sanders, 2012: 2.

Normal şartlar altında hukukçu olmayan kişilerin, delilleri ve vakıaları değerlendirmesinde birtakım sakıncaların ortaya çıkması ise muhtemeldir. Zira yargılama tecrübesi olmayan insanların, çeşitli şekillerde etki altında bırakılması mümkündür. Bu durum bilirkişilik için de söz konusudur. Özellikle taraflarca seçilen, bu nedenle taraflı olabileceği düşünülen bilirkişilerin ikna edici ve etkileyici beyanları, jüri üyelerini yanlış yönlendirebilmektedir. Bu durumun önlenmesi için Federal Delil Kanunu, hâkimlere adeta bir koruma (gatekeeper) fonksiyonu yüklemiştir⁸⁷⁰. Bu fonksiyon uyarınca jüri üyeleri bilirkişi görüşlerini değerlendirmeden önce mahkemenin bir nevi ön değerlendirme yapıp, sunulan bilirkişinin, bu anlamda bilirkişi raporunun (delil olarak) kabul edilip edilmeyeceğini değerlendirmesi gerekmektedir [FDK m. 104(a)]. Ancak yapılan bu değerlendirmeyi, bilirkişinin delilsel ağırlığıyla karıştırmamak gerekir. Mahkemece yapılacak kabul edilebilirlik değerlendirmesi, sunulan bilirkişi raporunun karar vericilerce dinlenip dinlenmeyeceği ve dolayısıyla yargılamada delil olarak kabul edilip edilmeyeceği ile ilgilidir⁸⁷¹. Buna karşılık bilirkişinin delilsel ağırlığı, karar vericilerin bilirkişi tarafından sunulan bilgiye inanıp inanmayacağı, dolayısıyla da kararlarını bilirkişi görüşüne göre oluşturup oluşturmayacakları ile ilgilidir⁸⁷². Bu çerçevede bilirkişinin delilsel ağırlığı ve buna bağlı olarak yargılamada var olan delillerden sonuca ulaşmak (delille ispat edilmek istenen vakıanın varlığı veya yokluğu) veya birçok delil (mahkeme tarafından kabul edilebilir bulunmuş birden fazla bilirkişi görüşü) arasından hangisine itibar edileceği kabul edilebilirlikle ilgili değildir.

Sonuç olarak, Amerikan yargılamasında bilirkişi delilinin değerlendirilmesi iki aşamalı olarak gerçekleştirilmektedir. Birincisi “kabul edilebilirlik”, ikincisi ise “delilsel ağırlık” aşamasıdır. Kabul edilebilirlik incelemesi her zaman için hâkim tarafından gerçekleştirilirken, “delilsel ağırlık” değerlendirilmesi, jürili yargılamalarda jüri üyeleri tarafından, jürisiz yargılamalarda ise hâkim tarafından gerçekleştirilmektedir⁸⁷³.

2.3.2. Kabul Edilebilirlik İncelemesinde Değerlendirilecek Hususlar

2.3.2.1. Genel Olarak

Bilirkişi delilinin kabul edilebilirliğini doğrudan ilgilendiren dört temel hüküm bulunmaktadır. Bunlar Federal Delil Kanunu’nun 104 üncü, 403 üncü, 702 nci ve 703 üncü maddeleridir⁸⁷⁴. Bunlardan 104 üncü ve 403 üncü madde, esasen sadece bilirkişiyi değil, diğer bütün delilleri de ilgilendirmektedir. Buna karşılık 702 inci ve 703 üncü maddeler sadece

⁸⁷⁰ Matson vd., 2005: 27.

⁸⁷¹ Bronstein, 2012: 72; Demirkapı, 2003: 63.

⁸⁷² Bronstein, 2012: 72.

⁸⁷³ Poulin, 2012: 573.

⁸⁷⁴ Lancaster ve Capozzola, 2010: 13.

bilirkişi delilinin kabul edilebilirliğine ilişkindir. Bunlardan da bilirkişiliğin kabul edilebilirliğine ilişkin temel düzenleme; Federal Delil Kanunu’nun 702 inci maddesidir. Bu sebeple mahkemeler, bilirkişi delilinin kabul edilebilirliğini incelerken öncelikli olarak 702. maddede belirtilen unsurları değerlendirmektedir.

Federal Delil Kanunu’nun 702. maddesine göre; sahip olduğu bilgi, tecrübe veya eğitim uyarınca uzman olarak nitelendirilebilen tanık, hâkimin veya jüri üyelerinin doğru karara ulaşmasına yardımcı olabilecek bilimsel, teknik veya diğer bir özel bilgiye sahip ve vereceği ifade yeterince güvenilirse, bilirkişi olarak yargılamaya dâhil edilebilmektedir⁸⁷⁵. Hâkimler, bu maddede belirtilen unsurları değerlendirirken aşağıda ayrıntılı olarak incelenecek olan “Daubert” davasında hükme bağlanmış hususları da göz önünde bulundurarak, jüri üyelerine sunulmadan önce bilirkişi delilinin kabul edilebilirlik incelemesini gerçekleştirmelidir⁸⁷⁶. Bu çerçevede düzenlemenin temel amacının, her kabul edilebilirlik değerlendirmesinde olduğu gibi bilirkişi görüşünün, jüri üyeleri tarafından dinlenilmesinden önce, hâkim tarafından denetlenmesi olduğu söylenebilir⁸⁷⁷.

Federal Delil Kanunu’nun 702. maddesi uyarınca, mahkeme kabul edilebilirlik incelemesini gerçekleştirirken;

- bilirkişinin tanıklığının, delillerin anlaşılmasında veya bir vakıanın karara bağlanmasında, karar vericilere yardımcı olup olmayacağını,
- bilirkişinin tanıklığının bilimsel, teknik veya özel bir bilgiden oluşup oluşmadığını,
- tanıklık yapacak kişinin, bilgi, tecrübe veya eğitim ile bilirkişi (uzman) olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceğini,
- bilirkişinin tanıklığının yeterli (elverişli) bilgi ve vakıaya dayanıp dayanmadığını,
- bilirkişinin tanıklığının güvenilir prensip ve metotların ürünü olup olmadığını,
- bilirkişinin, bu prensip ve metotları, dava konusu vakıalara güvenilir bir şekilde uygulayıp uygulamadığını,

değerlendirmek zorundadır⁸⁷⁸. Yapılan değerlendirme sonucunda belirtilen unsurlardan bir veya birkaçının bulunmaması halinde, mahkeme bilirkişi delilini kabul etmeyecektir⁸⁷⁹.

Birinci unsurda bahsedilen yardımcı olabilme kriteri gereğince bir delilin anlaşılmasında veya bir vakıanın karara bağlanmasında bilirkişi delilinin dinlenilmesi, karar vericilere yardımcı olacaksa, o bilirkişi ve görüşü kabul edilebilir niteliktedir. “Yardımcı olabilme” kriteri bir yönüyle Amerikan yargılamasında bütün deliller için aranan “ilgi”

⁸⁷⁵ Saltzburg vd., 2011: 702-9.

⁸⁷⁶ Park vd., 2011: 543.

⁸⁷⁷ Poulin, 2012: 572.

⁸⁷⁸ Conley ve Moriarty, 2007: 29-30; Park vd., 2011: 543-544; Poulin, 2012: 572.

⁸⁷⁹ Park vd., 2011: 544.

(relevancy) kriterinin bilirkişilik kurumundaki karşılığını ifade ederken⁸⁸⁰ diğer taraftan bilirkişi delilinin kabul edilebilirlik değerlendirilmesinde incelenecek bütün unsurları içine alabilecek çerçeve bir kavram olarak nitelendirilebilir. Zira bilirkişi delilinin karar vericilere yardımcı olup olmayacağını değerlendirirken, tanıklığın bilimsel, teknik veya özel bir bilgiyi ihtiva edip etmediği, tanıklık yapacak kişinin gerekli niteliklere sahip olup olmadığı ve bilirkişi delilinin güvenilir olup olmadığı incelenmelidir⁸⁸¹.

Federal Delil Kanunu'nun 702. maddesi uyarınca değerlendirilecek ikinci unsur; tanıklığın bilimsel, teknik veya özel bir bilgiden oluşup oluşmadığıdır. Bu unsur, bilirkişi ifadesini, şahit ifadesinden ayırdığı gibi bir yönüyle de bilirkişi ifadesinin sınırlarını oluşturarak bilirkişinin karar verici konumuna geçmesini engellemektedir⁸⁸². Kabul edilebilirlik incelemesinde değerlendirilecek üçüncü unsur ise bilirkişi olarak yargılamaya dâhil edilecek kişinin uzman olup olmadığı bir başka ifadeyle bilimsel ve teknik bilgiyi yargılamaya aktarmaya ehil olup olmadığıdır. Gerekli uzmanlığa sahip olmayan tanık, hâkim ve jürinin doğru karar almasına yardımcı olamayacağı gibi, vereceği ifadenin geçerliliği de her zaman şüpheli olacaktır.

Yukarıda belirtilen unsurlardan son üç tanesi ise bilirkişi delilinin güvenilirliğini değerlendirmek için kullanılmaktadır. Bu unsurlar, Daubert v. Merrel Dow Pharmaceauticals Inc ile bu davanın devamı niteliğinde olan “Kumho Tire Co. v. Carmichael” ve “General Electric Co. v Joiner” isimli davalarda Yüksek Mahkeme tarafından ortaya konulmuş güvenilirlik kriterlerinin, 2000 yılında yapılan değişiklikle Federal Delil Kanunu'na geçirilmiş şeklidir⁸⁸³. Aşağıda güvenilirlik incelemesinin tarihi gelişimi, ilgili davalar da dikkate alınarak ayrıntılı olarak incelenecektir.

Yukarıda belirttiğimiz üzere Federal Delil Kanunu'nun 702. maddesi dışında 104 üncü, 403 ncü ve 703. maddesi de bilirkişi delilinin kabul edilebilirliğini ilgilendirmektedir. Federal Delil Kanunu'nun 104(a) maddesi, bir delilin kabul edilebilirliğinin mahkeme tarafından öncelikli olarak değerlendirilmesi gerektiğini düzenlemektedir. 403. madde ise, esasen kabul edilebilir nitelikte olan delillerin, yargılamada ve karar alma sürecinde meydana getirebileceği sakıncalar ve zararlar göz önünde bulundurularak yargılama dışında tutulabilmesini düzenlemektedir. Federal Delil Kanunu'nun 104. ve 403. maddesi konumuz sınırlarına bağlı kalınarak aşağıda belirtilen başlıklarla bağlantılı olarak incelenecektir. Buna

⁸⁸⁰ Daubert v. Merrel Dow Pharmaceauticals, Inc., 509 U.S. 579, 591-592 (1993) Kararın ilgili bölümü için bkz. Conley ve Moriarty, 2007: 30.

⁸⁸¹ Weinstein/Berger, 2011, s. 13-5.

⁸⁸² Saltzburg vd., 2011: 702-9-10.

⁸⁸³ Weissenberger ve Duane, 2011: 457-458.

karşılık 703. madde konu bütünlüğünün bozulmaması için “bilirkişinin görüşünü oluşturmaları” başlığı altında çalışmanın ilerleyen bölümlerinde değerlendirilecektir.

2.3.2.2. Yardımcı Olabilme Kriteri (Helpfulness-Relavancy- Rule 402, 702).

Federal Delil Kanunu’nun 702. maddesi uyarınca bilirkişi delilinin kabul edilip, yargılamaya dâhil edilebilmesi için bir delilin anlaşılmasında veya bir vakıanın karara bağlanmasında karar vericilere yardımcı olabilecek nitelikte olması gereklidir. “Yardımcı olabilme” (helpfulness) kriteri olarak adlandırılabilen bu unsur, esasen bilirkişi delilinin kabul edilebilmesi için gerekli olan diğer unsurları (güvenilirlik, bilirkişinin gerekli niteliklere sahip olması, elde edilen bilginin özel ve teknik bilgiyi içermesi gibi) da içeren üst bir kavram olarak nitelendirilebilir. Zira bu unsurların bulunmaması halinde bilirkişi delili karar vericilere yardım sağlayamayacaktır. Örneğin, bilirkişi gerekli niteliklere sahip değilse, karar vericilerin kendisinden beklediği bilgiyi tam ve sağlıklı olarak sağlayamayacak, bu anlamda da karar vericilere istenilen şekilde yardımcı olamayacaktır. Aynı şekilde güvenilir bilgi ve yöntemlere dayanmayan bilirkişi görüşünün doğruluğu ve geçerliliği sorunlu olacağı için karar vericilerin bir sonuca ulaşmak için bekledikleri yardım yine tam ve sağlıklı olarak karşılanamayacaktır. Bu sebeple, diğer kabul edilebilirlik kriterleri değerlendirilirken “yardımcı olabilme” kriteri adeta bir mihenk taşı gibi kullanılmaktadır.

Öte yandan “yardımcı olabilme” kriterinin, bir başka özel anlamı da ihtiva ettiği belirtilmektedir. Aşağıda ayrıntılı olarak incelenecek olan Daubert davasında; “yardımcı olabilme” kriterinin, bütün delillerin kabul edilebilirlik incelemesinde kullanılan “ilgi” (uygunluk-relevancy,fit) kriterinin karşılığı olduğu karara bağlanmıştır⁸⁸⁴. Mahkemeye göre, bilirkişi delili eldeki görev ile ilgili (alakalı-relevant) olmalıdır⁸⁸⁵. Doktrinde de Federal Delil Kanunu’nun 702. maddesinde ifade edilen “yardımcı olabilme kriterinin” bilirkişilik bakımından “ilgi”(uygunluk-fit) kriterinin karşılığı olduğu belirtilmektedir⁸⁸⁶. Buna göre bilirkişi delilinin “ilgili” sayılabilmesi için karar vericilere yardımcı olabilecek nitelikte olması gerekir⁸⁸⁷. Esasen yardımcı olabilme kriterinin böyle bir anlamı ihtiva etmediği kabul edilse dahi mahkemeler, bilirkişi delilinin kabul edilebilirliğini incelerken “ilgi kriterini” de göz önünde bulundurmak zorundadır. Zira belirttiğimiz üzere bu kriter, sadece bilirkişi açısından değil, bütün deliller bakımından yargılamaya dahil edilmek için bir ön koşuldur⁸⁸⁸.

⁸⁸⁴ Daubert v. Merrel Dow Pharmaceuticals, 509 U.S. 579 (1993). Bkz. Lancaster ve Capozzola, 2010: 23.

⁸⁸⁵ Daubert v. Merrel Dow Pharmaceuticals, 509 U.S. 579 (1993). Bkz. Lancaster ve Capozzola, 2010: 23.

⁸⁸⁶ Faigman vd., 2008: 23; Cwik ve Hutchinson, 2008: 51, 162, 241.

⁸⁸⁷ Cwik ve Hutchinson, 2008: 51.

⁸⁸⁸ Bronstein, 2012: 73.

Bu anlamda ilgi kriterini sağlayamayan deliller, hâkim tarafından kabul edilemez olarak nitelendirilir ve yargılamanın dışında bırakılır (FDK m. 402).

Genel anlamda “ilgi” veya uygunluk (relevancy) kriteri, ileri sürülen bir delilin, davada görülen ihtilafli vakıalara uygunluğunu belirtmek için kullanılan bir kavramdır⁸⁸⁹. Bu çerçevede; “ilgi” kavramı, ileri sürülen delil ile yargılamanın sonuca bağlanması açısından önemli olan vakıalar arasındaki ilişkiyi ifade etmektedir⁸⁹⁰. Bir başka ifadeyle davanın sonuca bağlanması için ispatlanması gereken vakıalar ile yargılamada ileri sürülen delil arasındaki uygun bağlantıyı belirtmek için kullanılan ifade, ilgi kavramının karşılığıdır.

Federal Delil Kanunu’nun 401. maddesi uyarınca bir delilin “ilgili” kabul edilebilmesi için iki unsur ihtiva etmesi gerekir. Birinci unsur; ileri sürülen delilin bir vakıanın varlığını veya yokluğunu, olumlu veya olumsuz yönde, “muhtemel gösterme kabiliyetidir” (eğilimidir) (FDK m. 401). Bu çerçevede, delil ileri sürülmeden önceki aşama ile delil ileri sürüldükten sonraki aşama karşılaştırıldığında bir vakıanın varlığı olumlu veya olumsuz şekilde etkilenebilecek ise ileri sürülen delil ilgi kriterini karşılamış sayılır. Aksi takdirde delil “ilgisiz” olarak kabul edilir ve yargılama dışında bırakılır. İkinci unsur ise delilin “muhtemel gösterme kabiliyeti”nin konusuyla ilgilidir. Buna göre delil ancak “dava konusu vakıaları” muhtemel gösteriyorsa, ilgi kriterini karşılayabilmektedir. Buna karşılık ileri sürülen delil, dava konusu vakıalara ilişkin değil ve bu anlamda da davanın karara bağlanmasında bir etkiye sahip değilse, ileri sürülen delil ilgisiz olarak kabul edilir ve yargılamanın dışında bırakılır (FDK m. 401).

Sonuç olarak; davanın sonuca ulaştırılmasını sağlayacak vakıaların varlığını daha muhtemel veya daha az muhtemel gösterme yeteneğine az veya çok (eğilimine) sahip delil, ilgili delil olarak tanımlanabilir (FDK m. 401). Bir başka ifadeyle ilgili delil, karar vericilerin maddi vakıaların varlığı hakkındaki hükümlerini olumlu veya olumsuz yönde etkileyebilme kabiliyetine sahip delildir⁸⁹¹.

“İlgi” kriterinin varlığının ispatı, delili ileri süren bir başka ifadeyle delilin kabul edilmesi sonucunda ortaya çıkan durumdan menfaati olan tarafa aittir⁸⁹². Diğer taraf, bu ilginin yok olduğunu ve bu nedenle delilin kabul edilemeyeceği yönünde itirazlarda bulunabilmektedir. Mahkeme tarafları dinledikten sonra “ilgi” kriterinin varlığına veya

⁸⁸⁹ Daubert v. Merrel Dow Pharmaceuticals, 509 U.S. 579 (1993).

⁸⁹⁰ Weinstein/Berger, 2011: 6-2.

⁸⁹¹ Weinstein/Berger, 2011: 6-8.

⁸⁹² Matson vd., 2005: 6

yokluğuna ve bunun sonucu olarak delilin kabul edilip edilmeyeceğine karar vermektedir⁸⁹³. Ancak verilecek karar, delilin doğruluğu ve ikna gücü ile ilgili değildir. Bu kararlar delilin karar vericiler tarafından dinlenip dinlenmeyeceği hükme bağlanmış olmaktadır⁸⁹⁴.

Belirttiğimiz üzere bütün diğer deliller gibi bilirkişi delilinin de kabul edilebilmesi için “ilgi” kriterini, bu anlamda da yardımcı olabilme kriterini karşılaması zorunludur⁸⁹⁵. Bilirkişi görüşü, dava konusu vakıalarla doğrudan bağlantılı ve onlara uygun (fit) olmalıdır⁸⁹⁶. Zira ancak dava konusu olaylarla bağlantılı olan bilirkişi görüşünün, uyuşmazlıkların çözümünde karar vericilere yardımcı olabileceği belirtilmektedir⁸⁹⁷. Örneğin, dava konusu bir meselenin çözümünde havanın karanlığının önem arz ettiği durumlarda vakıanın gerçekleştiği günde Ay’ın durumunu gösteren bilirkişi delili karar vericilere yardımcı olabilecek nitelikteyken, ilgili kişinin belirtilen gecede mantıksız şekilde hareket edip etmediğine karar vermek için olayın geçtiği gecede dolunayın olduğunu gösteren bilirkişi delili karar vericilere yardımcı olabilecek nitelikte değildir⁸⁹⁸. Bu çerçevede davadaki meselelerle bağlantılı olmayan bilirkişi delili “ilgisiz (irrelevant) olmasından dolayı karar vericilere yardımcı olabilecek nitelikte sayılmaz⁸⁹⁹. Ancak kanaatimizce, diğer delillere nazaran, bilirkişilik bakımından ilgi kriteri birtakım farklılıkları ihtiva eder. Bu farklılığın temelinde ise bilirkişinin yargılamaya dâhil edilme amacı yatmaktadır. Zira yardımcı olabilme kriterine göre; bilirkişi, bir vakıanın karara bağlanması yahut bir delilin anlaşılmasında karar vericilere yardımcı olabilecek ise

⁸⁹³ Weinstein/Berger, 2011: 6-9. Ancak her yargı kararı gibi mahkemenin bu kararı da keyfilikten uzak olmalıdır. Hâkimin takdir hakkını yanlış kullandığı durumlarda, bir üst mahkeme, yapılan bu değerlendirmenin yanlış olduğuna karar verebilmektedir. Age: 6-10.

⁸⁹⁴ Matson vd., 2005: 6.

⁸⁹⁵ McLain, 2009: 1; Lancaster ve Capozzola, 2010: 339; Cwik ve Hutchinson, 2008: 121. Örneğin, davalının yanında çalışan işçinin, davacının üzerine kahve dökmesi nedeniyle açılan bir davada; davacı çok sıcak olduğu için kahvenin tasarımı kusuru ihtiva ettiğini iddia etmiştir. Davacı, kahvenin 150 derece yerine 180 derece olduğu durumlarda termal yanık riskinin daha fazla olduğunu ileri süren biyomekanik mühendisinin ifadesini bilirkişi delili olarak yargılamada kullanmak istemiştir. Mahkeme, bilirkişi ifadesinde belirtilen unsurların uyuşmazlıkla ilgili olmadığını belirtmiştir. Bilirkişi ifadesinde yer almamakla beraber mahkemeye göre asıl sorun; daha soğuk bir kahve değişikliğinin (modification) yapılıp yapılamayacağı ve böyle bir şeyin mümkün olması halinde bu değişikliği yapmayan davacının makul sayılıp sayılmayacağıdır. Bu anlamda mahkemeye göre sıcak sıvının insan derisi üzerindeki etkisini inceleyen bilirkişi delili, bilimsel geçerliliğe sahip olsa da bu dava için uygun değildir. Bkz. Garlinger v. Hardee’s Food Systems, Inc., 16 Fed. Appx. 232 (4th Cir. 2001). Kararın ilgili bölümü için bkz. Faigman vd., 2008: 24.

⁸⁹⁶ Lancaster ve Capozzola, 2010: 49, 339. Bir operatörün, forklifti bir rampadan indirirken düşüp ölmesi sonucunda operatörün eşi tarafından açılan diğer bir davada; davacı bilirkişisi, forkliftin operatör sınırlama (emniyet) sistemi olmadığı için kusurlu olduğunu iddia etmiştir. Güvenlik yontecisi olan bilirkişi kazayı incelemiş ve forkliftin neden kusurlu olduğunu gösteren bir simülasyon hazırlamıştır. Mahkeme simülasyonda, vakılardan farklı olarak, operatörün bulunmadığını, çatalın yüksekliğinin dikkate alınmadığını, forkliftin geri gitmediğini, forkliftin hızının taklit edilmeye çalışılmadığını belirterek, simülasyondan gelen delilin, dava konusu vakıalara uymadığına (not fit), bu sebeple de kazanın nasıl gerçekleştiğinin tespit edilmesi bakımından karar vericilere yardımcı olamayacağına karar vermiştir. Habecker v. Clark Equipment Company 36 F. 3d 278 (3d Cir. 1994). Kararın ilgili bölümleri ile benzer kararlar ve açıklamalar için bkz. Cwik ve Hutchinson, 2008: 122 vd. Benzer davalar için bkz. Saltzburg vd., 2011: 702-166 vd.

⁸⁹⁷ Lancaster ve Capozzola, 2010: 49.

⁸⁹⁸ Daubert v. Merrel Dow Pharmaceuticals, 509 U.S. 579 (1993).

⁸⁹⁹ Daubert v. Merrel Dow Pharmaceuticals, 509 U.S. 579 (1993).

yargılamaya dâhil edilmektedir. Bu sebeple, ileri sürülen delil ile vakıa arasındaki bağlantıyı gösteren klasik “ilgi” kriteri, bilirkişilik bakımından delillerin anlaşılmasında yardımcı olmayı kapsayacak nitelikte geniştir⁹⁰⁰. Bir başka deyişle; bilirkişilik bakımından “ilgi” kriterinin karşılığı olan “yardımcı olabilme kriteri”, bütün deliller için aranan klasik “ilgi” kriterinden daha geniş kapsamlı bir kavramdır. Nitekim doktrinde yardımcı olabilme kriteri ile “ilgi” kriterinin birbirine oldukça benzediğini ancak her durumda bu iki kriterin aynı olamayabileceğini ileri süren görüşler de bulunmaktadır⁹⁰¹.

Kural olarak “ilgili” olarak değerlendirilen her delil, kabul edilebilir bir delildir. Ancak Anayasa’da, Kongre tarafından çıkartılan Kanunlar’da, Federal Delil Kanunu’nda veya “Supreme Court” kararlarında bu durumun bir istisna öngörölmüşse, “ilgili” olarak kabul edilen deliller dahi yargılama dışında bırakılabilmektedir (FDK m. 402).

Federal Delil Kanunu’nun 403. maddesi, temel kuralın en önemli istisnalarından birini oluşturmaktadır⁹⁰². Bu düzenlemeye göre, bir delilin ileri sürülmesi yargılama açısından

⁹⁰⁰ Bu anlamda FDK’nun 702. maddesinde ifade edilen “vakıaların karara bağlanmasına yardımcı olabilme” unsuru bütün deliller bakımından geçerli olan klasik “ilgi” kriterini karşılarken diğer delillerin anlaşılmasına yardımcı olma unsuruyla klasik “ilgi” kriterinin ötesine geçilmiş olur. Bilirkişi bakımından ilgi kriterinin karşılanması noktasında iki unsurdan bir tanesinin gerçekleşmesi yeterlidir. Bir başka ifadeyle bilirkişi davanın çözülmesinde önemli kabul edilen vakıaların varlığını veya yokluğunu muhtemel gösterme kabiliyetine sahip olmasa dahi eğer diğer delillerin anlaşılmasında karar vericilere yardımcı olabilecek nitelikteyse “ilgili” olarak kabul edilebilecektir. Bu açıdan, Federal Delil Kanunu, bilirkişi açısından ilgi kriterini sadece delil ile vakalar arasındaki ilişkiyle sınırlandırmamıştır.

⁹⁰¹ Park vd., 2011: 545.

⁹⁰² Orenstein, Aviva, 2014. Relevance, s. 2-3. Federal Delil Kanunu 403. maddesinin yanında kamu düzenin korunması ve bazı sosyal politikaların uygulanması amacıyla, “ilgili” olarak değerlendirilen birtakım delillerin de yargılama dışında tutulabilmesine olanak tanımıştır. Bu amaçla konulmuş kurallar, FDK’nın 404 ile 412. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Esasen bu kurallar uyarınca “ilgili” olarak kabul edilen delillerin yargılama dışında tutulması, özel hükümlere ihtiyaç duyulmadan FDK’nun 403. maddesiyle de gerçekleştirilebilirdi. Ancak bu tür durumlarda Kanun, adeta karineler öngörmüş ve delilin getireceği sakınca ile delilin ispat gücü arasındaki yapılacak karşılaştırmayı kendi yaparak hâkimin takdir hakkını kısıtlamıştır (Orenstein, Aviva, 2014. Other Relevance Rules, s. 1.) Bu kurallar değerlendirilirken Amerikan sisteminin temel özelliklerinden olan jüri yargılamayı dikkate almak gerekir. Zira aşağıda belirtilen kurallar, bir şekilde ilgili olarak kabul edilen delilin birtakım amaçlarla jüri tarafından duyulmasını engellemektir. Türk hukuk öğretisi bakımından ilk bakışta garip karşılanabilecek ve zaten böyle olması gereklidir denilebilecek bu kurallar, sıradan insanların yanlış, ön yargılı ve yanlış karar almalarını önlemek amacıyla düzenlenmiştir. (Orenstein, Aviva, 2014. Character, s. 2). Bu kurallara genel olarak değinmek Amerikan delil sisteminin nasıl işlediğine ışık tutabileceği için bu hükümler hakkında kısa açıklamalar yapmakta yarar görüyoruz. Örneğin, Fedearal Delil Kanunu’nun 404. maddesi uyarınca; bir kişinin karakter özellikleri veya eğilimi belirli bir durumda ilgili kişinin bu karakter özelliklerine veya eğilimine göre hareket ettiğini ispatlamak için kullanılamaz (FDK m. 404 (a)(1). Örneğin, bir kazada sürücünün dikkatsiz bir şekilde araba kullandığını ve bu nedenle muhtemelen kazanın bu dikkatsizlik nedeniyle oluştuğunu ispatlamak için şoförün genelde de dikkatsiz araç kullandığına dair deliller ileri sürülemez (Orenstein, Aviva, 2014. Character, s. 1). Aynı şekilde bir kişinin işlediği suçlar, yaptığı yanlışlar veya hareketler, bu kişinin benzer fiilleri işlemeye meylinin olduğunu ve bu nedenle benzer fiilleri tekrar işleyebileceğini göstermek için kullanılamaz (FDK m. 404 (b)(1). Örneğin bir kişinin daha önce alkollü araç kullanırken yakalanması onun dava konusu olayda da muhtemelen alkollü bir şekilde araç kullandığını ispatlamak veya desteklemek için kullanılamaz (Orenstein, Aviva, 2014. Character, s. 1). Bunun gibi Federal Delil Kanunu’nun 407. maddesi uyarınca bir zararın veya yaralanmanın meydana gelmesinden sonra alınan iyileştirici veya önleyici tedbirler kural olarak, bu önlemi alan kimsenin kusurlu olduğunu veya kötü yönetim sergilediğini veya ürünün hatalı olduğunu göstermek için delil olarak kullanılamaz. Medeni yargılama hukuku bakımından bu kural özellikle ürün sorumluluğundan doğan davalar bakımından önem arz etmektedir. Örneğin; davacının, davalıya ait bir mekânın merdivenlerinde kayıp düştüğünü ve gerekli merdiven parmaklıklarının yaptırılmadığı gerekçesiyle

önemli sakıncaların ortaya çıkmasına sebebiyet veriyorsa ve bu sakıncalar delilin ispat gücüyle karşılaştığında oldukça baskın geliyorsa “ilgi” kriterini karşılayan deliller dahi mahkeme tarafından kabul edilmeyebilir⁹⁰³. Federal Delil Kanunu’nun 403. maddesine göre; haksız önyargı oluşması, konuların karıştırılması veya jürinin yanlış yönlendirilme tehlikesi, delilin ispatlayıcı değerinden oldukça üstün geliyorsa mahkeme “ilgili” olarak nitelendirilebilecek delili yargılama dışında bırakabilir. Aynı şekilde gereksiz zaman kaybı veya kuvvetlendirici delillerin gereksiz sunulması gibi sakıncalar, delilin ispatlayıcı

mekân sahibine dava açtığını kabul ettiğimiz bir durumda, davalının kazadan sonra merdiven parmaklıklarını yaptırmayı kazanın ve yaralanmanın meydana gelmesinde davalının kusurlu olduğunu veya kötü yönetim gösterdiğini ispat için kullanılamaz (Orenstein, Aviva, 2014. Other Relevance Rules, s. 1-2.) Aynı şekilde bir kazanın veya yaralanmanın meydana gelmesinde sonra park alanındaki ışıktandırmanın arttırılması, ürün dizaynının değiştirilmesi veya hatalı ürünlerin geri çağırılması, bu madde kapsamındaki önlemler arasında sayılabilir. Orenstein, Aviva, 2014. Other Relevance Rules, s. 2.). Bu istisnanın düzenlenmesinin temel amacı, davalının kendi aleyhine delil oluşabilir endişesiyle gerekli veya ek güvenlik tedbirlerini almasından geri kalmamasını sağlamaktır. Ancak belirttiğimiz üzere; bu tür deliller ancak davalının kusurunu veya kötü yönetim gösterdiğini ispat etmek için kullanılamaz. Buna karşılık zararı meydana getiren şeyin mülkiyetinin davalıya ait olduğu veya bu şeyin davalı tarafından kontrol edildiği, bu tür delillerle ispat edilebilir. Federal Delil Kanunu’nun 408. maddesi uyarınca, uzlaşma (sulh) teklifleri veya anlaşmaları veya da sulh müzakerelerinde kullanılan ifadeler genel olarak ihtilaflı vakıanın veya miktarın ispat için delil olarak kabul edilemez. Örneğin; A’nın aralarındaki sözleşmenin ihlal edilmesinden dolayı B’ye karşı 100.000 Dolarlık bir dava açtığını kabul ettiğimiz bir durumda; A, B’nin kendisine sözleşmeden dolayı borçlu olduğunu göstermek (ve dolayısıyla kendi iddiasının doğru olduğunu ispat etmek) için B’nin kendisine daha önce 50.000 dolarlık bir uzlaşma teklifi yaptığına dair delil FDK’nun 408. maddesi uyarınca kabul edilemez. Bu maddenin temel düzenleme amacı, toplumda uzlaşmayı teşvik etmektir (Orenstein, Aviva, 2014. Other Relevance Rules, s. 4.) Taraflar bu düzenlemeyle ileride aleyhlerine delil olabilir endişesiyle uzlaşmaya çalışmaktan veya uzlaşma teklifi yapmaktan çekinmemektedir. Böylece taraflar arasındaki uyuşmazlığın sulh ile çözümlenmesine çalışan ve sosyal açıdan faydalı bir hareket içinde olan tarafın cezalandırılması da önlenmektedir (Orenstein, Aviva, 2014. Other Relevance Rules, s. 4.). Federal Delil Kanunu’nun 409. maddesi de uyuşmazlıkların yargılamaya taşınmasını engellemek amacıyla benzer bir istisna düzenlemiştir. Buna göre yaralanma nedeniyle oluşabilecek doktor veya hastane masraflarının ödenmesinin taahhüt veya teklif edilmesine ilişkin deliller, sırf bu haliyle teklif edenin sorumluluğunun ispatı için kullanılamaz (Orenstein, Aviva, 2014. Other Relevance Rules, s. 5). Buna karşılık bu tür bir beyan aynı zamanda hatanın ve kusurun ikrarını da içeren ifadeler içeriyorsa bu durumda bu delil davalının kusurunu ispat için kullanılabilir. Bu hüküm özellikle sigorta şirketleri açısından önemlidir. Bu maddeyle, bu tür ödemelerin teşvik edilmesi amaçlanmaktadır (Orenstein, Aviva, 2014. Other Relevance Rules, s. 5). Federal Delil Kanunu’nun 410. maddesi ceza davaları bakımından bir istisna düzenlemektedir. Bu madde, savcı ile sanık arasında yapılan ve “plea bargain” olarak adlandırılan anlaşma görüşmelerindeki ifadelerin delil olarak kullanılabilmesi ve kullanılamayacağı durumları düzenlemektedir. Oldukça kapsamlı olan bu maddenin detaylarına çalışmamız kapsamında olmadığı için girmiyoruz. Ancak bu maddenin 408. madde de olduğu gibi uzlaşma görüşmelerinin rahatlık içinde yapılmasına ve taraflar arasındaki uzlaşma olasılığının artırılması amacına hizmet ettiğini belirtmek gerekir (Orenstein, Aviva, 2014. Other Relevance Rules, s. 5). Federal Delil Kanunu’nun 411. maddesi sorumluluk sigortalılarının delil olarak kabul edilemeyeceği durumları düzenlemektedir. Buna göre sigortalı tarafın ihmalkâr veya kusurlu hareket ettiğini ispat etmek için sorumluluk sigortası delil olarak kullanılamaz. Zira öncelikli olarak sigortanın sorumlulukla ilgisi kuşkuludur. Diğer taraftan böyle bir delilin ileri sürülmesi karar vericilerde haksız bir önyargının oluşmasına neden olabilir. Örneğin, davalının sigortalı olduğunu öğrenen jüri üyelerinin, davalıyı sorumlu olarak kabul etmeleri çok daha muhtemeldir. Çünkü jüri üyeleri davacıya acıyarak böyle bir yardım olmadan büyük sıkıntılar çekebileceğini düşünebilecekleri gibi, davalının sorumlu olarak ilan edilmesinin de davalıya bir zarar getirmeyeceği düşünebilirler. Nitekim böyle bir durumda masraflar büyük bir zenginliğe sahip olan sigorta şirketleri tarafından ödenecektir. Ancak belirtmek gerekir ki; FDK’nun 411. maddesinin kapsamı, sigortalının ihmalinin veya kusurunun ispatı ile sınırlıdır. Bu nedenle, bu delilin sunulması bir şeyin mülkiyetinin veya kontrolünün kime ait olduğunu ispatı veya da bir tanığın taraflı olduğunun gösterilmesi gibi diğer amaçlar bakımından kabul edilebilir niteliktedir (Orenstein, Aviva, 2014. Other Relevance Rules, s. 6).

⁹⁰³ Weinstein/Berger, 2011: 6-22.

değerinden oldukça baskın ise, “ilgili” delil hâkim tarafından yargılamaya dâhil edilmeyebilir (FDK m. 403).

Bu çerçevede haksız ön yargı oluşturacak delili, davadaki vakılardan kaynaklı olmayan bir nedenden dolayı karar vericilerin bir taraftan nefret etmesine veya da bir tarafa haksız sempati beslemesine neden olabilecek, bu anlamda da varılacak kararı objektiflikten çıkarıp sübjektif hale dönüştürebilecek delil olarak açıklamak mümkündür⁹⁰⁴. Bu tür deliller, çeşitli nedenlerle örneğin jüri üyelerinin dehşete kapılmasını sağlayarak veya onlarda cezalandırma isteği oluşturarak karar vericilerin, taraflardan birine ön yargılı bir şekilde olumsuz bakmasına sebebiyet veren veya aksine dinsel, ırksal, mezhepsel veya taraflardan birinin cinsiyeti gibi sebeplerle ön yargılı bir şekilde taraflardan birine şefkat veya sevgi beslenilmesine neden olabilecek delillerdir⁹⁰⁵. Sakıncalı olarak kabul edilecek diğer bir delil türü ise karar vericilerin zihnini karıştırabilecek veya onları yanlış yönlendirebilecek delillerdir. Bu tip deliller, ilgi kriterini sağlamasına rağmen jüri üyelerinin davadaki esaslı noktaları veya vakıları yanlış anlamasına neden olabilecek delillerdir⁹⁰⁶. Son olarak ise yüzeysel veya daha önce ileri sürülen delillerden farklı ve yeni bir hususu ispat etmeyen, buna karşılık mahkemenin başta zaman olmak üzere bütün kaynaklarının gereksiz yere harcanmasına neden olan deliller sakıncalı delil olarak kabul edilmektedir⁹⁰⁷.

Yukarıda “ilgili” delillerin yargılama dışında bırakılmasını sağlayan istisnai düzenlemeler açısından yapılan açıklamalar bilirkişi delili için de geçerlidir. Özellikle Federal Delil Kanunu’nun 403. maddesinde belirtilen sakıncalar, bilirkişinin ispat gücüyle karşılaştırıldığında oldukça baskın geliyorsa ilgili olarak kabul edilen bilirkişi delili dahi yargılama dışında bırakılabilir⁹⁰⁸. Bu sebeple, jüri üyelerini yanlış yönlendirebilecek veya onlarda haksız bir önyargı oluşmasını sağlayacak bilirkişi delili, ilgi kriterini karşılasa dahi yargılama dışında bırakılabilir. Aynı şekilde benzer hususlar hakkında birçok uzmanın yargılamaya dâhil edilmesi mahkemenin gereksiz yere meşgul edilmesine neden olabilecekse, hâkim ileri sürülen bilirkişilerden bazılarının dinlenilmemesine karar verebilir (FDK m. 403)⁹⁰⁹.

Unutulmamalıdır ki, hâkimin bu noktada yapacağı değerlendirme ve alacağı karar, yukarıda sayılan sakıncalarla, ileri sürülen delilin ispat gücü (probative value) arasında

⁹⁰⁴ Orenstein, Aviva, 2014. Relevance, s. 3.

⁹⁰⁵ Weinstein/Berger, 2011: 6-25,26.

⁹⁰⁶ Orenstein, Aviva, 2014. Relevance, s. 3.

⁹⁰⁷ Orenstein, Aviva, 2014. Relevance, s. 3.

⁹⁰⁸ Mueller ve Kirkpatrick, 2007: 796; Baker, 1992: 337; Lancaster ve Capozzola, 2010: 339-340; Sidak, 2013: 385-386; Cwik ve Hutchinson, 2008: 125.

⁹⁰⁹ Lancaster ve Capozzola, 2010: 340; Mueller ve Kirkpatrick, 2007: 796.

yapılacak karşılaştırmanın neticesinde ortaya çıkacak sonuca göre belirlenecektir⁹¹⁰. Yoksa sadece delilin birtakım sakıncalara neden olabilecek nitelikte olması veya ispat gücünün zayıf olması kabul edilmeme için yeterli bir neden değildir. Bu çerçevede bir delilin ispat gücü zayıf, ancak sebep olabileceği zaman kaybı veya ön yargı oluşturma gibi sakıncaları da zayıfsa mahkeme delili reddetmemelidir. Aynı şekilde makul bir delilsel değeri olmasına rağmen, dikkate değer sakıncaları da beraberinde getiren delil de reddedilmemelidir⁹¹¹. Bu noktada delilin reddedilmesi; delilin getireceği sakıncaların delilin ispat gücünden, bir başka ifadeyle yargılamaya getireceği yarardan, bu anlamda da bir vakıanın ispatına yapacağı katkıdan önemli ölçüde ağır olduğu durumlara münhasırdır⁹¹². Ayrıca bu noktada yapılacak değerlendirmede hâkim net bir kanaate ulaşamıyorsa, delilin kabul edilmesi yönünde karar vermesi gerekir⁹¹³. Hâkim yukarıda belirttiğimiz üzere birtakım sakıncaları olmasına rağmen kabul edilebilir bulduğu deliller için jüriye gerekli uyarı ve talimatlarda bulunmalıdır.

Bu başlık altında “judicial notice” olarak adlandırılan kurumun da açıklanmasında yarar vardır. Federal Delil Kanunu’nun 201. maddesi uyarınca bazı vakıaların taraflarca ispatlanmasına gerek olmayabilir. Mahkeme kendi yargı çevresi içinde genel olarak bilinen vakıalar ile doğruluğu açık bir şekilde sorgulanmayan kaynaklardan kesin ve kolay bir şekilde tespit edilebilen vakıalar hakkında delil gösterilmesini beklemeden bir karar verebilir [FDK m.201 (b)(1-2)]. Bir başka ifadeyle bu tür vakıaların taraflarca delil göstermek suretiyle ispatına gerek kalmaksızın mahkeme ilgili vakıanın varlığı hakkında bir kanaat edinebilir. Böyle bir durumda mahkeme, jüri üyelerinden ileri sürülen vakıanın doğruluğunu varsayarak bir karar almalarını ister⁹¹⁴. Kanaatimizce, bu tür vakıalar hakkında delil gösterilmesine ihtiyaç duyulmamasının sonucu olarak da böyle vakıaların ispatı için bilirkişi delili dinlenilmesine de gerek yoktur. Bunun yanında mahkeme bilirkişi tarafından ileri sürülen bir görüşün gerekçesi olan bir vakıa hakkında bu tür bir karar verebilir. Bu anlamda bilirkişinin doğru olduğunu ileri sürdüğü vakıa, mahkemenin böyle bir karar alması halinde doğru olarak kabul edilir⁹¹⁵.

⁹¹⁰ Weinstein/Berger, 2011: 6-19.

⁹¹¹ Orenstein, Aviva, 2014. Relevance, s. 3.

⁹¹² Weinstein/Berger, 2011: 6-22; Orenstein, Aviva, 2014. Relevance, s. 3.

⁹¹³ Weinstein/Berger, 2011: 6-23.

⁹¹⁴ Bronstein, 2012: 111.

⁹¹⁵ Bronstein, 2012: 112.

2.3.2.3. Bilirkişiyeye Başvurulacak Konunun Bilimsel, Teknik veya Diğer Bir Özel Bilgiye İlişkin Olması

Amerikan yargılamasında, karar verici konumunda hem hâkim hem de jüri üyeleri bulunmaktadır. Hâkim, hukuki meselelerin karara bağlanmasında yetkiliyken, jüri üyeleri vakıalara ilişkin sorunların çözümünde yetkilidir. Hâkim, olaya uygulanacak kuralları belirler, hukuki meseleleri çözer ve hukuk kurallarının olaya nasıl uygulanması gerektiği noktasında jüri üyelerine talimatlar verir. Buna karşılık jüri, taraflarca iddia edilen vakıaların varlığı veya yokluğu hakkında karar verir ve hâkim tarafından belirlenen hukuk kurallarının olaya uygulamasını gerçekleştirir⁹¹⁶. Konumuzla bağlantılı olarak gerek hâkim gerekse de jüri üyeleri karar verme sürecinde yardıma ihtiyaç duyabilir. Bilirkişinin karar vericilerin yetkisini gasp etmeden, görev sınırları içinde belirtilen yardımı nasıl sağlayabileceğini, her bir karar verici bakımından ayrı ayrı değerlendirmek gerekir. Bu değerlendirme yapılırken gerek geleneksel ortak hukuk prensiplerini gerekse de güncel Federal Delil Kanunu’nun 702. maddesi uygulamasının karşılaştırılması konunun dahi iyi anlaşılması açısından önemlidir.

2.3.2.3.1. Bilirkişiyeye Başvurulacak Konunun Ortalama Bir Jüri Üyesinin Anlama ve Karar Verme Kapasitesini Aşması

Geleneksel ortak hukuk kurallarına (common law) göre, bilirkişi delilinin kabul edilebilir olması için, bilirkişiyeye başvurulacak konunun jüri üyelerinin anlama ve karar verme kapasitesini aşması gerekmektedir⁹¹⁷. Bu çerçevede, ortalama bir jüri üyesi tarafından kavranabilecek hususlar için bilirkişiyeye gidilmemesi gerektiği ifade edilmektedir⁹¹⁸. Esasen bu kural, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda belirtilen ve özel bilginin karşıtı olarak ifade edilen “genel bilgi” kavramının Amerikan hukukundaki yansımasıdır. Ortalama bir jüri üyesinin anlama kapasitesinden maksatsa, ortalama bir insanın genel bilgisi ve tecrübesidir (common knowledge)⁹¹⁹. Örneğin, güçlü bir uyuşturucu etki yapan ilacı hastaya tavsiye etmek için sadece iki veya üç dakikalık muayenenin profesyonel bir uygulama olmadığının anlaşılması için bilirkişiyeye gidilmesine gerek yoktur⁹²⁰. Zira bu husus herkes tarafından bilenebilecek, bu anlamda da jüri tarafından değerlendirilebilecek bir durumdur. Ancak belirtmek gerekir ki; bir hususun jüri üyesinin anlama kapasitesi içinde kalıp kalmadığının tespiti her zaman için kolay değildir⁹²¹. Zira bu husus çoğu zaman subjektif olup, ortalama bir insanın genel bilgisini

⁹¹⁶ Lancaster ve Capozzola, 2010: 16.

⁹¹⁷ Baker, 1992: 328-329; Giannelli, 2013: 328-329.

⁹¹⁸ Hutchinson, 2012: 4.

⁹¹⁹ Weissenberger ve Duane, 2011: 451.

⁹²⁰ United States v. Armstrong, 550 F3d. 382, 388-389 (5th Cir. 2008) Karar için bkz. Weinstein/Berger, 2011: 13-7. dpn. 18.

⁹²¹ Weinstein/Berger, 2011: 13-7.

belirlemek için ortaya konulabilecek net kriterler mevcut değildir. Bu nedenle, hangi hususun ortalama bir insan bilgisi kapsamında kaldığının tespiti, her bir dava bakımından ayrı ayrı değerlendirme yapmayı gerektirmektedir.

Öte yandan doktrindeki bir görüşe göre “ortalama jüri üyesi” kriteri, Federal Delil Kanunu’nun 702. maddesinde belirtilen “yardımcı olabilme” kriteri ile de uyuşmamaktadır⁹²². Bu görüşte olan yazarlara göre Federal Delil Kanunu’nun 1975 yılında yürürlüğe girmesiyle birlikte bilirkişiye başvurmak için kullanılan “sıradan insan (jüri üyesi)” kriteri, yerini “karar vericilere yardımcı olabilme” kriterine bırakmıştır⁹²³. Federal Delil Kanunu’nun 702. maddesine göre; bilirkişi delili, bir vakianın karara bağlanmasında veya bir delilin anlaşılmasında karar vericilere yardımcı olabildiği müddetçe, diğer unsurlar da dikkate alınarak yargılamaya kabul edilebilir (FDK 702). Bu düşünceye göre, jüri üyelerinin genel tecrübelerine göre çözülebilecek bazı davalarda dahi bilirkişi özel bilgisiyle karar vericilere yardımcı olabilecektir⁹²⁴. Zira her ne kadar uyuşmazlık konusu mesele jüri üyelerinin anlama kapasitesi içinde kalsa da, bilirkişi sağlayacağı bilgi ile jüri üyelerinin daha derin ve kesin bir bakış açısı elde etmesini sağlayabilir⁹²⁵. Bu görüşü özetleyen bir mahkeme kararına göre; bilirkişi ilgili meselede jüriye yardımcı olabilecek özel bilgiye sahip olduğu müddetçe, bilirkişiye başvurulacak konunun ortalama bir jüri üyesinin algılama kapasitesi içinde kalması, bilirkişi delilinin yargılama dışında bırakılmasını gerektirmez. 702. madde uyarınca tespit edilmesi gereken; jüri üyelerinin ilgili konuda bir şey bilip bilmediği değil, bilirkişi görüşü ile jüri üyelerinin ilgili konudaki anlayışlarının uygun bir yolla genişletilip genişletilemeyeceğidir⁹²⁶. Sonuç olarak, bu anlayışa göre önemli olan; bilirkişi görüşünün, olayların veya delillerin anlaşılmasında jüri üyelerinin bakış açılarını zenginleştirip zenginleştirmeyeceğidir⁹²⁷. Dolayısıyla böyle bir katkıda bulunmayan, tamamen genel bilgi (common knowledge) kapsamında kalan bilirkişi görüşleri gereksiz olduğundan karar vericilere de yardımcı olamayacaktır⁹²⁸. Buna karşılık, normal bir kişinin bilgi alanının ötesinde

⁹²² Weinstein/Berger, 2011: 13-7.

⁹²³ Giannelli, 2013: 328; Baker, 1992: 329; Broun vd., 2013: 91; Weinstein/Berger, 2011: 13-7.

⁹²⁴ Weissenberger ve Duane, 2011: 453; Weinstein/Berger, 2011: 13-7-8; Broun vd., 2013: 91-92.

⁹²⁵ Weissenberger ve Duane, 2011: 452-343.

⁹²⁶ Coble v. State, 330 S.W.3d 253, 288 (Tex. Crim. App. 2010). Kararın ilgili bölümü için bkz. Giannelli, 2013: 329, dpn: 9.

⁹²⁷ Broun vd., 2013: 91.

⁹²⁸ Weissenberger ve Duane, 2011: 453-454, Imwinkelried, 2012: 400. Örneğin, bir ceza davasında; insanların hatırlama hata oranlarına ilişkin bilirkişi delili, insanların unutkanlığı jüri üyelerinin genel bilgisi içinde kaldığından ve bu anlamda karar vericilere yardımcı olmayacağından yargılama dışında bırakılmıştır. United States v. Libby 461 Supp. 2d 3 (D.D.V. 2006) Benzer şekilde, bir kayıttaki sesin anlaşılabilir (intelligible) olduğu yönündeki bilirkişi delili; jürinin bu konuda karar vermeye ehil olduğu, bu anlamda da karar vericilere yardımcı olmayacağı gerekçesiyle yargılama dışında bırakılmıştır. United States v. Naegle, 471 F. Supp. 2d 152 (D.D.C. 2007). Kararların ilgili bölümleri ve açıklamalar için bkz. Cwik ve Hutchinson, 2008: 609-610.

veya onu daha güvenilir ve kesin sonuçlara ulaştırabilecek bilirkişi görüşü, gerekli kabul edilerek yargılamaya dâhil edilebilecektir⁹²⁹.

Bu noktada “nihai mesele kuralı” (ultimate issue rule) olarak çevrilebilecek ortak hukukun genel prensibine de değinmek gerekir. Bu prensip uyarınca; bilirkişiler uyuşmazlığın sonucunu belirleyecek meseleler (vakıalar) hakkında görüş bildiremez⁹³⁰. Bu çerçevede, bir mahkeme kararında da belirtildiği üzere davanın tamamı hakkında⁹³¹ yahut ilgili kişinin temyiz kudretine sahip olup olmadığı hakkında (insane) veyahut da davalının davranışının ihmalkâr (negligent) olarak nitelendirilip nitelendirilmeyeceği noktasında bilirkişinin kanaat açıklamasına izin verilemez⁹³². Bu ilkenin ortaya çıkmasının temel sebebi; jüri üyelerinin, uyuşmazlık konusu vakıaları bağımsız olarak analiz etmeksizin, tesirli bilirkişi görüşünü benimseyerek karar almalarını önlemektir⁹³³. Zira böyle bir durumda, hâkim veya jüri üyesinin yetkisi bilirkişi tarafından gasp edilmiş olacaktır⁹³⁴. Ancak doktrindeki genel kanaate göre bilirkişinin nihai meselelere ilişkin görüş açıklaması, hâkim veya jürinin fonksiyonun gasp edilmesi anlamına gelmez⁹³⁵. Zira karar vericiler, tanığın ifadesiyle bağlı değildir⁹³⁶. Bu sebeple, ne kadar nitelikli ve saygıdeğer olursa olsun bilirkişi görüşü karar vericiler tarafından reddedilebilir. Bunun gibi bu kuralın gereksiz derece sınırlayıcı olduğu, bu anlamda da tarafların davalarını sağlıklı şekilde sunmalarını haksız şekilde engellediği ifade edilmektedir⁹³⁷. Aynı şekilde bir ifadenin nihai vakıalara ilişkin olup olmadığı değerlendirilmesinin gereksiz zaman harcayan tartışmalara sebep olduğu belirtilmektedir⁹³⁸. Federal Delil Kanunu da bu görüşlere uygun olarak uyuşmazlığın sonucunu belirleyecek meseleler (vakıalar-ultimate issue) hakkında kanaat bildirimesini engelleyen ortak hukukun genel prensibini kaldırmıştır⁹³⁹. Federal Delil Kanunu’nun 704. maddesi uyarınca: sadece nihai meseleleri içermesinden dolayı bilirkişi görüşüne itiraz edilemez⁹⁴⁰. Dolayısıyla yeni düzenleme uyarınca ilgili bilirkişi görüşünün kabul edilebilirliği incelenirken; bilirkişi görüşünün nihai meselelere ilişkin olup olmadığı değil, onun karar vericilere yardımcı olup

⁹²⁹ Imwinkelried, 2012: 400.

⁹³⁰ Braswell, 1987: 621.

⁹³¹ United States v. Spaulding, 293 U.S. 498, 506 (1935). Kararın ilgili bölümü için bkz. Braswell, 1987: 621, dpn. 10.

⁹³² Slayton, 1963: 151.

⁹³³ Braswell, 1987: 621-622; Bronstein, 2012: 96; Broun vd., 2013: 80.

⁹³⁴ Weissenberger ve Duane, 2011: 474; Giannelli, 2013: 346.

⁹³⁵ Giannelli, 2013: 346.

⁹³⁶ Giannelli, 2013: 346.

⁹³⁷ Broun vd., 2013: 82.

⁹³⁸ Broun vd., 2013: 82.

⁹³⁹ Pollack, 1992: 362.

⁹⁴⁰ Bu kuralın tek istisnası, ceza yargılaması için öngörülmüştür. Buna göre bilirkişi, bir suçun veya cezanın unsurunu oluşturabilecek akıl sağlığına ilişkin bir husus hakkında görüş (kanaat) bildiremez. Bkz. FDK m.704(b).

olamayacağı değerlendirilir (FDK 702)⁹⁴¹. Ancak buna rağmen doktrinde; bir davada nasıl karar verilmesi gerektiği yahut ne kadar tazminatın uygun olduğu yönündeki görüşlerin, nihai mesele kuralına (ultimate issue rule) göre olmasa da Federal Delil Kanunu’nun 403.⁹⁴² maddesi uyarınca yargılama dışında bırakılabileceği belirtilmektedir⁹⁴³. Doktrindeki bir görüşe⁹⁴⁴ göre, nihai meseleler için bilirkişi görüşü dinlenebilmesini olanak tanıyan Federal Delil Kanunu’nun 704. maddesinin temel düzenleme sebebi; iyi bir bilirkişi görüşünün sonucunun sadece nihai meseleleri kapsadığı için dinlenilememesinin karar vericilerde ve özellikle jüri üyelerinde oluşturacağı olumsuz etkiyi gidermektir. Buna göre iyi bir bilirkişi görüşünün sonucu (nihai meselelere ilişkin sonuç) dinlenilmeden sadece temelinin dinlenilmesi, tanıklığın tutarlı bir bütün halinde alınmaması nedeniyle hâkimin veya jürinin verimli karar almasını engelleyecektir. Zira nihai meselelere ilişkin sonuçlar, genellikle tanıklığın diğer bölümleri ile tutarlı bir şekilde bağlantılıdır. Dolayısıyla sonucun, tanıklığın geri kalanıyla birlikte dinlenilmesi karar vericilere daha fazla yardım sağlayacaktır. Aksi durumda ise karar vericiler, tanıklığın bir bölümü ile mutsuz ve kafası karışmış bir şekilde kalabilecektir. Öte yandan bu görüşe göre; 704. madde, nihai olan ve olmayan mesele ayrımının anlaşılabilir nitelikte olmadığını ortaya koymuştur⁹⁴⁵. Nitekim ortak hukuk (common law) zamanında nihai ve nihai olmayan mesele ayrımı yapmaya çalışan yargı kararları objektiflikten uzak, genellikle öngörülemez ve keyfi niteliktedir⁹⁴⁶.

2.3.2.3.2. Hukuki Konularda Bilirkişi Görüşü

Geleneksel ortak hukuk (common law) anlayışına göre Amerikan hukukuna ilişkin meselelerde bilirkişi görüşü dinlenilemez. Zira hâkimin hukuki meselelerde eğitim ve tecrübeyle kazanılmış bir uzmanlığa sahip olduğu kabul edilmektedir⁹⁴⁷. Hâkim, hukukun tamamını bilmek ve hukuki meseleleri çözmekle yükümlü tutulmuştur. Hâkimin zaten bildiği yahut kolaylıkla öğrenebileceği hukuki meselelerde bilirkişi dinlenilmesi ise hâkimin uzmanlık ve yetki alanının ihlal edilmesi anlamına gelir⁹⁴⁸. Hâkim hukuki konuların çözümünde yardıma ihtiyaç duyarsa, bunu bilirkişiden değil, bizzat kendisi ilgili kaynaklardan temin etmelidir⁹⁴⁹. Bu durum, jüri yargılamalarda da değişmez. Jürinin görevi,

⁹⁴¹ Giannelli, 2013: 346-347.

⁹⁴² Bu madde hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. 2.3.2.2. “Yardımcı Olabilme Kriteri”

⁹⁴³ Broun vd., 2013: 81-82.

⁹⁴⁴ Saltzburg vd., 2011: 704-3.

⁹⁴⁵ Saltzburg vd., 2011: 704-3.

⁹⁴⁶ Saltzburg vd., 2011: 704-3.

⁹⁴⁷ Friedland, 1983: 454.

⁹⁴⁸ Friedland, 1983: 453 vd.

⁹⁴⁹ Friedland, 1983: 454-455. Belirtmek gerekir ki; federal mahkemelerde, idari memurların dışında, hukuk fakültelerinden mezun olmuş hukuk kâtipi veya adli kâtip [law(judicial) clerk] olarak adlandırılacak

vakıalar hakkında bir sonuca ulaşmakken, hukuki meselelerin belirlenmesi, çözülmesi ve ilgili hukuk kurallarının olaylara uygulanmasıyla ilgili jüri üyelerine talimat verilmesi hâkimin görev alanındadır⁹⁵⁰. Dolayısıyla hukuki konularda jüri üyelerine bilirkişi görüşü sunulması da aynı nedenlerle gereksizdir⁹⁵¹.

Doktrindeki bir görüşe⁹⁵² göre; Federal Delil Kanunu’nun yürürlüğe girmesiyle birlikte hukuki konularda bilirkişi görüşü alınmasına karşı olan geleneksel ortak hukuk kuralı sarsılmıştır. Bu düşünceye göre, eski sistemde hâkimin hukuku bildiği ve hukuki meselelerde bilirkişinin dinlenmesine gerek olmadığı varsayıldı. Ancak Federal Delil Kanunu herhangi bir ayırım yapmadan karar verme sürecinde hâkime veya jüri üyelerine yardımcı olabilecek herhangi bir delilin yargılamaya dâhil edilmesine olanak tanımaktadır⁹⁵³. Ayrıca Federal Delil Kanunu’nun 704. maddesiyle de hukuki konular dâhil olmak üzere mahkemenin ve jürinin karar vermesi gereken konularda (ultimate issue) bilirkişi görüşünün alınmasına imkân tanınmıştır⁹⁵⁴. Nitekim hâlihazırda özellikle patente ilişkin davalarda federal mahkemeler hukuki meselelere ilişkin bilirkişi görüşlerini yargılamaya dâhil etmektedir⁹⁵⁵. Bu çerçevede bilirkişi delili, patent hukukunun zor sorularının açıklanmasında yahut hukukun karmaşık vakıalara uygulamasında yardımcı olabilecek nitelikteyse, yargılamaya dâhil edilebilir ve uyuşmazlığın çözümünde kullanılabilir⁹⁵⁶.

Bir Yazar’a⁹⁵⁷ göre de hukuki konularda bilirkişi görüşünün alınmasına tamamen karşı çıkmak yanlıştır. Yargılamanın temel amaçlarından olan adalet ve verimlilik, hukuki konularda bilirkişi görüşü alınmasını haklı gösteriyorsa, bilirkişi görüşü yargılamaya dâhil edilmelidir⁹⁵⁸. Bu çerçevede, hâkim her bir dava bakımından değerlendirme yaparak, hukuki meselelere ilişkin bilirkişi görüşünün alınıp alınmamasına karar vermelidir⁹⁵⁹. Özellikle ilgili

memurlar da bulunmaktadır. Bu katipler, diğer idari görevlerinin yanında, hukuki konuların araştırılması, karar taslaklarının yazılması veya yazılmış kararlara redaksiyon yapılması (proofreading) gibi hususlarda mahkemeye yardım sağlayabilmektedir. Bkz. https://oscar.uscourts.gov/duties_of_federal_law_clerks.; Yalabık, 2014: 2155. Ayrıca ilk derece federal mahkemelerde, asıl hakimlerin (district judge) yanında, “magistrate judge” olarak isimlendirilen hakimler de bulunabilmektedir. Bunlar, kanunlarda belirtilen görevler ile federal hakimlerin (district judges) verdiği görevleri yerine getirmektedir. Özellikle duruşma öncesi taleplerin (pre-trial motions) dinlenmesi, uzlaşma veya duruşma öncesi gerçekleşen diğer toplantıların yürütülmesi için görevlendirilebilmektedirler. Ayrıca tarafların rızası ile duruşma, bu hakimler tarafından da yürütülebilmektedir. Bu hakimlerin yaptığı işlemler, özellikle tarafların talebi ile federal hâkim tarafından (district judge) incelenip, kontrol edilebilmektedir. Bkz. <https://www.uscourts.gov/statistics-reports/us-magistrate-judges-judicial-business-2017>; Yalabık, 2016: 68 vd.

⁹⁵⁰ Friedland, 1983: 453-454.

⁹⁵¹ Friedland, 1983: 455.

⁹⁵² Pollack, 1992: 363.

⁹⁵³ Pollack, 1992: 363.

⁹⁵⁴ Pollack, 1992: 363.

⁹⁵⁵ Pollack, 1992: 380.

⁹⁵⁶ Pollack, 1992: 381.

⁹⁵⁷ Friedland, 1983: 452.

⁹⁵⁸ Friedland, 1983: 454-455.

⁹⁵⁹ Friedland, 1983: 452.

konularda sağlıklı ve doğru karar almak için gerekli olan kaynaklara ulaşmak zor veya bu kaynakların güvenilirliği kesin değilse, mahkeme hukuki meseleler için de bilirkişi görüşüne başvurabilir⁹⁶⁰. Yazar bu noktada, yabancı hukuka ilişkin meselelerde bilirkişi görüşü dinlenilmesine izin veren kural ve prensiplere atıf yapmaktadır. Yazar'a göre, yabancı hukuka ilişkin bilirkişi görüşünün dinlenilmesine izin veren düzenlemelerin temel gerekçesi, hâkimin yabancı hukuka ait kaynaklara ulaşmada yaşadığı güçlüklerdir⁹⁶¹. Eğer hâkim yerel hukukun belirsiz (anlaşılmaz) sorunlarına ilişkin kaynaklara veya bunların açık yorumlanmasına ulaşmakta benzer güçlükleri yaşıyorsa bilirkişi deliline başvurulabilmelidir⁹⁶². Bu anlamda yabancı hukuka ilişkin meselelerde olduğu gibi belirsiz yerel hukuka ilişkin konularda da bilirkişi delili en güvenilir kaynak olabilir⁹⁶³. Bunun yanında Yazar'a göre; karmaşık hukuki meseleleri içeren davalarda da ilgili hukukun anlaşılmasına katkı sağlayabilecek bilirkişi delili mahkemeye yardımcı olabilir⁹⁶⁴. Yazar'a göre; geçmiş yıllarda uyuşmazlıkların ve ilgili mevzuatın çok çeşitli ve karmaşık olmamasından dolayı hâkimin hukuki konularda uzman olması daha kolaydı⁹⁶⁵. Buna karşılık son yıllarda yaşanan teknolojik ve ticari gelişmelerin etkisiyle hukukun çok derin ve karmaşık bazı alanlarını kavramak için ilgili konuda uzmanlaşma neredeyse bir zorunluluk haline gelmiştir⁹⁶⁶. Bu gibi zor hukuki konuların çözümü için de hâkim, bilirkişi görüşüne ihtiyaç duyabilir ve bundan yarar sağlayabilir⁹⁶⁷. Yazar'a göre; Federal Delil Kanunu'nun 702. maddesi hukuki konularda bilirkişi görüşü alınmasını engellemektedir⁹⁶⁸. 702. maddeye göre; bir delilin anlaşılmasında veya bir vakıanın karara bağlanmasında bilimsel, teknik veya diğer özel bir bilgi karar vericilere yardımcı olabilecekse ilgili bilirkişi tanıklık yapabilir. Bu bağlamda, 702. madde tanıklığın içeriği bakımından bir sınırlama getirmemekte, aksine tanıklığın işe yararlılığını (yardımcı olabilmesini) ön plana çıkarmaktadır⁹⁶⁹. Dolayısıyla bu madde tarafından benimsenen yaklaşımın, hukuki konularda bilirkişi görüşü alınmasına olanak tanıdığı söylenebilir⁹⁷⁰.

Buna karşılık doktrindeki diğer bir görüşe⁹⁷¹ göre; hukuki konularda bilirkişiye gidilmesini engelleyen ortak hukuk kuralı halen yürürlükte olup, mahkeme bu tür bir bilirkişi

⁹⁶⁰ Friedland, 1983: 456-457.

⁹⁶¹ Friedland, 1983: 457.

⁹⁶² Friedland, 1983: 457.

⁹⁶³ Friedland, 1983: 457.

⁹⁶⁴ Friedland, 1983: 457.

⁹⁶⁵ Friedland, 1983: 457.

⁹⁶⁶ Friedland, 1983: 458.

⁹⁶⁷ Friedland, 1983: 458.

⁹⁶⁸ Friedland, 1983: 463.

⁹⁶⁹ Friedland, 1983: 464.

⁹⁷⁰ Friedland, 1983: 464.

⁹⁷¹ Baker, 1992: 331, 339; Broun vd., 2013: 83; Saltzburg vd., 2011: 702-65,66 s. 704-4; Lancaster ve Capozzola, 2010: 16; Hutchinson, 2012: 4. *Hutchinson*, bilirkişinin hukuki konularda görüş bildiremeyeceğini

delilini yargılama dışında bırakmalıdır. Bu görüşe göre, hukuk ve onun yorumlanmasında yetkili olan tek kişi hâkimdir⁹⁷². 702. madde uyarınca bilirkişinin kabul edilebilir olması için bir vakıanın karara bağlanmasında veya bir delilin anlaşılmasında karar vericilere yardımcı olması gerekir. Ancak bu hüküm, hukuki konularda bilirkişi delili dinlenilmesine izin verecek şekilde geniş yorumlanamaz⁹⁷³. Zira Federal Delil Kanunu'nun 702. maddesi uyarınca bilirkişinin amacı, karar vericilerinin fonksiyonunu elinden almak değil, onlara yardımcı olmaktır⁹⁷⁴. Bu çerçevede bilirkişi, görevini icra ederken hâkim veya jürinin yetkilerini gasp etmemeli, sadece karar verme noktasında onlara yardımcı olmalıdır. Aksi takdirde sunulan bilirkişi raporu, delil olarak kabul edilemez (inadmissible)⁹⁷⁵. Özellikle vakıalara uygulanacak hukuk kuralların belirlenmesi veya bu kurallara işaret edici nitelikte yorumlarda bulunulması bilirkişinin görev sınırını aşması anlamına gelmektedir. Aynı şekilde olaya uygulanacak kanunda, yönetmelikte veya diğer kurallarda kullanılan ifadelerden ne anlaşılması gerektiği de bilirkişinin görev sınırları dışında olup belirtilen hususlar hakkında yetki, karar vericilere aittir⁹⁷⁶. Hatta bu husus bir derece daha ileri götürülmelidir. Bilirkişiler, karar vericileri etkileyebilecek veya yönlendirebilecek nitelikte kanun hükmünün koşul vakıalarını içerecek ifadelerden de kaçınmalıdır. Buna aykırı bilirkişi beyanları ise kabul edilmemelidir⁹⁷⁷. Aynı şekilde taraflar arasındaki sözleşmenin yorumu kural olarak karar vericilere ait olup bu alanda bilirkişiye başvurulmamalıdır⁹⁷⁸. Kural bu olmakla beraber karar vericilerin hiç veya yeterli şekilde anlayamayacağı belirli alan ve sektörlerle ilişkin sözleşmelerin veya bu sözleşmelerde kullanılan teknik ifadelerin anlaşılabilmesi için ilgili alanda tecrübesi veya çalışmaları olan bilirkişilerin dinlenebilmesi mümkün görülmelidir⁹⁷⁹. Öte yandan haksız fiil hukukuna ilişkin özellikle ihmal, kasıt, ortalama makul insandan beklenen davranış gibi kavramların tespiti için de bilirkişi yargılamaya dâhil edilmemelidir⁹⁸⁰.

Mahkeme kararları incelendiğinde ise hukuki konulara ilişkin bilirkişi görüşünün dinlenip dinlenemeyeceği noktasında yeknesak bir uygulamanın bulunmadığı görülmektedir.

kabul etmekle beraber, vakıa ve hukuk ayrımının net olmadığı, bu ikisinin birbirine karışmış olduğu sorunlarda bilirkişinin beyanda bulunabileceğini belirtmektedir. Age: 4.

⁹⁷² Baker, 1992: 362.

⁹⁷³ Baker, 1992: 338.

⁹⁷⁴ Baker, 1992: 336.

⁹⁷⁵ Weinstein/Berger, 2011: 13-5; Lancaster ve Capozzola, 2010: 16.

⁹⁷⁶ Weinstein/Berger, 2011: 13-6,7.

⁹⁷⁷ Weinstein/Berger, 2011: 13-7. Bu görüşün eleştirdiği bir yargı kararında, davacının etnik kökeninden dolayı işyerinde “ayrımcılığa” uğradığına dair bilirkişi görüşünün dinlenmesine izin verilmiştir. Bkz. Torres v. County of Oakland 758 F. 2d. 147,151 (6.th Cir. 1985). Yazarlara göre “ayrımcılık” ifadesi Kanun'un hükmünde yer alan bir ifade olup, bu ifade bilirkişi tarafından kullanılmamalıdır. Ayırmıcılığın bulunup bulunmadığı hususu karar vericilerin takdirinde olan bir husustur.

⁹⁷⁸ Weinstein/Berger, 2011: 13-5,6.

⁹⁷⁹ Weinstein/Berger, 2011: 13-6.

⁹⁸⁰ Weinstein/Berger, 2011: 13-6.

Bazı mahkemeler, hukuki konulara ilişkin bilirkişi görüşünün yargılamaya dâhil edilmemesi gerektiği yönünde kararlar vermektedir⁹⁸¹. Örneğin, bir mahkeme kararına göre; bilirkişinin hukuki konularda görüş bildirmesine izin vermek hâkimin yetki sahasını ihlal edeceği gibi böyle bir bilirkişi görüşü (delil hukuku uyarınca) ilgisizdir (irrelevant)⁹⁸². Başka bir mahkeme kararına göre de her ne kadar Federal Delil Kanunu'nun 704. maddesi karar vericiler tarafından karara bağlanması gereken nihai meseleler (ultimate issue) hakkında bilirkişinin görüş bildirmesine olanak tanımaktaysa da bu maddenin amacı bilirkişinin hukuki sonuçlar hakkında görüş bildirmesine izin vermek değildir⁹⁸³. Diğer bir mahkeme kararına göre ise sadece kanunun anlamını açıklamak için sunulan bilirkişi delili uygun değildir⁹⁸⁴. Aynı yönde bir yüksek mahkeme kararına göre sözleşmede kullanılan bir kelimenin (indemnity) hukuki anlamının tespit edilmesi için bilirkişi görüşünün dinlenilmesi yanlıştır⁹⁸⁵. Bunun gibi esaslı unsurların bulunmaması (lack of essential terms) nedeniyle sözleşmenin uygulanamayacağını (unenforceable) ileri süren bilirkişi delili, hâkimin yetki alanında olan davaya uygulanacak hukuka ilişkin olduğundan mahkeme tarafından yargılama dışında bırakılmıştır⁹⁸⁶. Bir başka mahkeme kararına göre de memurun yanlış davranışlarının makul olup olmadığına dair bilirkişi görüşü, hukuki sonuca ilişkin bir ifade olup, hukuki sonuca ulaşmak mahkemenin yapması gereken bir iştir⁹⁸⁷. Benzer yönde bir mahkeme kararına göre ise hâkim uygulacak hukukun tespiti için tanığın yardımına ihtiyaç duymaz. Bu sebeple hukuki meselelere ilişkin bilirkişi görüşü yargılama dışında bırakılmalıdır⁹⁸⁸. Bunun gibi bir başka mahkeme kararına göre de mevzuatın gereklerini açıklamak için bilirkişi tanıklık yapamaz. Zira mahkemenin özel hukuki bilgisi, bilirkişinin tanıklığını gereksiz kılmaktadır. Böyle bir tanıklığın kabul

⁹⁸¹ Bu yöndeki mahkeme kararları için ayrıca bkz. Lancaster ve Capozzola, 2010: 144 vd.

⁹⁸² Owen v. Kerr-McGee Corp. 698 F.2d 236 (5th Cir. 1983). Kararın ilgili bölümü için bkz. Baker, 1992: 347-348.

⁹⁸³ United States v. Scorp, 846 F. 2d 135 (2d Circuit 1988). Kararın ilgili bölümleri ve açıklamalar için bkz. Saltzburg vd., 2011: 704-5. Yazarlara göre, mahkeme bu kararı ile nihai hukuki sonuçlar ile (ultimate legal conclusions) nihai vakıasal sonuçlar (ultimate factual conclusion) arasındaki farkı ortaya çıkarmaya çalışmaktadır. Ancak mahkemenin bu gayretine rağmen iki sonuç arasındaki ayrım genellikle net değildir. Örneğin, davalının uyuşturucu ticaretinde yönlendirici gibi hareket ettiği yönündeki bilirkişi ifadesi, tehlikeli bir şekilde davalının (sanığın) suçlu olduğu yönünde jüri üyelerine verilen bir talimata dönüşebilmektedir. Bkz. Age: 704-5,6.

⁹⁸⁴ Unites States v. Prigmore, 243 F. 3d 1, 19 n.3 (1st Cir.2001). Kararın ilgili bölümü için bkz. Giannelli, 2013: 331.

⁹⁸⁵ Harbor Insurance Co. v. Continental Bank Corp. 922 F.2d. 357 (7th Cir. 1990). Kararın ilgili bölümü için bkz. Baker, 1992: 349.

⁹⁸⁶ F.H. Krear & Co. v. Nineteen Named Trustees, 810 F. 2d 1250 (2nd Circuit 1987). Karara ilişkin açıklamalar ve benzer davalar için bkz. Saltzburg vd., 2011: 702-224 vd.

⁹⁸⁷ Peterson v. City of Plymouth, 60 F.3d 469, 475 (8th Cir. 1995). Kararın ilgili bölümü için bkz. Giannelli, 2013: 331.

⁹⁸⁸ United States v. Zipkin 729 F.2d. 384 (6th Cir 1984). Kararın ilgili bölümü için bkz. Baker, 1992: 348-349.

edilmesi, dava hakkında karar verme sorumluluğunun mahkemeden tanığa geçmesine neden olur⁹⁸⁹.

Buna karşılık, azınlıkta kalan diğer bazı mahkemeler, bazı şartlar altında hukuki konulara ilişkin bilirkişi delilinin kabul edilebileceği yönünde kararlar vermektedir. Örneğin bir mahkeme kararına göre; sigorta gibi özel endüstrilere ilişkin davalarda hukuki bilirkişi delili, karar vericilere yardımcı olabilecek niteliktedir⁹⁹⁰. Öte yandan mahkemelerin hukuki konulara ilişkin bilirkişi deliline dair tutumlarının, yargılamanın jüri veya jürisiz olmasına göre kısmen değiştiği belirtilmektedir⁹⁹¹. Jüri üyelerinin bulunmadığı davalarda (bench trial), hukuki konularda bilirkişi delili kabul etmenin yargılamaya fazla zarar vermeyeceği, buna karşılık jüri yargılamalarda (jury trial), bilirkişinin hukuki konularda görüş bildirmesinin jüri üyelerinin aklını karıştırabileceği ve mahkeme talimatı yerine bilirkişi görüşünün takip edilebileceği ifade edilmektedir⁹⁹². Buna rağmen jüri yargılamalarda da hukuki meseleler hakkında bilirkişi görüşü sunulabileceğine dair içtihatlar görülmektedir. Örneğin, bir mahkeme kararına göre; hukuki rejimin (mevzuatın) karmaşık olduğu davalarda, mahkeme bu rejimin jüri üyelerine açıklanması için bilirkişi görüşünün yardımcı olabileceğine kanaat getirirse bilirkişi delilini yargılamaya dâhil edebilir. Nitekim doktrin ve diğer mahkeme kararlarında, hukuki sonuç açıkladığı için kabul edilemeyecek bilirkişi delilinin çok teknik hukuki meseleler hakkında dinlenebileceği kabul edilmektedir⁹⁹³.

Yukarıda yerel hukuk için yapılan tartışma, yabancı hukuk için geçerli değildir. Amerikan yargılama sisteminde, hâkim gerekli gördüğü takdirde yabancı hukuka ilişkin meselelerde bilirkişi delilini yargılamaya dâhil edebilir⁹⁹⁴. Nitekim Federal Usul Kanunu'nun 44.1. maddesi uyarınca; mahkeme yabancı hukuku değerlendirirken tanıklık da dâhil olmak üzere ilgili olan bütün materyal ve kaynakları dikkate alabilir. Bu çerçevede materyal ve kaynakların taraflarca ileri sürülmesine gerek olmadığı gibi bunların Federal Delil Kanunu uyarınca kabul edilebilir olup olmaması da önemli değildir. Mahkemenin yabancı hukuk

⁹⁸⁹ Farmland Industries v. Frazier-Parrott Commodities 871 F.2d 1402, 1409 (8th Cir. 1989). Kararın ilgili bölümü için bkz. Baker, 1992: 350.

⁹⁹⁰ United States v. Barlie 286 F.3d 749, 760 n.7 (4th Cir.2002). Kararın ilgili bölümü için bkz. Park vd., 2011: 555, dpn. 120. Bu yöndeki diğer kararlar için bkz. Friedland, 1983: 464 vd.

⁹⁹¹ Park vd., 2011: 556.

⁹⁹² Park vd., 2011: 555-556; Baker, 1992: 362.

⁹⁹³ United States v. Offill, 666 F.3d 168, 175 (4th Cir. 2011). Kararın ilgili bölümü için bkz. Giannelli, 2013: 332. Buna karşılık diğer bir davada; jürinin yetkisi dâhilinde olan hukukun olaya uygulanmasını içeren bilirkişi delili yargılama dışında bırakılmıştır. Rieger v. Orlor, Inc., 427 F. Supp. 2d 99 (D. Conn. 2006). Kararın ilgili bölümü ve açıklamalar için bkz. Lancaster ve Capozzola, 2010: 16.

⁹⁹⁴ Weissenberger ve Duane, 2011: 456.

hakkındaki kararı, hukuki bir meselenin çözümü (question of law) gibi değerlendirilir (FUK m. 44.1)⁹⁹⁵.

2.3.2.4. Bilirkişinin Gerekli Niteliklere Sahip Olması (Uzmanlığı)

Federal Delil Kanunu'nun 702. maddesi uyarınca bilimsel, teknik veya başka özel bir bilgi, davadaki bir delilin anlaşılması veya bir vakıanın karara bağlanmasında karar vericilere yardımcı olacaksa; bilgisine, yeteneğine, tecrübesine veya eğitimine göre uzman olarak nitelendirilen (bilirkişiliğe ehil olan) bir kişi (tanık) görüş bildirme veya başka bir şekilde davada tanıklık yapabilir.

Madde metninden de anlaşılacağı üzere bilirkişilik yapabilmek için ilgili kişinin dava konusu vakıalar veya delillerle bağlantılı olarak bilgisiyle, yeteneğiyle, tecrübesiyle veya sahip olduğu eğitimiyle karar vericilere yardım edebilecek nitelikte bilimsel, teknik veya diğer özel bir bilgiye sahip olması gerekmektedir⁹⁹⁶. Bir başka deyişle bilirkişinin yargılamada görüş bildirebilmesi için ilgili konuda vasıflı (nitelikli-qualified) sayılması gerekmektedir⁹⁹⁷.

Bilirkişinin sahip olduğu özel ve teknik bilgiye nasıl vakıf olduğu, kural olarak önem arz etmez. Bu bilgi, tecrübeden, çalışmadan, eğitimden veya var olan yetenekten kaynaklanabilir. Bilirkişi bunlardan bir veya birkaçıyla davada kullanılacak bilimsel, teknik veya özel bir bilgiye sahip olmuş olabilir. Ancak özellikle tecrübeyle veya yetenekle elde edilmiş bilgilerin, bilirkişiyi ulaştığı sonuca nasıl götürdüğü, bu tecrübe ve yeteneğin vakıalara nasıl uygulandığı ve neden yeterli olarak kabul edildiğinin bilirkişi tarafından izah edilmesi gerekmektedir⁹⁹⁸.

İlgili alanda unvan veya diplomaya sahip olmak veyahut uzun süredir ilgili alanda fiili olarak çalışmak, kişinin bilirkişiliğe ehil olduğunu kabul etmek için yeterli sayılabilir⁹⁹⁹. Ancak bunların olmaması, kural olarak bilirkişilik yapılmasına engel değildir¹⁰⁰⁰. Zira Federal

⁹⁹⁵ Maddenin son cümlesi, yabancı hukuka ilişkin meselelerin karara bağlanmasının vakıasal mı hukuksal mı olduğu yönünde yapılan tartışmaların açıklığa kavuşturulması bakımından önem taşımaktadır.

⁹⁹⁶ Baker, 1992: 333.

⁹⁹⁷ Faigman vd., 2008: 25; Baker, 1992: 333.

⁹⁹⁸ Committee Notes on Rules(702)-2000 Amendment; Weinstein/Berger, 2011: 13-10; Saltzburg vd., 2011: 702-356.

⁹⁹⁹ Ancak belirtmek gerekir ki; sahip olunan ünvan veya diploma (uzmanlık), dava konusu vakıalar veya delillerle ilgili olmalıdır. Herhangi bir alanda, diploma veya uzmanlığa sahip olmak, tekbaşına yargılamada bilirkişilik yapmak için yeterli değildir. Bkz. Mueller ve Kirkpatrick, 2007: 791. Örneğin, daha önce lastik üretimi veya dizaynı yapmamış, bu konuda herhangi bir incelemesi veya eseri olmayan polimer uzmanının sırf bu nedenle lastik uzmanı olarak bilirkişilik yapması uygun görülmemiştir. Bkz. Smith v. Goodyear Tire & Rubber Co. 495 F. 3d. 224,277 (5 th. Cir 2007) naklen Weinstein/Berger, 2011: 13-10 dpn.35.

¹⁰⁰⁰ Mueller ve Kirkpatrick, 2007: 786-787; Lancaster ve Capozzola, 2010: 15. Ancak özellikle tıbbi meselelere ilişkin bazı uyumsuzluklarda ilgili alandan mezuniyet veya belirli sertifikalara sahip olmak, bilirkişilik için bir ön şart olarak aranmaktadır. Nitekim bu tür bir davada; tıbbi neden hakkında ifade vermek isteyen bilirkişi, tıp fakültesinden mezun olmadığı için yargılama dışında bırakılmıştır. Gebhardt v. Mentor Corp., 191 F.R.D. 180

Delil Kanunu'nun 702. maddesi uyarınca bilirkişilik yapmak için belirli bir unvana veya lisans derecesine sahip olmak bir ön şart olarak kabul edilmemiştir. Dolayısıyla bir unvan veya diplomaya sahip olmayan veya başka bir alanda unvan veya diplomaya sahip olan bir kişi de, ilgili davada karar vericilere yardımcı olabilecek bilgiye sahip olmak koşuluyla yargılamada bilirkişilik yapabilmektedir¹⁰⁰¹. Bu çerçevede bir bitkinin hayat sürecini açıklamak için doktoralı bir botanik uzmanı bilirkişilik yapabileceği gibi hayatı boyunca çiftçilik yapmış bir kişi de tecrübesine dayanarak bu konuda tanıklık yapabilir¹⁰⁰². Aynı şekilde bilirkişilik yapmak için ilgili alanda bir meslek veya zanaat icra edilmesine de gerek yoktur. Bir şeye malik olmaktan yahut bir hobiden kaynaklanan özel ve teknik bilgiye sahip olmak da bilirkişilik yapmak için yeterli kabul edilebilmektedir. Örneğin, bir gayrimenkulün fiyatının değerlendirilmesi için o çevredeki malıklar bilirkişilik yapabilir. Yine eski bir pulun veya paranın değerlendirilebilmesi için bunları hobi olarak biriktiren koleksiyonerler bilirkişi olarak yargılamaya dâhil edilebilir¹⁰⁰³. Dolayısıyla önemli olan, bilirkişinin, karar vericilerce anlaşılamayan hususların değerlendirilmesinde yardımcı olabilecek bilimsel, teknik veya özel bir bilgiye sahip olmasıdır. Ancak belirtmek gerekir ki; bu özel ve teknik bilginin dava konusunu vakıaları aydınlatabilecek nitelikte olması zorunludur. Bu sebeple ilgili kişinin bir konuda uzman olması, onun diğer konu ve disiplinler hakkında tanıklık yapmasına olanak tanımaz¹⁰⁰⁴. Örneğin, bir ortopedi uzmanının, hastalığın bir ilacın kullanılmasından kaynaklandığı noktasındaki tanıklığı mahkeme tarafından kabul edilmeyebilir¹⁰⁰⁵.

Bilirkişinin ilgili alanda yeterli uzmanlığa sahip olup olmadığını değerlendirmek mahkemenin yetkisindedir. Ancak bu değerlendirmenin kabul edilebilirlikle mi yoksa delilsel ağırlıkla mı ilgili olduğu tartışmalıdır. Bazı mahkemeler, gerekli niteliklere sahip olmayan bilirkişinin görüşünü kabul edilmez (inadmissible) bularak, yargılamaya dâhil etmezken (exclude)¹⁰⁰⁶ diğer bazı mahkemeler daha özgürlükçü bir yaklaşımla, bilirkişinin gerekli niteliklere sahip olup olmadığını incelerken hiç veya daha esnek koruma (gatekeeping-kabul

(D. Ariz. 1999), 15 Fed. Appx. 540 (9th Cir. 2001). Kararın ilgili bölümü için bkz. Faigman vd., 2008: 27, dpn. 5.

¹⁰⁰¹ Weinstein/Berger, 2011: 13-11; Mueller ve Kirkpatrick, 2007: 786.

¹⁰⁰² Park vd., 2011: 545. Amerikan hukukunda, sadece tecrübeye dayanan bilirkişi görüşlerinin kabul edileceğine dair birçok karar bulunmaktadır. Örneğin, bir yargı kararında; otuz altı yıl ahşap doğrama işinde çalışan kişinin sandalyenin yapısı ve mekanik arızaları hakkında tanıklık yapabileceği kabul edilmiştir. Bir başka kararda da yirmi yıllık bir bankacının çek hakkında tanıklık yapmasına izin verilmiştir. Hatta eski tarihli bir yargı kararında tecrübeli bir esrar içicisi dahi bilirkişi olarak yargılamaya dâhil edilmiştir. Bu kişi, bitkinin görünüşü, yapraklarını, tomurcuklarını, gövdesini, kokusunu ve diğer özelliklerini inceleyerek onun Kolambiya'dan geldiği yönünde tanıklık yapmıştır. United States v. Johnson 574 F.2d 1347, 1360 (5th Cir. 1978). Kararlar ve açıklamalar için bkz. Giannelli, 2013: 345, dpn. 129.

¹⁰⁰³ Mueller ve Kirkpatrick, 2007: 789-790.

¹⁰⁰⁴ Giannelli, 2013: 345; Park vd., 2011: 545.

¹⁰⁰⁵ Park vd., 2011: 545.

¹⁰⁰⁶ Conley ve Moriarty, 2007: 42. Bu yöndeki karar örnekleri için bkz. Cwik ve Hutchinson, 2008: 108 vd.

edilebilirlik incelemesi) fonksiyonu icra ederek, bariz aykırılıklar dışında bilirkişinin yargılamaya dâhil edilmesine izin vermektedir¹⁰⁰⁷. Yargılamaya dâhil edilen bu bilirkişilerin nitelikleri yeterli değilse, bu kişinin verdiği görüşe fazla itibar edilmezken, uygun ve yeterli niteliklere sahip bilirkişinin görüşü ise mahkeme ve jüri tarafından daha fazla dikkate alınmaktadır. Bu değerlendirme, genellikle taraflarca gerçekleştirilen çapraz sorgulama vasıtasıyla yapılmaktadır¹⁰⁰⁸.

2.3.2.5. Güvenilirlik (Reliability)

2.3.2.5.1. Genel Olarak

Bilirkişi delilinin kabul edilebilirliği açısından değerlendirilecek diğer bir unsur ise güvenilirliktir. Birçok hukuk sisteminde, bilirkişi delilinin “güvenilir” olup olmadığı mahkeme hâkimi tarafından değerlendirilmektedir. Mevzuatta açık bir şekilde ifade edilmese de Türk hukuk sisteminde güvenilirlik incelemesi genellikle bilirkişinin yargılamaya dahil edilmesinden önce ve sonra olmak üzere iki ayrı aşamada dolaylı olarak gerçekleştirilmektedir. Birinci aşamada, hâkim muhtemel bilirkişi görüşünün güvenilirliğini, bilirkişinin uzmanlığında aramaktadır. Hâkim bilirkişi adayının uzmanlığının güvenilir olduğuna kanaat getiriyorsa, onu yargılamaya dâhil etmekte ve ondan gelecek bilirkişi görüşünün de güvenilir olacağını varsaymaktadır. İkinci aşama güvenilirlik incelemesi ise, genellikle bilirkişi raporu mahkemeye tevdi edildikten sonra bizzat bilirkişi görüşünün kendisi üzerinde gerçekleştirilmektedir. Bu çerçevede hâkim güvenilir bulmadığı bilirkişi raporu ile yetinmeyip tekrar bilirkişi incelemesi yaptırabilmektedir. Türk medeni usul sisteminde bu inceleme davanın her safhasında gerçekleştirilebilmektedir.

Türk yargılama sisteminde hâkimler, bir imzanın veya yazının sahteliğinin bilirkişi tarafından nasıl tespit edildiğini yahut parmak izi karşılaştırılmasının hangi yönteme ve prensibe dayanılarak yapıldığını genellikle değerlendirmez. Bir kişi uzman olarak kabul edilip bilirkişi olmaya layık görülmüşse, bu kişinin kullandığı bilgi ve yöntem genellikle sorgulanmamaktadır. Bu noktada mahkemeler genellikle bariz içeriksel veya sonuçsal zıtlıklar üzerinde durmaktadır. Örneğin, dava konusu arsanın fiyatı çevredeki arsalarla göre çok az veya çok yüksek hesaplanmışsa veya bir binanın kıymet takdiri yapılırken yıpranma oranı hesap edilmemişse hâkim tekrar bilirkişi incelemesi yaptırmaktadır. Görüldüğü üzere bu tür müdahaleler, genellikle genel mantıkla yahut bilirkişinin kendi hazırladığı raporun içeriğinden çıkartılabilecek sonuca odaklı değerlendirmelerdir. Buna karşılık, ameliyatı gerçekleştiren doktorun kusurlu olup olmadığını değerlendirmek için dinlenen diğer doktorun (bilirkişinin)

¹⁰⁰⁷ Faigman vd., 2008: 30.

¹⁰⁰⁸ Weissenberger ve Duane, 2011: 463.

hangi bilimsel bilgi ve yöntemleri kullandığı, bu bilgi ve yöntemlerin ilgili uzmanlık alanında kabul görüp görmediği veya bunların ilgili olaya doğru uygulanıp uygulanmadığı ise, genellikle değerlendirilmemektedir. Bilirkişinin görüşü, hâkimde olumlu kanaat oluşturmuş ve genel hayat tecrübeleri ile mantık kurallarına uygun görülmüşse, mahkemenin kararı bu bilirkişi görüşüne göre oluşturulmaktadır. Bu noktada tarafların da hâkime yardımcı olabildikleri söylenemez. Zira pek çok durumda yargılamanın tarafları, bilirkişiye başvuru konu hakkında yeterli bilgiye sahip olmadığı gibi bu konuda kendilerine destek olabilecek uzmanlarla da çeşitli sebeplerle çalışmamaktadır. Bu nedenle birçok uyuşmazlıkta taraflar, kendi aleyhlerine olan bilirkişi raporuna itiraz etmekle yetinip, raporda kullanılan bilgiyi, yöntemi veya sunulan görüşü çürütmek için yeterli argüman sunamamaktadır.

Amerikan hukuk sistemindeki “güvenilirlik” incelemesi ise, Türk hukuk sistemince kabul edilen anlayıştan oldukça farklıdır. Amerikan yargılamasında bilirkişinin hukuksal niteliği, yargılamaya dâhil ediliş biçimi ve delilleri değerlendirecek kişilerin genellikle sıradan insanlardan oluşan jüri üyeleri olması, iki sistem arasındaki farklılığın temel nedenleridir¹⁰⁰⁹. Amerikan yargılamasında bilirkişi, tanık bu anlamda da delil olarak nitelendirilmekte ve taraflarca yargılamaya dâhil edilmektedir. Bu durum ise, taraflarca ücreti ödenmek suretiyle yargılamaya dâhil edilen bilirkişinin yargılamaya taraflı bilgi aktarma ihtimalini doğurmaktadır. Bunun yanında Türk hukuk sisteminden farklı olarak Amerikan yargılaması sisteminde karar verici olarak sadece hâkim değil, sıradan insanlardan oluşan jüri de bulunmaktadır. Bu çerçevede sıradan insanların genellikle haberdar olmadıkları taraflı, yönlendirici ve güvenilir olmayan bilirkişi delilinden uzak tutulmaları gerekmektedir. Bu amaçla Amerikan yargılamasında hâkime hangi bilirkişi raporunun güvenilir olduğunun tespiti noktasında koruma (gatekeeping) görevi yüklenmiştir. Bu görev uyarınca hâkim gerek Federal Delil Kanunu’nun gerekse de bazı mahkeme kararlarının belirlediği birtakım faktörleri göz önünde bulundurarak, bilirkişi görüşünün ve bu görüşte kullanılan bilgi, yöntem ve prensiplerin güvenilir olup olmadığını, bu anlamda delil olarak karar vericilere (jüri üyelerine) sunulup sunulmayacağını incelemek zorundadır. Bir başka ifadeyle mahkeme, bilirkişi görüşünün temelini oluşturan bilgi, metot, prensip ve muhakemenin bilimsel veya teknik olarak geçerli olup olmadığını ve bunların uyuşmazlık konusu olaylara uygun bir şekilde uygulanıp uygulanmadığını değerlendirmekle yükümlü tutulmuştur¹⁰¹⁰. Böylece hâkim yargılamaya dâhil edilecek bilirkişi delilinin subjektif kanaat veya desteksiz spekülasyonlara değil, gerçekten bilim ve tekniğin gerektirdiği prensip ve metotlara

¹⁰⁰⁹ Green ve Sanders, 2012: 2.

¹⁰¹⁰ Cwik ve Hutchinson, 2008: 124.

dayanmasını temin etmeye çalışmaktadır¹⁰¹¹. Ancak daha önce belirttiğimiz üzere; bu değerlendirme bilirkişi görüşünün doğru olup olmadığı yahut diğer bilirkişi delilinden üstün olup olmadığını değerlendirmek için yapılmamaktadır¹⁰¹². Hâkimin bir tarafın sunduğu bilirkişi görüşünü güvenilir bulması, diğer tarafın bununla çelişkili olan bilirkişi görüşünü güvenilirmez olarak nitelendirilmesini gerektirmez¹⁰¹³. Bu çerçevede güvenilirlik değerlendirmesinde; bilirkişiyi yargılamaya dâhil eden taraf, iddiasının (bilirkişi görüşünün) doğruluğunu değil, sunduğu bilirkişi delilinin güvenilir olduğunu ispatlamaya çalışmaktadır¹⁰¹⁴. Dolayısıyla, mahkeme bilirkişi görüşünün yanlış (incorrect) olduğuna inansa da diğer kabul edilebilirlik kriterleriyle birlikte bilirkişi delilinin güvenilir olduğuna kanaat getirirse, bilirkişi delilini yargılamaya kabul etmelidir¹⁰¹⁵. Yargılamaya dâhil eden bilirkişi görüşünden vakıaların varlığı veya yokluğu hakkında sonuca ulaşmak, bu anlamda da bilirkişi delilinin doğru olup olmadığını değerlendirmek veya yargılamaya dâhil edilen birden fazla bilirkişi görüşünden hangisine üstünlük tanınacağı hakkında karar vermek ise, kural olarak jüri üyelerine aittir. Bu noktada çapraz sorgulama gibi mücadeleci sistemin çeşitli yöntemleriyle jüri üyelerinde bir kanaat oluşturmak ise, kural olarak tarafların üzerindedir. Taraflar bu yöntemlerle, karşı tarafın sunduğu bilirkişi delilinin doğru olmadığını yahut aksine kendi bilirkişi görüşlerinin daha doğru olduğu noktasında jüri üyelerini ikna etmeye çalışmaktadır.

Belirttiğimiz üzere mahkeme tarafından yapılacak güvenilirlik (reliability) incelemesinin hangi kriterlere göre yapılacağı temel olarak Federal Delil Kanunu’nun 702. maddesinde düzenlenmektedir. Ancak bu düzenlemenin ve bu düzenlemedeki güvenilirlik kriterlerin anlaşılabilmesi için tarihi süreç içinde güvenilirlik incelemesinin nasıl geliştiğini incelemek gereklidir.

2.3.2.5.2. “Frye v. United States” Davası

Hâkime yüklenen koruma (gatekeeping) fonksiyonu uyarınca gerçekleştirilmesi gereken güvenilirlik incelemesinin temeli, “Frye¹⁰¹⁶” olarak isimlendirilen davada, yüksek mahkeme (District of Columbia Court of Appeal) tarafından verilen bir karara dayanmaktadır¹⁰¹⁷. Dosya adını, adam öldürmekten yargılanan Frye isimli sanıktan

¹⁰¹¹ Cwik ve Hutchinson, 2008: 110.

¹⁰¹² Cwik ve Hutchinson, 2008: 124.

¹⁰¹³ Committee Notes on Rules(702)-2000 Amendment. Zira bir uzmanlık alanında birden fazla ve birbirinden farklı yöntem ve prensiplerin bulunması mümkündür. Bkz. Committee Notes on Rules(702)-2000 Amendment.

¹⁰¹⁴ Cwik ve Hutchinson, 2008: 124.

¹⁰¹⁵ Cwik ve Hutchinson, 2008: 124.

¹⁰¹⁶ Frye v. United States 293. F. 1013 (D.C. Cir 1923)

¹⁰¹⁷ Faigman, 2013: 106.

almaktadır. Bu davada Frye vekili, kendisi tarafından tutulan uzmanın, sanık üzerinde yalan makinesiyle yaptığı ölçümleri, bilirkişi delili vasıtasıyla mahkemeye delil olarak sunmak istemiştir. Bilirkişinin beyanına göre yapılan ölçümler sanık James Alphonso Frye'nin masum olduğu yönündeki iddiaları desteklemektedir¹⁰¹⁸. Bir başka ifadeyle, sanık masum olduğunu söylerken yalan söylememektedir¹⁰¹⁹. Ancak sanık vekilinin bu talebi itiraz üzerine mahkeme tarafından reddedilmiştir. Yine sanık vekili, bu testin jüri üyeleri önünde gerçekleşmesini talep etmiş ancak mahkeme bu talebi de itiraz üzerine reddetmiştir¹⁰²⁰. Karar temyiz edilmiş, temyiz mahkemesi de ilk derece mahkeme tarafından verilen kararını onaylamıştır¹⁰²¹.

Frye davasında yüksek mahkemenin bilirkişi delilini kabul etmeyişinin temel nedeni mahkemeye sunulan bilirkişi görüşünün, o dönemlerde henüz bilimsel çevreler tarafından genel olarak kabul edilmemiş bir yöntem olan yalan makinesine dayanmasıdır. Mahkemeye göre bilimsel bir bilirkişi görüşünün mahkemede delil olarak kullanılabilmesi için, bilirkişi görüşünün ait olduğu bilimsel alanda genel olarak kabul edilmiş kurallara, prensiplere ve tekniklere dayanması gerekmektedir¹⁰²². Aksi takdirde sunulan bilirkişi görüşü mahkeme tarafından delil olarak kullanılamaz.

Frye davasında benimsenen “genel kabul kriterinin” temel varsayımına göre bilirkişi tarafından kullanılan yöntem ve prensiplerin güvenilir olup olmadığı hakkında karar vermesi gereken kişi hâkim değil, ilgili konudaki bilimsel cemiyetin mensuplarıdır¹⁰²³. Bu kriterin uygulanmasına taraftar olan düşünceye göre de; ilgili konudaki prensip veya metodun güvenilir olup olmadığını en iyi değerlendirebilecek olanlar, ilgili konudaki uzmanlardır. Bu çerçevede hâkim, amatör bir bilim adamı olmaya kalkışmamalıdır. Zira böyle bir kararın alınması noktasında uzmanlar daha niteliklidir ve bu durum herkesin zamanının daha iyi kullanılması için daha uygundur¹⁰²⁴. Bilirkişinin güvenilirliğini değerlendirmek için mahkemenin yapması gereken ise, kullanılan teknik ve yöntemin ilgili bilimsel camiada genel olarak kabul edilip edilmediğini değerlendirmekten ibarettir. Bu sebeple ilgili alandaki bilim adamları bir prensibin geçerli olduğuna kanaat getirmişse, hâkim bu prensibe ilişkin bilirkişi delilini kabul etmelidir. Buna karşılık ilgili alandaki bilim adamları ilgili prensibi kabul etmiyorsa, mahkeme bilirkişi delilini yargılama dışında bırakmalıdır¹⁰²⁵. Bu bakış açısıyla, “genel kabul kriterinin” mahkeme için kolaylık, ekonomiklik ve basitlik sağladığı ileri

¹⁰¹⁸ Frye v. United States 293. F. 1013 (D.C. Cir 1923); Faigman, 2013: 107; Fogarty ve Jeng, 2012: 5.

¹⁰¹⁹ Beecher-Monas, 2011: 34.

¹⁰²⁰ Fogarty ve Jeng, 2012: 5.

¹⁰²¹ Frye v. United States 293. F. 1013 (D.C. Cir 1923).

¹⁰²² Frye v. United States 293. F. 1013 (D.C. Cir 1923). Kararın ilgili bölümü ve açıklamalar için bkz. Matson vd., 2005: 14; Fogarty ve Jeng, 2012: 4-5; Beecher-Monas, 2011: 34.

¹⁰²³ Park vd., 2011: 536.

¹⁰²⁴ Park vd., 2011: 542.

¹⁰²⁵ Park vd., 2011: 542.

sürülmektedir¹⁰²⁶. Ancak belirtilen avantajlarına rağmen “genel kabul” (general acceptance) kriteri doktrin tarafından çeşitli sebeplerle eleştirilmiştir¹⁰²⁷. Özellikle “genel kabul” ve “ilgili alan”¹⁰²⁸ kavramlarının belirsizliği ve bu belirsizliğin hâkimler tarafından nasıl aşılabacağı tartışmalara neden olmuştur¹⁰²⁹. Bunun yanında esasen güvenilir olmalarına rağmen özgün veya yeni olmaları nedeniyle henüz ilgili bilimsel alanda kabul görmemiş yöntem ve prensiplerin yargılama dışına itilme ihtimali de, bu kriterin önemli bir sakıncası olarak görülmüştür¹⁰³⁰. Nitekim bilimsellik, sabit olmayan, kendisi de bulunan yeni teori ve yöntemlerle değişebilen bir kavramdır¹⁰³¹. Bu çerçevede, bugün bilimsel alanda genel olarak kabul edilmeyen bir yöntem veya prensibin, bilimsel alanda meydana gelebilecek gelişmelerle gelecekte kabul görmesi mümkündür.

“Genel kabul” kriteri, bir ceza davasında ortaya çıkmış ve genellikle ceza yargılamalarında kullanılmış olmasına rağmen, Amerikan mahkemelerinde bu kriterin esas alındığı hukuk davalarını görmek de mümkündür¹⁰³². Özellikle ürün sorumluluğu ve zehirlenme iddiasıyla açılan haksız fiil davalarında “genel kabul” prensibi benimsenmiştir¹⁰³³. Örneğin, davacı tarafın bilirkişisi olarak yargılamaya sunulan uzmanın, müteveffanın çalıştığı pil üretim fabrikasında soluduğu kimyasal dumandan dolayı kolon kanserine yakalandığı yönündeki ifadesi, mahkeme tarafından diğer ölçütlerle birlikte “genel kabul” kriterine uymadığı için kabul edilmemiştir¹⁰³⁴. Mahkeme karar gerekçesinde, bilirkişi raporunda belirtilen sonuca ulaşmak için kullanılan yöntem (methodology) ve mantığın ilgili bilimsel çevrelerde kabul edilmediğini ifade etmiştir¹⁰³⁵. Bunun yanında “genel kabul kriteri”, ses izi, nötron aktivasyon analizi, ısıruk izi karşılaştırması, hipnoz, kan analizi, saç karşılaştırması,

¹⁰²⁶ Faigman vd., 2008: 7; Park vd., 2011: 536.

¹⁰²⁷ Faigman, 2013: 110.

¹⁰²⁸ Belirttiğimiz üzere; Frye davasına göre bilirkişi delilinin kabul edilmesi için kullanılan yöntemlerin “ilgili alanda (disiplinde)” genel olarak kabul edilmiş olması gerekir. Ancak bazı meselelere ilişkin bilirkişi görüşü birden fazla bilimsel alanı içeriyor olabilir. Örneğin DNA analizi, moleküler biyoloji ve genetik gibi bilim dallarını kapsamaktadır. Böyle bir durumda “genel kabul kriterini” hangi alana göre tespit edileceği belirsizdir. Bunun yanında “ilgili bilimsel alan” kapsamında kimlerin görüşünün alınacağı da tartışmalıdır. Örneğin, Frye davasında kullanılan yalan testini mutlak olarak kullanan kişiler arasında, yalan testi güvenilir bir yöntem olarak kabul edilebilir. Bkz. Giannelli, 2013: 335.

¹⁰²⁹ Giannelli, 2013: 335; Bernstein, 2001: 7; Faigman, 2013: 107 vd. Nitekim bir mahkeme kararında belirtildiği gibi ilgili disiplinin (ilgili alanın) kendisinin güvenden yoksun olduğu durumlarda, genel kabul kriteri bilirkişi görüşünün güvenilir olmasını sağlamaz. Bkz. Kumho Tire Company v. Carmichael, 526 U.S. 137 (1999) Kararın ilgili bölümü için bkz. Park vd., 2011: 540.

¹⁰³⁰ Giannelli, 2013: 335.

¹⁰³¹ Matson vd., 2005: 15, 25.

¹⁰³² Imwinkelried, 2012: 400.

¹⁰³³ Bernstein, 2001: 11-14.

¹⁰³⁴ Christophersen v. Allied-Signal Corp 939 F. 2d. 1106 (5th Cir. 1991). Bkz. Bernstein, 2001: 9.

¹⁰³⁵ Christophersen v. Allied-Signal Corp 939 F. 2d. 1106 (5th Cir. 1991). Bkz. Bernstein, 2001: 9.

sarhoşluk testi ve dna profillemesi gibi yöntemlerin güvenilirliği için hukuk ve ceza yargılamalarında çeşitli mahkemeler tarafından kullanılmıştır¹⁰³⁶.

2.3.2.5.3. “Daubert v. Merrel Dow Pharmaceutical Inc.” Davası

1923 tarihli Frye davasında benimsenen “genel kabul” kriteri henüz Federal Delil Kanunu yasalaştırılmadan önce kabul edilmiş bir kriterdir. Federal Delil Kanunu, bu kriter uzun yıllar uygulandıktan sonra 1975 yılında yürürlüğe girmiştir¹⁰³⁷. Federal Delil Kanunu’nun 702. maddesinin ilk hali, temel olarak “karar vericilere yardımcı olmak şartıyla gerekli niteliklere sahip bilirkişilerin tanıklık” yapabileceğini düzenlemekteydi¹⁰³⁸. Bu anlamda Federal Delil Kanunu’nun 702. maddesinin ilk kabul edildiği biçiminde Frye davasına ve dolayısıyla da “genel kabul” kriterine atıfta bulunulmamaktaydı¹⁰³⁹. Bu durum ise, “genel kabul” kriterinin uygulanmasına devam edilip edilmeyeceği noktasında tartışmalara ve mahkemeler arasında görüş ayrılıklarına yol açmıştır¹⁰⁴⁰. Bununla beraber bazı federal ve eyalet mahkemeleri “genel kabul” kriterini uygulamaya devam etmiştir¹⁰⁴¹. 1993 yılına gelindiğinde ise, Yüksek Mahkeme (Supreme Court), “Daubert¹⁰⁴²” olarak adlandırılan bir davada verdiği kararla, Federal Delil Kanunu’nun 702. maddesinin “genel kabul” kriterini federal mahkemeler açısından kaldırdığını hükme bağlayarak bu noktadaki tartışmalara son vermiştir¹⁰⁴³. Bu kararla birlikte hâkimlere yüklenen koruma (gatekeeping) fonksiyonun temel öğelerinden olan “güvenilirlik” değerlendirmesi için birtakım farklı kriterler öngörülmüştür. Daha önce belirttiğimiz üzere Daubert davasıyla benimsenen bu yeni kriterler 2000 yılında yapılan değişiklikle Federal Delil Kanunu’nun 702. maddesine eklenmiştir¹⁰⁴⁴.

“Daubert” davası, uzuvlarda kısılğa neden olan doğum kusurlarıyla dünyaya gelen iki erkek çocuğunun ebeveynlerinin, annenin doğum sırasında kullandığı ilacı üreten şirkete dava açmasıyla başlamıştır. Davacı taraf, annenin hamileliği sırasında kullandığı ve hamileliğe bağlı kusmayı engelleyici etkileri bulunan Bendectin isimli ilacın doğum kusurlarına neden olduğunu iddia etmiştir¹⁰⁴⁵.

¹⁰³⁶ Giannelli, 2013: 334.

¹⁰³⁷ Beecher-Monas, 2011: 34.

¹⁰³⁸ Mueller ve Kirkpatrick, 2007: 783; Park vd., 2011: 537.

¹⁰³⁹ Mueller ve Kirkpatrick, 2007: 783; Beecher-Monas, 2011: 34; Huber, 1992: 732.

¹⁰⁴⁰ Park vd., 2011: 537; Huber, 1992: 732; Saltzburg vd., 2011: 702-18.

¹⁰⁴¹ Mueller ve Kirkpatrick, 2007: 783; Beecher-Monas, 2011: 34.

¹⁰⁴² Daubert v. Merrel Dow Pharmaceuticals, 509 U.S. 579 (1993).

¹⁰⁴³ Fogarty ve Jeng, 2012: 6; Mueller ve Kirkpatrick, 2007: 783; Park vd., 2011: 537; Imwinkelried, 2012: 401. Ancak belirtmek gerekir ki; California, New York, Washington, Florida, Maryland ve Illinois gibi bazı eyalet mahkemelerinde, “genel kabul” kriteri hâlen aktif olarak uygulanmaktadır. Bu sebeple, Frye davasında benimsenen “genel kabul kriteri” Amerikan yargılamasında önemi korumaktadır. Bkz. Giannelli, 2013: 335; Fogarty ve Jeng, 2012: 7; Park vd., 2011: 541-542.

¹⁰⁴⁴ Mueller ve Kirkpatrick, 2007: 784.

¹⁰⁴⁵ Daubert v. Merrel Dow Pharmaceuticals, 509 U.S. 579 (1993); Bernstein, 2001: 10.

Dilekçeler teatisinden sonra davalı ilaç firması, “Bendectin” kullanan annelerin çocuklarında uzuv kısalığı görülme oranının, kullanmayan annelerin çocuklarında uzuv kısalığı görülme oranından daha fazla olmadığını gösteren ve yayınlanmış epidemiyolojik çalışmalara dayanan bilirkişi delilini sunarak davanın “özet hüküm” (summary judgment) kararıyla reddini talep etmiştir¹⁰⁴⁶.

Buna karşılık davacı taraf, iddiasını desteklemek için sekiz adet bilirkişiyi mahkemeye sunmuştur¹⁰⁴⁷. Davacı bilirkişileri, daha önce yayınlanmış epidemiyolojik istatistikleri tekrar analiz eden, hayvan ve toksikolojik çalışmaları da esas alan ve “Bendectin” isimli ilacın içeriğindeki kimyasalların, doğum kusurlarına neden olan kimyasallarla benzer olduğunu gösteren bir çalışma hazırlamışlardır¹⁰⁴⁸.

Davalı taraf, epidemiyolojik çalışmaları tekrar analiz eden davacı bilirkişilerinin yönteminin yayınlanmadığını, herhangi bir emsal değerlendirmeye de konu olmadığını, bu nedenle de bilimsel çevreler tarafından genel olarak kabul edilmediğini ileri sürerek delilin kabul edilmemesini talep etmişlerdir¹⁰⁴⁹.

İlk derece mahkemesi, davacının ileri sürdüğü toksikolojik çalışmayı (bilirkişi delilini) kabul etmeyerek, “özet hüküm” (summary judgment) kararıyla davanın reddine karar vermiştir. Karar temyiz edilmiş ve ilk derece mahkeme kararı onaylanmıştır. Temyiz mahkemesi (court of appeal), ilk derece mahkemesinin kararını (district court) değerlendirirken Frye davasına atıfla, davacı tarafından ileri sürülen bilirkişi delilinin “genel kabul” kriterini sağlamadığını belirtmiştir¹⁰⁵⁰. Ayrıca kararın gerekçesine göre, önceden yayınlanmış çalışmaların, yayınlanmamış istatistiksel yeni analizleri sorunludur¹⁰⁵¹. Çünkü bilimsel tekniğin güvenilirliği her bir davadaki duruma göre değişiklik göstermez¹⁰⁵².

Daubert davası, davacının başvurusunun dinlenilebilir bulunmasıyla birlikte, son olarak Yüksek Mahkeme’nin (Supreme Court) önüne gelmiştir. Yüksek Mahkeme kararında, bilimsel delillerin kabul edilebilirlik incelemesinin sadece “Frye”, diğer bir ifadeyle sadece “genel kabul” kriteri üzerinden yapılmasını reddetmiştir¹⁰⁵³. Mahkemeye göre “genel kabul kriteri”, Federal Delil Kanunu’nun yürürlüğe girmesinden sonra bilirkişi delilinin kabul

¹⁰⁴⁶ Fogarty ve Jeng, 2012: 14; Bernstein, 2001: 10.

¹⁰⁴⁷ Fogarty ve Jeng, 2012: 14.

¹⁰⁴⁸ Daubert v. Merrel Dow Pharmaceuticals, 509 U.S. 579 (1993). Davanın ilgili bölümü için bkz. Matson vd., 2005: 16; Bernstein, 2001: 10-11; Beecher-Monas, 2011: 34-35.

¹⁰⁴⁹ Matson vd., 2005: 16.

¹⁰⁵⁰ Park vd., 2011: 538; Fogarty ve Jeng, 2012: 14.

¹⁰⁵¹ Dava konusu ilacı analiz eden ve 100.000’den fazla hastayı kapsayan 30’dan fazla epidemiyolojik çalışma, Bendectin isimli ilacın herhangi bir doğum kusuruna sebebiyet vermediğini göstermektedir. Davacı taraf ise, bilirkişiler vasıtasıyla bu çalışmaları tekrar analiz etmek istemiştir. Bkz. Park vd., 2011: 538.

¹⁰⁵² Matson vd., 2005: 16.

¹⁰⁵³ Fogarty ve Jeng, 2012: 14.

edilebilirliği için gerekli olan bir ön koşul değildir¹⁰⁵⁴. Ancak Federal Delil Kanunu ve özellikle bu Kanun'un 702. maddesi, bilirkişi delilinin güvenilir temellere dayanması (reliable) ve bilirkişi delilinin eldeki görevle ilgili (relevant) olmasını sağlama noktasında mahkemeleri görevlendirmiştir¹⁰⁵⁵. Buna göre hâkim, bilirkişi delilinin sadece “ilgili” (relevant) olmasını değil, aynı zamanda güvenilir (reliable) olmasını da temin etmelidir. Bunun için de ön bir değerlendirme yaparak, bilirkişi ifadesinin altında yatan metodoloji ve muhakemenin bilimsel olarak geçerli olup olmadığını, diğer bir deyişle bilirkişi görüşünün güvenilir bilimsel yöntem ve prensiplerin ürünü olup olmadığını incelemelidir¹⁰⁵⁶.

Karara göre hâkimlere yüklenen koruma (gatekeeping) fonksiyonu her dava bakımından ayrı ayrı değerlendirme yapmayı gerektirmektedir¹⁰⁵⁷. Yüksek Mahkeme “güvenilirlik” (reliability) değerlendirmesinin hangi hususlar göz önünde bulundurularak yerine getirileceğine dair beş temel kriter benimsemiştir¹⁰⁵⁸. Bu kriterlere göre hâkimler, bilirkişinin görüşünü oluştururken kullandığı prensip, yöntem ve tekniklerin güvenilirliğini belirleyecek ve bu ölçütlerin varlığına veya yokluğuna göre bilirkişi delilini yargılama içinde veya dışında tutacaklardır¹⁰⁵⁹. “Daubert” testi olarak anılan bu kriterler şunlardır¹⁰⁶⁰;

- Bilirkişinin kullandığı yöntem test edilebilir mi ve/veya test edildi mi?
- Kullanılan yöntem veya prensibin bilinen veya muhtemel hata oranları nedir?
- Kullanılan yöntem ve sonuçlar emsal değerlendirmeye veya bir yayına konu oldu mu?
- Kullanılan yöntem veya ilkeler, ilgili bilimsel çevrede genel olarak kabul görmüş müdür?
- Kullanılan yöntemi kontrol eden standartlar mevcut mudur?

Hemen belirtmek gerekir ki, ifade edilen kriterler sınırlı sayıda değildir¹⁰⁶¹. Bu sayılanlar mahkemelerin güvenilirlik testini gerçekleştirmesi için öngörülmüş olan, rehber niteliğindeki kriterlerdir¹⁰⁶². Bu çerçevede hâkim, belirtilen kriterlerin bir veya birkaçını uygulayabileceği gibi bunların yanında başka kriterleri de kabul edilebilirlik incelemesinde

¹⁰⁵⁴ Daubert v. Merrel Dow Pharmaceuticals, 509 U.S. 579 (1993). Kararın ilgili bölümü hakkındaki açıklama için bkz. Park vd., 2011: 538.

¹⁰⁵⁵ Daubert v. Merrel Dow Pharmaceuticals, 509 U.S. 579 (1993).

¹⁰⁵⁶ Daubert v. Merrel Dow Pharmaceuticals, 509 U.S. 579 (1993). Bkz. Beecher-Monas, 2011: 35; Lancaster ve Capozzola, 2010: 22-23.

¹⁰⁵⁷ Matson vd., 2005: 17.

¹⁰⁵⁸ Saltzburg vd., 2011: 702-18.

¹⁰⁵⁹ Jurs, 2010: 1336; Faigman, 2013: 112-113.

¹⁰⁶⁰ Daubert v. Merrel Dow Pharmaceuticals, 509 U.S. 579 (1993), Jurs, 2010: 1336; Faigman, 2013: 113; Green ve Sanders, 2012: 15; Matson vd., 2005: 17; Fogarty ve Jeng, 2012: 15; Park vd., 2011: 538; Giannelli, 2013: 337 vd.; Saltzburg vd., 2011: 702-18,19.

¹⁰⁶¹ Park vd., 2011: 538; Matson vd., 2005: 17; Giannelli, 2013: 339; Saltzburg vd., 2011: 702-18.

¹⁰⁶² Beecher-Monas, 2011: 35.

kullanabilir¹⁰⁶³. Dolayısıyla, güvenilirlik incelemesinde kullanılacak kriterler her bir uyuşmazlık bakımından ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Hâkim, davanın özelliklerini dikkate alarak Daubert davasında belirtilen kriterlerden hangilerinin somut uyuşmazlığa uygun olduğuna karar verdikten sonra başka kriterlerin de güvenilirlik incelemesinde kullanılıp kullanılmayacağını değerlendirmelidir¹⁰⁶⁴. Ancak uygulamada sıklıkla diğer kriterler düşünülmeden Daubert davasında öngörülen beş kriterle bağlı kalındığı görülmektedir¹⁰⁶⁵.

Daubert davasında kullanılan kriterlerin başında test edilebilirlik gelmektedir. Mahkeme'ye göre bilirkişi görüşünün bilimsel durumu, onun yanılabilirliğine, aksinin ispat edilip edilemediğine ve sınanabilirliğine (test edilebilirliğine) bağlıdır¹⁰⁶⁶. Bu kriterle bağlantılı olarak mahkemenin kullandığı diğer kriter ise, bilirkişi tarafından kullanılan yöntem ve prensiplerin hata oranlarıdır. Bu kriter, mevcut ve kullanılan bilgiler ile test ortamı kapsamında, bilirkişi raporunda kullanılan bilimsel yöntem ve teknikle ilgili muhtemel hata oranlarını ifade etmektedir¹⁰⁶⁷. Ancak belirtmek gerekir ki, her bilimsel prensip veya yöntemin belirli bir hata oranı olabilir. Bu anlamda güvenilirlik incelemesi yapılırken ilgili yöntem veya prensibin hata oranına sahip olup olmadığını değil, hangi derecedeki hata oranının kabul edilebilir olduğunu değerlendirmek gerekir¹⁰⁶⁸. Daubert davasında hangi hata oranının kabul edilebileceğine dair kesin bir sayı telafuz edilmemiştir¹⁰⁶⁹. Bu sebeple, hâkim davanın ve ilgili bilimsel metodun özellikleriyle birlikte diğer güvenilirlik kriterlerini dikkate alarak hoş görülebilir hata oranını kendisi takdir edecektir¹⁰⁷⁰. Bu çerçevede hata oranı düşük olan yöntemin güvenilir bulunma ihtimali artarken, hata oranı yüksek olan yöntemin güvenilir bulunma ihtimali azalacaktır.

Üçüncü ve dördüncü kriter, esasen Frye davasında kullanılan “genel kabul” kuralının bir uzantısı gibidir. Bu iki faktör uyarınca hâkim, bilirkişinin kullandığı yöntem ve prensiplerin ilgili bilimsel çevrede kabul edilirliliğini değerlendirmektedir¹⁰⁷¹. Üçüncü kriterde öngörülen; emsal değerlendirme (peer review), dar manada bilimsel çalışma taslağının eleştirmenlere (ya da ilgili alandaki uzmanlara) gönderilmesini ve eleştirmenlerin yapacağı değerlendirmeye göre ilgili çalışmanın yayınlanıp yayınlanmamasına karar verilen süreci

¹⁰⁶³ Faigman vd., 2008: 31.

¹⁰⁶⁴ Cano v. Everest Minerals Corp., 362 F. Supp. 2d 814, 60. Kararın ilgili bölümü için bkz. Faigman vd., 2008: 31, dpn. 31.

¹⁰⁶⁵ Matson vd., 2005: 17; Kumho Tire Company v. Carmichael, 526 U.S. 137 (1999).

¹⁰⁶⁶ Faigman, 2013: 113.

¹⁰⁶⁷ Matson vd., 2005: 18

¹⁰⁶⁸ Faigman vd., 2008: 42-43.

¹⁰⁶⁹ Faigman vd., 2008: 44.

¹⁰⁷⁰ Faigman vd., 2008: 44.

¹⁰⁷¹ Green ve Sanders, 2012: 15; Saltzburg vd., 2011: 702-20.

ifade etmektedir¹⁰⁷². Daubert kararının Yüksek Mahkeme tarafından geri gönderilmesinden (remand of the case) sonra verilen ilk derece mahkeme kararında da belirtildiği gibi yayın (publication) ve emsal değerlendirme (peer review), kullanılan metot ve prensibin diğer bilim adamları tarafından da ciddiye alındığının önemli bir göstergesidir¹⁰⁷³. Kullanılan metot veya prensibin emsal değerlendirmeye ve sonrasında bir yayına konusu olması, ilgili metot ve prensiplerdeki hataların ortaya çıkma ihtimalini artırmaktadır¹⁰⁷⁴. Bu açıdan, eleştirmenlerden olumlu not alan ve hakemli yayına konu olan bilimsel çalışmalar, kural olarak yukarıda belirtilen üçüncü kriteri sağlamış kabul edilmektedir¹⁰⁷⁵. Ancak hâkim bu noktada gerçekleştireceği incelemede dikkatli davranmalıdır. Zira emsal değerlendirmenin (uzman-hakem incelemesinin) niteliği, bu değerlendirmeyi yapacak hakemlerin veya uzmanların kalitesine bağlı olduğundan geniş ve gevşek bir inceleme gerçekleştiren bir dergide yayınlanmış bilimsel bir yöntemin güvenilirliği de tartışmalı olmaya devam edecektir¹⁰⁷⁶. Bu nedenle hâkim sadece ilgili yöntem veya prensibin hakemli bir dergide yayınlanıp yayınlanmamasını değil, aynı zamanda o derginin kalitesini ve güvenilirliğini de değerlendirmek zorundadır¹⁰⁷⁷.

Dördüncü kriter ise, “genel kabul” kriteridir. Görüldüğü üzere Daubert mahkemesi “genel kabul” kriterini tamamiyle terk etmiş değildir. Ancak Daubert sonrası dönemde “genel kabul” kriteri, Frye” döneminden farklı olarak kesin bir kriter değildir¹⁰⁷⁸. Daubert’e göre “genel kabul” kriteri, hâkimin göz önünde bulundurması gereken kriterlerden sadece bir tanesidir. Hâkim diğer kriterlerle birlikte genel kabul kriterini değerlendirerek edindiği kanaate göre bilirkişinin kabulüne veya reddine karar verebilecektir¹⁰⁷⁹. Bu çerçevede, ilgili bilimsel alanda henüz tam olarak genel kabul görmemiş olmasına rağmen, durumun ve davanın özelliklerine göre diğer kriterlere uygun olan yeni bilimsel yöntem ve teknikleri kullanan bilirkişi yargılamaya dâhil edilebilecektir¹⁰⁸⁰. Böylece “genel kabul” kriterinin yeni

¹⁰⁷² Ancak belirtmek gerekir ki; emsal değerlendirme, sadece bilimsel çalışmanın yayınlanıp yayınlanmaması için gerçekleştirilmez. Bunun gibi bilimsel çalışmaya destek olacak bir kurum da, henüz bilimsel çalışmalar başlamadan önce ilgili çalışma önerisini (research proposal) inceleyip, değerlendirebilir. Aynı şekilde çalışma yayınlandıktan sonra da ilgili alandaki bilimsel topluluk çalışmayı incelemeye devam edebilir. Bkz. Faigman vd., 2008: 46. Örneğin; ilgili çalışmayı eleştiren diğer bir yazar, bu eleştirileri için ayrı bir yayın gerçekleştirebilir.

¹⁰⁷³ Daubert v. Merrel Dow Pharmaceuticals Inc., 43 F. 3d 1311 (9th Circuit 1995). Karar ve açıklamalar için bkz. Saltzburg vd., 2011: 702-22-23.

¹⁰⁷⁴ Daubert v. Merrel Dow Pharmaceuticals, 509 U.S. 579 (1993); Giannelli, 2013: 337; Lancaster ve Capozzola, 2010: 43; Faigman vd., 2008: 46.

¹⁰⁷⁵ Matson vd., 2005: 17.

¹⁰⁷⁶ Faigman vd., 2008: 45.

¹⁰⁷⁷ Faigman vd., 2008: 45.

¹⁰⁷⁸ Giannelli, 2013: 338; Faigman vd., 2008: 47.

¹⁰⁷⁹ Weissenberger ve Duane, 2011: 459-460; Faigman vd., 2008: 47.

¹⁰⁸⁰ Matson vd., 2005: 18; Faigman vd., 2008: 34; Saltzburg vd., 2011: 702-19.

gelişmeleri engellediği veya göz ardı ettiği yönündeki eleştiriler de bir şekilde bertaraf edilmiş olmaktadır.

Aynı şekilde “Frye” uygulamasından farklı olarak, Daubert sonrası dönemde yukarıda belirtilen faktörlerin önem sırası da değişmiştir. Mahkemeler “güvenilirlik” incelemesi yaparken öncelikli olarak ilk iki kriterin varlığı veya yokluğu üzerinde durmuşlardır¹⁰⁸¹.

Daubert kararında, bilirkişi delilinde kullanılan prensip ve yöntemlerin güvenilirliği üzerinde durulmuştur¹⁰⁸². Hâkim bilimsel bilirkişi görüşünün kabul edilebilirliğini, bu görüşü destekleyen bilimin güvenilirliğini inceleyerek değerlendirecektir¹⁰⁸³. Buna karşılık, bu karara göre bilirkişiler tarafından ulaşılan sonuçların güvenilirliğinin hâkim tarafından değerlendirilmesine gerek yoktur¹⁰⁸⁴. Bir başka ifadeyle hâkimler, bilirkişilerin ne söyleceklerinden ziyade neye dayanarak (hangi yönteme ve metodolojiye) bunu söylediklerini incelemelidir¹⁰⁸⁵. Ancak mahkemenin benimsediği bu anlayış, aşağıda ayrıntılı olarak incelenecek olan General Electric v. Joiner davasının da etkisiyle Federal Delil Kanunu’nun 702. maddesinde yapılan değişikliklerle reddedilmiştir¹⁰⁸⁶. Bu çerçevede güncel uygulama bakımından hâkimler sadece kullanılan prensip ve yöntemleri değil, bilirkişi tarafından ulaşılan sonuçları da kabul edilebilirlik incelemesinde değerlendirmek zorundadır¹⁰⁸⁷.

Daubert davasıyla birlikte bilirkişi delilinin güvenilirliği bakımından önemli kıstaslar getirilmiş olmasına rağmen birtakım problemler, bu davadan sonra da varlığını devam ettirmiştir. Özellikle Daubert davasının bilimsel alana (scientific) ilişkin bilirkişi deliline dayanmasından dolayı, bu kararlar ortaya çıkan kriterlerin bilimsel olarak nitelendirilmeyen bilirkişi deliline de uygulanıp uygulanmayacağı belirsiz kalmıştır¹⁰⁸⁸. Bunun yanında ilk derece mahkemelerinin güvenilirlikle ilgili verdiği kararların bir üst mahkeme tarafından nasıl değerlendirileceği de tartışmalara neden olmuştur¹⁰⁸⁹.

2.3.2.5.4. “General Electric Co. v. Joiner” Davası

Daubert davasından sonra, bilirkişi delilinin değerlendirilmesini şekillendirecek iki dava daha karara bağlanmıştır. Bunlar “General Electric v. Joiner”¹⁰⁹⁰ ve “Kumho Tire

¹⁰⁸¹ Green ve Sanders, 2012: 15.

¹⁰⁸² Saltzburg vd., 2011: 702-22

¹⁰⁸³ Faigman vd., 2008: 16.

¹⁰⁸⁴ Park vd., 2011: 539.

¹⁰⁸⁵ Daubert v. Merrel Dow Pharmaceuticals, 509 U.S. 579 (1993). Kararın ilgili bölümü hakkındaki açıklama için bkz. Lancaster ve Capozzola, 2010: 24.

¹⁰⁸⁶ Park vd., 2011: 539.

¹⁰⁸⁷ Park vd., 2011: 539.

¹⁰⁸⁸ Park vd., 2011: 539.

¹⁰⁸⁹ Park vd., 2011: 539.

¹⁰⁹⁰ General Electric Co. v. Joiner, 522 U.S. 136 (1997).

Company v. Carmichael”¹⁰⁹¹ davalarıdır. Esasen bu davalarda verilen kararlar, yeni birtakım kriterler getirmekten ziyade “Daubert” kriterlerinin nasıl anlaşılması ve uygulanması gerektiği yönünde açıklamalar içermektedir. Bu nedenle Daubert davası ile birlikte bu davaların tamamına, “Daubert üçlemesi” (Daubert Trilogy) ismi verilmektedir¹⁰⁹². Arz ettikleri önem nedeniyle belirtilen bu iki davanın ayrıca incelenmesi gerekmektedir.

“General Electric v. Joiner” davasında, Joiner isimli elektrikçi, zehirli bir kimyasala maruz kaldığı için akciğer kanserine yakalandığını iddia ederek çalıştığı şirket olan General Electric’e karşı dava açmıştır. İlk derece mahkemesi, davacı tarafın bilirkişi delilini kabul etmemiş ve davayı reddetmiştir. Zira hâkime göre bilirkişi raporu, akciğer kanseri ile maruz kalınan kimyasal arasındaki bağlantıyı gösterememiştir. Bilirkişi görüşünde analitik bir boşluk söz konusudur¹⁰⁹³. Karar temyiz edilmiş ve temyiz mahkemesi, takdir hakkının yanlış kullanıldığını (abuse of discretion), bilirkişi delilinin kabul edilmesi gerektiğini ifade ederek ilk derece mahkeme kararını bozmuştur. Dosya, son olarak Yüksek Mahkeme’nin (Supreme Court) önüne gelmiştir (certiorari). Yüksek Mahkeme; temyiz mahkemesinin takdir hakkının doğru kullanılıp kullanılmadığını inceleme yetkisi olduğunu kabul etmekle beraber, mevcut davada takdir yetkisinin doğru kullanıldığını belirterek, ilk derece mahkemenin haklı olduğuna karar vermiştir¹⁰⁹⁴. Bunun yanında Yüksek Mahkeme, Daubert’den farklı olarak sadece bilirkişi delilinde kullanılan yöntemi değil, aynı zamanda bilirkişinin nedensellik bağını açıkladığı sonuç kısmını da değerlendirmiştir.

Bu çerçevede; ilk derece mahkemelerinin “Daubert” kriterleri uyarınca bilirkişi delili üzerinde gerçekleştirdiği kabul edilebilirlik değerlendirmesi bakımından “General Electric” davasının getirdiği iki temel yenilik söz konusudur. Bunlardan birincisi, yapılacak değerlendirmenin sadece kullanılan prensip ve yöntemlerle sınırlı kalmayacağı, bu anlamda bilirkişi tarafından ulaşılan sonucun da değerlendirme kapsamında olduğunun açıklığa kavuşturulmasıdır¹⁰⁹⁵. Hatırlanacağı üzere Daubert davası sadece bilirkişi tarafından uygulanan metot ve prensiplerin güvenilirliğinden bahsetmekteydi¹⁰⁹⁶. “General Electric v. Joiner” davasıyla bu değerlendirme genişletilmiş, bilirkişinin sonuç kısmının da güvenilirlik incelemesi sırasında değerlendirilmesi karara bağlanmıştır. Zira mahkemeye göre ulaşılan

¹⁰⁹¹ Kumho Tire Company v. Carmichael, 526 U.S. 137 (1999).

¹⁰⁹² Giannelli, 2013. s. 339; Matson vd., 2005: 19.

¹⁰⁹³ Matson vd., 2005: 19.

¹⁰⁹⁴ Matson vd., 2005: 19.

¹⁰⁹⁵ Cwik ve Hutchinson, 2008: 111-112; Saltzburg vd., 2011: 702-22; Matson vd., 2005: 28.

¹⁰⁹⁶ Nitekim “Joiner” vekili, mahkemenin bilirkişi delilinin sonuç kısmını değerlendirmesinin, “Daubert”de benimsenen ve mahkemeye sadece bilirkişi delilinde kullanılan prensip ve yöntemi inceleme yetkisi veren temel kurala aykırı olduğunu ileri sürmüştür. Bkz. Matson vd., 2005: 19.

sonuçlar ve kullanılan metotlar birbirinden tamamen ayrı değildir¹⁰⁹⁷. Bilirkişi, güvenilir metotlar uygulamasına rağmen aykırı sonuçlara ulaşıyorsa, bu metotun uygulanmasında haklı olarak bir kopukluğun varlığı mahkeme tarafından varsayılabilir¹⁰⁹⁸. Ancak belirtmek gerekir ki; bu noktada, bilirkişi delilinin sonucu ile ilgili yapılacak değerlendirme içerik değerlendirmesi değildir. Dolayısıyla bilirkişiyi yargılamaya dâhil etmek isteyen taraf, bilirkişi görüşündeki değerlendirmenin (sonucun) doğruluğunu ispat etmeye çalışmaz¹⁰⁹⁹. Bu çerçevede, mahkemenin sadece ulaşılan sonucu kabul etmemesi (aynı fikirde olmaması) yahut karşı bilirkişi görüşlerinin değerlendirmeye konu olan bilirkişinin ulaştığı sonuçla çelişmesi bilirkişi görüşünün güvenilir sayılmamasına ve bu anlamda yargılama dışında bırakılmasına sebep olmaz¹¹⁰⁰. Burada kastedilen; sonucun kullanılan metotla uygunluğudur¹¹⁰¹. Bir başka deyişle, sonuca bilimsel ve metotsal olarak güvenilir bir şekilde ulaşıp ulaşılmadığı değerlendirilmelidir¹¹⁰². Bu kapsamda, bilirkişinin kullandığı yöntem ve prensiplerle ulaşılan sonuç arasında mantıksal boşluğun bulunduğu durumlarda, bilirkişi delilinin reddedilebileceği kabul edilmektedir.

Bu davayla getirilen ikinci yenilik ise, ilk derece mahkemelerinin bilirkişi delilinin kabul edilebilirliği hakkındaki kararlarının takdir hakkının kötüye kullanılması (abuse of discretion) nedeniyle temyiz mahkemeleri tarafından incelenebileceğinin ortaya konulmasıdır¹¹⁰³. Böylece ilk derece mahkemesinin takdir hakkını kötüye kullandığı durumlarda, temyiz mahkemesinin bu karara müdahale etme yetkisinin bulunduğu karara bağlanmıştır.

2.3.2.5.5. “Kumho Tire Company v. Carmichael” Davası

Yukarıda da belirttiğimiz üzere Daubert üçlemesinin son davası Kumho Tire Company v. Carmichael davasıdır¹¹⁰⁴. Bu davayla birlikte “Daubert” davasında kullanılan kriterlerin bilimsel olmayan bilirkişi deliline (non-scientific expert testimony) de uygulanıp uygulanmayacağı noktasındaki belirsizlik giderilmiştir¹¹⁰⁵.

Davaya konu olayda, Ford marka, minivan tipi bir araç arka lastiğinin patlaması sonucu takla atarak kaza yapmıştır. Kazada bir yolcu ölmüş, yedisi ise yaralanmıştır. Vefat

¹⁰⁹⁷ Saltzburg vd., 2011: 702-22.

¹⁰⁹⁸ Saltzburg vd., 2011: 702-22.

¹⁰⁹⁹ Milward v. Acuity Specialty Products Group Inc., 639 F. 3d 11, 15 (1st Circuit 2011) naklen Saltzburg vd., 2011: 702-22.

¹¹⁰⁰ Saltzburg vd., 2011: 702-26.

¹¹⁰¹ Matson vd., 2005: 28.

¹¹⁰² Milward v. Acuity Specialty Products Group Inc., 639 F. 3d 11, 15 (1st Circuit 2011) naklen Saltzburg vd., 2011: 702-22.

¹¹⁰³ Saltzburg vd., 2011: 702-22.

¹¹⁰⁴ Kumho Tire Company v. Carmichael, 526 U.S. 137 (1999).

¹¹⁰⁵ Park vd., 2011: 539.

edenin yakınları ve yaralananlar, patlayan lastiğin üretim ve dizayn kusurunun olduğunu ileri sürerek lastik üreticisi ve dağıtıcısı Kumho Tire şirketine dava açmıştır¹¹⁰⁶. Davacılar bu iddialarını desteklemek için tanıklığını lastik endüstrisindeki tecrübesine dayandıran bir lastik kusur analistini bilirkişi olarak tutmuştur¹¹⁰⁷. Bilirkişi, taraf iddialarını destekler nitelikte lastiğin hatalı olarak dizayn edilip, üretildiğini, bu durumun ise lastiğin patlamasına ve kazanın meydana gelmesine neden olduğunu ifade etmiştir¹¹⁰⁸. Buna karşılık davalı şirket, bilirkişi ifadesinin Federal Delil Kanunu’nun 702. maddesindeki şartları taşımadığını, ayrıca Daubert davasında öngörülen dört temel kriterin de bilirkişi tarafından sağlanamadığını ileri sürerek davanın reddini talep etmiştir¹¹⁰⁹. İlk derece mahkemesi, davacıların ileri sürdüğü bilirkişi görüşünün subjektif olduğunu, emsal değerlendirmeye konu olmadığını, hata oranlarının bilinmediğini ve bilirkişinin uyguladığı dört faktör metotunun genel kabul kriterini karşılamadığını belirterek (Daubert kriterlerini sağlamadığına dayanarak) bilirkişi ifadesinin yeterince güvenilir olmadığına karar vermiştir¹¹¹⁰.

Temyiz mahkemesi (circuit court), yapılan başvuru üzerine ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur (reversed). Temyiz mahkemesine göre Daubert incelemesi “bilimsel bilgiyle” sınırlıdır. Somut olayda ise bilirkişi, görüşünü bilimsel bilgidan ziyade ilgili alandaki tecrübesine dayandığı için bu tanıklık bakımından Daubert kriterleri uygulanamaz. Bu sebeple ilgili tanıklık bakımından, 702. madde çerçevesinde, farklı bir kabul edilebilirlik incelemesi yapılmalıdır¹¹¹¹.

Dava, davalı lastik üreticisinin talebiyle, son olarak Yüksek Mahkemenin (Supreme Court) önüne gelmiştir. Yüksek Mahkeme’ye göre her ne kadar tanıklığını, resmi bilimsel eğitimden (bilgiden) ziyade özel deneyime dayandıran bilirkişilerin bilimsel tanıklık için getirilen kriterleri karşılaması gerekme de bu kişilerin ispat edilebilir geçerli metotlar kullanması gereklidir¹¹¹². Bunun yanında Yüksek Mahkeme, ilk derece mahkemesinin kararına katılarak bilirkişi tarafından kullanılan teorinin yeterli bilgi ve açıklamayla desteklenmediğini ve bu konuda ilgili alandaki diğer uzmanların da gösterilebilir desteklerinin bulunmadığını belirtmiştir¹¹¹³. Yüksek Mahkeme’ye göre, Federal Delil Kanunu’nun 702.

¹¹⁰⁶ Matson vd., 2005: 20.

¹¹⁰⁷ Faigman vd., 2008: 48.

¹¹⁰⁸ Matson vd., 2005: 20. Bilirkişi, kendisinin belirlediği 4 faktör ile fazla (over-inflation) yahut az şişkinlik (underinflation) gibi lastiğin kusurlu üretimi dışındaki bir nedenden dolayı patlayıp patlamadığını incelemiştir. Bilirkişi yaptığı incelemede lastik şişkinliğinde uygunsuzluk bulunduğunu belirtmekle beraber bunun lastik patlamasının nedeni olarak tanımlanamayacağını belirtmiştir. Bkz. Saltzburg vd., 2011: 702-47.

¹¹⁰⁹ Matson vd., 2005: 20; Faigman vd., 2008: 48-49.

¹¹¹⁰ Saltzburg vd., 2011: 702-47; Faigman vd., 2008: 49.

¹¹¹¹ Faigman vd., 2008: 49.

¹¹¹² Park vd., 2011: 539.

¹¹¹³ Park vd., 2011: 539.

maddesi bilimsel bilgi ile teknik veya diğer özel bilgi arasında bir ayrım yapmamıştır¹¹¹⁴. Daubert davasındaki kararın bilimsel bilgiyle sınırlı olmasının nedeni sadece o davadaki ilgili uzmanlığın bilimsel bilgiye ilişkin olmasından kaynaklanmaktadır¹¹¹⁵. Bu çerçevede, gerek 702. maddenin yalın anlamı gerekse de bu maddenin düzenlenme amacı, koruma fonksiyonun (gatekeeping) bütün bilirkişilere uygulanmasına olanak tanımaktadır¹¹¹⁶.

Anlaşılabacağı üzere; bu kararlar birlikte özel bilgi ile bilimsel delil (bilgi) arasında keskin ayrım yapan görüş çürütülmüştür. Dolayısıyla, Daubert kriterlerinin sadece bilimsel yöntem ve prensiplere dayanan bilirkişi görüşlerine değil, bunun gibi teknik veya diğer özel bilgiye dayanan bilirkişi görüşlerine de uygulanması gerektiği bu davayla birlikte karara bağlanmıştır¹¹¹⁷.

Öte yandan bu kararlar birlikte bilirkişi delilinin güvenilirliği hakkında yapılacak incelemenin olayın özelliklerine göre her dava bakımından ayrı ayrı gerçekleştirilmesi gerektiği vurgulanmıştır¹¹¹⁸. Bu kapsamda, Daubert kriterlerinin yol gösterici nitelikte olduğu, dolayısıyla her davada zorunlu olarak uygulanmalarının gerekli olmadığı açıklığa kavuşturulmuştur¹¹¹⁹. Yüksek Mahkeme'ye göre birçok uzmanlık türü ve uzman vardır. Bu sebeple bütün davalar bakımından Daubert kriterlerinin nasıl uygulanacağına dair bir genelleme veya kategorizasyon yapılamaz¹¹²⁰. Dolayısıyla ilk derece mahkemesi, davanın özelliklerini ve ilgili uzmanlık türünü dikkate alarak, hangi Daubert kriterlerinin güvenilirlik incelemesinde kullanılacağına veya bunlardan farklı kriterler kullanılıp kullanılmayacağına karar vermelidir¹¹²¹.

2.3.2.5.6. Güncel FDK'nun 702. Maddesinin Güvenilirlik İncelemesi Bakımından Değerlendirilmesi

Federal Delil Kanunu'nun 702. maddesinde 2000 yılında yapılan değişiklikle birlikte Daubert, Joiner ve Kumho davalarında öngörülen güvenilirlik unsurları kanunlaştırılmaya çalışılmıştır¹¹²². Bu düzenlemeyle birlikte 702. madde kapsamında güvenilirlik incelemesi için üç temel kriter öngörülmüştür. Bunlar; tanıklığın yeterli (nitelikli) vakıa ve bilgiye dayanıp dayanmadığı, tanıklığın güvenilir prensip ve metotların ürünü olup olmadığı ve

¹¹¹⁴ Faigman vd., 2008: 49.

¹¹¹⁵ Faigman vd., 2008: 49.

¹¹¹⁶ Kumho Tire Company v. Carmichael, 526 U.S. 137 (1999). Kararın ilgili bölümleri ve açıklamalar için bkz. Beecher-Monas, 2011: 37; Faigman vd., 2008: 49; Lancaster ve Capozzola, 2010: 25.

¹¹¹⁷ Matson vd., 2005: 20; Beecher-Monas, 2011: 37; Giannelli, 2013: 340-341; Faigman vd., 2008: 48.

¹¹¹⁸ Kumho Tire Company v. Carmichael, 526 U.S. 137 (1999); Park vd., 2011: 539-540.

¹¹¹⁹ Park vd., 2011: 540; Lancaster ve Capozzola, 2010: 26; Saltzburg vd., 2011: 702-48.

¹¹²⁰ Faigman vd., 2008: 50.

¹¹²¹ Faigman vd., 2008: 50-51.

¹¹²² Giannelli, 2013: 332; Weissenberger ve Duane, 2011: 458; Saltzburg vd., 2011: 702-51; Park vd., 2011: 541.

tanığın bu prensip ve metotları güvenilir bir şekilde dava konusu vakıalara uygulayıp uygulamadığıdır¹¹²³.

Belirtmek gerekir ki; federal mahkemeler bakımından Daubert davası bağlayıcı bir içtihatır¹¹²⁴. Bu çerçevede, yukarıdaki unsurlar değerlendirilirken Daubert davasında öngörülen kriterler göz önünde bulundurulmalıdır¹¹²⁵. Öte yandan 702. madde uyarınca gerçekleştirilecek güvenilirlik incelemesinde, “General Electric” ve “Kumho Tire” davalarında yapılan açıklamalar da dikkate alınmalıdır. Bu sebeple, hâkim güvenilirlik incelemesini sadece bilimsel tanıklar üzerinde değil, bütün bilirkişileri kapsayacak şekilde uygulamalıdır¹¹²⁶. Ancak bilimsel nitelikte olmayan, tecrübeye veya teknik bilgiye dayanan (veya sosyal bilimler gibi yumuşak bilim olarak kabul edilen alanlarda) bilirkişi görüşlerinin güvenilirlik incelemesi sırasında Daubert davasında belirtilen kriterlerin aynen uygulanmaması veya değiştirilmesi söz konusu olabilir¹¹²⁷. Bu tür bilirkişi görüşlerine ilişkin güvenilirlik incelemesinin daha esnek yapılması mümkündür. Örneğin, bir araba tamircisinin tecrübesine dayanarak yaptığı araştırma, daha önce emsal değerlendirmeye tabi bir yayına konu olmadığı için, yargılama dışında bırakılmamalıdır¹¹²⁸. Zira bu tür durumlarda bilirkişi tarafından kullanılan “yöntem” veya “prensip”, esasen bizzat bilirkişinin sahip olduğu tecrübe olabilir¹¹²⁹. Aynı şekilde bulgularındaki muhtemel hata oranları hakkında kesin bir açıklama yapamayan bir sosyoloğun ifadesi de sırf bu nedenden dolayı yargılama dışında bırakılmamalıdır¹¹³⁰. Ancak belirttiğimiz üzere; bu durum, bu tür bilirkişi görüşleri için

¹¹²³ Saltzburg vd., 2011: 702-51,52; Park vd., 2011: 541.

¹¹²⁴ Park vd., 2011: 541. Buna karşılık eyalet mahkemeleri bakımından Daubert kararı bağlayıcı nitelikte değildir. Bu durum Federal Delil Kanun’un 702. maddesinin eyalet kanun koyucusu tarafından aynen alınması hali için de geçerlidir. Zira eyalet yüksek mahkemesi, eyalet kanunlarını Federal Yüksek Mahkeme kararlarıyla bağlı olmaksızın istediği gibi yorumlayabilir. Bkz. Age: 541. Bu olguya rağmen, yirmi yedi eyaletin Daubert davasında belirtilen güvenilirlik kriterlerini benimsediği belirtilmektedir. Bkz. Bronstein, 2012: 86.

¹¹²⁵ Park vd., 2011: 543.

¹¹²⁶ Cwik ve Hutchinson, 2008: 126-127; FDK 702 The Advisory Committee Note; Saltzburg vd., 2011: 702-355. Her ne kadar güvenilirlik incelemesi sadece bilimsel bilirkişi deliline değil bütün bilirkişilere uygulanacaksa da, bu incelemenin bilirkişi delilinin kategorisine göre farklılık göstereceği de açıktır. Bazı durumlarda bu kategorizasyon kolay bir şekilde yapılabilir. Örneğin; atomun varlığı ve yapısı bilimsel (scientific), bilgisayarın nasıl bir araya getirileceği teknik (technical), mükemmel bir elma için en iyi şeklin ne olduğunun tespiti ise (diğer) özel bilgi kapsamında (other specialized knowledge) sayılabilir. Ancak bir tanıklığın hangi kategoriye gireceği her zaman için açık değildir. Örneğin, bilgisayarın bilgi üretme sürecinin teknik mi bilimsel mi olduğu açık değildir. Aynı şekilde bir kişinin yaşayacağı yirmi beş yıl içinde ne kadar para kazanabileceğini açıklayan bilirkişi görüşünün hangi kategoriye gireceği de kolayca açıklanamaz. Bkz. Park vd., 2011: 547.

¹¹²⁷ Saltzburg vd., 2011: 702-49.

¹¹²⁸ Saltzburg vd., 2011: 702-49.

¹¹²⁹ Saltzburg vd., 2011: 702-55. Aynı şekilde bir polis memurunun, sanıklar tarafından kullanılan bazı ifadelerin, uyuşturucu ticaretinde kullanılan kod ifadeler olduğu yönündeki ifadesi de yoğun bir tecrübeye dayanan bilirkişi görüşüdür. Bilirkişinin kullandığı prensip, sanıkların kendi hareketlerini gizlemek için sıklıkla kod ifadeler kullanmasıyken, bilirkişinin kullandığı metot sanıkların gerçekleştirdiği konuşmaların anlamlarını, sahip olduğu yoğun tecrübeyi uygulayarak analiz etmektir. Bkz. Age: 702-356.

¹¹³⁰ Saltzburg vd., 2011: 702-49.

güvenilirlik incelemesi yapılmayacağı anlamına gelmez¹¹³¹. Hâkim, Daubert davasında öngörülen kriterlerle olmasa da bu yöntem ve prensiplerin (tecrübenin) güvenilir olup olmadığını ve dava konusu olaylara güvenilir bir şekilde uygulanıp uygulanmadığını değerlendirmek zorundadır¹¹³². Örneğin, bilirkişinin incelemesini yaparken, profesyonel mesleğinde kendisinden beklenen, entelektüel titizliği gösterip göstermediği güvenilirlik incelemesi sırasında dikkate alınabilir¹¹³³. Bunun gibi bu tür bilirkişi görüşlerinin güvenilirliği değerlendirilirken “Daubert” kriterlerinden sadece bir kısmı da göz önünde bulundurulabilir. Örneğin, yukarıda belirtilen sosyoloğun kanaatine ulaşmak için kullandığı yöntem veya prensiplerin, ilgili alandaki diğer uzmanlar tarafından genel olarak kabul görüp görmediği, güvenilirlik incelemesinde değerlendirilebilir. Bu çerçevede hâkim, bu tür bilirkişi görüşlerini kabul etmeden önce de iyi bir şekilde gerekçelendirildiklerinden, iyi bir zemine oturtulduklarından ve spekülatif olmadıklarından emin olmalıdır¹¹³⁴. Dolayısıyla tecrübe gibi bilimsel olmayan temellere dayanan bilirkişi, bu tecrübenin kendisini nasıl sonuca götürdüğünü, neden bu tecrübenin kendi görüşü için yeterli bir temel olarak sayılabileceğini ve bu tecrübenin olaylara güvenilir bir şekilde uygulandığını açıklamak zorundadır¹¹³⁵.

Yukarıda açıkladığımız üzere Federal Delil Kanunu’nun 702. maddesinde güvenilirlik incelemesi için kullanılan birinci kriter; tanıklığın yeterli (nitelikli) vakıa ve bilgilere dayanıp dayanmadığıdır. Bu kritere göre hâkim, güvenilirliğini incelerken bilirkişinin tanıklık için yeterli bir temele (sufficient foundation) sahip olup olmadığını değerlendirmelidir¹¹³⁶. Tanıklığın yeterli vakıa ve bilgilere dayanıp dayanmadığı tespit edilirken ise, bilirkişinin karar vericilere aktaracağı görüşünün içeriği ve niteliği önem arz eder. Bu sebeple, bu kriterin değerlendirilmesi çokça tanık ifadesinin doğasına bağlıdır¹¹³⁷. Nitekim bilirkişinin, karar vericileri eğitmek amacıyla ilgili uzmanlık alanındaki genel prensipleri anlattığı durumlarda, bilirkişinin özel bir bilgi veya vakıaya dayanması gerekli olmayabilir. Bu noktada bilirkişinin sadece uzmanlığı ve tecrübesi yeterli sayılabilir¹¹³⁸. Buna karşılık davalının hareketlerinin davacı aleyhine bir zarara yol açıp açmadığının tespit edilmesi gibi, dava konusu vakıalara özel görüşlerin, yine dava konusuna has bilgi ve vakıalarla desteklenmesi gerekir. Bu noktada bilirkişinin sadece ilgili alanda uzman olmasına, genel prensiplere veyahut da sağduyuya

¹¹³¹ Saltzburg vd., 2011: 702-49,50, 55.

¹¹³² Saltzburg vd., 2011: 702-356.

¹¹³³ Saltzburg vd., 2011: 702-50.

¹¹³⁴ FDK 702 Committee Notes on Rules-2000 Amendment; Saltzburg vd., 2011: 702-355.

¹¹³⁵ Saltzburg vd., 2011: 702-356.

¹¹³⁶ Saltzburg vd., 2011: 702-52.

¹¹³⁷ Park vd., 2011: 545.

¹¹³⁸ Park vd., 2011: 545-546.

dayanılarak görüş bildirilmesi mümkün değildir¹¹³⁹. Örneğin, bir doktorun kalp krizinin risk faktörlerini açıklaması için genel uzmanlığının dışında herhangi bir özel bilgi veya vakıya dayanması gerekli değilken, aynı doktorun belirli bir kişinin kalp krizi için risk faktörlerini açıklarken, ifadesini daha belirli ve somut bilgilere dayandırması gereklidir¹¹⁴⁰. Öte yandan vakıalar hakkında uyuşmazlığın bulunduğu durumlarda, bilirkişiler vakıaların farklı versiyonlarını ele aldıklarından dolayı farklı sonuçlara ulaşabilirler¹¹⁴¹. Bu tür durumlarda hâkim, sadece kendi inanmadığı vakıa versiyonuna dayanarak görüş bildiren bilirkişi görüşünü “yeterli bilgi ve vakıaya dayanmadığı [sufficient facts or data-FDK m. 702(a)]” için yargılama dışında bırakamaz¹¹⁴². Zira daha önce belirttiğimiz üzere vakıalar hakkında karar verme yetkisi kural olarak jüri üyelerindedir.

Federal Delil Kanunu’nun 702. maddesi uyarınca güvenilirlik incelemesinde kullanılacak diğer kriter ise, tanıklığın (bilirkişi görüşünün) güvenilir prensip ve metotların ürünü olup olmadığıdır. Bu kriter, değerlendirilirken özellikle Daubert davasında belirtilen unsurların göz önünde bulundurulması gerekir¹¹⁴³. Bu unsurlar şunlardır;

- Bilirkişinin kullandığı yöntem test edilebilir mi ve/veya test edildi mi?
- Kullanılan yöntem veya prensibin bilinen veya muhtemel hata oranları nedir?
- Kullanılan yöntem ve sonuçlar emsal değerlendirmeye veya bir yayına konu oldu mu?¹¹⁴⁴
- Kullanılan yöntem veya ilkeler, ilgili bilimsel çevrede genel olarak kabul görmüş müdür?
- Kullanılan teknik ve yöntemin işleyişini kontrol eden standartlar mevcut mudur¹¹⁴⁵?

¹¹³⁹ Park vd., 2011: 546.

¹¹⁴⁰ Park vd., 2011: 546.

¹¹⁴¹ Saltzburg vd., 2011: 702-357; Hutchinson, 2012: 6-7.

¹¹⁴² Saltzburg vd., 2011: 702-357.

¹¹⁴³ Park vd., 2011: 546; Cwik ve Hutchinson, 2008: 110; Saltzburg vd., 2011: 702-52.

¹¹⁴⁴ Birçok mahkeme; bir hastalığın nedenini açıklayan bilirkişi görüşlerinin yayınlanmış çalışmalara dayanması gerektiğini vurgulamaktadır. Buna karşılık diğer bazı mahkemeler, yayınlanmış çalışmalara dayanmasa dahi diğer unsurlar incelendiğinde güvenilir metotlara (ayırıcı teşhis metodu gibi-differential diagnosis) dayandığı kabul edilen (hastalık nedenini açıklayan) bilirkişi görüşlerini de yargılamaya dâhil edebilmektedir. Bkz. Cwik ve Hutchinson, 2008: 113-114.

¹¹⁴⁵ Ticari sırların ihlali ve sebepsiz zenginleşme ile ilgili bir davada; makine mühendisliği alanında profesör olan bilirkişi, davalının dizayn çizimlerinin, davacının çizimlerinden kopyalandığını ifade etmiştir. Bilirkişi, çizimlerdeki benzerliklerin karşılaştırıldığı bir metot geliştirmiştir. Bu metot uyarınca geliştirdiği 21 kritere göre de yaklaşık olarak davalının çizimin %55’nin davacının çiziminde kopyalandığını ileri sürmüştür. İlk derece mahkeme bu delili kabul etmiş ve jüri bu bilirkişi görüşüne uygun olarak davalıyı 40.000.000 dolardan fazla tazminata mahkûm etmiştir. Yapılan temyiz incelemesinde (sixth circuit), ilk derece mahkemenin bilirkişi görüşü ile ilgili herhangi bir bulguya ulaşmayarak koruma fonksiyonunu (gatekeeping function) terk ettiği belirtilmiştir. Zira bilirkişinin kanaatini oluştururken kullandığı metot yeni, henüz test edilmemiş, emsal değerlendirmeye ve yayına konu olmamış, bilinen veya muhtemel hata oranları oluşmamış ve ilgili bilimsel çevrede henüz genel olarak kabul görmüş olmamasına rağmen ilk derece mahkemesi bilirkişiyi yargılamaya dâhil etmiştir. Mike’s Train House, Inc. v. Lionel, LLC, 472 F. 3d 398 (6th Cir 2007). Karar ve açıklamalar için bkz. Cwik ve Hutchinson, 2008: 241-242.

Belirtmek gerekir ki; yukarıda belirtilen unsurlar, kullanılan yöntemin en iyi yöntem olup olmadığından ziyade güvenilir olup olmadığını değerlendirmek için kullanılmaktadır¹¹⁴⁶. Bilimsel alanda bir vakıa veya bulgudan sonuç çıkarmak için birçok yöntem ve prensip kullanılabilir¹¹⁴⁷. Bilirkişi delilinin güvenilir kabul edilebilmesi için bilirkişinin ilgili alanda en iyi olan veya en çok kullanılan yöntem veya prensibi kullanması gerekmez¹¹⁴⁸. Önemli olan bilirkişinin kullandığı metotun bilimsel veya teknik açıdan güvenilir ve muteber olup olmadığıdır¹¹⁴⁹. Bilirkişi, ilgili alanda kabul edilen ancak fazla kullanılmayan yahut diğerleriyle çatıştığı iddia edilen veyahut da bazı hatalara neden olduğu ileri sürülen bir yöntem veya prensip kullanabilir. Böyle bir durumda, ilgili metot veya prensip güvenilirlik kriterlerini karşıladığı müddetçe bilirkişi delili yargılamaya dâhil edilmeli, yöntemin eksik veya kusurları ise çapraz sorgulama sırasında yargılamanın diğer tarafınca değerlendirilmelidir¹¹⁵⁰. Bu çerçevede taraflarca, farklı metot ve prensipler kullanan birbirine zıt bilirkişi görüşleri ileri sürüldüğü durumlarda, bir tarafın bilirkişi görüşünün güvenilir olarak kabul edilmesi, diğer bilirkişi görüşünün güvenilirmez sayılması için gerekçe olamaz¹¹⁵¹.

Daha önce belirttiğimiz üzere Daubert davasında kullanılan bu unsurlar sınırlı sayıda da değildir¹¹⁵². Bu anlamda hâkim, davanın ve uzmanlık alanının özelliklerine göre bu unsurlardan hepsini veya bir kısmını kullanabileceği gibi bunların dışında farklı kriterler de kullanabilir¹¹⁵³. Nitekim 702. maddeye ilişkin danışma kurulu notunda, hâkimlerin

¹¹⁴⁶ Saltzburg vd., 2011: 702-46.

¹¹⁴⁷ Saltzburg vd., 2011: 702-46.

¹¹⁴⁸ Cwik ve Hutchinson, 2008: 56. Trafik kazası nedeniyle açılan bir davada, farmakolojist olan davalı tarafın bilirkişisi, "half-life" olarak adlandırılan bir teknik ile müteveffanın kazadan kısa bir süre önce en az 200 mg kokain kullandığı yönünde görüş bildirmiştir. İlk derece mahkeme, diğer farmakolojistlerin dozajı belirlemek için farklı yöntemler kullandığını belirterek, bilirkişi delilini yargılama dışında bırakmıştır. Temyiz mahkemesi, güvenilirlik incelemesinin tek bir kriter üzerinden yerine getilemeyeceğini belirttiikten sonra *Daubert davasının mahkemeyi birçok bilimsel teoriden hangisinin en iyi kaynağa sahip olduğu noktasında karar vermek için görevlendirmedeğini, sadece bilirkişinin açıkladığı sonuca, bilimsel ve metodolojik olarak güvenilir bir şekilde ulaşıp ulaşılmadığının değerlendirilmesi gerektiğini* açıklayarak, ilk derece mahkemenin takdir hakkını yanlış kullandığına karar vermiştir. Ruiz-Torche v. Pepsi Cola of P.R. Bottling Co., 161 F. 3d 77 (1st Circuit 1998). Kararın ilgili bölümleri ve açıklamalar için bkz. Saltzburg vd., 2011: 702-46.

¹¹⁴⁹ Beecher-Monas, 2011: 38; Saltzburg vd., 2011: 702-46.

¹¹⁵⁰ Cwik ve Hutchinson, 2008: 56.

¹¹⁵¹ Saltzburg vd., 2011: 702-354; FDK m. 702 Committee Notes on Rules-2000 Amendment.

¹¹⁵² Giannelli, 2013: 339; Park vd., 2011: 546; Saltzburg vd., 2011: 702-48; Cwik ve Hutchinson, 2008: 110. Örneğin bir ceza davasında; ölçülemeyen, test edilemeyen ve daha önce herhangi bir emsal değerlendirmeye konu olmayan yöntem dayanan bilirkişi görüşü, uygulanan metotun ilgili bilimsel çevrede genel olarak kabul edildiği belirtilerek yargılamaya dahil edilmiştir. United States v. Brown 415 F.3d 1257 (11th Cir. 2005). Kararın ilgili bölümü ve açıklamalar için bkz. 555 vd.

¹¹⁵³ Hutchinson, 2012: 7. Örneğin, bir markanın iltibas oluşturup oluşturmadığını değerlendirmek için iki alışveriş merkezinde tüketicilerle anket çalışması yapan bilirkişinin kullandığı metotun özünde hatalı (fundamentally flawed) olduğuna karar verilmiştir. Mahkemeye göre anket çalışması yanlış müşteri kitlesini kapsadığı gibi ankette kullanılan sorular metodolojide belirsiz ve muğlaktır. Buna göre bu vahim hatalar, anket çalışmasını daubert kriterlerini tatmin etmek açısından çok güvensiz hale getirmektedir. Citizens Financial Group Inc. v. Citizens National Bank of Evans City 383 F. 3d 110 (3d Cir. 2004). Karar ve açıklamalar için bkz. Cwik ve Hutchinson, 2008: 117-118.

kullanabileceği ek veya alternatif bazı kriterler öngörülmüştür¹¹⁵⁴. Buna göre hâkimler, bilirkişinin alternatif açıklamaları (ihtimalleri) layıkıyla hesaba katıp katmadığını¹¹⁵⁵; iddia edilen uzmanlık alanın bilirkişinin ifade vereceği görüş tipi için güvenilir sonuçlara ulaşmaya yetecek kadar bilinip bilinmediğini¹¹⁵⁶ ve bilirkişinin görüşünü hazırlarken, profesyonel olarak yaptığı meslekte olduğu kadar dikkatli ve titiz davranıp davramadığını güvenilirlik incelemesi sırasında değerlendirebilir¹¹⁵⁷. Bunun yanında bilirkişinin kullandığı metot veya prensibin uyumsuzluktan bağımsız bir araştırmanın ürünü olup olmadığı yahut bunun aksine bilirkişinin görüşünü açıkça yapacağı tanıklık için geliştirip geliştirmediği de güvenilirlik incelemesinde kullanılabilir¹¹⁵⁸.

Belirtmek gerekir ki; Daubert davasından sonraki mahkeme kararları incelendiğinde güvenilirlik incelemesi sonucunda, bilirkişi tanıklığının reddedilmesinin bir kuraldan ziyade istisna olduğu söylenebilir¹¹⁵⁹. Bu çerçevede, Daubert davasının Federal Delil Kuralları üzerinde çok büyük bir değişim oluşturmadığı ve hâkimlerin koruma fonksiyonun, mücadeleciler sistem yerine geçecek şekilde kullanılmadığı görülmektedir¹¹⁶⁰.

Federal Delil Kanunu'nun 702. maddesi uyarınca gerçekleştirilecek güvenilirlik incelemesinde kullanılacak üçüncü kriter; kullanılan prensip ve yöntemlerin, bilirkişi tarafından güvenilir bir şekilde dava konusu vakılara uygulanıp uygulanmadığıdır. Bu kriterin Kanuni olarak düzenlenmesiyle, ("General Electric Co. v. Joiner" davasında da öngörüldüğü üzere), sadece güvenilir yöntemler kullanmanın, bilirkişi tarafından sunulan görüşü güvenilir kabul etmek için yeterli olmadığı açıklığa kavuşturulmuştur¹¹⁶¹. Bu çerçevede kullanılan yöntem ve prensipler güvenilir olsa da, hâkim bu yöntemlerin dava konusu olaylara doğru bir şekilde uygulanmadığına kanaat getirirse bilirkişi delilini yargılama dışında bırakabilir¹¹⁶². Özellikle hâkim, güvenilir metot ve prensipler uyguladığını belirten ancak ilgili alandaki diğer

¹¹⁵⁴ Park vd., 2011: 546.

¹¹⁵⁵ Bir mahkeme kararına göre, davacının mevcut durumuna sebep olan diğer sebepleri göz önünde bulundurmayan bilirkişi delili yargılama dışında bırakılmalıdır. Claar v. Burlington N.R.R., 29 F. 3d. 499 (9th Cir. 1999) Buna karşılık diğer bir mahkeme kararına göre; en açık sebep, bilirkişi tarafından göz önünde bulundurulup, diğer nedenler makul bir şekilde göz ardı edilmişse, diğer nedenlerin muhtemelliği delilin ağırlığıyla ilgilidir. Davaların ilgili kısımları için bkz. Bkz. FRE 702. maddesi danışman kurulu notu (The Advisory Committee Note).

¹¹⁵⁶ "Kumho" davasında da belirtildiği gibi ilgili alanın kendisinin güvenilirlikten uzak olduğu durumlarda, Daubert davasında belirtilen "genel kabul" kriteri gibi unsurlar, bilirkişi tanıklığının güvenilir olup olmadığını değerlendirmek noktasında yardım sağlamamaktadır. Örneğin, astroloji veya büyüculük gibi alanlarda (sözde disiplinlerde) genel kabul görmüş olsalar da, bu alanlarda kullanılan teoriler güvenilir olarak nitelendirilemez. Kumho Tire Company v. Carmichael, 526 U.S. 137 (1999). Karar ve açıklamalar için bkz. Saltzburg vd., 2011: 702-353.

¹¹⁵⁷ FDK 702. maddesi danışman kurulu notu (The Advisory Committee Note).

¹¹⁵⁸ Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc., 43 F.3d 1311, 1317 (9th Circuit 1995). Karar ve ilgili açıklamalar için bkz. Saltzburg vd., 2011: 702-352; Lancaster ve Capozzola, 2010: 40-41.

¹¹⁵⁹ Saltzburg vd., 2011: 702-353.

¹¹⁶⁰ Saltzburg vd., 2011: 702-353; FDK 702 Committee Notes on Rules-2000 Amendment.

¹¹⁶¹ Saltzburg vd., 2011: 702-52.

¹¹⁶² Park vd., 2011: 547; FDK 702 Committee Notes on Rules-2000 Amendment.

uzmanların ulaşamayağı bir sonucu elde eden bilirkişinin bu yöntem ve prensipleri olaya güvenilir bir şekilde uygulamadığından şüphe duyabilir¹¹⁶³. Örneğin, parmak izinin ilgili kişiden geldiğini tespit etmek için iki örnek arasında sekiz benzerliğin bulunması gerektiğini ifade eden¹¹⁶⁴ bilirkişinin daha sonra yaptığı açıklamada aralarında beş benzerlik tespit etmesine rağmen iki örneğin de aynı kişiye ait olduğu yönündeki ifadesi güvenilir bulunmadığı için yargılama dışında bırakılabilir¹¹⁶⁵. Ancak belirtmek gerekir ki, bilirkişinin böyle bir hata yapması oldukça zordur. Bilirkişi genellikle kullandığı yönteme uygun bir şekilde ifade vereceğinden, pratikte mahkemenin yalnızca bu sebebe dayanarak bilirkişi delilini yargılama dışında bırakması oldukça güçtür¹¹⁶⁶. Nitekim mahkemeler de bu yöntemin uygulanmasında katı davranmamaktadır. Yöntemin yanlış uygulandığının gösterilmesi noktasında genellikle mücadeleci sistemin temel araçları olan çapraz sorgulama ve karşıt bilirkişi görüşünün kullanılması teşvik edilmektedir¹¹⁶⁷. Öte yandan Federal Delil Kanunu'nun 702. maddesinde belirtilen bu güvenilirlik kriteri, bilirkişinin bilimsel veya teknik bir bilgiyi olaya uygulamak suretiyle ulaştığı sonuçları karar vericilere aktardığı durumlara münhasırdır. Bilirkişinin asli görevinin karar vericileri ilgili bilimsel veya teknik konuda eğitmek yahut aydınlatmak olduğu durumlarda, ilgili metot ve prensibin dava konusu vakıalara uygulanması söz konusu olmadığından güvenilirlik incelemesinde bu kriterin göz önünde bulundurulması gerekmez. Ancak tekrar belirtmek gerekir ki; bu durum, bu tür bilirkişi görüşleri için kabul edilebilirlik incelemesi yapılmayacağı anlamına gelmez. Hâkim, bu durumda da bilirkişinin uzman olup olmadığını, görüşünün güvenilir olup olmadığını, karar vericilere yardımcı olup olamayacağını ve görüşünün uyumsuzlukla ilgili (relevance-fit) olup olmadığını değerlendirmek zorundadır¹¹⁶⁸.

2.3.3. Kabul Edilebilirlik İncelemesinin Gerçekleştirilmesi

Hâkim tarafından gerçekleştirilecek kabul edilebilirlik incelemesi, ancak taraflardan birinin karşı tarafın bilirkişisinin kabul edilebilirliğine itiraz ettiği durumlarda gerçekleştirilmesi gereken bir süreçtir¹¹⁶⁹. Bir başka ifadeyle, aleyhine bilirkişi delili sunulmak istenen taraf, bilirkişi delilinin kabul edilebilirliğine ilişkin bir itirazda bulunmazsa,

¹¹⁶³ FRE 702 Committee Notes on Rules-2000 Amendment; Saltzburg vd., 2011: 702-354.

¹¹⁶⁴ Unutulmamalıdır ki; mahkeme öncelikle bilirkişi tarafından kullanılan bu yöntemin (8 benzerlik şartı) güvenilir olup olmadığı değerlendirmek zorundadır.

¹¹⁶⁵ Park vd., 2011: 548. Bir başka davada da, dizayn kusurunun var olduğunu iddia eden bilirkişi görüşünün sonuç kısmı, bilirkişinin uyguladığı test ile uyumlu (tutarlı) olmadığı için kısmen yargılama dışında bırakılmıştır. Childs v. Gen. Motors Corp., 1998 U.S Dist. Lexis 10991. Kararın ilgili bölümü ve açıklamalar için bkz. Cwik ve Hutchinson, 2008: 112, dñn. 51.

¹¹⁶⁶ Park vd., 2011: 547-548.

¹¹⁶⁷ Park vd., 2011: 548.

¹¹⁶⁸ FRE 702 Committee Notes on Rules-2000 Amendment; Saltzburg vd., 2011: 702-355.

¹¹⁶⁹ Weinstein/Berger, 2011: 13-20; Sales ve Shuman, 2005: 13.

kural olarak hâkim bu incelemeyi gerçekleştirmez¹¹⁷⁰. Buna karşılık bir itirazın bulunması halinde, hâkim ilgi veya güvenilirlik kriterlerinin varlığını ve yokluğunu incelemek zorundadır¹¹⁷¹.

Bilirkişinin kabul edilebilirliğine ilişkin itirazın ne zaman yapılabileceğine dair açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bununla birlikte yargı kararlarından anlaşıldığı kadarıyla bu itirazların makul bir süre içinde yapılması gerekir. Nitekim bir mahkeme kararına göre de bilirkişi raporunu beş ay önce alan tarafın, itiraz etmek için tanığın ifade vermesinden hemen önceye kadar beklemesi uygun görülmemiştir. Mahkemeye göre, zamansız yapılan Daubert itirazları (kabul edilebilirlik itirazları) ancak nadir olaylarda dikkate alınmalıdır¹¹⁷².

İleri sürülen bilirkişi delilinin FDK'nun 702. maddesinde belirtilen kabul edilebilirlik şartlarını karşıladığı noktasında mahkemeyi ikna etme sorumluluğu (ispat yükü-burden of proof) onu yargılamaya dâhil eden taraf üzerindedir¹¹⁷³. Bir başka deyişle, bilirkişi delilinin kabul edilebilirlik şartlarını karşılayıp karşılamadığı yönündeki belirsizliğin sonuçlarına bilirkişiyi yargılamaya dâhil eden taraf katlanır. Bu sebeple, iki taraf da bu değerlendirme sırasında sessiz kalır yahut bilirkişi delilinin lehine ve aleyhine olan hususlar (deliller) dengede kalırsa, hâkim bilirkişi delilini yargılama dışında bırakabilir¹¹⁷⁴. Hâkimin bu noktadaki ispat yükünü yanlış belirlemesi, koruma fonksiyonun doğru (gatekeeping) yerine getirilmemesinden dolayı üst mahkeme tarafından bozma nedeni sayılabilir¹¹⁷⁵.

Hâkim, davanın ve durumun özelliklerine göre, kabul edilebilirlik değerlendirmesini çeşitli şekillerde gerçekleştirebilir. Hâkimin gerekli kanaate ulaşmak için nasıl bir yol izleyeceği, diğer bir ifadeyle ihtiyacı olan bilgiyi nasıl sağlayacağı kural olarak kendi takdirindedir¹¹⁷⁶. Bu çerçevede hâkim, duruşma öncesi dönemde gerçekleşen ve discovery (disclosure) olarak adlandırılan bölümde tarafların ileri sürdüğü iddia ve bilgileri değerlendirmek suretiyle bu incelemeyi gerçekleştirebileceği gibi, kabul edilebilirlik

¹¹⁷⁰ Ancak belirtmek gerekir ki; tarafların itirazının bulunmadığı durumlarda dahi güvenilirlik incelemesinin gerçekleştirilebileceğine ve bilirkişi delilinin re'sen yargıma dışında bırakılabileceğine dair kararlar bulunmaktadır. Bkz. *Hoult v. Hoult*, 57 F.3d 1 (1st Cir. 1995). Kararın ilgili bölümleri için bkz. Faigman vd., 2008: 17, dpn. 5. Bu karara göre; bir itirazın bulunmadığı durumlarda dahi hâkim, bilirkişi görüşünün (tanıklığının) güvenilirliğini incelemek zorundadır. *Cwik ve Hutchinson*, 2008: 24-25.

¹¹⁷¹ Weinstein/Berger, 2011: 13-20.

¹¹⁷² *Hill v. Principi*, 439 F. 3d 18 (1st Circuit 2006). Karar ve ilgili açıklamalar için bkz. Saltzburg vd., 2011: 702-350. Bir başka mahkeme kararına göre de, “Daubert” itirazı (bilirkişinin “güvenilirliğine” ve “ilgisine” ilişkin itiraz) duruşmada (kanaatimizce en geç duruşmada) yapılmalıdır. Bu nedenle, itirazını ilk defa temyiz (appeal) aşamasında yapan taraf, itiraz hakkından vazgeçmiş sayılır. Bkz. *U.S. v. Vargas*, 471 F.3d 255, 72 Fed. R. Evid. Serv. 64 (1st Cir. 2006). Kararın ilgili bölümleri ve açıklamalar için bkz. Lancaster ve Capozzola, 2010: 27.

¹¹⁷³ *Cwik ve Hutchinson*, 2008: 531; Faigman vd., 2008: 20-21; Lancaster ve Capozzola, 2010: 14.

¹¹⁷⁴ Faigman vd., 2008: 21.

¹¹⁷⁵ Faigman vd., 2008: 20.

¹¹⁷⁶ Weinstein/Berger, 2011: 13-21; Saltzburg vd., 2011: 702-66.

incelemesinin yapılması için ayrı bir celse de açabilmektedir¹¹⁷⁷. Taraflarca, duruşma öncesi açıklanan iddia, savunma ve bilgiler, bilirkişi delilinin “ilgi” veya “güvenilirlik” değerlendirmesinin yapılmasına yeterliyse, hâkim ayrı bir celse açmadan bilirkişi delilinin kabul veya reddine karar verebilir¹¹⁷⁸. Buna karşılıklı hâkim bu iddia ve bilgilerle yeterli kanaate ulaşamazsa, kabul edilebilirlik kararının verilmesi için ayrı bir celse açılmasına hükmedebilir.

Uygulamada ise kabul edilebilirlik değerlendirilmesi, genellikle ayrı bir celse açılmak suretiyle gerçekleştirilmektedir. “Daubert celseleri (Daubert Hearing, Preliminary Hearing) olarak bilinen bu oturumlar, hâkimin takdirine göre duruşmadan (trial) önce veya duruşma sırasında yapılabilmektedir¹¹⁷⁹. Ancak özellikle karışık davalarda esas duruşmadan önce jürinin bulunmadığı ayrı bir celseyle gerçekleştirilmesi uygun görülmektedir. Bu celsede hâkim normal yargılama aşamalarından farklı olarak daha aktif bir rol almaktadır¹¹⁸⁰.

Hâkim özellikle bilirkişi delilinin güvenilirliğini, bu anlamda bilirkişi görüşünün güvenilir metot ve prensiplere dayanıp dayanmadığını veya bu prensip ve metotların dava konusu olaylara doğru bir şekilde uygulanıp uygulanmadığını değerlendirirken kendisi araştırma yapabilir (judicial notice)¹¹⁸¹. Bunun yanında ilgili metotun güvenilirliği noktasında mevzuatta hükümler bulunabilir (statutory recognition)¹¹⁸². Örneğin; hız kontrolü için radar kullanılması veya kişinin alkollü olup olmadığının tespiti için kan testi yapılması, Kanuni olarak kabul edilmiş metotlardır¹¹⁸³. Böyle bir düzenleme bulunduğu takdirde, bilirkişi görüşünde kullanılan metotların güvenilir olduğu varsayılır. Bunun yanında taraflar bilirkişi delilinde kullanılacak yöntem ve prensiplerin güvenilir olduğu noktasında anlaşma (stipulation) yapabilir¹¹⁸⁴. Bu anlaşmayla, bilirkişi görüşünü ileri süren taraf, bu bilirkişinin güvenilir temellere dayandığını ispat yükünden kurtulmuş olurken, yargılamanın diğer tarafı, sunulan bilirkişi görüşünün güvenilirliği noktasında yapabileceği itirazdan feragat etmiş olur¹¹⁸⁵. Ancak belirtmek gerekir ki, bazı Amerikan mahkemeleri, bu şekilde yapılan anlaşmanın doğrudan bilirkişi delilinin kabul edilmesini sağlamayacağı yönünde kararlar vermektedir. Örneğin; birçok mahkeme, tarafların üzerinde anlaşmasına rağmen yalan

¹¹⁷⁷ Faigman vd., 2008: 18; Weinstein/Berger, 2011: 13-21; Cwik ve Hutchinson, 2008: 73, 126; Saltzburg vd., 2011: 702-66.

¹¹⁷⁸ Weinstein/Berger, 2011: 13-22; Saltzburg vd., 2011: 702-66.

¹¹⁷⁹ Weinstein/Berger, 2011: 13-22; Cwik ve Hutchinson, 2008: 72.

¹¹⁸⁰ Green ve Sanders, 2012: 3.

¹¹⁸¹ Giannelli, 2013: 333.

¹¹⁸² Giannelli, 2013: 333.

¹¹⁸³ Giannelli, 2013: 333.

¹¹⁸⁴ Giannelli, 2013: 333.

¹¹⁸⁵ Giannelli, 2013: 333.

makinesine ilişkin bilirkişi görüşünün kabul edilmesine karşı çıkmaktadır¹¹⁸⁶. Son olarak da ilgili yöntem ve bu yöntemlerin güvenilirliği, bilirkişi de dâhil olmak üzere farklı delillerle ispat edilebilir¹¹⁸⁷.

Bilirkişi delilinin kabul edilip edilmemesi noktasında mahkemenin geniş bir takdir hakkı vardır¹¹⁸⁸. Mahkeme olayın ve bilirkişi görüşünün özelliklerine göre bilirkişi delilinin kabul edilip edilmeyeceğine karar verir. Ancak hâkim gerek duruşmalı gerekse de duruşmasız olarak yapacağı bu değerlendirmeyi kayıtlara geçirmelidir. Zira bilirkişi delilinin kabulüne veya reddine ilişkin karar ile bu kararın gerekçesinin kayıtlara geçmesi, bir üst mahkeme tarafından yapılacak temyiz incelemesinin sağlıklı gerçekleştirilebilmesi için zaruridir¹¹⁸⁹. İlk derece federal mahkemelerin bilirkişi delilinin kabul edilebilirliğine ilişkin kararları, takdir hakkının kötüye kullanıldığı (abuse of discretion standard) gerekçe gösterilerek temyiz mahkemesi tarafından bozulabilmektedir¹¹⁹⁰. Ancak temyiz mahkemesi tarafından yapılan bu inceleme, genellikle çok açık hatalarla sınırlı kalmaktadır¹¹⁹¹.

Yukarıda açıklandığı üzere Daubert davası uyarınca mahkemelerce yapılacak “güvenilirlik” değerlendirmesi için kullanılacak kriterler oldukça fazla ve bazı durumlarda karmaşıktır. Öyle ki; bu incelemenin bilimsel bir gelişmişlik gerektirmesinden dolayı hâkimleri amatör bir bilim adamı gibi davranmaya ittiği, eleştirel bir şekilde ifade edilmektedir¹¹⁹². Bu noktada ortaya çıkan temel tartışma ise, hâkimlerin bu değerlendirmeyi yapmaya ehil olup olmadıkları yönünde yoğunlaşmaktadır. Birtakım yazarlara göre, bilimsel alt yapıları olmayan hâkimlerin özellikle karmaşık konularda “güvenilirlik” testini hakkıyla gerçekleştirmeleri mümkün değildir. Eksik veya yetersiz bilgiyle yapılacak inceleme ise, sunulan bilirkişi raporu üzerinde verilecek kabul edilebilirlik kararlarını önemli ölçüde etkileyecektir¹¹⁹³. Bu görüşte olan yazarlar, hâkimlerde “güvenilirlik” değerlendirmesi için gerekli olan bilimsel alt yapının olup olmadığını inceleyen çalışmalara dayanmaktadır. Bu çalışmalara göre farazi davalarda hâkimler, temel bilimsel sorularda normal bir jüri üyesinden daha iyi cevaplar verememektedir. Aynı şekilde Daubert kriterleri arasında bulunan “hata

¹¹⁸⁶ Giannelli, 2013: 333.

¹¹⁸⁷ Giannelli, 2013: 333; Cwik ve Hutchinson, 2008: 52.

¹¹⁸⁸ Giannelli, 2013: 328.

¹¹⁸⁹ Weinstein/Berger, 2011: 13-23; Goebel v. Denver and Rio Grande Western R.R. Co., 215 F.3d 1083 (10th Cir. 2000). Kararın ilgili bölümü için bkz. Faigman vd., 2008: 18-19.

¹¹⁹⁰ Cwik ve Hutchinson, 2008: 55; Lancaster ve Capozzola, 2010: 15; Demirkapı, 2003: 66, dpn: 123.

¹¹⁹¹ Cwik ve Hutchinson, 2008: 55.

¹¹⁹² Faigman vd., 2008: 32; Demirkapı, 2003: 66, dpn: 121.

¹¹⁹³ Jurs, 2010: 1344-1346, 1351.

orani” veya “yanılabilirlik” gibi kavramları açıklanması istenen hâkimler, sorulara yeterli cevapları vermekte zorlanmaktadır¹¹⁹⁴.

Hâkimlerin, bilimsel alt yapı eksikliği nedeniyle, “güvenilirlik” değerlendirmesini uygun şekilde yapamayacağını ileri süren görüş taraftarları esasen güvenilirlik testinin yapılmasına karşı değildir. Ancak hâkimler, bazı davalarda kendi başlarına bu değerlendirmeyi yapmakta yetersiz kalabilir. Bu görüşte olan bazı yazarlara göre bilimsel açıdan var olan eksikliğin Federal Delil Kanunu’nun 706. maddesi uyarınca re’sen atanacak bir bilirkişiyle yahut teknik danışman vasıtasıyla giderilmesi mümkündür¹¹⁹⁵. Böylelikle taraflarca getirilen ve taraflı bir tutum sergileyebilecek bilirkişilerin analizleri bağımsız bir uzman tarafından değerlendirilebilecektir¹¹⁹⁶. Aynı şekilde hâkimler, bağımsız şekilde gerçekleştirilecek yargısal bir incelemeyle, bilimsel alt yapının kuvvetlendirilmesini sağlayabilecektir¹¹⁹⁷.

Daha önce belirttiğimiz üzere; Daubert davasında öngörülen güvenilirlik incelemesinin temel amacı jüri üyelerini yanlış ve güvenilmez bilirkişi delilinden korumaktır. Jüri üyelerini güvenilmez bilirkişi delilinden koruyacak kişi ise, hâkimdir. Hâkim kendisine yüklenen koruma fonksiyonu (gatekeeping) uyarınca güvenilmez bulduğu bilirkişi delilini yargılama dışında bırakmaktadır. Bu noktada akla şu soru gelebilir; jüri üyelerinin bulunmadığı davalarda böyle bir fonksiyona ve dolayısıyla güvenilirlik incelemesine gerek var mıdır? Soruya olumlu cevap verildiği takdirde ise, takip eden soru şu olabilir; bu inceleme hangi katılıkta gerçekleştirilmelidir? Doktrinde ve yargı içtihatlarında birinci soruya genel olarak olumlu yanıt verilmektedir¹¹⁹⁸. Buna karşılık bu incelemenin hangi katılıkta gerçekleştirileceği ise tartışmalıdır. Bir mahkeme kararına göre; Daubert incelemesi jürisiz yargılamalarda da gerçekleştirilmesi gereken bir süreçtir. Ancak jüri yargılamalardan farklı olarak, bu durumda Daubert kriterlerin çok katı bir şekilde uygulanmasına gerek yoktur. Hâkim, sınırda bir kabul edilebilirlik incelemesi gerçekleştirerek, şüpheli bir bilirkişi görüşünü de takdiren yargılamaya dâhil edebilir. Ancak bu durumda bu görüşün delilsel ağırlığını, taşıdığı şüpheyi dikkate alarak değerlendirmelidir¹¹⁹⁹. Bir başka mahkeme kararında da jüri üyelerinin bulunmadığı davalarda (bench trial), Daubert kriterlerinin çok

¹¹⁹⁴ Araştırmanın detayları ve hâkimlerin bilimsel alandaki eksikliklerini gösteren farklı araştırma örnekleri için bkz. Jurs, 2010: 1345-1350.

¹¹⁹⁵ Hakim (justice) Bryer, General Electric v. Joiner, 522 U.S. 136, 148 (1997); Faigman vd., 2008: 83. Nitekim bazı mahkemelerin, FDK’nun 702. maddesi uyarınca yaptıkları değerlendirmelerde, mahkeme bilirkişilerini (court appointed expert) kullandıkları belirtilmektedir. Bkz. Park vd., 2011: 557.

¹¹⁹⁶ Hâkim (justice) Bryer, General Electric v. Joiner, 522 U.S. 136, 148 (1997); Jurs, 2010: 1351

¹¹⁹⁷ Jurs, 2010: 1351, 1353.

¹¹⁹⁸ Faigman vd., 2008: 22; Lancaster ve Capozzola, 2010: 26.

¹¹⁹⁹ SmithKline Beecham Corp. v. Apotex Corp., 247 F. Supp. 2d 1011 (N.D I11 2003). Kararın ilgili bölümü için bkz. Faigman vd., 2008: 22.

daha esnek uygulanabileceği ifade edilmiştir¹²⁰⁰. Bu yönde bir başka mahkeme kararına göre de; hâkimin tek karar verici olduğu davalarda, mahkemenin koruma fonksiyonu önemli ölçüde azalmaktadır. Zira jüri üyeleri bulunmadığından, jüri güvenilir delillerle maruz kalmayacak dolayısıyla da duruşmanın bozulması söz konusu olmayacaktır¹²⁰¹. Bu kararlara karşılık doktrindeki bir görüşe göre; Daubert incelemesinin temel amacı jüri üyelerini güvenilir ve şüpheli bilirkişi görüşünden korumak olsa da Daubert incelemesinin tek amacı bu değildir. Bu inceleme, belirtilen amacın yanında, aleyhine bilirkişi görüşü sürülen tarafı, uygunsuz ve güvenilir olmayan bilirkişi görüşüne karşı çıkmak için delil ve kaynak üretme külfetinden kurtarır. Bunun yanında bu incelemeyle, yargılama sisteminin güvenilir bilirkişi delili için harcayacağı gereksiz zaman ve para da korunmuş olur. Bunun gibi bu inceleme, güvenilir bir delile dayanıldığı görüntüsünü bertaraf ederek, yargı sisteminin saygınlığını da güvence altına alır¹²⁰². Bu nedenlerle jürili ve jürisiz yargılama, kabul edilebilirlik için farklı hususları ortaya çıkarsa da hâkim, jüri üyelerinin bulunmadığı yargılamalarda dahi Daubert kriterlerini kolayca bir kenara bırakmamalıdır¹²⁰³.

2.4. Bilirkişi Türleri

Amerikan hukukunda, taraflarca atanan bilirkişi ve mahkeme tarafından atanan bilirkişi olmak üzere, iki tür bilirkişinin varlığından söz edilebilir. Ancak uygulamada hâkimler Kanun'un kendilerine verdiği bilirkişi atama yetkisini hemem hemen hiç kullanmamaktadır. Bilirkişiler genellikle taraflarca yargılamaya dâhil edilmektedir¹²⁰⁴. Bu çerçevede, Türk hukuk sisteminin aksine Amerikan yargılamasında kural; tarafların bilirkişi tayin etmesi, istisna ise, hâkimin bilirkişi atamasıdır. Bunun yanında hâkim tarafından bilirkişi atandığı durumlarda dahi taraflar kendi bilirkişilerini yargılamaya dâhil edebilmektedir. Aynı şekilde tarafların yargılamaya bilirkişi delili sunması, mahkemenin sonradan re'sen bilirkişi atamasına engel olmamaktadır.

2.4.1. Taraflarca Atanan Bilirkişi

Davanın tarafları, davanın çözümüne katkı sağlayacak, kendi iddia ve savunmalarını destekleyecek bir veya birden fazla bilirkişiyi yargılamaya dâhil edebilir. Bu anlamda herhangi bir sınırlamaya tabi değildirler. Ancak mahkeme birden fazla bilirkişi atamanın

¹²⁰⁰ Trustmark Ins. Co. v. General Cologne Life Re of America, 2003 WL 21688229 (N.D. Ill 2003). Kararın ilgili bölümü için bkz. Faigman vd., 2008: 22, dñn. 2. Aynı yönde Hollander v. Sandoz Pharmaceuticals Corp., 289 F.3d 1193, 1206 (10th Cir. 2002). Kararla ilgili açıklamalar için bkz. Lancaster ve Capozzola, 2010: 26.

¹²⁰¹ Bu ve benzeri kararlar için bkz. Saltzburg vd., 2011: 702-173.

¹²⁰² Faigman vd., 2008: 22.

¹²⁰³ Faigman vd., 2008: 22.

¹²⁰⁴ Broun vd., 2013: 141.

gereksiz olduğuna kanaat getirirse, Federal Delil Kanunu'nun 403. maddesine dayanarak bilirkişi sayısını sınırlandırabilir. Bunun yanında bilirkişinin yeterli niteliklere sahip olması, kullandığı bilgi ve yöntemin “ilgi” ve güvenilirlik kriterlerini sağlaması ve bilirkişi görüşünün ilgili konuda karar vericilere yardım sağlayabilmesi gereklidir. Aksi takdirde bilirkişi delili, mahkeme tarafından kabul edilmez (FDK m.702).

Taraflar, yargılamaya dâhil edecekleri uzmanları (bilirkişileri) çeşitli şekillerde bulabilmektedir. Bu çerçevede, avukatlar genellikle çevrelerindeki meslektaşları vasıtasıyla yahut benzer davalardaki görüşlerin incelenmesi yoluyla uygun uzmanları bulmaya çalışmaktadır¹²⁰⁵. Bunun yanında ilgili alanda yayınlanmış bilimsel eserlerin okunup, yazarın bulunması yoluyla veya baro gibi kuruluşların yayınladığı listeler yahut son yıllarda sıklıkla görüldüğü gibi internet vasıtasıyla da uygun bilirkişiler seçilmeye çalışılmaktadır¹²⁰⁶. Belirtilenler dışında ilgili çevredeki üniversiteler veya meslek kuruluşları vasıtasıyla da ihtiyaç duyulan uzmanların bulunabileceği belirtilmektedir¹²⁰⁷. Taraflarca bilirkişi seçilmesinin doğal sonucu olarak, davacı veya davalı taraf kendi iddia ve savunmalarını en iyi şekilde destekleyecek bilirkişiler bulmak istemektedir¹²⁰⁸. Bu araştırmayı yaparken de, durumun ve davanın özelliklerine göre, bilirkişilerde çeşitli özelliklerin mevcudiyeti aranmaktadır. Bunlardan en önemlisi ise, kuşkusuz ilgi alandaki uzmanlıktır¹²⁰⁹. Zira uyuşmazlık konusu vakıayı ve delili yeterli derecede analiz edemeyen bilirkişi, mahkemenin ve kendisini tutan tarafın ihtiyacı olan bilgiyi de sağlayamaz. Diğer taraftan bilirkişinin iletişim kabiliyetinin ve dava tecrübesinin bulunması da taraflar için önem arz etmektedir¹²¹⁰. Bilirkişinin teknik veya bilimsel meseleleri gerek kendisini tutan tarafa gerekse de karar vericilere sağlıklı bir şekilde aktarabilmesi için iletişim ve anlatım yeteneğinin kuvvetli olması gerekmektedir. İletişim yeteneğinin uzantısı olarak bilirkişinin ikna yeteneği de bir tercih nedenidir. Zira tarafın temel amacı bilirkişi vasıtasıyla ileri sürdüğü vakıa veya delillerle ilgili karar vericilerde bir kanaat oluşturmaktır. Bunun sağlanması içinse bilirkişinin beyanını oluştururken kullandığı yöntemin ve karar vericiler huzurunda yapacağı tanıklığın ikna edici nitelikte olması gerekmektedir. Tarafların bilirkişi seçimini etkileyen diğer hususlar ise, bilirkişinin ikametgâhı ve taraflardan talep edeceği ücrettir¹²¹¹. Bilirkişinin uyuşmazlığın görüldüğü bölgeye yakın oturması, gerek kendisini tutan tarafla gerekse de dava dosyasıyla daha rahat iletişim kurmasını sağlar. Bunun yanında yol ve günlük masrafları önemli ölçüde

¹²⁰⁵ Lancaster ve Capozzola, 2010: 166.

¹²⁰⁶ Lancaster ve Capozzola, 2010: 166 vd.

¹²⁰⁷ Lancaster ve Capozzola, 2010: 167.

¹²⁰⁸ Broun vd., 2013: 140.

¹²⁰⁹ Matson vd., 2005: 30.

¹²¹⁰ Matson vd., 2005: 30.

¹²¹¹ Matson vd., 2005: 30-31.

azalır. Bilirkişinin talep edeceği ücret de, uyuşmazlığın tarafları bakımından bilirkişi seçiminde önemli kriterlerden bir tanesidir¹²¹². Zira davaya bilirkişi delilini sunmak isteyen taraf, ilgili bilirkişinin ücretini kendisi ödemek zorundadır.

Yukarıda belirtilen şekillerde seçilen bilirkişi ile taraf (veya taraf vekili) arasında bir sözleşme imzalanarak, bilirkişiye ödenecek ücret ile bilirkişinin sağlayacağı hizmetin ve yardımın kapsamı belirlenmektedir¹²¹³. Kural olarak, bu noktada tarafları ve bilirkişiyi sınırlandıran herhangi bir hüküm söz konusu değildir. Ancak bilirkişi ücretinin çok yüksek kararlaştırılması veya sürekli aynı bilirkişilerle çalışılması, karar vericilerin bilirkişi görüşüne karşı olan inançlarını zedeleyebilir¹²¹⁴. Öte yandan mevcut bir çıkar çatışması (conflict of interest) da bilirkişi ile çalışılmasına ve bu anlamda bilirkişinin yargılamaya dâhil edilmesine engel olabilir. Örneğin, taraflardan biri uyuşmazlığın başında bir uzman ile anlaşır, ancak daha sonra onunla çalışmamaya karar verirse, yargılamanın diğer tarafının bu uzman ile anlaşıp anlaşamayacağı tartışmalıdır¹²¹⁵. Bunun gibi aynı danışmanlık şirketinde çalışan iki uzmandan birisiyle davacının, diğeriyle ise davalının çalışıp çalışamayacağı da şüphelidir¹²¹⁶. İkinci örneğe benzer bir olayda, mahkeme, davalının başka bir firmadan başka bir uzman ile anlaşması gerektiğine karar vermiştir¹²¹⁷. Birinci örneğe benzer durumlarda ise farklı mahkeme kararlarında farklı yaklaşımlar benimsenmiştir¹²¹⁸. Ancak özetle; mahkemeler bu hususu değerlendirirken temel olarak iki unsuru dikkate almaktadır. Bu çerçevede mahkemeler, birinci taraf (bilirkişi ile ilk olarak anlaşılan tarafın) ile bilirkişi arasında objektif olarak güven ve imtiyaza dayalı bir ilişkinin (confidential relationship) kurulup kurulmadığını ve bu ilişki kapsamında önemli ve gizli kalması gereken bilgilerin (confidential and privileged) bilirkişiye açıklanıp açıklanmadığını değerlendirmektedir¹²¹⁹. Bu kapsamda, bilirkişi ile birinci taraf arasında gerçekleşen ve birlikte çalışmanın mümkün olup olmadığına karar verilen tek bir görüşme, birinci unsurda belirtilen bir ilişkiyi oluşturmadığından, diğer tarafın aynı bilirkişiyle anlaşma yapmasına ve bu anlamda bilirkişinin yargılamaya dâhil

¹²¹² Matson vd., 2005: 31. Yukarıda sayılan unsurların dışında; bilirkişinin ne kadar meşgul olduğu bu anlamda dava için gerekli özeni gösterip gösteremeyeceği veya bilirkişi bir danışmanlık firmasından ise esas işin ne kadarının hata yapma ihtimali yüksek olan alt çalışanlar ve ne kadarının asıl uzman tarafından yapılacağı bilirkişi seçilirken dikkat edilmesi gereken diğer hususlardır. Bkz. Lancaster ve Capozzola, 2010: 170.

¹²¹³ Lancaster ve Capozzola, 2010: 171.

¹²¹⁴ Lancaster ve Capozzola, 2010: 171.

¹²¹⁵ Lancaster ve Capozzola, 2010: 172.

¹²¹⁶ Lancaster ve Capozzola, 2010: 172.

¹²¹⁷ Sells v. Wamser, 158 F.R.D. 390 (S.D. Ohio 1994). Kararın ilgili bölümleri ve açıklamalar için bkz. Lancaster ve Capozzola, 2010: 174. Aynı yönde; Paul By and Through Paul v. Rawlings Sporting Goods Co., 123 F.R.D. 271 (S.D. Ohio 1988). Bkz. Lancaster ve Capozzola, 2010: 172.

¹²¹⁸ Lancaster ve Capozzola, 2010: 172.

¹²¹⁹ Eckstein ve Nyffeler, 2012: 4; Lancaster ve Capozzola, 2010: 173 vd. Öte yandan bazı mahkemeler, bu incelemeyi yaparken bilirkişinin ifade vermesinin (yahut vermemesinin) kamu yararı üzerindeki etkisini de değerlendirmektedir. Bkz. Eckstein ve Nyffeler, 2012: 4.

edilmesine engel olmaz¹²²⁰. Aynı şekilde birinci taraf ile anlaşmış olmasına rağmen kendisine herhangi bir özel bilgi verilmemiş olan bilirkişinin daha sonra yargılamanın diğer tarafı ile çalışabilmesi de mümkündür¹²²¹. Zira belirttiğimiz üzere, sadece güven ve imtiyaza dayalı bir ilişkinin mevcut olması tek başına bilirkişinin diğer tarafla çalışmasına engel değildir¹²²². Bunun yanı sıra bu ilişkiye dayanarak özel ve gizli bilgilerin bilirkişiye açıklanması gereklidir. Buna karşılık, davada takip edilecek strateji; yahut uyuşmazlıkta kendilerinin (birinci tarafın) veya karşı tarafın güçlü ve zayıf noktaları veyahut da karşı tarafın yapması muhtemel savunmalara ilişkin görüşler bilirkişiye açıklanmışsa, bu bilirkişinin yargılamanın diğer tarafıyla anlaşması uygun görülmemektedir¹²²³.

Taraflar, bilirkişi tayin etmek zorunda değildir¹²²⁴. Ancak bilirkişi görüşünün, delil olarak kabul edilmesinin bir sonucu olarak, bilirkişi olmaksızın anlaşılamayacak veya ispatlanamayacak konularda bilirkişi atanması, ispat yükü üzerinde bulunan taraf bakımından bir zorunluluk haline gelebilir¹²²⁵. Böyle bir durumda bilirkişi atanmaması veya atanan bilirkişinin mahkeme tarafından kabul edilir bulunmaması halinde ilgili taraf iddiasını ispatlayamamış sayılır ve davası reddedilir¹²²⁶.

Taraf iradesi üzerine kurulu Amerikan bilirkişilik sistemi, doktrinde birçok yönüyle eleştirilmektedir. Bu eleştirilerin odak noktası ise bilirkişilerin tarafsızlığıdır¹²²⁷. Taraflarca seçilen ve ücreti ödenen bilirkişilerin tarafsızlığı doğal olarak şüphelidir. Zira taraflar bilirkişilerini seçerken, en iyi bilim adamlarını değil, kendi iddia ve savunmalarını destekleyebilecek en iyi bilirkişileri aramaktadır¹²²⁸. Bazı istisnai uyuşmazlıklar dışında da istenilen doğrultuda görüş verebilecek bilirkişi bulmakta zorlanılmamaktadır. Öte yandan bilirkişiler arasındaki rekabetin fazlalığı ve oluşan ticari atmosfer bilirkişileri, tarafların istediği şekilde rapor vermeye itmektedir. Bunun yanında tarafla kurulan yakın ilişki sonucu oluşan takım ruhu etkisiyle meydana gelen bağlılık veya başka davalar bakımından tekrar bilirkişi olabilme güdüsünün verdiği yönlendirme, bilirkişileri objektif görüş vermekten uzaklaştırabilmektedir¹²²⁹. Bütün bu unsurların sonucu olarak da taraflarca seçilen ve ücreti

¹²²⁰ Mayer v. Dell, 139 F.R.D. 66 (D. Md. 1992). Kararın ilgili bölümleri ve açıklamalar için bkz. Lancaster ve Capozzola, 2010: 175.

¹²²¹ Lancaster ve Capozzola, 2010: 174-175.

¹²²² Lancaster ve Capozzola, 2010: 175.

¹²²³ Eckstein ve Nyffeler, 2012: 5.

¹²²⁴ Weissenberger ve Duane, 2011: 455-456.

¹²²⁵ McLain, 2009: 4. Örneğin, dizayn kusuru ile ilgili bir davada ilgili ürünlerdeki hatanın ancak bilirkişi ile tespit edilebileceğine karar verilmiştir. International Brotherhood of Teamsters v. United States, 431 U.S. 324 (1977) Karar ve açıklamalar için bkz. Weissenberger ve Duane, 2011: 456.

¹²²⁶ Weinstein/Berger, 2011, s. 13-5.

¹²²⁷ Broun vd., 2013: 140.

¹²²⁸ Broun vd., 2013: 140; Deason, 1998: 66; Prichard, 2005: 128-129.

¹²²⁹ Jurs, 2010: 1338-1339; Lee, 1988: 483.

ödenen bilirkişinin ne ölçüde bilimsel prensiplere sadık kalacağı, bu anlamda objektif olacağı şüpheli hale gelmektedir¹²³⁰.

Amerikan yargılama sisteminin ağırlıklı olarak taraf bilirkişileri üzerine kurulması, tarafsızlığın yanında diğer bazı problemleri de beraberinde getirmektedir. Bu problemlerden bir tanesi de taraf bilirkişilerinin neden olduğuna inanılan eşitsizliktir. Bilirkişinin taraflarca seçilip, yine taraflarca ücretinin ödenmesinin sonucu olarak; daha fazla parası olan taraf, daha iyi uzman veya uzmanlarla çalışma imkânını bulurken ekonomik durumu kötü olan taraf, yeterli ve nitelikli uzmanlarla çalışma şansı bulamamaktadır. Bu durumun ekonomik açıdan güçlü olan taraf lehine yargılamada haksız bir avantaj oluşturduğu belirtilmektedir¹²³¹. Öte yandan taraflarca bilirkişi atanmasının yargılamada verimsizliğe de neden olduğu ileri sürülmektedir¹²³². Tarafların gereksiz ve ilgisiz bilirkişi delili sunmaları ve yine bu delillerin yürütülmesi için harcanan emek ve zaman göz önünde bulundurulduğunda gerek tarafların gerekse de mahkemenin kaynaklarının boşa harcanabildiği ifade edilmektedir¹²³³.

Sadece taraf bilirkişiliğine dayalı bir sistemin, hakikatin bulunması açısından da sakıncalı olduğu ileri sürülmektedir. Belirttiğimiz üzere ortak hukukun benimsediği mücadelecî sistemde delilleri temin etmek ve karar vericilere sunmak tarafların yükümlülüğündedir¹²³⁴. Bu çerçevede tarafların dava konusu olayı canlandırmak için bütün ilgili delilleri sunacakları varsayılmaktadır¹²³⁵. Ancak bazı durumlarda, belirtilen bu varsayıma göre hareket edilmediği görülmektedir. Özellikle vakıalar hakkında bir kanaate ulaşmak için karar vericilerin bilirkişi görüşüne ihtiyaç duyduğu ceza davaları, patent davaları veya zehirlenme sebebiyle açılan haksız fiil davaları gibi karmaşık uyuşmazlıklarda, tarafların uygun ve yeterli bilirkişi görüşü sunmaması halinde, yargılamanın temel amaçlarından olan hakikati bulmanın zorlaşacağı belirtilmektedir¹²³⁶. Bunun yanında taraflarca atanan bilirkişi görüşlerinin genellikle birbiriyle çelişmesinden dolayı karar vericilerin iki kutup arasında karar vermeye zorlandığı ifade edilmektedir¹²³⁷. Bu kapsamda, iki zıt bilimsel görüşün delilsel ağırlıkları, bu anlamda da hangisine üstünlük tanınacağı değerlendirilirken karar vericilerin ek bir yardıma ihtiyaç duyduğu ileri sürülmektedir¹²³⁸. Böyle bir yardımın bulunmaması halinde

¹²³⁰ Lee, 1988: 483.

¹²³¹ Lee, 1988: 482-483.

¹²³² Lee, 1988: 484.

¹²³³ Lee, 1988: 484.

¹²³⁴ Lee, 1988: 484.

¹²³⁵ Lee, 1988: 485.

¹²³⁶ Lee, 1988: 485 vd.

¹²³⁷ Deason, 1998: 65-66.

¹²³⁸ Lee, 1988: 488.

ise, özellikle çözümü bilirkişi görüşüne bağlı uyuşmazlıklarda yine hakikatin bulunması açısından delilsel bir boşluğun ortaya çıkacağı belirtilmektedir¹²³⁹.

Bilirkişilik üzerindeki taraf hâkimiyetinin getirdiği olumsuzlukları bertaraf etmek için doktrinde çeşitli öneriler sunulmuştur. Bu önerilerden birçoğu mevcut sistemin tamamen kaldırılmasından ziyade yapılacak çeşitli düzenlemelerle aksaklıkların giderilmesi yönündedir. Bu önerilerin başında ise, mahkeme bilirkişisinin yaygın olarak kullanılması gelmektedir¹²⁴⁰. Bu düşüncede olan bir Yazar'a göre; mahkeme tarafından atanan bilirkişi veya bilirkişi kurulu, tarafların ileri sürdüğü birbirleriyle çelişen bilirkişi görüşlerini dinleyerek, hangisinin haklı olduğu noktasında karar vericilere yardım sağlayabilir¹²⁴¹. Yazar, bu bilirkişilerin (mahkeme tarafından atanan) sağladığı görüşlerin de bilirkişi delili olarak nitelendirileceğini, bu bilirkişilerin de taraflarca sorgulanabileceğini ve yine taraf bilirkişileri gibi discovery yöntemlerine tabi tutulabileceğini belirtmektedir¹²⁴². Bunun yanında doktrinde uzmanlardan oluşan jüri ve teknik danışmanla desteklenmiş hâkimin mevcut yargılama sistemine alternatif olabileceği belirtilmektedir¹²⁴³. Bu düşünceye göre; sebep olabileceği birtakım sakıncalara rağmen böyle bir jüri sistemi (sıradan insanlardan değil uzmanlardan oluşan bir jüri), tarafsız ve rasyonel karar verme süreci sağlayacağı gibi tarafların Anayasal güvence altında olan jüri yargılama haklarına da zarar vermeyecektir¹²⁴⁴.

Bilirkişinin taraflarca yargılamaya dâhil edilmesinin sakıncalı yönleri olmasına rağmen bilirkişi delilinin değerlendirilmesi açısından avantajları da yok değildir. Bilindiği üzere; Türk hukukunda bilirkişi, mahkeme tarafından yargılamaya dâhil edilmekte, taraflar bu konuda pasif davranmaktadır. Mahkeme tarafından atanan bilirkişinin verdiği görüş ise, yeterince değerlendirilememektedir. Zira ne taraflarda ne de hâkimde özel ve teknik bilgiyi değerlendirecek vasıflar doğal olarak bulunmamaktadır. Bu durum ise, bilimsel veya teknik olarak tam incelenmemiş, yetersiz, eksik veya yanlış bilirkişi görüşüne göre karar verilmesine neden olmaktadır. Buna karşılık her iki tarafın yargılamaya bilirkişi taşıyabilmesi ve bunların çapraz sorgu yöntemiyle irdelenmesi bilirkişi raporunun sağlıklı bir şekilde değerlendirilmesini ve vakıaların tespit edilebilmesini kolaylaştırmaktadır. Her ne kadar Türk hukuk sisteminde de “uzman görüşü” kavramı ile taraflara bir nevi özel bilirkişi tutma imkânı

¹²³⁹ Lee, 1988: 488.

¹²⁴⁰ Her ne kadar FDK'nun 706. maddesi uyarınca mahkeme bilirkişisi atanabilirse de, mahkemelerin bu yetkilerini nadiren kullandıkları görülmektedir. Detaylı bilgi için bkz. 2.4.2. Mahkeme Tarafından Atanan Bilirkişi.

¹²⁴¹ Hand, 1901: 54 vd.

¹²⁴² Hand, 1901: 56.

¹²⁴³ Harris, 1991: 517. Esasen yazarın görüşleri, mevcut bilirkişi sisteminin sakıncalarından ziyade; kapsamlı, karmaşık ve teknik unsurlar ihtiva eden davalarda mevcut jüri sisteminin oluşturduğu aksaklıklara karşı ileri sürülmüştür.

¹²⁴⁴ Harris, 1991: 508 vd, 517.

sağlanmışsa da; bu uzmanın, Amerikan hukuk sisteminde bulunan ve taraflarca yargılamaya dâhil edilen bilirkişilerin gördüğü işlevi görmekten çok uzak olduğu söylenebilir. Zira Türk hukuk sisteminde benimsenen “uzman”, tanık olarak kabul edilmediği gibi; tartışmalı olmakla beraber sunduğu görüş de delil olarak nitelendirilmemektedir. Bunun yanında, bu kişilerin Amerikan yargılamasındaki taraf bilirkişisinin aksine davaya aktif katılımları da söz konusu değildir. Bu çerçevede, Hukuk Muhakemeleri Kanunu tarafından bilirkişilere verilen yetkiler, tarafların başvurduğu uzmanlara verilmemiştir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda uzman görüşünü sağlayacak kişinin, dava konusu belge veya nesne üzerinde nasıl inceleme ve değerlendirme yapabileceği düzenlenmemiştir. Örneğin, iflasın ertelenmesinin talep edildiği bir yargılamada mahkemenin atadığı bilirkişilerin, keşifle desteklenerek aktif-pasif ve buna bağlı olarak bilanço hesabı yaptıktan ve yine iyileştirme raporunda belirtilen sözleşmelerin uygulanabilirliğini değerlendirildikten sonra taraflarca tutulacak bir uzmanın hangi verileri inceleyerek, ne kadar sağlıklı bir inceleme yapabileceği, bu anlamda bilirkişi görüşlerini değerlendirebileceği şüphelidir. Muhtemelen bu durumda uzmanın yapacağı şey, mahkeme bilirkişisinin kullandığı bilgi ve belgelere dayanarak görüş oluşturmaktan başka bir şey değildir. Bir an için iyi bir değerlendirme yapıldığı kabul edilse dahi Türk mahkemelerinde “uzman” tarafından sunulan görüşün esasa ne kadar etki edeceği de şüphelidir.

2.4.2. Mahkeme Tarafından Atanan Bilirkişi (Court Appointed Expert Witness)

2.4.2.1. Genel Olarak

Amerikan yargılama sisteminde hâkimler, Federal Delil Kanunu’nun 706. maddesi uyarınca; tarafların talebiyle veya re’sen “mahkeme bilirkişisi” atayabilir [FDK 706 (a)]¹²⁴⁵. Hâkim böyle bir kararı alırken tarafların bu konudaki görüşlerini almalı ve bu şekilde bilirkişi atanmasına karşı olan tarafın gerekçesini açıklamasına izin vermelidir [FDK 706 (a)]. Ancak hâkim, tarafların bu konudaki görüşleriyle bağlı değildir. Bu sebeple, tarafların rızası olmasa dahi mahkeme bilirkişisi atanabilir¹²⁴⁶.

Hâkimin bilirkişi ataması, tarafların kendi bilirkişilerini atamasına engel olmadığı gibi [FDK m. 706(e)], tarafların yargılamaya bilirkişi delili sunmaları da, hâkimin re’sen bilirkişi atamasına engel değildir. Ancak uygulamada hâkimlerin bu yetkilerini kullandıkları pek

¹²⁴⁵ Mahkeme bilirkişisi, Amerikan yargılama sistemi açısından yeni bir olgu değildir. Bu tür bilirkişiler (uzmanlar), 18. yüzyıldan itibaren Amerikan mahkemelerinde görülmektedir. Ancak ilk dönemlerde bu tür bilirkişiler, ifade veren tanıktan ziyade jürinin bir üyesi yahut mahkemenin danışmanı gibi hareket etmektedir. Bkz. Deason, 1998: 64.

¹²⁴⁶ Deason, 1998: 75.

söylenemez¹²⁴⁷. Bu isteksizliğin temelinde ise, mücadeleci sistemin (adversary system) temel özellikleri ve bu sisteme olan sıkı bağlılık yatmaktadır¹²⁴⁸. Mahkemelere göre hakikatin bulunması açısından mücadeleci sistem yeterlidir¹²⁴⁹. Bu çerçevede mahkeme bilirkişisi, hakikatin bulunmasında zorlanılan durumlara özgü, istisnai olarak başvurulabilecek bir seçenek olarak görülmektedir¹²⁵⁰. Bu anlayışın sonucu olarak hâkimler, mahkeme bilirkişisi atamak suretiyle taraflar arasındaki mücadelenin ve dengenin bozulmasından çekinmektedir¹²⁵¹. Zira bilirkişinin hâkim tarafından atanması halinde, çok muhtemeldir ki karar vericilerin ve özellikle jüri üyelerinin kanaati, tarafların seçip, ücretini ödediği bilirkişilerin görüşlerine göre değil, mahkeme bilirkişinin görüşüne göre oluşacaktır¹²⁵². Böyle bir durumda ise, tarafların karşılıklı olarak bilirkişi ataması, bu kapsamda da mücadele içinde olmaları önemsiz hale gelecektir. Bununla bağlantılı olarak bilirkişinin mahkeme tarafından atanması, bilirkişinin her zaman için doğru ve yanılmaz olduğu düşüncesini oluşturabilir¹²⁵³. Dolayısıyla, jüri üyeleri gerçek bir değerlendirme yapmadan bu bilirkişi görüşüne göre karar verebilir. Ancak mahkeme bilirkişisi de her insan gibi doğru ve verimli bir inceleme yapmamış/yapamamış olabileceği için ulaştığı sonucun da yanlış veya eksik olma ihtimali mevcuttur. Bunun yanında, aynı konu üzerinde savunulabilecek iki bilimsel veya teknik görüşün bulunduğu durumlarda, mahkeme bilirkişisi kendi takip ettiği görüşü yansıtarak diğerini ihmal edebilir¹²⁵⁴. Belirtilen durumların mevcudiyeti halinde ise, karar vericilerce yeterli bir şekilde değerlendirilmemiş bilirkişi görüşü, ulaşılan hükmün de yanlış, eksik veya yetersiz kalmasına neden olabilecektir. Öte yandan bilirkişinin şahsen belirlenmesindeki güçlükler ile oluşabilecek ek masraflar ve gecikmeler de re'sen bilirkişi atamaktan çekinmenin diğer nedenleri olarak gösterilmektedir¹²⁵⁵. Zira taraflar kendi bilirkişilerinin yanında mahkeme tarafından atanan bilirkişinin de ücretini ödemek zorunda olduklarından, mahkeme bilirkişisi atanması halinde yargılama giderlerinin artabileceği

¹²⁴⁷ Huber, 1992: 738; Bronstein, 2012: 87; Broun vd., 2013: 141; Weinstein/Berger, 2011: 13-45; Saltzburg vd., 2011: 706-4; Faigman vd., 2008: 83; Toraman, 2013: 118; Giannelli, 2013: 350. Hâkimlerin ne sıklıkla re'sen bilirkişi atadıklarına dair araştırma örnekleri için bkz. Jurs, 2010: 1354-1355.

¹²⁴⁸ Jurs, 2010: 1411; Weinstein/Berger, 2011: 13-45; Cecil ve Willging, 1993: 20; Reisinger, 1998: 227.

¹²⁴⁹ Sidak, 2013: 363.

¹²⁵⁰ Cecil ve Willging, 1993: 20-25; Sidak, 2013: 362-363; Lancaster ve Capozzola, 2010: 162-163.

¹²⁵¹ Cecil ve Willging, 1993: 20-21; Sidak, 2013: 362; Lee, 1988: 480. Bu bağlılığın nedenlerinden bir tanesi de Amerikan yargılamasında hâkimlerin atanmadan önce mücadeleci sistem içinde avukatlık yapmalarıdır. Bkz. Broun vd., 2013: 141-142.

¹²⁵² Weinstein/Berger, 2011: 13-45; Lee, 1988: 480, 495; Reisinger, 1998: 236; Sidak, 2013: 363-364; Saltzburg vd., 2011: 706-4.

¹²⁵³ Reisinger, 1998: 236.

¹²⁵⁴ Reisinger, 1998: 236.

¹²⁵⁵ Lee, 1988: 480; Jurs, 2010: 1410, 1412; Cecil/Willging, 1993; Reisinger, 1998: 237-238, 22; Sidak, 2013: 364; Weinstein/Berger, 2011: 13-45. Mahkeme bilirkişisinin sebep olabileceği diğer problemler için bkz. Deason, 1998: 98 vd.

belirtilmektedir¹²⁵⁶. Bunun yanında mahkeme bilirkişisini sorgulamak (deposition veya cross examination yoluyla), görüşünü değerlendirmek ve onunla mücadele etmek için harcanan zaman ve paranın da taraflara ekstra bir külfet getireceği belirtilmektedir¹²⁵⁷.

Bu noktada eski sayılabilecek ancak hâkimlerin re'sen bilirkişi atamasındaki isteksizliğini ve bu noktadaki geleneği göstermesi açısından önemli bulunan bir araştırmaya değinmekte yarar vardır. 1993 yılında 431 federal mahkeme hâkimi üzerinde yapılan anket çalışmasına göre, araştırmaya katılan hâkimlerin 345 tanesi re'sen hiç bilirkişi atamadığını belirtmiştir. Aynı şekilde çalışma hayatında bilirkişi atadığını belirten 86 hâkimin, 45 tanesi yani yaklaşık %52 si sadece bir kere re'sen bilirkişi atadığını belirtmiş, 31 tanesi yani yaklaşık %36 sı ise 2, 3 veya 4 defa bilirkişi atadığını ifade etmiştir¹²⁵⁸.

Anlaşılabileceği üzere Amerikan federal yargılama geleneğinde hâkimlerin bilirkişi atamaları oldukça nadir görünen bir olaydır. Bu durum güncel uygulama bakımından da benzer şekilde devam etmektedir¹²⁵⁹. İstisnai olarak yapılan atamalar ise genellikle beden bütünlüğüne ilişkin davalarda tıbbi bilirkişilerle, patent veya ticari sırlara ilişkin davalarda mühendislerle, ticari davalarda ise, muhasebecilerle sınırlı kalmaktadır¹²⁶⁰. Bunun yanında yabancı ülkelerin maddi hukuklarıyla veya bilgisayar teknolojileriyle ilgili konularda yardım temin etmek amacıyla da mahkeme bilirkişisi atandığı görülmektedir¹²⁶¹.

Hâkimler tarafından gösterilen isteksizliğe rağmen, mahkeme bilirkişisi atamanın mücadelecisi sistem içinde dahi yargılamaya çeşitli şekillerde katkı sağlayabileceğini ifade eden görüşler bulunmaktadır. Bu görüşte olan yazarlara göre; mahkeme bilirkişisi atanması, öncelikle koruma fonksiyonu (gatekeeping) uyarınca gerçekleştirilecek güvenilirlik incelemesinde hâkime önemli yardımlar sağlayabilir. Hatırlanacağı üzere Federal Delil Kanunu'nun 702. maddesi ve Daubert davası uyarınca gerçekleştirilecek güvenilirlik incelemesinde hâkim, bilirkişinin kullandığı yöntemin test edilip edilmediğini; kullanılan yöntem veya prensibin bilinen veya muhtemel hata oranlarının ne olduğunu, kullanılan yöntemin ve ulaşılan sonuçların emsal değerlendirmeye veya bir yayına konu olup olmadığını; kullanılan yöntem veya ilkelerin, ilgili bilimsel çevrede genel olarak kabul görüp görmediği gibi bilimsel ve teknik alt yapı gerektiren hususlara ilişkin bir değerlendirme yapmak zorundadır. Bu noktada hâkim birçok bilimsel meseleyi incelemek zorunda olduğundan, ilgili konuda uzman ve tarafsız bir bilirkişi, taraf bilirkişilerinin

¹²⁵⁶ Reisinger, 1998: 237-238.

¹²⁵⁷ Reisinger, 1998: 237-238.

¹²⁵⁸ Cecil ve Willging, 1993: 8.

¹²⁵⁹ Sidak, 2013: 362.

¹²⁶⁰ Cecil ve Willging, 1993: 10.

¹²⁶¹ Cwik ve Hutchinson, 2008: 77-78.

güvenilirliklerinin değerlendirilmesinde önemli faydalar sağlayabilir¹²⁶². Öte yandan mahkeme bilirkişisi atamanın, mücadelecî sisteme zarar vermeden jüri üyelerinin daha sağlıklı bir sonuca ulaşmasına da yardımcı olabileceği ifade edilmektedir¹²⁶³. Bu çerçevede mahkeme bilirkişisi kendi araştırma ve incelemelerine dayanarak birbirine zıt taraf bilirkişilerinin görüşlerinden ayrı ek bir görüş (kanaat) sağlayarak jürinin daha doğru bir karara ulaşmasına yahut taraf bilirkişilerince sürülen çelişkili görüşleri değerlendirerek, onlar arasından sağlıklı bir tercih yapılmasına yardımcı olabilir¹²⁶⁴. Bunun yanında mahkeme bilirkişisi, taraf bilirkişilerini aşırı görüşler vermekten alıkoyup, onları objektif davranmaya zorlayabileceği gibi, onların uyuşmazlık konusu önemli noktalar üzerinde yoğunlaşmasını da sağlayabilir¹²⁶⁵. Bunun sonucu olarak da tarafların daha kolay uzlaşmaları temin edilebilir¹²⁶⁶. Doktrinde, bilirkişi atama noktasında gösterilen isteksizliğin aşılması ve yukarıda belirtilen faydaların elde edilmesi amacıyla Federal Delil Kanunu'nun 706. maddesinde mahkeme bilirkişisine karşı olan endişeleri bertaraf edici ve onun kullanımını teşvik edici değişiklikler yapılması önerilmektedir¹²⁶⁷. Buna karşılık taraf bilirkişilerinin kaldırılıp, sadece mahkeme bilirkişisi sisteminin benimsenmesini ileri süren görüşlere pek rastlanmamaktadır.

Türk hukukundan farklı olarak Amerikan yargılamasında hâkimin bilirkişi atadığı durumlar için oluşturulmuş bir liste bulunmamaktadır¹²⁶⁸. Ancak Amerikan Bilimin Gelişimi Derneği (AAAS) tarafından hâkimlere bilimsel bilirkişi atarken yardımcı olmak için CASE (Court Appointed Scientific Expert) isimli bir proje yürütülmüştür. Bu projenin amacı mahkemelerin bilirkişi atamak istediği durumlarda onlara yüksek nitelikli, taraflardan bağımsız bilim adamı, mühendis veya sağlık uzmanları bulmak yoluyla yardımcı olmaktır. Bu

¹²⁶² Hâkim (justice) Bryer, *General Electric v. Joiner*, 522 U.S. 136, 148 (1997); Deason, 1998: 91; Broun vd., 2013: 147; Reisinger, 1998: 225-226; Sidak, 2013: 359-360; Lancaster ve Capozzola, 2010: 163-164; Faigman vd., 2008: 83 vd.

¹²⁶³ Faigman vd., 2008: 83-84.

¹²⁶⁴ Lee, 1988: 491; Sidak, 2013: 359; Broun vd., 2013: 142; Deason, 1998: 87 vd. Örneğin, taraf bilirkişilerinden birinin zararın 0-100 milyon dolar arasında geçkeşebileceğine dair görüşüne karşı diğer taraf bilirkişisinin zararın 1.4 milyar ile 6.1 milyar dolar arasında gerçekleştiğine dair görüş verdiği patent ve telif haklarına ilişkin bir uyuşmazlıkta mahkeme, zararın hesaplanması için jüri üyelerinin bağımsız bir uzmana ihtiyaç duyduğunu belirterek mahkeme bilirkişisi atanmasına karar vermiştir. *Oracle America Inc. v. Google Inc.* No: C 10-03561 WHA, 2011 WL 4479305 (N.D. Cal. Sep. 26, 2011). Kararın ilgili bölümü ve açıklamalar için bkz. Sidak, 2013: 366-367. Ancak böyle bir durumda, jüri üyelerinin genellikle mahkeme bilirkişisine göre karar verebileceği endişesi için bkz. Broun vd., 2013: 144.

¹²⁶⁵ Faigman vd., 2008: 84; Deason, 1998: 64; Reisinger, 1998: 234.

¹²⁶⁶ Reisinger, 1998: 234.

¹²⁶⁷ Lee, 1988: 499 vd.

¹²⁶⁸ Liste yönteminin Amerikan yargılamasında da kullanılması gerektiği yönünde öneriler için bkz. Jurs, 2010: 1409-1410. Yazar'a göre daha önce yeterlilikleri ve tecrübeleri belirlenmiş bilirkişilerin bir liste halinde bulunması, bilirkişinin belirlenmesindeki güçlükleri ve gecikmeleri engelleyerek hâkimleri re'sen bilirkişi atamaya teşvik edebilecektir. Diğer taraftan liste yöntemi taraflarca bilirkişi seçildiği durumlar için de faydalı bir yöntem olabilir. Zira listeden bilirkişi seçilmesi halinde; taraf bilirkişileri aleyhine tarafsızlık üzerinden yöneltilen eleştiriler engellenerek, taraf bilirkişilerinin jüri nezdindeki değerleri yükseltilebilir. Age: 1410. Aynı yönde; Broun vd., 2013: 143; Sidak, 2013: 374.

projeye göre, herhangi bir havuz veya liste olmaksızın¹²⁶⁹ mahkemenin talebiyle her bir davanın özellikleri değerlendirilerek, davada hâkime yardımcı olabilecek bilirkişiler bulunmaktadır. Bu şekilde belirlenen bilirkişiler de belirli bir ücret karşılığında ihtiyaç duyulan özel ve teknik bilgiyi mahkemeye sağlamaktadır¹²⁷⁰. Başlangıçta proje, çeşitli kurum ve yüksek mahkeme üyeleri tarafından desteklenmiş ve sınırlı sayıda da olsa hâkimlerden rağbet görmüştür¹²⁷¹. Ancak ilerleyen dönemlerde hâkimlerin re'sen bilirkişi atama noktasındaki çekingenliklerinin de etkisiyle projeye talep olmamış ve proje yürürlükten kaldırılmıştır¹²⁷².

Mevcut durum itibariyle hâkim, tarafların üzerinde anlaştığı yahut kendi seçeceği bir uzmanı, bilirkişi olarak atayabilmektedir. Bu noktada takdir hâkimindir¹²⁷³. Bu çerçevede tarafların üzerinde anlaştığı bir kişi olsa dahi mahkeme farklı bir uzmanı, bilirkişi olarak atayabilir¹²⁷⁴. Ayrıca hâkim gerekli görürse taraflardan aday belirlemelerini isteyebilir [FDK 706 (a)]. Amerikan yargılama hukukunda bilirkişilik yapma zorunluluğu bulunmamaktadır. Zira isteksiz ve zoraki yapılan bilirkişiliğin adaleti tehlikeye atacağı düşünülmektedir¹²⁷⁵. Bu sebeple, kural olarak hâkim, ancak ilgili kişinin rızasını alarak onu bilirkişi olarak atayabilir [FDK m. 706(a)]. Ancak patent hakkına tecavüzden doğan davalarda, marka ve patent kurumun¹²⁷⁶ uzmanları, hâkim tarafından bilirkişilik yapmaya zorlanabilmektedir¹²⁷⁷.

Hâkim, tek bir uzmanı bilirkişi olarak atayabileceği gibi gerekli olduğu takdirde birden fazla uzmandan oluşan bilirkişi heyeti (expert panel) de oluşturabilir¹²⁷⁸. Bilirkişinin ne zaman atanabileceği noktasında Federal Delil Kanunu'nun 706. maddesinde bir sınırlama öngörülmemektedir. Bu sebeple hâkim, yargılamanın her safhasında bilirkişi atayabilir.

¹²⁶⁹ Jurs, 2010: 1410, 1413.

¹²⁷⁰ <http://www.aaas.org/spp/case/case.htm>. Erişim tarihi: 05.12.2013

¹²⁷¹ <http://www.aaas.org/spp/case/case.htm>. Erişim tarihi: 05.12.2013

¹²⁷² Jurs, 2010: 1410, 1413. Mahkeme bilirkişisi bulmak için yaşanan zorlukları aşmak amacıyla doktrinde çeşitli fikirler ileri sürülmüştür. Bunlar; merkezi bilirkişi kaynak merkezi (centralized expert resource centers), devlet kurumu olarak uzman inceleme paneli (government agency expert review panels) ve meslek birliklerin görüşleri (professional association referrals) olarak sıralanabilir. Bkz. Reisinger, 1998: 238.

¹²⁷³ Weissenberger ve Duane, 2011: 490.

¹²⁷⁴ Deason, 1998: 75. Uygulamada mahkeme bilirkişisi seçilirken, tarafların iradesinin genellikle dikkate alınmadığı görülmektedir. Hâkim nadiren tarafların üzerinde anlaştığı yahut taraflarca önerilen uzmanları bilirkişi olarak atamaktadır. Hâkim potansiyel bilirkişiyi tespit ederken genellikle şahsi ve mesleki bağlantılarını kullanarak yakın gördüğü uzmanları tercih etmekte yahut ilgili konudaki uzmanlarla irtibatı olan kişilere danışmaktadır. Bkz. Deason, 1998: 76; Saltzburg vd., 2011: 706-6.

¹²⁷⁵ Weinstein/Berger, 2011: 13-46.

¹²⁷⁶ U.S Patent and Trademark Office.

¹²⁷⁷ Weinstein/Berger, 2011: 13-46.

¹²⁷⁸ Reisinger, 1998: 226 vd.; Weinstein/Berger, 2011, s. 13-45. Örneğin; silikon jel göğüs implantının belirli hastalıklara neden olup olmadığı yahut şiddetlendirip şiddetlendirmedini değerlendirmek için epidemoloji, immünoloji, romatoloji ve toksikoloji uzmanları ile bunlara başkanlık etmek üzere adli bilimler arasındaki ilişkilere ve hukuki prosedürlere hakimeyeti bulunan bir uzman, ilgili davada mahkeme tarafından heyet halinde atanmıştır. Bkz. Reisinger, 1998: 247.

Ancak bunun için en iyi zamanın duruşma öncesi dönem olduğu belirtilmektedir¹²⁷⁹. Atanan bilirkişiye, görevlerinin nelerden ibaret olduğu, yazılı veya tarafların da katılabileceği bir toplantıda (conference) sözlü olarak bildirilir [FDK m. 706(a)].

Mahkeme tarafından atanan bilirkişi elde ettiği bilgi ve bulguları taraflarla paylaşmalıdır¹²⁸⁰. Federal Delil Kanunu'nun 706. maddesine göre bu paylaşım çeşitli şekillerde gerçekleştirilebilir. Buna göre taraflardan her biri, mahkeme bilirkişisine, deposition¹²⁸¹ yöntemiyle sorular sorabilir. Bunun yanında mahkeme bilirkişisi hâkim veya taraflarca duruşmaya çağırılabilir ve aynı taraf bilirkişileri gibi çapraz sorgulama yöntemiyle sorgulanabilir [FDK 706 (b)(2-3-4)]¹²⁸². Buna karşılık Federal Delil Kanunu'nun 706. maddesinde mahkeme bilirkişisinin yargılamaya yazılı rapor sunup sunmayacağı ile ilgili doğrudan bir düzenleme bulunmamaktadır¹²⁸³. Kanaatimizce madde metninden bilirkişinin yükümlülükleri hakkında hâkime takdir hakkı verildiği anlaşıldığından, hâkimin talep etmesi halinde, bilirkişinin yazılı rapor düzenlemek zorunda olduğu söylenebilir. Mahkemeler, muhtemel mahkeme bilirkişi adaylarının belirtilen prosedürden (deposition-çapraz sorgulama) çekinerek bilirkişilik yapmaktan kaçınmalarını önlemek için birtakım önlemler alabilmektedir. Bu çerçevede bazı mahkemeler, bilirkişinin birden fazla deposition yöntemiyle sorgulanmasına izin vermezken, göğüs implantına ilişkin başka bir davada hâkim, bilirkişinin haklarını korumak için bilirkişiye avukat atanmasına karar vermiştir¹²⁸⁴.

Yukarıda belirtilen durumlar dışında bilirkişinin taraflar ile nasıl iletişim kuracağı Federal Delil Kanunu'nun 706. maddesinde düzenlenmemiştir. Dolayısıyla tarafların, mahkeme bilirkişisi ile diğer taraf olmadan görüşüp görüşemeyeceği (ex parte) açık değildir. Uygulamada bazı mahkemeler, katı bir şekilde görüşülemeyeceği noktasında kararlar verirken diğer bazı mahkemeler, taraflardan birinin, diğeri olmadan mahkeme bilirkişisi ile görüşmesine izin vermektedir¹²⁸⁵. Doktrinde ise, vücut muayenesi yahut tarafların birinden numune alınmasını gerektiren durumlar dışında mahkeme bilirkişisinin taraflar ile tek taraflı olarak görüşmesi uygun bulunmamaktadır¹²⁸⁶. Bir şekilde bu görüşmenin gerekli olduğu durumlarda ise, bu görüşmenin açıklanması için mahkemenin gerekli tedbirleri alması

¹²⁷⁹ Weissenberger ve Duane, 2011: 490; Weinstein/Berger, 2011: 13-45; Sidak, 2013: 392.

¹²⁸⁰ Reisinger, 1998: 231.

¹²⁸¹ "Deposition" yöntemi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. 2.1.3.2. Discovery.

¹²⁸² Tarafların, mahkeme bilirkişisini ifade vermek için duruşmaya çağırabilmesi için hâkimin onayına veya iznine kural olarak gerek yoktur. Bkz. Nemir v. Mitsubishi Motors Corp., 381 F.3d 540 (6th Circuit. 2004). Kararın ilgili bölümü ve açıklamalar için bkz. Lancaster ve Capozzola, 2010: 163.

¹²⁸³ Sidak, 2013: 378.

¹²⁸⁴ Saltzburg vd., 2011: 706-10.

¹²⁸⁵ Deason, 1998, s. 77.

¹²⁸⁶ Saltzburg vd., 2011: 706-9.

gerektiği belirtilmektedir¹²⁸⁷. Amerikan Barolar Birliği'nin uyuşmazlık bölümünün (ABA Litigation Section) hukuk yargılamasını düzenleyen rehber (guideline) niteliğindeki standartlarının (civil trial practice Standard) 11. (c) maddesi'ne göre de; mahkeme, taraflardan biri ile mahkeme bilirkişisi arasındaki iletişimin bütün taraflarca bilinmesini temin etmelidir. Mahkeme bu durumu, taraflardan birinin bilirkişi ile görüştüğü veya konuştuğu sırada bütün tarafların hazır bulunmasına izin vererek yahut yazılı veya sözlü ise taraflar ile bilirkişi arasındaki iletişimi kaydederek, bunun örneklerini bütün taraflara temin etmek suretiyle sağlamalıdır¹²⁸⁸. Öte yandan mahkeme bilirkişisinin hâkim ile tek taraflı (ex parte) olarak görüşüp görüşmeyeceği de açık değildir. Doktrinde bu tür iletişimin problemli olduğu, bu anlamda da mümkün olduğu kadar tarafların katılımı olmaksızın gerçekleştirilmemesi gerektiği ileri sürülmektedir¹²⁸⁹. Amerikan Barolar Birliği'nin uyuşmazlık bölümünün (ABA Litigation Section) hukuk yargılamasını düzenleyen standartlarının (civil trial practice Standard) 11. (b) maddesi'ne göre de mahkeme, bilirkişi ile arasındaki bütün iletişimden tarafların da haberdar olmasını sağlamalıdır. İlgili kurala göre mahkeme bunu ya bilirkişi ile bulunduğu veya konuştuğu zaman tarafların da orda bulunmalarına izin vererek yahut bilirkişi ile olan bütün iletişimini yazılı olarak taraflara vererek yahut da bilirkişi ile aralarındaki sözlü iletişimi kaydedip bu kaydın bir örneğini tarafların erişimine açarak sağlayabilir¹²⁹⁰.

Mahkeme tarafından atanmak, bilirkişiyeye özel bir statü bahşetmez. Mahkeme bilirkişisi, taraf bilirkişileri gibi usul ve delil hukukunun genel prensiplerine tabi olarak görevini icra eder¹²⁹¹. Aynı şekilde bilirkişinin, mahkeme tarafından atanması, onun niteliğini de değiştirmez. Mahkeme bilirkişisi, taraf bilirkişileri gibi tanık, yargılamaya aktardığı görüş de delil olarak nitelendirilmektedir¹²⁹². Dolayısıyla mahkeme bilirkişisinin görüşü de bilirkişi delili olarak Federal Delil Kanunu'nun 702. maddesinde belirtilen şartları taşımalıdır. Bu çerçevede hâkim, taraf bilirkişileri gibi mahkeme bilirkişisinin de kabul edilebilirlik şartlarını taşıyıp taşımadığını değerlendirmelidir¹²⁹³. Esasen mahkemenin re'sen bilirkişi ataması, delillerin taraflarca toplanmasını ve sunulmasını öngören mücadeleci sisteminin taraf hâkimiyetine üstünlük tanıyan anlayışına aykırılık teşkil etmektedir¹²⁹⁴. Daha önce belirttiğimiz üzere; Anglo Amerikan sisteminde kural olarak delillerin toplanması, sunulması ve tetkik edilmesi tarafların sorumluluğundadır. Bu noktada hâkim, pasif ve tarafsız bir karar

¹²⁸⁷ Saltzburg vd., 2011: 706-9.

¹²⁸⁸ Saltzburg vd., 2011: 706-9.

¹²⁸⁹ Saltzburg vd., 2011: 706-8.

¹²⁹⁰ Saltzburg vd., 2011: 706-8,9.

¹²⁹¹ Bronstein, 2012: 87.

¹²⁹² Deason, 1998: 62; Sidak, 2013: 372; Saltzburg vd., 2011: 706-4

¹²⁹³ Sidak, 2013: 372.

¹²⁹⁴ Deason, 1998: 61; Reisinger, 1998: 226.

verici rolünü üstlenmiştir¹²⁹⁵. Ancak mahkeme tarafından atanan bilirkişi, tanık ve sunduğu görüş delil olarak nitelendirildiği için mahkeme bilirkişisi atandığı durumlarda bu kural değişmektedir. Böyle bir durumda hâkim, karar vericilik rolünün yanında delil üreticisi konumuna da geçmektedir¹²⁹⁶.

Mahkeme bilirkişisi atandığı takdirde, Federal Delil Kanunu'nun 706 (d) maddesi uyarınca bu durumun jüri üyelerine açıklanmasına karar verilebilir. Bu çerçevede, 706. maddenin mahkemeye takdir hakkı verdiği söylenebilir¹²⁹⁷. Doktrinde, ifade verecek tanığın mahkeme bilirkişisi olduğunun bilinmesi halinde bu ifadenin jüri kararı üzerinden büyük etkilere sahip olacağı, hatta jüri kararının bu bilirkişinin görüşüne göre belirlenebileceği ifade edildikten sonra bu sakıncanın bertaraf edilmesi amacıyla jüri üyelerine bu bilirkişi ifadesine ayrı bir önem atfetmeme noktasında talimat verilmesi gerektiği ileri sürülmektedir¹²⁹⁸. Aynı şekilde Amerikan Barolar Birliği'nin uyuşmazlık bölümünün (ABA Litigation Section) hukuk yargılamasını düzenleyen standartlarının (civil trial practice Standard) 11. (d) maddesi'ne göre de mahkeme bilirkişisi duruşmada ifade verecek ise, hâkim normal şartlarda bu tanığı mahkeme bilirkişisi olarak tanımlamamalıdır (açıklamamalıdır). Buna karşılık tanığın mahkeme bilirkişisi olarak tanımlanmasının uygun olduğu durumlarda ise, hâkim jüri üyelerine; sadece mahkeme tarafından seçilmesinden dolayı bu kişinin verdiği ifadeye daha fazla değer verilmemesi noktasında talimat vermelidir. Aynı şekilde hâkim, bilirkişi görüşü değerlendirilirken bu bilirkişinin iki tarafça da tutulmadığının göz önünde bulundurulmasını ve her bir bilirkişi görüşünün doğasının ve temelini dikkatli bir şekilde değerlendirilmesi gerektiğini jüri üyelerine açıklamalıdır¹²⁹⁹.

Mahkeme tarafından atanan bilirkişiye hâkimin takdir edeceği makul bir ücret ödenir. Ceza yargılaması bakımından bu ücret, Kanun tarafından sağlanan fondan karşılanırken, hukuk davalarında kural olarak taraflarca ödenmektedir¹³⁰⁰. Hukuk davalarında bilirkişiye verilecek ücret, öncelikle olarak hâkimin belirlediği zamanda ve oranda taraflarca ödendikten sonra, dava sonunda diğer yargılama giderleri gibi tahsil edilir [FDK m. 706(b)]. Hâkim bilirkişi ücretini değerlendirirken, uyuşmazlığın doğasını, bilirkişinin atanma sebebini, tarafların ekonomik durumunu ve benzer etkenleri göz önünde bulundurur¹³⁰¹.

¹²⁹⁵ Deason, 1998: 61.

¹²⁹⁶ Deason, 1998: 61-62.

¹²⁹⁷ Saltzburg vd., 2011: 706-10.

¹²⁹⁸ Saltzburg vd., 2011: 706-11.

¹²⁹⁹ Saltzburg vd., 2011: 706-11.

¹³⁰⁰ Anayasa'nın 5. değişikliği (Fifth Amendment) uyarınca istenecek tazminatlara ilişkin hukuk davalarında, mahkeme bilirkişisine ödenecek ücret, devlet tarafından sağlanan fondan karşılanmaktadır. Bkz. FDK m. 706 (c)

¹³⁰¹ Weissenberger ve Duane, 2011: 491. Uygulamada mahkeme bilirkişisinin, görüşünü oluşturmak için harcadığı zamanı, konunun karmaşıklığını ve raporunun kapsamını hesaba katarak mahkemeye ödenecek ücrete ilişkin bir fatura gönderdiği de görülmektedir. Mahkeme bu faturadaki ücreti uygun bulursa faturanın örneğini,

2.4.2.2. Teknik Danışmanlar (Technical Advisors) ve Üstatlar (Masters)

2.4.2.2.1. Teknik Danışmanlar (Technical Advisors)

Federal Delil Kanunu'nun 706. maddesi uyarınca tanık olarak nitelendirilen ve duruşmada ifade verecek mahkeme bilirkişisinin dışında hâkimlerin kendilerine yardımcı olmak için teknik danışman da (technical advisor) atayabilecekleri belirtilmektedir¹³⁰². Teknik danışman atanmasını, doğrudan düzenleyen bir hüküm bulunmamakla beraber, bu yetkinin hâkimlere verilmiş doğal bir güç (inherent power-authority) olduğu kabul edilmektedir¹³⁰³. Teknik danışman, genellikle raportörler (tetkik hâkimi-law clerk) gibi hâkimin yanında oturur ve uzmanlık gerektiren karmaşık konularda hâkimi eğitir yahut hâkime teknik destek sağlamak suretiyle rehberlik eder¹³⁰⁴. Bir mahkeme kararına göre; danışman aslında hâkimin bir personeli (judge's staff) olarak atanmaktadır. Bu anlamda danışman, uzman bir kâtip (clerk) haline gelmektedir. Bunlar, duruşmada bulunur (sit) yahut ilgili delil ve ifadelere (testimony) aşına olarak, mahkemeye özel olarak¹³⁰⁵ (in camera) tavsiye verir. Bu kişiler, ifade vermedikleri gibi, yargılamada tanık da olmazlar. Mahkeme kararına göre teknik danışmanlar, yargılamada beş farklı fonksiyon icra edebilir. Bu çerçevede, danışman; davada kullanılan teknik dilin anlaşılmasında ve yorumlanmasında mahkemeye yardımcı olabilir; taraflar arasındaki teknik anlaşmazlık hakkında açıklama ve bilgilendirme yapabilir; taraflar arasındaki anlaşmazlığı bilimin, tekniğin veya sanatın daha geniş prensipleriyle ilişkilendirebilir; teknik vakıalar ve ilgili meseleler hakkında kendi görüşlerini sunabilir veya yahut da tek başına veya başka kişilerle uygun deneyler yapabilir¹³⁰⁶. Öte yandan Federal Delil Kanunu'nun 702. maddesi uyarınca hâkim tarafından gerçekleştirilmesi gereken güvenilirlik incelemesinde mahkemeye yardımcı olmak için de teknik danışman atanabileceği ifade edilmektedir¹³⁰⁷. Bu danışmanlar, re'sen atanan bilirkişilere benzetmekle beraber onlardan farklı olarak, herhangi bir bulgu veya delil sunmadıkları için mücadeleci sistem içinde yer almazlar¹³⁰⁸. Bu sebeple, teknik danışmanlar çapraz sorgulamaya tabi olmadıkları gibi, discovery sürecine de dahil olmazlar¹³⁰⁹. Nitekim teknik ve istatistiksel bir methodun geçerliliği için teknik danışman atanan bir davada, mahkeme Federal Delil Kanunu'nun 706.

hangi sürede ve nasıl ödenmesi gerektiğini de gösteren bir talimatla taraflara göndermektedir. Bkz. Sidak, 2013: 382.

¹³⁰² Faigman vd., 2008: 86; Saltzburg vd., 2011: 706-4.

¹³⁰³ Deason, 1998: 62; Faigman vd., 2008: 86.

¹³⁰⁴ Faigman vd., 2008: 86; Ferleger, 2007: 15.

¹³⁰⁵ Teknik danışmanlar, rapor düzenlemek suretiyle de kendilerinden beklenen yardımı sağlayabilmektedir. Bkz. Reisinger, 1998: 228.

¹³⁰⁶ Reilly v. United States, 682 F. Supp. 150 (D.R.I. 1988). Kararın ilgili bölümleri için bkz. Ferleger, 2007: 16.

¹³⁰⁷ Faigman vd., 2008: 86.

¹³⁰⁸ Deason, 1998: 81; Faigman vd., 2008: 86.

¹³⁰⁹ Faigman vd., 2008: 87. Reilly v. United States, 863 F. 2d 149, 155-156 (1st Cir. 1988). Karar için bkz. Deason, 1998: 80.

maddesinin teknik danışmana değil mahkeme bilirkişisine uygulanabileceğini belirtmiştir¹³¹⁰. Mahkemeye göre teknik danışman ancak mahkeme tarafından ifade vermeye çağrıldığı zaman yahut bir delil kaynağı olduğu durumlarda 706. maddeye tabi olur ve taraflarca çapraz şekilde sorgulanabilir (cross examination)¹³¹¹. Doktrinde bir görüşe göre de Federal Delil Kanunu'nun 706. maddesinin metni sadece bilirkişilere (expert witness) atıf yaptığı gibi maddede belirtilen prosedürler şahsen yahut rapor yoluyla ifade veren (testify) uzmanlar için düzenlenmiştir. Bu açıdan mahkeme danışmanı (advisors) gibi ifade vermeyen uzmanların atanması ilgili maddenin kapsamı dışındadır¹³¹².

Anlaşılabileceği üzere; normal şartlarda teknik danışman, tanık, bu anlamda da Federal Delil Kanunu'nun 706. maddesinde düzenlenen mahkeme bilirkişisi değildir¹³¹³. Bu kişilerin niteliği daha ziyade raportörlere veya tetkik hâkimlerine benzemektedir¹³¹⁴. Ancak onlardan farklı olarak hukuki konularda veya yargılamaya ilişkin meselelerde değil, teknik veya bilimsel hususlar hakkında mahkemeye yardımcı olurlar. Nitekim mahkeme bilirkişisi ile teknik danışmanı değerlendiren bir mahkeme kararına göre de; teknik danışmanın rolü, ilgili bilimsel delili organize etmek, onun hakkında tavsiye vermek yahut anlaşılmasında mahkemeye yardımcı olmaktır. Teknik danışman, delilin teknik tarafıyla ilgili jargon ve teorinin anlaşılmasına yardımcı olan bir öğretmendir. Teknik danışman, yeni delil sunmak suretiyle bilirkişi rolü kazanmayacağı gibi, vakıalar veya hukuki sonuçlar hakkında bulgulara yahut sonuçlara ulaşmak suretiyle de hâkimin rolünü gasp edemez. Bu çerçevede, teknik danışman, mahkeme bilirkişisini düzenleyen Federal Delil Kanunu'nun 706. maddesine tabi değildir. Zira bir uzman, ifade vermeye çağrıldığı takdirde yahut mahkeme tarafından bağımsız bir delil kaynağı olarak kullanıldığı zaman, 706. maddeye tabi bir tanıktır (mahkeme bilirkişisidir)¹³¹⁵.

2.4.2.2.2. Üstatlar (Masters-Special Masters)

Amerikan mahkemeleri, teknik danışmanların dışında, Federal Usul Kanunu'nun 53. maddesi uyarınca “master” (special master) olarak anlandırılan uzmanları da kendilerine

¹³¹⁰ Association of Mexican-American Educators v. State of California, 231 F.3d 572,591, 148 Ed. (9th Cir. 2000). Kararın ilgili bölümü için bkz. Faigman vd., 2008: 87.

¹³¹¹ Association of Mexican-American Educators v. State of California, 231 F.3d 572,591, 148 Ed. (9th Cir. 2000). Kararın ilgili bölümü için bkz. Faigman vd., 2008: 87.

¹³¹² Deason, 1998: 79.

¹³¹³ Conservation Law Foundation v. Evans, 203 F. Supp. 2d 27, 29-30. Kararın ilgili bölümü için bkz. Faigman vd., 2008: 88; Deason, 1998: 62.

¹³¹⁴ Faigman vd., 2008: 86 vd.

¹³¹⁵ Federal Trade Commission v. Enforma Natural Products, Inc., 362 F. 3d 1204 (9th Cir. 2004). Kararın ilgili bölümü ve açıklamalar için bkz. Cwik ve Hutchinson, 2008: 489-490.

yardımcı olmak için atayabilmektedir¹³¹⁶. Uygulamada bu kişiler, birçok davacı ve davalının bulunduğu karmaşık davaların organize edilmesi, iddiaların özetlenmesi ve değerlendirilmesi, discovery uyuşmazlıklarının dinlenilmesi veya uzlaşma çabalarına nezaret edilmesi gibi hususlarda genellikle yönetsel bir rol üstlenmektedir¹³¹⁷. Üstatlar, kendilerinden beklenen yardıma göre duruşma öncesi dönemde, duruşmada yahut duruşma sonrasında atanabilmektedir¹³¹⁸. Federal Usul Kanunu'nda üstadın hangi nitelikleri taşıması gerektiğine dair açık bir hüküm bulunmamaktadır. Uygulamada ise, genellikle ilgili konuda hukuki uzmanlığı bulunan avukatlar, hukuk profesörleri veya emekli hâkimlerin üstat olarak atandıkları görülmektedir¹³¹⁹. Bunun dışında davanın gereklerine göre muhasebeci veya ekonomist gibi hukuk dışı konularda uzman olan kişiler de sıklıkla üstat olarak atanabilmektedir¹³²⁰. Hâkim, bir üstat atayabileceği gibi, özellikle çeşitli uzmanlık konularını içeren karmaşık davalarda nadiren de olsa birden fazla üstat atayabilmektedir¹³²¹.

Federal Usul Kanunu'nun 53. maddesi uyarınca üstatlar ancak belirli unsurların mevcudiyeti halinde atanabilir. Federal mahkemelerin işleri, öncelikle hâkimlerin (district judges) sorumluluğu altındadır. Bu sebeple, üstatların ancak sınırlı durumlarda atanması gerektiği belirtilmektedir¹³²². Dolayısıyla üstat atanması, genel bir kuraldan ziyade istisnai bir durumdur¹³²³. Federal Usul Kanunu'nun 53. maddesi üstat atanabilecek farklı durumlar için farklı standartlar belirlemiştir¹³²⁴. Öncelikle üstatlar, tarafların rıza gösterdiği görevlerin icra edilmesi için atanabilir (Consent Masters)¹³²⁵. Ancak tarafların iradesi, mahkemenin üstat atamasını zorunlu kılmaz. Taraflar, anlaşmış olsa dahi mahkeme üstat atanmamasına karar verebilir¹³²⁶. Bunun dışında duruşma (trial) aşamasında hâkime yardımcı olmak için üstat atanabilmektedir (Trial Masters). Bu tür üstatlar, jüri üyelerinin bulunmadığı (bench trial) uyuşmazlıklarda (tarafların rızası olmasa dahi); ancak olağanüstü (istisnai-exceptional) şartların mevcudiyeti halinde yahut muhasebe veya karmaşık zarar hesaplarının yapılmasına

¹³¹⁶ Mahkemeler, FUK'nun 53. maddesinin ötesinde, üstad atamanın kendilerine doğal olarak verilmiş bir otorite (yetki) olduğunu kabul etmektedirler. Bkz. Ferleger, 2007: 2.

¹³¹⁷ Deason, 1998: 80, dñn. 85; Delk, 2002: 32-34.

¹³¹⁸ Ferleger, 2007: 1.

¹³¹⁹ Ferleger, 2007: 6; Yalabık, 2014: 2133.

¹³²⁰ Ferleger, 2007: 7.

¹³²¹ Ferleger, 2007: 7.

¹³²² Federal Usul Kanunu'nun 53. maddesi Danışma Kurulu Notu (Advisory Committee Note), Amendment 2003.

¹³²³ Federal Usul Kanunu'nun 53. maddesi Danışma Kurulu Notu (Advisory Committee Note), Amendment 2003.

¹³²⁴ Federal Usul Kanunu'nun 53. maddesi Danışma Kurulu Notu (Advisory Committee Note), Amendment 2003.

¹³²⁵ Federal Usul Kanunu'nun 53. maddesi Danışma Kurulu Notu (Advisory Committee Note), Amendment 2003.

¹³²⁶ Federal Usul Kanunu'nun 53. maddesi Danışma Kurulu Notu (Advisory Committee Note), Amendment 2003.

ihtiyaç duyulduğu durumlarda, vakıasal bulgulara ulaşmak veya bunlar hakkında tavsiye vermek için atanabilir. Buna karşılık, yukarıda belirttiğimiz üzere, jürili yargılamalarda (jury trial) duruşma için üstat atanması için tarafların rızası gereklidir¹³²⁷. Duruşma aşamasında atanan üstatların (trial master) temel fonksiyonu, iddia ve savunmaların esasına ilişkin delillerle ilgili celseleri yönetmektir (preside over)¹³²⁸. Bu fonksiyon, duruşma aşamasında atanan üstatları, duruşma öncesi veya sonrası atanan üstatlardan ayıran en önemli özelliktir¹³²⁹. Bu tür üstatlar, bazı durumlarda delilleri dinlemek ve bunu rapor etmek için atanabilir¹³³⁰. Bunun dışında jüri üyelerinin bulunmadığı davalarda üstatlar, hâkimin duruşma yükümlülüklerinin yerine getirilmesine yardım etmek amacıyla da atanabilmektedir¹³³¹.

Öte yandan duruşma öncesi veya duruşma sonrası meselelerle uğraşmak amacıyla da üstat atanabilmektedir (Pretrial Masters and Post-Trial Masters). Duruşma öncesi veya sonrası üstat atanabilmesi için belirtilen dönemlerle ilgili meselelerin uygun bir hâkim tarafından zamanında ve etkili bir şekilde yürütülemeyecek olması gerekir [FUK 53(a)(1)(C)]¹³³². Bu şartın gerçekleşip gerçekleşmediği değerlendirilirken olaya ve hâkime özgü durumlar dikkate alınır¹³³³. Dolayısıyla üstada verilen görevlerin, uygun bir hâkim tarafından zamanında ve etkili bir şekilde yerine getirilip getirilmeyeceği her dava bakımından ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Buna karşılık duruşma üstatlarından farklı olarak; duruşma öncesi veya sonrası üstad atamak için olağanüstü durumların (exceptional condition) mevcudiyeti aranmaz¹³³⁴.

Duruşma sonrası dönemde üstat, genellikle karmaşık mahkeme kararlarının oluşturulmasına (framing) yahut uygulanmasına yardımcı olmak için atanabilmektedir¹³³⁵. Buna karşılık duruşma öncesi dönemde üstatlar özellikle karmaşık davalarda discovery aşamasında atanmaktadır. Bu aşamada atanan üstatlar, kapsamlı discovery taleplerinin sınırlandırılması, bu aşamadaki taraf yükümlülüklerinin sağlanması, imtiyaz (privilege) iddiaları hakkında karar verilmesi yahut delillerin kabul edilebilirliğine karar verilebilmesi

¹³²⁷ Federal Usul Kanunu'nun 53. maddesi Danışma Kurulu Notu (Advisory Committee Note), Amendment 2003.

¹³²⁸ Federal Usul Kanunu'nun 53. maddesi Danışma Kurulu Notu (Advisory Committee Note), Amendment 2003.

¹³²⁹ Federal Usul Kanunu'nun 53. maddesi Danışma Kurulu Notu (Advisory Committee Note), Amendment 2003.

¹³³⁰ Federal Usul Kanunu'nun 53. maddesi Danışma Kurulu Notu (Advisory Committee Note), Amendment 2003.

¹³³¹ Federal Usul Kanunu'nun 53. maddesi Danışma Kurulu Notu (Advisory Committee Note), Amendment 2003.

¹³³² Federal Usul Kanunu'nun 53. maddesi Danışma Kurulu Notu (Advisory Committee Note), Amendment 2003.

¹³³³ Ferleger, 2007: 32.

¹³³⁴ Ferleger, 2007: 32.

¹³³⁵ Federal Usul Kanunu'nun 53. maddesi Danışma Kurulu Notu (Advisory Committee Note), Amendment 2003.

için gerekli vakıasal tespitleri yapmak için atanabilmektedir¹³³⁶. Bu üstatlar, özellikle discovery taleplerinin marka, patent, telif hakkı veya ürün sorumluluğuna ilişkin teknik bilgilerin üretilmesine ilişkin olduğu davalarda ilgili konuda uzmanlığa sahip kişiler arasından seçilmektedir¹³³⁷. Bunlar bazı durumlarda bilimsel ve teknik delilleri inceler, bilirkişilerin potansiyel niteliklerini değerlendirir ve bilimsel çalışmaların kabul edilebilirliği hakkında karar verirler¹³³⁸. Bunun yanında, Federal Delil Kanunu’nun 702. maddesi uyarınca hâkim tarafından gerçekleştirilecek “kabul edilebilirlik incelemesinde de bu uzmanlardan yararlanılabileceği belirtilmektedir. Bilindiği üzere; 702. madde uyarınca mahkeme, sunulan bilirkişi delilinin “ilgili” ve “güvenilir” olup olmadığını değerlendirmek zorundadır. Bu değerlendirme, hâkimin sınırlı olan zamanını oldukça meşgul ettiği gibi, hâkimin kendisini bilimsel açıdan geliştirmesini de gerektirmektedir. Mahkemenin sınırlı olan bu kaynaklarının iyi kullanılması amacıyla bu aşamada ilgili konuda uzman olan üstatlardan tavsiye almak suretiyle yardım alınabileceği ifade edilmektedir¹³³⁹. Öte yandan yine karmaşık davalarda, duruşma öncesi dava yönetiminde hâkimin ihtiyaç duyduğu yardımı sağlamak, dava yönetim planını geliştirmek ve özellikle ampirik bilgilerin toplanması ve analiz edilmesi amacıyla hâkime bilimsel ve teknik konularda tavsiyeler vermek için bu tür üstatlar atanabileceği belirtilmektedir¹³⁴⁰. Bunun gibi taraflar arasında uzlaşmanın kolaylaştırılması ve temin edilmesi amacıyla da bu üstatların kullanılabildiği görülmektedir¹³⁴¹. Böyle durumlarda bu uzmanların, sorumluluğun tespiti için gerekli olan ve taraflar arasında ihtilaflı olan bilimsel bilgi veya vakıalar hakkında bir uzlaştırıcı gibi hareket ettikleri belirtilmektedir¹³⁴². Örneğin, Amerikan yerlilerinin bir göl üzerindeki avlanma haklarına ilişkin bir davada bir hukuk fakültesi profesörü hem dava yönteminin sağlanması hem de taraflar arasında uzlaşmanın kolaylaştırılması amacıyla atanmıştır¹³⁴³.

Duruşma öncesi dönem dışında üstatlar, sorumluluğun (liability) tespiti için gerekli olan vakıalar hakkında tavsiye vermek için de atanabilmektedir¹³⁴⁴. Örneğin işyeri kapatma ve işten çıkarmanın ilgili yasal düzenlemeye aykırı olduğu iddiasıyla açılan ve birçok davacısı olan uyuşmazlıkta; bilgisayar bilgisi olan bir iktisatçı sorumluluğun belirlenmesi için gerekli

¹³³⁶ Farrell, 1994: 584; Ferleger, 2007: 9 vd.

¹³³⁷ Farrell, 1994: 584.

¹³³⁸ Farrell, 1994: 584.

¹³³⁹ Farrell, 1994: 585.

¹³⁴⁰ Farrell, 1994: 585-586.

¹³⁴¹ Ferleger, 2007: 9; Farrell, 1994: 586; Delk, 2002: 35.

¹³⁴² Farrell, 1994: 586.

¹³⁴³ Farrell, 1994: 586-587.

¹³⁴⁴ Farrell, 1994: 588.

olan nedensel vakıaların tespiti için üstat olarak atanmıştır¹³⁴⁵. Ancak davanın esasına ilişkin meseleler hakkında üstat atanmasının anayasal problemleri ve sınırlandırmaları da beraberinde getirdiği de ileri sürülmektedir¹³⁴⁶. Öte yandan vakıaların tespiti edilmesi yahut taraflar arasında uzlaşmanın sağlanması dışında dava konusunda uzman üstatların, sorumluluğun tespit edildiği aşamada bağımsız bir danışman gibi hareket ettikleri de görülmektedir¹³⁴⁷. Bu durumlarda üstatların rolü daha çok mahkeme bilirkişisine yaklaşmaktadır. Ancak mahkeme bilirkişilerinden farklı olarak üstatlar, çapraz sorgulamaya tabi değildir¹³⁴⁸.

Federal Usul Kanunu uyarınca üstat olarak atanacak kişinin, taraflarla, vekillerle, uyuşmazlıkla veya mahkemeye bir ilişkisinin bulunmaması gerekir. Aksi durum, üstadın reddi nedenidir. Böyle bir ilişkiye sahip kişi ancak tarafların anlaşması ve mahkemenin onayıyla üstat olarak atanabilir [FUK m. 53(a)(2)]. Atama kararından önce üstat yazılı olarak böyle bir ilişkinin var olup olmadığına dair beyanını mahkemeye sunmak zorundadır [FUK m. 53(b)(3)(A)]. Hangi hallerde böyle bir ilişkinin varsayılacağı, hâkimlerin reddini düzenleyen 28 U.S.C §455 numaralı Kanun' a göre belirlenmektedir [FUK m. 53(a)(2)]. Ancak üstatların adli bir memur olarak nitelendirilmemesinden dolayı hâkimlerin reddini düzenleyen katı kuralların tarafların rızası halinde mahkeme tarafından uygulanmaması gerektiği belirtilmektedir¹³⁴⁹.

Mahkeme, üstat atamadan önce atama iradesini taraflara bildirir ve onların üstadın atanması veya atanmaması yönündeki görüşleri ile atanma şartlarına ilişkin beyanlarını dinler¹³⁵⁰. Taraflardan her biri muhtemel üstat için aday gösterebilir. Mahkemenin üstat atama kararında; araştırmacı ve icrai yükümlülükler de dâhil olmak üzere üstadın yerine getirmesi gereken bütün yükümlülükler ile varsa üstadın yetkileri üzerine konulacak sınırlandırmalar belirtilir. Bunun yanında izin verilmesi halinde üstadın taraflarla veya mahkemeye tek taraflı olarak görüşebileceği haller de kararda açıklanır¹³⁵¹. Bunun yanında zaman sınırlandırmaları,

¹³⁴⁵ *McLendon v. Continental Group, Inc*, 749 F. Supp. 582. Kararın ilgili bölümü ve açıklamalar için bkz. Farrell, 1994: 589.

¹³⁴⁶ Farrell, 1994: 589.

¹³⁴⁷ Farrell, 1994: 589.

¹³⁴⁸ Farrell, 1994: 590.

¹³⁴⁹ Federal Usul Kanunu'nun 53. maddesi Danışma Kurulu Notu (Advisory Committee Note), Amendment 2003.

¹³⁵⁰ Federal Usul Kanunu'nun 53. maddesi Danışma Kurulu Notu (Advisory Committee Note), Amendment 2003.

¹³⁵¹ Üstadın, özellikle taraflar arasında uzlaşmanın sağlanması amacıyla atandığı durumlarda, taraflarla tek taraflı görüşmesine izin verildiği görülmektedir. Bunun yanında discovery safhasında açıklanacak belge veya bilginin imtiyaz (privilege) kapsamında olup olmadığının değerlendirilmesi üstadın sorumluluğunda ise yine üstadın taraflarla tek taraflı görüşmesine izin verilmesi yararlı görülmektedir. Ancak bu tür durumlar dışında üstadın taraflarla tek taraflı görüşmesi genellikle yasaklanmaktadır. Bkz. Federal Usul Kanunu'nun 53. maddesi Danışma Kurulu Notu (Advisory Committee Note), Amendment 2003.

yükümlülüklerin yerine getirilmesi sırasında tutulacak kayıtların şekli, takip edilmesi gereken usuller ile üstadın talimatlarının, bulgularının ve tavsiyelerinin nasıl inceleneceği (gözden geçirileceği) de kararlar birlikte açıklanır [FUK m. 53(b)(2)(A-B-C-D)]. Mahkeme atama kararında bu unsurları mümkün olduğunca açık ve kesin bir şekilde belirtmelidir¹³⁵². Mahkeme gerekli gördüğü durumlarda yukarıda belirtilen talimatların değiştirilmesine de karar verebilir. Ancak böyle bir husus da taraflara bildirilir ve onların beyanları alınır [FUK m. 53(b)(4)]. Atama kararında rapor düzenlenmesi emredilmişse, üstat bir rapor düzenleyerek mahkemeye sunmak ve aksi yönde karar verilmediği müddetçe bu raporu taraflara tebliğ etmek zorundadır. [FUK m. 53(e)].

Aksi mahkeme talimatlarında belirtilmediği müddetçe, üstat takip edeceği usulü düzenleyebilir. Aynı şekilde kendisine verilen yükümlülüklerin verimli ve adil bir şekilde yürütülmesi için gerekli olan bütün önlemleri alır. Bunun gibi üstat, delillerle ilgili bir celse (hearing) yürütüyorsa, atayan mahkemenin zorlamaya, almaya yahut kayda geçirmeye ilişkin bütün yetkilerini kullanabilir [FUK m. 53(c)(1)(A-B-C)].

Üstat, yürütmekle yükümlü olduğu görevlerle bağlantılı olarak taraflara emir ve talimat verebilir. Verilen bu emirler, mahkemede dosyalanır ve ayrıca taraflara tebliğ edilir [FUK m. 53(d)]. Üstat, taraflar üzerinde Federal Usul Kanunu'nun 37. ve 45. maddelerinde düzenlenen müeyyidelerin uygulanmasına karar verebilir. Esasen bu müeyyideler genellikle discovery aşamasında tarafların yerine getirmesi gereken yükümlülüklerle uyulmaması halinde mahkeme tarafından verilen yaptırımlardır. Ancak üstadın özellikle discovery aşamasına nezaret etmek için atandığı durumlarda, bu müeyyidelerin uygulanmasına, Federal Usul Kanunu'nun 53. maddesinde verilen yetkiyle üstat da karar verebilmektedir. Bunların dışında, ilgili tarafın veya üçüncü kişinin cezalandırılması için üstadın mahkemeye yaptırım önermesi de mümkündür [FUK m. 53(c)(2)].

Mahkeme üstadın düzenlediği rapora yahut verdiği tavsiyeye veya talimata göre hareket ettiği durumlarda bu hususu taraflara bildirmeli ve onların beyanlarını dinlemelidir. Mahkeme üstadın düzenlediği raporla yahut yaptığı bulgu ve tavsiyelerle bağlı değildir. Mahkeme üstadın görüşlerini benimseyebileceği gibi, tamamını veya bir bölümünü reddedebilir yahut yeni talimatlarla üstadın tekrar inceleme yapmasını isteyebilir [FUK m. 53(f)(1)]¹³⁵³.

Taraflar, üstadın düzenlediği rapora, tavsiyeye yahut talimata, bu hususlar kendilerine bildirildiği tarihten itibaren yirmi bir gün içinde itiraz edebilecekleri gibi, aynı süre içinde

¹³⁵² Federal Usul Kanunu'nun 53. maddesi Danışma Kurulu Notu (Advisory Committee Note), Amendment 2003.

¹³⁵³ Federal Usul Kanunu'nun 53. maddesi Danışma Kurulu Notu (Advisory Committee Note), Amendment 2003.

değiştirilmesini veya benimsenmesini de talep edebilir. Mahkeme, gerekli durumlarda bu sürenin değiştirilmesine karar verebilir [FUK m. 53(f)(2)].

Üstat tarafından yapılan yahut tavsiye edilen vakıalara ilişkin bulgular, itiraz üzerine mahkeme tarafından tekrar incelenmek zorundadır. Ancak tarafların anlaşması ve mahkemenin onayıyla üstadın ulaştığı bu tür bulguların kesin olduğu kabul edilebilir. Aynı şekilde tarafların anlaşması ve mahkemenin onayıyla; mahkeme tarafından yapılacak inceleme açık hatalarla sınırlı tutulabilir [FUK m. 53(f)(3)]. Ancak mahkeme üstadın görüşleri ile bağlı olmadığından dolayı itiraz olmasa dahi belirtilen hususları re'sen inceleyebileceği gibi, yukarıda incelemenin sınırlı tutulmasına ilişkin verdiği onayı da her zaman geri çekebilir¹³⁵⁴. Bunun gibi üstat tarafından yapılan yahut tavsiye edilen hukuki sonuçlara karşı yapılan itirazlar da mahkeme tarafından tekrar incelenmek zorundadır [FUK m. 53(f)(4)]. Ancak yukarıda belirttiğimiz üzere tarafların itirazı olmasa dahi mahkeme, üstadın hukuki konulara ilişkin görüşlerini re'sen tekrar inceleyebilir¹³⁵⁵.

Üstada verilecek ücret, hükümden önce veya sonra atama kararındaki temellere ve şartlara uygun olarak mahkeme tarafından belirlenir [FUK m. 53(g)(1)]. Mahkeme, üstada ödenecek ücretin taraflardan biri yahut her ikisi tarafından karşılanmasına karar verebileceği gibi bu ücretin fondon (fund) yahut mahkemenin kontrolünde olduğu durumlarda dava konusundan karşılanmasına da karar verebilir [FUK m. 53(g)(2)].

Üstatların hukuki niteliği hakkında Federal Usul Kanunu'nda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Kanaatimizce üstatlar, bilirkişi olarak nitelendirilemez. Her ne kadar bazı fonksiyonları bilirkişilere benzese de esasen üstatların icra ettikleri görevlerin birçoğu normal şartlarda hâkim tarafından yerine getirilmesi gereken yükümlülüklerdir. Örneğin; üstat, discovery aşamasında bazı dökümanların veya delillerin karşı tarafa açıklanmasına (açıklanıp açıklanmaması noktasında taraflar arasında ihtilaf oluşmuşsa); delillerin kabul edilebilirliği hakkında karar vermeye; tanık çağrılmasına ve onların incelenmesine yetkilidir¹³⁵⁶. Bu kapsamda üstatlar, yargılamaya delil sağlamaktan ziyade çoğu zaman taraflar arasında gerçekleşen ve aslında hâkim tarafından nezaret edilmesi gereken muamelelerde hâkimin rolünü üstlenmekte yahut bazı bulgu ve bilgileri sağlamakta yahutta bunlar hakkında mahkemeye tavsiye vermektedir. Dolayısıyla doktrinde de ifade edildiği gibi üstadın üstlendiği temel rol, hâkim tarafından belirlenen yükümlülüklerin yerine getirilmesi sırasında

¹³⁵⁴ Federal Usul Kanunu'nun 53. maddesi Danışma Kurulu Notu (Advisory Committee Note), Amendment 2003.

¹³⁵⁵ Federal Usul Kanunu'nun 53. maddesi Danışma Kurulu Notu (Advisory Committee Note), Amendment 2003.

¹³⁵⁶ Farrell, 1994: 598.

mahkemeyi temsil etmektedir¹³⁵⁷. Bu çerçevede üstadın yargısal (judicial) bir rol oynadığı ifade edilmektedir¹³⁵⁸. Bunun yanında Federal Delil Kanunu’nun 702. maddesi uyarınca bilirkişiler için aranan kabul edilebilirlik şartları, bu kişilerin atanması sırasında aranmamaktadır. Nitekim Federal Usul Kanunu’nun 53. maddesinin danışma kurulu notunda bir kimsenin hem üstadı hem de bilirkişiye ilişkin çakışan roller (overlapping roles) üstlenebileceği belirtilmekle beraber, ilgili açıklamalardan bilirkişi ile üstadın fonksiyonlarının aynı olmadığı anlaşılmaktadır¹³⁵⁹.

2.5. Bilirkişinin Yükümlülükleri

2.5.1. Genel Olarak

Türk hukukundan farklı olarak Amerikan yargılama sisteminde bilirkişinin tek yükümlülüğü hazırladığı raporu mahkemeye tevdi etmek değildir. Taraflarca yargılamaya dâhil edilmesinin ve Amerikan yargılama sistemine özgü “discovery” aşamasının özellikleri sonucu, bilirkişinin sadece mahkemeye karşı değil, kendisini yargılamaya dâhil eden tarafa ve uyuşmazlığın diğer tarafına karşı yerine getirmesi gerekli birtakım yükümlülükleri vardır. Bu kapsamda bilirkişi, yargılamanın bulunduğu safhaya göre kendisini yargılamaya dâhil eden tarafa yardımcı olmakla yükümlü olduğu gibi, yine yargılamanın bulunduğu safhaya göre çeşitli yöntemlerle davanın karşı tarafına ve mahkemeye görüşünü açıklamakla mükelleftir. Bu çerçevede bilirkişinin yargılamada birçok rolünün ve buna bağlı olarak birden fazla yükümlülüğünün bulunduğunu söylemek yanlış olmaz. Ancak bilirkişinin bu yükümlülüklerinin ortaya çıkması her şeyden önce kendisinin rızasına bağlıdır. Zira kural olarak Amerikan yargılama sisteminde, bilirkişilik yapma zorunluluğu bulunmamaktadır. Bilirkişinin rızası ise, taraflarca yargılamaya dâhil edildiği durumlarda, kendisini yargılamaya dâhil eden tarafla yapacağı sözleşmede ortaya çıkmaktadır. Bir başka ifadeyle, bilirkişinin gerek taraflara gerekse de mahkemeye olan yükümlülüklerinin temeli, kendisini yargılamaya dâhil edecek olan tarafla yapacağı sözleşmeye dayanmaktadır. Ancak bir kere sözleşmeyle bilirkişilik görevini üstlenen uzmanın özellikle karşı tarafa ve mahkemeye karşı olan yükümlülüklerinin kapsamı usul ve delil kurallarıyla düzenlenmektedir. Aşağıda bilirkişinin taraflara ve mahkemeye karşı olan yükümlülükleri davanın bulunduğu safhalar dikkate alınarak açıklanmaya çalışılacaktır.

¹³⁵⁷ Delk, 2002: 50, 52.

¹³⁵⁸ Ferleger, 2007: 8.

¹³⁵⁹ Federal Usul Kanunu’nun 53. maddesi Danışma Kurulu Notu (Advisory Committee Note), Amendment 2003.

2.5.2. Dilekçeler Teatisi Aşamasındaki Yükümlülükler

Dilekçeler teatisi aşamasında veya öncesinde bilirkişinin temel yükümlülükleri, kendisini yargılamaya dâhil eden tarafa karşıdır. Bilirkişinin bu safhada ne karşı tarafa ne de mahkemeye karşı bir yükümlülüğü bulunmamaktadır. Bilirkişinin kendisini tutan tarafa olan yükümlülükleriye sözleşmeseldir. Bir başka ifadeyle yargılamanın ilerleyen safhalarında ifade verecek bilirkişinin bu safhada kendisini tutan tarafa yardım etmesi Kanun'dan kaynaklanmamaktadır. Dolayısıyla bilirkişinin bu safhadaki yükümlülüklerinin kapsamı, bilirkişi ile taraf arasında yapılacak sözleşmeye göre belirlenmektedir. Bilirkişi alacağı ücret mukabilinde gerekli özel ve teknik bilgiyi sözleşme imzaladığı tarafa sağlamaktadır.

Bu aşamada hem davacı hem de davalı taraf, bilirkişiden yararlanabilmektedir. Davacı, bu aşamada öncelikli olarak bilirkişi tarafından sağlanan özel ve teknik bilgiyle davasının ne kadar haklı olduğunu ve davayı kazanıp kazanamayacağını değerlendirmektedir. Davasının haklı olduğuna inandığı takdirdeyse, dilekçesinde belirteceği iddiaları ve vakıaları güçlendirmek ve geliştirmek amacıyla bilirkişinin görüşünden yararlanmaktadır¹³⁶⁰. Örneğin, malpraktis nedeniyle ameliyatı yapan doktora dava açmayı düşünen hasta vekilinin, öncelikle doktor tarafından gerçekleştirilen müdahalenin malpraktis mi yoksa komplikasyon mu olduğunu tespit etmesi gerekmektedir. Bunun sağlıklı bir şekilde yapılabilmesi için ilgili alanda bir uzmandan yardım alınması gereklidir. Aynı şekilde, doktor tarafından gerçekleştirilen müdahalenin malpraktis olduğunun kabul edildiği durumlarda, müdahalenin neden malpraktis teşkil ettiğinin bilimsel olarak açıklanabilmesi için yine bilirkişinin yardımının alınması yararlı olmaktadır.

Buna karşılık kendisine karşı özel ve teknik bilgiyi gerektiren bir dava açılan veya açılma ihtimali bulunan davalıysa, karşı tarafın iddialarını değerlendirmek için bilirkişiye başvurabilmektedir¹³⁶¹. Bilirkişinin vereceği görüş doğrultusunda davacının haklı olduğuna inanırsa yargılama başlamadan, başlamışsa daha ileriye gitmeden önce davacıyla anlaşma yoluna gidebilmektedir. Buna karşılık anlaşma sağlanamaz veya karşı tarafın iddialarının geçersiz olduğuna inanılırsa, cevap dilekçesini en iyi şekilde hazırlamak için bilirkişiden yararlanılmaktadır.

Taraflar, bu aşamada dava hakkındaki görüşlerini oluşturmak ve dilekçelerini hazırlamak dışında yargılamanın diğer evrelerinde ve özellikle “discovery” safhasında nasıl bir strateji izleneceği hususunda da bilirkişiden görüş almaktadır. Taraflar, birbirlerinin dilekçelerinden öğrendikleri bilgiler ışığında hangi noktalar üzerinden karşı tarafla mücadele edileceğine bilirkişiler yardımıyla karar vermektedir.

¹³⁶⁰ Prichard, 2005: 127.

¹³⁶¹ Prichard, 2005: 130 vd.

Tarafların bu aşamada kullanacağı uzmanın davanın ileri safhalarında tanıklık yapması zorunlu değildir. Bu çerçevede, bu aşamadaki uzman, “danışman” olarak kalabileceği gibi ileride discovery veya duruşma aşamasında rapor veya ifade vererek “bilirkişi (tanık)” niteliğini de kazanabilir.

2.5.3. Discovery Aşamasındaki Yükümlülükler

Discovery aşamasının temel amacı tarafların elindeki delil ve iddiaların karşılıklı olarak değiş tokuş edilmesi suretiyle yargılamadaki tarafların davayla ilgili bütün ve aynı bilgilere sahip olmasını sağlamaktır¹³⁶². Amerikan yargılama sisteminde bilirkişi görüşünün de delil olarak kabul edilmesinin bir sonucu olarak bilirkişi beyanlarının da discovery aşamasında karşı tarafla paylaşılması gerekmektedir. Bu çerçevede taraflar, beraber çalıştıkları ve ileride tanık olarak ifade verecek bilirkişinin görüşlerini çeşitli yöntemlerle karşı tarafa açıklamakla yükümlüdür¹³⁶³. Taraflar üzerindeki bu yükümlülüğün sonucu olarak da bilirkişiler discovery aşamasında tam ve net olarak görüşlerini oluşturmak ve çeşitli discovery yöntemleriyle bunu karşı tarafa aktarmakla yükümlü olmaktadır.

Discovery aşamasında bilirkişi görüşünün karşı tarafa aktarma yükümlülüğü çeşitli şekillerde ortaya çıkabilmektedir. Bunlardan bazıları zorunluysen, bazıları kullanılacak discovery yöntemi uyarınca karşı tarafın talebine bağlı olarak gerçekleşmektedir. Bu kapsamda, öncelikli olarak taraflardan her biri ileride tanıklık yapabilecek bilirkişinin kimlik bilgilerini talep olmasa dahi karşı tarafa açıklamakla yükümlüdür [FUK m. 26(a)(2)(A)]. Aynı şekilde aksi taraflarca kararlaştırılmadığı veya mahkeme tarafından emredilmediği takdirde kimlik bilgilerinin yanında bilirkişi tarafından hazırlanmış ve imzalanmış raporun da karşı tarafa verilmesi zorunludur [FUK m. 26(a)(2)(B)]. Dolayısıyla bu aşamada bilirkişinin öncelikli yükümlülüğü yazılı bir rapor hazırlamaktır. Bu raporun hangi unsurları taşıması gerektiğiye, Federal Usul Kanunu’nun 26(a)(2)(B) maddesinde düzenlemiştir¹³⁶⁴. Buna göre;

- bilirkişinin davayla ilgili bütün görüşleri ile bu görüşün temelleri ve gerekçeleri,
- bilirkişinin görüşünü oluştururken dikkate aldığı vakıa ve bilgiler,
- bilirkişinin görüşünü özetlemek ve desteklemek için kullanabileceği görsel sunumlar,
- bilirkişinin son on yıl içinde yazdığı eserler de dahil olmak üzere bilirkişinin nitelikleri,

¹³⁶² Feder ve Houck, 2008: 35. Discovery aşaması için bkz. 2.1.3.2. Discovery

¹³⁶³ McKee vd., 2013: 753-754.

¹³⁶⁴ Kendisine bilirkişi raporu verilen (açıklanan) taraf, raporun eksik veya yetersiz olduğunu düşünüyorsa, yeterli ve tam bilirkişi raporu hazırlanması veya bilirkişinin yargılama dışında bırakılması için mahkemeye başvurabilir. Bkz. McKee vd., 2013: 756-757.

- bilirkişinin yaptığı çalışma veya yapacağı tanıklık için ilgili tarafça kendisine ödenen ücret ve
- bilirkişinin son dört yıl içinde tanıklık yaptığı diğer davaların listesi¹³⁶⁵, yazılı raporda belirtilmelidir.

Bu raporun ne zaman verileceğine taraflar veya hâkim tarafından karar verilmektedir. Uygulamada ise hâkimler, bilirkişi raporlarının ne zaman verilmesi gerektiğini, genellikle duruşma öncesi dönemi düzenleyen talimatlarda açıklamaktadır¹³⁶⁶. Bir mahkeme kararı bulunmuyorsa veya taraflarca aksi kararlaştırılmadıysa, kural olarak bilirkişi raporunun duruşma tarihinden en az 90 gün önce karşı tarafa verilmesi gerekmektedir [FUK m. 26(a)(2)(D)(i)].

Bilirkişinin kimliği veya hazırladığı rapor belirtilen şekilde paylaşılmadığı takdirde, karşı tarafın talebi üzerine bilirkişi ve/veya sağladığı bilgi (rapor) duruşma safhasında veya herhangi bir celsede kullanılamaz [FUK m. 37 (c)(1)]. Ancak bu durum haklı bir mazerete dayanıyorsa yahut zararsız ise mahkeme aksine karar verebilir¹³⁶⁷. Bunun yanında mahkeme, bu müeyyideye ek veya alternatif olarak, açıklama yükümlülüğüne aykırı davranışın sebep

¹³⁶⁵ Bu unsur, bilirkişinin katıldığı diğer duruşma ve deposition sorgulamalarında verdiği ifadelerin, mevcut davayla ilgili olması halinde karşı tarafça kullanılabilmesini sağlamak için öngörülmüştür. Bkz. Lancaster ve Capozzola, 2010: 264. Bu anlamda yargılamanın karşı tarafı, bilirkişinin daha önce verdiği ifadeler ile mevcut davada verdiği ifadeyi veya kullanıldığı yöntemi ve prensibi karşılaştırarak bilirkişinin güvenilirliğini ve çelişkilerini değerlendirebilmektedir.

¹³⁶⁶ Lancaster ve Capozzola, 2010: 257.

¹³⁶⁷ Freer, 2009: 390; McKee vd., 2013: 756. Mahkemelerin genellikle aşikâr kötü niyetin yahut ağır ihmalin bulunduğu durumlarda bu müeyyideyi (bilirkişinin kullanılmasının yasaklanması) uyguladığı görülmektedir. Bu çerçevede değerlendirme yapılırken; açıklama yükümlülüğüne aykırı davranan tarafın mazereti, yasaklanacak olan bilirkişi ifadesinin önemi, diğer tarafın bu bilirkişi görüşüne karşı hazırlanmak için yapacağı çalışma ve uğrayacağı zarar, uyumsuzluğun hızlı bir şekilde çözülmesindeki kamu yararı ve daha az şiddetli müeyyidelerin uygunluğu gibi unsurlar dikkate alınmaktadır. Bkz. Cwik ve Hutchinson, 2008: 64-66, 491. Örneğin; ilgili tarafın eski avukatını değiştirerek yeni avukat tutması ve bu avukatın duruşmadan çok kısa süre önce bilirkişilerden haberdar olduğunu söylemesi mahkeme tarafından makul bir sebep olarak görülmemişken, başka bir davada devam eden müzakere ve uzlaşma görüşmeleri nedeniyle bilirkişi hazırlıklarını askıya aldığını açıklayan davacının mazereti makul bir sebep olarak kabul edilmiştir. İlgili açıklama ve kararlar için Bkz. Cwik ve Hutchinson, 2008: 66 vd. Bunun yanında FUK'un 26. maddesine göre raporda, bilirkişinin davayla ilgili bütün görüşlerinin bulunması zorunlu olduğundan, belirtilen sürede kimliği ve raporu açıklanan bilirkişinin daha sonra tekrar bir test ve inceleme yapması halinde de sonradan yapılan bu ek inceleme ve buna bağlı olarak ek ifadenin bu kurala göre yasaklanması mümkündür. Bir başka ifadeyle, bilirkişi raporu eksik olarak açıklanmışsa, bilirkişi ifadesi sadece açıklanan kısım ile sınırlandırılabilir. Bkz. Lancaster ve Capozzola, 2010: 260-261. Nitekim davalı bilirkişinin görüşü ve kimliği karşı tarafa zamanında açıklandıktan sonra davacının bu bilirkişiyi (deposition yöntemiyle) sorgularken yeni testler ve incelemeler gerçekleştirdiğini öğrendiği bir davada; bu ek inceleme ve testlerin sadece ilk raporda belirtilen bulguları teyit ettiği davalı tarafından belirtilmesine rağmen mahkeme, bilirkişinin ek ifadesini kabul etmemiştir. Mahkemeye göre bir ay (duruşma için kalan süre) davacının ek incelemeleri ve testleri yapması için yeterli değildir. Daha önceden belirtilen duruşma tarihinin gecikmesi ise, tarafları ve mahkemeyi sıkıntıya sokacaktır. Fritter v. Dafina, Inc., F.R.D. 215 (N.D.N.Y 1998). Karar ve açıklamalar için Bkz. Cwik ve Hutchinson, 2008: 67 vd, s. 127-128. Bir başka davada da bilirkişi raporunda belirtilmeyen gözlemlere dayalı bilirkişi ifadesi kısmen yargılama dışında bırakılmıştır. Johnson v. Vanguard Mfg., Inc., No. 01-1589(01-1742, 2002 U.S. App. LEXIS 8849 (3d Cir. 2002); Kararın ilgili bölümleri ve açıklamalar için bkz. Cwik ve Hutchinson, 2008: 128, dpn. 149. Doktrinde yukarıda belirtilen sonuçların oluşmaması için açıklama yükümlülüğü için belirlenen sürenin aşılma ihtimalinin bulunduğu durumlarda henüz süre dolmadan mahkemeden ek süre istenmesi gerektiği belirtilmektedir. Bkz. Cwik ve Hutchinson, 2008: 68

olduğu masrafların ödenmesine¹³⁶⁸, bu aykırılığın jüri üyelerine bildirilmesine veya uygun görülen diğer müeyyidelerin [madde 37 (b)(2)(A)(i)’de belirtilenler gibi] uygulanmasına karar verebilir [FUK m. 37 (c)(1)(A-B-C)].

Belirttiğimiz üzere bilirkişinin kimliğinin ve hazırladığı raporun karşı tarafa açıklanması, talebe bağlı olmadan Federal Usul Kanunu uyarınca otomatik olarak gerçekleştirilmesi gereken bir süreçtir. Ancak bu süreci düzenleyen kurallar emredici nitelikte değildir. Bu sebeple, aksi mahkeme tarafından emredilmediği müddetçe taraflar bilirkişi raporunun karşılıklı olarak açıklanması prosedüründen vazgeçebilecekleri gibi, farklı bir usul de belirleyebilmektedir¹³⁶⁹.

Yazılı bilirkişi raporunun hazırlanıp, karşı tarafa aktarılması bilirkişinin, discovery aşamasındaki tek yükümlülüğü değildir. Yargılamanın bu safhasında bilirkişi, Federal Usul Kanunu uyarınca “deposition” yöntemiyle davanın karşı tarafınca sorgulanabilmektedir¹³⁷⁰. Bu kapsamda bilirkişi karşı tarafça sorgulanmak üzere belirlenen yerde ve zamanda bulunmak ve yöneltilecek sorulara cevap vermekle yükümlüdür. Ancak bu sorgulamanın gerçekleştirilebilmesi için öncelikli olarak yukarıda belirtilen prosedür kapsamında bilirkişi tarafından hazırlanan raporun karşı tarafa verilmesi gerekmektedir [FUK m. 26(b)(4)(A)].

Daha önce açıkladığımız üzere “deposition” taraflardan birinin veya dava konusuyla ilgili tanık veya bilirkişi gibi üçüncü kişilerin duruşmadan önce taraflarca sorgulanmasıdır¹³⁷¹. Yazılı rapor hazırlanması ve karşı tarafa sunulmasından farklı olarak bilirkişinin “deposition” yöntemiyle sorgulanabilmesi için karşı tarafın talebinin bulunması zorunludur. Aksi takdirde bilirkişinin deposition’da ifade vermek gibi bir yükümlülüğü ortaya çıkmamaktadır. Ancak uygulamada taraflar kendilerine tanınan bu hakkı, hemen hemen her dava bakımından kullanmaktadır¹³⁷². Zira taraflar bu yöntemle, hem muhalif bilirkişinin görüşünü tam olarak öğrenmek suretiyle onun zayıf ve güçlü taraflarını değerlendirme imkânı bulmakta hem de onu bir şekilde konumlandırmak suretiyle duruşmada gerçekleştirebilecek sürpriz bir beyandan kaçınma fırsatı yakalamaktadır.

“Deposition” kapsamında sorgulanan her şahıs gibi bilirkişinin de ifade vermeden önce yemin etmesi gerekmektedir. Aksi taraflarca kararlaştırılmadığı müddetçe deposition, bir memur huzurunda ve yönetiminde gerçekleştirilmektedir. Bu çerçevede bilirkişiye yemin

¹³⁶⁸ Örneğin bir davada mahkeme; bilirkişiye ödenen ücreti, bilirkişinin yayınlarını ve daha önceki tanıklıkları içermeyen ve görüşünün esasını yeterince tartışmayan bilirkişi raporunu açıklayan tarafın deposition (expert deposition) masraflarını karşılamasına hükmetmiştir. Reed v. Binder, 165 F.R.D. (D.N.J. 1996) at 429-431. Bkz. Cwik ve Hutchinson, 2008: 128, dñn.150. Benzer örnekler için bkz. Lancaster ve Capozzola, 2010: 268.

¹³⁶⁹ McKee vd., 2013: 757-758.

¹³⁷⁰ McKee vd., 2013: 777. Avukatın, karşı tarafın bilirkişisini etkili bir şekilde sorgulayabilmesi için (deposition yöntemiyle) gerekli hazırlık çalışmaları ve öneriler için bkz. Lancaster ve Capozzola, 2010: 297 vd.

¹³⁷¹ “Deposition” hakkında yapılan açıklamalar bkz. 2.1.3.2 Discovery.

¹³⁷² Freer, 2009: 390.

ettirilmesi, sorulan soruların ve cevapların kaydedilmesi mahkeme kâtibi tarafından yerine getirilmektedir [FUK m. 30(b)(5)]. Taraflar, avukat ofislerinde veya adliyede bu iş için tahsis edilmiş odalarda bu sorgulamayı gerçekleştirmektedir.

Deposition yöntemiyle sorgulama, genellikle karşı tarafın bilirkişisi için kullanılmakla beraber çeşitli sebeplerden dolayı taraflar kendi bilirkişilerini de deposition yöntemiyle sorgulayarak, alınan ifadenin duruşmada delil olarak kullanılmasını sağlayabilmektedir¹³⁷³. Özellikle bilirkişinin yoğun olması veya başka bir nedenden dolayı duruşmada bulunma imkânının olmadığı durumlarda, taraflar kendi bilirkişilerini kamera eşliğinde sorgulayarak, alınan kaydın duruşmada izlenmesini istemektedir¹³⁷⁴. Zira taraflar, jüri üyelerini çekilen görüntü yoluyla kâğıt üzerindeki ifadede daha çok etkileyebileceklerini düşünmektedir¹³⁷⁵. Ancak belirtmek gerekir ki; bu şekilde alınan ifadenin duruşmada kullanılabilmesi için genel kurala uygun olarak karşı tarafın deposition sırasında orada olması yahut temsil edilmesi veya uygun bir şekilde bu sorgulamanın kendisine bildirilmesi gereklidir (FUK m. 32). Böylelikle karşı taraf da bilirkişiyi sorgulama ve değerlendirme imkânı bulmaktadır. Bunun dışında da tanıklık yapacak kişinin vefat etmesi yahut hasta, yaşlı veya mahkûm olması gibi kendisini duruşmada bulunmaktan alıkoyacak sebeplerin mevcut olması halinde de deposition yöntemiyle alınan ifade duruşmada kullanılabilir (FUK m. 32).

Bilirkişinin deposition yöntemiyle sorgulanması nedeniyle bilirkişinin harcayacağı zaman ve emeğin kimin tarafından karşılanacağı genellikle tarafların aralarında yaptıkları sözleşmelere göre belirlenmektedir. Bu anlamda uygulamada bilirkişi ücret ve masraflarının bilirkişiyi yargılamaya dâhil eden tarafça karşılanacağına dair sözleşmeler sıklıkla yapılmaktadır¹³⁷⁶. Ancak böyle bir sözleşmenin bulunmadığı durumlarda, kural olarak deposition yöntemiyle bilirkişiyi sorgulamak isteyen taraf, bilirkişiye makul bir ücret ödemek zorundadır. Ancak bu durum adaletsizliğe neden olarsa, mahkeme aksi yönde de karar verebilir [FUK m. 26 (b)(4)(E)]. Bu ücret belirlenirken, bilirkişinin deposition için yapacağı hazırlık, yol masrafları ve deposition sırasında harcanan zamanın dikkate alındığı belirtilmektedir¹³⁷⁷.

Bilirkişinin bu safhada görüşlerini karşı tarafa aktarma yükümlülüğünün yanında dilekçeler teatisi aşamasında olduğu gibi kendisini yargılamaya dâhil eden tarafa karşı da yükümlülükleri devam etmektedir. Ancak bilirkişinin, kendisini yargılamaya dâhil eden tarafa

¹³⁷³ Lancaster ve Capozzola, 2010: 314.

¹³⁷⁴ Lancaster ve Capozzola, 2010: 314. Federal Usul Kanunu'nun 30(b)(3) maddesi uyarınca deposition "sesli" yahut "sesli ve görüntülü" veya "stenografi" yöntemiyle kaydedilebilir. Bunun dışında taraflar, anlaşarak veya talep üzerine verilecek mahkeme kararı ile telefon ve benzeri yöntemlerle uzaktan sorgulama da yapabilir.

¹³⁷⁵ Lancaster ve Capozzola, 2010: 314.

¹³⁷⁶ Cwik ve Hutchinson, 2008: 68-69.

¹³⁷⁷ Cwik ve Hutchinson, 2008: 69-70.

karşı olan yükümlülükleri, Kanun'dan değil, taraf ile yaptıkları anlaşmadan kaynaklanmaktadır. Bu çerçevede yapılacak anlaşmaya göre bilirkişi, discovery aşamasında nasıl bir strateji izleneceğinin belirlenmesine yardımcı olabileceği gibi, discovery yöntemlerinin etkili kullanılmasına da katkı sağlayabilmektedir. Özellikle karşı tarafın bilirkişisinin deposition kapsamında sorgulanacağı hallerde, bilirkişi yanında bulunduğu tarafa soruların hazırlanması noktasında büyük yararlar sağlayabilmektedir¹³⁷⁸. Zira özel ve teknik bir konunun detayları ve püf noktaları ancak bir uzman tarafından sağlıklı bir şekilde ortaya çıkartılabilmektedir. Aynı şekilde bilirkişi bu sorgulama sonucunda elde edilen bilgileri değerlendirmek ve muhalif bilirkişinin zayıf veya güçlü taraflarını bildirmek suretiyle yanında yer aldığı tarafın duruşma safhasına verimli bir şekilde hazırlanmasına yardımcı olmaktadır. Uygulamada, yukarıda belirtilen faydaların daha da artırılması amacıyla, deposition yöntemiyle muhalif bilirkişiyi sorgulayan tarafın, sorgulamayı gerçekleştirirken kendi bilirkişisini de hazır bulundurduğu bazı uyuşmazlıklar görülmektedir¹³⁷⁹.

2.5.4. Duruşma (Trial) Aşamasındaki Yükümlülükler

Duruşma aşamasında bilirkişinin en önemli yükümlülüğü, sahip olduğu özel ve teknik bilgiyle oluşturmuş olduğu görüşünü, mahkeme huzurunda karar vericilere ve taraflara aktarmaktır¹³⁸⁰. Bilirkişinin görüşü, genellikle görüldüğü üzere soru-cevap veya tek taraflı anlatım yöntemi ile yargılamaya aktarılmaktadır. Soru-cevap yönteminde¹³⁸¹ bilirkişi, görüşünü tek taraflı olarak açıklamaz. Bir başka ifadeyle bilirkişi soru sorulmadan konuşmaz. Tanık sandalyesine oturan bilirkişinin görüşünün taraflarca soru sorulmak suretiyle ortaya çıkartılması gerekmektedir. Bilirkişi öncelikle kendisini yargılamaya dâhil eden tarafça sorulan sorulara cevap verdikten sonra (direct examination) davanın karşı tarafınca çapraz sorgu (cross examination) yöntemiyle sorgulanmaktadır¹³⁸². Mücadeleci sistem (adversary system) gereği, kural olarak hâkim veya jüri üyeleri sorgulama yapmamaktadır. Ancak hâkim belirsiz konuların açıklanmasını bilirkişiden talep edebilmektedir. Jüri üyeleri ise, bilirkişiye sorularını ancak hâkim marifetiyle yöneltebilmektedir. Jüri üyeleri tarafından hazırlanan yazılı sorular hâkime tevdi edildikten sonra hâkim ilgili soruların bilirkişiye yöneltilip yöneltilmeyeceğine karar vermektedir. Ancak belirttiğimiz üzere, mücadeleci sistemin

¹³⁷⁸ Lancaster ve Capozzola, 2010: 296 vd.

¹³⁷⁹ Lancaster ve Capozzola, 2010: 296-297.

¹³⁸⁰ Duruşma aşaması için ayrıca bkz. 2.1.3.3. Duruşma (Trial)

¹³⁸¹ Mueller ve Kirkpatrick, 2007: 446-447.

¹³⁸² Bu konuda ayrıca bkz. 2.7.

özellikleri gereğince gerek hâkim gerekse de jüri üyeleri tarafından bilirkişiye soru sorulduğu uygulamada pek görülmemektedir¹³⁸³.

Belirttiğimiz üzere; bilirkişinin görüşünü mahkemeye aktarmak için kullanılan ikinci yöntemse, bilirkişinin tek taraflı olarak bulgu, gözlem ve sonuçlarını mahkemeye anlatmasıdır¹³⁸⁴. Bu durumda bilirkişi öncelikli olarak görüşlerini yargılamaya aktarmakta, bu bittikten sonra taraflar gerekli gördüğü yerleri açıklığa kavuşturmak, vurgulamak veya çelişkileri göstermek için bilirkişiye soru sormaktadır.

Belirtilen yöntemlerden birincisi, yani soru cevap yöntemi geleneksel Amerikan ifade alma metodu olup, kural olarak bilirkişinin görüşü alınırken de genellikle bu yöntem kullanılmaktadır. Ancak hâkim davanın ve durumun özelliklerine göre ikinci veya başka bir yöntemin kullanılmasına da karar verebilmektedir¹³⁸⁵. Hâkim hangi yöntemin kullanılacağına karar verirken, gerçeğin bulunması için hangi yöntemin daha etkili olacağını, zaman kaybının engellenmesini ve tanığın gereksiz ve usulsüz rahatsızlıktan korunmasını göz önünde bulundurmalıdır [FDK m. 611 (a)].

Federal Usul Kuralları'nın 43. maddesi uyarınca bilirkişinin ifadesi kural olarak her tanık gibi mahkeme huzurunda doğrudan alınmalıdır. Bu sebeple bilirkişinin duruşmanın yapıldığı mahkemeye gelme yükümlülüğü bulunmaktadır. Ancak zaruri durumlarda mahkeme gerekli önlemleri almak koşuluyla bilirkişinin başka bir yerden duruşmaya katılmasını ve görüşlerini kurulacak düzenle, eş zamanlı olarak mahkemeye aktarılmasına karar verebilmektedir¹³⁸⁶. Aynı şekilde bu aşamada yargılamanın aleni olması gerekmektedir. Bu bağlamda, aksi Kanunlar'da açıkça belirtilmediği takdirde bilirkişinin, herkesin katılabileceği aleni duruşmada dinlenilmesi gerekmektedir [FUK m. 43(a)].

Bilirkişi görüşünü aktarmadan önce her tanık gibi yemin etmekle mükelleftir. Ancak tanıklar özellikle dini veya özel nedenlerden dolayı yemin etmek istemezlerse, doğru söyleyeceklerine dair mahkemeye bir teyitte (doğrulama) de bulunabilmektedir. [FDK m. 603, FUK m. 43 (b)]¹³⁸⁷. Gerek yeminin gerekse de teyidin içeriği noktasında Federal Delil Kanunu'nda detay belirtilmemiş, sadece bunların tanıklık edecek kimsenin vicdanını

¹³⁸³ Prof. Dr. Aviva Orenstein sözlü mülakat.

¹³⁸⁴ Mueller ve Kirkpatrick, 2007: 446-447.

¹³⁸⁵ Mueller ve Kirkpatrick, 2007: 446-447.

¹³⁸⁶ Bilirkişinin farklı bir yerden duruşmaya katılması ancak zaruri ve beklenmedik durumların bulunması halinde mümkündür. Örneğin, bilirkişinin kaza veya hastalık nedeniyle duruşmaya fiilen katılamayacağı durumlarda mahkeme bilirkişinin bulunduğu yerden görüşlerini mahkemeye aktarmasına karar verebilmektedir. Böyle durumlarda mahkeme, sistemin aksamaması ve gerekli bilginin sağlıklı bir şekilde aktarılması için gerekli önlemleri almalıdır. Bkz. McKee vd., 2013: 965.

¹³⁸⁷ Teyit (doğrulama) çeşitli şekillerde yapılabilir. Örneğin, bir temyiz mahkemesi tanıklık yapmayı kabul eden ancak yemin etmeyen şahidin “doğruyu söylemem gerektiğini ve eğer yalan söylersem cezai soruşturmayla maruz kalacağımı anladım” şeklindeki ifadesini teyit için yeterli kabul etmiştir. Gordon v. State of Idaho 778 F. 2d. 1397, 1401 (9th Circuit 1985). Karar için bkz. Mueller ve Kirkpatrick, 2007: 39, dpn. 8

etkileyebilecek nitelikte olması şartı aranmıştır (FDK m. 603)¹³⁸⁸. Aynı şekilde merasimin nasıl gerçekleşeceği noktasında da Federal Delil Kanunu’nda bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak genellikle rızalarını göstermeleri ve resmi merasimi anladıklarını göstermek amacıyla tanıklardan sağ ellerini kaldırmaları istenmektedir. Ancak elin yanlış kaldırılması veya hiç kaldırılmaması yeminin geçerliliğini etkilememektedir¹³⁸⁹. Yemin etmeyen veya usulüne uygun olarak mahkemeye teyit vermeyen tanık ise yargılamada ifade veremez¹³⁹⁰.

Bilirkişiye yüklenmiş olan yemin yükümlülüğünün uzantısı olarak bilirkişi doğruyu söylemekle yükümlüdür. Bu yükümlülüğe aykırı davranışsa cezai sorumluluğu gerektirmektedir. “Perjury” olarak adlandırılan ve yalan beyanda bulunma suçu olarak adlandırabileceğimiz bu kural uyarınca, yargılamada yemin ettikten sonra kasıtlı olarak yanlış beyanda bulunan kişinin cezalandırılması öngörülmektedir (18.U.S.C§1621)¹³⁹¹. Bilirkişi de, gerek discovery safhasında gerekse duruşma safhasında verdiği yeminli ifadelerden, bu hüküm uyarınca sorumludur. Ancak belirtmek gerekir ki; bilirkişinin görüşü birçok etkene, unsura ve hatta yoruma dayanması nedeniyle, kasıt unsurunun bilirkişi bakımından ispatlanması oldukça güçtür.

2.6. Bilirkişinin Görüşünü Oluşturması

2.6.1. Genel Olarak

Bilirkişi özel ve teknik bilgisiyle dava konusu vakıa ve bilgileri inceleyerek görüşünü veya çıkarımlarını oluşturmaktadır. Bilirkişinin görüşünü dayandırdığı vakıa ve bilgiler ise temel olarak üç şekilde elde edilebilmektedir. Birincisi şahsi gözlem ve incelemeleriyle elde ettiği vakıa ve bilgiler, ikincisi duruşmaya hazırlık veya duruşma devresinde dosya kapsamında öğrendiği bilgiler, üçüncüsü ise çoğunluğunu okuyarak ve duyarak elde ettiği çalışma ve eğitiminden kaynaklanan ikinci el bilgilerdir¹³⁹².

Daha önce çeşitli şekillerde belirttiğimiz üzere bilirkişi görüşünü en geç discovery aşamasında oluşturmakla yükümlüdür¹³⁹³. Zira her iki tarafın bilirkişisi de talep olmasa dahi discovery aşamasında bilirkişi raporunu tamamlayıp karşı tarafa tevdi etmekle yükümlüdür.

¹³⁸⁸ Mueller ve Kirkpatrick, 2007: 39-40. Ancak bazı eyaletlerde birtakım özel kelimelerin kullanılması gerektiği kendi hukuk kurallarınca düzenlenmiştir. Özellikle “gerçeği, bütün gerçeği ve yalnızca gerçeği” (the truth, the whole truth and nothing but the truth) gibi ifadeler yemin merasimlerinde sıklıkla kullanılmaktadır. Bkz. Age: 40. Ancak bu tür ifadelerin bizzat bilirkişi tarafından tekrarlanmasına gerek yoktur. Örneğin, mahkeme mübaşirinin “gerçeği, bütün gerçeği ve yalnızca gerçeği söyleyeceğinize dair yemin eder misiniz?” şeklindeki sorusuna, bilirkişi (veya diğer bir tanık) tarafından “ederim” şeklinde verilen cevap yeterli kabul edilmektedir.

¹³⁸⁹ Mueller ve Kirkpatrick, 2007: 40.

¹³⁹⁰ Mueller ve Kirkpatrick, 2007: 41-42.

¹³⁹¹ Doyle, 2014: 2 vd.; Mueller ve Kirkpatrick, 2007: 37.

¹³⁹² Mueller ve Kirkpatrick, 2007: 886; Orenstein, Aviva, 2014. Opinion Evidence and Expert Testimony, s. 4

¹³⁹³ Bkz. 2.1.3.2. Discovery; 2.5.3. Discovery Aşamasındaki Yükümlülükler.

Bu çerçevede bilirkişi dava konusu nesneyi veya insanı yine en geç discovery aşamasında incelemeye tabi tutmalıdır. Bilirkişinin bu incelemeyi ve değerlendirmeyi nasıl yapacağı ise, Amerikan yargılama sisteminin özellikleri uyarınca Türk hukukundan oldukça farklı şekilde gerçekleştirilmektedir. Bilindiği üzere Türk hukukunda bilirkişi ilk elden yapacağı inceleme ve muayeneyi hâkimin izniyle ve çoğunlukla hâkimin eşliğinde yapılan keşifle gerçekleştirmektedir. Amerikan hukuk sisteminde ise, bilirkişi yapacağı inceleme için kural olarak hâkimden izin almak zorunda değildir. Gerçekleştirilecek inceleme Federal Usul Kanunu'nun discovery safhası için düzenlediği kurallar uyarınca tarafların karşılıklı olarak uzlaştıkları şekilde ve zamanda gerçekleştirilmektedir. Aşağıda bu kuralları ayrıntılı şekilde incelemeye çalışacağız.

Federal Usul Kanunu'nun 34. ve 35. maddeleri, tarafların dava konusuyla ilgili nesneler veya insan bedeni üzerinde gerçekleştirebileceği inceleme, muayene veya testleri düzenlemektedir. İlgili hükümler, tarafların ellerindeki veya kontrolündeki bilgilerin ve nesnelerin diğer tarafça nasıl elde edilebileceğini ve incelenebileceğini düzenleyerek, discovery safhasının tüm taraflara aynı bilgileri sağlama amacına hizmet etmektedir. Dolayısıyla, 34. ve 35. maddede belirtilen yetkiler; esasen bilirkişiye değil, taraf ve/veya taraf vekiline verilen yetkililerdir. Bir başka ifadeyle, bilirkişi doğrudan kendi iradesiyle bir nesneyi inceleyememektedir. Bilirkişi incelemesi, ancak bilirkişiyi tutan tarafın iradesiyle karşı taraftan ilgili nesne veya bu nesnenin örneği alındıktan sonra veyahut da ilgili gayrimenkule giriş izni elde edildikten sonra gerçekleştirebilmektedir.

Federal Usul Kanunu'nun 34. maddesi taraflardan her birine, diğer tarafın mülkiyetinde, gözetiminde veya kontrolünde bulunan bir belgenin veya elektronik datanın incelenmesini, kopyasının alınmasını, test edilmesini veya bir numunesinin verilmesini talep etme yetkisi vermiştir. Bu madde kapsamındaki belge ve elektronik bilgi kavramı oldukça geniş tutulmuştur. Her tür türlü yazılı belge, çizim, grafik, plan, fotoğraf, video ve ses kaydı belge ve elektronik bilgi kavramına dâhildir.

Aynı şekilde 34. madde, taraflardan her birine diğer tarafın mülkiyetinde, gözetiminde veya kontrolünde olan her türlü somut nesnenin de; (örneğin satışa konu kalemin veya arabanın) incelenmesini, test edilmesini veya numunesinin verilmesini talep etme hakkı sağlamaktadır. Yine bu kapsamda taraflardan biri, karşı tarafın kontrolündeki veya mülkiyetindeki gayrimenkullere giriş izni verilmesini, gayrimenkullerin incelenmesini, fotoğraflanmasını, ölçülmesini veya ilgili yerden örnek alınmasını talep edilebilmektedir [FUK m. 34 (a)(2)].

Federal Usul Kanunu'nun 34. maddesi kapsamında karşı tarafın elindeki belge ve nesneyi incelemek isteyen taraf, ilgili belgeyi ve nesneyi özgün özellikleriyle talebinde makul şekilde tarif etmekle yükümlüdür. Aynı şekilde incelemenin ne zaman ve nerede gerçekleştirilmek istendiği ve ilgili inceleme için gerçekleştirilecek fiiller de karşı tarafa gönderilecek talep içinde yer almalıdır. Ayrıca talep eden taraf isterse elektronik bilgilerin hangi şekilde çoğaltılmasını istediğini de talebinde belirtebilmektedir [FUK m. 34(b)(1)(A),(B),(C)].

Kendisine bu şekilde bir talep ulaşan muhatap taraf ise, otuz gün içinde bu talebe yazılı olarak cevap vermekle yükümlüdür. Ancak süre, taraflarca veya hâkim kararıyla uzatılıp, kısaltılabilmektedir [FUK m. 34(b)(2)(A)]. Muhatap taraf, talebe iki şekilde cevap verebilir. Bu bağlamda talebin, karşı tarafın istediği şekilde kabul edildiğini belirtebilir veya gerekçeli bir şekilde talebe itiraz edebilir. Talepte bulunan taraf, birden fazla nesne veya bilgi için talepte bulunmuşsa, cevap veren taraf, inceleme talebinde bulunulan her bir nesne için ayrı ayrı cevap vermekle yükümlüdür [FUK m. 34(b)(2)(B)]. Örneğin, taraflardan biri, diğer tarafın hem gayrimenkulünde hem de ticari kayıtlarında inceleme yapmak ister ve muhatap taraf, gayrimenkul incelemesini kabul edip, ticari defter incelemesine itiraz ederse, cevapta gayrimenkul incelemesinin kabul edildiği ancak ticari defter incelemesine itiraz edildiği gerekçeli bir şekilde açıklanmalıdır. Aynı şekilde incelemede bulunmak istenen nesnenin veya bir doküman kategorisinin bir kısmının incelenmesi kabul edilmekle beraber diğer kısmının incelenmesi istenmiyorsa, cevap veren taraf itiraz edilen kısmı belirttikten sonra kalan kısım için gerekli izni vermelidir [FUK m. 34(b)(2)(C)].

Muhatap taraf talebe itiraz ettiği takdirde; talepte bulunan taraf, Federal Usul Kanunu'nun 37. maddesi uyarınca ilgili talebin yerine getirilmesi için davanın görüldüğü mahkemeye başvurabilmektedir. Eğer mahkeme talebin haklı olduğunu karar verirse veya talep mahkemeye başvurulduktan sonra yerine getirilirse, hâkim vekâlet ücreti de dâhil olmak üzere mahkemeye başvuru için yapılan tüm masrafların muhatap tarafça ödenmesine karar verebilir. Ancak masraflara hükmedilebilmesi için; talepte bulunan tarafın iyi niyetli bir şekilde ilgili bilgileri elde etmeye çalışması, muhatap tarafın yükümlülüğünü önemli ölçüde yerine getirmemesi ve durumun özelliklerine göre masrafların ödenmesinin haksızlığa yol açmaması gerekmektedir [FUK m. 37(a)(5)(A)(i,ii,iii)]. Mahkeme yaptığı inceleme sonucunda muhatapın itirazını yerinde görürse, bir başka ifadeyle ilgili nesnenin talep eden tarafça incelenmemesine karar verirse, bu sefer muhatap taraf lehine (avukatlık ücreti dâhil) yargılama giderlerine hükmedebilmektedir. Mahkeme talebin kısmen kabulüne, kısmen reddine karar verdiği takdirde yargılama masraflarını taraflar arasında paylaştırmaktadır.

Mahkemenin kararına rağmen muhatap taraf, kendi üzerine düşen yükümlülüğü yerine getirmezse, hâkim durumun özelliklerine göre 37. maddede düzenlenmiş çeşitli müeyyidelerin uygulanmasına karar vermektedir.

Nesneler veya belgeler üzerinde yapılacak inceleme veya araştırmanın sınırının ne olduğu bir başka ifadeyle taraflar arasında bir nesnenin incelenmesi noktasında bir ihtilafın olduğu durumlarda mahkemenin hangi kriterlere göre karar vereceği genel olarak discovery'nin kapsamına göre belirlenecektir. Bu çerçevede, ilgili bilgi veya nesne discovery kapsamında karşı tarafla paylaşılması gereken bir bilgiyi ihtiva ediyorsa, mahkeme bu nesnenin veya belgenin karşı tarafça incelenmesine karar verecektir. Buna karşılık ilgili nesne veya bilgi discovery kapsamında değilse, mahkeme inceleme talebini reddedecektir. Belirtmek gerekir ki discovery'nin kapsamı, Federal Usul Kanunu tarafından oldukça geniş tutulmuştur. Bu kapsamda karşı tarafın elindeki hemen hemen her türlü bilgi karşı tarafla paylaşılacak zorundadır. Bununla birlikte, Discovery sürecinin çerçevesini belirleyen iki önemli kriter bulunmaktadır. Bunlardan birincisi “ilgi”, ikincisi ise imtiyaz (muafiyet, privilege) kriteridir. Bu iki kriteri sağlamayan bilgi, belge ve nesnelerin discovery kapsamında karşı tarafla paylaşılmasına gerek yoktur¹³⁹⁴. Dolayısıyla, bu tür bilgi, belge ve nesneler, Federal Usul Kanunu'nun 34. maddesi kapsamında yapılacak incelemenin konusunu oluşturmaz.

Belirttiğimiz üzere discovery'nin kapsamını belirleyen birinci kriter “ilgi” kriteridir. Bu çerçevede discovery kapsamında bir bilginin karşı tarafla paylaşılması, bu anlamda 34. madde uyarınca incelenebilmesi için tarafların iddia veya savunmalarıyla ilgili olması gerekmektedir [FUK m. 26 (b)(1)]. Dikkat edilirse Federal Usul Kanunu'nun 26. maddesi ilgi kriterini tarafların iddia ve savunmalarıyla ilişkilendirmiştir¹³⁹⁵. Ancak mahkeme geçerli bir nedene dayanarak dava konusu herhangi bir meselenin de discovery kapsamına alınmasına karar verebilmektedir [FUK m. 26 (b)(1)]. Nitekim Yüksek Mahkeme (Supreme Court) de; davadaki veya davada olması muhtemel herhangi bir meseleye ilişkin bir konunun, ilgi

¹³⁹⁴ Dessem, 2008: 133 vd.

¹³⁹⁵ Kavramların anlaşılabilmesi için iki farklı senaryo geliştirmeye çalışacağız. Bir kişinin haksız fiilden dolayı dava açtığını ve telafi edici tazminat (compensatory damages) olarak 100.000 dolar istediğini düşündüğümüz bir durumda; davacı, davalının malvarlığının discovery kapsamında açıklanmasını talep edemez. Zira telafici edici tazminatlar, uğranılan fiili zararın karşılanması içindir. Davalının malvarlığı hükmedilecek tazminatın miktarını değiştirmez. Bu sebeple, davalının malvarlığı tarafların iddia ve savunmalarıyla “ilgili” değildir. Buna karşılık, 100.000 dolar telafi edici tazminat ve 1.000.000 dolar cezalandırıcı tazminat (punitive damages) talep edilen bir haksız fiil davasında (cezalandırıcı tazminat talep edebilmenin şartları varsa) davacı, davalının malvarlığının discovery kapsamında incelenmesini talep edebilmektedir. Zira Amerikan hukuk sisteminde cezalandırıcı tazminatlar, davalının ekonomik durumu göz önünde bulundurularak karara bağlandığından, davalının malvarlığı, hükme bağlanılacak cezalandırıcı tazminatın belirlenmesi için *ilgi* kriterini karşılamaktadır. (Uygulamada birçok mahkeme, cezalandırıcı tazminatın şartları ispatlanmadan davalının ekonomik durumunun paylaşılmasına izin vermemektedir.) Örnekler ve açıklamalar için bkz. Freer, 2009: 380.

kriterini karşılayacağını belirtmiştir¹³⁹⁶. Öte yandan Federal Usul Kanunu’nun 26. maddesine göre duruşma açısından kabul edilebilir (admissible) olmayan bir delil dahi ilgi kriterini karşılamak koşuluyla discovery kapsamında kabul edilebilmektedir. Bir başka ifadeyle, discovery kapsamında taraflar arasında değiş tokuş edilebilecek (konumuz bakımından incelenilecek) bilgi ve nesnelerin kapsamı, deliller için kullanılan kabul edilebilirlik incelemesinden daha geniş bir kavramı ifade etmektedir¹³⁹⁷. Dolayısıyla, bir davada karar vericilere sunulamayacak bir delil, 26. madde uyarınca taraflar arasındaki discovery sürecinin kapsamına dâhil olabilmektedir. Bu sebeple, discovery kapsamının belirlenmesinde kullanılan “ilgi” kriterinin” delillerin kabul edilmesi için gerekli olan “ilgi” kriterinden¹³⁹⁸ farklı bir anlamı ihtiva ettiğini söylemek mümkündür.

Discovery kapsamını belirleyen ikinci unsur, imtiyazdır (privilege). İmtiyaz kavramı belirli kişiler arasında gerçekleşen iletişimin gösterdiği özellik sonucu ortaya çıkmış bir kavramdır. Amerikan hukuk sistemi, özellik arz eden bazı kişiler arasındaki iletişimin başkaları tarafından bilinmesini, ilişkinin sahip olduğu hassasiyet nedeniyle istememiş ve discovery kapsamının dışında bırakmıştır¹³⁹⁹. Zira ilgili iletişimin sonucu ortaya çıkan bilgilerin başkaları tarafından öğrenilmesi veya o kişilerin buna zorlanabilmesi, ilgili ilişkinin olması gerektiği gibi yürütülmesine engel olabilecektir¹⁴⁰⁰. Bu nedenle imtiyaz, discovery bakımından olumlu değil, olumsuz bir kriterdir. Bir bilgi, belge veya nesnenin discovery kapsamında taraflar arasında değiş tokuş yapılması (konumuzla ilgili olarak diğer tarafça incelenmesi) için imtiyaz kapsamında bulunmaması gerekmektedir. Diğer bir ifadeyle, imtiyazlı olan hususlar, discovery kapsamında değildir ve karşı tarafla paylaşılması gerekmez.

Hangi hususların imtiyaz kapsamına girdiği ve buna ilişkin kriterler net olarak ne Federal Usul Kanunu’nda ne de Federal Delil Kanunu’nda belirtilmiştir¹⁴⁰¹. Sadece Federal Delil Kanunu’nun 501. maddesi imtiyazlı hususların belirlenmesi için geniş ve belirsiz bir yol haritası ortaya koymaktadır. Buna göre aksi Anayasa’da, Kanunlar’da veya Yüksek Mahkeme (Supreme Court) tarafından belirlenmiş kurallarda belirtilmedikçe imtiyaz iddiası, sağduyu ve tecrübe ışığında Amerika Birleşik Devletleri mahkemelerince yorumlanmış ortak hukuk (common law) uyarınca karara bağlanır (FDK m. 501).

İmtiyaz kavramının içine hangi hususların girdiği belirsiz olsa da bazı federal mahkeme kararlarınca kabul edilmiş başlıca imtiyaz hallerini tespit etmek konunun daha iyi

¹³⁹⁶ Dessem, 2008: 136-137.

¹³⁹⁷ Freer, 2009: 378.

¹³⁹⁸ Delillerin kabul edilebilirliği (admissibility) için kullanılan “ilgi kriteri” hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. 2.3. Bilirkişi Delilinin Kabul Edilebilirliği.

¹³⁹⁹ Freer, 2009: 381.

¹⁴⁰⁰ Freer, 2009: 381.

¹⁴⁰¹ Dessem, 2008: 139.

anlaşılmasını sağlayabilecektir. Başlıca imtiyaz halleri olarak; karı-koca imtiyazı, psikoterapist-hasta imtiyazı ve rahip-tövbekar imtiyazı sayılabilir. Bunun dışında ticari veya resmi sırların da imtiyaz kapsamına dâhil olduğu kabul edilmektedir¹⁴⁰². Ancak imtiyaz hallerinden en önemlisi, avukat-müvekkil imtiyazıdır. Nitekim avukat-müvekkil imtiyazı Federal Delil Kanunu'nun 502. maddesinde de genel olarak düzenlenmiştir. Bu maddeye göre avukat-müvekkil imtiyazı, ilgili (uygulanabilir) yasanın, avukat ile müvekkil arasında gizli kalması gereken (confidential) iletişimin muhafazası için sağladığı korumadır. Bu imtiyazın temel amacı, avukat ile müvekkil arasında tam ve samimi bir iletişim kurulmasını sağlayarak, avukatın müvekkili için en iyi savunmayı yapabilmesini sağlamaktır¹⁴⁰³.

Belirttiğimiz üzere yukarıda sayılan imtiyaz hallerinin mevcudiyeti halinde, bu imtiyazın kapsamına dâhil bilgi ve nesnelerin karşı tarafla paylaşılması zorunlu değildir. Konumuz bakımından da bu tür bilgiler ve nesneler, ne karşı tarafça ne de onun bilirkişisi tarafından incelenemez. Buna aykırı bir talebinin bulunması halinde; muhatap taraf bu konunun imtiyaz kapsamında bir bilgi veya nesne olduğu itirazında bulunabilecektir. Federal Usul Kanunu'nun 26(b)(5)(A) maddesi uyarınca bu tür bir itirazı olan muhatap tarafın bunu açıkça belirtmesi gerekmektedir. Ayrıca itirazında, karşı tarafın itirazı değerlendirilebilmesi için talep edilen belgenin, iletişimin veya nesnenin mahiyetinin de tarif edilmesi gerekmektedir. Bu şekilde usulüne uygun olarak itirazda bulunmayan taraf, imtiyaz iddiasından vazgeçmiş sayılmaktadır¹⁴⁰⁴. Usulüne uygun olarak yapılmış itirazdan sonra talepte bulunan taraf, ilgili konunun imtiyaz kapsamında olmadığını düşünüyorsa, mahkemeye başvurarak bu konuda bir karar verilmesini isteyebilir.

İmtiyaz ve ilgi kriterini sağlayan her bilgi ve nesne kural olarak discovery kapsamındadır ve gerekli şartların varlığı halinde karşı tarafla paylaşılması gerekmektedir. Ancak Federal Usul Kanunu yargılamanın daha iyi işleyebilmesi için bu temel kuralı, bazı sınırlandırmalara tabi tutmuştur. Ancak, bu sınırlandırmalar her davada doğrudan uygulanmaz. Bu tür sınırlandırmaları uygulamak, durumun ve davanın özellikleri çerçevesinde hâkimin takdirine bırakılmıştır¹⁴⁰⁵. Hâkim re'sen veya bu konuda bir talebin olması halinde discovery'nin (herhangi bir discovery yönteminin sınırlandırılması dahil) kapsamının sınırlandırılmasına karar verebilmektedir [FUK m. 26 (b)(2)]. Örneğin hâkim,

¹⁴⁰² Dessem, 2008: 140.

¹⁴⁰³ Dessem, 2008: 140. Ancak belirtmek gerekir ki; bu imtiyazın uygulanabilmesi için ilgili bilginin gizli (confidential) kalması gereken bir bilgi olması zorunludur. Bu çerçevede müvekkilin başkaları tarafından bilinen bir bilgiyi avukatıyla paylaşması gizli bilgi kapsamında sayılmaz. Örneğin; avukatına, birçok görgü tanığının bulunduğu bir sokakta kırmızı ışıktaki geçerek bir yaya çarptığını söyleyen müvekkilin bu ifadesi gizli bilgi olarak kabul edilemez.

¹⁴⁰⁴ Freer, 2009: 382.

¹⁴⁰⁵ Freer, 2009: 382-383.

discovery kapsamındaki taleplerin mükerrer veya bu kapsamdaki bilgilerin başka bir yoldan daha elverişli, daha az külfetli ve daha ucuz bir şekilde elde edilebileceğine kanaat getirirse, discovery'nin kapsamının sınırlandırılmasına hükmedebilmektedir [FUK m. 26 (b)(2)(C)(i)]¹⁴⁰⁶. Yine davanın gerekleri, dava konusunun değeri, tarafların olanakları ve talep edilen (veya incelenmek istenen) bilgi veya nesnenin meselenin çözümüne katkısı göz önünde bulundurulduğunda discovery'in getireceği yük ve maliyet, onun muhtemel faydasından ağır geliyorsa, mahkeme discovery'nin kısıtlanmasına karar verebilmektedir [FUK m. 26 (b)(2)(C)(iii)].

Belirttiğimiz üzere Federal Usul Kanunu'nun 34. maddesi taraflardan birine, diğer tarafın elindeki nesneyi inceleme yetkisi vermektedir. Buna karşılık, taraflar arasındaki uyuşmazlığın konusu taraflardan birinin fiziksel veya ruhsal sağlığına ilişkinse, 34. madde uygulama alanı bulmaz. Ancak bu durum karşı tarafın fiziksel ve ruhsal durumuna ilişkin bilgi edinilemeyeceği anlamına gelmez. Federal Usul Kanunu'nun 35. maddesi uyarınca mahkeme taraflardan birine, lisanslı veya sertifikalı bir kişiden alınmış fiziksel veya ruhsal durumuna (kan gurubu da dahil olmak üzere) ilişkin bir tetkikin sunulmasını emredebilmektedir. Aynı şekilde mahkeme taraflardan birine, gözetimi veya yasal denetimi altında bulunan bir kişiye ilişkin raporun da sunulmasını emredebilmektedir. Bu incelemeler genellikle usulüne uygun lisanslandırılmış veya sertifikalandırılmış doktorlar tarafından yapılmakla beraber uyuşmazlığın niteliğine göre psikologlar, diş hekimleri veya terapistler tarafından da gerçekleştirilebilmektedir¹⁴⁰⁷.

Anlaşılabileceği üzere karşı tarafın elindeki bilgi ve nesnelerden farklı olarak karşı tarafın fiziksel ve ruhsal durumuna ilişkin bilgi edinilmesi, kural olarak tarafların kendisi arasında gerçekleştirilen bir süreç değildir. Bunun için mahkeme tarafından verilmiş bir karara (emir) ihtiyaç duyulmaktadır. Bir başka ifadeyle, Federal Usul Kanunu taraflara mahkemeden bir emir gelmediği müddetçe böyle bir bilgiyi paylaşma zorunluluğu yüklememiştir¹⁴⁰⁸. Buna

¹⁴⁰⁶ Örneğin, arazinin bir kısmından numune alınması ilgili konunun anlaşılması için yeterli olmasına rağmen davacının, davalıya ait gayrimenkulün farklı yerlerinden birçok numune alma isteği, yukarıda belirtilen hükümler uyarınca mahkeme tarafından kısıtlanabilmektedir.

¹⁴⁰⁷ Dessem, 2008: 231.

¹⁴⁰⁸ Dessem, 2008: 231. Hâlbuki belge ve nesnelere ilişkin durum, incelediğimiz üzere daha farklıdır. Zira taraflar, belge ve nesneleri bir mahkeme emrine ihtiyaç duyulmaksızın FUK'nun kendilerine yüklediği mecburiyete binaen karşı tarafla paylaşmaktadır. Bu çerçevede nesnelere ilişkin incelemeye izin verme yükümlülüğünü yerine getirmeyen taraf aleyhine daha sonra talepte bulunanın mahkemeye başvurması, var olan yükümlülüğün yerine getirilmesini sağlamak için başvurulmuş bir icbardır. Buna karşılık vücut bütünlüğüne ilişkin tetkikin (raporun) verilmesi içinse, önce mahkemeden alınmış bir kararın bulunması şarttır. Bu sebeple, aksi taraflarca kararlaştırılmadığı müddetçe, incelemeye katılma yükümlülüğü de ancak mahkeme karar verdikten sonra ortaya çıkmaktadır.

rağmen uygulamada birçok davada taraflar kendi aralarında 35. madde uyarınca gerçekleşecek inceleme noktasında anlaşmaya varmaktadır¹⁴⁰⁹.

Federal Usul Kanunu'nun 35. maddesinin uygulanabilmesi için birtakım şartların mevcudiyeti gereklidir. Öncelikli olarak böyle bir incelemenin yapılabilmesi için bir tarafın fiziksel veya ruhsal durumunun davayla ilgili ve taraflar arasında ihtilaflı olması gerekmektedir¹⁴¹⁰. Örneğin, bir haksız fiil davasında, hukuka aykırı fiil neticesinde davacıda meydana gelen fiziksel ve ruhsal zararların tespiti ve değerlendirilmesi için davalı bu tür bir inceleme talebinde bulunabilmektedir¹⁴¹¹.

Federal Usul Kanunu'nun 35. maddesinin uygulanabilmesi için gerekli olan diğer bir şart ise taleptir. Mahkeme, 35. madde uyarınca re'sen inceleme kararı veremez. Böyle bir karar, ancak tarafların birinden gelecek, geçerli bir nedene dayanan taleple verilebilir [FUK m.35 (a)(2)(A)]. Bu çerçevede, incelemenin gerekliliği noktasında ispat yükü talepte bulunan tarafa aittir [FUK m. 35 (a)(2)(A)]. Talepte bulunan taraf, mahkemeye sunacağı dilekçesinde tipik olarak incelemeyi yapabilecek doktoru (veya psikoloğu) ve yapılacak incelemenin detaylarını da önermektedir¹⁴¹². Ancak kendisi üzerinde böyle bir inceleme gerçekleştirilecek kişi veya diğer taraf, önerilen uzmana veya incelemenin türüne ve şekline itiraz edebilir. Mahkeme tarafların öneri ve itirazlarını değerlendirdikten sonra incelemenin nasıl gerçekleştirileceğine karar vermektedir¹⁴¹³.

Buraya kadar olan açıklamalarımız, karşı tarafın elinde bulunan bilgi, belge ve nesnelerin incelenmesine ilişkindi. Ancak dava konusu belge veya nesne her zaman için yargılamanın diğer tarafının kontrolünde, mülkiyetinde ve gözetiminde olmayabilir. Bazı durumlarda bilirkişinin inceleme yapması gereken nesne üçüncü kişilerin elinde bulunabilmektedir. İşte bu tür durumlarda ilgili nesnenin nasıl inceleneceği Federal Usul Kanunu'nun 45. maddesine göre belirlenmektedir. Ancak bu süreç, karşı tarafının elinde bulunan belge ve nesnelerin incelenmesine izin veren 34. maddeden bazı noktalarıyla ayrılmaktadır. Hatırlanacağı üzere karşı tarafın elindeki belge, bilgi ve nesnelerin incelenmesi için karşı tarafa bir talep gönderilmesi kural olarak yeterlidir. Buna karşılık üçüncü kişilerin elindeki belge ve nesnelerin incelenebilmesi için mahkemeden "subpoena" olarak adlandırılan

¹⁴⁰⁹ Dessem, 2008: 231.

¹⁴¹⁰ Dessem, 2008: 231.

¹⁴¹¹ Dessem, 2008: 231-232.

¹⁴¹² Dessem, 2008: 232.

¹⁴¹³ Dessem, 2008: 232.

bir emir çıkartılması gereklidir¹⁴¹⁴. Aksi takdirde üçüncü kişilerin, ellerinde bulundurdıkları belgeleri ve nesneleri incelettirmek gibi bir yükümlülükleri ortaya çıkmaz¹⁴¹⁵.

Mahkemeden çıkartılacak emir (subpoena), esasen Türk hukuk sistemindeki çağrı kâğıdına benzetilmektedir¹⁴¹⁶. Ancak Amerikan hukukunda böyle bir emir için kural olarak hâkim kararı aranmaz. Emir genellikle mahkeme kâtibi tarafından hazırlanmaktadır. Aynı şekilde ilgili mahkemeden yetkilendirilmek koşuluyla taraf vekilleri de mahkemenin bir memuru gibi hareket ederek ilgili üçüncü kişiye böyle bir emir gönderebilmektedir. Bu noktada vekiller, taraf adına değil, mahkeme adına yetki kullanmaktadır¹⁴¹⁷.

Üçüncü kişilerden elde edilebilecek bilgi, belge ve nesnelerin kapsamı, taraflar arasında gerçekleşecek ve Federal Usul Kanunu’nun 26. maddesiyle düzenlenen discovery’nin kapsamıyla aynıdır. Bir başka deyişle “ilgi” ve “imtiyaz” kriterini karşılamak koşuluyla üçüncü kişilerin elinde bulunan her türlü bilgi ve nesnenin taraflarca incelenmesi mümkündür¹⁴¹⁸. Öte yandan ilgili nesnenin veya bilginin üçüncü kişinin bizzat elinde veya mülkiyetinde olması da şart değildir. Üçüncü kişinin gözetiminde veya kontrolünde olan bilgi ve nesneler de mahkemeden çıkartılacak emirle incelenmektedir¹⁴¹⁹. Dolayısıyla üçüncü kişinin kendisinde bulunmamakla beraber onun acentesinde, temsilcisinde veya avukatında bulunan bilgi ve belgeler de bu kapsamda incelenebilecektir¹⁴²⁰.

Üçüncü kişinin elindeki, bilgi, belge ve nesneler üzerinde gerçekleştirilebilecek fiillerin kapsamı da oldukça geniş tutulmuştur. Bu kapsamda uyuşmazlığın tarafları veya onların bilirkişileri, üçüncü kişinin elindeki bilgi, belge ve nesneleri muayene edebilir, test edebilir veya ilgili cismin özelliklerinin uygun olması halinde numune alınmasını talep edebilir. Aynı şekilde gerekli durumlarda üçüncü kişinin mülkiyetine girilerek gerekli

¹⁴¹⁴ Oakley ve Amar, 2009: 174; Freer, 2009: 373. Esasen “Subpoena” olarak adlandırılan bu emir, üçüncü kişilerin yargılamaya katkı yapacağı her durum için yayınlanmaktadır. Örneğin; üçüncü kişinin duruşmada, celsede veya deposition da ifade vermesi (tanıklık yapması) isteniyorsa yine böyle bir emrin çıkartılması gerekmektedir. Aksi takdirde tanığın duruşmaya veya celseye gelme zorunluluğu ortaya çıkmamaktadır. Bkz. McKee vd., 2013: 984 vd.

¹⁴¹⁵ Freer, 2009: 373.

¹⁴¹⁶ Bu emir kâğıdında kural olarak emri yayınlayan mahkemenin adı, davanın tarafları, dosya numarası ve üçüncü kişiye yöneltilen “emir beyanı” bulunur. Emir beyanı üçüncü kişinin yargılamaya yapacağı katkıya göre değişmektedir. Bu çerçevede, emir beyanı; belirtilen tarihte ve yerde bulunarak ifade vermeyi, belirlenen zamana kadar elinde bulunan elektronik belgelerin incelenmesi için örneğinin verilmesini veyahut belirtilen nesnenin ilgili kimse tarafından incelenmesine izin vermeyi içerebilir. Üçüncü kişiden gerçekleştirmesi istenen birçok eylem bulunduğu durumlarda, bunların her biri için ayrı emir çıkartılmasına gerek yoktur. Mahkeme istenen bütün fiilleri tek bir emir kâğıdı içinde muhatap üçüncü kişiye gönderebilir. Bkz. McKee vd., 2013: 984-985.

¹⁴¹⁷ McKee vd., 2013: 983.

¹⁴¹⁸ McKee vd., 2013: 985.

¹⁴¹⁹ McKee vd., 2013: 985.

¹⁴²⁰ McKee vd., 2013: 985-986.

inceleme ve değerlendirmeler yapılabilmesi de mümkündür¹⁴²¹. Yine üçüncü kişilerin elinde bulunan elektronik bilgilerin kopyasının alınması, incelenmesi veya test edilmesi 45. madde kapsamında gerçekleştirilebilmektedir¹⁴²².

Belirttiğimiz üzere Federal Usul Kanunu'nun 45. maddesi uyarınca üçüncü kişilerin elindeki belge, bilgi ve nesneler incelenebileceği gibi üçüncü kişiler “deposition” yöntemiyle sorgulanarak vakıf oldukları bilgiler, duruşma öncesi dönemde taraflarca elde edilebilmektedir. Bu şekilde, üçüncü kişi sorgulanmak isteniyorsa, nesnelerin incelenmesinde olduğu gibi mahkemeye başvurularak bu konuda bir emir çıkartılması gerekmektedir. Diğer taraftan üçüncü kişi hem sorgulanıp hem elindeki belge ve nesnelerin incelenmesi talep edilebilir. Böyle bir durumda üçüncü kişinin elindeki belge veya nesneler için ayrıca bir subpoena çıkartılmasına gerek yoktur¹⁴²³. “Subpoena duces tecum” ismi verilen bir emir çıkartılmak suretiyle, üçüncü kişinin “deposition” için çağrıldığı yere elinde bulundurduğu belgelerle gelmesi sağlanabilmektedir¹⁴²⁴.

Yukarıda açıkladığımız üzere üçüncü kişiye gönderilen emir, genellikle yargılama yapılmadan ve çoğunlukla hâkim kararı alınmaksızın mahkeme kâtibi vasıtasıyla üçüncü kişiye gönderilmektedir. Bu sebeple, kendisine “emir” ulaşan üçüncü kişi bu emre karşı, emir beyanın içeriğine göre (kendisinden talep edilen fiile göre) çeşitli şekillerde karşı koyabilmektedir¹⁴²⁵. Bu çerçevede, emir beyanında; tanıklık, ifade verme (deposition da dahil) gibi üçüncü kişinin şahsi olarak iştirak etmesi gerekli olan bir fiil talep ediliyorsa, üçüncü kişinin emrin yayınlandığı mahkemeye başvurarak ilgili emrin kaldırılmasını talep etmesi en uygun yoldur. Bu noktada başvuruyu, ancak üçüncü kişi (tanık) yapabilir, yargılamanın diğer tarafının böyle bir talepte bulunma yetkisi yoktur. Mahkeme talep üzerine, makul olmayan veya üçüncü kişide ağır baskı oluşturabilecek emrin kaldırılmasına veya değiştirilmesine karar verebilir¹⁴²⁶. Buna karşılık, üçüncü kişiden sadece bazı bilgi, belge ve nesnelerin incelenmesi talep ediliyorsa, üçüncü kişinin bu incelemeyi talep eden bir başka ifadeyle mahkeme aracılığıyla emir yollatan tarafa, emri aldığı tarihten itibaren on dört gün içinde yazılı olarak itiraz göndermesi yeterlidir. Bu itiraz gönderildikten sonra üçüncü kişinin herhangi bir belgeyi ve nesneyi karşı tarafla paylaşmasına gerek kalmaz. Ancak incelemeyi talep eden taraf, emrin gönderildiği mahkemeye başvurarak bu konuda bir karar verilmesini

¹⁴²¹ McKee vd., 2013: 986.

¹⁴²² McKee vd., 2013: 996.

¹⁴²³ McKee vd., 2013: 985.

¹⁴²⁴ Freer, 2009: 374.

¹⁴²⁵ McKee vd., 2013: 987.

¹⁴²⁶ McKee vd., 2013: 987, 992.

isteyebilir¹⁴²⁷. Böyle bir durumda mahkemeye yapılacak başvuru, itiraz eden üçüncü kişiye de bildirilmelidir¹⁴²⁸.

Üçüncü kişi yukarıda belirtilen şekillerde kendisine gönderilen emre karşı çıktığı takdirde, mahkeme Federal Usul Kanunu'nun 45 (d)(3) maddesinde belirtilen hallerde çıkartılan emrin kaldırılmasına veya değiştirilmesine karar verebilmektedir. Buna göre; üçüncü kişiye gönderilen emirde, emredilen fiil için yeterli süre verilmemişse [FUK m. 45 (d)(3)(A)(i)] yahut üçüncü kişinin belirtilen eylemi gerçekleştirmek için (örneğin ifade vermesi için) oturduğu yerden 100 milden fazla yolculuk yapması gerekiyorsa [FUK m. 45 (d)(3)(A)(ii)] yahut emri yerine getirmek için imtiyaz kapsamında veya diğer şekillerde korunan bilgilerin açıklanması gerekiyorsa [FUK m. 45 (d)(3)(A)(iii)] veyahut da emrin yerine getirilmesi kişiye gereksiz bir yükümlük getiriyorsa [FUK m. 45 (d)(3)(A)(iv)] mahkeme talep üzerine emrin kaldırılmasına veya değiştirilmesine karar verebilir. Yine emir ticari sırların veya gizli araştırmaların, gelişmelerin veya ticari bilgilerin açıklanmasını gerektiriyorsa yahut emirde taraflarca tutulmamış bir uzmandan görüş ve bilgilerinin açıklanması isteniyorsa (burada ücretini ödemedi uzman görüşünden faydalanılmasının önlenmesi amaçlanmıştır¹⁴²⁹) mahkeme verilen emrin kaldırılmasına veya değiştirilmesine karar verilebilir [FUK m. 45 (d)(3)(B)]. Ancak belirtilen son iki halde emri çıkaran taraf, üçüncü kişinin gerçekleştirmesi gereken fiil sonucu elde edilecek sonucun aşırı bir zorluğun altına girmeden başka şekilde elde edilemeyeceğini gösterir ve üçüncü kişiye makul bir tazminat verileceğini temin ederse, mahkeme emrin aynen uygulanmasına karar verebilmektedir [FUK m. 45 (d)(3)(C)].

Yukarıda belirtilen şekillerde karşı koyulmasına rağmen emir mahkeme tarafından kaldırılmaz veya değiştirilmezse veyahut da gönderilen emre hiç karşı koyulmazsa üçüncü kişinin emri yerine getirmesi zorunludur. Geçerli bir mazeret olmaksızın çıkartılan emre uymamak, mahkemeye itaatsizlik sonucunu doğurmaktadır¹⁴³⁰. Mahkemeye itaatsizlik ise, para cezası veya hapis gibi bazı müeyyidelerin ortaya çıkmasına neden olmaktadır.

2.6.2. Kabul Edilemez Delil ve Bilgilerin, Bilirkişi Görüşünde Kullanılması (FDK'nun 703)

Bilirkişi, Anglo Amerikan hukukunda tanık olarak kabul edilmesine rağmen şahitlerden farklı olarak ifadesini sadece bizzat algılanan vakıa ve bilgilere dayandırması

¹⁴²⁷ McKee vd., 2013: 987, 992.

¹⁴²⁸ McKee vd., 2013: 992.

¹⁴²⁹ McKee vd., 2013: 995.

¹⁴³⁰ McKee vd., 2013: 998.

gerekmez. Bilirkişi, görüşlerini gerek kendi gözlemlerine¹⁴³¹ gerekse de çeşitli şekillerde öğrendiği bilgi ve vakıalara dayandırabilir (FDK m. 703). Örneğin, bir uçak kazasının sebebini araştıran bilirkişi, uçağın havada infilak edip etmediğini yahut havadayken alev alıp almadığını tespit etmek için görgü tanıklarının polise verdiği ifadeleri kullanabilir. Bilirkişinin görüşünü oluşturmak için kullandığı bu tür bilgi ve delillerin kabul edilebilir olup olmadığı (admissible or inadmissible) ise kural olarak önem arz etmez. Bir başka ifadeyle, çeşitli sebeplerle normal şartlarda tek başına karar vericilere sunulamayacak olan deliller, bilirkişi görüşüne esas teşkil edebilmektedir¹⁴³². Örneğin; “hearsay”, “karakter delili” (character evidence) veya doğruluğu kanıtlanmamış dökümanlar gibi deliller (unauthenticated documents), Kanun’da belirtilen istisna ve muafiyetler dışında Amerikan yargılama sistemi bakımından kabul edilemez ve bu anlamda da karar vericilere delil olarak sunulamaz¹⁴³³. Ancak yukarıda da belirttiğimiz üzere; normal şartlarda kabul edilemeyecek olan bu deliller, bilirkişi tarafından görüş ve kanaat oluşturmak için kullanılabilir (FDK 703)¹⁴³⁴. Örneğin; uçağın düşmesine doğrudan şahit olmayan ancak olay mahallinde bulunan kişinin polise verdiği “kardeşim bana uçağın havada alev aldığını söyledi” ifadesi normal şartlarda “hearsay” olarak nitelendirilmesine rağmen bilirkişi tarafından görüş ve kanaat oluşturmak için kullanılabilir¹⁴³⁵.

Ancak hemen belirtmek gerekir ki; Federal Delil Kanunu’nun 703. maddesi uyarınca kabul edilmeyen delillerin (inadmissible) bilirkişi görüşüne esas alınabilmesi için bir şartın gerçekleşmesi gerekmektedir. Buna göre; dava konusuyla ilgili görüşün oluşturulması için ilgili alandaki uzmanlar bu tür (kabul edilmeyen-inadmissible) bilgi ve vakıalara makul bir şekilde dayanabilecekse, bilirkişi görüşünün kabul edilebilmesi için bu tür vakıa ve bilgilerin kabul edilebilir olmasına gerek yoktur (FDK m.703)¹⁴³⁶. Federal Delil Kanunu’nun 703. maddesi bu düzenlemeyle, ilgili alandaki bir uzmanın kabul edilmeyecek bilgi ve vakıaya ihtiyaç duyup duymayacağını, kabul edilmez olan delillerin bilirkişi görüşüne esas alınmasında bir kriter olarak öngörmüştür. Bu çerçevede, makul şartlarda ilgili konudaki bir uzman görüşünün oluşturulması için “kabul edilmez” bir bilginin kullanılmasına gerek yoksa, ifade verecek bilirkişi de bu tür bilgi ve vakıaları yargılamaya aktaramaz¹⁴³⁷. Buna karşılık

¹⁴³¹ Bilirkişi, bizzat kendi gözlem ve müşahadesiyle elde ettiği bilgi ve vakıalara (first hand knowledge) dayanarak görüşünü oluşturabilir. Bu duruma örnek olarak bir maddenin içeriğindeki elementleri analiz ederek onun niteliği ve etkileri hakkında ifade veren bir kimyacı yahut hastayı bizzat muayene ederek yaralanmanın nedeni ve sonuçlarını açıklayan doktor gösterilebilir. Bkz. Giannelli, 2013: 374.

¹⁴³² Saltzburg vd., 2011: 703-4.

¹⁴³³ Park vd., 2011: 549.

¹⁴³⁴ Park vd., 2011: 549.

¹⁴³⁵ Park vd., 2011: 549.

¹⁴³⁶ Lancaster ve Capozzola, 2010: 156; Saltzburg vd., 2011: 703-4.

¹⁴³⁷ Saltzburg vd., 2011: 703-5.

makul şartlarda bir uzman, görüşünü oluşturmak için kabul edilmeyecek bir bilgi ve vakıaya gereksinim duyuyorsa, kabul edilmez olsalar dahi ilgili bilgi ve vakıalar bilirkişi görüşünü oluşturmak için de kullanabilir. Dolayısıyla hearsay, karakter delili veya doğruluğu kanıtlanmamış belgeler gibi kabul edilmeyen (inadmissible) delillerin kullanılması ilgili alanda bilgi toplamak için benimsenen bir metotsa, yargılamada görüş bildirecek bilirkişi de bu delilleri kullanabilir¹⁴³⁸. Buna karşılık, bilirkişi delili sadece normal şartlarda kabul edilemeyecek bilgi ve delilleri jüri üyelerine sunmak için kullanılıyorsa, karşı tarafın itirazı üzerine, bu bilgi ve deliller yargılama dışında bırakılacaktır¹⁴³⁹. Özetle; mahkeme bu değerlendirmeyi yaparken ilgili alandaki uzmanların gerçekte bu vakıa ve bilgilere dayanıp dayanmayacaklarını ve eğer dayanıyorlarsa bunun makul olup olmadığını değerlendirmelidir¹⁴⁴⁰.

Belirtmek gerekir ki; bilirkişi görüşünün kabul edilmeyen bilgi ve delillere dayandırabilmesi, bu hususların doğrudan jüri üyelerine aktarılabilmesine olanak vermez¹⁴⁴¹. Bu sebeple, bilirkişiler kendilerini yargılamaya dâhil eden tarafın duruşmada gerçekleştireceği doğrudan sorgulamada (direct examination) bu husular hakkında bilgi veremez¹⁴⁴². Diğer bir ifadeyle bilirkişi, görüşünün temelini oluşturan kabul edilmez bilgi ve delilleri, kendisini yargılamaya dâhil eden taraf vasıtasıyla jüri üyelerine aktaramaz. Ancak bu kuralın da bir istisnası bulunmaktadır. Buna göre bu tür delil ve bilgilerin, bilirkişi görüşünün jüri üyeleri tarafından değerlendirmesine sağlayacağı katkının, bu tür delil ve bilginin sebep olabileceği önyargı etkisinden çok daha önemli olduğu durumlarda bilirkişiyi yargılamaya dâhil eden taraf, kabul edilmez sayılan bilgi ve delilleri de açıklayabilir (FDK m. 703). Bu durumun gerçekleşip gerçekleşmediğini mahkeme takdir edecektir. Ancak belirtmek gerekir; belirtilen standart oldukça yüksek olup, genellikle karşılanamamaktadır¹⁴⁴³.

Kabul edilemeyecek olan bilgi ve delillerin bilirkişi görüşüne esas alınabilmesine rağmen jüri üyelerine açıklanmaması, Federal Delil Kanunu'nun ortak hukuk (common law) geleneğinden ayrılan 703. ve 705. maddelerine dayanmaktadır. Esasen ortak hukuk geleneğinde bilirkişi, görüşünü ancak jüri üyelerine sunulmuş veya sunulabilecek delillere ve

¹⁴³⁸ Park vd., 2011: 549.

¹⁴³⁹ Lancaster ve Capozzola, 2010: 132. FDK'nun 703. maddesi, bir taraftan "kabul edilmez" delillerin bilirkişi vasıtasıyla yargılamaya sokulmasını engellerken diğer taraftan bir uzmanın bir soruna karşı gerçek hayattaki yaklaşımı ile aynı soruna yargılama sırasındaki yaklaşımı arasındaki farkı gidermeye çalışmaktadır. Bu çerçevede, uzmanların bir sorunun çözümü için gerçek hayatta kullanabileceği bilgilerin, kabul edilmez olsalar da, yargılama sırasında da kullanılabilmesine olanak tanınmaktadır. Buna karşılık, gerçek hayatta uzmanlarca kullanılmayacak olan kabul edilmez bir delilin ise bilirkişilik kılıfı içinde yargılamaya aktarılmasının önüne geçilmeye çalışılmaktadır. Bkz. Saltzburg vd., 2011: 703-3,4,9.

¹⁴⁴⁰ Lancaster ve Capozzola, 2010: 136.

¹⁴⁴¹ Park vd., 2011: 549.

¹⁴⁴² Weissenberger ve Duane, 2011: 469; Park vd., 2011: 549; Weinstein/Berger, 2011: 13-32.

¹⁴⁴³ Park vd., 2011: 549.

vakıalara dayandırabilir¹⁴⁴⁴. Dolayısıyla kabul edilemeyecek olan deliller, bilirkişi görüşüne esas alınamaz. Örneğin; cinayet davasında bilirkişilik yapacak doktorun “mağdur kafasının arkasına aldığı darbe nedeniyle ölmüştür” şeklinde görüş verebilmesi için bu görüşün oluşmasına sebebiyet veren vakıa ve bilgilerin jüri üyelerine sunulması gerekmektedir. Bu anlamda kafatasının çatladığı yer ve buna bağlı iç kanamanın gerçekleştiği bölge doktor tarafından belirtilmelidir. Ancak belirttiğimiz üzere Federal Delil Kanunu, ortak hukukun bu kuralından ayrılarak bilirkişilere dayandıkları vakıa ve bilgileri açıklamadan duruşmada görüşlerini açıklama fırsatı vermektedir¹⁴⁴⁵.

Buna karşılık yine Federal Delil Kanunu’nun 703. ve 705. maddeleri uyarınca karşı tarafın gerçekleştireceği çapraz sorgulamada, ilgili konu hakkında soru sorulması halinde kabul edilemeyecek bilgi ve deliller bilirkişiler tarafından karar vericilere açıklanabilmektedir¹⁴⁴⁶. Bir diğer deyişle, bilirkişiler normal şartlarda kabul edilemeyecek delilleri kendilerini tutan tarafın talebiyle yargılamaya dâhil edemezken, karşı tarafın bu konudaki doğrudan veya dolaylı talebiyle jüri üyelerine bu bilgi ve delilleri sunabilmektedir¹⁴⁴⁷. Zira aleyhine olan kabul edilemeyecek bilgi ve delili (inadmissible), soru sorarak ortaya çıkarmaya çalışan tarafın, bu hususların açıklanması noktasında rızasının bulunduğu varsayılmaktadır. Ancak belirtmek gerekir ki; bu tür bilgi ve deliller (inadmissible) bir şekilde çapraz sorgulama yoluyla açıklandıktan sonra bilirkişiyi yargılamaya dâhil eden taraf da başlangıçta açıklayamayacağı bu bilgi ve delilleri kullanabilir¹⁴⁴⁸.

Öte yandan, bilirkişi görüşünün temelini oluşturan bilgi ve deliller kabul edilebilir (admissible) olarak nitelendirilmişse, bunların jüri üyelerine aktarılmasında herhangi bir sınırlama yoktur¹⁴⁴⁹. Davanın her iki tarafı da, bu bilgi ve delillerin jüri üyeleri huzurunda açıklanmasını sağlayabilir. Bunun yanında 703. maddenin açık hükmü gereğince, jürinin bulunmadığı duruşmalarda (bench trial), bilirkişinin görüşüne temel oluşturan kabul edilmez bilgi ve deliller de yargılamanın iki tarafınca hâkime sunulabilmektedir¹⁴⁵⁰.

Normal şartlarda kabul edilebilir olmayan bilgi ve delilin, 703. madde uyarınca bilirkişi görüşünün temeli olarak yargılamaya taşınması, taraflarca ileri sürülen meselelerin doğruluğunu sağlamaz¹⁴⁵¹. Bir başka ifadeyle kabul edilmeyecek bir delil, 703. madde

¹⁴⁴⁴ Park vd., 2011: 548.

¹⁴⁴⁵ Park vd., 2011: 548, s. 551.

¹⁴⁴⁶ Orenstein, Aviva, 2014. Opinion Evidence and Expert Testimony, s. 4; Saltzburg vd., 2011: 703-10; Federal Delil Kanunu’nun 703. maddesi Danışma Kurulu Notu (Advisory Committee Note) Amendment 2000.

¹⁴⁴⁷ Saltzburg vd., 2011: 703-11.

¹⁴⁴⁸ Federal Delil Kanunu’nun 703. maddesi Danışma Kurulu Notu (Advisory Committee Note) Amendment 2000.

¹⁴⁴⁹ Park vd., 2011: 550.

¹⁴⁵⁰ Park vd., 2011: 549-550.

¹⁴⁵¹ Lancaster ve Capozzola, 2010: 132; Saltzburg vd., 2011: 703-8.

uyarınca bir şekilde yargılamaya taşınsa dahi içeriğindeki bilgiye dayanılarak, bir vakıanın varlığı veya yokluğu hakkında karar verilemez. Bu bilgi ve deliller, ancak jüri üyelerinin bilirkişi görüşünü değerlendirmesine yardımcı olmak amacıyla kullanılabilir¹⁴⁵². Bu bağlamda, bu tür bilgi ve delillerin yargılamaya taşınması sınırlı bir amaç içindir¹⁴⁵³. Bu sebeple, karşı tarafın itirazı üzerine mahkeme, belirtilen bilgi ve delilin, maddi bir delil olarak değil, ancak bilirkişi görüşünün temeli olarak düşünülmesi gerektiği noktasında jüri üyelerine talimat verebilir¹⁴⁵⁴.

Federal Delil Kanunu'nun 703. maddesini, bizzat bilirkişi delilinin kendi kabul edilebilirliğini düzenleyen 702. maddeden ayırt etmek gerekir. Federal Delil Kanunu'nun 703. maddesi "kabul edilmez" (inadmissible) olarak nitelendirilen bilgi ve delillerin bazı şartlar altında bilirkişi tarafından kullanılmasına imkân tanıyarak, bilirkişinin kullanabileceği kaynakların (bilgi ve delillerin) kapsamını ortaya koymaktadır¹⁴⁵⁵. Bu çerçevede, bu maddenin bilirkişi tarafından kullanılan yöntem veya prensiplerin güvenilirliğiyle yahut genel kabul edilebilirliği ile bir bağlantısı yoktur¹⁴⁵⁶. Buna karşılık Federal Delil Kanunu'nun 702. maddesi; bilirkişinin uzmanlığını, onun karar vericilere yardım edebilme niteliğini; kullanılan yöntem ve prensiplerin bilimsel ve teknik açıdan güvenilir olup olmadığını ve bu yöntem ve prensiplerin dava konusu vakıalara güvenilir bir şekilde uygulanıp uygulanmadığını düzenlemektedir¹⁴⁵⁷. Hâkim, bu madde de düzenlenen unsurları değerlendirerek, bilirkişi delilinin yargılamaya dâhil edilip edilmeyeceğine karar vermektedir. Bu sebeple, bilirkişi görüşünün temeli, 703. maddeye uygun olsa dahi bilirkişi tarafından kullanılan yöntem ve prensipler güvenilir değilse, bilirkişinin tanıklığı (expert testimony) yargılama dışında bırakılabilecektir. Zira 702. madde bilirkişiyi, kabul edilen delilleri güvenilir olmayan bir şekilde kullanılmaktan menetmektedir¹⁴⁵⁸. Bu çerçevede, bilirkişinin kullandığı yöntemlerin veya ulaştığı sonuçların güvenilirliğine ilişkin itirazlar, 703. maddeye göre değil, 702.

¹⁴⁵² Federal Delil Kanunu'nun 703. maddesi Danışma Kurulu Notu (Advisory Committee Note) Amendment 2000. Yukarıda belirttiğimiz üzere; bu amaç için dahi bu tür bilgilerin doğrudan sorgulama (direct examination) sırasında jüri üyelerine sunulabilmesi için bu tür bilgilerin jüri üyelerinin bilirkişi görüşünü değerlendirmesi açısından sağlayacağı delilsel değer (probative value) ile jüri üyelerinin bu bilgiyi yanlış kullanmasının sebep olabileceği sakınca karşılaştırılmalıdır ve ancak delilsel ağırlığın, sakıncaya oldukça baskın geldiği anlaşıldığı takdirde mahkeme bu tür bilgi ve delillerin jüri üyelerine açıklanmasına izin vermelidir. Belirmek gerekir ki; böyle bir karşılaştırma yapılması ancak karşı tarafın itirazı halinde mümkündür. Bkz. Federal Delil Kanunu'nun 703. maddesi Danışma Kurulu Notu (Advisory Committee Note) Amendment 2000.

¹⁴⁵³ Lancaster ve Capozzola, 2010: 132; Saltzburg vd., 2011: 703-9.

¹⁴⁵⁴ Lancaster ve Capozzola, 2010: 132; Federal Delil Kanunu'nun 703. maddesi Danışma Kurulu Notu (Advisory Committee Note) Amendment 2000.

¹⁴⁵⁵ Saltzburg vd., 2011: 703-12; DeLuca v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc., 911 F.2d 941 (3rd Circuit 1990). Karar ve açıklamalar için bkz. Saltzburg vd., 2011: 703-12.

¹⁴⁵⁶ DeLuca v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc., 911 F.2d 941 (3rd Circuit 1990). Karar ve açıklamalar için bkz. Saltzburg vd., 2011: 703-13.

¹⁴⁵⁷ Saltzburg vd., 2011: 703-12.

¹⁴⁵⁸ DeLuca v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc., 911 F.2d 941 (3rd Circuit 1990). Karar ve açıklamalar için bkz. Saltzburg vd., 2011: 703-13.

maddeye göre incelenmelidir¹⁴⁵⁹. Öte yandan Federal Delil Kanunu'nun 702. maddesi; hâkime, bilirkişi görüşünün yeterli bilgi ve vakıalara (sufficient facts and data) dayanıp dayanmadığını inceleme yetkisi de vermiştir. Bu sebeple bilirkişi görüşünün temelini yeterliliğine dair (adequacy) problemler de 702. maddeye tabidir¹⁴⁶⁰. Buna karşılık 703. madde ise “kabul edilmez” sayılan bilgi veya delilin hangi şartlarda (reasonable reliance) bilirkişi tarafından kullanılabileceğini, bu anlamda da bilirkişinin dayandığı bilginin niteliğini (quality) düzenlemektedir¹⁴⁶¹.

2.7. Bilirkişi Görüşünün Delisel Ağırlığının Değerlendirilmesi

Amerikan yargılama sisteminde “ilgi (uygunluk)” ile “güvenilirlik” kriterlerine uygun olduğu kabul edilerek yargılamaya dâhil edilen bilirkişi görüşleri, sadece bu kriterleri sağladıkları için doğrudan jüri veya hâkim tarafından kararlarına esas alınmaz. İlgili davada karar verici pozisyonunda kim bulunuyorsa bilirkişinin, delisel ağırlığını, bu anlamda inanırılığını ve birden fazla bilirkişi görüşü sunulan hallerde (her iki taraf bilirkişi görüşü sunmuş ve her iki görüş de ilgi ve güvenilirlik kriterlerini geçerek yargılamaya dâhil olmuş olabilir) hangi bilirkişi görüşüne itibar edileceğini değerlendirmelidir.

Karar vericiler, özellikle de jüri bu değerlendirmeyi yaparken kural olarak aktif hareket etmez. Mücadeleci sistem (adversary system) gereği genellikle pasif rol üstlenirler ve tarafları dinlemek suretiyle bilirkişi görüşüne inanıp inanmayacaklarına veya her iki tarafın bilirkişi görüşü sunduğu durumlarda hangisine üstünlük tanıyacaklarına karar verirler. Bu noktada aktif olan uyuşmazlığın taraflarıdır. Taraflar, bir yandan kendi bilirkişilerinin olumlu yönlerini ortaya koyarken diğer yandan karşı tarafın ileri sürdüğü bilirkişinin eksikliklerini ve hatalarını ortaya çıkarmak suretiyle karar vericileri ikna etmeye çalışmalıdır.

Bu noktada tarafların kullanabileceği iki temel yöntem vardır. Birincisi doğrudan sorgulama (direct examination) ikincisi ise çapraz sorgulamadır (cross examination). Doğrudan sorgulama, bilirkişinin kendisini yargılamaya dâhil eden tarafça sorgulanmasıdır. Bu yöntemde temel amaç, bilirkişi görüşünün olumlu yönlerini öne çıkartarak, hâkim de ve jüri de olumlu bir kanaat oluşturmaktır. Buna karşılık, çapraz sorgulama ise bilirkişinin karşı tarafça sorgulanmasıdır. Birincisinde farklı olarak bu yöntemin temel amacı ise karşı tarafın ileri sürdüğü bilirkişinin (ve/veya bilirkişi görüşünün) eksik, yetersiz ve hatalı yönlerini

¹⁴⁵⁹ Saltzburg vd., 2011: 703-12,13.

¹⁴⁶⁰ Federal Delil Kanunu'nun 702. maddesi Danışma Kurulu Notu (Advisory Committee Note), Amendment 2000; Saltzburg vd., 2011: 703-13.

¹⁴⁶¹ Saltzburg vd., 2011: 703-13; Federal Delil Kanunu'nun 702. maddesi Danışma Kurulu Notu (Advisory Committee Note), Amendment 2000. Ancak belirtmek gerekir ki; teorik açıdan yapılan bu ayrımın uygulamada ne kadar fark oluşturduğu tartışmalıdır. Bkz. Saltzburg vd., 2011: 703-14.

ortaya koymak suretiyle, jüri veya hâkimde olumsuz bir kanaat oluşturmaktır¹⁴⁶². Görüldüğü üzere her iki yöntem de karar vericiler tarafından değil, uyuşmazlığın taraflarınca yürütülmektedir. Karar vericiler, taraflarca yürütülen bu yöntemlerle bilirkişi raporunun öne çıkan yönlerini veya aksi yönde eksikliklerini veya hatalarını görmek suretiyle değerlendirme yapabilmektedir.

Doğrudan veya çapraz sorgulama sırasında, bilirkişiye çeşitli şekillerde sorular yöneltilir¹⁴⁶³. Bu çerçevede ortak hukuk (common law), tanık ifadesinin temelini teşkil eden vakıa ve bilgilerin karar vericilere aktarılabilmesi, bu anlamda bilirkişi görüşünün daha iyi anlaşılabilmesi amacıyla farazi soruların da sorgulamada kullanılmasına izin vermiştir¹⁴⁶⁴. Farazi sorular ile sorgulama yapan taraf vekili, bilirkişiden belirli bir vakıanın varlığını varsaymasını ve bu varsayıma göre görüşünü açıklamasını istemektedir¹⁴⁶⁵. Güncel Federal Delil Kanunu'nda da farazi soruları yasaklayan veya zorunlu kılan bir hüküm bulunmamaktadır¹⁴⁶⁶. Bu sebeple, geleneksel ortak hukuk prensiplerine uygun olarak, federal mahkemelerin ve birçok eyalet mahkemesinin, farazi soruların kullanılmasına izin verdiği görülmektedir¹⁴⁶⁷. Ancak belirtmek gerekir ki; farazi soruların sorulması, dava konusu vakıaların yanlış aktarılmasına veya karar vericilerde ön yargı oluşmasına neden olabilecekse, mahkeme bu sorunun cevaplanmasını engelleyebilir¹⁴⁶⁸.

Öte yandan tanıkların ve özellikle bilirkişilerin sorgulanması sırasında, sorgulamayı yapan avukatın her sorusunun da cevaplanması gerekmeyebilir. Özellikle belirsiz (ambiguous), anlaşılamayan (unintelligable), ilgisiz (irrelevant) yahut birleşik (compund) sorular, karşı tarafın yapacağı itiraz ile (objection) mahkeme tarafından yasaklanabilir¹⁴⁶⁹. Bunun gibi daha önce yöneltilmiş ve cevaplanmış soruların (asked and answered) tekrar sorulması, mahkemenin zamanını boşa harcıyorsa, yine yapılacak itiraz üzerine mahkeme bu soruların tekrar sorulmasını engelleyebilir¹⁴⁷⁰. Aynı şekilde bilirkişi tarafından verilen cevaplar, sorgulayan avukat tarafından sanki kendi davasını destekliyor gibi farklı bir şekilde karakterize edilir (mischaracterizing) veya aktarılsa (misquoting), yapılacak itiraz

¹⁴⁶² Fogarty ve Jeng, 2012: 16.

¹⁴⁶³ Belirtmek gerekir ki; yönlendirici sorular (leading questions) bakımından iki sorgulama tekniği arasında fark vardır. FDK'nın 611 [c] maddesinde; çapraz sorgulamanın aksine doğrudan sorgulama sırasında, tanığın ifadesinin geliştirilmesi için gerekli olduğu durumlar dışında, yönlendirici soruların kullanılmaması gerektiği belirtilmektedir. İngiliz hukukunda da doğrudan sorgulama sırasında yönlendirici soruların kullanılması uygun görülmemektedir. bkz. Hall ve Smith, 2001: 76.

¹⁴⁶⁴ Park vd., 2011: 558.

¹⁴⁶⁵ Giannelli, 2013: 374; Park vd., 2011: 558; Broun vd., 2013: 117.

¹⁴⁶⁶ Park vd., 2011: 558.

¹⁴⁶⁷ Broun vd., 2013: 119; Park vd., 2011: 558; Lancaster ve Capozzola, 2010: 383.

¹⁴⁶⁸ Park vd., 2011: 559 vd.

¹⁴⁶⁹ Lancaster ve Capozzola, 2010: 380, 384.

¹⁴⁷⁰ Lancaster ve Capozzola, 2010: 381.

üzerine mahkeme bunun düzeltilmesine karar verebilir¹⁴⁷¹. Bunun dışında sorgulama, bilgi edinmekten ziyade bilirkişinin doğruluğuna ve güvenilirliğine yönelmek suretiyle amacı dışına çıkarak sorgulayıcı ile tanık arasında bir tartışmaya dönüşerek, tanığın ifadesini aktarmasına engel oluşturuyorsa (argumentative) yapılan itiraz üzerine, buna neden olan soruların sorulmamasına, sorulmuşsa cevaplanmasının engellenmesine, cevaplanmışsa da kayıtlardan çıkartılmasına karar verilebilir¹⁴⁷². Yukarıda belirtilenler dışında da birçok nedenle, bilirkişiye karşı sorular yapılacak itiraz üzerine mahkeme tarafından yasaklanabilir¹⁴⁷³.

Bilirkişinin çapraz sorgulanması sırasında sorgulamayı yapan avukatın üç temel amacının olduğu belirtilmektedir. Bunlar, avantajlı (olumlu) bir tanıklık geliştirme, zararlı olabilecek beyanların sınırlandırılması ve ifade veren bilirkişinin inandırıcılığının zayıflatılmasıdır¹⁴⁷⁴. Belirtilen amaçların nasıl gerçekleştirileceği diğer bir ifadeyle verimli bir çapraz sorgulama için neler yapılması gerektiği ise, avukatlar için hazırlanmış uygulamaya dönük kitaplarda ve makalelerde ayrıntılı olarak açıklanmaktadır. Bu noktada bu yöntemlerin tamamını detaylı olarak anlatmak konumuzun kapsamını ve amacını aşmaktadır. Ancak kısaca birkaç tanesini şöyle sıralayabiliriz; 1) İlgili konuya iyi çalışmak 2) Sorulacak soruları hazırlarken kendi bilirkişinden en üst seviyede yararlanmak 3) Deposition yöntemiyle elde edilen bilgileri iyi bir şekilde değerlendirmek 4) Sorgulamaya kendinin savunduğu ve bilirkişinin de kabul edeceği genel sorularla başlayarak olumlu bir tanıklık geliştirmeye çalışmak 5) Bilirkişinin beyanlarındaki tutarsız noktaları vurgulayarak bilirkişinin yetersiz ve eksik bilgi sahibi olduğu fikrini uyandırmak 6) Bilirkişinin objektif ve bilgiye dayalı değil, taraflı ve subjektif görüş verdiği kanaatini oluşturmak¹⁴⁷⁵. Bu sayılanlara onlarcasını eklemek mümkün olduğu gibi her bir yöntemin de nasıl hayata geçirileceğine dair yine birçok yol ve taktik olduğunu belirtmemiz gerekir.

Bilirkişinin çapraz sorgulanması, Federal Delil Kanunu'nun 611 (b) maddesinde belirtilen kısıtlamaya uygun olarak gerçekleştirilmelidir. Buna göre çapraz sorgulamanın kapsamı, doğrudan sorgulamanın konusu ve bilirkişinin inanırlığıyla sınırlandırılmıştır¹⁴⁷⁶. Kural olarak bu kapsam dışında çapraz sorgulama yapılamaz. Taraf vekilinin bu kapsamda davranıp davranmadığı ise mahkemenin takdirindedir.

¹⁴⁷¹ Lancaster ve Capozzola, 2010: 381.

¹⁴⁷² Lancaster ve Capozzola, 2010: 382.

¹⁴⁷³ Lancaster ve Capozzola, 2010: 384 vd.

¹⁴⁷⁴ Fogarty ve Jeng, 2012: 19.

¹⁴⁷⁵ Fogarty ve Jeng, 2012: 19 vd.

¹⁴⁷⁶ Fogarty ve Jeng, 2012: 17.

Açık faydalarına karşılık çapraz sorgulamanın kötüye kullanılması, bu anlamda da karar vericileri yanlış yönlendirmesi de mümkündür. Özellikle taraf vekillerinin, telkin edici veya varsayımsal sorularla, bilirkişilere, jürinin (veya hâkimin) kafasını karıştıracak veya onları yanlış yönlendirecek şekilde cevaplar verdirmesi söz konusu olabilmektedir¹⁴⁷⁷. Her ne kadar sorulan sorular, karşı tarafça yapılan itiraz ve hâkim tarafından yapılan değerlendirmeye kabul veya reddedilse de jüri bu sorulardan etkilenebilmektedir¹⁴⁷⁸.

Aynı şekilde çapraz sorgulama yönteminin temel mantığı gereği taraf vekilleri, doğruluğunu bildikleri bilirkişi görüşleri hakkında dahi birtakım şüpheler oluşturmaya çalışarak, yargılamayı suni olarak tartışmalı hale getirebilmektedir. Bunun gibi taraf vekilleri, çeşitli sorgulama taktikleriyle yargılamayı yönlendirmeye çalışarak, kendi bilirkişi görüşlerindeki eksik veya yetersiz noktaları karar vericilerinin dikkatinde kaçırmaya çalışmaktadır¹⁴⁷⁹.

Taraf vekilleri, çapraz sorgulamayı olumsuz bir şekilde yönlendirebileceği gibi bilirkişi de kişisel özellikleriyle bilerek veya bilmeyerek karar vericileri etkileyip, doğrunun tam olarak ortaya çıkmasına mâni olabilmektedir. Özellikle kendine güvenen hareket tarzı, kesin ve karizmatik konuşma gibi bilirkişinin şahsına ilişkin hususlar jüri üyelerinin aklını çelip, bilimsel veya teknik konulara odaklanmayı olumsuz yönde etkileyebilmektedir¹⁴⁸⁰.

Karar vericiler, tanık ifadeleriyle bağlı değildir. Dolayısıyla tanık olarak kabul edilen bilirkişinin görüşleri de hâkimi veya jüri üyelerini bağlamaz¹⁴⁸¹. Karar vericiler, birbirine zıt iki bilirkişi görüşünden uygun bulduklarını benimseyip, diğerini reddedebilir¹⁴⁸². Bunun gibi mahkeme taraflarca ileri sürülmüş iki bilirkişi görüşünü de reddedebilir. Bu durumda, sonucu bilirkişi görüşü olmadan varlığı veya yokluğu anlaşılamayacak vakıalara bağlı olan davalarda nasıl bir karar verileceği sorusuyla karşılaşılır. Böyle bir durumda devreye ispat yükü kuralları girmektedir. Bir tarafın veya her iki tarafın bilirkişi görüşünün benimsenmediği veya kabul edilmez bulunduğu durumlarda, mahkeme ilgili vakıayı ispatlanmamış sayarak ispat yükü dağılımına göre davanın reddine veya kabulüne karar verebilir¹⁴⁸³.

¹⁴⁷⁷ Jurs, 2010: 1341-1342.

¹⁴⁷⁸ Jurs, 2010: 1342.

¹⁴⁷⁹ Jurs, 2010: 1342.

¹⁴⁸⁰ Fogarty ve Jeng, 2012: 17.

¹⁴⁸¹ Diestel v. Hines, 506 F.3d 1249, 1268 (10th Cir. 2007). Kararın ilgili bölümü için bkz. Giannelli, 2013: 327.

¹⁴⁸² Giannelli, 2013: 327.

¹⁴⁸³ Weinstein/Berger, 2011: 13-5. Örneğin, tıbbi yaralanmaya (medical injury) ilişkin bir davada; yaralanma sebepleri hakkında ifade veren davacı tarafın bilirkişi görüşü güvenilir bulunmuş ve kabul edilmemiştir. Bunun üzerine bilirkişi görüşü olmadan davacının illiyete ilişkin hiçbir iddiası ispatlanamadığından davanın özet hüküm (defendant summary judgment) ile reddine karar verilmiştir. Bkz. Cooper v. Smith & Nephew, Inc. 259 F.3d 194, 203 (4th Cir. 2001). Kararın ilgili bölümü ve açıklamalar için bkz. Age: 13-5, dpn. 4.

2.8. Bilirkişi Ücreti

2.8.1. Bilirkişi Ücretinin Belirlenmesi ve Ödenmesi

Amerikan hukukunda bilirkişi ücretinin nasıl tespit edileceği ve kimin tarafından ödeneceği, bilirkişi türüne göre değişiklik göstermektedir. Tarafların bilirkişi atadığı durumlarda bilirkişi ücreti, kural olarak taraflarca ödenmektedir. Tarafın bilirkişiye ne kadar ücret ödeyeceği ise bilirkişinin harcadığı zaman ve emekle doğru orantılı olarak taraf ile bilirkişi arasında yapılacak anlaşmaya göre belirlenmektedir¹⁴⁸⁴. Bu noktada alt veya üst sınırı belirleyen bir tarife bulunmamaktadır. Ancak bilirkişi ücretinin çok yüksek olduğu durumlarda, mahkeme bilirkişi ücretinin azaltılmasına karar verebilmektedir¹⁴⁸⁵. Özellikle deposition yöntemiyle bilirkişinin sorgulandığı durumlarda, aksi taraflarca kararlaştırılmadığı müddetçe bilirkişinin sorgulanmasına ilişkin masraflar yargılamanın diğer tarafınca karşılandığından bilirkişiyi sorgulayacak tarafa ağır bir yük yüklememek için mahkemelerin ücrette indireme gittiği görülmektedir¹⁴⁸⁶. Mahkemeler, ücretin yüksek olup olmadığını değerlendirirken, bilirkişinin uzmanlık alanını, uyumsuzluğun kapsamını ve piyasadaki ücretleri dikkate almaktadır¹⁴⁸⁷.

Mahkemenin belirtilen şekilde bir müdahalesinin bulunmadığı hallerde ise, ilgili alanda uzman bulmanın zor olduğu durumlarda bilirkişi ücreti taraflarca daha yüksek tespit edilirken kolaylıkla birden çok bilirkişi bulunabilecek alanlarda bilirkişi ücreti daha düşük olarak belirlenmektedir¹⁴⁸⁸. Bunun dışında bilirkişinin tecrübesi, ilgili alanda daha önce gerçekleştirdiği çalışmalar, iletişim yeteneği ve benzeri unsurlar bilirkişi ücretinin belirlenmesinde rol oynamaktadır.

Mahkeme tarafından bilirkişi atandığı durumlarda ise, mahkeme tarafından bilirkişiye belirli bir ücret takdir edilmektedir. Türk hukukunda olduğu gibi bilirkişiye ödenecek ücretin belirlenmesi için Amerikan hukukunda herhangi bir tarife bulunmamaktadır. Aynı şekilde Federal Delil Kanunu'nun 706. maddesi de ücret konusunda alt veya üst sınır belirtmemiş sadece bilirkişiye “makul” bir ücret verilmesini düzenlemiştir.

Mahkeme tarafından bilirkişi atandığı durumlarda bilirkişiye ödenecek ücret, kural olarak mahkemenin takdir ettiği zamanda taraflarca ödenmektedir [FDK m. 706 (c)(2)]. Mahkeme başlangıçta bu ücretin taraflarca eşit oranda ödenmesine karar verebileceği gibi, yalnızca bir tarafça ödenmesine de karar verebilir¹⁴⁸⁹. Buna karşılık ceza davalarında ve

¹⁴⁸⁴ Ortalama bilirkişi ücretleri ve benzeri örnekler için bkz. Fogarty ve Jeng, 2012: 17.

¹⁴⁸⁵ Lancaster ve Capozzola, 2010: 190.

¹⁴⁸⁶ Lancaster ve Capozzola, 2010: 190-191.

¹⁴⁸⁷ Lancaster ve Capozzola, 2010: 190.

¹⁴⁸⁸ Lancaster ve Capozzola, 2010: 190.

¹⁴⁸⁹ Lancaster ve Capozzola, 2010: 194.

Amerikan Anayasası'nın 5. değişikliğine göre (fifth amendmet) sadece tazminat istenen hukuk davalarında bilirkişi ücreti mevzuatın öngördüğü fonlardan karşılanmaktadır [FDK m. 706 (c)(1)].

2.8.2. Bilirkişi Ücretinin Karşı Taraftan Tahsil Edilmesi

Birçok hukuk sisteminde, yargılama giderleri öncelikli olarak taraflarca karşılanır ve davayı kazanan taraf, yaptığı masrafları belirli sınırlar dâhilinde karşı taraftan talep edebilir. Esasen Amerikan hukuk sistemi de aynı yöntemi benimsemekle beraber bazı önemli masraf kalemlerini bu kuraldan ayırık tutmuştur. Bir başka ifadeyle kazanan taraf, yargılama için yaptığı her masrafı karşı taraftan tazmin edemez¹⁴⁹⁰. Bu kapsamda örnek gösterilebilecek en önemli masraf kalemi ise, tarafların avukatlarına ödedikleri vekâlet ücretleridir. Belirli istisnalar dışında Amerikan yargılama sisteminde kural olarak vekâlet ücretleri karşı taraftan talep edilemez¹⁴⁹¹.

Buna karşılık Federal Usul Kanunu'nun 54(d)(1) maddesi uyarınca, aksi Federal Kanunlar'da, Federal Usul Kanunu'nda veya mahkeme kararında belirtilmediği müddetçe avukatlık ücreti müstesna olmak üzere yapılan masraflar yargılama gideri olarak kazanan taraf lehine karara bağlanabilmektedir. Bu kapsamda talep edilebilecek yargılama giderleri ise "28 USC Section 1920" numaralı federal Kanun'da düzenlenmiştir¹⁴⁹². Buna göre;

- mahkeme katibinin veya polis şefinin ücretleri,
- davada kullanmak için zaruri bir şekilde basılmış veya elektronik olarak kaydedilmiş transkript ücretleri,
- basım için yapılan masraflar ve tanık ücretleri,
- davada kullanmak için zaruri bir şekilde herhangi bir maddeden örnek alınmışsa, bunun için yapılan masraflar,
- "28 USC Section 1923" numaralı Kanun uyarınca gerekli olan duruşma liste ücretleri (docket fee)

¹⁴⁹⁰ Freer, 2009: 442.

¹⁴⁹¹ Hazard vd., 2011: 49; Freer, 2009: 8, 441; Webster, 1993: 464, dpn. 4. Amerika'da avukatlar genellikle dava için harcadıkları saatler üzerinden ücretlerini almaktadır. Dava için harcanan saatler ayrıntılı olarak avukat tarafından kaydedilmekte ve toplanan ücret belirli süreler sonunda müvekkilden talep edilmektedir. Ancak özellikle yüksek miktartlı davalarda veya müvekkilin ekonomik durumunun iyi olmadığı durumlarda; vekâlet ücreti başarıya bağlı olarak karşı taraftan alınacak paranın belirli bir oranı üzerinden de belirlenebilmektedir. "Contingency fee" olarak adlandırılan bu ücret tipinde avukat, peşin olarak bir ücret almamakla beraber davanın kazanılması halinde, elde edilen meblağın belirli bir oranını, örneğin %10'nu müvekkilden talep edebilmektedir. Bkz. Freer, 2009: 8-9.

¹⁴⁹² McKee vd., 2013: 1074; Freer, 2009: 442.

- mahkeme tarafından atanan bilirkişinin ve tercümanın ücretleri¹⁴⁹³,

yargılama gideri olarak kazanan taraf lehine karara bağlanabilmektedir. Ancak hemen belirtmek gerekir ki; bazen zorunlu bazen de takdiri olarak hâkim kaybeden taraf aleyhine yargılama giderlerine hükmetmeyebilir¹⁴⁹⁴. Dava konusuyla ilgili özel veya genel bir kanuni düzenlemenin veya mahkeme kararının var olması halinde hâkim yargılama giderlerine hükmedemez. Bunun yanında, böyle bir düzenleme veya mahkeme kararı olmamasına rağmen davanın ve şartların gerektirdiği hallerde hâkim takdiren de yargılama giderlerine hükmetmeyebilir¹⁴⁹⁵. Örneğin, kazanan taraf gereksiz yere davanın uzamasına sebep olmuş veya kötü niyetli hareket etmişse veyahut yapılan masraflar sembolik veya talep edilen miktara göre oldukça düşükse, kazanan taraf lehine yargılama giderlerine hükmedilmez. Aynı şekilde kaybeden taraf, yargılama giderlerini ödeyemeyecekse veya ödemesi halinde yoksulluğa düşecekse, hâkim kazan taraf lehine yargılama giderlerine hükmetmeyebilir¹⁴⁹⁶. Ancak bu gibi durumlarda hâkim, yargılama giderlerine hükmetmeme gerekçesini açıklamak zorundadır¹⁴⁹⁷.

Türk hukukundan farklı olarak yargılama giderleri doğrudan hükümde belirtilmez. Bunun için kazanan tarafın, karar verildikten sonra mahkeme kâtibiyle birlikte “bill of costs” olarak adlandırılan ve masraf hesabı veya faturası olarak Türkçeye çevirebilecek bir belgeyi doldurması gerekmektedir¹⁴⁹⁸. Matbu olan bu belgede yukarıda belirttiğimiz ve karşı taraftan talep edilebilecek masraf kalemlerinin karşısında boşluklar bulunur. Taraf (veya vekili) bu boşlukları doldurur ve bu rakamların doğru olduğuna dair beyanın altına imzasını atar¹⁴⁹⁹. Son olarak mahkeme kâtibi karşı taraftan talep edilebilecek toplam rakamı yazarak kendi imzasını atar¹⁵⁰⁰. Bu şekilde hazırlanan belge karşı tarafa gönderilir. Belirtilen rakamların doğru olmadığını düşünen muhatap, kural olarak yedi gün içinde mahkeme kâtibinin işleminin gözden geçirilmesi için mahkemeye başvurabilmektedir¹⁵⁰¹.

¹⁴⁹³ Burada belirtilen tercüman, mahkemede sözlü olarak çeviri yapan kişiyi ifade etmektedir. Taraflarca ileri sürülen yazılı belgelerinin çevrilmesi, bu madde kapsamında değerlendirilmemektedir. Bkz. McKee vd., 2013: 1074.

¹⁴⁹⁴ McKee vd., 2013: 1076-1077.

¹⁴⁹⁵ McKee vd., 2013: 1076-1077.

¹⁴⁹⁶ McKee vd., 2013: 1077-1078.

¹⁴⁹⁷ McKee vd., 2013: 1076.

¹⁴⁹⁸ McKee vd., 2013: 1080.

¹⁴⁹⁹ Tarafça doldurulan rakamların yanlış belirtilmesi cezai sorumluluğu gerektirir. Bu anlamda kasten fazla miktar yazan taraf, yalan beyanda bulunma suçunu işlemiş olur.

¹⁵⁰⁰ Belgenin örneği için bkz. <http://www.uscourts.gov/uscourts/FormsAndFees/Forms/AO133.pdf>. Erişim tarihi: 07.02.2014.

¹⁵⁰¹ McKee vd., 2013: 1080. Yedi günlük sürenin niteliği ve uygulanması bakımından farklı mahkeme kararları mevcuttur. Bazı mahkeme kararlarına göre, belirtilen süre içinde itiraz edilmezse, davayı kaybeden taraf, masraf hesabına itiraz hakkından vazgeçmiş sayılır. Buna karşılık aksi yöndeki bazı mahkeme kararlarına göre ise belirtilen süre kazai nitelikte olmadığından süresi dışında yapılan itirazlar da mahkemenin takdirine bağlı olmak koşuluyla dikkate alınabilir. Kararlar ve açıklamalar için bkz. Age: 1080.

Konumuz bakımından, tarafın kendi bilirkişisine ödediği ücret de 28 USC Section 1920 numaralı Kanun’ da belirtilen yargılama giderleri arasında kabul edilmektedir. Zira daha önce de belirttiğimiz üzere Amerikan yargılama sisteminde “tanık” kavramı hem şahidi hem de bilirkişiyi kapsayan bir üst kavram olarak kullanılmaktadır. Ancak madde metninde kullanılan bu ifade tarzı, bazı tartışmaların ortaya çıkmasına neden olmuştur. Zira “28 USC Section 1821” numaralı Kanun uyarınca tanıklara ödenecek ücret, günlük 40 dolarla sınırlandırılmıştır. Buna karşılık tarafların, bilirkişilere ödedikleri ücretler ise davanın ve bilirkişinin özelliklerine göre binlerce hatta on binlerce dolara ulaşabilmektedir. Dolayısıyla davayı kazanan tarafın, bilirkişiye ödediği bütün ücreti mi yoksa “28 USC Section 1821” numaralı Kanun uyarınca tanıklara ödenen ve 40 dolarla sınırlanan ücrete mi hak kazanacağı noktasında görüş ayrılıkları oluşmuştur. Bu çerçevede bazı mahkemeler 40 dolarlık sınırı esas alırken bazı mahkemeler bilirkişinin yargılama için elzem olduğu durumlarda “28 USC Section 1821” de belirtilen sınırla bağlı kalmaksızın, bilirkişi için yapılan bütün masrafların karşı taraftan tazmin edilebileceğine dair kararlar vermiştir¹⁵⁰². Bu tartışmalar ve fikir ayrılıkları, Yüksek Mahkeme’nin (Supreme Court) Crawford Fitting Co. v. J.T. Gibbons, Inc isimli bir davada verdiği karara kadar devam etmiştir.

Yüksek Mahkeme, “Crawford Fitting Co. v. J.T. Gibbons, Inc¹⁵⁰³,” isimli davada yargılama giderlerini düzenleyen 28 USC Section 1920 (3) numaralı federal kanunu inceleyerek bilirkişi ücretinin karşı taraftan tazmin edilebileceğine karar vermiş, ancak bu miktarın 28 USC Section 1821 numaralı Kanun’da düzenlenen günlük otuz doları¹⁵⁰⁴ aşamayacağını belirtmiştir¹⁵⁰⁵. Aynı kararda Yüksek Mahkeme, Federal Usul Kanunu’nun 54 (d) maddesini de incelemiştir. Belirttiğimiz üzere bu maddede; aksi Federal Kanunlar’da, Federal Usul Kanunu’nda veya mahkeme kararında belirtilmediği müddetçe avukatlık ücreti dışında kalan yargılama ücretlerinin hâkim tarafından kaybeden tarafa yüklenebileceği düzenlenmektedir. Ancak Yüksek Mahkeme, bu kuralın 28 USC Section 1821 numaralı Kanun’da belirtilen miktarın geçilebilmesi anlamını taşımadığını hükme bağlamıştır¹⁵⁰⁶.

Sonuç olarak; Amerikan hukukunda kazanan taraf, kendi bilirkişisine ödediği ücretin tamamını kural olarak kaybeden taraftan talep edemez¹⁵⁰⁷. Kazanan taraf, kendi bilirkişisi için ancak normal şahitlere ödenen miktar olan günlük kırk doları karşı taraftan talep

¹⁵⁰² Webster, 1993: 465, dpn. 11.

¹⁵⁰³ Crawford Fitting Co. v. J.T. Gibbons, Inc, 482 U.S. 437 (1987). Aynı yönde bkz. Gortat v. Capala Bros.,Inc., 585 F. Supp. 2d 372-2008-Dist. Court, ED New York.

¹⁵⁰⁴ Bu rakam daha sonra kırk dolara çıkartılmıştır. Bkz. Webster, 1993: 464.

¹⁵⁰⁵ Webster, 1993: 464.

¹⁵⁰⁶ Webster, 1993: 464-465.

¹⁵⁰⁷ Hazard vd., 2011: 49.

edebilmektedir¹⁵⁰⁸. Ancak belirtmek gerekir ki; bu kuralın iki önemli istisnası bulunmaktadır. Bunlardan birincisi açık bir kanun hükmünün bulunması, ikincisi ise tarafların bu konuda anlaşmış olmalarıdır¹⁵⁰⁹. Bu çerçevede özel bir kanun hükmünün takdir hakkı verdiği durumlarda hâkim, kaybeden tarafın, kazanan tarafın bilirkişi ücretini de ödemesine karar verebilmektedir¹⁵¹⁰. Aynı şekilde, taraflar yapacakları sözleşmeyle, uyuşmazlık çıkması halinde bilirkişilere ödenecek bütün ücret ve masrafların kaybeden tarafça ödeneceğini kararlaştırılabilmektedir. Özellikle sigorta ve kredi sözleşmelerinde, bu tür kayıtlar sıklıkla görülmektedir¹⁵¹¹.

Ancak hemen belirtmekte fayda var ki; yukarıda yaptığımız açıklamalar kazanan tarafın kendi bilirkişisine ödediği ücrete ilişkindir. Buna karşılık mahkeme tarafından re'sen bilirkişi atandığı durumlarda, bilirkişiye ödenen bütün ücret karşı taraftan tahsil edilebilecektir. Zira 28 USC Section 1920 numaralı Kanun'un son fıkrasında "mahkeme tarafından atanan bilirkişi" özel olarak belirtildiği gibi re'sen bilirkişi atamayı düzenleyen Federal Delil Kanunu'nun 706. maddesi de atanacak bilirkişiye ödenecek ücretin diğer yargılama giderleri gibi tahsil edileceğini düzenlemektedir. Bu sebeple, mahkeme tarafından atanan bilirkişiye ne kadar ücret takdir edilmiş olursa olsun kazanan taraf, daha önce orantılı olarak ödenen ücretin kendisine düşen miktarını kayben taraftan alabilecektir.

Gerek vekâlet ücretinin gerekse de bilirkişi ücretinin kural olarak karşı taraftan talep edilememesi, Amerikan hukuk sisteminin en çok tartışılan noktalarından biridir¹⁵¹². Bu kuralı savunan düşünceye göre; kaybeden tarafın, kazanan tarafın vekâlet ve bilirkişi ücretlerinin tamamını ödemesi, tarafların hak arama özgürlüklerini kısıtlayacaktır. Zira özellikle ekonomik olarak güçsüz davacı, davanın sonunda ödeyebileceği muhtemel yargılama giderlerinden korkarak, dava açmama yoluna gidebilir¹⁵¹³. Bunun önlenmesi için Amerikan hukuk sistemi, kazanan tarafın yargılama için yaptığı bütün masrafları tazmin etme hakkını, adalete erişimin sağlanması için feda etmiştir. Böylece taraflar, ağır yargılama giderlerinden korkmadan iyi niyetli iddia ve savunmalarını yargılamaya taşıyabilmektedir¹⁵¹⁴.

Buna karşılık, bizim de katıldığımız karşı görüşe göre, bu kural adalete hizmet etmek yerine onun gerçekleşmesini önlemektedir. Zira bu kural uyarınca, haklı olan taraf, yaptığı

¹⁵⁰⁸ McKee vd., 2013: 1074; Webster, 1993: 463.

¹⁵⁰⁹ Webster, 1993: 465, dpn. 12; Oakley ve Amar, 2009: 206.

¹⁵¹⁰ Bu tür hükümler içeren kanuni düzenlemeler için bkz. Lancaster ve Capozzola, 2010: 195 vd.

¹⁵¹¹ Freer, 2009: 10. Yazar, bu açıklamayı vekâlet ücreti için yapmışsa da, belirtilen örnekler bilirkişilere yapılan ödemeler için de geçerlidir.

¹⁵¹² Esasen tartışılan sadece vekâlet ve bilirkişi ücretleri değil tarafların yargılama için yaptıkları bütün özel masraflardır. Bkz. McKee vd., 2013: 1075. Ancak gerek konumuzun bilirkişi ücretleri olması gerekse de vekalet ve bilirkişi ücretlerinin, miktar bakımından en önemli iki masraf kalemini oluşturmasından dolayı açıklamalarımız vekalet ve bilirkişi ücretleri üzerinden yapılmaktadır.

¹⁵¹³ Subrin vd., 2012: 155. Yazarlar açıklamalarını daha ziyade vekalet ücretini esas alarak yapmaktadır.

¹⁵¹⁴ Oakley ve Amar, 2009: 206.

masrafları karşı taraftan talep edememekle bir şekilde cezalandırılmakta, buna karşılık haksız olan taraf, sebep olduğu masrafları ödememekle ödüllendirilmektedir. Örneğin, davacı tarafın zararlarını karşılamak için, 100.000 dolarlık bir dava açtığını düşündüğümüz bir durumda, davayı kazanması halinde elde ettiği rakamın örneğin 10.000 dolarını avukatına, 5.000 dolarını bilirkişiye vermektedir. Bu sebeple, hakkı olan 100.000 dolar yerine 85.000 dolar olarak 15.000 dolar zarar etmektedir. Aynı şekilde hiçbir kusuru olmamasına rağmen kendisine karşı dava açılan davalı taraf da, avukat ve bilirkişi için ödediği 15.000 doları, davayı kazansa dahi kural olarak karşı taraftan talep edememektedir. Bu sebeple, hukuken yanlış hiçbir şey yapmayan davalı taraf, 15.000 dolar ödeyerek adeta cezalandırılmaktadır¹⁵¹⁵. Buna karşılık her iki örnekte de haksız olan taraf sebep olduğu zararları ödemeyerek adeta ödüllendirilmektedir. Kanaatimizce hâkimlerin re'sen bilirkişi atamakta gösterdikleri isteksizlik de göz önünde bulundurulduğunda, kazanan tarafın bilirkişisine ödediği ücretin en azından belirli sınırlara tabi olmak koşuluyla karşı taraftan alınabilmesi sağlanmalıdır.

2.9. Bilirkişinin Hukuki Sorumluluğu

Amerikan hukuk sisteminde tanıklar, kural olarak yargılamada verdikleri beyanlardan dolayı hukuken sorumlu tutulamaz. Tanıklara getirilen bu koruma, geleneksel ortak hukuk (common law) kaynaklı “tanık dokunulmazlık doktrinine” (witness immunity doctrine) dayanmaktadır¹⁵¹⁶. Bu dokunulmazlığın temel amacı, tanıkların kendilerine dava açılmasından, bu anlamda iftira atılmasından korkmadan yargılamada özgür bir biçimde ifade verebilmesini sağlamaktır¹⁵¹⁷. Zira tanık, taraflardan birisinin kendisine karşı dava açma ihtimalini düşünürse, tanıklık noktasında isteksizlik gösterebileceği gibi bir şekilde vereceği beyanı da belirtilen korkunun etkisiyle tam ve net olmayabilir¹⁵¹⁸. Bu nedenle federal mahkemeler, tanıklar için öngörülen bu dokunulmazlık ilkesini hukuk davaları bakımından kesin bir şekilde uygulamaktadır. Aynı şekilde birçok eyalet mahkemesi de tanıkları hukuki sorumluluktan muaf tutmuştur¹⁵¹⁹.

Tanıkların korunması için öngörülen bu dokunulmazlık sadece duruşmada verilen beyanlarla sınırlı değildir. Duruşma öncesi dönemde bir şekilde verilmesi gerekli ifadeler de bu koruma kalkanı altındadır¹⁵²⁰. Bu çerçevede, tanıklar “deposition” da verdikleri beyanlarından dolayı da sorumlu tutulamaz. Ancak belirtmek gerekir ki; gerek duruşma

¹⁵¹⁵ Freer, 2009: 9.

¹⁵¹⁶ Jensen, 1994: 194; McCahey, 2006: 10; Hanson, 1996: 497-498; Binder, 2002: 1819.

¹⁵¹⁷ McDowell, 1998: 240; Jensen, 1994: 197; Binder, 2002: 1819.

¹⁵¹⁸ Jensen, 1994: 196-197; McCahey, 2006: 10. Bkz. Briscoe v. LaHue, 460 U.S. 325 (1983).

¹⁵¹⁹ McCahey, 2006: 10.

¹⁵²⁰ Hanson, 1996: 498; McCahey, 2006: 10.

öncesinde gerekse de duruşmada verilen beyanlar için sağlanan bu dokunulmazlık hukuk davalarıyla sınırlıdır. Dolayısıyla tanıkların yalan beyandan dolayı (perjury) cezai sorumlulukları mevcuttur¹⁵²¹.

Daha önce belirttiğimiz üzere Amerikan hukukunda tanık, şahit ve bilirkişiyi içine alan üst bir kavramı ifade ettiği için uzun yıllar bilirkişilerin de bu dokunulmazlıktan faydalandığı kabul edilmiştir¹⁵²². Zira şahitler gibi bilirkişilerin de temel fonksiyonun karar vericilere (algısal olmasa da) sahip oldukları özel ve teknik bilgiyle yardımcı olmak olduğu düşünülmüştür¹⁵²³. Bu çerçevede şahitler gibi bilirkişilerin de görüşlerini açıklarken gelecekte kendilerine açılacak davalardan korkmadan özgür ve rahat bir şekilde görüşlerini ifade edebilmeleri istenmiştir¹⁵²⁴. Bu nedenle bilirkişilere sınırlı sayıda dava açılmış ve açılan davalar belirtilen dokunulmazlık nedeniyle reddedilmiştir¹⁵²⁵. Ancak 20. yüzyılın sonlarına doğru dokunulmazlık doktrinine bağlı kalan bazı eyalet mahkemeleri varlıklarını devam ettirmekle beraber bazı eyalet mahkemeleri, bilirkişilerin sorumluluklarını farklı şekilde değerlendirerek, bilirkişilere karşı açılan davaları kabul etmeye başlamışlardır. Böylece bilirkişiliğin hukuki sorumluluğu açısından yeni bir akım oluşmaya başlamıştır.

Bu durumun bir sonucu olarak da; Amerikan hukuk sisteminde bilirkişilerin hukuki sorumlulukları bakımından yeknesak bir uygulamanın mevcut olmadığı, bu anlamda doktrinde ve içtihatlarda farklı görüşlerin benimsendiği söylenebilir. Bu görüşlerden birincisi, tanık dokunulmazlık doktrinin olduğu gibi korunmasını savunmaktadır. Bu görüşe göre bilirkişiler üzerindeki sorumluluk kalkının kaldırılması, bilirkişilerin yargılamaya katılmasını azaltacağı gibi, bir şekilde verecekleri ifadeler de sorumluluklarını en aza indirmek amacıyla doğru ve içten olmayabilir¹⁵²⁶. Özellikle kendilerini yargılamaya dâhil eden tarafça açılması muhtemel davanın etkisiyle bilirkişiler objektiflikten uzaklaşarak yanlı bir şekilde görüş bildirebilir¹⁵²⁷. Bir başka ifadeyle dava korkusu, bilirkişileri bildikleri ve inandıklarından ziyade, korkuları üzerinden ifade vermeye zorlayabilir. Öte yandan mevcut sistem, hukuki sorumluluk öngörmemekle beraber, bilirkişinin tam ve doğru görüş bildirmesini sağlayabilecek özelliklere sahiptir. Zira bilirkişilerin yalan beyandan dolayı cezai sorumlulukları olduğu gibi görev bilinçlerini pekiştirmek için mahkeme huzurunda yemin yükümlülükleri de bulunmaktadır. Ayrıca bilirkişilerin verdikleri beyanlar, kullandıkları

¹⁵²¹ McCahey, 2006: 10.

¹⁵²² Richmond, 1993: 693; Weiss, 2004: 28; McCahey, 2006: 10. Bkz. Bruce v. Byrne-Stevens & Associates Engineers, Inc. 776 P. 2d. 666 (Wash. 1989)

¹⁵²³ McDowell, 1998: 240; Richmond, 1993: 699.

¹⁵²⁴ Weiss, 2004: 2; Hanson, 1996: 498.

¹⁵²⁵ McCahey, 2006: 10.

¹⁵²⁶ Hanson, 1996: 508-509. Bkz. Bruce v. Byrne-Stevens & Associates Engineers, Inc. 776 P. 2d. 666 (Wash. 1989)

¹⁵²⁷ Bruce v. Byrne-Stevens & Associates Engineers, Inc. 776 P. 2d. 666 (Wash. 1989).

yöntem ve teknikler mahkeme tarafından kabul edilebilirlik incelemesinde değerlendirildiği gibi çapraz sorgulama veya deposition gibi yöntemlerle taraflarca da değerlendirilebilmektedir¹⁵²⁸. Bu sebeple, belirtilenlerin yanında bilirkişilere bir de hukuki sorumluluk yüklemek yargılamaya herhangi bir fayda getirmez. Diğer taraftan bilirkişinin, kendisini yargılamaya dâhil eden tarafa olan yükümlülüğünü tam olarak yerine getirmemesi, esasen yine bilirkişiyi yargılamaya dâhil eden tarafın kendi hatasının bir sonucudur¹⁵²⁹. Zira taraflar, öncelikle ehil bilirkişileri bulmakla yükümlü oldukları gibi duruşma başlamadan önce gerekli hazırlıkları yapmakla da yükümlüdür. Bu sebeple, bilirkişiyi yargılamaya getiren tarafın, bilirkişinin nasıl beyan vereceğini bilmesi gereklidir. Yanlış veya eksik bir husus varsa kontrol etmeli, gerekli olduğu takdirde ise farklı bir uzmandan da yardım talep etmelidir¹⁵³⁰. Sonuç olarak, hukuk sistemi kendisini hatalı bilirkişiden koruyabilecek silahlara sahip olduğu gibi bilirkişiyi yargılamaya dâhil eden tarafın da kendini koruyabilmesi mümkündür. Bu nedenle yukarıda belirtilen sakıncalar göz önünde bulundurulduğunda bilirkişiye ek olarak hukuki sorumluluk yüklemek uygun görülmemektedir¹⁵³¹. Ayrıca bilirkişilere dava açılmasını kabul etmek, sonu gelmeyecek bir uyuşmazlık döngüsünün de başlamasına neden olacaktır¹⁵³². Zira davanın sonucundan memnun olmayan taraf, bilirkişiye dava açarsa, bilirkişinin hatalı olduğunu göstermek için de yine bilirkişiye başvurulması gerekli olacak ve bu davanın sonunda da ilk bilirkişi veya ilk davanın tarafından biri memnun olmayacak ve yine kendi davalarında bilirkişilik yapmış olan uzmana dava açabilecektir. Ancak bu davada da bilirkişiye ihtiyaç duyulacak ve aynı döngü tekrar başlayacaktır. Pratikte her zaman böyle bir sonuç gerçekleşmese de bilirkişilere karşı dava açılmasını kabul etmek yargının iş yükünü artıracığı gibi, toplumsal barışın sağlanmasına da zarar verebilecektir.

Buna karşılık bilirkişinin sorumsuz olmasını savunan bu klasik görüşün aksine tanık dokunulmazlığının sınırlandırılmasını isteyen diğer bir görüş doktrinde ve uygulamada taraftar toplamaya başlamıştır. Giderek ağırlık kazanan bu görüşün oluşmasında Amerikan hukukunda son yıllarda meydana gelen birtakım gelişmeler rol oynamıştır. Bunlardan en önemlileri, yargılamalarda bilirkişi kullanımının son otuz yıl içinde son derece artması ve bilirkişiliğin ticari bir pazara dönüşerek tarafsızlıktan uzaklaşmasıdır¹⁵³³. Diğer taraftan hukuk sisteminin bilirkişinin tam ve eksiksiz beyan vermesini sağlamaya yönelik tedbirleri de uygulamada istenen sonuçları sağlamaktan uzaktır. Örneğin, birçok mahkeme kararında

¹⁵²⁸ Masterson, 1998: 414; Hanson, 1996: 509. Bkz. Bruce v. Byrne-Stevens & Associates Engineers, Inc. 776 P. 2d. 666 (Wash. 1989)

¹⁵²⁹ Hanson, 1996: 509.

¹⁵³⁰ Hanson, 1996: 509.

¹⁵³¹ Hanson, 1996: 509.

¹⁵³² Hanson, 1996: 509.

¹⁵³³ Binder, 2002: 1820.

görüldüğü üzere bilirkişiyi yalan beyandan dolayı cezalandırmak son derece zordur. Aynı şekilde bu düşünceye göre; bilirkişinin beyanlarının doğruluğunu temine yönelik çapraz sorgulama da arzulanan sonuca tam olarak ulaşamamaktadır. Bunun yanında mahkemeler, bilirkişinin kabul edilebilirlik incelemesini istenilen şekilde gerçekleştirememektedir. Bu nedenle bilimsel olarak tartışmalı olan birçok bilirkişi beyanı yargılamaya dâhil edilmektedir¹⁵³⁴.

Ancak hemen belirtmek gerekir ki; bu görüş ağırlıklı olarak, bilirkişi dokunulmazlığının tamamen kaldırılmasını da savunmamaktadır. Buna göre dokunulmazlık, bilirkişiye ücret ödemeyen karşı tarafça açılacak davalarla sınırlı tutulmalıdır¹⁵³⁵. Buna karşılık bilirkişiyi yargılamaya dâhil eden tarafın, bilirkişilik görevinin kusurlu bir şekilde yerine getirilmesine dayanarak açtığı hukuk davalarında ise dokunulmazlık doktrini uygulanmamalıdır¹⁵³⁶. Bir başka ifadeyle, bilirkişi kendisini tutan tarafa karşı hukuken sorumlu olmakla beraber, karşı tarafça dava edilememelidir. Zira bu görüşe göre bilirkişi, kendisine ücret ödeyerek yargılamaya dâhil eden tarafa karşı bir görev yüklenmekteyken, davanın diğer tarafına karşı profesyonel bir sorumluluk üstlenmemektedir¹⁵³⁷. Nitekim bilirkişinin sorumluluğu hakkında karar veren eyalet mahkemelerinin hemen hemen hepsi de davanın karşı tarafınca açılacak sorumluluk davaları bakımından bilirkişinin dokunulmazlık koruması altında olduğunu kabul etmektedir¹⁵³⁸.

Bilirkişi dokunulmazlığının sınırlandırılmasını savunan görüşe göre, bilirkişiyi hukuken sorumlu tutmak, bilirkişinin beyanlarını hazırlarken ve açıklarken daha dikkatli

¹⁵³⁴ Binder, 2002: 1820-1821.

¹⁵³⁵ Hanson, 1996: 511.

¹⁵³⁶ McDowell, 1998: 242; Hanson, 1996: 511. Murphy v. A.A. Mathews, 841 S.W. 2.d 671,672 (Mo.1992). Amerikan hukuk sisteminde, bilirkişiler kural olarak taraflarca yargılamaya dâhil edilmektedir. Hâkimin bilirkişi atama yetkisi bulunmakla beraber, uygulamada bu yetkinin neredeyse hiç kullanılmadığı görülmektedir. Taraflarca yargılamaya dâhil edilen bilirkişilere karşı hukuk davası açabilecekler ise ya kendisine gerekli ücreti vererek yargılamaya dâhil eden taraf (friendly) veya yargılamanın karşı tarafıdır. Bilirkişinin sorumluluğu kapsamında ileri sürülen iki görüşün ayrıştığı husus ise dokunulmazlığın hangi tarafça açılacak davalar bakımından uygulanacağı noktasındadır. İki görüşe göre de, bilirkişi hukuki dokunulmazlığa sahip olmalıdır. Ancak birinci görüş, dava kim tarafından açılırsa açılsın bilirkişinin hukuken sorumlu olmamasını savunurken, ikinci görüş dokunulmazlığın bilirkişiye ücret ödemeyen tarafça açılacak davalarla sınırlı tutulması gerektiğini savunmaktadır. Fakat bilirkişinin karşı tarafa verdiği zararlara karşı dokunulmazlık altında olmasının, haksız fiil hükümleri ile uyuşup uyuşmadığını tartışan bazı görüşler de vardır. Buna göre; haksız fiil hukukunun, zarar görenin zararlarının karşılanması ve kusurlu olan tarafın gerekli tazminatı ödemesiyle gelecekte hukuka aykırı bu tür fiillerin en aza indirilmesinin sağlanması olmak üzere iki amacının olduğunu, bu anlamda tanık dokunulmazlık doktrini ile haksız fiil hükümlerinin birbiriyle uyuşmadığını ve bu korumanın zarar gören taraf (karşı taraf için de) için haksızlık teşkil ettiğini ifade eden kararların bulunduğu belirtilmektedir. Binder, 2002: 1821.

¹⁵³⁷ Richmond, 1993: 708-709. Örneğin; bir hemşirenin, kendisini hastaların ölmesine neden olmakla suçlayan bilirkişiye karşı açtığı dava, bilirkişinin hasım tarafa (adverse party) karşı özen borcu bulunmadığı belirtilerek reddedilmiştir. Williams v. National Medical Services, Inc. 400 F3d 1102 (8th Cir 2005) Kararın ilgili bölümü ve açıklamalar için bkz. Lancaster ve Capozzola, 2010: 169.

¹⁵³⁸ Masterson, 1998: 413.

davranmasına, bu anlamda da tam ve eksiksiz görüş açıklamasına neden olacaktır¹⁵³⁹. Dolayısıyla, ilk görüşün savunduğu “dava korkusu bilirkişiyi taraflı veya çekingen beyan vermeye iter iddiası” geçerli değildir. Zira mevcut sistemde taraflarca yargılamaya dâhil edilen bilirkişilerin tamamen objektif oldukları zaten söylenemez. Mevcut uygulamada bilirkişiler yargılamanın tarafsız bir yardımcısından ziyade avukatların bir silahı gibi hareket etmektedir¹⁵⁴⁰. Bilirkişileri dokunulmazlık zırhı altına sokmak ise onlardaki bu tarafgir dürtüyü engellememektedir¹⁵⁴¹. Bu nedenle ilk görüşün aksine dava korkusu bilirkişinin görüşünü olumsuz değil, olumlu yönde etkileyecektir. Bunun yanında, bilirkişiler için belirli standartlar belirlemek ve onları hukuken sorumlu tutmak, bilirkişilik gibi kazançlı bir işte talebin azalmasına da neden olmaz. Nitekim avukatlar ve muhasebeciler gibi birçok profesyonel meslek için belirli standartlar ve sorumluluklar öngörülmesine rağmen bu işi yapanlarda ölçülebilen bir azalma görülmemektedir¹⁵⁴². Ayrıca bilirkişilerin birçoğu mahkeme dışında doktorluk, muhasebecilik veya mühendislik gibi profesyonel mesleklerle uğraşmaktadır. Bu meslekleri yürütürken kendi müşterilerine karşı nasıl özenli ve dikkatli davranmaları gerekirse duruşma esnasında da aynı dikkat ve özeni göstermeleri gerekmektedir. Dolayısıyla özensiz ve ihmalkâr davranışlarından dolayı müşterilerine karşı nasıl sorumlulukları doğuyorsa, mahkemede verdikleri beyanlardan dolayı da aynı şekilde sorumluluklarının doğması gayet doğal ve mantıklıdır¹⁵⁴³. Diğer taraftan bilirkişiler, yargılamada tanıklık yapmak için zorlanmamaktadır. Amerikan sisteminde bilirkişiler genellikle daha çok para kazanmak için yargılamaya dâhil olmaktadır. Yargılamaya katılmak için para alan bilirkişilerin ifadeleri de gerekli niteliklere sahip olmalıdır. Bu niteliklere sahip olmadığı için eksik veya yetersiz ifadelerin sorumluluğu ise bu işten para kazanan bilirkişinin üzerinde olmalıdır¹⁵⁴⁴. Bunun aksine bilirkişinin kusurunun tarafa yüklenmesi ise haksızlığa neden olmaktadır¹⁵⁴⁵.

Kanaatimizce, belirtilen iki görüş arasındaki ayrımın temel nedeni; bilirkişiye olan bakış açısıyla ilgilidir. Birinci görüş bilirkişiyi, karar vericilere yardım eden mahkeme dostu, tarafsız bir kişi olarak değerlendirirken diğer görüş bilirkişiyi, avukatlar, muhasebeciler veya doktorlar gibi yaptıkları iş nedeniyle ücret alan profesyoneller gibi görmektedir¹⁵⁴⁶. Dolayısıyla birinci görüş, özellikle tarafsızlığı sağlamak amacıyla, bilirkişileri sorumluluktan

¹⁵³⁹ Richmond, 1993: 707; Hanson, 1996: 509; Jensen, 1994: 205; Masterson, 1998: 414.

¹⁵⁴⁰ Masterson, 1998: 414.

¹⁵⁴¹ Jensen, 1994: 205.

¹⁵⁴² Jensen, 1994: 205.

¹⁵⁴³ Masterson, 1998: 414.

¹⁵⁴⁴ Jensen, 1994: 204; Hanson, 1996: 509-510.

¹⁵⁴⁵ Jensen, 1994: 205.

¹⁵⁴⁶ Masterson, 1998: 413-414.

uzak tutmaya çalışırken, ikincisi ücret karşılığı yapılan profesyonel işin bir sorumluluğunun olması gerektiğini vurgulamaktadır. Amerikan bilirkişilik sisteminin mevcut durumu ve ticarileşmiş yapısı göz önünde bulundurulduğunda ikinci görüşün daha gerçekçi bir yaklaşım olduğunu belirtmek gerekir. Her ne kadar henüz bilirkişinin hukuki sorumluluğu bakımından birçok eyalet mahkemesi ve federal mahkemeler net bir karara ulaşamadıysa da mevcut durum göz önünde bulundurulduğunda gelecek yıllarda ikinci görüşün Amerikan yargılama sisteminde daha baskın olarak uygulanacağını söylemek yanlış olmayacaktır¹⁵⁴⁷.

Yukarıda belirtilen görüşlerden hangisi benimsenirse benimsensin, yargılamada verilen beyanların mesleki veya etik kurallara aykırı olması halinde bilirkişilerin, bağlı bulundukları meslek kuruluşları, meslek birlikleri veyahut da dernekler tarafından disiplinler olarak cezalandırılacakları kabul edilmektedir¹⁵⁴⁸. Nitekim bir eyalet mahkemesinin bu konuyla ilgili verdiği bir kararda “tanık dokunulmazlık doktrinin” profesyonel disiplin davalarını kapsamadığı belirtilmiştir¹⁵⁴⁹. Aynı şekilde 7. Bölge Federal Temyiz Mahkemesi de profesyonel bir derneğin, üyesinin yargılamada bilirkişi olarak verdiği uygunsuz beyandan dolayı disiplinler olarak cezalandırma yetkisine sahip olduğunu kabul etmiştir¹⁵⁵⁰.

Aynı şekilde tanık dokunulmazlık doktrinin kapsamının bilirkişinin beyanlarıyla sınırlı olduğunu belirtmemiz gerekir. Bu beyanların doğrudan “duruşmada” (trial) tanıklık şeklinde verilmesiyle, duruşma öncesi dönemde kullanılan deposition gibi discovery yöntemleriyle verilmesi arasında bir fark yoktur. Buna karşılık, bilirkişinin taraflara veya onların sahip olduğu nesnelere zarar vermesi ise (beyanlar dışında), hukuki sorumluluğu gerektirmektedir. Örneğin, bilirkişi olarak atanan bir psikoloğun taraflardan birini muayene ederken cinsel saldırıda bulunması veya onu psikolojik olarak incitmesi¹⁵⁵¹, bilirkişinin haksız fiil hükümlerine göre sorumlu olmasına neden olacaktır. Bunun gibi bilirkişi, incelediği bir nesneye bir şekilde zarar verirse, o nesnenin sahibine karşı haksız fiil hükümlerine göre sorumlu tutulacaktır.

Bunun dışında bilirkişinin delil olarak kabul edilen bir belgeyi veya nesneyi bozması, değiştirmesi yahut da tahrip etmesi (spoliation) çeşitli şekillerde cezalandırılmaktadır. Amerikan hukukunda taraflar, ilgili olarak kabul edilen delili muhafaza etmekle yükümlüdür¹⁵⁵². Bilirkişinin de adeta tarafların bir temsilcisi gibi aynı yükümlülüğü taşıdığı

¹⁵⁴⁷ Hanson, 1996: 508.

¹⁵⁴⁸ Binder, 2002: 1821-1822.

¹⁵⁴⁹ Deatherage v. State of Washington Examining Board of Psychology 948 P2d 828 (Supreme Court of Washington 1997) bkz. Binder, 2002: 1821.

¹⁵⁵⁰ Austin v. American Association of Neurological Surgeons, 253 F3d 967 (7th Circuit 2001) bkz. Binder, 2002: 1822.

¹⁵⁵¹ Bkz. Dalton v. Miller, 984 P 2d 666 (Colorado Court of Appeal 1999).

¹⁵⁵² Lancaster ve Capozzola, 2010: 231.

belirtilmektedir. Bu sebeple, bilirkişiler de ilgili delili muhafaza etmek ve bir delili ele alırken makul bir özen göstermek zorundadır¹⁵⁵³. Tarafların ve/veya bilirkişilerin yukarıda belirtilen yükümlülüğe aykırı davranması halinde hâkimin, jüri üyelerine aleyhe (zarar veren tarafın iddiasının aksine) çıkarımlarda bulunulması yönünde talimat (negative-adverse inference instruction to the jury) vermesi mümkündür¹⁵⁵⁴. Aynı şekilde, bilirkişinin ifade vermesinin yasaklanmasına veyahut da davanın tamamen reddine karar verilmesi de mümkündür¹⁵⁵⁵. Bu müeyyidelerin uygulanıp uygulanmayacağına karar verilirken, ilgili delili tahrip eden yahut değiştiren tarafın kusur derecesi ile bu durumun karşı tarafa veya davaya vereceği zararın derecesi gibi unsurlar dikkate alınır¹⁵⁵⁶. Özellikle ürün sorumluluğuna (product liability cases) ilişkin davalarda, tahrip edilen veya değiştirilen unsurun dava konusunu oluşturan ürünün kendisi olduğu durumlarda yahut ilgili nesnenin uyuşmazlığın çözümü için gerekli olduğu hallerde mahkemenin davanın tamamını reddedebileceği belirtilmektedir¹⁵⁵⁷. Örneğin; trafik kazasına ilişkin bir davada; davacının bilirkişisi, kazaya sebep olduğu iddia edilen hatalı parçayı saklayarak, römorkun diğer parçalarını atmıştır. Buna karşılık davalının bilirkişisi, römorkun diğer parçalarının, davalının savunması olan “hatalı olduğu iddia edilen parçanın kazaya neden olmadığı, bu parçanın kaza sırasında çatladığı” yönündeki ifadesi için gerekli ve ilgili olduğunu ileri sürmüştür. Bu davada mahkeme, delillerin tahrip edilmesi nedeniyle davanın reddine karar vermiştir¹⁵⁵⁸. Vizon çiftliği sahibinin, hayvanları bir hastalık türünden koruması gereken hatalı bir aşı nedeniyle, aşının üreticisine karşı açtığı başka bir davada da; dava başlamadan önce davacı tarafın uzmanın son kalan aşığı da test talimatı vererek bitirmesi nedeniyle mahkeme şöyle bir karar vermiştir; Taraf, iddia ve savunma için önemli olan ve kendi kontrolü altındaki delili muhafaza etmekle yükümlüdür. Bu yükümlülüğe kasıtlı bir şekilde aykırı davranış halinde ise davanın reddi de dâhil olmak üzere mahkemenin müeyyide uygulama noktasında takdir hakkı bulunmaktadır¹⁵⁵⁹. Başka bir davada ise tarafın ve

¹⁵⁵³ Lancaster ve Capozzola, 2010: 232.

¹⁵⁵⁴ Hâkim tarafından, jüri üyelerine verilen aleyhe çıkarımda bulunma talimatı, davanın ve durumun özelliklerine göre farklı şekillerde uygulanabilmektedir. Bu çerçevede talimatın içeriği, ihlal edilen kuralın niteliğine ve fiilin ağırlığına göre değişiklik göstermektedir. Örneğin; hâkim, jüri üyelerinden belirli vakıaların doğru kabul edilmesini (yükümlülüğe aykırı davranan tarafın iddia ettiğinin aksine) yahut tahrip edilen delilin, diğer tarafın lehineymiş gibi değerlendirilmesini isteyebilmektedir. Bu talimatlar, bağlayıcı veya ihtiyari olabilir. Bağlayıcı talimat verildiği takdirde; jüri, vakıaları veya delilleri hâkimin istediği şekilde kabul etmek zorundadır. Buna karşılık ihtiyari talimat verildiği hallerde; jüri, hâkimin istediği yönde karar alıp almamakta serbesttir. Jüri üyeleri, tarafların iddialarını ve diğer delilleri göz önünde bulundurarak, hâkimin dikkat çektiği husus hakkında bir sonuca ulaşmaktadır. Bkz. Sheindlin ve Orr, 2014: 1302 vd.

¹⁵⁵⁵ Lancaster ve Capozzola, 2010: 232 vd.

¹⁵⁵⁶ Lancaster ve Capozzola, 2010: 232.

¹⁵⁵⁷ Lancaster ve Capozzola, 2010: 232.

¹⁵⁵⁸ Stubli v. Big D Intern. Trucks, Inc., 107 Nev. 309, 810 P.2d 785 (1991). Kararın ilgili bölümleri ve açıklamalar için bkz. Lancaster ve Capozzola, 2010: 233.

¹⁵⁵⁹ Cooper v. United Vaccines, Inc., 117 F. Supp. 2d. 864 (E.D. Wis. 2000). Karar ve açıklamalar için bkz. Lancaster ve Capozzola, 2010: 238.

bilirkişinin, müstakbel bir davada ilgili olduğunu bildikleri veya bilmeleri gerektiği bir delili tahrip etmeleri nedeniyle bilirkişi delili yargılama dışında bırakılmıştır¹⁵⁶⁰. Mahkeme, yukarıda belirttiğimiz ağır müeyyidelerin yanında, durumun özelliklerine göre alternatif müeyyidelerin uygulanmasına da karar verebilir. Örneğin; otel müşterisinin duş alırken yaralanması nedeniyle açılan bir davada; yaralanmaya neden olan sabunluğun, bakım görevlileri tarafından kaldırıldığı iddia edilmiştir. Mahkeme muhtemel davaya karşı, otelin sabunluğu muhafaza yükümlülüğü altında olduğunu belirtmekle beraber; sabunluğun kasıtlı olarak tahrip edilmediğini ve sabunluğun fotoğrafı gibi diğer delillerin de mevcut olduğunu göz önünde bulundurarak; jüriye talimat vermek gibi ağır bir müeyyide yerine yeni delillerin ortaya çıkartılması için gerekli masrafların otel tarafından karşılanmasına karar vermiştir¹⁵⁶¹.

Anlaşılabacağı üzere; ilgili nesnenin incelemesi hakkında mahkemenin bir kararının olmaması yahut karşı tarafın ilgili nesne için henüz inceleme talep etmemesi hatta ilgili delilin veya dava konusu nesnenin tahrip edildiği sırada davanın henüz başlamamış olması, belirtilen müeyyidelerin uygulanmasına engel teşkil etmemektedir¹⁵⁶².

¹⁵⁶⁰ Dillon v. Nissan Motor Co., Ltd., 986 F. 2d 263, 38 Fed. R. Evid. Serv. 82, 85 (8th Cir. 1993). Karar ve açıklamalar için bkz. Lancaster ve Capozzola, 2010: 237.

¹⁵⁶¹ Houlihan v. Marriott Intern., Inc., 2003 WL 22271206 (S.D. N.Y. 2003). Karar ve açıklamalar için bkz. Lancaster ve Capozzola, 2010: 238.

¹⁵⁶² Lancaster ve Capozzola, 2010: 237, 239.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

İNGİLİZ HUKUKUNDA BİLİRKİŞİLİK

3.1. İngiliz Yargılama Sistemi

3.1.1. Genel Olarak

İngiliz medeni yargılama hukuku, temel olarak Medeni Usul Kuralları (Civil Procedure Rules-CPR) olarak çevrilebilecek bir Kanun tarafından düzenlenmektedir. Bu Kanun 1999 yılında yürürlüğe girmiş olup, genel olarak bütün hukuk mahkemelerinde uygulama alanına sahiptir. Bu anlamda, uygulaması aşağıda inceleneceği üzere County Courts, High Court ve the civil division of court of appeal olarak adlandırılan ve mahkeme teşkilatının iskeletini oluşturan ilk derece ve temyiz mahkemelerini kapsamaktadır¹⁵⁶³.

Medeni Usul Kuralları'nın (CPR) yanında, özel nitelikteki kanunlar¹⁵⁶⁴, uygulama talimatları (practice direction)¹⁵⁶⁵, dava öncesi dönemde tarafların yerine getirmesi gereken yükümlülükleri düzenleyen protokoller (pre-action protocols)¹⁵⁶⁶, yargı içtihatları¹⁵⁶⁷ (Judicial decisions), mahkemelerin uygulamaya yönelik kılavuzları (court guide to practice)¹⁵⁶⁸, doktrin

¹⁵⁶³ Hall ve Smith, 2001: 35; Andrews, 2003: 4; Browne ve Catlow, 2010: 3. Ancak iflas (insolvency), aile (family) ve evlat edinme (adoption proceedings) gibi bazı uyuşmazlıklar için tespit edilmiş özel usul kuralları da bulunmaktadır. Bkz. Family Proceedings Acts 1984 vb. Bkz. Hall ve Smith, 2001: 36; Andrews, 2003: 4; Browne ve Catlow, 2010: 4.

¹⁵⁶⁴ Örneğin, 1999 tarihli Adalet Erişim Kanunu (Access to Justice Act 1999) medeni usul hukukunu etkileyen özel nitelikteki kanunlardan bir tanesidir. Bkz. Andrews, 2003: 31.

¹⁵⁶⁵ Türk hukukundaki yönetmeliklere benzeyen uygulama talimatları, genellikle Medeni Usul Kuralları'nın (CPR) ilgili bölümlerinin nasıl anlaşılması ve uygulanması gerektiğini düzenlemek için ortaya konulmuş belgelerdir. Yaklaşık olarak Medeni Usul Kuralları'nın tamamının uygulama talimatı bulunmaktadır. Bkz. Browne ve Catlow, 2010: 4; Andrews, 2003: 4. Örneğin; bilirkişilik, Medeni Usul Kuralları'nın 35. bölümünde (CPR Part 35) düzenlenmiştir. Medeni Usul Kuralları'nın 35. bölümünün detaylarını ve bu bölümde düzenlenen hükümlerin nasıl anlaşılması gerektiğini tespit etmek için de “uygulama talimatları 35 (practice direction 35)” isimli bir düzenleme çıkartılmıştır.

¹⁵⁶⁶ Dava öncesi protokoller hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. yargılama safhaları.

¹⁵⁶⁷ Yargı içtihatlarından maksat Medeni Usul Kuralları'nın 1999 tarihinde yürürlüğe girmesinden sonra ortaya çıkan mahkeme içtihatlarıdır. Bu tarihten önce eski hüküm ve kurallara göre verilmiş mahkeme içtihatlarının, mevcut davalarda kaynak olarak kullanılması kural olarak söz konusu olmaz. Zira Medeni Usul Kuralları'nın, yeni bir sistem ortaya koyan müstakil, kendine yeten bir düzenleme olduğu belirtilmektedir. Ancak bu durum, içtihat hukukunun tamamen bir tarafa bırakılmasını da gerektirmez. Özellikle Medeni Usul Kuralları'nda hüküm bulunmayan hallerde; hukuku ve onun kalıcı değerlerini aydınlatan yargısal tartışma ve içtihatların (içtihat hukukunun) korunması gerektiği belirtilmektedir. Açıklama ve görüşler için bkz. Andrews, 2003: 9-10. Yerel mahkeme kararlarının yanında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin özellikle İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesiyle ilgili kararları da İngiliz mahkemeleri tarafından hukukun diğer bir kaynağı olarak kullanılmaktadır. Bkz. Andrews, 2003: 12.

¹⁵⁶⁸ Bazı mahkemeler kendileri tarafından görülecek uyuşmazlıklarla ilgili usuli detayları açıklamak için birtakım kılavuzlar yayınlamaktadır. Bu kılavuzlara örnek olarak; “Chancery Guide”, “Queen’s Bench Guide” ve “The Admiralty and Commercial Courts Guide” sayılabilir. Bkz. Andrews, 2003: 13. Bu kılavuzların amacı ilgili mahkemelerde yargılamanın yürütülmesi için rehberlik yapmak ve Medeni Usul Kuralları (CPR) ile ilgili uygulama talimatları (practice directions) çerçevesinde bu mahkemelerde takip edilecek işlemleri düzenlemektir. Belirttiğimiz üzere; bu kılavuzlar ilgili usuli hükümlerin uygulanması bakımından rehberlik yapmak için çıkartılır. Bu sebeple, Medeni Usul Kuralları veya ilgili uygulama talimatları tarafından hâkime verilen takdir hakları bu kılavuzlarla kısıtlanamaz. Bkz. The Admiralty and Commercial Courts Guide m. A1.2-A1.3. Ancak

(learned treatises and comment) ve meslek odalarının kuralları (Professional bodies' rules)¹⁵⁶⁹ İngiliz medeni usul hukukunun diğer kaynaklarıdır¹⁵⁷⁰.

1999 yılında yürürlüğe giren Medeni Usul Kuralları, İngiliz yargılama hukukunu radikal şekilde değiştirmiştir. Bu düzenlemenin temelini Lord Woolf tarafından hazırlanan geçiçi ve nihai (interim and final reports) raporlar oluşturmaktadır¹⁵⁷¹. Woolf raporlarında medeni yargılamada esaslı değişiklik yapma gereksinimi ortaya konulurken özellikle eski sistemin üç temel probleminde bahsedilmektedir. Bunlar masraf, gecikme ve karmaşıklığıdır. Belirtilen raporlara göre eski sistem yüksek yargılama giderlerine sebep olan, oldukça karmaşık ve uzun bir yargılamaya sebep olmaktadır¹⁵⁷².

Bu problemlerin aşılması amacıyla Woolf raporlarında ve buna bağlı olarak çıkarılan Medeni Usul Kuralları'nda (CPR) yargılama için öncelikli hedefler (overriding objectives) öngörülmüştür. Buna göre Medeni Usul Kuralları'nın öncelikli hedefleri, mahkemelerin davaları adil ve orantılı bir şekilde çözmesini sağlamaktır. Adil ve orantılı yargılama, taraflar arasında eşitliğin sağlanmasını, masrafların azaltılmasını, yargılamanın hızlı ve usulüne uygun görülmesini, mahkeme kaynaklarının davalar arasında uygun dağıtılmasını (zaman ve masraf bakımından) ve uyuşmazlığın değerine, önemine, karmaşıklığına ve tarafların ekonomik durumlarına göre orantılı çözülmesini içermektedir (CPR m. 1.1). Mahkeme gerek kendisine verilen yetkileri kullanırken gerekse de Medeni Usul Kuralları'nı yorumlarken belirtilen öncelikli hedefleri göz önünde bulundurmak zorundadır (CPR m. 1.2). Taraflar da bu hedeflere ulaşılması için mahkemeye yardımcı olmak mecburiyetindedir (CPR m. 1.3).

Medeni Usul Kuralları, yukarıda belirtilen öncelikli hedeflere ulaşılması için İngiliz hukukunun geleneksel mücadeleci yapısından¹⁵⁷³ ayrılarak, hâkime yargılamayı aktif bir

yapılacak yargılamada genel hükümlerin yanısıra mahkeme tarafından çıkarılan kılavuz hükümleri de uygulanmaktadır

¹⁵⁶⁹ Doktrinsel görüşler ile Baro ve benzeri meslek odalarının yayınladığı kurallar (ve özellikle etik kuralları) usul hukukunun bir kaynağı olarak görülmekle beraber mahkemeleri doğrudan bağlamaz. Mahkeme olayın özelliklerine göre bu görüş ve kuralları göz önünde bulundurabilir. Bkz. Andrews, 2003: 14-15.

¹⁵⁷⁰ Andrews, 2003: 3.

¹⁵⁷¹ Browne ve Catlow, 2010: 1; Andrews, 2003: 30. Lord Woolf tarafından hazırlanan bu raporlar ve bu raporlarda ortaya konulan çözüm önerileri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Güralp, 2011: 193 vd; 201 vd.

¹⁵⁷² Andrews, 2003: 30-31; Browne ve Catlow, 2010: 1. Belirtilen raporlarda ortaya konulan diğer sorunlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Güralp, 2011: 195 vd.

¹⁵⁷³ İngiliz yargılama hukuku, 13. yüzyılın ortalarından Medeni Usul Kuralları'nın yürürlüğe girdiği tarihe kadar, etkisi son zamanlarda azaltılmış olsa da mahkemeden ziyade taraf kontrolünün egemen olduğu mücadeleci bir sistem (the adversary system- the contradictory system-the confrontational system) üzerine kurulmuştu. Bkz. Andrews, 2003: 33; Jacob, 1987: 5. Kıta Avrupa hukuk sisteminin (continental system) benimsediği sorgulayıcı yargılama modelinin (inquisitorial system) aksine mücadeleci sistemde, hâkim müdahaleci olmayan pasif; taraflar ise önemli, egemen ve bağımsız bir rol üstlenmektedir. Bu sistemde ancak istisnai bazı mevzuat hükümleri ve uyuşmazlıklar ışığında hâkimin rolü aktifleşmektedir. Örneğin, "Trust" ve tereke mallarının yönetimi ile iflas gibi bazı konularda hâkim aktif ve sorgulayıcı olmak zorundadır. Bkz. Jacob, 1987: 7, 9, dñ. 11. Bu sistemde dilekçelerin hazırlanması, maddi vakıaların seçilmesi, göz önünde bulundurulacak dava sebebinin yasal çerçevesinin çizilmesi ve hukuki çarelerinin belirlenmesi gibi davanın başlatılması ve oluşturulmasıyla ilgili hususlar taraflar veya vekilleri tarafından kontrol edilmekteydi. Bunun yanında

şekilde yönetme sorumluluğu yüklemiştir (CPR m. 1.4). Bu yönüyle İngiliz yargılama sistemi, klasik ortak hukuk (common law) geleneğinden farklılaşarak Kıta Avrupa Hukuk sisteminin benimsediği sorgulayıcı sisteme yaklaşmıştır¹⁵⁷⁴. Medeni Usul Kuralları'nın mimarı olan Woolf'e göre yargılama hukuku üzerindeki mücadelecî sistemin (adversarial system) olumsuz etkilerini azaltabilmenin en temel yolu, yargılama yönetiminin taraflardan alınarak mahkemeye verilmesidir¹⁵⁷⁵. Zira Woolf'e göre: yargısal kontrolün (judicial control) bulunmadığı durumlarda; yargılama, tarafların mücadele ettiği, hiçbir kuralın uygulanmadığı bir savaş alanına dönüşebilmektedir¹⁵⁷⁶. Esasen yargılama üzerindeki mahkeme kontrolünü artırma önerisi, İngiliz doktrini açısından yeni bir düşünce değildir. Woolf raporları ortaya çıkmadan önce dahi mücadelecî sistemin olumsuz yönlerini bertaraf etmek için yargılamadaki mahkeme kontrolünün artırılarak hâkimin daha aktif ve sorumlu hale getirilmesinin davanın daha iyi yürütülmesine katkı sağlayacağı savunulmaktaydı¹⁵⁷⁷.

Medeni Usul Kuralları'nın dava yönetimini mahkemeye vermesiyle birlikte tarafların yargılamadaki etkileri önemli ölçüde azalmıştır. Mücadelecî sistemin taraflara verdiği

duruşmada (trial) veya herhangi bir celsede sunulacak delillerin üretimi ve dinlenilmesi de esas olarak tarafların kontrolündeydi. Örneğin; mahkeme, tarafların teklif ettiği tanıkların dinlenilme sırasına müdahale edemezdi. Bkz. Andrews, 2003: 33, dñn. 28. Aynı şekilde kural olarak mahkeme re'sen bilirkişi atamaz, tarafları veya tanıklarını sorgulamazdı. Bkz. Jacob, 1987: 11. Bu sistemin temel varsayımına göre her ne kadar hâkimler tarafından karara bağlansa ve kamusal bazı etkileri olsa da hukuki uyuşmazlıklar, tarafların özel meselesi, bir anlamda özel mülkleridir. Bu çerçevede ilgili davanın yürütülmesi ve kontrolünde mahkemenin müdahalesi ve talimatlarından bağımsız olan taraflar, kendi menfaatlerinin takip edilmesi ve bunlara hizmet edilmesi bakımından en iyi hâkimlerdir. Bkz. Jacob, 1987: 8. Bu sistemi savunan bir Yazar'a göre; İngiliz kültürel değerlerini yansıtmamasından dolayı halkın çoğunluğu, sorgulayıcı sistem yerine mücadelecî sistemi tercih etmektedir. Bu Yazar'a göre İngiliz halkı, uyuşmazlıkların her ne kadar bağımsız ve seçkin olsalarda kendilerine sorumlu olmayan hâkimler yerine kendi seçtikleri avukatların kontrolü altında yürütülmesini tercih ederler. Bkz. Jacob, 1987: 15-16. Bu sistemin avantajlarının yanında birçok dezavantajının da bulunduğu belirtilmektedir. Bunların en önemlileriye gereksiz masraf ve emek kaybı ile yargılamanın uzamasıdır. Öte yandan mücadelecî sistemin taraflar arasında eşitsizliğe de sebep olduğu düşünülmektedir. Zira mücadelecî sistemin iyi sonuçlar verebilmesi için tarafların eşit kaynaklara ve vekillere sahip olması gerektiği ancak uygulamada bu eşitliğin her zaman sağlanamaması nedeniyle birçok iddia ve savunmanın esasa ilişkin bir karar verilmeden reddedildiği belirtilmektedir. Bkz. Jacob, 1987: 16.

¹⁵⁷⁴ Belirtmek gerekir ki, Medeni Usul Kuralları'nın yürürlüğe girmesiyle birlikte İngiliz medeni usul hukukunun tamamen mücadelecî sisteminden (adversary system) ayrılarak Kıta Avrupa hukukunun benimsediği sorgulayıcı sisteme (inquisitorial system) geçtiği ileri sürülemez. Bu bağlamda İngiliz yargılama hukukunun, temelleri mücadelecî sistemde olan ancak sorgulayıcı sistemin önemli bazı özelliklerini de taşıyan bir usul anlayışını benimsediği söylenebilir.

¹⁵⁷⁵ Andrews, 2003: 37.

¹⁵⁷⁶ Andrews, 2003: 31.

¹⁵⁷⁷ Jacob, 1987: 18. Ancak Yazar, mücadelecî sistemden tamamen vazgeçilerek sorgulayıcı sisteme geçilmesine karşı çıkmaktadır. Yazar'a göre böyle bir düşünce, toplumun kültürel dokusu ve insanların talepleri gibi ölçülemeyen ve maddi olmayan unsurları göz önünde bulundurmamaktadır. Bunun yanında bu şekilde yapılacak köklü bir değişiklik gerek hâkimler gerekse de diğer uygulayıcılar için büyük zorluklar meydana getirecektir. Öte yandan adaletin yürütülmesinde özellikle de hâkimlerin seçilmesinde, atanmasında ve terfi ettirilmesindeki yapısal farklılıklar, böyle bir değişikliğin uygulanamamasına sebebiyet verebilir. Zira istisnai bazı haller dışında Kıta Avrupa Hukuk sisteminde hâkimlik, kariyer mesleğidir. Bu sistemde hâkimler, eğitimlerini tamamladıktan sonra mesleğe atanmakta ve hukukun gerçek (günlük) uygulamasını yapmadan adli teşkilatın kariyer yapısına göre bir üst mahkemeye terfi etmektedir. Buna karşılık ortak hukuk (common law) sisteminde hâkimlik kariyer mesleği değildir, hâkimler uygulamacı avukatlardan seçilmektedir. Açıklamalar için bkz. Jacob, 1987: 17-18.

yetkilerden, sadece davanın başlatılması, talebin seçilmesi (selection of remedy)¹⁵⁷⁸, kararın icra ve temyiz edilmesiyle¹⁵⁷⁹ feragat, kabul, (withdraw either a claim or a defence) sulh (settle the case) gibi işlemlerin yapılması, bu köklü değişiklikten ciddi anlamda etkilenmemiştir¹⁵⁸⁰. Buna karşılık mahkemenin yetkileri, eski sisteme göre oldukça genişletilmiş hatta bazı hallerde sorgulayıcı sistemin bile önüne geçmiştir. Örneğin: uyuşmazlık konusu bütün meselelerin çözülmesi için gerekli olduğu durumlarda mahkeme üçüncü bir kişinin yargılamaya dâhil edilmesine re'sen karar verebileceği gibi taraflardan birinin çıkartılmasına da karar verebilir. Aynı şekilde mevcut tarafın çıkarılıp onun yerine üçüncü bir kişinin alınmasına da karar verilebilir (CPR m. 19.2). Bunun yanında mahkeme tanık sayısını sınırlandırabilir¹⁵⁸¹, yargılamanın her aşamasında tarafları uzlaşmaya davet edebilir, gerekli gördüğü takdirde alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin denenmesi için yargılamanın durdurulmasına re'sen karar verebilir (stay of action)¹⁵⁸². Öte yandan duruşmanın (trial) kontrolü de hâkime teslim edilmiştir. Örneğin, duruşmanın temel ayaklarından olan doğrudan ve çapraz sorgulama korunmakla beraber mahkemenin de taraflara ve tanıklara soru sorması mümkün hale gelmiştir¹⁵⁸³. Bunun gibi gerekli görülen durumlarda çapraz sorgulamanın hâkim tarafından sınırlandırılması da söz konusu olabilmektedir¹⁵⁸⁴. Bunların dışında hâkim delillerin sunuluş biçimi ve delil gösterilmesi gereken konular hakkında da tarafları sınırlandırabilmekte veya onlara talimat verebilmektedir¹⁵⁸⁵.

Yargılamanın kontrolünün mahkemeye verilmesinin yanında Medeni Usul Kuralları'yla birlikte mahkemeye birçok konuda daha geniş takdir hakları (judicial procedural discretion) verilmiştir. Böylelikle mahkemeye, olayın somut özelliklerine uygun, hızlı ve etkili karar alma şansı tanındığı ifade edilmektedir¹⁵⁸⁶. Ancak belirtmek gerekir ki; mahkeme takdir hakkını kullanırken keyfi davranamaz. Mahkeme takdir hakkını kullanılırken özellikle yargılamanın öncelikli hedeflerini dikkate almalıdır¹⁵⁸⁷. Dolayısıyla takdir hakkı, yargılamanın daha hızlı, daha etkili ve daha az masrafla yürütülmesine katkı sağlayacak

¹⁵⁷⁸ İngiliz yargılama hukukunda, kural olarak taleple bağlılık ilkesi geçerli değildir. Dava dilekçesinde belirtilmemiş olsa dahi mahkeme davacının maddi hukuka göre sahip olduğu hakka karar verebilmektedir. Bkz. [CPR m. 16.2 (5)]

¹⁵⁷⁹ Esasen kararın temyiz edilmesi dahi kısmen mahkemenin kontrolündedir. Zira her ne kadar temyiz iradesinin (başvurusu) taraflardan gelmesi gerekliyse de kararın temyiz edilebilmesi (üst mahkemeye gönderilebilmesi) için mahkemenin iznine ihtiyaç vardır. Bkz. (CPR m. 52.3).

¹⁵⁸⁰ Andrews, 2003: 37-38.

¹⁵⁸¹ Andrews, 2003: 42.

¹⁵⁸² Andrews, 2003: 43.

¹⁵⁸³ Andrews, 2003: 44.

¹⁵⁸⁴ Andrews, 2003: 44.

¹⁵⁸⁵ Andrews, 2003: 44.

¹⁵⁸⁶ Andrews, 2003: 335.

¹⁵⁸⁷ Andrews, 2003: 336.

şekilde kullanılmalıdır. Bunun yanında takdir hakkının kullanımı sırasında tarafların adil yargılanma hakkı ihlal edilmemelidir. Bu çerçevede, mahkeme Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesini ve 1998 tarihli İnsan Hakları Kanunu'nun ilgili hükümlerini (The Human Rights Act 1998) dikkate almalıdır¹⁵⁸⁸.

İngiliz yargılama sisteminde, davalar genellikle tek hâkim tarafından karara bağlanmaktadır. Amerikan hukukunda anayasal korumaya sahip jurili yargılama ise, istisnai birkaç uyuşmazlık dışında İngiliz hukukunda bulunmamaktadır¹⁵⁸⁹. Bu durum özellikle delillerin kabul edilebilirlik incelemesi bakımından İngiliz yargılamasının daha esnek bir tutum sergilemesine neden olmaktadır.

3.1.2. Mahkeme Sistemi

İngiliz yargılama sisteminde özel hukuk uyuşmazlıkları, kural olarak “County Court” ve “High Court” olarak adlandırılan iki genel mahkeme tarafından çözümlenmektedir¹⁵⁹⁰. Bazı istisnai düzenlemeler dışında her iki mahkeme türünde de Medeni Usul Kuralları (CPR) tatbik edilmektedir¹⁵⁹¹.

“County Court” olarak adlandırılan mahkemeler, yargılama güç ve yetkilerini, 1984 tarihli County Courts Kanunun'dan almaktadır. Bu mahkemelerin görev alanına giren davalar, kural olarak “curcuit” ve “district” olarak adlandırılan iki tür hâkim tarafından çözümlenmektedir. “Curcuit” hâkimlerin en az yedi yıl vekillik yapmaları (solicitors veya barristers olarak) ve ilgili konuda en az yedi yıllık tecrübelerinin bulunması gerekmektedir¹⁵⁹². Bu hâkimler, “county” mahkemelerinin yanı sıra genellikle ceza davalarının görüldüğü “Crown” mahkemelerinde de görev yapmaktadır. Bu hâkimler, genellikle county mahkemelerinde görülen önemli ve karmaşık uyuşmazlıklar ile çoklu yargılama usulüne (multi track) tabi davalara (genellikle 25.000 sterlin üzerindeki davalara) bakmaktadır. Ayrıca bu hâkimler county mahkemelerinde görülen duruşmaların birçoğunu tek hâkimli olarak yürütür ve district hâkimlerinin kararlarına karşı yapılan itirazları (temyiz

¹⁵⁸⁸ Andrews, 2003: 337.

¹⁵⁸⁹ Andrews, 2013: 1368. Hukuk davalarında jurili yargılama, “defamation (libel ve slander)”, “fraud”, “malicious prosecution” ve “false imprisonment” olarak adlandırılan uyuşmazlıklarla sınırlıdır. Öte yandan ceza yargılaması bakımından da jurili yargılama, adam öldürme, tecavüz veya silahlı soygun gibi önemli nitelikteki suçlara hasredilmiştir. Bkz. Andrews, 2013: 1368. Bu konudaki ayrıntılı bilgi ve tarihçe için bkz. Yalabık, 2016: 96 vd.

¹⁵⁹⁰ Brannan, 2013: 56. Bu mahkemelerin dışında, esasen ceza hukukunda görevli olan ve “Magistrates’ Courts” olarak adlandırılan mahkemelerin de bazı hukuki uyuşmazlıklarla ilgili sınırlı yargılama yetkisi bulunmaktadır. Bkz. Age: 56; Slapper ve Kelly, 2012: 165, 181. Belirtilenlerin dışında aile hukukuna ilişkin bazı uyuşmazlıklar için 2014 yılında Aile mahkemeleri (Family Courts) kurulmuştur.

¹⁵⁹¹ Slapper ve Kelly, 2012: 165; Browne ve Catlow, 2010: 3.

¹⁵⁹² Brannan, 2013: 57; Slapper ve Kelly, 2012: 165.

taleplerini) inceler¹⁵⁹³. District hâkimlerin ise en az beş yıl vekillik yapmaları ve ilgili konuda en az beş yıllık tecrübelerinin bulunması gereklidir. “District” hâkimler, mahkeme önündeki uyuşmazlıkların sürdürülmesi için gerekli olan dava yönetimi (case management) ve bazı geçici tedbirler hakkında karar verir ve genellikle küçük iddialar yargılama usulü (small claims track) ile hızlı yargılama usulüne (fast track) tabi bir kısım davalar (kural olarak değeri 25.000 sterlinin altındaki karmaşık olmayan uyuşmazlıklar) hakkında karar verir¹⁵⁹⁴.

“High Court” ise hem bir ilk derece mahkemesi hem de “county” mahkemelerinde verilen bazı kararlar aleyhine yapılan başvuruları inceleyen bir temyiz mahkemesidir. Bu mahkeme, aşağıda inceleneceği üzere, miktar ve değer yahut önem bakımından “county” mahkemelerine uygun olmadığı düşünülen daha karmaşık ve ciddi olan uyuşmazlıkları ilk derece mahkemesi sıfatıyla karara bağlamaktadır. “High Court”, esasen birçok alt mahkeme türünün tümüne verilen genel bir isimdir. Bu anlamda “High Court” kendi içinde yine alt bölümleri olan üç temel idari bölümden oluşmaktadır. Bunlar, “The Queen’s Bench Division”, “The Chancery Division” ve “The Family Division”dır¹⁵⁹⁵. Bu bölümler arasındaki iş bölümünün nasıl yapılacağı 1981 tarihli “Senior Courts” Kanunu’nun 61. bölümündeki prensiplere göre belirlenmektedir. Ancak High Court’un yargılama yetkisi her üç bölüm tarafından da benzer şekilde uygulanabilmektedir. Bu sebeple, özellikle bir bölümde görülmesi öngörülmemiş uyuşmazlıklara bütün bölümler tarafından bakılabilir¹⁵⁹⁶. Uygulamada ise, bu bölümler kendi uzmanlık alanlarını geliştirmiştir¹⁵⁹⁷. Bu çerçevede The Queen’s Bench Division” bölümü, sözleşmeden ve haksız fiilden kaynaklanan uyuşmazlıkların da dâhil olduğu ortak hukuka (common law) ilişkin iddialara bakmaktadır¹⁵⁹⁸. Örneğin, bedeni zararlar (personal injury) ile tıbbi ihmalden kaynaklanan (clinical negligence) uyuşmazlıklardan doğan davalar bu bölüm tarafından karara bağlanmaktadır¹⁵⁹⁹. “Chancery Division” ise satış (sale), gayrimenkullerin takası veya bölünmesi (exchange or partition of land), mortgage (konut kredisi), trust beyanı ve uygulanması (the execution or declaration of trusts), tereke mallarının yönetimi (administration of estates of the dead), şirketler (companies), iflas (bankruptcy), tapu kayıtlarının düzeltilmesi (rectification of deeds), vasiyetnamenin onaylanması (probate)¹⁶⁰⁰, fikri mülkiyet, küçük mallarının korunması için temsilci atanması ile Avrupa Birliği’nin rekabetin korunmasına ilişkin düzenlemelerinden

¹⁵⁹³ Brannan, 2013: 57.

¹⁵⁹⁴ Brannan, 2013: 57. Bu iki hâkimin yetkileri ve aralarındaki iş bölümü hakkında geniş bilgi için bkz. Age: 57.

¹⁵⁹⁵ Browne ve Catlow, 2010: 63; Slapper ve Kelly, 2012: 168; Brannan, 2013: 59.

¹⁵⁹⁶ Brannan, 2013: 61.

¹⁵⁹⁷ Brannan, 2013: 61.

¹⁵⁹⁸ Slapper ve Kelly, 2012: 168; Brannan, 2013: 61; Browne ve Catlow, 2010: 64.

¹⁵⁹⁹ Brannan, 2013: 61.

¹⁶⁰⁰ Vasiyetnamenin geçerliliği ve yorumlanması ile ilgili uyuşmazlıklar bakımından da Chancery Division görevlidir. Bkz. Slapper ve Kelly, 2012: 169.

çıkan uyuşmazlıklarla ilgili davalara bakmaktadır¹⁶⁰¹. High Court'un "Family Division" olarak adlandırılan bölümü ise evlilikle ilgili uyuşmazlıkların yanı sıra evlat edinme, koruma ve babalık gibi küçüklerle ilgili uyuşmazlıklara bakmaktadır¹⁶⁰². Ayrıca temyiz kudreti olmayan yetişkinlere (incapacitated adults) ilişkin önlemlerin alınmasıyla ilgili meseleler de bu bölüm tarafından görülmektedir¹⁶⁰³.

Yukarıda belirtilen uyuşmazlıkların çözülmesi için "High Court" bünyesinde özel mahkemeler de kurulmuştur¹⁶⁰⁴. Bu özel nitelikteki mahkemeler yukarıda belirtilen "High Court" bölümlerinin alt parçalarıdır. Bu anlamda idare mahkemesi (The Administrative Court)¹⁶⁰⁵, deniz hukuku mahkemesi (The Admiralty Courts), ticaret mahkemesi (The Commercial Court)¹⁶⁰⁶, ticari mahkeme (The Mercantile Courts)¹⁶⁰⁷ ile teknoloji ve yapı mahkemesi (The Technology and Construction Courts) "The Queen's Bench Division" olarak adlandırılan yapının parçalarıdır. Aynı şekilde High Court'un bir bölümünü oluşturan Chancery Division altında da şirketler mahkemesi (Companies Court)¹⁶⁰⁸, patent mahkemesi (Patent Court) ve iflas mahkemesi (Bankruptcy Court) gibi alt bölümler (özel mahkemeler) mevcuttur¹⁶⁰⁹. Özel nitelikteki bu mahkemelerin de kendi hâkimleri ve idari büroları (administrative offices) bulunmaktadır¹⁶¹⁰. Kural olarak bu kapsamda sayılan mahkemelerin tümünde birtakım istisnalar dışında yine Medeni Usul Kuralları (CPR) uygulanmaktadır.

¹⁶⁰¹ Brannan, 2013: 61; Slapper ve Kelly, 2012: 169.

¹⁶⁰² Brannan, 2013: 61.

¹⁶⁰³ Brannan, 2013: 62; Slapper ve Kelly, 2012: 170.

¹⁶⁰⁴ Brannan, 2013: 62.

¹⁶⁰⁵ İdare mahkemesi, kamu hukukuna tabi veya kamu gücü kullanan kişi veya kurumların yargısal (hukuksal) denetimi ile bazı alt derece mahkeme kararlarının temyiz (appeal) incelemelerini gerçekleştirmektedir. İdare mahkemeleri tarafından gerçekleştirilen yargısal denetim (judicial review) Medeni Usul Kuralları'nın 54. bölümünde (CPR Part 54) belirtilen hükümler ile buna bağlı olarak çıkartılan uygulama talimatları (PD 54A-54C-54D) esas alınarak gerçekleştirilmektedir. Bkz. Brannan, 2013: 64.

¹⁶⁰⁶ Ticaret mahkemesi, Medeni Usul Kuralları'nın 58. bölümünün 1. maddesinde belirtilen ticari (özellikle banka ve sigorta hukukundan doğan) uyuşmazlıklara bakmakla görevlidir. Bu nitelikteki uyuşmazlıklar doğrudan çoklu yargılama usulüne (multi-track) tabi olarak görüldüğünden yargılama usulünün tespiti için taraflarca ve hâkim tarafından yapılması gereken işlemler (allocation questionnaires- track allocation) bu tür uyuşmazlıklara tabi davalarda uygulanmaz. Bkz. Brannan, 2013: 63; Slapper ve Kelly, 2012: 168.

¹⁶⁰⁷ Bu mahkemeler, bilhassa özel bir mahkeme tarafından görülmesi gerekli olmayan geniş anlamda ticarete ve işletmelere (business) ilişkin iddialara bakmakla görevlidir. Ancak bu mahkemenin davaya bakabilmesi için ilgili iddianın (mercantile claim) bu mahkemede görevli olan uzman hâkim (Mercantile Judge) tarafından görülmesinde fayda olması gereklidir. Bu mahkemede uygulanacak özel nitelikteki hükümler Medeni Usul Kuralları'nın 59. bölümünde (CPR Part 59) ve buna bağlı olarak çıkarılan 59 numaralı uygulama talimatında (PD 59) düzenlenmektedir. Bkz. Brannan, 2013: 63.

¹⁶⁰⁸ Bu mahkeme, Şirketler Kanunu ve 1986 tarihli Ödeme Acziyeti Kanunu'nda belirtilen talep ve uygulamalar (Insolvency Act 1986) gibi şirketleri ilgilendiren mevzuattan kaynaklanan uyuşmazlıklara bakmaktadır. Bkz. Brannan, 2013: 63.

¹⁶⁰⁹ Browne ve Catlow, 2010: 63; Brannan, 2013: 59; Slapper ve Kelly, 2012: 170. Patent mahkemeleri, 1977 tarihli Patent Kanunu (Patents Act 1977) ve 1994 tarihli Markalar Kanunu'nda doğan davalar (Trade Marks Act 1994) ile diğer fikri mülkiyet haklarıyla ilgilili uyuşmazlıklara bakmakla görevlidir. Ancak patente ilişkin bazı uyuşmazlıklar County mahkemeleri (Patent County Court) tarafından da görülmektedir. Bkz. Brannan, 2013: 63-64.

¹⁶¹⁰ Brannan, 2013: 59.

İngiliz hukukunda bir davanın hangi mahkemede görüleceğine dair yeknesak bir kural bulunmamaktadır. Bir dava bakımından hangi mahkemenin görevli olduğunu değerlendirirken birçok prensip ve mevzuat hükmünün dikkate alınması gerekir. Bazı uyuşmazlıklar bakımından hem “County Court”¹⁶¹¹ hem de “High Court” görevli olabilir¹⁶¹². Örneğin, sözleşmeden veya haksız fiilden kaynaklanan davalar ile istihkak ve miras davaları bakımından her iki mahkeme de görevli olabilir. Bir uyuşmazlığın hem County Court’da hem de High Court’ta görülebildiği bu gibi hallerde, görevli mahkeme seçilirken, uyuşmazlığın değer veya miktarı, davanın karmaşıklığı ve kamu bakımından taşıdığı önem dikkate alınarak, davanın gerçekten High Court’ta görülmesi gerekip gerekmediği değerlendirilmelidir. Ancak, bedeni zararlara ilişkin tazminat taleplerini içeren davaların (claims for personel injuries) değeri, 50.000 sterlinin altındaysa, dava County Court’da açılmalıdır. Bedeni zararların dışında kalan bir miktar paranın tahsiline (money claims) ilişkin davalarda ise alacak veya tazminat miktarı 100.000 sterlinin altındaysa, yine dava County Courts’da açılmak zorundadır¹⁶¹³. Buna karşılık, belirtilen miktarların üzerindeki talepler için dava, kural olarak “High Court”da görülecektir. Öte yandan bir kanuni düzenleme görev bakımından özel bir hüküm ortaya koymaktaysa, iki mahkeme arasındaki görev ayrımı bu hükme göre belirlenmektedir¹⁶¹⁴. Bu çerçevede bazı uyuşmazlıklar, miktar ve değerine bakılmaksızın ancak bir mahkemede açılabilir. Örneğin: Tüketici Kredisi Kanunu’dan (Consumer Credit Act 1974) kaynaklanan uyuşmazlıklar, mortgage mülkiyetine (mortgage possession) ilişkin davalar, komşu araziye girişi düzenleyen Kanun’dan (Access to Neighbouring Land Act 1992) doğan başvurular ancak County Court’da görülebilir¹⁶¹⁵.

Yukarıda belirtilen genel mahkemelerin yanında birtakım hususi uyuşmazlıklar, özel nitelikteki mahkeme ve heyetler tarafından görülmektedir. Bunlara örnek olarak; iş heyeti (employment tribunal) ve sosyal güvenlik heyeti (social security tribunal) gösterilebilir¹⁶¹⁶.

İlk derece mahkemeler tarafından verilen kararlar, kesin olmayıp taraflardan birinin talebiyle temyiz edilebilmektedir. Ancak Medeni Usul Kuralları’nın 52. bölümünün 3. maddesi uyarınca, temyiz etmek isteyen tarafın kural olarak mahkemeden izin (permission to appeal) alması gereklidir. İzin başvurusu (ve buna bağlı olarak temyiz başvurusu) ilk derece mahkemesine yapılabileceği gibi, temyiz incelemesini yapacak mahkemeye de yapılabilir

¹⁶¹¹ Bütün hukuk davalarının yaklaşık %90’nın “County” olarak adlandırılan mahkemeler tarafından görüldüğü belirtilmektedir. Bkz. Hall ve Smith, 2001: 37.

¹⁶¹² Browne ve Catlow, 2010: 63; Brannan, 2013: 217.

¹⁶¹³ Brannan, 2013: 218 vd. Browne ve Catlow, 2010: 63. Ayrıca bkz. Practice Direction 7A, m.1, m. 2. Dava konusunun değeri tespit edilirken faiz, yargılama gideri, karşılıklı kusurdan kaynaklanabilecek indirim veya karşı iddiaların değeri dikkate alınmaz. Brannan, 2013: 219.

¹⁶¹⁴ Brannan, 2013: 219. Ayrıca bkz. Practice Direction 7A m. 2.3

¹⁶¹⁵ Brannan, 2013: 218.

¹⁶¹⁶ Brannan, 2013: 56.

[CPR m. 52.3(2)]. Kendisine başvurulmuş mahkemenin izin başvurusunu kabul etmesi için temyiz incelemesinin gerçekten başarıya ulaşma ihtimalinin bulunması yahut diğer mücbir sebeplerin (compelling reasons) mevcut olması gereklidir [CPR m. 52.6(1)]. Verilecek izinde temyize tabi konular sınırlandırılabilir gibi temyiz izni şarta da bağlanabilir [CPR m. 52.6(2)]. İzin başvurusu ilk derece mahkemesine yapılır ve reddedilirse ilgili taraf, temyiz mahkemesine tekrar izin başvurusunda bulunabilir [CPR m. 52.3(3)]¹⁶¹⁷. Aynı şekilde izin başvurusu, temyiz mahkemesine yapılır ve celse açılmadan reddedilirse, aksine bir düzenleme ve karar olmadığı müddetçe temyiz etmek isteyen taraf, verilen red kararının duruşmalı bir şekilde tekrar değerlendirilmesini isteyebilir [CPR m. 52.4(2)].

Temyize başvurmak için alınacak izin, duruşmada verilebileceği gibi sonradan talep üzerine de verilebilir. Temyiz incelemesi için izin isteyen taraf, aynı dilekçede (Appellant's Notice) temyiz talebini ve nedenlerini de belirtmelidir. Temyiz süresi, temyiz edilecek kararın türüne göre değişmektedir¹⁶¹⁸. Bunun yanında hâkim gerekli gördüğü takdirde temyiz süresinin artırılmasına karar verebilir.

İngiliz hukukunda temyiz (appeal) incelemesini yapacak mahkeme tespit edilirken, davanın ve yargılamanın tabi olduğu yargılama türünü, kararı veren ilk derece mahkemeyi ve bu mahkemedeki hâkimi dikkate almak gerekir. Ancak genel kural, ilk kararı veren mahkeme veya hâkime göre hiyerarşide bir üst konumda olan mahkeme veya hâkimin temyiz incelemesini gerçekleştirmesidir¹⁶¹⁹. Bu kapsamda County Court bünyesinde District hâkim tarafından küçük iddialar ve hızlı yargılama usulüne tabi davalarda verilen kararların temyizi (appeal) yine aynı mahkeme nezdinde görev yapan Circuit hâkim tarafından görülmektedir. Buna karşılık Circuit hâkiminin istisnai olarak küçük iddialar yargılama usulüne tabi davalarda verdiği kararların incelenmesi ise High Court hâkimi tarafından yapılmaktadır. Aynı şekilde Circuit hâkiminin hızlı yargılama usulüne tabi davalar hakkında karar verdiği durumlarda da temyiz incelemesi High Court hâkimi tarafından gerçekleştirilmektedir. Ancak çoklu yargılama usulüne (multi track) tabi davalarda, nihai karar ister High Court isterse de

¹⁶¹⁷ Andrews, 2013: 1372 vd. Bu sebeple, izin talep etmek için öncelikle ilk derece mahkemeye başvurmak ilgili taraf için daha avantajlıdır. Zira ilk derece mahkemesinin talebi reddetmesi halinde başvuru yapan taraf tekrar temyiz mahkemesine başvurabilmektedir. Bkz. <http://uk.practicallaw.com/2-521-8795>.

¹⁶¹⁸ Temyiz süresi, temyiz edilecek karara bağlı olarak değişmekle beraber genellikle yirmi bir gündür. Bunun yanında temyiz süresini kaçıran taraf, süreyi kaçırmaya sebep olan olayları da belirterek temyiz süresinin uzatılmasını talep edebilir. Ancak bu talep, temyiz dilekçesiyle birlikte yapılmalıdır. Bkz. CPR Part 52.

¹⁶¹⁹ Slapper ve Kelly, 2012: 175; Andrews, 2013: 1372. Bazı durumlarda belirtilen kural uygulanmaz. Örneğin County Court tarafından verilen kararın incelemesi, High Court yerine temyiz mahkemesi (court of appeal) tarafından gerçekleştirilebileceği gibi, High Court tarafından verilen kararın incelemesi temyiz mahkemesi yerine Yüksek Mahkeme (Supreme Court of United Kingdom) tarafından gerçekleştirilebilir. Bu süreç için "Leapfrogging" kavramı kullanılmaktadır. Bkz. <http://uk.practicallaw.com/2-521-8795>.

County Court hâkimleri tarafından verilsin temyiz incelemesi, kural olarak temyiz mahkemesi (Court of Appeal) tarafından gerçekleştirilmektedir¹⁶²⁰.

Kural olarak, temyiz incelemesi tek aşamalı olarak gerçekleştirilmektedir¹⁶²¹. Bu çerçevede ilk derece mahkemesi tarafından verilen karar temyiz edildikten sonra temyiz incelemesini yapan mahkemenin kararı temyiz edilemez. Ancak ikinci temyiz (second appeal) incelemesinin yapılması önemli bir prensibin veya uygulamanın ortaya çıkmasını sağlayacaksa¹⁶²², bu durumda ikinci temyiz yoluna başvurulabilir [CPR m. 52.7(2)(a)(ii)]. Böyle bir durumda County veya High Court bünyesinde yapılan birinci temyiz incelemesine karşı ancak temyiz mahkemesine (Court of Appeal) tekrar başvurulabilir¹⁶²³. Bu takdirde temyiz için izin talebi yine temyiz mahkemesine (court of appeal) yapılır [CPR m. 52.7(1)].

İngiliz mahkeme sisteminin en tepe noktasında Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesi (The Supreme Court of the United Kingdom) bulunmaktadır¹⁶²⁴. Bu mahkeme İngiltere, Galler ve Kuzey İrlanda'nın ceza ve hukuk mahkemelerince verilen kararların son inceleme merciidir¹⁶²⁵. Ancak hukuk mahkemelerince verilen bütün kararlar için Yüksek Mahkeme'ye başvurulamaz. Bir kararın Yüksek Mahkeme tarafından dinlenebilmesi için ilgili uyuşmazlığın genel kamusal öneme sahip olması gerekir¹⁶²⁶. Bunun yanında bütün ilk derece mahkemelerin kararları için de Yüksek Mahkeme'ye başvurulamaz. Yüksek Mahkeme sadece temyiz mahkemesinin hukuk ve ceza bölümleri (the court of appeal, civil division-criminal division) tarafından verilen kararlar ile bazı uyuşmazlıklarla sınırlı olarak High Court tarafından verilen kararların temyiz incelemelerini gerçekleştirir¹⁶²⁷.

¹⁶²⁰ Slapper ve Kelly, 2012: 173 vd.

¹⁶²¹ İngiliz hukukunda genel temyiz sebepleri; (grounds of appeal) Kanun'un veya vakıaların uygulanmasında veyahut da takdir hakkının kullanılmasında hata edilmesi ile yargılamadaki ciddi usule aykırılık sebebiyle ilk derece mahkeme kararının haksız olmasıdır. Kural olarak temyiz incelemesinde yeni delil ileri sürülemez. Bu sebeple temyiz mahkemesi, ilk derece mahkeme nezdinde sunulmayan yazılı ve sözlü delileri dinleyemez. Bkz. <http://uk.practicallaw.com/2-521-8795>.

¹⁶²² Bunun yanında ikinci temyize başvurmak için farklı mücbir sebepler (compelling reasons) bulunuyorsa kararın temyiz edilmesine izin verilebilir. Bkz. [CPR m. 52.7(2)(b)].

¹⁶²³ Slapper ve Kelly, 2012: 175.

¹⁶²⁴ Brannan, 2013: 56; Slapper ve Kelly, 2012: 171. 2009 yılından önce Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesi'nin görevleri Lordlar Kamarası (House of Lords-Appellate Committee) tarafından yerine getirilmekteydi. Bkz. Age: 56; Slapper ve Kelly, 2012: 167.

¹⁶²⁵ Mahkemenin diğer görevleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Slapper ve Kelly, 2012: 177 vd.

¹⁶²⁶ Slapper ve Kelly, 2012: 177.

¹⁶²⁷ Slapper ve Kelly, 2012: 178. Bunun yanında Kuzey İrlanda Temyiz Mahkemesi (The Court of Appeal in Northern Ireland) ve İskoçya Temyiz Hukuk Mahkemesi kararları (The Court of Session) ile bazı uyuşmazlıklarla sınırlı olarak Kuzey İrlanda High Court'u tarafından verilen kararlar için Yüksek Mahkeme (The Supreme Court of United Kingdom) temyiz incelemesi gerçekleştirebilir. Slapper ve Kelly, 2012: 178.

3.1.3. Yargılama Safhaları

3.1.3.1. Genel Olarak

İngiliz hukukunda, yargılamanın nasıl başlayacağı, hangi safhalardan geçeceği ve sonlandırılacağı Türk hukukuna kıyasla oldukça farklıdır. Öncelikle belirtmek gerekir ki; İngiliz hukukunda, taraflar arasındaki uyuşmazlık bakımından dava öncesi ve sonrası olmak üzere iki aşamanın varlığından söz edilebilir. Birçok hukuk sisteminin aksine İngiliz hukukunda dava öncesi dönem, tarafların iradesine bağlı alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleriyle sınırlı olmaksızın yasal olarak düzenlenmiştir. Böylece adeta standart yargılama aşamalarının önüne bir yenisi daha eklenerek, dava öncesi dönemde tarafların yerine getirmesi gerekli birtakım yükümlükler düzenlenmiştir¹⁶²⁸. Bu çerçevede, uyuşmazlık ortaya çıktıktan sonra kendisinin haklılığına inanan muhtemel davacı, yargılama başlamadan önce davalıyla iletişime geçmek zorundadır. Bu suretle muhtemel davacı, dava açma niyetini muhtemel davalıya bildirerek, uyuşmazlığın uzlaşmayla çözülmesine, bunun mümkün olmaması halindeyse, karşılıklı bilgi ve belge paylaşılması ile davaya hazırlanılmasına imkân tanınmalıdır. Taraflar arasında dava öncesinde gerçekleşen bu iletişim, dava şartı olmasa da mevzuatsal bir yükümlülüktür. Aşağıda detayları belirtileceği üzere; bu iletişimin hiç kurulmaması yahut ilgili düzenlemelerde belirtilen şekilde kurulmaması bazı müeyyidelere sebep olmaktadır.

Bu şekilde iletişime geçen taraflar anlaşamazlarsa, dava aşamasına geçilmektedir. Dava aşaması dilekçeler safhasıyla başlamaktadır. Karşılıklı dilekçeler verildikten sonra mahkeme, tarafların da dolduracağı formları dikkate alarak davanın tabi olacağı yargılama usulünü belirlemektedir. İngiliz hukukunda, küçük iddialar (Small Claims Track), hızlı (Fast Track) ve çoklu (multi track) olmak üzere üç temel yargılama usulü bulunmaktadır.

Mahkeme, uyuşmazlığın tabi olduğu yargılama usulüne göre tarafların duruşmaya hazırlanması için gerekli talimatları taraflara verir. Bu çerçevede, belirlecek bir takvime göre tarafların hangi sürede hangi adımları atması gerektiğine karar verilir¹⁶²⁹. Küçük iddialar ve hızlı yargılama usullerine tabi davalarda hazırlanacak takvim ve talimatlar genellikle bir celse açılmaksızın taraflara verilir. Buna karşılık, karmaşık ve yüksek değerli uyuşmazlıkların tabi olduğu çoklu yargılama usulünde genellikle dava yönetim toplantısı yapılır. Bu toplantıda hâkim, tarafların iradelerini dikkate alarak uyuşmazlık konusu hususları tespit eder ve duruşmaya kadar hangi adımların hangi süre içinde atılacağına karar verir¹⁶³⁰.

¹⁶²⁸ Andrews, 2003: 7-8.

¹⁶²⁹ Browne ve Catlow, 2010: 7.

¹⁶³⁰ Browne ve Catlow, 2010: 7.

Bu dönemde, takvime uygun olarak tarafların ellerinde bulunan bilgi ve delillerin karşılıklı olarak değiştirilmesi çeşitli yöntemlerle sağlanmaktadır. Hâkimin takdirine veya tarafların anlaşmasına göre değişmekle beraber taraflar öncelikle ellerindeki belgeleri daha sonra şahit ifadelerini ve son olarak da varsa bilirkişi raporlarını değiştirmektedir. Taraflardan herhangi biri, belirlenen zamana uygun olarak kendi üzerine düşen görevi yerine getirmediği takdirde, diğer taraf bunun gerçekleştirilmesi ve gerekli müeyyidelerin uygulanması için mahkemeye başvurabilmektedir¹⁶³¹.

Hâkim tarafından değişim sürecinin nasıl geçtiği kontrol edildikten sonra ise duruşma safhasına geçilmektedir¹⁶³². Aşağıda ayrıntılı olarak inceleneceği üzere duruşmanın nasıl gerçekleştirileceği, uyuşmazlığın tabi olduğu yargılama usulüne göre değişmektedir. Hâkim tarafından gerekli görülmesi halinde duruşma safhasında şahitlerin ve bilirkişilerin ifadeleri doğrudan ve çapraz sorgulama yöntemiyle alınmaktadır. Duruşma safhası, bir veya birkaç celsede bitirilerek hüküm kurulmaktadır. Bu hüküm, çeşitli şartlarla ve özellikle ilk derece veya üst mahkemenin izniyle temyiz edilebilmektedir.

3.1.3.2. Dava Öncesi Dönem

Yargılama başlamadan önce taraflar ve özellikle davacı kendi iddialarının geçerliliğini araştırıp, bu iddiaların varlığını ispat edecek delilleri toplamaya çalışmaktadır. Konumuzla bağlantılı olarak dava konusunun karmaşık ve değerinin yüksek olduğu davalarda, taraflar bu işlemlerin daha sağlıklı yapılabilmesi için ilgili konuda uzman olan kişilerden yardım almaktadır.

Bu şekilde iddialarını oluşturan ve pekiştiren taraflar, yasal bir zorunluluk olarak yargılama başlamadan önce birbirleriyle çeşitli şekillerde iletişim kurmalıdır. Dava öncesi bu süreç, ilgili uygulama talimatı (Practice Direction on Pre-action Conduct) ve çeşitli protokollerle (Pre-action protocols) düzenlenmiştir¹⁶³³. Davanın çeşidine göre bu protokoller değişmekle beraber, dava öncesi bu dönem için sistem genellikle benzer şekilde işlemektedir¹⁶³⁴. Buna göre, öncelikle muhtemel davacı, muhtemel davalıya bir mektup (“letter of claim”-“letter before claim”) göndermektedir. Bu mektupla, kendi davasının

¹⁶³¹ Browne ve Catlow, 2010: 7.

¹⁶³² Yargılama işleyişinin şemasal açıklaması için bkz. Bond vd., 2012: 37.

¹⁶³³ Browne ve Catlow, 2010: 5. Dava öncesinde tarafların gerçekleştirmesi gereken eylem ve işlemler, dava öncesi davranışlara ilişkin uygulama talimatı (PD Pre-action Conduct) ile davanın türüne göre oluşturulmuş on iki adet özel protokol (örnek: bedeni zararlara ilişkin dava öncesi protokol-pre-action protocols for personal injury claims) uyarınca belirlenmektedir. Dava öncesi davranışlara ilişkin uygulama talimatı, davadan önce uyulması gereken genel prensipleri ortaya koyarak, özel nitelikteki protokollerin zeminini oluşturmaktadır. Öte yandan on iki özel protokolün kapsamına girmeyen uyuşmazlıklarda da dava öncesi gerçekleştirilmesi gereken işlem ve eylemler bu talimattaki hükümlere göre tespit edilmektedir. Bkz. Sime, 2013: 131.

¹⁶³⁴ Bond vd., 2012: 39.

sebeplerini ve taleplerini belirterek, davalıyı anlaşılmaya davet etmektedir¹⁶³⁵. Bunun yanında bu mektupla, muhtemel davacının dava açma niyeti ortaya konularak, davalıya kendi iddialarını hazırlamak ve gerekli incelemelerini yapmak için imkân tanınmaktadır¹⁶³⁶. Muhtemel davacı, muhtemel davalıya cevaplarını hazırlamak için makul bir süre tanınmalıdır. Ancak genellikle ilgili protokollerde cevap verme süresinin ne kadar olduğu belirtilmektedir¹⁶³⁷.

Kendisine bu şekilde bir mektup ulaşan muhtemel davalı, sorumlu olduğunu kabul ederse, taraflar uzlaşmaya çalışır. Böyle bir durumda, uzlaşma çabası genellikle ödenecek bedele ilişkin olduğundan, taraflar zararın hesaplanması amacıyla uzman veya uzmanlardan yardım alabilmektedir¹⁶³⁸. Buna karşılık, muhtemel davalı, sorumlu olduğunu kabul etmez veya karşı tarafın da zararda sorumluluğunun bulunduğunu ileri sürerse, bu durumu gerekçeleriyle birlikte karşı tarafa bildirmelidir¹⁶³⁹. Böyle bir durumda taraflar, bazı uyuşmazlıklarda davaya ilişkin temel bilgi ve belgelerin paylaşılması noktasında iş birliği yapmaya çalışmalıdır¹⁶⁴⁰. Taraflar bilgi ve belgelerin paylaşılması noktasında anlaşmaya varamadığı takdirdeyse, taraflardan her biri, diğer tarafın gözetiminde, kontrolünde veya mülkiyetinde olan belge, nesne veya bilginin paylaşılması için mahkemeye başvurabilmektedir (CPR m. 31.16). Mahkemeye yapılacak başvurunun kabul edilmesi için, nesne veya bilginin tarafların iddialarını destekleyebilecek nitelikte olması gereklidir¹⁶⁴¹.

Dava öncesi bu aşamanın temel amacı, davanın son çare olarak görülmesini sağlamaktır. Bu kapsamda, taraflar arasındaki uyuşmazlığın mümkün olduğunca dava dışı yöntemlerle çözülmesi, bunun mümkün olmaması halinde tarafların ilgili bütün bilgi ve

¹⁶³⁵ Mektubun içeriği, uyuşmazlığın türüne göre tespit edilen protokole uygun bir şekilde davalının ek bir bilgi olmadan ilgili iddiaları anlayabileceği ve araştırabileceği kadar detaylı olmalıdır. Bu çerçevede; davacının adı, soyadı, adresi, iddianın dayandığı vakıalar, talep, ekonomik taleplerde istenen miktarın nasıl hesaplandığı, davacının dayanmak istediği temel belgeler, davalı tarafından sağlanabilecek belgelerin ayrıntıları ile gönderilen mektubun dikkate alınmaması halinde dava açılabilirliği ve davalının yargılama giderlerine ilişkin sorumluluğunun artabileceği uyarısı ve benzeri hususlar bu mektupta belirtilmelidir. Bkz. Sime, 2013: 138; Browne ve Catlow, 2010: 45-46.

¹⁶³⁶ Browne ve Catlow, 2010: 6; Bond vd., 2012: 39.

¹⁶³⁷ Bond vd., 2012: 39.

¹⁶³⁸ Bond vd., 2012: 40.

¹⁶³⁹ Browne ve Catlow, 2010: 6; Sime, 2013: 138.

¹⁶⁴⁰ Bond vd., 2012: 40, Browne ve Catlow, 2010: 50. Davalı, davacı tarafından ileri sürülen iddiaları kabul etmiyorsa, bunun nedenlerini ayrıntılı olarak belirtmelidir. Ayrıca karşı iddialar (counterclaim) ve karşılıklı kusur hallerinde davacının da zarardan sorumlu olduğu (allegation of contributory negligence) verilecek cevapta belirtmelidir. Öte yandan davacı tarafından alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi teklif edilmişse, bu teklifin kabul edilip edilmediği de belirtilmelidir. Yine davalı tarafından kullanılması muhtemel belgelerin listesi, davacının kendisinden istediği belgelerin kopyaları (bu belgeler yoksa neden sağlanamadığı) ve davacı tarafından kendisine sağlanmasını istediği belgelerin ayrıntıları cevap dilekçesine eklenmelidir. Sime, 2013: 138. Davacı, davalının cevap mektubunda istediği belgeleri mümkün olan en kısa sürede sağlamalı yahut neden sağlanamadığını belirtmelidir. Ayrıca davalının ileri sürdüğü karşı iddialar da davacı tarafından cevaplanmalıdır. Bkz. Sime, 2013: 139.

¹⁶⁴¹ Bond vd., 2012: 40-41.

belgeleri karşılıklı elde ederek dava açıp açmamaya karar vermelerine yardımcı olmak, bu aşamanın temel düzenlenme sebeplerindendir¹⁶⁴². İlgili protokollere göre değişmekle beraber taraflar bu aşamada anlaşamaz ve dava açılırsa, makul olmayan sebeplerle anlaşmaya varılmasını engelleyen veya ilgili protokollere uymayan taraf, mahkeme tarafından cezalandırılabilir¹⁶⁴³. Mahkeme tarafından verilecek ceza, genellikle yargılama giderlerinin ödetilmesi veya ödenecek faizin kaldırılması, azaltılması veya artırılması şeklinde tezahür etmektedir. Bu çerçevede, makul olmayan sebeplerle anlaşmayan veya protokollere uymayan taraf, davayı kazansa dahi yargılama giderlerinin tamamına veya bir kısmına mahkûm edilebilir. Ayrıca kurallara uymayan taraf davacı ise belirli dönemler için işleyen faizlerin karşılanmamasına veya daha düşük oranlardan karşılanmasına karar verilebilir. Buna karşılık kurallara uymayan taraf davalıysa ve davayı, davacı taraf kazanmışsa, davacı tarafa ödenecek meblağa uygulanacak faiz oranı belirli sınırlar dâhilinde artırılabilir¹⁶⁴⁴.

3.1.3.3. Davanın Açılması ve Dava Aşamaları

3.1.3.3.1. Dilekçeler Teatisti

Taraflar, dava öncesi dönemde anlaşmaya varamaz ve davacı elde edilen bilgi ve belgelerle haklılığına kanaat getirirse, dava sürecine geçilmektedir. Türk hukukuna benzer şekilde dava, dilekçeler teatistiyle (statements of case, eski adıyla pleadings) başlamaktadır¹⁶⁴⁵.

Dava, “dava formu” olarak çevrilebilecek “claim form” isimli matbu bir belgenin davacı tarafından doldurup, mahkemeye teslim edilmesi ve mahkemenin mührünü, dosya numarasını ve tarihi, belgeye işlemesiyle açılmış olur (CPR m. 7.2)¹⁶⁴⁶. Bu belge, tarafların ad ve soyadlarını, adreslerini, iddia hakkında birkaç cümleden oluşan kısa açıklamaları, talebi

¹⁶⁴² Bond vd., 2012: 40; Sime, 2013: 131; Andrews, 2003: 7. Her protokolde de ilgili protokolün amaçları belirtilmektedir. Örneğin, bedeni zararlara ilişkin dava öncesi protokolün (pre-action protocols for personal injury claims) 2. maddesine göre bu protokolün amaçları; karşılıklı bilgi değişimini daha iyi ve önce gerçekleştirmesini teşvik etmek, taraflarca dava öncesi araştırmanın daha iyi yapılmasını sağlamak, dava aşamasına geçilmeden tarafların erken ve adil bir şekilde anlaşabilmesini sağlamak, dava açılmasına engel olunmadığı takdirde, yargılamanın adil, orantılı ve verimli yürütülmesine destek olmak ve mümkün olan ilk fırsatta medikal tedavi ve rehabilitasyonun sağlanmasını teşvik etmektir.

¹⁶⁴³ Bond vd., 2012: 40; Andrews, 2003: 7. Protokole uymama nedeniyle taraflara verilebilecek cezalar ancak protokolde belirtilen esas gereksinim ve prensiplere aykırılık halinde uygulanabilir. Bu sebeple, küçük ve teknik eksikliklerden dolayı taraflar cezalandırılmaz. Örneğin, arabuluculuğa hazırlanmak için ilgili protokolün gerektirdiği evrakları düzenlemeyen taraf cezalandırılmaz (Roundstone Nurseries Ltd v. Stephenson Holdings Ltd [2009] EWHC 1431 TCC). Bkz. Sime, 2013: 133. Zira protokollerin temel amaçlarından biri de tarafların dava açılmadan önce bir araya gelmesini sağlayarak anlaşmalarını temin etmektir. Alternatif uyuşmazlık yöntemi olan arabulucuk da protokolün temel amacına hizmet ettiğinden dolayı tarafların teknik formalitelere uymaması cezayı gerektirmemektedir.

¹⁶⁴⁴ Bond vd., 2012: 40; Sime, 2013: 134; Andrews, 2013: 1341; Browne ve Catlow, 2010: 45. Ayrıca bkz. Practice Direction-Pre-Action Conduct and Protocols Para. 16.

¹⁶⁴⁵ Andrews, 2003: 252 vd.

¹⁶⁴⁶ Browne ve Catlow, 2010: 65; Andrews, 2003: 236.

(remedy)¹⁶⁴⁷ ve doğruluk beyanını içermelidir¹⁶⁴⁸. Öte yandan dava açılırken harç (court fee) yatırılması da gereklidir. Kural olarak bu harç, davanın miktar ve değerine göre belirlenmektedir¹⁶⁴⁹.

Davacının iddialarının detayları (particular of claim), yukarıda açıklanan dava dilekçesinde (claim form) belirtilebileceği gibi, bunun için ayrı bir dilekçenin (Particulars of claim) hazırlanması da mümkündür¹⁶⁵⁰. Davacının seçimine göre “Particulars of claim” “Claim form”ın içinde veya onunla birlikte tebliğ edilebileceği gibi “claim form’un” davalıya tebliğ edilmesinden itibaren on dört gün içinde ayrıca da tebliğ edilebilir [CPR m. 7.4 (1)]. “Claim form” ve “particulars of claim” mahkeme tarafından davalıya tebliğ edilir. Ancak davacı bu tebliğin kendisi tarafından yapılmasını mahkemeden talep edebilir¹⁶⁵¹. Bu belgelere, delil olarak ileri sürülecek senetler ve tanık ifadeleri de eklenebilir¹⁶⁵². Yukarıda belirtilen belgelerinin yanında davalıya “yanıt paketi (the response pack) olarak adlandırılabilir birtakım formlarında gönderilmesi gereklidir. Bu pakette, matbu olarak düzenlenmiş davaya cevap formu, davayı kabul formu ve tebliğ teslim formu bulunmalıdır [CPR m. 7.8 (1)]¹⁶⁵³.

¹⁶⁴⁷ Belirli bir para alacağının talep edildiği davalarda, talep edilen miktarın da claim form’da belirtilmesi gereklidir. Davalıdan istenilecek olan para alacağı belirsiz ise davacı, davanın sonunda en azından ne kadar para beklediğini dilekçesinde belirtmelidir. Bu kapsamda, 10.000 sterlinden az, 10.000 ile 25.000 sterlin arasında veya 25.000 sterlinden fazla para alacağının olduğu ileri sürülmelidir. Buna karşılık davacı ne kadar beklediğini hiç söyleyemiyorsa, bu durumu da dilekçesinde ayrıca belirtmelidir. Bkz. [CPR m. 16.3 (2)]. Ancak yukarıda da açıklandığı üzere her ne kadar claim form’da talebin belirtilmesi gerekliyse de hâkim dilekçede belirtilen taleple bağlı değildir. Hâkim dava dilekçesinde belirtilmeyen bir şeye de hükmedebilir. Bkz. [CPR m. 16.2 (5)], Andrews, 2003: 254; Andrews, 2013: 1344 vd. Aynı şekilde dava dilekçesinde belirtilen para miktarı da hâkimi sınırlandırmaz. Hâkim, dava dilekçesinde belirtilen miktardan fazlasına da hükmedebilir. Bkz. [CPR m. 16.3 (7)]. Bu çerçevede, esasen dava dilekçesinde talep miktarının belirtilmesi daha çok harcın ve giderlerin (fee) hesaplanması içindir.

¹⁶⁴⁸ Andrews, 2003: 254; Browne ve Catlow, 2010: 67.

¹⁶⁴⁹ Browne ve Catlow, 2010: 66.

¹⁶⁵⁰ Browne ve Catlow, 2010: 67.

¹⁶⁵¹ Faks veya elektronik yolla tebligat kabul edilebileceğini işaret eden yazılı bir belgenin muhatap veya vekili tarafından tebligat yapacak kişiye verilmesi halinde belirtilen yollarla da tebligat yapılabilir. Bu bağlamda, avukatın yazılı gönderdiği bir belgede faks numarasının bulunması onun bu yolla tebligat kabul edeceğine işaret eder. Buna karşılık elektronik posta adresi içeren yazılı bir belgenin, bu yolla yapılacak tebligatın kabul edileceğine işaret edebilmesi için ayrıca bu istegin belgede belirtilmesi gereklidir. Buna karşılık, dava veya cevap dilekçesinde elektronik posta adresi yazılması halinde, muhatapın bu yolla posta kabul edeceğine dair bir beyan bulunmasa dahi elektronik posta yoluyla tebligat yapılabilir. Ancak elektronik yolla (faks dışında) tebligat yapılmak istendiği takdirde göndericinin öncelikle eklerin büyüklüğü veya gönderi formatı gibi hususlarla ilgili bir sınırlamanın olup olmadığını muhataba sorması gerekir. Elektronik yolla tebligat yapılması halinde muhataba tekrar ilgili belgelerin asıllarının gönderilmesi gerekmez. Bkz. (PD 6A 4). Öte yandan taraflar maddi hukuk sözleşmelerine hüküm ekleyerek, asıl sözleşmeyle ilgili davalarda tebligatın nasıl yapılacağına karar verebilir (CPR m. 6.11). Bunun dışında muhatap veya yetkili vekili ister sözleşmeyle isterse de diğer yollarla tebligatın vekil veya tayin edilecek başka bir kişiye yapılacağını belirtmişse, tebligatın o kişiye yapılması gereklidir. Tebligatın belirlenen kişi yerine tarafların kendisine yapılması halinde tebligat geçersizdir (no proper or valide service). Bkz. Andrews, 2003: 240.

¹⁶⁵² Andrews, 2013: 1344.

¹⁶⁵³ Andrews, 2003: 236; Browne ve Catlow, 2010: 81.

Dava formu ve diğer belgeler kendisine tebliğ edilen davalı, kural olarak on dört gün içinde buna cevap vermelidir [CPR m. 15.4(1)(a)]. Davalı iddiaları kabul edebilir, savunmalarını ileri sürebilir (defence) veyahut da karşı dava açabilir (counterclaim)¹⁶⁵⁴. Davalı, davacı tarafından ileri sürülen iddiaların tamamını sebep göstererek cevaplamalıdır¹⁶⁵⁵. Sadece inkâr etme şeklinde sunulan itirazlar, mahkeme tarafından reddedilebilir. Dava formunda olduğu gibi davalının dolduracağı cevap dilekçesinde de doğruluk beyanın bulunması gereklidir¹⁶⁵⁶. Bunun dışında davalı, mahkemeye başvurarak üçüncü kişiyi karşı da dava açabilir (counterclaim against a person other than the claimant). Ancak belirtmek gerekir ki; Türk hukukundaki davanın ihbarından farklı olarak bu durumda, mahkemenin kararıyla üçüncü kişi yargılamanın tarafı haline gelmektedir¹⁶⁵⁷.

Davalı, kendisine gönderilen dava formuna süresi içinde cevap vermediği takdirde, davacı belirli şartlar altında mahkemeden kendisi lehine hüküm verilmesini talep edebilir. Bu müessese “judgment by default (default judgment)” olarak adlandırılmaktadır¹⁶⁵⁸. Davacı

¹⁶⁵⁴ Hall ve Smith, 2001: 36-37; Bond vd., 2012: 43. İngiliz hukukunda karşı dava (counterclaim), Türk hukukunda olduğu gibi savunma değil ayrı bir dava olarak kabul edilmektedir. Bu sebeple, asıl dava takipsizlik veya sulh gibi işlemlerle sona erse dahi karşı dava mevcudiyetini bağımsız olarak devam ettirir. Asıl dava ve karşı dava aynı anda incelenebilir ve iki davada başarılı olduğu takdirde mahkeme bakiye alacak hakkında karar verir. Bkz. Andrews, 2003: 271. Karşı dava, esasa cevaplarla (defence) birlikte açılabilmesi gibi yargılamanın diğer safhalarında da açılabilir. Ancak birincisinden farklı olarak ikinci durumda karşı davanın açılabilmesi için mahkemenin izni gereklidir. Bkz. [CPR m. 20.4 (2)]. Kendisi aleyhine karşı dava açılan davacının, süresi içinde cevap dilekçesi vermesi gerekir. Aksi takdirde normal davaya cevap vermemeye bağlanan sonuçlar karşı dava için de geçerli olur. Örneğin, mahkeme karşı davanın davacısı (esas davanın davalısının) talebiyle “default judgment” olarak adlandırılan bir karar alabilir. Bkz. Andrews, 2003: 285. Buna karşılık takas (set-off)’ın durumu biraz farklıdır. Zira takas, kural olarak savunma (defence) olarak kabul edilmektedir ve karşı dava olarak ileri sürülmesine gerek yoktur. Ancak davalı isterse takas iddiasını karşı dava olarak da açabilir. Bkz. Andrews, 2003: 271.

¹⁶⁵⁵ Davalı, aleyhine olan iddiaları reddediyorsa, bunun sebeplerini bildirmelidir. Aynı şekilde vakıaların gelişiminin davacının belirttiğinden farklı olduğunu ileri sürmek isterse, kendi özgün vakıa oluşumunu da dilekçesinde belirtmelidir. Bkz. [CPR m. 16.5 (2)(b)]. Davalı aleyhine ileri sürülen belirli bir iddiayı doğrudan veya dolaylı olarak cevaplamazsa, belirtilen iddiayı kabul etmiş sayılır. Bkz. Andrews, 2003: 255; Browne ve Catlow, 2010: 102. [CPR m. 16.5 (5)].

¹⁶⁵⁶ Hall ve Smith, 2001: 36-37; Bond vd., 2012: 43. Dava dilekçesinde (claim form) ve cevap dilekçesinde bulunması gerekli olan doğruluk beyanıyla (statements of truth), dilekçelerde belirtilen unsurların doğruluğu ilgili tarafça teyit edilmektedir. Bu teyide rağmen dilekçelerde doğru olmayan aldatıcı ifadeler bulunması halinde, ilgili taraf hakkında mahkemeye itaatsizlikten (saygısızlık-contempt of court) dolayı ceza soruşturması başlatılabilir. Ancak belirtmek gerekir ki, doğruluk beyanın avukat tarafından imzalandığı durumlarda müvekkilin yanlış beyanından dolayı avukat soruşturulamaz. Bu durumda doğruluk beyanı avukat tarafından imzalanmış olsa da yanlış ifade veren müvekkil sorumlu tutulabilir. Bkz. Andrews, 2003: 257.

¹⁶⁵⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. CPR 20.5 vd.

¹⁶⁵⁸ Browne ve Catlow, 2010: 87. “Default judgment” davalının savunma ileri sürmediği (cevap dilekçesi vermediği) durumlar ile bazı istisnai hallerde mahkemenin duruşma (trial) yapmadan hüküm verebilmesine olanak tanıyan bir müessesedir. Ancak bu şekilde bir hüküm alabilmek, her dava için mümkün değildir. Bu şekilde bir hüküm elde edebilmek için dava konusunun belirli bir miktar para (specified amount of money eski adıyla liquidated claims) alacağına ilişkin olması yahut mahkeme tarafından karara bağlanacak bir para alacağına ilişkin olması (an amount of money to be decided by the court eski adıyla unliquidated claims) gerekir. Bunun yanında asıl talebin mal teslimi olduğu ancak davalının alternatif olarak belirli bir parayı da ödeyebilmesine imkan sağlayan seçicilik davalarında da bu şekilde hüküm elde etmek mümkündür [CPR m. 12.4(1)(a-b-c)]. Ancak hemen aşağıda açıklanacağı üzere belirsiz alacak davaları (mahkeme tarafından karara bağlanacak para alacakları) bakımından usul biraz daha farklıdır. Zira bu durumda “default judgment” hükmü sadece davalının sorumluluğuna ilişkindir. Bu nedenle miktarın belirlenmesi için yargılama yapılabilmektedir. Bkz. Andrews,

tarafından yapılacak başvuru ve işlemler, talep edilen miktarın dava dilekçesinde tam olarak belirtilip belirtilmemesine (specified or unspecified amount) göre değişiklik göstermektedir. Dava, belirli bir miktar paraya ilişkin olup da davalı süresi içinde cevap vermezse, davacı, belirlenen miktar paranın kendisine ödenmesini mahkemeden talep edilebilir. Kural olarak, mahkemeye yapılacak bu başvuru altı ay içinde yapılmalıdır¹⁶⁵⁹. Ancak bu başvurunun, cevap verme süresi dolduktan hemen sonra yapılması davacı açısından daha yararlıdır. Zira davaya cevap, geçerli sebepler ileri sürülerek, süresi geçtikten sonra da yapılabilir ve verilen geç cevap “judgment by default” talep edilmesine engel olur. Usulüne uygun olarak yapılan başvuru üzerine; mahkeme, davalının ne kadar ödeyeceğini gösteren ve “judgment for claimant” isimli bir karar verir¹⁶⁶⁰. Buna karşılık, davacının talep ettiği miktar belirsizse (belirlenmemişse), davacı yine de mahkemeye başvurabilir [CPR m. 12.5(3)]. Bu başvuruyla, ödenecek miktarın tespit edilip, kendi lehine bir karar verilmesini talep eder. Ancak öncekinden farklı olarak, bu süreç normal yargılamaya benzer şekilde genellikle duruşmalı (hearing) olarak gerçekleşir ve uyuşmazlık ilgili yargılama usulüne tevzi edilerek taraflara talimat gönderilebilir¹⁶⁶¹.

Davalı taraf, davacının dilekçesine cevap verip, ileri sürülen iddiaları (claims) kabul ederse, uygulanacak usul yine dava konusunun belirli bir miktara ilişkin olup olmamasına göre değişmektedir. Dava belirli bir miktar paraya ilişkin ve davalı, davacının iddialarını kabul ederse, davalı tarafından düzenlenen ve belirlenen miktar için borçlu olduğunu ifade eden kabul formu (admission form) davacı tarafa gönderilir [CPR m. 14.4(1-2)]. Kabul formunda davalı taraf, parayı ödemek için ek bir zaman talep edebilir. Ancak davacı taraf, bu talebi kabul edip etmemekte serbesttir [CPR m. 14.9(1-4)]. Buna karşılık, belirli olmayan bir miktara ilişkin dava açılmış da, davalı iddiaları kabul etmişse; davacıya, davalının iddiaları kabul edip, ilgili borç bakımından sorumlu olduğunu belirten bir kabul ilanı (notice of admission) gönderilir. Bu belgede davalı, herhangi bir miktar belirtmeden sadece iddiaları kabul ettiğini söyleyebileceği gibi belirli bir miktar para ödemeyi de teklif edebilir [CPR m.

2003: 495. Bunun dışında bazı istisnai durumlarda ve özel bir başvuru yoluyla diğer davalar için de böyle bir hüküm almak mümkündür. Ayrıntılı bilgi için bkz. [CPR m. 12.4(2), CPR Part 23]. Öte yandan, davalının cevap vermemesi halinde, mahkeme re’sen böyle bir hüküm kurmaz. Bunun için davacı tarafın talebi gereklidir [CPR m. 12.4(1)]. Belirtmek gerekir ki; bu karar, kesin hüküm teşkil etmez. Medeni Usul Kuralları’nın 13. bölümünde belirtilen durumlarda, re’sen veya davalının talebiyle bu şekilde verilen bir hükmün kaldırılmasına (set aside a default judgment) karar verilebilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. CPR Part 13.

¹⁶⁵⁹ Browne ve Catlow, 2010: 87-88; <https://www.moneyclaimsuk.co.uk/PDFForms/EX304.pdf>. Davacı altı ay içinde böyle bir talepte bulunmadığı takdirde, davanın durdurulmasına (stay) karar verilir. Dava durdurulduğu takdirde, davacı durdurma kararını kaldırmak için mahkemeye başvurmak ve yeniden ücret ödemek zorunda kalabilir. Age: 2 vd.

¹⁶⁶⁰ <https://www.moneyclaimsuk.co.uk/PDFForms/EX304.pdf>. Bu karar aynı zamanda, hüküm, emir ve cezalar siciline (The Register of Judgments, Orders, Fines) işlenir. Bu sicil aynı zamanda banka ve benzeri kurumlar tarafından kredi işlemlerinde kullanılmaktadır. Bkz. Age: 2 vd.

¹⁶⁶¹ Browne ve Catlow, 2010: 88 vd.

14.6, m. 14.7]. Ödenecek miktar konusunda taraflar anlaştığı takdirde mahkemeye başvurarak davalının belirlenen miktar parayı ödemesine dair bir karar çıkarılmasını talep edebilirler [CPR m. 14.7(5)]. Bu şekilde bir talebe muhatap olan mahkeme, davalının ne kadar para ödeyeceğine dair bir karar alarak bunu taraflara tebliğ eder. Davalı, kabul formunda bir teklifte bulunmaz veya teklifte bulunmasına rağmen taraflar ödenecek miktar konusunda anlaşamazlarsa, mahkeme başvuru üzerine yapılacak işlem ve talimatları taraflara gönderir, gerekli durumlarda ödenecek miktarın tespit edilmesi için tarafları celseye (hearing) çağırır [CPR m. 12.7]¹⁶⁶².

Dilekçeler aşaması genellikle dava dilekçesi (ve davanın detaylarını açıklayan dilekçe) ile cevap dilekçesi ile sonlandırılmaktadır. Ancak davacı dilerse cevap dilekçesine karşı “reply” olarak adlandırılan cevaba cevap dilekçesi verebilir¹⁶⁶³. Taraflar, zorunlu olmamakla birlikte, dilekçelerine dayandıkları hukuk kurallarını, çağırmayı düşündükleri tanıkların isimlerini ve dayandıkları belgeleri de ekleyebilir (PD 16 m. 13.3). Bunun yanında tartışmalı ve çok muhtemel olmamakla birlikte, mahkeme tarafından daha önceden bilirkişi atanmasına izin verilmişse, bilirkişi raporunun da dilekçelere eklenebilmesinin teorik olarak mümkün olduğu belirtilmektedir¹⁶⁶⁴. Ancak belirttiğimiz gibi mahkemenin bu safhada böyle bir izin vermesi oldukça zordur. Hatta bazı uyuşmazlıklar bakımından bilirkişi raporunun dilekçelere eklenmemesi gerektiği ticaret mahkemesi kılavuzu (commercial court guide) gibi bazı düzenlemeler de belirtilmektedir¹⁶⁶⁵.

Tarafların dilekçeleri, şekil ve esas yönünden belirli şartları taşımalıdır. Bu şartlarda eksiklik bulunması halinde taraflar çeşitli müeyyidelerle karşılaşabilmektedir. Bu müeyyidelerden en önemlisiyse, dilekçelerin mahkeme tarafından kabul edilmemesidir (silinmesi- Strike out). Tarafların dilekçeleri, bir davanın açılması veya savunmanın yapılması için makul nedenler açıklamıyor yahut dilekçeler mahkeme sürecinin kötüye kullanılmasına sebep oluyor veya yargılamanın adil bir şekilde bertaraf edilmesine engel oluyorsa veyahut da dilekçeler ilgili Kanun, uygulama talimatı veya mahkeme kararına uygun değilse, dilekçelerin kabul edilmemesine karar verilebilir (CPR m. 3.4). Mahkeme bu unsurları değerlendirirken

¹⁶⁶² Browne ve Catlow, 2010: 85 vd. Davalının iddiaları kısmen veya tamamen kabul etmesi halinde takip edilecek prosedür hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. age: 84 vd.

¹⁶⁶³ Browne ve Catlow, 2010: 91. Davacının cevaba cevap dilekçesi vermesi ihtiyaridir. Bu dilekçenin verilmemesi, cevap dilekçesinde belirtilen hususların kabul edildiği manasına gelmez. Ancak cevap dilekçesi ile karşı dava açılırsa (counterclaim), davacının kendisine karşı açılan davaya karşı cevap dilekçesi vermesi gereklidir. Aksi takdirde cevap dilekçesi vermemenin sonuçları kendisine uygulanır. Age: 104.

¹⁶⁶⁴ Browne ve Catlow, 2010: 93.

¹⁶⁶⁵ Browne ve Catlow, 2010: 93.

yargılamanın öncelikli hedefleriyle dilekçelerin oluşturduğu hukuka aykırılığın ciddiyetini dikkate almalıdır¹⁶⁶⁶.

Dava dilekçesi ve cevap dilekçesi karşı tarafa tebliğ edilmediği müddetçe her zaman değiştirilebilir (amendments to statements of case). Bunun için mahkemeden izin alınmasına gerek yoktur. Ancak mahkeme takdiren bu değişikliği reddedebilir (CPR m. 17.2). Buna karşılık dilekçeler, tebliğ edildikten sonra, ancak karşı tarafın yazılı rızası veya mahkemenin izniyle değiştirilebilir (CPR m. 17.1). Dilekçe değişikliğiyle, iddialar değiştirilip, yeni iddialar ileri sürülebileceği gibi maddi hatalar da düzeltilebilir. Ayrıca mevcut taraflar veya taraf olmak isteyen üçüncü kişiler, belirli şartlar altında, taraf değişikliği yapılmasını da mahkemeden talep edebilirler [CPR m. 17.1(3), m. 19.4]¹⁶⁶⁷.

Öte yandan mahkeme re'sen veya talep üzerine, yargılamanın her safhasında, uyuşmazlık konusu meselelerin açıklanmasını veya bunlar hakkında ek bilgi verilmesini taraflardan isteyebilir (request for further information). Açıklama istenen hususun ilgili tarafın dilekçesinde yer alıp almaması da önemli değildir (CPR m. 18.1). Kendisinden açıklama istenen taraf, mahkeme tarafından verilen süre içinde ilgili açıklamayı mahkemeye sunmak ve karşı tarafa tebliğ ettirmek zorundadır [CPR m. 18.1(3)]. Belirttiğimiz üzere, taraflardan her biri de davayı anlamak ve kendi iddialarını daha iyi hazırlayabilmek için mahkemeye başvurarak diğer tarafın uyuşmazlık konusu meseleler hakkında açıklama yapmasını talep edebilir¹⁶⁶⁸.

3.1.3.3.2. Yargılama Usulleri

3.1.3.3.2.1. Genel Olarak

Davanın hangi yargılama usulüne göre yürütüleceği, davanın değerine ve karmaşıklığına göre değişmektedir¹⁶⁶⁹. Yargılama usulü, bir davanın nasıl hazırlanması gerektiğini, duruşma uzunluklarını hatta hâkim çeşidini etkilemektedir. İngiliz hukukunda üç temel yargılama usulü bulunmaktadır. Bunlar; küçük iddialar yargılama usulü (small claim tracks), hızlı yargılama usulü (fast track) ve çoklu yargılama usulüdür (multi-track)¹⁶⁷⁰.

¹⁶⁶⁶ Andrews, 2003: 363-364. İngiliz hukukunda yargılama kurallarına aykırılıklar, ilgili kuralın niteliğine göre çeşitli şekillerde yaptırıma uğramaktadır. Ancak genel manada mahkemenin taraflara uygulayabileceği üç temel müeyyide bulunmaktadır. Bunlar; dilekçelerin kabul edilmemesi, aykırılığa neden olan taraf aleyhine yargılama giderlerine hükmedilmesi ve yargılamanın durdurulmasıdır (stay of proceedings). Bkz. Age: 364.

¹⁶⁶⁷ Hatta dilekçe değişikliğiyle ileri sürülecek yeni iddialar ve buna bağlı taleplerle ilgili zamanaşımı süreleri geçmiş olsa dahi mahkeme belirli şartlar altında bu değişikliğin yapılmasını izin verebilir. Bkz. CPR m. 17.4. Dilekçe değişikliği hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Yalabık, 2016: 170 vd.

¹⁶⁶⁸ Browne ve Catlow, 2010: 107.

¹⁶⁶⁹ Andrews, 2013: 1343 vd.

¹⁶⁷⁰ Andrews, 2013: 1343.

Yargılamanın hangi yargılama usulüne tabi olacağı, kural olarak davalının savunmasının mahkemeye ulaşmasından sonra matbu olan soru kâğıdının (allocation questionnaires) davanın iki tarafına tebliğ edildikten sonra taraflarca doldurulup, mahkemeye tekrar teslim edilmesinden sonra belirlenmektedir¹⁶⁷¹. Mahkeme bu soru kâğıdını, ilgili uyuşmazlığın nasıl çözümleneceğini, bu anlamda hangi yargılama usulünün uygulanacağını belirlenmesinde kullanmaktadır. Tarafların anlaşmak isteyip istemedikleri¹⁶⁷², dava öncesi protokollere uyulup uyulmadığı, tarafların bilirkişi kullanmayı isteyip istemedikleri, istiyorlarsa bilirkişinin duruşmada nasıl kullanılmak istendiği (eğer düşünülüyorsa, daha önce diğer tarafa raporun bir örneğinin gönderilip gönderilmediği, bilirkişinin ismi ve uzmanlık alanı), yargılamada şahit kullanılacaksa; bunların sayısı, hangi vakıa hakkında ifade verecekleri ve kimlik bilgileri, yargılama için yapılan ve yapılacak tahmini yargılama giderleri ve uyuşmazlık için hangi yargılama usulünün kullanılması gerektiği gibi hususlar soru kâğıdında cevaplanması gereken unsurlardır. Taraflarca doldurulan soru kâğıtları, on dört günden az olmamak üzere, belirlenen süre içinde mahkemeye gönderilmelidir¹⁶⁷³. Yargılamanın tevzi aşaması (allocation stage) olarak adlandırılabilir bu safhada mahkeme gerekli gördüğü takdirde celse (allocation hearing) açılmasına da karar verebilmektedir¹⁶⁷⁴.

Soru kâğıdının taraflarca doldurulup teslim edilmesinden yahut duruşma açılmasına karar verilmiş ise duruşmanın yapılmasından sonra veyahut da tarafların anlaşması için yargılamanın durdurulmasına karar verilmiş olmasına rağmen taraflar anlaşamamışlar ise, bunun için verilen sürenin dolmasından sonra mahkeme davanın yukarıda belirtilen üç yargılama usulünden birine tevzi edilmesine karar verir¹⁶⁷⁵. Mahkeme, yargılama usulünü belirleyen özel bir kanun hükmünün bulunmadığı hallerde, bu kararı verirken öncelikli olarak davanın değerini göz önünde bulundurur¹⁶⁷⁶. Bu çerçevede küçük iddialar yargılama usulü, birtakım istisnalar dışında, dava konusunun 10.000 (bedeni zararlara ilişkin davalarda 1000) sterlinin altında olduğu fazla karmaşık olmayan davalarda; hızlı yargılama usulü, dava konusunun 10.000 ile 25.000 sterlin arasında olduğu davalarda; çoklu yargılama usulü ise dava konusunun 25.000 sterlin ve üstünde olduğu daha karmaşık davalarda uygulanmaktadır (CPR m. 26.6). Ancak mahkeme bir uyuşmazlığı, dava değerine göre belirlenen normal yargılama usulü dışında başka bir yargılama usulüne de tevzi edebilir [CPR m. 26.7(1)]. Mahkeme böyle

¹⁶⁷¹ Browne ve Catlow, 2010: 124.

¹⁶⁷² Tarafların her ikisi de soru kâğıdında anlaşmaya çalışmak istediklerini işaretlerlerse, mahkeme tarafların uzlaşmaları için yargılamanın bir ay kadar durmasına karar verebilir. Bunun yanında taraflardan her biri de mahkemeden arabuluculuk toplantısı düzenlenmesini isteyebilir. Bkz. Browne ve Catlow, 2010: 124-125.

¹⁶⁷³ Browne ve Catlow, 2010: 124.

¹⁶⁷⁴ Browne ve Catlow, 2010: 127.

¹⁶⁷⁵ Browne ve Catlow, 2010: 127.

¹⁶⁷⁶ Detaylı bilgi için bkz. CPR m. 26.6.

bir karar verirken davacı tarafından istenilen talebin doğasını; vakıaların, hukuki meselelerin ve delillerin griftliğini; uyuşmazlıktaki tarafların sayısını; karşı dava veya ek iddiaların değerini; gerekli olabilecek sözlü delillerin miktarını; iddianın yargılamada taraf olmayan kişiler bakımından önemini; tarafların yargılama usulleri hakkındaki görüşlerini ve durumunu dikkate alır [CPR m. 26.8 (1)]. Bu unsurlar, ekonomik değeri olmayan uyuşmazlıkların tevzisinde de kullanılır. Ekonomik değeri bulunmayan uyuşmazlıklar, yukarıdaki unsurlar göz önünde bulundurularak mahkemenin takdir ettiği bir yargılama usulüne tabi kılınır [CPR m. 26.7 (2)].

Mahkeme yargılama usulüne ilişkin kararını verdikten sonra bunu taraflara tebliğ eder (notice of allocation)[CPR m. 26.9]. Bu tebliğde davanın hangi yargılama usulüne tabi olacağı ve tarafların bundan sonra neler yapması gerektiği yazılıdır. Tarafların yapması gereken bu işlemler “talimat” (directions) olarak isimlendirilmektedir.

3.1.3.3.2. Küçük İddialar Yargılama Usulü (Small Claim Tracks)

Küçük iddialar yargılama usulü, birtakım istisnalar dışında, dava konusunun 10.000 sterlinin altında olduğu fazla karmaşık olmayan davalarda kullanılmaktadır¹⁶⁷⁷. Özellikle tüketici hukukundan, küçük çaplı kazalardan, taşınır bir malın mülkiyetinden ve kira hukukunda kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde bu yargılama usulünün uygun olduğu belirtilmektedir¹⁶⁷⁸.

Bu yargılama usulüyle ekonomik değeri az olan uyuşmazlıkların çabuk ve masrafsız şekilde çözülmesini amaçlanmaktadır. Bunun sağlanması için de normal bir yargılamadan farklı olarak duruşma öncesi yoğun hazırlık dönemine ve geleneksel duruşmanın şekilciliğine bu usulde yer verilmemiştir¹⁶⁷⁹. Bu çerçevede, Medeni Usul Kuralları’nın tarafların karşılıklı olarak belge ve bilgileri açıklamasını düzenleyen (disclosure) 31. bölümü, delilleri düzenleyen 32. ve 33. bölümleri ve celseleri düzenleyen 39. bölümü bu yargılama usulünde uygulanmaz. Konumuzla bağlantılı olarak, Medeni Usul Kuralları’nın bilirkişiği düzenleyen 35. bölümü de bazı istisnalar dışında bu usulde uygulanmaz. Buna karşılık, mahkemenin bilirkişi delilini sınırlandırma ödevini düzenleyen 35.1 maddesi, bilirkişinin asıl görevinin mahkemeye karşı olduğunu düzenleyen 35.3. maddesi ve mahkemenin müşterek bilirkişi atama yetkisine ilişkin 35.7. ve 35.8 maddesi bu yargılama usulünde de uygulanır [CPR m. 27.2]. Bu yargılama usulünde masrafları düşük tutmak amacıyla karşı taraftan tahsil edilebilecek yargılama giderleri önemli ölçüde kısıtlanmıştır. Bu sebeple bu tür

¹⁶⁷⁷ Andrews, 2013: 1343.

¹⁶⁷⁸ Browne ve Catlow, 2010: 128; Gündüz, 2009: 109.

¹⁶⁷⁹ Browne ve Catlow, 2010: 128.

uyuşmazlıkların birçoğunda avukat kullanılmaz. Buna bağılı olarak da yargılama usulü oldukça basit şekilde düzenlenmiştir¹⁶⁸⁰.

Uyuşmazlık bu yargılama usulüne tabi kılındığında, mahkeme uyuşmazlığın taraflarına davanın özelliklerine göre talimatlar gönderir. Mahkemenin taraflara göndereceğı talimatlarda; gerekli belgelerin mahkemeye ve taraflara gönderilmesi; bilirkişi kullanımı talep edilmişse, bu talebin kabul edilip edilmediğı ve bilirkişi raporunun ne zaman mahkemeye ve karşı tarafa gönderilmesi gerektiğı (henüz gönderilmemişse); taraflardan birinin talebiyle veya re'sen arabuluculuğa başvurulması uygun görölmüşse, arabuluculuğa ilişkin bilgiler; celsenin yeri, zamanı ve ne kadar sürebileceğine ilişkin hususlar belirtilir¹⁶⁸¹.

Küçük yargılama usulüne tabi davalarda tarafların anlaşması halinde duruşma (celse) açılmasına gerek yoktur (CPR m. 27.10). Mahkeme gerekli gördüğü takdirde yazılı belgeler üzerinden de karar verebilir. Mahkeme duruşma yapmadan karar verilmesini uygun görmüşse, bu durumu taraflara bildirir¹⁶⁸².

Küçük iddialar yargılama usulüne tabi davalarda duruşmalar resmi değildir ve tarafların duruşmalara katılma zorunlulukları yoktur. Duruşmaya katılmak istemeyen taraf, sebebini de bildirmek suretiyle bu durumu mahkemeye yazılı olarak iletmelidir. Aynı şekilde taraflardan her biri, sağladıkları yazılı deliller üzerinden kendi yokluklarında da karar verilmesini mahkemeden talep edebilir. Bu şekilde yapılacak başvurular duruşma gününden en az yedi gün önce mahkemeye ulaşmalıdır (CPR m. 27.9)¹⁶⁸³. Bunun yanında ilgili duruşma günü kendisi için uygun olmayan taraf, duruşma tarihinin değiştirilmesini talep edebilir. Ancak bu şekilde başvuru yapan taraf, tarih değişikliğı için bir ücret ödemek zorunda kalabilir. Taraflar, kendi adlarına konuşmak ve kendilerini temsil etmek için eş, akraba veya arkadaşlarını duruşmaya getirebilir. Bu kişiler mahkemeden izin alınmadığı takdirde, temsil edilen taraf bulunmadıkça duruşmalara tek başlarına katılamaz (PD 27 m. 3). Küçük yargılama usulüne tabi davalarda celseler, duruşma salonunda (courtroom) veya genellikle görüldüğü üzere hâkimin odasında (Judge's room or Judge's chamber) yapılabilir (PD 27 m. 4). Bu yargılama usulüne tabi davalarda, bir celsede taraflara konuşma ve birbirlerine soru sorma hakkı tanınıp, deliller değerlendirildikten sonra hüküm (jugment) ve özet gerekçe taraflara tefhim edilir. Ancak mahkeme, uyuşmazlığın esası hakkındaki kararını ve gerekçesini taraflara yazılı olarak da tebliğ edebilir (PD 27 m. 5.3). Ancak duruşma yapılmadan karar verilmiş yahut taraf duruşmaya katılmamışsa, mahkeme gerekçeli kararını

¹⁶⁸⁰ Browne ve Catlow, 2010: 129.

¹⁶⁸¹ Browne ve Catlow, 2010: 129.

¹⁶⁸² Browne ve Catlow, 2010: 129.

¹⁶⁸³ Slapper ve Kelly, 2012: 201.

tafllara tebliğ etmek zorundadır (PD 27 m. 5.4). Karara rağmen ilgili taraf, ödemesi gereken miktarı ödemezse, davacı kararın icrası için mahkemeye başvurabilir (enforcing judgment). Küçük yargılama usulüne tabi uyuşmazlıklarda mahkeme tarafından verilen karar, aynı veya durumun özelliklerine göre temyiz mahkemesinin izni olmaksızın temyiz edilemez (PD m. 27 m. 8).

3.1.3.3.2.3. Hızlı Yargılama Usulü (Fast Track)

Hızlı yargılama usulü, küçük iddialar yargılama usulüne tabi olmayan ve değeri 10.000 ile 25.000 sterlin arasında olan uyuşmazlıklara uygulanmaktadır. Öte yandan bu yargılama usulünün uygulanabilmesi için tarafların doldurduğu soru kağıtlarının (allocation questionnaires) değerlendirilmesi sonucunda, duruşmanın bir günden fazla sürmeyeceği ve duruşmada sözlü olarak dinlenecek bilirkişi delilinin her bir taraf için bir uzman ile sınırlı olacağı¹⁶⁸⁴ noktasında hâkimde bir kanaat oluşması gereklidir [CPR m. 26.6 (4)(5)]. Uyuşmazlık bu yargılama usulünü tabi kılındıktan sonra mahkeme taraflara yargılamanın nasıl işleyeceğine dair talimatlar gönderir. Bu talimatlarda tarafların yapması gereken işlemler, bunların süreleri ve takip edilecek prosedür belirtilmektedir¹⁶⁸⁵.

Mahkemenin göndereceği standart talimatlarda genellikle şu takvim takip edilmektedir: karşılıklı olarak elde edilen bilgilerin açıklanması (disclosure) yargılama usulü tespit edildikten 4 hafta sonra; tanık ifadelerin değişimi (exchange of witness statement) yargılama usulü tespit edildikten 10 hafta sonra¹⁶⁸⁶; bilirkişi kullanılmasına mahkeme tarafından izin verildiği durumlarda, bilirkişi raporlarının karşılıklı değişimi (exchange of expert reports) yargılama usulü tespit edildikten 14 hafta sonra; duruşma öncesi yapılması gereken işlemlere ilişkin kontrol listesinin taraflara gönderilmesi (court to send out pre-trial check lists) yargılama usulü tespit edildikten 20 hafta sonra; kontrol listelerinin mahkemeye ulaştırılacağı son gün (deadline for returning pre-trial checklist) yargılama usulü tespit edildikten 22 hafta sonra; duruşma (trial, final hearing son celse) yargılama usulü tespit edildikten yaklaşık 30 hafta sonra gerçekleşir (PD 28 m. 3.12).

¹⁶⁸⁴ Madde metninde belirtilen bir uzman sınırlandırılması, her bir uzmanlık alanı için öngörülmüştür. Uyuşmazlığın çözümü için iki uzmanlık alanına ihtiyaç duyuluyorsa, taraflardan her biri iki uzman ile çalışabilecektir. Ancak uyuşmazlığın çözümü için ikiden fazla uzmanlık alanına ihtiyaç duyuluyorsa, uyuşmazlık bu yargılama usulüne tevzi edilmeyecektir. Bkz. [CPR m. 26.6 (5)(b)(i-ii)].

¹⁶⁸⁵ Bkz. <http://hmctsformfinder.justice.gov.uk/courtfinder/forms/ex304-eng.pdf>.

¹⁶⁸⁶ Konumuzla bağlantılı olarak, mahkemenin başlangıçta vereceği talimatlarda bilirkişi görüşünün mahkemeye nasıl aktarılacağı da genellikle belirtilmektedir. Bu çerçevede, bilirkişi görüşünün yazılı (rapor) veya duruşmada sözlü veya hem sözlü hem de yazılı olarak yargılamaya aktarılmasına karar verilebilir. Ancak belirtmek gerekir ki, hızlı yargılama usulüne tabi uyuşmazlıklarda kural: bilirkişi görüşünün yazılı (rapor) şekilde yargılamaya aktarılmasıdır. Mahkeme, ancak adil ve doğru bir hükme ulaşmak için gerekli (interest of justice) olduğuna kanaat getirirse, bilirkişinin duruşmada sözlü olarak görüşünü aktarmasına karar verir. Bunun yanında mahkeme, taraf bilirkişileri yerine, müşterek bilirkişi atanmasına da bu aşamada karar verebilir. Bkz. Browne ve Catlow, 2010: 131.

Mahkeme tarafından yukarıda belirtilen şekilde hazırlanan takvimde hem gün hem de saat belirtilmelidir. Ancak mahkeme duruşma için sabit bir tarih belirleyebileceği gibi iki veya üç haftalık bir zaman süreci de tespit edebilir. Taraflar, takvimde belirtilen süreleri, yazılı olarak yapacakları anlaşmayla değiştirebilir. Ancak bu şekilde yapılacak değişiklik, kontrol listesinin mahkemeye teslim edileceği son günü veya duruşma sürecini etkileyecek nitelikte olamaz¹⁶⁸⁷. Taraflardan biri, belirtilen takvim sürecine uymadığı takdirde diğer taraf mahkemeye başvurarak karşı tarafın belirtilen sürece uymasının sağlanmasını ve/veya hakkında müeyyideler uygulanmasını talep edebilir. Bu müeyyideler, bir meseleye itiraz hakkından yoksun bırakmak veya takvimle bağlantılı olarak bir delile dayanma hakkından mahrum bırakma şeklinde olabilir¹⁶⁸⁸.

Disclosure (açıklama), tarafların ellerinde bulunan veya bulunmuş davayla ilgili belgelerin karşı tarafa bildirilmesidir¹⁶⁸⁹. Medeni Usul Kuralları'nın 31.6. maddesi uyarınca bu belgeler, elinde bulunduran tarafın iddiasını destekleyecek nitelikte olabileceği gibi aksine onun iddialarını çürütebilecek veya karşı tarafın iddialarını destekleyecek nitelikte olabilir¹⁶⁹⁰. Bu sebeple, taraflar gerek kendi lehlerine gerekse de aleyhlerine olan belgeleri açıklamak zorundadır¹⁶⁹¹. Taraflar, belge listesi (list of documents) olarak isimlendirilen matbu bir forma; ellerinde bulunan belgeleri, bu belgelerden hangilerinin karşı tarafça incelenmesine (inspection) izin verildiğini, karşı tarafın incelemesine rıza gösterilmeyen belgeler varsa bunların incelenmesine neden itiraz edildiğini ve bir zamanlar ellerinde olmasına rağmen şu anda kontrollerinde olmayan belgeleri yazmalıdır. İlgili taraf, belge listesini hazırlarken makul bir araştırma yapmakla mükelleftir. Bu şekilde hazırlanan belge listesi, mahkeme tarafından belirlenecek süre içinde yargılamanın diğer tarafına gönderilmek zorundadır (CPR

¹⁶⁸⁷ Browne ve Catlow, 2010: 130.

¹⁶⁸⁸ Browne ve Catlow, 2010: 130.

¹⁶⁸⁹ İngiliz hukukunda, açıklama (disclosure) ilk etapta, tarafların bir belgenin var veya bir dönem var olduğunu açıklamasıdır (CPR m. 31.2). Belge ise içine bilgi kaydedilebilecek her türlü şeyi ifade etmektedir (CPR m. 31.4). Bu şekilde açıklanan belgeler ise bazı istisnalar dışında talebe bağlı olarak yargılamanın karşı tarafınca incelenebilmektedir (Bkz. CPR m. 31.3). Bu talebin, açıklama yapan tarafa yazılı olarak yapılması gerekir (CPR m. 31.15). Açıklama (disclosure) kural olarak yargılama başladıktan sonra gerçekleştirilmekle beraber gerekli koşulların varlığı halinde dava açılmadan önce de belgelerin açıklanmasına karar verilebilir (CPR m. 31.16).

¹⁶⁹⁰ Medeni Usul Kuralları'nın açıklamaya (disclosure) ilişkin hükümleri, küçük iddialar yargılama usulünde (small claim track) uygulanmaz [CPR m. 31.1 (2)].

¹⁶⁹¹ Bond vd., 2012: 46. Türkiye gibi Kıta Avrupa hukuk sistemini benimsemiş ülkelerdeki hukukçuların bu safhayı anlamaları her zaman için kolay olmamaktadır. Nitekim bir mahkeme kararında da bu durum şöyle tespit edilmiştir: "Bu ülkedeki davalar "kartlar masanın üzerinde" (cards upon the table) prensibine göre yürütülür. Başka topraklardan gelen bazı kişiler bunu anlaşılmaz bulmaktadır. Bu kişiler neden beni mağlubiye uğratacak şeyleri karşı tarafa sağlamam gerekli diye sormaktadır. Bunun cevabı şüphesiz davanın bir savaş veya oyun olmayışıdır. Dava, iki karşıt taraf arasında gerçek adaleti sağlamak için tasarlanmıştır ve mahkeme gerekli bütün bilgilere sahip değilse bu amacı gerçekleştiremeyecektir." Davies v Eli Lilly and Co. (1987) 1 WLR 428. Kararın ilgili bölümü için bkz. Hall ve Smith, 2001: 35.

m. 31)¹⁶⁹². Karşı tarafça hazırlanmış belge listesini alan taraf, yazılı bir taleple listede belirtilen belgeleri inceleyebilir (inspection)¹⁶⁹³. Bu şekilde talep alan taraf, en geç yedi gün içinde bu belgelerin incelenmesine izin vermelidir (CPR m. 31.15). İnceleme yapmak isteyen taraf, ilgili belgelerin bir örneğinin kendisine verilmesini de isteyebilir. Ancak bu durumda gerekli masrafları ödemek zorundadır (CPR m. 31.15). Yukarıda belirtilen şekilde belgeleri açıklamayan veya açıklasa da kabul edilebilir bir mazereti olmadan karşı tarafın incelemesine izin vermeyen taraf, aksi mahkeme tarafından karar verilmedikçe, ilgili belgeleri kendi davasını desteklemek için kullanamaz (CPR m. 31.21). Ayrıca talep sahibi, gerekli ihtarları yaptıktan sonra yükümlülüğün yerine getirilmesi için mahkemeye başvurarak bu konuda bir karar verilmesini talep edebilir. Mahkeme, bu başvuru üzerine, ilgili yükümlülüğü ve bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi halinde uygulanacak yaptırımları da içeren bir karar (unless order) verir¹⁶⁹⁴. Bunun dışında, kötü niyetli olarak yanlış açıklama yapan veya yapılmasına neden olan taraf hakkında mahkemeye itaatsizlik (contempt of court) süreci başlatılabilir (CPR m. 31.23). Açıklama yükümlülüğü ve buna bağlı inceleme yapma yetkisi yargılama müddetince devam eder. Bu bağlamda, davayı etkileyebilecek nitelikte olan belgeyi, yargılamanın ilerleyen safhalarında eline geçiren taraf, bunu derhal yargılamanın diğer tarafına da bildirmekle yükümlüdür (CPR m. 31.11).

Açıklama (disclosure), genellikle yargılamanın tarafları arasında gerçekleşmesine rağmen taraflar gerekli şartların varlığı halinde üçüncü kişilerin ellerinde olan belgelerin de açıklanmasını isteyebilir. Bu şekilde bir talebi olan taraf, talebini destekleyecek delillerle birlikte mahkemeye başvurmalıdır [CPR m. 31.17(2)]. Mahkeme, açıklanması istenen belgenin taraflardan birinin iddiasını etkileyebilecek nitelikte olduğunu görür ve açıklamanın (disclosure) yargılamanın adil şekilde sürdürülmesi veya masrafların azaltılması için gerekli olduğuna kanaat getirirse, talebin kabulüne karar verir [CPR m. 31.17(3)(a-b)]. Mahkeme, üçüncü kişinin hangi belge veya belgeleri açıklaması gerektiğini, eğer bu belgeler hali hazırda üçüncü kişinin kontrolünde bulunmuyorsa, bu durumun sebepleriyle (ilgili belgenin neden üçüncü kişinin kontrolünde olmadığını gösteren sebeplerin) bildirilmesini, üçüncü kişinin

¹⁶⁹² Yukarıda belirtilen usul standart açıklamaya (standard disclosure) ilişkin olup, bu şekilde taraflar yeterince bilgi elde edemez veya taraflardan birinin yeterli derecede araştırma yapıp bilgi sağlamadığı düşünülürse, mahkeme ek bir açıklama yapılmasına (disclosure) karar verebilir. Bkz. Bond vd., 2012: 46.

¹⁶⁹³ Açıklama yükümlülüğünün yerine getirilmesinden dolayı öğrenilen veya incelenen belgeler ancak bu yükümlülüğün yerine getirildiği yargılamada kullanılabilir. Öğrenilen ve incelenen belgeler, kanunlarda belirtilen istisnalar dışında başka bir amaçla kullanılamaz. Ayrıca mahkeme, kanunlarda sayılan istisna durumlarda dahi ilgili belgenin başka bir amaçla kullanılmasını kısıtlayabilir veya yasaklayabilir (CPR m. 31.22).

¹⁶⁹⁴ Yalabık, 2016: 284 vd. Mahkeme kararına rağmen disclosure (açıklama) yükümlülüğü yerine getirilmezse, çeşitli yaptırımlar uygulanabilmektedir. Bunlardan belki de en önemlisi ilgili iddia ve savunmaların yargılamadan çıkarılmasıdır (striking out of claims and defences). Açıklamalar, detaylı bilgi ve uygulanabilecek diğer yaptırımlar için bkz. Age: 285 vd.

açıklanacak belgenin incelenmesine rıza göstermemesini haklı gösterecek bir talebi varsa, bunun da bildirilmesine karar verir [CPR m. 31.17.(4)(a-b), (5)]. Bunun yanında mahkeme, açıklama ve incelemenin gerçekleşeceği yer ve zamanı da kararında belirtebilir [CPR m. 31.17(5)].

Belgeler yukarıda belirtildiği gibi karşılıklı olarak açıklanıp, taraflarca incelendikten sonra yargılamada kullanılacak şahitlerin yazılı ifadeleri (witness statements) takvime uygun olarak karşılıklı olarak değiştirilir (CPR m. 32.4). Bundan sonra her iki tarafında bilirkişi atadığı durumlarda, bilirkişiler tarafından hazırlanan raporlar, takvime uygun olarak karşılıklı olarak açıklanır¹⁶⁹⁵. Taraflar, diğer tarafın bilirkişisine yazılı sorular yöneltebileceği gibi duruşmadan önce bilirkişilerin kendi aralarında müzakere yapmalarına da karar verilebilir¹⁶⁹⁶.

Yukarıda belirtildiği gibi ilgili belgeler karşılıklı incelenip, şahit ifadeleri ve bilirkişi raporları değiş tokuş edildikten sonra, mahkeme uygun bir sürede taraflara kontrol listesi gönderir (court to send out pre-trial check lists). Kontrol listesi, taraflarca doldurulduktan sonra hâkim tarafından belirlenmiş süre içinde tekrar mahkemeye gönderilmelidir¹⁶⁹⁷. Mahkeme, bu listelere bakarak, daha önce yapılmasını emrettiği işlerin yapılıp yapılmadığını ve duruşma öncesinde taraflara farklı talimatlar (directions) verilmesine gerek olup olmadığını değerlendirmektedir. Öte yandan bu aşamada, mahkeme takvimde belirlenen duruşma tarihinin onaylanmasına yahut başlangıçta bir duruşma süreci belirtilen hallerde (kesin bir tarih belirlenmeyen durumlarda) kesin duruşma tarihine ve yerine de karar verir [CPR m. 28.6]¹⁶⁹⁸.

Mahkeme duruşma tarihini en az üç hafta önceden taraflara bildirir (notice of the trial date) [CPR m. 28.6(2)]. Bu yargılama usulüne tabi davalara ilişkin celseler (hearing), mahkeme salonunda veya hâkimin odasında görülebilir. Bu davalara ilişkin duruşmalar “circuit” veya “district” hâkim nezaretinde görülür. Duruşmada hâkim önce davacıyı sonra davalıyı dinler. Taraflara ve tanıklara delillerini sunarken doğruyu söylediklerine dair yemin ettirilir (swear on oath) veya teyit beyanı (affirm) verdirilir. Taraflardan her biri, diğer tarafa veya onun tanıklarına çapraz sorgulama yöntemiyle soru sorabilir. Bunun dışında hâkim de taraflara ve tanıklara soru sorma hakkına sahiptir. Bütün deliller sunulduktan sonra mahkeme kararını verir. Duruşmadan sonra karar taraflara yazılı olarak da tebliğ edilir. Hâkimin karar

¹⁶⁹⁵ Browne ve Catlow, 2010: 131.

¹⁶⁹⁶ Bond vd., 2012: 47.

¹⁶⁹⁷ Kontrol listesinin süresinde teslim edilmemesi, mahkeme tarafından çeşitli şekillerde müeyyideye tabi tutulabilir. Örneğin, süreye uymayan tarafın dilekçesi (dava veya cevap dilekçesi) mahkeme tarafından reddedilebilir. (striking out a statement of case). <http://hmctsformfinder.justice.gov.uk/courtfinder/forms/ex304-eng.pdf>, s. 7.

¹⁶⁹⁸ Browne ve Catlow, 2010: 131.

vermesi için daha çok zamana ihtiyacı varsa, duruşmada veya duruşmadan sonra yazılı olarak taraflara kararın verileceği zaman ve yer bildirilir (reserving the judgment)¹⁶⁹⁹.

3.1.3.3.2.4. Çoklu Yargılama Usulü (Multi Track)

Çoklu yargılama usulü, kural olarak değer veya miktarı 25.000 sterlin ve üstünde olan karmaşık davalarda uygulanan yargılama usulüdür¹⁷⁰⁰. Bu usule tabi davaların birbirinden farklı ve karmaşık nitelikli olmasının sonucu olarak, dava yönetiminde hâkim esnek bırakılmıştır¹⁷⁰¹. Hâkim davanın türüne, uyuşmazlığın değerine ve karmaşıklığına göre yargılamayı farklı şekillerde yürütebilmektedir. Bu çerçevede, çok karmaşık olmayan davalarda hâkimin hızlı yargılama usulünde (fast track) benimsenen süreci ve talimatları esas alabileceği belirtilirken, daha karmaşık davalarda, uyuşmazlığın özelliklerine göre dava yönetim toplantısı (case management conference) düzenleyerek, yargılamayı farklı şekilde yönetebileceği ve buna uygun olarak taraflara talimatlar verebileceği ifade edilmektedir¹⁷⁰².

Mahkeme, dava yönetim toplantısı gerçekleştirmeye karar verirse, tarafların dilekçelerinde iddialarını açık ve net olarak açıklayıp açıklamadıklarını, tarafların dilekçelerinde değişikliğe ihtiyaç duyulup duyulmadığını, hangi belgelerin karşı tarafa açıklanmasının gerektiğini, konumuzla bağlantılı olarak bilirkişi deliline ihtiyaç duyulup duyulmadığını, duyuluyorsa bu delilin nasıl elde edilip, yargılamaya nasıl aktarılacağını (sözlü veya yazılı olarak) ve duruşmanın nasıl gerçekleştirilebileceğini taraflarla birlikte değerlendirir¹⁷⁰³. Yapılan değerlendirme sonucunda, duruşmaya kadar olan süreç için bir takvim hazırlanır ve taraflara gerekli talimatlar verilir.

Öte yandan bu yargılama usulüne tabi davalarda, mahkeme dava yönetim toplantısı dışında, duruşma öncesi denetim (pre-trial review) toplantısı yapılmasına da karar verebilir [CPR m. 29.3]. Bu denetimin, genellikle tarafların kontrol listesini (checklists) mahkemeye göndermesinden sonra duruşmaya yakın bir zamanda gerçekleştirildiği görülmektedir [CPR m. 29.7]. Bu inceleme vasıtasıyla, tarafların verilen talimatlara uyup uymadığının kontrol edilmesi, duruşma takviminin kesinleştirilmesi, uyuşmazlık konusu hususların tespit edilip, duruşmada hangi sırayla tetkik edileceğinin belirlenmesi veya duruşma için gerekli evrakların

¹⁶⁹⁹ Güralp, 2011: 189 vd; https://www.citizensadvice.org.uk/Global/Migrated_Documents/advisernet/04080403-ew-the-fast-track-and-the-multi-track-in-the-civil-courts-pdf-8.pdf: 8 vd; Gündüz, 2009: 121-122. Dava “Circuit judge” olarak adlandırılan hâkim nezaretinde görülüyorsa hâkime “your honour”(sayın yargıç) şeklinde hitap edilmelidir. Buna karşılık dava “district judge” nezaretinde görülüyorsa taraflar hâkime Sir/Madam (bay/bayan) şeklinde hitap etmelidir. Age: 8.

¹⁷⁰⁰ Browne ve Catlow, 2010: 132.

¹⁷⁰¹ Slapper ve Kelly, 2012: 203.

¹⁷⁰² Browne ve Catlow, 2010: 132; Slapper ve Kelly, 2012: 203. Bu yargılama usulünde, mahkemenin takdirine göre uygulanacak, disclosure (açıklama) sürecine ilişkin düzenlemeler için ayrıca bkz. Bkz. CPR 31.5(2)(3-8)

¹⁷⁰³ Browne ve Catlow, 2010: 133.

(trial bundle) hazırlanması gibi duruşmanın (trial) verimli bir şekilde yürütülmesini sağlayacak hususların düzenlenmesi ve değerlendirilmesi yapılmaktadır. Böylece mahkeme, duruşma aşamasına geçilmeden önce tarafların ve genel anlamda davanın duruşmaya hazır olup olmadığını görebilmekte, herhangi bir eksiklik veya belirsizlik söz konusu olduğu durumlarda ise bunların giderilmesini sağlayabilmektedir. Ayrıca bu toplantı ile duruşmadan önce, taraflara anlaşmak (sulh) için son bir imkân tanındığı da belirtilmektedir¹⁷⁰⁴.

Çoklu yargılama usulüne tabi davalarda, duruşma öncesi denetim (pre-trial review) gerçekleştirildikten sonra belirlenen tarihe uygun olarak duruşma safhasına geçilmektedir. Duruşma, hızlı yargılama usulüne benzer şekilde ancak genellikle mahkeme salonunda yapılır¹⁷⁰⁵. Duruşma öncelikle tarafların açılış konuşmalarıyla başlar. Bundan sonra davacı taraf kendi davasını, delillerini ve tanıklarını sunar. Davacı tarafından çağrılan tanıklara önce davacı daha sonra davalı tarafından sorular yöneltilir (direct and cross examination). Davacının sunumu tamamlandıktan sonra davalı da kendi davasını, delillerini ve tanıklarını sunar. Davalı tanıkları da önce davalı sonra davacı tarafından sorgulanır. Daha sonra taraflar, sundukları delilleri ve vakıaları özetleyen kapanış konuşmaları gerçekleştirir¹⁷⁰⁶. Bu şekilde bütün vakıalar ve deliller sunulup, tartışıldıktan sonra mahkeme kararını verir. Mahkeme kararını açıklamadan önce kısa bir ara verebilir. Bunun dışında mahkeme kararını vermek için daha çok zamana ihtiyaç duyarsa bunu taraflara bildirir ve verilecek hüküm yazılı olarak taraflara tebliğ edilir¹⁷⁰⁷.

3.2. Bilirkişilik Tarihi, Tanımı ve Kabul Edilebilirliği

3.2.1. Tarihi

İngiliz hukukunda bilirkişilik kurumunun varlığı çok eski tarihlere dayanmaktadır. Ancak özellikle 15. yüzyıldan önce özel ve teknik bilgi ihtiyacı, modern anlamıyla bilirkişiler tarafından değil, daha ziyade belirli bir konuda özel bilgi ve tecrübeye sahip jüri üyeleri tarafından karşılanmaktaydı. Bu bağlamda, bilgi ve tecrübeye sahip kişiler, bugünkü anlamıyla tanık olarak değil, vakıalar hakkında karar vermeye yetkili jüri üyesi sıfatıyla

¹⁷⁰⁴ Açıklamalar ve genel bilgi için bkz. Güralp, 2011: 185; Gündüz, 2009: 112; Yalabık, 2016: 184 vd. <https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/standard-directions/general/trial-arrangements#:~:text=A%20pre%2Dtrial%20review%20is,down%20as%20far%20as%20possible>. Duruşma öncesi denetim toplantısının (celsenin-hearings), uygulamada sıklıkla görüldüğü üzere, telefon vasıtasıyla gerçekleştirilmesi de mümkündür. Bkz. Age.

¹⁷⁰⁵ İngiliz hukuk sisteminde davaların birçoğu duruşma safhasına geçilmeden çözülmektedir. Zira daha bu aşamaya geçilmeden taraflar anlaşmakta yahut dava reddedilmekte veya da “summary judgment” gibi yargılamayı hızlandıran çeşitli hukuki müesseselerle davalar sonuçlandırılmaktadır. Bu sebeple, davaların pek azı, hâkimin duruşmada tanıkları dinleyip, esas hakkında karar vermesiyle sonuçlanmaktadır. Bkz. Andrews, 2013: 1367 vd.

¹⁷⁰⁶ Bond vd., 2012: 114.

¹⁷⁰⁷ Bond vd., 2012: 114.

mahkemede bulunmaktaydı¹⁷⁰⁸. Ancak bu tarihlerde özel ve teknik bilgiye ulaşmanın tek yolu ilgili konuda bilgiye sahip jüri üyesi bulundurmak değildi. Bazı eski tarihli mahkeme kararlarında görüldüğü gibi; hâkim, ilgili konuda bir sonuca ulaşamadığı durumlarda, o konuda bilgiye sahip kişileri yargılamaya dâhil edilip, onlardan yardım talep edebilmekteydi¹⁷⁰⁹. Örneğin: 1353 tarihli, yaralama suçuyla ilgili bir davada mahkemeye yardım etmesi için bir cerrah yargılamaya çağırılmıştır¹⁷¹⁰. Bu anlamda özel ve teknik bilgiye sahip kişiler jüri üyesi olarak yargılamada görev aldıkları gibi bazı durumlarda karar vericilere (jüri ve/veya hâkim) yardım etmek için danışman olarak da mahkemeye çağırılabilmekteydi¹⁷¹¹. 15. yüzyıl ile 17. yüzyıl arasında ise ikinci tür özel ve teknik bilgi elde etme yolunun yavaş yavaş daha ağır bastığı ifade edilmektedir¹⁷¹². 17. yüzyılın sonlarına doğru da bu tür bilgi ve tecrübeye sahip kişilerin günümüz bilirkişilerine uygulandığı gibi sözlü sorgulamaya tabi bir şekilde ifade vermeye başladıkları görülmektedir¹⁷¹³. Ancak belirtmek gerekir ki, bu yüzyıllarda dahi zaman zaman özel ve teknik bilgiye sahip jüri üyelerinin de yargılamada kullanıldıkları görülmektedir¹⁷¹⁴.

İlerleyen zamanlarda İngiliz yargılaması daha mücadeleci bir yapıya dönüşmüş, bunun sonucu olarak da ispata ilişkin meselelerde avukatların kontrolü artmıştır. Bu gelişmelere paralel olarak bir noktada (muhtemelen 18. yüzyılın ortalarında), taraflar kendi bilirkişilerini yargılamaya dâhil etmeye başlamışlardır¹⁷¹⁵. Bu durumu takiben, geleneksel Anglo Amerikan bilirkişilik kurumuna ilişkin hükümlerin temelleri, 18. ve 19. yüzyılda verilen mahkeme kararlarıyla atılmaya başlanmıştır¹⁷¹⁶. Örneğin, tanık olarak kabul edilen şahitlerin sadece duyu organlarıyla algıladıkları vakıalar hakkında ifade verebilmesi kabul edilmişken, yine şahitler gibi tanık olarak kabul edilen bilirkişilerin kanaat (görüş) ve çıkarım şeklinde ifade vermesine izin veren modern bilirkişilik hukukunun temel varsayımı (opinion rule) bu tarihlerde ortaya çıkmıştır¹⁷¹⁷. 1782 tarihli bir mahkeme kararına göre, bilirkişi olarak çağrılan tanıkların ilgili meseleler hakkında görüş bildirebileceği (common law geleneğinde şahitlerin görüş (kanaat) bildirmesi yasaklanmaktaydı) belirtildikten sonra özel bilgiye ihtiyaç

¹⁷⁰⁸ Mnookin, 2007: 105; Hodgkinson ve James, 2010: 8.

¹⁷⁰⁹ Hodgkinson ve James, 2010: 8; Mnookin, 2007: 105.

¹⁷¹⁰ (1353) Lib. Ass. 145. Kararın ilgili bölümü için bkz. Hodgkinson ve James, 2010: 8. Aynı şekilde 1493 tarihli bir davada dilbilgisi ustalarının Latince bir pasajın anlaşılması ve yorumlanması amacıyla mahkemeye yardım ettikleri görülmektedir. Bkz. Hodgkinson ve James, 2010: 8.

¹⁷¹¹ Mnookin, 2007: 105.

¹⁷¹² Hodgkinson ve James, 2010: 8.

¹⁷¹³ Hodgkinson ve James, 2010: 9.

¹⁷¹⁴ Willoughby's Case (1597) Cro. Eliz 566. Kararın ilgili bölümü için bkz. Hodgkinson ve James, 2010: 9.

¹⁷¹⁵ Mnookin, 2007: 107.

¹⁷¹⁶ Hall ve Smith, 2001: 1; Tapper, 2010: 542.

¹⁷¹⁷ Hodgkinson ve James, 2010: 10.

duyulmayan hallerde bilirkişi delilinin yargılama dışında bırakılacağı belirtilmiştir¹⁷¹⁸. 1894 tarihli başka bir kararda bilirkişilerin meslek olarak icra etmedikleri konularda da yeterli bilgi ve beceriye sahip oldukları takdirde mahkemede görüş bildirebilecekleri ifade edilmiştir. Bu karara göre, bilirkişilerin ilgili konuda uzmanlığa sahip olması gerekliyse de bu uzmanlığın (yeteneğin) belirli bir şekilde elde edilmesine ve özellikle bir mesleğin icrasından kaynaklanması gerekli değildir¹⁷¹⁹.

19. yüzyılın ortalarında taraf bilirkişiliği daha da yaygın hale gelmiştir. Uyuşmazlığın taraflarının daha sık kendi bilirkişilerini atamaya başlamasıyla da yargılamada bilirkişi mücadeleleri ortaya çıkmıştır. Bu gelişmelerin yansıması olarak bilirkişiler, o tarihlerden itibaren kendilerini tutan tarafın menfaatlerine hizmet eden kişiler olarak görülmeye başlanmıştır¹⁷²⁰. Yine aynı tarihlerde bilimsel ve teknik bilgiye sahip kişiler hem mahkeme kararlarında hem de ders kitaplarında belirli delil sınıfı olarak kabul edilmeye başlanmıştır. Yine bu yüzyılda ilk defa uzman (bilirkişi, expert) ifadesi ortaya çıkmıştır¹⁷²¹.

Bu dönemden sonra İngiliz bilirkişilik sistemi, bazı reform çalışmalarına konu olmakla beraber aşağı yukarı benzer şekilde işlemiştir. Ancak bu süreç içerisinde bilirkişilik, usule ilişkin birçok problemin kaynağı olarak görülmüştür. Özellikle güncel bilirkişilik hükümlerini düzenleyen Medeni Usul Kuralları'nın (CPR) yürürlüğe girmesinden önceki dönemde bilirkişilik müessesesi yargılamada gereksiz gecikme, masraf ve tarafgirliğin nedenlerinden biri olarak görülmekteydi¹⁷²². Bu durumun en önemli sebeplerden biri olarak ise, bilirkişilerin yalnızca taraflarca atanması gösterilmekteydi. Zira taraflarca atanmanın sonucu olarak, bilirkişilerin kendilerini yargılamaya dâhil eden tarafa çok yakın hissetmeleri ve adeta karşı tarafla kendileri mücadele içindeymiş gibi hareket etmeleri, bilirkişilerin tarafsızlığı noktasında önemli şüphelere sebebiyet vermiştir¹⁷²³. Bu çerçevede bazı yazarlar, bilirkişileri mahkemelere gerçeği bulmakta yardımcı olan tanıklardan ziyade kendilerini tutan tarafın temsilcileri gibi görmekteydi¹⁷²⁴. Bunun yanında taraflardan her birinin, kendi bilirkişisine ayrı ayrı ücret vermesi yargılamayı daha masraflı hale getirirken, her bir bilirkişinin ayrı ayrı dinlenip sorgulanmasının ve bu bilirkişilerin hazırladıkları raporların karşılık olarak değiştirilip incelenmesinin neden olduğu zaman kaybı da yargılamanın uzamasına neden olmuştur.

¹⁷¹⁸ Folkes v Chard [1782] 3 Doug. KB 157. Kararın ilgili bölümü için bkz. Hall ve Smith, 2001: 1-2.

¹⁷¹⁹ R v Silverlock [1894] 2 QB 766. Kararın ilgili bölümü için bkz. Hall ve Smith, 2001: 2-3.

¹⁷²⁰ Mnookin, 2007: 107-108.

¹⁷²¹ Hodgkinson ve James, 2010: 10.

¹⁷²² Zuckerman, 2003: 616.

¹⁷²³ Zuckerman, 2003: 616; Andrews, 2003: 740.

¹⁷²⁴ Zuckerman, 2003: 616.

Bu gerekçelerle, medeni yargılama reformunu gerçekleştiren Lord Woolf, muvakkat raporunda (interim report) İngiliz bilirkişilik sistemini, Anglo Amerikan hukuk sisteminden ayırarak, Kıta Avrupa hukuk sistemine benzer bir yapıya kavuşmasını istemiştir. Woolf'e göre, Kıta Avrupa hukuk sisteminin benimsediği mahkeme tarafından atanan bilirkişiler, İngiliz mahkemelerine de egemen olmalıydı¹⁷²⁵. Woolf'un İngiliz hukukuna göre radikal sayılabilecek bu önerisi, özellikle uygulayıcılarda birtakım kaygıları da beraberinde getirmiştir. Bu görüşe karşı çıkan düşünceye göre; Kıta Avrupa hukuk sisteminin benimsediği mahkeme bilirkişilerine ağırlık verilmesi halinde, yargılamada karar verici, hâkim değil bilirkişi olacaktır. Öte yandan mahkeme tarafından bilirkişi atanması, yargılamayı ucuzlatmak yerine daha da masraflı hale getirecektir. Zira tarafların bilirkişilerinin yanında mahkeme bilirkişisinin atanması ek bir külfet doğuracaktır. Son olarak da, ilgili alanda birden fazla kabul edilebilir görüşün bulunması halinde, tek bir bilirkişiden görüş alınması mahkemenin diğer görüşleri sağlıklı bir şekilde duymasını ve değerlendirilmesini kısıtlayacaktır¹⁷²⁶. Bu endişeler ve uygulayıcıların bir bölümünün mücadeleci sisteme sadakatleri, Lord Woolf'ü Kıta Avrupa hukuk sistemiyle, Anglo Amerikan hukuk sistemi arasında bir formül bulmaya itmiştir. Bu sebeple, Woolf'ün temellerini attığı ve 1999 yılında yürürlüğe giren Medeni Usul Kuralları (CPR), bir taraftan eski sistemin sakıncalarını bertaraf etmek için bazı radikal önlemler öngörürken, diğer taraftan eski sistemin ana ilkelerini korumaya çalışmıştır.

Lord Woolf'ün önerileriyle şekillendirilen Medeni Usul Kuralları'nın bilirkişilik noktasında getirdiği yeniliklerden birincisi, bilirkişi üzerindeki kontrol ve yetkinin taraflardan alınıp mahkemeye verilmesidir¹⁷²⁷. Bu çerçevede, aşağıda ayrıntılı olarak inceleyeceğimiz üzere taraflar, mahkemenin izni olmaksızın bilirkişi atayamayacakları gibi, bilirkişi deliline de (raporuna) dayanamazlar. Tarafların talebinin kabul edildiği durumlarda da bilirkişinin inceleme yapacağı konu, mahkeme tarafından belirlenebilir ve sınırlandırılabilir [CPR m. 35.4 (3)]. Aynı şekilde mahkeme, bilirkişi görüşünün yargılamaya aktarılma şekline de müdahale edebilir. Bu bağlamda, bilirkişi görüşünün yargılamaya yazılı rapor olarak aktarılması kural olmasına rağmen mahkeme bunun aksine yani, bilirkişinin duruşmada sözlü olarak ifade vermesine de karar verebilmektedir (CPR m. 35.5). Bunun yanında, bilirkişiliğin gereksiz ve orantısız kullanılmasının önlenmesi amacıyla mahkeme, bilirkişi sayısını kısıtlayabileceği

¹⁷²⁵ Dwyer, 2008: 308.

¹⁷²⁶ Dwyer, 2008: 308.

¹⁷²⁷ Jackson, 2014: 1136; Zuckerman, 2003: 616-617. Esasen Medeni Usul Kuralları'ndan önce yürürlükte olan yüksek mahkeme ve county court kuralları da mahkemeye bilirkişi üzerinde kontrol yetkisi vermekteydi. Ancak uygulamada her zaman için bu kontrol, hâkimler tarafından kullanılmamaktaydı. Bkz. Jackson, 2014: 1136.

gibi yargılama gideri olarak karşı taraftan tahsil edilebilecek bilirkişi ücretini de davanın başında sınırlandırabilir (CPR m. 35.4)¹⁷²⁸.

İkinci önlem ise, bilirkişilerin asıl sorumluluklarının mahkemeye karşı olduğunun açıkça ifade edilmesidir¹⁷²⁹. Medeni Usul Kuralları'nın 35.3 maddesinde; bilirkişinin asli görevinin, mahkemeye uzmanlık alanı ile ilgili konularda yardımcı olmak olduğu belirtilmiş ve bu görevin, bilirkişiyi ücretini ödeyerek mahkemeye dâhil eden ve ona talimatlar veren tarafa karşı olan yükümlülüklerden üstün olduğu açıkça düzenlenmiştir. Böylece bilirkişilerin tarafsız olarak hareket etmesi amaçlanmıştır.

Üçüncü önlem ise, Lord Woolf'un temel önerilerinden olan mahkeme bilirkişisinin önemli ölçüde değişikliğe uğramış şekli olan ve müşterek bilirkişi (single joint expert) olarak adlandırılan yeni bir bilirkişilik türünün düzenlenmesidir¹⁷³⁰. Bu bilirkişilik türüyle mahkemenin taraflardan bağımsız bir uzmandan görüş alabilmesi sağlanmıştır¹⁷³¹. Aynı zamanda bu müesseseyle, gerek bilirkişinin atanması gerekse de ona talimat verme sürecinde tarafların birlikte hareket etme ihtimalinin artırılması hedeflenmiştir¹⁷³².

Yukarıda belirttiğimiz üzere, getirilen bütün değişikliklere rağmen yeni Medeni Usul Kuralları'yla birlikte bilirkişilik üzerindeki mücadelecî yapının tamamen ortadan kaldırıldığı söylenemez. Her ne kadar müşterek bilirkişi olarak adlandırılan yeni bir bilirkişilik türü kabul edilse de hali hazırda ortak hukukun geleneksel bilirkişi atama yöntemi olan taraflarca bilirkişi atama yöntemi korunmaktadır. Nitekim bu görüşte olan bir yazara göre, bilirkişilikle ilgili mücadelecî yapının dezavantajları, faydaları göz önünde bulundurulduğunda göz ardı edilebilecek niteliktedir. Mücadelecî sistemin uygun koruma yöntemleri devam ettirildiği müddetçe objektif olduğu varsayılan maaşlı ve özellikle çapraz sorgulamaya tabi olmayan bilirkişiler yerine taraflarca atanan entelektüel özene sahip bağımsız bilirkişilerin atanması daha uygundur¹⁷³³.

Bilirkişiler üzerindeki mücadelecî yapının devam etmesi, uzun yıllardır devam eden bilirkişilerin taraflarca atanmasına ilişkin kaygı ve eleştirilerin günümüze taşınmasına sebep olmaktadır. Öte yandan yürürlüğe girmesinden sonra uzun yıllar geçmesine rağmen Medeni Usul Kuralları'yla getirilen değişikliklerin bilirkişilik müessesesindeki diğer problemlere de tam olarak çare olamadığı doktrinindeki bazı yazarlarca ileri sürülmektedir¹⁷³⁴. Bu düşünceye göre; her ne kadar Medeni Usul Kuralları'nda, bilirkişilerin öncelikli yükümlülüğünün

¹⁷²⁸ Andrews, 2003: 743.

¹⁷²⁹ Zuckerman, 2003: 616-617; Andrews, 2003: 74; Dwyer, 2008: 308.

¹⁷³⁰ Dwyer, 2008: 309.

¹⁷³¹ Andrews, 2003: 743.

¹⁷³² Zuckerman, 2003: 616-617; Andrews, 2003: 743.

¹⁷³³ Malek, 2013: 1156-1157.

¹⁷³⁴ Malek, 2013: 1147-1148; Clarke, 2006: v.

mahkemeye yardımcı olmak olduğu belirtilse de, taraflarca seçilen ve ücreti ödenen bilirkişinin özellikle bilimsel olarak kesin bir kanaate ulaşamadığı durumlarda kendisini yargılamaya dâhil eden taraf lehine görüş bildirmesi, insanın doğası gereğidir¹⁷³⁵. Diğer taraftan yeni kurallarla bilirkişinin sebep olduğu masrafların azalması beklenirken, mevcut durum itibariyle masraflarda beklenen düşme de görülmemektedir¹⁷³⁶.

3.2.2. Tanımı ve Benzerlerinden Farkları

Bilirkişiliğe ilişkin güncel temel hükümler, 1999 yılında yürürlüğe giren Medeni Usul Kuralları'nın bilirkişiler (uzman) ve hâkim yardımcıları (experts and assessors) başlığını taşıyan ve 15 alt ana başlıktan oluşan 35. bölümünde yer almaktadır¹⁷³⁷. Bunun yanında, belirtilen hükümleri açıklayıcı ve yorumlayıcı nitelikte birtakım normatif düzenlemeler bulunmaktadır. İngiliz bilirkişilik sisteminin anlaşılabilmesi için Medeni Usul Kuralları'yla, belirtilen bu hükümlerin birlikte okunması gereklidir. Bu düzenlemelerin başında; 35. bölüme ilişkin uygulama talimatları (Part 35 Practice Direction) ile Medeni Adalet Konseyi¹⁷³⁸ (Civil Justice Council) tarafından 2014 yılında çıkarılan yol gösterici nitelikteki düzenlemeler¹⁷³⁹ (Guidance for the Instruction of Experts in Civil Claims) sayılabilir¹⁷⁴⁰. Bunun yanında yargı içtihatları da, Anglo Amerikan hukuk geleneğine uygun olarak bilirkişilik kurumunun işleyişinin anlaşılması için önemli bir kaynaktır¹⁷⁴¹.

Bilirkişi, Medeni Usul Kuralları'nın 35.2. maddesinde tanımlanmıştır. Buna göre; bilirkişi, mahkemede görülecek yargılamada kullanılmak amacıyla bilirkişi delili hazırlamak veya sunmak amacıyla talimat verilmiş kişidir [CPR m. 35.2.(1)]. Müşterek bilirkişi ise taraflardan her ikisi veya daha fazlası adına mahkemeye rapor hazırlamak için görevlendirilmiş bilirkişiyi ifade eder [CPR m. 35.2 (2)]. Bilirkişi tanımında geçen ifade, esas itibariyle “expert” yani uzmandır. Ancak bu ifade Türk hukuku bakımından bilirkişiyi ifade

¹⁷³⁵ Clarke, 2006: v.

¹⁷³⁶ Malek, 2013: 1148.

¹⁷³⁷ Dwyer, 2008: 184.

¹⁷³⁸ Medeni Adalet Konseyi, 1997 tarihli Medeni Usul Kanunu (Civil Procedure Act 1997) ile oluşturulmuş bir kurumdur. Bu kurum, medeni yargılama sisteminin güncellenmesi ve daha iyi uygulanması noktasında Adalet Bakanlığı'na ve medeni usul kuralları komitesine tavsiye niteliğinde görüşler vermektedir.

¹⁷³⁹ Bu düzenlemenin temel amacı, bilirkişiliğe ilişkin Medeni Usul Kuralları'nın 35. bölümünün uygulamasının anlaşılması noktasında taraflara ve bilirkişilere yardımcı olmaktır [Guidance for the Instruction of experts In Civil Claims (Guidance) m. 1]. 2014 yılında çıkarılan bu düzenlemeden önce yine Medeni Adalet Konseyi tarafından 2005 yılında çıkarılmış bilirkişi protokolü [Protocol for the Instruction of Experts to Give Evidence in Civil Claims (Protocol)] dikkate alınmaktaydı. Esasen bu iki düzenlemenin amacı ve hükümleri arasında büyük farklılıklar yoktur. Nitekim 2005 yılında çıkarılan düzenlemenin amacı da, bilirkişiğe ilişkin hükümlerin yorumlanmasında ve uygulanmasında gerek bilirkişilere gerekse de taraflara yardımcı olmaktır (Protocol m. 2). Bu çerçevede, yerini 2014 yılında yeni düzenlemeye bıraksa da 2005 yılında çıkarılan protokol hükümleri de bilirkişiliğe ilişkin Medeni Usul Kuralları'nın 35. bölümünün anlaşılmasında dikkate alınabilecek nitelikte düzenlemelerdir.

¹⁷⁴⁰ Dwyer, 2008: 184.

¹⁷⁴¹ Dwyer, 2008: 184.

etmektedir. Doktrindeki bir görüşe göre; tanımda klasik Anglo Amerikan hukuk literatüründe bilirkişiye ifade eden “expert witness” yani “uzman tanık” ifadesi yerine sadece “expert” yani “uzman” kelimesinin kullanılmasının amacı, İngiliz hukuku açısından bilirkişi ile şahit arasındaki ayrımı vurgulamak içindir¹⁷⁴². Ancak aynı görüşe göre; tanımın böyle kaleme alınması, bilirkişinin hukuki statüsünün tanık olarak nitelendirilmesini engellemez¹⁷⁴³. Zira hâlihazırda bilirkişi, birçok açıdan tanıklara ilişkin hükümlere tabidir¹⁷⁴⁴.

Gerçekten de geleneksel Anglo Amerikan hukukunda olduğu gibi İngiliz hukukunda da gerek bilirkişiler (expert witness) gerekse de şahitler (lay witness, eye witness) tanık (witness) olarak nitelendirilmektedir¹⁷⁴⁵. Her ikisinden sağlanan bilgiler de yargılamada delil olarak kullanılmaktadır. Ancak hukuki olarak aynı statüye sahip olmalarına rağmen bu iki tip tanıklık arasında bazı farklar bulunmaktadır. Bu farklılığın temelinde ise görüş (kanaat, opinion rule) kuralı olarak adlandırılan ortak hukuk (common law) prensibi yatmaktadır. Bu kural uyarınca şahitlerin sadece beş duyu organı vasıtasıyla şahsi bilgi edindiği vakıalar hakkında ifade verebileceği, bu vakılardan çıkardıkları görüş veya çıkarımları ise mahkemeye aktaramayacakları kabul edilmektedir¹⁷⁴⁶. Bu çerçevede, şahidin adeta bir kamera veya ses kayıt aleti gibi hareket etmesi beklenmekte, bir şekilde hafızasına kazınan vakıayı kendi akıl yürütmesine dayanarak elde ettiği çıkarım, kanaat ve görüşlerden arî olarak yargılamaya taşınması beklenmektedir¹⁷⁴⁷. Zira şahidin anlattığı vakılardan çıkarım yapmanın, mahkemenin kendi görevi olduğu kabul edilmektedir¹⁷⁴⁸. Bunun sonucu olarak da şahitlerden görüş şeklinde alınacak ifadenin, mahkemenin (veya jurinin) fonksiyonunun gasp edilmesi anlamına gelebileceği düşünülmektedir¹⁷⁴⁹. Diğer taraftan şahitlerden alınacak görüşün (çıkartımın) mahkemeye yardımcı olmayacağı hatta bazı durumlarda yanlış yönlendirebileceği düşünülmektedir. Bu kapsamda şahidin görüş bildirme şeklinde vereceği beyanın ilgisiz

¹⁷⁴² Dwyer, 2008: 186. Bir başka görüşe göre ise, Medeni Usul Kuralları’nda yapılan bilirkişi tanımı, bilirkişi ile şahit arasındaki ayrımı net olarak ortaya koyamamaktadır. Bu durum ise yargılamanın taraflarınca delillerin farklı sınıflandırılmasına olanak sağlamak suretiyle tarafların bilirkişiliğe ilişkin birtakım yükümlülüklerden kurtulmasına yol açabilecektir. Bkz. Malek, 2013: 1150.

¹⁷⁴³ Dwyer, 2008: 186.

¹⁷⁴⁴ Dwyer, 2008: 186; Hall ve Smith, 2001: 77.

¹⁷⁴⁵ Blom-Cooper, 2002: 2.

¹⁷⁴⁶ Hodgkinson ve James, 2010: 39; Tapper, 2010: 54, 530; Hall ve Smith, 2001: 77; Malek, 2013: 1150.

¹⁷⁴⁷ Esasen bir bakış açısıyla, şahitlerin algıladıkları vakıalar hakkında ifade vermeleri de, bir görüş veya çıkarım anlatımı olarak kabul edilebilir. Zira bu durum, şahitlerin kendi düşüncelerine göre algıladıklarına inandıkları meselelerinin anımsanması girişimidir. Ancak İngiliz hukuku bu bakış açısını benimsememektedir. Bkz. Hodgkinson ve James, 2010: 39.

¹⁷⁴⁸ Zuckerman, 2003: 617; Hodgkinson ve James, 2010: 39.

¹⁷⁴⁹ Hodgkinson ve James, 2010: 39; Tapper, 2010: 532. Öte yandan uyuşmazlığın şahit ifadelerine göre değil, hâkim tarafından çözülmesi, tarafların temel haklarından biri olarak görülmektedir. Bu anlamda mahkemelerin kendileri tarafından karar verilmesi gereken meseleler hakkında şahitlerden delil (görüş) almamaları gerektiği ileri sürülmektedir. Bkz. Tapper, 2010: 531.

(irrelevant) olduğu kabul edilmektedir¹⁷⁵⁰. Buna karşılık ortak hukuk (common law) geleneğinde, tanık olarak kabul edilmesine rağmen bilirkişinin görüş veya kanaat bildirme şeklinde ifade verebileceği kabul edilmektedir¹⁷⁵¹. Zira tanıkların görüş bildirmesini yasaklayan kural; bir vakıadan sonuç çıkarmak için özel ve teknik bilgi veya tecrübenin gerekli olduğu durumlarda hâkimin veya jüri üyelerinin bu çıkarımı yapmak için gerekli donanımına sahip olmadığını kabul etmektedir¹⁷⁵².

İngiliz hukuku, bu kural bakımından vakıa (fact) ve görüş (opinion) ayrımının keskin bir şekilde yapılabileceğini varsaymaktadır¹⁷⁵³. Ancak belirtmek gerekir ki vakıa-görüş ayrımı her zaman net olarak yapılamayabilir¹⁷⁵⁴. Her vakıaya ilişkin ifade genellikle bir görüşü (çıkarımı) de yansıtmaktadır. Bu sebeple tanığın görüş bildirmesinin yasaklanması ve ifadesinin sadece algıladığı vakıalarla sınırlandırmasından maksat, vakıaların mümkün olduğunca somut bir şekilde mahkemeye aktarılmasıdır¹⁷⁵⁵. Fiziksel duyarlarla algılamamanın sonucu olan ve insanların günlük yaşantılarında bilinçli bir muhakeme yapmadan ulaşabilecekleri görüşler, tahminler ve çıkarımlar şahitler tarafından da ifadelerinde kullanılabilir¹⁷⁵⁶. Bu çerçevede, özel ve teknik bilgi ihtiyacının bulunduğu haller dışında (ki bu alan bilirkişilere aittir), görüş (çıkarımın) ile görüşün dayandığı vakıayı ayırmanın imkânsız olduğu durumlarda, şahitlerin de görüş bildirme şeklinde ifade vermesine izin

¹⁷⁵⁰ Tapper, 2010: 532, 66; Hodgkinson ve James, 2010: 41-42. Anglo Amerikan hukukunda ilgi (relevancy) kriterinin sağlanması, bir ispat vasıtasının yargılamada delil olarak kabul edilebilmesi (kullanılabilirliği, admissibility) için gereklidir. Taraflarca ileri sürülen ispat vasıtasının yargılamaya dâhil edilip edilmeyeceğine karar verilirken öncelikle o delilin yargılamaya ilişkin meselelerle olan ilgisi değerlendirilir. İlgisiz (irrelevant) kabul edilen deliller (ispat vasıtaları), yargılamaya kabul edilip, delil olarak kullanılamaz (inadmissible). Buna karşılık ilgi kriterini sağlayan bütün ispat vasıtaları, kurak olarak kabul edilebilir ve yargılamada delil olarak kullanılabilir. Tapper, 2010: 65-66. Ancak bu kuralın da dört temel istisnası vardır. Bu istisnaların kapsamına giren ispat vasıtaları, normal şartlarda ilgi kriterini karşılayabilecek olmalarına rağmen yargılamada delil olarak kullanılamaz (inadmissible). Bunlar; “hearsay” (kulaktan dolma bilgi, söylenti), “opinion” (kanaat, çıkarım), “character” (karakter), “conduct on other occasion”dır. (daha önce sergilenen kötü davranışlar). Bunlardan birincisi olan kulaktan dolma bilgi, İngiliz medeni yargılama hukukunda uygulanmamaktadır. Yine üçüncü ve dördüncü istisnalar da genellikle ceza davalarında uygulama alanı bulmaktadır. Tapper, 2010: 65-67.

¹⁷⁵¹ Andrews, 2003: 745; Zuckerman, 2003: 617-618; Sime, 2013: 891; Hodgkinson ve James, 2010: 39; Tapper, 2010: 54, 66; Hall ve Smith, 2001: 77; Malek, 2013: 1150.

¹⁷⁵² Tapper, 2010: 530. Esasen şahitlerin görüş ve çıkarım bildirdiği durumlarda, var olduğuna inanılan sakınca bilirkişiler için de geçerlidir. Zira vakılardan sonuç çıkarmanın hâkim veya jüri üyelerine ait olduğu kabul edildiği takdirde bilirkişinin de görüş şeklinde ifade vermesi bir yetki gaspı olarak kabul edilebilir. Ancak bilirkişi, mahkemenin kendisinde bulunmayan, fakat karar vermesi için gerekli olan özel ve teknik bir bilgiyi yargılamaya taşıdığı için belirtilen riske rağmen bilirkişinin görüş bildirmesine izin verilmesi gereklidir. Bu bağlamda belirtilen risk, getireceği yararlar karşısında makul görülmektedir. Diğer taraftan bilirkişinin görüş veya çıkarım yoluyla vereceği ifade, diğer tarafın atayacağı bir bilirkişi vasıtasıyla mahkeme tarafından kolaylıkla test edilebilir. Bu sebeple, yukarıda belirtilen risk makul çizgilerde tutulabilir. Buna karşılık şahitlerin görüş veya çıkarım şeklinde görüş bildirmesinde ise durum daha farklıdır. Özellikle şahit sayısının fazla olmadığı durumlarda şahidin ifade ettiği çıkarım veya görüşler, mahkeme tarafından kolaylıkla test edilemez. Hodgkinson ve James, 2010: 39.

¹⁷⁵³ Tapper, 2010: 530.

¹⁷⁵⁴ Hodgkinson ve James, 2010: 39.

¹⁷⁵⁵ Zuckerman, 2003: 617.

¹⁷⁵⁶ “Evidence of Opinion and Expert Evidence” Law Reform Committee, 17 th rapor, Cmnd 4489 at para 3.

verildiği belirtilmektedir¹⁷⁵⁷. Bu sebeple vakıa ve görüş (çıkarım) ayrımının çok keskin uygulanmaması ve anlaşılabilmesi gerekir. Hatta bazı yazarlara göre şahidin görüş verme (çıkarım yapma) yasağını vakıa ve görüş (kanaat) ayrımına göre değil; çok genel vakıa anlatımı ile somut, ayrıntılı ve aynı zamanda mahkemeye yardımcı nitelikte olan vakıa anlatımı ayrımına göre yapılması gerekmektedir. Dolayısıyla şahidin vakılardan ziyade bu vakılardan çıkardığı çok genel nitelikte ifadelerin delil olarak kabul edilmemesi gerekirken, ayrıntılı ve mahkemenin ilgili konu hakkında karar vermesine yardımcı olacak nitelikteki somut ifadelerin, görüş (çıkarım) niteliğinde olsa bile kabul edilmeleri gereklidir. Bu anlamda bir şahidin kendi arabasındaki hız göstergesinden veya daha önceki tecrübelerine dayanarak bir arabanın yaklaşık olarak ne kadar hızla gittiğini söylemesi, görüş bildirme niteliğinde olmasına rağmen somut nitelikte olduğu için mahkemeye aktarılabilmesi kabul edilirken, çok hızlıydı, trafiği tehlikeye sokacak kadar hızlıydı, dikkatsizdi veya kusurluydu gibi somut olmayan genel çıkarımların mahkemeye aktarılamayacağı düşünülmektedir¹⁷⁵⁸.

Sonuç olarak şahitlerin görüş veya çıkarım yoluyla ifade vermeleri kural olarak yasaklanmakla beraber bu kuralın bazı istisnalarının olduğu da kabul edilmektedir. Bu bağlamda, görüş veya çıkarımın kendisinin yargılamadaki bir vakıa olduğu veya kanaatin (görüşün, çıkarımın) bir davranış (tutum) veya davadaki diğer vakıaları açıkladığı durumlarda şahitlerin görüş bildirebileceği kabul edilmektedir. Örneğin, ilk anlamı iftira (hakaret, defamatory) olarak nitelendirilemeyecek kelimelerin durumun özelliklerini bilen kişiler tarafından ikincil (yan) anlamlarıyla iftira (hakaret) olarak anlaşılıp anlaşılmayacağı için şahit deliline başvurulabileceği kabul edilmiştir¹⁷⁵⁹. Aynı şekilde şahsi olarak algılanan vakıaların mahkemeye aktarılmasının en uygun veya tek yolu, görüş veya çıkarım yoluyla anlatılsa, şahitler görüş bildirebileceklerdir. Bunun yanında genellikle ceza davalarını ilgilendirmekle beraber ilgili kişinin karakteri hakkında veya bir kişinin teşhisi (kimlik saptama) veya karşılaştırmasıyla ilgili meselelerde de görüş şeklinde ifade verilebilmektedir. Yine bazı eski yargı kararlarında sıradan nesnelerin değerleri hakkında da şahitlerin görüş bildirmesine izin verilmiştir¹⁷⁶⁰. Örneğin, 1913 tarihli bir kararda gerekçe belirtilmemekle birlikte kırık bir camın değeri için şahit dinlenebileceği kabul edilmiştir¹⁷⁶¹. Bu kararı değerlendiren bir Güney Avustralya Mahkemesi kararında; özel bilginin gerekli olmadığı durumlarda, hâkimin uzman olmayan kişinin görüşüne göre karar verebileceği belirtilmiştir¹⁷⁶².

¹⁷⁵⁷ Tapper, 2010: 531.

¹⁷⁵⁸ Zuckerman, 2003: 617; Tapper, 2010: 530-531.

¹⁷⁵⁹ Hodgkinson ve James, 2010: 43.

¹⁷⁶⁰ Hodgkinson ve James, 2010: 42.

¹⁷⁶¹ R. v Beckett (1913) 8 Cr. App. R. 204. Kararın ilgili bölümü için bkz. Hodgkinson ve James, 2010: 47.

¹⁷⁶² Wise v. Musilino (1936) SASR 447. Kararın ilgili bölümü için bkz. Hodgkinson ve James, 2010: 47.

Bir tanığın şahit veya bilirkişi olarak nitelendirilmesi, bu kişiye ve onu yargılamaya dâhil eden tarafa uygulanacak kuralları da değiştirmektedir. Öncelikle tanık, bilirkişi olarak nitelendirildiği takdirde kendisine ödenen ücret yargılama gideri olarak karşı taraftan tahsil edilebilirken şahit olarak nitelendirildiği takdirde, yapılan masraf karşı taraftan yargılama gideri olarak alınamayabilir¹⁷⁶³. Bunun yanında bilirkişiler kural olarak görüş bildirmeye zorlanamazken şahitler ifade vermeye zorlanabilir¹⁷⁶⁴. Diğer taraftan şahitlerden farklı olarak bilirkişiler, hazırladıkları raporların şekli veya içeriğinin Kanun'un aradığı şartlara uymaması gibi nedenlerle, mahkeme tarafından yargılama dışında tutulabilir¹⁷⁶⁵. Öte yandan bilirkişi deliline dayanmak isteyen taraf mahkemeden izin almak zorundayken, şahit dinletmek isteyen tarafın böyle bir mecburiyeti bulunmamaktadır¹⁷⁶⁶. Son olarak ise, mahkemenin taraflarca çağrılan bilirkişi sayısını sınırlandırma yetkisi varken, şahitler için böyle bir yetki bulunmamaktadır¹⁷⁶⁷.

Bilirkişinin tanımında kullanılan diğer önemli bir unsur, “yargılamada kullanılma amacı”dır. Kanun koyucu bu ifadeyle bilirkişi ile danışmanı (gölge uzmanı-shadow expert¹⁷⁶⁸) birbirinden ayırmak istemiştir. Danışman, tarafların iddialarında haklılıklarını tespit etmek, haklı iseler taleplerini netleştirmek ve vakıalar ile delilleri daha iyi kavrayabilmek için uyuşmazlığın herhangi bir zamanında (davadan önce veya sonra) özel olarak başvurdıkları (tuttukları) uzmandır¹⁷⁶⁹. İlgili taraf, bu kişilerden edindiği bilgi ve tecrübeyle yargılamayı daha iyi bir şekilde yürütmeye çalışır. Buna karşılık bilirkişi, mahkemeye sunulmak üzere rapor hazırlaması (veya istisnai olarak sözlü delil vermesi) için taraflarca talimat verilmiş kişiyi ifade eder¹⁷⁷⁰.

Danışmanlar, görüşlerini mahkemeye veya karşı tarafa değil, sadece kendilerini tutan tarafa sunmaktadır. Bu çerçevede danışman ile taraflarca atanan bilirkişi arasındaki temel fark, birincisinin görüşünün yargılamaya doğrudan aktarılmamasından doğmaktadır.

¹⁷⁶³ Hodgkinson ve James, 2010: 76.

¹⁷⁶⁴ Hodgkinson ve James, 2010: 76. Nitekim bir mahkeme kararında da bu durum şu şekilde açıklanmıştır; Genel kural olarak İngiliz mahkemeleri, vakıalar ve dava konusu meselelerin geçmişi ile bir bağlantısı olmadığı takdirde uzmanı (bilirkişiyi), kendi isteğine aykırı olarak delil vermeye zorlayamaz. Seyfang v Searle (G.D) & Co. [1973] 1 Q.B. 148. Kararın ilgili bölümü için bkz. Hodgkinson ve James, 2010: 227. Buna karşılık uzmanın, bir delilin kaybolması (dinlenilememesi) gibi davayla özel ve önemli olgusal bağlantısı olduğu takdirde bilirkişilik yapmaya zorlanabileceği belirtilmektedir. Bkz. Age: 227.

¹⁷⁶⁵ Hodgkinson ve James, 2010: 76.

¹⁷⁶⁶ Hodgkinson ve James, 2010: 76; Sime, 2013: 894.

¹⁷⁶⁷ Hodgkinson ve James, 2010: 76.

¹⁷⁶⁸ Hall ve Smith, 2001: 15.

¹⁷⁶⁹ Jackson, 2014: 1141.

¹⁷⁷⁰ Jackson, 2014: 1141. Danışman olmak, bilirkişi olmaya engel değildir. Bu çerçevede, bir kişi hem danışman hem de bilirkişi olabilir. Zira taraflardan biri özel ve teknik bir konuda tavsiyelerini almak için bir uzmanla çalışmaya başladıktan sonra bu uzmanın yargılamada delil sunması için mahkemeden bilirkişi olarak atanmasını isteyebilir. Ancak unutulmamalıdır ki; bilirkişi olarak atandıktan sonra ilgili uzmanın asıl yükümlülüğü mahkemeye karşıdır (danışmadan farklı olarak) ve bu yükümlülük, kendisini tutan tarafa karşı olan yükümlülüğünden önce gelmektedir. Bkz. CPR m. 35.3.

Danışmanlar, bilirkişilerden farklı olarak mahkemeye delil niteliğinde bir rapor sunmaz veya sözlü olarak ifade vermez. Bu sebeple de atanmaları için mahkemeden izin alınması gerekmez¹⁷⁷¹.

Kural olarak danışmana ödenen ücret, taraf bilirkişilerinden farklı olarak yargılama gideri olarak kabul edilmez ve dolayısıyla karşı taraftan tahsil edilemez¹⁷⁷². Bunun yanında bir uzmanın, danışman veya bilirkişi olarak nitelendirilmesi arasındaki diğer fark kendisini imtiyaz (privilege) noktasında göstermektedir. Danışman ile ilgili taraf arasındaki iletişim, kural olarak gizli (özel-confidential) kabul edilir ve karşı tarafla paylaşılması gerekmez¹⁷⁷³. Buna karşılık, medeni usul hukukunun “kartlar masada ilkesi” uyarınca taraf ile taraf bilirkişi arasındaki iletişim gizli değildir¹⁷⁷⁴. Bu sebeple, gerek bilirkişinin kimliği gerekse de sağladığı görüş çeşitli şekillerde mahkemeye ve diğer tarafa aktarılacak zorundadır¹⁷⁷⁵. Yargılamanın diğer tarafı da, çeşitli yöntemlerle bu iletişimin kendisine aktarılmasını isteyebilmektedir. Bu nedenlerle, bir uzmanın danışman veya bilirkişi olarak nitelendirilmesinin önemli sonuçları bulunmaktadır. İngiliz Medeni Usul Kuralları da bu ayrımın sağlanabilmesi için bilirkişiyi tanımlarken yukarıda belirttiğimiz üzere “yargılamada kullanılma amacı” kriterini öngörmüştür.

Belirtmek gerekir ki; bir uzmanın, bilirkişi olarak kabul edilmesi için mevcut bir yargılamanın başlaması şart değildir. Henüz yargılama başlamadan önce ancak yargılamada kullanılmak amacıyla görüşü veya raporu alınmış uzman da, bilirkişi olarak kabul edilmektedir¹⁷⁷⁶. Dolayısıyla Medeni Usul Kuralları uyarınca bu noktada dikkat edilecek husus, tarafların uzmana başvurma amacıdır. Eğer tarafların uzmana başvurma amacı sadece uyuşmazlık hakkında tavsiye ve destek almak ise, bu uzman danışman olarak adlandırılmaktadır. Medeni Usul Kuralları’nın 35. bölümü, sadece yargılamada kullanmak amacıyla başvurulmuş bilirkişiler için uygulanmaktadır. Buna karşılık, uzman tarafından sağlanan görüşün yargılamada delil olarak kullanılması amaçlanmadığı takdirde, ilgili uzmanlara (danışmanlara) Medeni Usul Kuralları’nın 35. maddesi uygulanmaz¹⁷⁷⁷.

Bilirkişinin tanımında geçen “yargılamada kullanılma amacı”, ceza mahkemeleri için hazırlanmış bilirkişi delilini de kapsar. Ceza mahkemesi için hazırlanmış bilirkişi delili de Medeni Usul Kuralları’nın 35. bölümünde belirtilen şartları sağladığı oranda hukuk

¹⁷⁷¹ Hall ve Smith, 2001: 15.

¹⁷⁷² Sime, 2013: 902; Dwyer, 2008: 186.

¹⁷⁷³ Hall ve Smith, 2001: 15; Malek, 2013: 1150-1151; Jackson, 2014: 1141.

¹⁷⁷⁴ Jackson, 2014: 1141.

¹⁷⁷⁵ Jackson, 2014: 1141. Belirtmek gerekir ki; imtiyaz konusundaki bu ayrımı yapmak her zaman için kolay değildir. Özellikle bir uzmanın danışmanlık yaptıktan sonra bilirkişi olarak atanması, imtiyaz (privilege) noktasında birçok soruna yol açabilmektedir. Bkz. Jackson, 2014: 1141vd.

¹⁷⁷⁶ Malek, 2013: 1150-1151.

¹⁷⁷⁷ Sime, 2013: 890, 902.

davalarında da kabul edilebilir niteliktedir¹⁷⁷⁸. Bu noktada tartışılacak diğer husus, tahkim yargılaması için hazırlanmış bilirkişi raporunun durumudur. Taraflar arasındaki uyuşmazlığın bir nedenden dolayı tekrar mahkeme önünde görülmesi halinde tahkim yargılaması için tutulan uzmanlar, Medeni Usul Kuralları'nın 35. maddesi kapsamında bilirkişi olarak kabul edilmez. Zira onların raporları her ne kadar uyuşmazlığa ilişkin olsa da esas amaçları madde metninde belirtilen mahkeme yargılamasına ilişkin değildir¹⁷⁷⁹.

3.2.3. Bilirkişi Delilinin Kabul Edilebilirliği

3.2.3.1. Genel Olarak

İngiliz medeni usul hukukunda, kural olarak jüri yargılama bulunmaması nedeniyle, Amerikan hukuk sistemine kıyasla daha esnek ve daha çok Kıta Avrupa hukuk sistemine benzer şekilde kabul edilebilirlik incelemesi yapılmaktadır. Bilirkişi delilinin kabul edilebilir bulunup, yargılamaya dâhil edilebilmesi için dört temel unsurun dikkate alınması gerektiği söylenebilir¹⁷⁸⁰. Bu çerçevede, bilirkişi delilinin yargılamaya dâhil edilebilmesi için öncelikli olarak onun mahkemeye yardımcı olabilmesi gereklidir¹⁷⁸¹. Bu anlamda bilirkişiye başvurulacak konunun, mahkemenin olağan bilgi ve tecrübesi dışında kalan bir meseleye ilişkin olması gerekir¹⁷⁸². Aşağıda ayrıntılı olarak inceleneceği üzere; ilgili alanda özel bilgi ve tecrübeye sahip tanığın yardımı olmadan mahkemenin genel bilgisiyle çözülebilecek konularda, kural olarak bilirkişi görüşüne başvurulamaz¹⁷⁸³. Bunun yanında bilirkişi delilinin kabul edilebilmesi için bilirkişinin ilgili konuda gerekli niteliklere ve uzmanlığa sahip olması gereklidir¹⁷⁸⁴. Bu bağlamda, ancak uyuşmazlık konusu meselenin çözümlenmesi için gerekli uzmanlığa sahip kişiler yargılamada görüş bildirebilir. Öte yandan, bilirkişi delilinin kabul edilmesi için mahkeme kararını etkilemeye elverişli, tanınmış (onaylanmış, kabul edilmiş) standart ve kurallar tarafından yönetilen bilgi birikiminin ve deneyiminin bulunduğu dair

¹⁷⁷⁸ Lavelle v. Noble [2011] EWCA 441, LTL 18/4/2011. Kararın ilgili bölümü için bkz. Sime, 2013: 896.

¹⁷⁷⁹ Malek, 2013: 1151.

¹⁷⁸⁰ R v. Bonython (1984) 38 SASR 45 (Supreme Court of South Australia); Kennedy v. Cordia (Services) LLP [2016] UKSC; Sime, 2013: 891. R. v. Bonython kararı, esasen bir Avustralya Mahkemesi tarafından verilmiş olup, İngiltere'de de ortak hukukun (common law) bir parçası olarak değerlendirilerek göz önünde bulundurulmaktadır. Bkz. The Law Commission of England and Wales [LCEW], 2009: 1; Hodgkinson ve James, 2010: 13. Bu davaya atıf yapan mahkeme kararları için bkz. Kennedy v. Cordia (Services) LLP [2016] UKSC 6; Barings Plc v. Coopers & Lybrand (2001) Lloyd's Rep. Bank 85; (2001) P.N.L.R. 22. Kararın ilgili bölümleri için bkz. Hodgkinson ve James, 2010: 13.

¹⁷⁸¹ Kennedy v. Cordia (Services) LLP [2016] UKSC.

¹⁷⁸² Sime, 2013: 891.

¹⁷⁸³ R v Turner [1975] QB 834, 841; Kennedy v. Cordia (Services) LLP [2016] UKSC; Wilson v. Her Majesty's Advocate 2009 JC 336; R v. Bonython (1984) 38 SASR 45, 46-47. Kararın ilgili bölümü için bkz. LCEW, 2009: 1; Hodgkinson ve James, 2010: 12 vd.

¹⁷⁸⁴ Kennedy v. Cordia (Services) LLP [2016] UKSC; Sime, 2013: 891; R. v. Bonython (1984) 38 SASR 45, 46-47. Kararın ilgili bölümü için bkz. LCEW, 2009: 1; Hodgkinson ve James, 2010: 12 vd.

mahkemede kanaat oluşturulması gereklidir¹⁷⁸⁵. Bu çerçevede bilimsel olup olmadığı tartışmalı olan yahut güvenilirliği tam olarak ölçülmemiş bilgi ve uzmanlık alanına dayanan bilirkişi görüşü, yargılamaya dâhil edilmemelidir. Son olarak da esasen geleneksel ortak hukuka (common law) göre; daha ziyade bilirkişi delilinin ağırlığıyla ilgili olan bağımsızlığın ve tarafsızlığın da Yüksek Mahkeme'nin nazaran yeni tarihli bir kararında kabul edilebilirlikle (admissibility) ilgili olduğu belirtilmiştir¹⁷⁸⁶.

Belirtilen hususların dışında bilirkişi delilinin yargılamaya dâhil edilebilmesi için bilirkişiyi yargılamaya dâhil etmek isteyen tarafın, mahkemeden izin almak gibi Medeni Usul Kuralları'nın kendisi için öngördüğü koşullara ve kurallara uyması gereklidir¹⁷⁸⁷.

Ortak hukukun (common law) parçası olarak kabul edilen bu unsurlardan ilk ikisi İngiliz medeni yargılama hukukunda aktif olarak değerlendirilirken, bilirkişi delilinin güvenilirliğine ilişkin üçüncü unsur, Amerikan hukukunun aksine İngiliz mahkemeleri tarafından esaslı şekilde dikkate alınmamaktadır¹⁷⁸⁸. Bu yönü ile bilirkişi delilinin kabul edilebilirliği yukarıda belirttiğimiz üzere Kıta Avrupa hukuk sistemine, bu anlamda Türk hukukuna oldukça benzemektedir. Ancak hem konunun daha iyi anlaşılması hem de Amerikan hukuku ile kıyas yapılabilmesi için üçüncü unsura ilişkin karar ve görüşler de aşağıda değerlendirilecektir. Yüksek Mahkeme'nin belirttiği tarafsızlığa ve bağımsızlığa ilişkin dördüncü unsur ise bilirkişinin yükümlülükleri kapsamında geleneksel yaklaşımla karşılaştırmalı olarak farklı mahkeme kararları ışığında ayrı bir başlık altında incelenecektir¹⁷⁸⁹.

3.2.3.2. Bilirkişiye Başvurulacak Konunun Özel ve Teknik Bilgiye İlişkin Olması

Bilirkişi delilinin kabul edilebilmesi için öncelikle, bilirkişi görüşünün özel veya teknik bir bilgiye ilişkin olması ve bu görüşün, dava hakkında karar verilmesine yardımcı olması gerekir¹⁷⁹⁰. Bir başka ifadeyle, bilirkişinin kabul edilebilirliği, mahkemenin dava konusu bir husus hakkında karar vermek için özel ve teknik bilgiye sahip bir kişiye ihtiyaç

¹⁷⁸⁵ R. v. Bonython (1984) 38 SASR 45; Kennedy v. Cordia (Services) LLP [2016] UKSC; Sime, 2013: 891-893. Kanaat oluşturmakla yükümlü olan taraf, bilirkişi deliline dayanmak isteyen taraftır. Bkz. Sime, 2013: 893; R. v. Bonython (1984) 38 SASR 45.

¹⁷⁸⁶ Kennedy v. Cordia (Services) LLP [2016] UKSC. Bu karar İskoç hukuku ile ilgilidir. Ancak İngiliz mahkeme sisteminin de en tepe noktasında olan Yüksek Mahkeme'nin bakış açısını yansıtmaları açısından son derece önemlidir. Nitekim bu karara, İngiliz mahkeme kararlarında da atıf yapılmaktadır. Bkz. Hayden v. Maidstone&Tunbridge Wells NHS Trust [2016] EWHC 1962 (QB).

¹⁷⁸⁷ Sime, 2013: 891; R. v. Bonython (1984) 38 SASR 45. Kararın ilgili bölümü için bkz. LCEW, 2009: 2. Belirtilen koşul ve kurallara, ilgili oldukları konularla bağlantılı olarak farklı zamanlarda değinilecektir. Bu sebeple, bu kurallar ve koşullar aşağıda ayrı bir başlık altında incelenmeyecektir.

¹⁷⁸⁸ Hodgkinson ve James, 2010: 13.

¹⁷⁸⁹ Bkz. 3.4.2. Tarafsız Olma Yükümlülüğü

¹⁷⁹⁰ Zuckerman, 2003: 617-618; Kennedy v. Cordia (Services) LLP [2016] UKSC; CPR m. 35.1

duyup duymamasına bağlıdır¹⁷⁹¹. Dolayısıyla, Anglo Amerikan hukuk terminolojisi bakımından kabul edilebilir (admissible) olmasına rağmen, uyuşmazlık konusunun çözümlenmesi için mahkemeye yardımcı olmayacak bilirkişi görüşü mahkeme tarafından yargılama dışında bırakılabilir¹⁷⁹². Bu çerçevede, uyuşmazlığın çözümünde yardım sağlayabilme kriterinin, Amerikan hukukunda bahsettiğimiz üzere, ilgi (relevancy) kriterinin bir yansıması olduğu söylenebilir¹⁷⁹³.

Bu kriter uyarınca, mahkemenin bilgi ve tecrübesi dâhilinde olan konular hakkında bilirkişi atanmamalıdır¹⁷⁹⁴. Bu bağlamda İngiliz hukukunda, Türk hukukundaki genel bilgi ile özdeş olan, ortak bilgiler (common knowledge) için bilirkişiye başvurulamayacağı kabul edilmektedir. Temelleri içtihat hukukuna dayanan¹⁷⁹⁵ ve ortak bilgi kuralı (common knowledge rule)¹⁷⁹⁶ olarak adlandırılan bu ilkeye göre; jüri veya hâkimin ilgili alanda eğitim veya tecrübeye sahip olmadan, kendi sağduyu veya günlük deneyimleriyle karar verebilecekleri durumlarda bilirkişi delili yargılamaya dâhil edilemez¹⁷⁹⁷. Zira bu yöndeki bir mahkeme kararında da belirtildiği üzere; bilirkişi görüşü, bir hâkim veya jüri üyesinin tecrübe ve bilgisi dışında kalan bilimsel bilgiyle mahkemeyi donatmak için kabul edilebilir. Mahkeme veya jüri üyeleri yardım almadan ispatlanmış vakılardan kendi sonuçlarını çıkartabiliyorlarsa, bilirkişi görüşü gereksizdir¹⁷⁹⁸. Öte yandan, “judicial notice” olarak adlandırılan ispat kuralının da bu aşamada değerlendirilmesi mümkündür. İngiliz hukukunda mahkeme belirli bir meseleyi ispata gerek duyulmayan bilinen ve meşhur vakıa olarak kabul eder veya o meselenin doğruluğunu, güvenilirliği sorgulanmayan kaynaklardan kendisi tarafından kolayca tespit edilebileceğine kanaat getirirse, taraflarca delil gösterilmesine gerek olmaksızın iddia edilen vakıanın varlığına veya yokluğuna karar verebilir¹⁷⁹⁹ (Judicial Notice). Bu durumun sonucu olarak da herkes tarafından bilinen ve hiç kimsenin doğruluklarını

¹⁷⁹¹ Malek, 2013: 1148; Zuckerman, 2003: 618; Coomaraswamy, 2011: 13; Hodgkinson ve James, 2010: 13.

¹⁷⁹² Dwyer, 2008: 185.

¹⁷⁹³ Dwyer, 2008: 185.

¹⁷⁹⁴ Sime, 2013: 891-892; Tapper, 2010: 535.

¹⁷⁹⁵ Folkes v Chard [1782] 3 Doug. KB 157; Hall ve Smith, 2001: 1-2; Coomaraswamy, 2011: s. 13.

¹⁷⁹⁶ Ortak bilgi kuralının benimsenmesinin temel sebebi, hâkime (veya jüriye) ait karar verme sürecinin bütünlüğünü sağlayarak, mahkemeye ait yetkilerin gereksiz yere başkalarıyla paylaşılmasını önlemektir. Bkz. Coomaraswamy, 2011: 11. İngiliz medeni usul hukukunda, ortak hukuk (common law) ilkeleri, yerlerini yazılı düzenlemelere bırakmasına rağmen, mevcut hükümlerde, yukarıda belirtilen kurala aykırı bir düzenleme bulunmamaktadır. Aynı şekilde mahkemeler de bu ilkeye uygun olarak genel bilgi kapsamına giren meseleler hakkında bilirkişi deliline başvurmamaktadır. Bkz. Coomaraswamy, 2011: 12 vd. Bu ilke, ortak hukukun (common law) benimsendiği, Avustralya, Yeni Zelanda, Singapore gibi ülkelerde de uygulanmaktadır. Bu ülkelerdeki konuya ilişkin mahkeme kararları ve ayrıntılı bilgi için bkz. Coomaraswamy, 2011: 15 vd.

¹⁷⁹⁷ Coomaraswamy, 2011: 11.

¹⁷⁹⁸ R v Turner [1975] QB 834, 841. Kararın ilgili bölümü için bkz. LCEW, 2009: 2, dpn. 4; Coomaraswamy, 2011: 13.

¹⁷⁹⁹ Hodgkinson ve James, 2010: 51 vd.

sorgulamadığı meşhur vakıalar ve meseleler hakkında bilirkişi deliline başvurulamaz¹⁸⁰⁰. Örneğin, iki haftalık sürenin gebelik için çok kısa olduğu yahut tersine üç yüz altmış günün çok uzun olduğunun tespiti için bilirkişi deliline başvurulmasına gerek yoktur. Aynı şekilde belirli bir tarihten sonra enflasyon nedeniyle paranın değerindeki azalma oranının ne olduğu gibi kesin ve açık ekonomik vakıalar ve gerçekler hakkında da bilirkişi deliline başvurulmasına gerek yoktur¹⁸⁰¹. Ancak herkes tarafından bilinebilme özelliği, zamana göre değişebilecek niteliktedir. Bir dönemde yaşayan insanlar bakımından bilinen ve meşhur olarak kabul edilen bir husus, başka bir dönemde yaşayanlar için meşhur olarak kabul edilmeyebilir¹⁸⁰². Bu kapsamda, önemli bir çatışma veya savaşın ne zaman başladığı, o döneme yakın yaşayan kimseler için meşhur olarak kabul edilebilirken, bu savaştan yıllarca sonra gelecek bir nesil için ilgili tarih bilinemeyebilir¹⁸⁰³. Diğer taraftan, meşhur olmayan yahut bir dönem böyle kabul edilmekle beraber mevcut durumda herkes tarafından bilinmeyen vakıaların mevcudiyeti, güvenilirlikleri tartışmasız kaynaklardan elde edilebilecek bilgilerle anlaşılabiliriyorsa, bilirkişiye başvurulmasına gerek olmadan hâkimin kendi araştırmasıyla ilgili konuda bir kanaat elde edebileceği de kabul edilmektedir¹⁸⁰⁴. Bu bağlamda, eski bir belgede geçen bir kelimenin anlamını, mahkeme o dönemin güvenilir kaynaklarını inceleyerek tespit edebilir. Yahut bir mahkeme kararında görüldüğü üzere; bir devletle, diğer devletler arasındaki diplomatik ilişkileri veya düşmanlığı değerlendirmek için Birleşmiş Milletler'in ilgili konudaki belgeleri hâkim tarafından incelenebilir. Aynı şekilde eski bir ilamdaki tarihin pazar gününü gösterdiği, bu anlamda ilamın geçersiz olduğunun tespiti için hâkim araştırma yapabilir¹⁸⁰⁵.

İngiliz hukukunda, özel ve teknik bilgi ihtiyacının bulunmadığı, mahkemenin layıkıyla ve tam olarak çözebileceği konularda bilirkişi delilinin kullanılamamasının¹⁸⁰⁶ sonucu olarak hukuki meseleler hakkında da bilirkişiye başvuralamayacağı genel olarak kabul edilmektedir¹⁸⁰⁷. Ancak anlaşılması güç ve karmaşık hukuki meseleleri içeren davalarda bilirkişiye başvurulabileceğine dair az da olsa yargı kararı bulunmaktadır¹⁸⁰⁸. Öte yandan yerel hukuka ilişkin konularda bilirkişiye başvurulması yasaklanmışken, İskoç ve koloni hukukları da dâhil olmak üzere yabancı hukuka ilişkin konularda bilirkişi görüşü alınması

¹⁸⁰⁰ Hodgkinson ve James, 2010: 56. Herkes tarafından bilinen vakıaların tekrar ispatına uğraşmak, gereksiz ve yersiz zaman ve kaynak israfı olarak görülmektedir. Age: 51

¹⁸⁰¹ Örneklerle ilgili mahkeme kararları için bkz. Hodgkinson ve James, 2010: 57.

¹⁸⁰² Hodgkinson ve James, 2010: 60.

¹⁸⁰³ Hodgkinson ve James, 2010: 60.

¹⁸⁰⁴ Hodgkinson ve James, 2010: 52 vd., 60.

¹⁸⁰⁵ Örneklerle ilgili mahkeme kararları için bkz. Hodgkinson ve James, 2010: 53.

¹⁸⁰⁶ Hodgkinson ve James, 2010: 3; Andrews, 2003: 746.

¹⁸⁰⁷ Sime, 2013: 892; Jackson, 2014: 1141; Andrews, 2003: 746; Tapper, 2010: 536; Hodgkinson ve James, 2010: 281.

¹⁸⁰⁸ Kararlar için bkz. Andrews, 2003: 746, dpn. 50.

mümkündür¹⁸⁰⁹. Bir mahkeme kararına göre, yabancı hukuka ilişkin konularda bilirkişiden üç şekilde yararlanılabilir. Buna göre; bilirkişi öncelikli olarak yabancı hukukun ilgili kısmının içeriği hakkında mahkemeye bilgi verebilir. Bunu yaparken de ilgili mevzuatı belirtilir ve gerektiği takdirde yabancı mahkemelerin bu hükümleri nasıl yorumladığı açıklanabilir. İkinci olarak, bilirkişi ilgili konudaki yabancı mahkeme içtihatlarını ve eserleri İngiliz mahkemesine sunabilir. Üçüncü olarak da ilgili uyuşmazlıkla ilgili herhangi bir mevzuat, mahkeme kararı veya diğer bir kaynak bulunmadığı durumlarda, ilgili uyuşmazlık o ülkede çıkmış olsaydı yabancı mahkemenin nasıl bir karar verebileceği noktasında mahkemeye görüş bildirebilir¹⁸¹⁰. Bu mahkeme kararından da anlaşılabileceği üzere; yabancı hukukun içeriğinin ve uygulamasının tespiti için bilirkişiye başvurulabilmektedir¹⁸¹¹. Buna karşılık, yabancı hukukun bizzat ilgili davadaki olaylara nasıl uygulanacağını değerlendirilmesi için bilirkişiye başvurulamayacağı kabul edilmektedir¹⁸¹².

Yukarıdaki bilgiler çerçevesinde, İngiliz yargılama sisteminde gerek hukuki gerekse de ahlaki yükümlülüklerinin tespiti için bilirkişiye başvurulamayacağı kabul edilmektedir¹⁸¹³. Aynı şekilde genel insan doğasına ilişkin veya bir kimsenin davranışının diğer bir insanı nasıl etkileyebileceği veya bir kimsenin belirli bir durumda nasıl hareket edeceğinin tespiti için de bilirkişiye başvurulamaz. Bu anlamda bir insanın davranışında kastın bulunup bulunmadığı veya kışkırtılıp kışkırtılmadığı bilirkişi tarafından değerlendirilemez¹⁸¹⁴. Bunun yanında şahidin güvenilirliği veya inandırıcılığı (doğruyu söyleyip söylemediği) noktasında da bilirkişi delili kullanılamaz¹⁸¹⁵.

Öte yandan hükümlerin yorumlanması amacıyla da bilirkişiye başvurulamaz. Hükümlerin yorumlanması vakıasal değil hukuki bir meseledir. Bu sebeple de yorum hakkı sadece mahkemeye aittir¹⁸¹⁶. Bu durumun bir sonucu olarak da mevzuatta geçen ifadelerin yorumlanması veya anlamlarının öğrenilmesi amacıyla bilirkişiye başvurulamaz¹⁸¹⁷. Aynı

¹⁸⁰⁹ Andrews, 2003: 746; Sime, 2013: 893; Malek, 2013: 1201; Hodgkinson ve James, 2010: 519. Yabancı hukuka ilişkin delil ileri sürme süreci için bkz. CPR m. 33.7. İngiliz yargılamasında yabancı hukuk, kendine özgü maddi bir sorun (vakıasal bir sorun-question of fact) olarak görülmektedir. Bkz. Hodgkinson ve James, 2010: 519.

¹⁸¹⁰ MMC Proceeds Inc v Bishopsgate Investment Trust Plc (No.4) [1999] C.L.C. 417. Kararın ilgili bölümü için bkz. Malek, 2013: 1201-1202; Hodgkinson ve James, 2010: 519-520. Yabancı hukukla ilgili meselelerde bilirkişilik yapabilecek uzmanlara ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Hodgkinson ve James, 2010: 520 vd.

¹⁸¹¹ Malek, 2013: 1202.

¹⁸¹² Malek, 2013: 1202.

¹⁸¹³ Malek, 2013: 1209.

¹⁸¹⁴ Sime, 2013: 891; Malek, 2013: 1209; Tapper, 2010: 536.

¹⁸¹⁵ Hodgkinson ve James, 2010: 282; Malek, 2013: 1209; Sime, 2013: 891. Ancak şahidin, çocuk olduğu bazı durumlarda, ifadenin tutarlılığı ve değerlendirilmesi için bilirkişilerden yardım alınabileceği kabul edilmektedir. Bkz. Hodgkinson ve James, 2010: 283.

¹⁸¹⁶ Malek, 2013: 1208.

¹⁸¹⁷ Tapper, 2010: 536; Camden v Commrs of Inland Revenue [1914] 1 K.B. 641 at 645-650. Kararın ilgili bölümü için bkz. Malek, 2013: 1208. Örneğin, Kanun'da belirtilen "müstehcen", "uygunsuz" veya "şiddetli

şekilde taraflar arasındaki sözleşmenin veya bir patent şartnamesinin veyahut da bir rekabet klozunun yorumlanması veya bu belgelerde geçen kelimelerin anlamlarını öğrenmek amacıyla da bilirkişiye gidilemez¹⁸¹⁸.

Kural bu olmakla beraber, ilgili hükümlerde özel ve teknik bilgiyi ihtiva eden terimlerin bulunması halinde bilirkişiye başvurulabileceği kabul edilmektedir¹⁸¹⁹. Bunun yanında hâkim yabancı dilde yazılmış belgenin yorumlamasını yaparken; çevirinin yapılması, metinde kullanılan özgün terimlerin açıklanması veya yabancı hukuka ait yorum kurallarına ait bilgilerin elde edilmesi amacıyla bilirkişiye başvurabilir. Ancak bu konuda da bilirkişinin mahkemeye yapacağı yardım, yabancı hukuka ait ilgili yorum ilkelerinin belirlenmesinden ibarettir. Yoksa bilirkişi bu ilkeleri uygulayarak doğru yorumun nasıl yapılması gerektiği noktasında görüş bildiremez¹⁸²⁰.

Mesleki yükümlülükler, meslek etiği veya meslek kurallarıyla ilgili uyumsuzluklar hakkında da bilirkişi dinlenilemeyeceği kabul edilmektedir. Örneğin, bir avukatın müvekkiline karşı yükümlülüklerinin tespit edilmesi için bilirkişiye başvurulamaz. Ancak doktorlar gibi bazı meslek guruplarına ilişkin kuralları ve uygulamaları öğrenmek için bilirkişiye başvurulabileceği kabul edilmektedir¹⁸²¹.

İngiliz hukukunda teknik ve bilimsel konulara ilişkin hususlarda bilirkişi delili kullanılabilir¹⁸²². Özellikle tıp insanların kendi alanlarına ilişkin verdiği bilgiler özel ve teknik bilgi kapsamına girdiği için bu konularda bilirkişiye başvurulabileceği kabul edilmektedir¹⁸²³. Örneğin; akıl hastalığı, bir hastalığın veya bir kişinin ölüm sebebi, zehrin etkileri, yaraların sonuçları, gebe bir kadının durumu veya tıbbi etik hakkında bilirkişiden yararlanılabileceği kabul edilmektedir¹⁸²⁴. Aynı şekilde ortalama insan ömrünü dikkate alarak bağlanacak gelirin değerlendirilmesi amacıyla bir sigorta uzmanından veya muhasebeciden görüş alınabilmektedir¹⁸²⁵. Yine bir doğa bilimcisinden balıkların bir nehirdeki engellerin üstesinden gelebilme yeteneklerinin değerlendirmesi için bilirkişi delili elde

bozukluk” gibi ifadelerin anlamlarının öğrenilmesi için bilirkişiye başvurulamayacağı kabul edilmektedir. Bkz. Tapper, 2010: 536. Bu çerçevede, bir yayının müstehcen olup olmadığının tespiti için de bilirkişiye gidilemeyeceği belirtilmektedir. Hodgkinson ve James, 2010: 23.

¹⁸¹⁸ Malek, 2013: 1208; Hodgkinson ve James, 2010: 290. Bu konuya ilişkin kararlar için bkz. Malek, 2013: 1208, dpn. 694, 696, 697.

¹⁸¹⁹ Sime, 2013: 891; Malek, 2013: 1208; Hodgkinson ve James, 2010: 67, 290. Buna karşılık herkes tarafından anlaşılabilir veya kolaylıkla öğrenilebilecek teknik tabir ve terimler için bilirkişiye başvurulamaz. Örneğin, bir mahkeme kararında; Kanun’da geçen “nominal kira” ifadesinin anlaşılması amacıyla bilirkişiye başvurulamayacağı kabul edilmiştir. Camden v Commrs of Inland Revenue [1914] KB. 641 CA at 647-650. Kararın ilgili bölümü için bkz. Malek, 2013: 1200.

¹⁸²⁰ Malek, 2013: 1208.

¹⁸²¹ Malek, 2013: 1208.

¹⁸²² Malek, 2013: 1197.

¹⁸²³ Malek, 2013: 1197.

¹⁸²⁴ Malek, 2013: 1197-1198.

¹⁸²⁵ Malek, 2013: 1198.

edilebilmektedir¹⁸²⁶. Bunun gibi yangının çıkış nedenini öğrenmek için itfaiye görevlilerinden, bir geminin dayanıklılığı veya yapımı için mühendislerden görüş alınabilmektedir¹⁸²⁷. Aynı şekilde var olan ispatlanmış örneklerle karşılaştırmak suretiyle el yazısının gerçekliğinin tespiti için de bilirkişiye başvurulabilmektedir¹⁸²⁸. Bunun yanında eski bir el yazmasının muhtemel tarihinin tespiti için veya asıl yazmanın yanına veya aralarına eklenmiş yazıların esas belgeyle aynı anda yazılıp yazılmadığının belirlenmesi amacıyla da bilirkişiye gidilebilmektedir¹⁸²⁹. Bunun gibi bir kazanın nasıl gerçekleştiğinin tespiti için fiziki delillere dayanan bilirkişi görüşünün alınabileceği kabul edilmektedir¹⁸³⁰. Bu bağlamda, bilirkişi yolun durumu, arabaların düzeni, kayma işaretleri (lastik izleri), parçaların durumu ve boya izlerinden yola çıkarak kazaya karışan araçların durumunu ve hızını çıkartarak, kazanın oluş biçimi hakkında görüş bildirebilir¹⁸³¹. Buna karşılık tanık ifadelerini değerlendirmek suretiyle sürücülerin nasıl hareket ettiğini, birbirlerini görüp görmediklerini veya olayın gerçekleşmesi için gerekli önlemleri alıp almadıkları noktasında bilirkişi dinlenemez. Zira tanık ifadelerinden belirtilen unsurların çıkartılması için hâkimin bilirkişi görüşüne ihtiyacı yoktur¹⁸³².

Bir kişinin kimliğinin tespit edilmesi veya vakalarla şahsi irtibatının ortaya konulması amacıyla da bilirkişi delilinin kullanılabileceği kabul edilmektedir. Özellikle kişinin belirli bir zamanda belirli bir yerde bulunup bulunmadığının belirlenmesi veya kişinin hukuki statüsünün tespiti için bilirkişiye başvurulabilmektedir¹⁸³³. Bu anlamda, parmak izi incelemesi veya babalık davalarında kullanılan kan veya dna testi için yahut genellikle ceza davalarında kullanılmakla beraber, yüz haritalama sistemiyle kimlik tanımlaması¹⁸³⁴ yapabilmek için bilirkişiye başvurulabilmektedir¹⁸³⁵. Bunun gibi, bir kişinin yürüme şekliyle, kamera görüntülerini karşılaştırarak veya ayakkabısının bıraktığı izi inceleyerek kimlik tespiti yapabilmek için bilirkişi yargılamaya dâhil edilebilmektedir¹⁸³⁶. Bunun yanında hangi

¹⁸²⁶ Malek, 2013: 1198.

¹⁸²⁷ Malek, 2013: 1198.

¹⁸²⁸ Malek, 2013: 1201. İngiliz hukukunda yazı veya imzanın gerçekliğinin tespiti için şahit de dinlenebilmektedir. Yazı veya imzanın, ilgili tarafın elinden sadır olduğunu gören kişiler, bunların gerçekliğinin ispatı için şahitlik yapabilmektedir. Aynı şekilde, aleyhine belge sunulacak kişinin yazı veya imzasına aşına olan kişiler de ileri sürülen belgenin hazırlanışını görmese dahi bu belge üzerindeki imza veya yazının ilgili kişiye ait olduğunu tespiti için ifade verebilmektedir. Bkz. Tapper, 2010: 675-676.

¹⁸²⁹ Malek, 2013: 1201.

¹⁸³⁰ Sime, 2013: 892.

¹⁸³¹ Sime, 2013: 892.

¹⁸³² Sime, 2013: 892.

¹⁸³³ Malek, 2013: 1206.

¹⁸³⁴ Bu tür davalarda bilirkişi, güvenlik kamerasından alınan görüntüyle ilgili kişinin yüzünü karşılaştırarak o kişinin belirli zamanda belirli bir yerde bulunup bulunmadığı hakkında görüş bildirebilmektedir. Bkz. Malek, 2013: 1206-1207.

¹⁸³⁵ Malek, 2013: 1206-1207.

¹⁸³⁶ Malek, 2013: 1207.

yöntemle yapılması gerektiği tartışmalı olmakla beraber ses tanıma ve eşleştirilmesinin yapılması amacıyla da bilirkişiye başvurulabileceği kabul edilmektedir¹⁸³⁷.

Sanata ilişkin konularda da bilirkişi delili kullanılabilmektedir¹⁸³⁸. Özellikle bir sanat eserinin gerçek olup olmadığının tespiti veya fiyatının değerlendirilmesi amacıyla ilgili konuda çalışan sanatçıdan, sanat eleştirmeninden veya müze görevlilerinden görüş alınabileceği kabul edilmektedir¹⁸³⁹.

Bunun yanında ticaret, muhasebe veya bir malın piyasa değerine ilişkin konularda da bilirkişi deliline başvurulabileceği kabul edilmektedir¹⁸⁴⁰. Bu anlamda malların perakende satışından kaynaklanan ortalama atık miktarının tespiti için ilgili konudaki esnaftan; bir malın piyasa değerinin tespiti için ilgili alana aşına olan kimselerden veya hangi zararların ana sermayeye işlenebileceğinin belirlenmesi için muhasebecilerden görüş alınabileceği kabul edilmektedir¹⁸⁴¹. Aynı şekilde ticari terimlerin anlaşılması amacıyla, iş adamları bilirkişi olarak atanabilmektedir¹⁸⁴². Bunun yanında ticari örf ve âdetin öğrenilmesi amacıyla da bilirkişiye başvurulabilmektedir¹⁸⁴³.

Öte yandan mahkemenin dilini bilmeyen tanığın veya tarafın duruşmada vereceği ifadelerin de bilirkişi tercümanlar vasıtasıyla mahkemeye aktarılabilmesi kabul edilmektedir. Aynı şekilde yabancı bir dilde yazılmış evrak veya eserin tercümesi için de çevirmen bilirkişiler kullanılabilmektedir. İngiliz hukukunda tercümanın veya çevirmenin bilirkişi olarak kabul edilmesi gerektiği, zira bu kişilerin mahkemeye uzman tavsiyesi verdiği, bu tavsiyenin delilsel bir şekli olduğu, deliller gibi kendisiyle mücadele edilebileceği ve mahkemenin bunu sağlayacak özel bilgi ve becerisinin olmadığı belirtilmektedir¹⁸⁴⁴.

¹⁸³⁷ Hall ve Smith, 2001: 10-11; Malek, 2013: 1206.

¹⁸³⁸ Sime, 2013: 891; Malek, 2013: 1198.

¹⁸³⁹ Malek, 2013: 1198.

¹⁸⁴⁰ Malek, 2013: 1199.

¹⁸⁴¹ Malek, 2013: 1199.

¹⁸⁴² Malek, 2013: 1199. Buna karşılık bir ticaret adamının aldatılıp aldatılmadığı veya tüketicilerin yanıltılıp yanıltılmadığı noktasında bilirkişiye başvurulamayacağı düşünülmektedir. Bkz. Age: 1199. Örneğin: bir markanın, bir diğerine benzemesi nedeniyle, tüketicilerde zihin karışıklığının bulunup bulunmadığını tespit etmek için bilirkişiye başvurulamaz. Bkz. Sime, 2013: 892; Hodgkinson ve James, 2010: 23. Zira bir mahkeme kararına göre; tüketicilerin yanıltılıp yanıltılmadığı, ortalama bir tüketici esas alınarak değerlendirilmelidir ve bunun yapılabilmesi için bilirkişiye başvurmaya gerek yoktur. Mahkeme bu konu hakkında kendisi bir karar verebilecektir. Bkz. Ensure Insurance Ltd v Direct Line Insurance Plc [2008] EWCA Civ 842 CA. Kararın ilgili bölümü ve açıklamalar için bkz. Malek, 2013: 1199; Sime, 2013: 892; Hodgkinson ve James, 2010: 23; 29. Buna karşılık bir başka mahkeme kararında “The Mail” kelimesinin perakendeciler ve halk tarafından “The Daily Mail” ve “Mail on Sunday”’e atıf olarak anlaşıldığına dair bir araştırmayı (survey) içeren bilirkişi delili mahkeme tarafından kabul edilmiştir. Bkz. Associated Newspapers Limited v Express Newspapers [2003] EWHC 1322 (Ch). Kararın ilgili bölümü için bkz. Hodgkinson ve James, 2010: 67.

¹⁸⁴³ Malek, 2013: 1200. Buna karşılık, örf ve âdetin (custom) nasıl uygulandığı, mahkeme tarafından da tespit edilebiliyorsa (judicial notice) bilirkişi deliline başvurulmasına gerek yoktur. Bkz. Hodgkinson ve James, 2010: 61.

¹⁸⁴⁴ Hodgkinson ve James, 2010: s. 168. Bütün bilirkişiler gibi çevirmenlerin de bağımsız ve tarafsız olması gerekir. Bunu sağlamak için bu kişilere de yemin verdirilmektedir. Aynı şekilde diğer tanıklar gibi çevirmenlerin de yalan beyandan (perjury) dolayı yargılanabilecekleri kabul edilmektedir. Bkz. Age: 169-170.

3.2.3.3. Bilirkişinin Uzmanlığı (Yeterli Bilgi ve Tecrübeye Sahip Olması)

İngiliz hukukunda bilirkişinin ifade verebilmesi, bir başka deyişle, yargılamaya kabul edilebilmesi için ilgili konu hakkında yeterli uzmanlığa sahip olması gerekmektedir¹⁸⁴⁵. Bu durum, esasen bilirkişiliğin zorunlu unsurlarından olan mahkemeye yardımcı olabilme kriterinin bir uzantısıdır. Zira bilirkişi gerekli niteliklere sahip olmadıkça yargılamaya dâhil edilme sebebi olan özel ve teknik bilgi ihtiyacını karşılayamayacaktır.

Bilirkişinin yeterli niteliklere sahip olup olmadığı, mahkeme tarafından duruşma öncesi dönemde takdir edilmektedir¹⁸⁴⁶. Mahkeme tarafından yapılacak bu değerlendirme için her olaya uygulanabilecek genel standartlar bulunmamaktadır. Hâkim, somut olayın özelliklerine göre özel ve teknik konunun unsurlarına bakarak görüş bildirecek bilirkişinin gerekli niteliklere sahip olup olmadığını değerlendirecektir. Bir başka deyişle, mahkeme gerekli olan en alt seviye nitelik ve tecrübeleri, uyumsuzluk konusu meseleyi dikkate alarak karara bağlayacaktır¹⁸⁴⁷. Bu noktada hâkimin geniş bir takdir hakkı bulunmaktadır¹⁸⁴⁸. Bu çerçevede mahkeme, birtakım uyumsuzluklar için yeterli kabul edilebilecek nitelikleri, başka bir olay bakımından tatmin edici bulmayabilir.

Bilirkişinin bilgi ve tecrübesinin davanın çözümü için gerekli olan özel ve teknik bilgiyi karşılayabilecek nitelikte olması gereklidir. Bir kimsenin belirli bir konuda uzmanlığının bulunması, onun her konu hakkında tanıklık yapmasına olanak tanımaz. Bilirkişi, kendi uzmanlık alanı dışında kalan bir konu hakkında görüş bildiremez¹⁸⁴⁹. Bu anlamda bir kardiyoloji uzmanının göz hastalıklarıyla ilgili bir meselede bilirkişilik yapması mümkün olmadığı gibi, bir göz doktorunun kalp hastalıklarıyla ilgili konuda bilirkişilik yapması düşünülemez. Öte yandan bazı durumlarda ilgili meselenin çözümü için tek bir uzmanlıkta yeterli olmayabilir. Örneğin: birçok unsurun sebep olabileceği ve farklı tıbbi uzmanlıklar gerektiren bir konunun çözümü için farklı alanlarda uzmanlığa ve tecrübeye sahip birden fazla doktorun bilirkişi olarak yargılamaya dâhil edilmesi gerekebilir¹⁸⁵⁰.

Bilirkişinin gerekli niteliklere, uzmanlığa veya tecrübeye nasıl sahip olduğu kural olarak önem arz etmez. Uzmanlığın belirli bir şekilde elde edilmesine (belirli bir okuldan mezuniyet gibi) ve özellikle bir mesleğin icrasından kaynaklanmasına gerek yoktur¹⁸⁵¹. Mahkeme gerekli özelliklere sahip olduğunu düşündüğü herhangi bir kişiyi, bilirkişi olarak

¹⁸⁴⁵ Kennedy v. Cordia (Services) LLP [2016] UKSC; Andrews, 2003: 746; Zuckerman, 2003: 619; Sime, 2013: 893.

¹⁸⁴⁶ Zuckerman, 2003: 619; Hall ve Smith, 2001: 3. Bilirkişi, hangi niteliklere sahip olduğunu detaylı bir şekilde raporunda belirtmek zorundadır (PD 35 m. 3.2).

¹⁸⁴⁷ Sime, 2013: 893.

¹⁸⁴⁸ Hodgkinson ve James, 2010: 31.

¹⁸⁴⁹ Durston, 2008: 504; Hodgkinson ve James, 2010: 32, 75.

¹⁸⁵⁰ Sime, 2013: 893.

¹⁸⁵¹ Tapper, 2010: 542; Durston, 2008: 500; Sime, 2013: 893; LCEW, 2009: 2, dnp. 6.

kabul edebilir¹⁸⁵². Örneğin, bir mahkeme kararına göre; el yazısı konusundaki bilgi ve tecrübesini mesleki olarak değil de, kendi şahsi merakından (amatör) dolayı elde etmiş avukatın bilirkişi olarak atanabilmesi mümkündür¹⁸⁵³. Ancak belirttiğimiz üzere; bu durum davanın ve bilirkişiye başvurulacak konunun özelliklerine göre farklılık gösterebilir. Bu bağlamda diğer bir mahkeme kararında; amatör olarak psikolojiyle uğraşan kişinin ileri sürdüğü görüş, bilirkişi delili olarak kabul edilmemiştir¹⁸⁵⁴.

Bilirkişinin gerekli uzmanlığa sahip olup olmadığı, geleneksel olarak kabul edilebilirlik aşamasında (admissibility stage) değerlendirilmekle beraber, özellikle taraf bilirkişileri bakımından bu değerlendirmenin delisel ağırlık aşamasında yapılması yönünde İngiliz hukukunda bir eğilimin olduğu belirtilmektedir. Bu eğilim uyarınca; bilirkişi delili yargılamaya dâhil edilmeli, onun sahip olduğu tecrübe ve uzmanlık ise delillerin ağırlığının tartışıldığı (weight stage) yargılama safhasında (duruşmada) dikkate alınmalıdır¹⁸⁵⁵.

3.2.3.4. Bilirkişi Delilinin Güvenilirliği (Reliability)

Bilirkişi delilinin güvenilirlik incelemesi, Amerikan hukukunun aksine İngiliz mahkemeleri tarafından esaslı şekilde dikkate alınmamaktadır¹⁸⁵⁶. Bu durumun en önemli sebebi ise, güvenilir olmayan bilirkişi görüşünden etkilenecek jürinin, medeni yargılamada bulunmamasıdır¹⁸⁵⁷. Öte yandan İngiliz hukukunda, Amerikan hukukundan farklı olarak, güvenilirlik (reliability) incelemesinin nasıl ve hangi kriterlere göre yapılacağına dair Medeni Usul Kuralları'nda açık bir hüküm de yoktur¹⁸⁵⁸. Buna karşılık Amerikan hukukunda bir dönem benimsenmiş “genel kabul kriterinin” İngiliz hukuku tarafından da benimsendiğine dair bazı mahkeme kararlarında belirtiler bulunmaktadır¹⁸⁵⁹. Bu çerçevedeki bir mahkeme kararına göre; gelişmekte olan yeni bilim ve tıp alanlarına ilişkin bilirkişi delili, kesin ve güvenilir bilgi sağlamaya elverişli olduğu ilgili bilim çevreleri tarafından teyit edilinceye kadar kabul edilemez¹⁸⁶⁰. Başka bir hukuk davasında da, tam olarak “genel kabul kriteri”

¹⁸⁵² Bir ceza yargılamasına ilişkin olmasına rağmen İngiliz mahkemelerinin konuya bakışını göstermek için ilginç sayılabilecek eski tarihli bir davada; hayat kadınlarının iletişim bilgilerini içeren bir reklamdaki kısaltmanın ne anlama geldiğini öğrenmek için tecrübeli bir hayat kadının delil sunmasına (bilirkişi delili) izin verilmiştir. Shaw v DPP [1962] A. C 220, 227 C.A Kararın ilgili bölümü için bkz. Hodgkinson ve James, 2010: 68.

¹⁸⁵³ R v Silverlock [1894] 2 QB 766. Kararın ilgili bölümü için bkz. Tapper, 2010: 542; Hall ve Smith, 2001: 2-3

¹⁸⁵⁴ Robb (1991) 93 Cr App R 161. Kararın ilgili bölümü için bkz. LCEW, 2009: 2, dñn. 6

¹⁸⁵⁵ Hodgkinson ve James, 2010: 33-34.

¹⁸⁵⁶ Hodgkinson ve James, 2010: 13.

¹⁸⁵⁷ Hodgkinson ve James, 2010: 25.

¹⁸⁵⁸ Amerikan hukukunda federal mahkemeler ve birçok eyalet mahkemesi, güvenilirlik incelemesini FDK'nın 702. maddesi çerçevesinde, Yüksek Mahkeme'nin “Daubert” davasında belirlediği kriterlere göre katı bir şekilde gerçekleştirmektedir. Bkz. Daubert v Merrell Dow Pharmaceuticals Inc. 509 U.S. 579 (1993).

¹⁸⁵⁹ LCEW, 2009: 19.

¹⁸⁶⁰ Gilfoyle [2001] 2 Cr App R 5 (57). Açıklama ve kararın ilgili bölümü için bkz. LCEW, 2009: 19.

olarak nitelendirilemeyecek olmasına rağmen, mahkeme kararını etkilemeye elverişli, tanınmış (onaylanmış, kabul edilmiş) kurallar ve standartlar tarafından yönetilen bir uzmanlık alanının (body of expertise) bulunup bulunmadığı güvenilirlik değerlendirmesinde kriter olarak kullanılmıştır¹⁸⁶¹.

Yüksek Mahkeme'nin bir kararında ise bilirkişi delilini desteklemek için güvenilir bir bilgi birikiminin ve deneyiminin olup olmadığı, kabul edilebilirlik için bir şart olarak öngörülmüştür¹⁸⁶². Mahkeme'ye göre, bu hususun değerlendirilmesi bilirkişi delilinin konusuna bağlıdır. Buna göre bilirkişi delilinin konusu, tanınmış (kabul edilmiş-recognised) bir bilimsel disiplinin içinde olduğu durumlarda, hâkimin ilgili bilgi birikiminin güvenilirliği noktasında tatmin olması daha kolay olacaktır. Buna karşılık bilimin veya bilgi birikiminin geniş çapta tanınmadığı durumlarda ise bunun sağlanması daha zordur. Mahkeme'ye göre genel olarak tanınmış alanlar dışında bir bilgi veya tecrübeye sahip bilirkişiyi ileri sürmek isteyen tarafın, sadece tanığın niteliklerini ve uzmanlığını değil, ayrıca bu bilgi ve bilim alanının metodolojisini ve geçerliliğini de açıklaması gereklidir¹⁸⁶³.

Ancak belirtmek gerekir ki; ilgili alanda hiç tanınmayan yahut henüz tam olarak yerleşmemiş bilgi birikimine dayanan bilirkişi görüşleri dışında güvenilirlik değerlendirilmesi bakımından İngiliz hukukunda hakim olan genel kanaat; bilirkişiye başvurulacak alan, olağan ilgi (relevancy) ve güvenilirlik (reliability) kriterini geçecek kadar yerleşmişse¹⁸⁶⁴ kabul edilebilirlik için daha ağır koşullar uygulanmaması yönündedir¹⁸⁶⁵. Bu kapsamda, mahkemeler genellikle karışmama siyasetini benimsemekte, çok açık şekilde güvenilmez

¹⁸⁶¹ Barings Plc v. Coopers & Lybrand (2001) Lloyd's Rep. Bank 85; (2001) P.N.L.R. 22. Kararın ilgili bölümleri için bkz. Hodgkinson ve James, 2010: 29; Sime, 2013: 891-893. Bu noktada, hâkimde kanaat oluşturma yükümlülüğü, bilirkişi deliline dayanmak isteyen tarafa düşmektedir. Bkz. Age: 893.

¹⁸⁶² Kennedy v. Cordia (Services) LLP [2016] UKSC.

¹⁸⁶³ Yüksek Mahkeme, bu noktada Mearns v. Smedving Ltd. 1999 SC 243 davasında kullanılan ifadelere atıf yapmaktadır. Mahkeme'ye göre katıldıkları bu yaklaşım, metodolojisi herhangi bir yerleşmiş bilgi birikimine dayanmayan bilirkişileri yargılama dışında tutan diğer kararlarla da desteklenmektedir. Bu kararlara örnek olarak; nazaran yeni akademik araştırmaya konu olan ve güvenilir olarak değerlendirilebilecek kadar yeterince geliştirilmemiş bir metodoloji olan "vakıa bağlantı analizi" ni kullanan bilirkişi delilini yargılama dışında bırakan Young v. Her Majesty's Advocate 2014 SLT 21 kararı ile ileri sürülen görüşün kalitesinin test edilebileceği herhangi bir kriterin referans olarak bulunmadığı ve metodolojisini onaylayan önemli akademik yazıların bulunmadığı bilirkişi delilini yargılama dışında bırakan R v. Gilfoyle [2001] 2 Cr App R kararı gösterilmiştir. Bkz. Kennedy v. Cordia (Services) LLP [2016] UKSC.

¹⁸⁶⁴ Buna karşılık, bilirkişi delili ilk bakışta açık şekilde güvenilir değilse, bilirkişi delili yargılamaya dâhil edilmeyebilir. Örneğin; uzman bir astroloğun Ay'ın, Güneş'in veya gezegenlerin hareketlerine göre insan hareketleri hakkında vereceği delil, hâkim tarafından kabul edilmeyebilir. Bunun yanında herkes tarafından bilinen anlaşılan ve kabul edilen bilimsel teori veya kanunlar hakkında da bilirkişi deliline başvurulmasına gerek yoktur. Zira bu tür teori ve bilimsel kanunlar insanların büyük çoğunluğu tarafından iyi bir şekilde bilinip kabul edildikleri için ispatlanmalarına ihtiyaç olmadığı kabul edilmektedir. Bkz. LCEW, 2009: 22.

¹⁸⁶⁵ Tapper, 2010: 545. Hâlbuki Amerikan hukukunda bilirkişinin uyguladığı metot ve standartların test edilip edilmediği, hata oranları, emsal değerlendirmeye veya bir yayına konu olup olmadığı ve ilgili bilimsel toplulukta genel olarak kabul edilip edilmediği güvenilirlik incelemesinde değerlendirilmektedir. Daubert v. Merrel Dow Pharmaceuticals Inc (1992) 113 S Ct 2786. Ayrıca bkz. FDK m. 702.

olmayan bilirkişi delilini yargılamaya dâhil etmektedir¹⁸⁶⁶. Doktrindeki bazı görüşlere göre de, İngiliz mahkemelerinin, bilirkişi delilinin kabul edilebilirliğini incelerken yüksek güvenilirlik (reliability) değerlendirmesi yapmasına gerek yoktur. Bu noktada mahkemenin temel görevinin, çapraz sorgulama gibi mücadeleci sistemin (adversary system) diğer yöntemleri vasıtasıyla, bilirkişi görüşünün delilsel ağırlığını (probative value) değerlendirmek olduğu ileri sürülmektedir¹⁸⁶⁷. Zira bilirkişinin delil olarak kabul edilmesinden önce karar vericilerin bilgi ve tecrübenin güvenilir olup olmadığını değerlendirmesi oldukça zordur. Bilirkişi görüşü, yargılamaya delil olarak kabul edildikten sonra gerek çapraz sorgulama gerekse de aksi yöndeki bilirkişi deliliyle tetkik edilerek güvenilir olup olmadığı değerlendirilebilir. Bu çerçevede bilgi ve tecrübenin güvenilir olup olmadığının değerlendirilmesi, kabul edilebilirlik aşamasından ziyade, yargılama safhasında delilin ağırlığının (weight) incelendiği bir aşamada (tahkikat aşamasında) yapılmalıdır. Böylece hâkim; bilirkişinin, görüşünü haklı göstermek için ileri sürdüğü sebepleri ve neden belirli bilgi ve tecrübeyi benimsendiğini de değerlendirebilecektir¹⁸⁶⁸.

Bilirkişi delili hakkında net bir güvenilirlik testinin olmayışı, eleştirilere sebebiyet vermiş ve bu konuda düzenleme önerileri ileri sürülmüştür. Bu çerçevede İngiliz ve Galler Hukuk Komisyonu (The Law Commission of England and Wales) en azından ceza davaları bakımından bilirkişi delilinin daha sıkı kabul edilebilirlik incelemesine tabi tutulmasını savunmaktadır. Bu kapsamda, bilirkişi delilinin yasal bir kabul edilebilirlik değerlendirilmesine sokulmasını ve yeterince güvenilir olduğu yönünde mahkemede bir kanaat oluşturulmadan yargılamaya dâhil edilmemesi gerektiği ileri sürülmüştür¹⁸⁶⁹. Aynı şekilde Avam Kamarası Bilim ve Teknoloji Komitesi de ceza davaları bakımından bu tür bir kabul edilebilirlik incelemesinin olmayışını, büyük bir başarısızlık ve yetersizlik olarak nitelendirerek, bilirkişi delilinde kullanılan teori ve tekniklerin yeterince güçlü olup olmadığının değerlendirilmesi için bir güvenilirlik testinin bulunması gerektiğini ileri sürmüştür. Bunun içinde Amerikan yargılamasında güncel olarak uygulanan Daubert kriterlerinin esas alınabileceği belirtilmiştir¹⁸⁷⁰. Aynı şekilde bir mahkeme kararında da, Daubert kriterlerinin medeni yargılamada kullanılması önerilmiştir¹⁸⁷¹.

¹⁸⁶⁶ LCEW, 2009: 22.

¹⁸⁶⁷ Tapper, 2010: 545.

¹⁸⁶⁸ Hodgkinson ve James, 2010: 25.

¹⁸⁶⁹ Report Number: 325 Mart 2011. LCEW, 2009: 3-4.

¹⁸⁷⁰ House of Commons Science and Technology Committee [STC], 2004-2005: 76.

¹⁸⁷¹ Oldham Metropolitan Borough Council v. GC [2007] EWHC 136. Kararın ilgili bölümü için bkz. LCEW, 2009: 23, dpn 39.

Bu öneri ve eleştirilerin etkisiyle, ceza davaları bakımından bilirkişi delilinin güvenilirliğini değerlendirmek için Ceza Uygulama Talimatları'nın¹⁸⁷² 19. bölümünde bazı kriterler öngörülmüştür. Buna göre mahkeme, bilirkişi görüşünün özellikle de bilimsel bilirkişi görüşünün güvenilirliğini değerlendirirken;

- bilirkişi görüşünün dayandığı bilgilerin kapsamını, niteliğini ve bunları elde etmek için kullanılan yöntemlerin geçerliliğini,
- bilirkişi görüşü, herhangi bir bulgudan elde edilmiş çıkarımlara dayanıyorsa, bu çıkarımların güvenilirliğinin açıklanıp açıklanmadığını (istatistiksel veya diğer uygun terimlerle),
- bilirkişi görüşü, herhangi bir yöntemin kullanılmasından elde edilen sonuçlara dayanıyorsa, (test, ölçüm, araştırma-anket gibi) kesinlik derecesi veya belirsizlik marjı gibi bu sonuçların doğruluğunu ve güvenilirliğini etkileyen unsurların dikkate alınıp alınmadığını,
- bilirkişi görüşünün dayandığı materyallerin ilgili alandaki diğer uzmanlar tarafından gözden geçirilip geçirilmediğini (hakemli yayınlara konu olup olmadığı gibi) ve bu uzmanların ilgili materyal üzerindeki görüşlerini,
- bilirkişi görüşünün, hangi ölçüde uzmanın kendi alanı dışında kalan materyallere dayandığını,
- bilirkişiye açık bilgilerin eksiksizliğini ve bilirkişinin, görüşünü oluştururken bütün ilgili bilgileri dikkate alıp almadığını, (görüşle ilgili herhangi bir vakianın içeriğine ilişkin bilgiler dahil olmak üzere)
- konuyla ilgili bir dizi farklı görüş varsa, bilirkişi görüşünün hangi noktada durduğunu ve bu seçimin nedenlerinin iyi bir şekilde açıklanıp açıklanmadığını,
- bilirkişinin, sahada kullanılan yerleşmiş yöntemleri kullanıp kullanmadığını, eğer kullanmamışsa, bu sapmanın nedeninin uygun bir şekilde açıklanıp açıklanmadığını, dikkate almalıdır [CPD 19A.5 (a)-(h)].

Öte yandan, mahkeme bu değerlendirmeyi yaparken, bilirkişi görüşünün özellikle de bilimsel bilirkişi görüşünün güvenilirliğini azaltacak muhtemel hataları da dikkate almalıdır. Bu çerçevede; bilirkişi görüşünün henüz yeterince incelenmemiş bir hipoteze (deneysel veya diğer bir test gibi), gerekçesiz bir varsayıma, kusurlu bilgilere, uygun bir şekilde yürütülmemiş veya uygulanmamış inceleme, teknik, yöntem veya sürece veyahut da uygun

¹⁸⁷² Criminal Practice Directions (CPD) 2015 Division V Evidence 19 Expert Evidence.

bir şekilde ulaşılmamış çıkarım ve sonuçlara dayanıp dayanmadığını göz önünde bulundurmalıdır [CPD 19A.6 (a)-(e)].

3.3. Bilirkişi Türleri

3.3.1. Genel Olarak

İngiliz hukukunda, özel ve teknik bilginin mahkemeye aktarılması, üç ana yöntemle gerçekleştirilmektedir. Bunlardan birincisi, geleneksel Anglo Amerikan bilirkişi atama yöntemi olan taraflarca bilirkişi atama yöntemidir. Bu yöntemle, taraflardan her biri kendileri tarafından tutulan uzmanlar vasıtasıyla özel ve teknik konularda mahkemeye bilgi aktarmaktadır. Bu kişiler, şahit gibi tanık olarak kabul edilmekte, sundukları görüşler ve raporlar delil olarak değerlendirilmektedir. İkinci yöntem ise, Medeni Usul Kuralları'nın yürürlüğe girmesiyle İngiliz hukukuna kazandırılmış olan müşterek bilirkişilik kurumudur. Bu yöntem, geleneksel bilirkişi atama yönteminin sebep olduğuna inanılan tarafgirlik ve masrafa tepki olarak ortaya çıkmıştır. Bu yöntemle, her bir tarafın atadığı bilirkişiler yerine tarafların üzerinde anlaştıkları bir tek müşterek bilirkişiden (single joint expert) görüş alınması öngörülmüştür. Üçüncü yöntem ise, “hâkim yardımcısı (assessor-danışmanı)” olarak adlandırabileceğimiz uzmanlar vasıtasıyla özel ve teknik bilginin yargılamaya taşınmasıdır. Doktrinde hâkim yardımcısı, bilirkişi olarak kabul edilmemekle beraber, bazı durumlarda mahkemenin takdirine bağlı olarak bilirkişiler gibi yargılamaya rapor sunabilmektedir¹⁸⁷³. Hâkim yardımcıları diğer iki yöntemden farklı olarak doğrudan mahkeme tarafından atanmaktadır.

Yukarıda sayılanların dışında taraflar, iddialarını gerekçelendirmek, güçlendirmek ve dosyalarını daha iyi hazırlamak amacıyla danışman veya gölge bilirkişi¹⁸⁷⁴ olarak adlandırılan uzmanlardan da yardım alabilmektedir. Ancak bunlar, taraflarca atanan bilirkişilerden farklı olarak duruşmaya katılmaz ve mahkemeye yazılı rapor sunmaz. Bu uzmanların temel görevi, taraflara iddia ve savunmalarının hazırlanmasında yardımcı olmaktır. Taraflarca atanan bilirkişilerden farklı olarak; kendileri tanık, görüşleri delil niteliğine haiz değildir. Bu sebeple taraflarca bu kişilere ödenen ücret, kural olarak yargılama gideri olarak karşı taraftan tahsil edilemez¹⁸⁷⁵. Bu tür uzmanlar özellikle dava konusunun karmaşık, miktarının veya değerinin yüksek olduğu uyuşmazlıklarda konunun daha iyi anlaşılabilmesi yahut müşterek bilirkişi atandığı durumlarda, bu bilirkişinin görüşünün değerlendirilmesi için kullanılmaktadır¹⁸⁷⁶.

¹⁸⁷³ Bu konudaki açıklamalar için bkz. 3.3.4. Hâkim Yardımcısı

¹⁸⁷⁴ Dwyer, 2008: 332.

¹⁸⁷⁵ Sime, 2013: 902; Dwyer, 2008: 186.

¹⁸⁷⁶ Sime, 2013: 902; Dwyer, 2008: 332-333.

Mahkeme tarafından atanan hâkim yardımcısını bir tarafa koyarsak, İngiliz hukukuna tarihsel olarak bakıldığında Medeni Usul Kuralları yürürlüğe girinceye kadar, taraflarca bilirkişi atama yönteminin mahkemeye özel ve teknik bilgi sağlamanın temel yolu olarak kabul edildiği görülmektedir¹⁸⁷⁷. Medeni Usul Kuralları'nın yürürlüğe girmesiyle birlikte bu durum değişmiş, müşterek bilirkişi atanması teşvik edilmiştir. Nitekim uygulamada müşterek bilirkişinin benimsendiği ve kullanıldığı belirtilmektedir¹⁸⁷⁸. Buna karşılık hâkim yardımcılarının kullanımı, diğer iki yöntemden farklı olarak bütün uyuşmazlıklara yaygın değildir. Bu uzmanlar özellikle, deniz ve patent uyuşmazlıklarında mahkemelerce nadiren kullanılmaktadır¹⁸⁷⁹.

3.3.2. Taraflarca Atanan Bilirkişi

3.3.2.1. Genel Olarak

Anglo Amerikan hukuk sisteminin geleneksel tercihi olan taraflarca bilirkişi atama yöntemi, yürürlüğe giren yeni Medeni Usul Kuralları'yla da İngiliz hukukunda güncelliğini korumaktadır. Mücadeleci sisteminin (adversary system) taraflara tanındığı dava için en uygun delilleri belirtme ve yargılamaya sunma hakkının bir parçası olarak taraflardan her biri davasını desteklemek için olumlu olduğunu düşündüğü bilirkişi görüşünü kullanabilmekte ve birtakım şartlara tabi olmak koşuluyla mahkemeye delil olarak sunabilmektedir¹⁸⁸⁰.

Taraf bilirkişileri, taraf ile yapacakları bir anlaşma uyarınca tarafa ve mahkemeye özel ve teknik bilgi sağlamaktadır¹⁸⁸¹. İlgili taraf bilirkişi seçimi yaparken, uzmanın yeterli niteliklere sahip olup olmadığını, daha önce bilirkişi olarak yargılamaya aşına olup olmadığını, zamanında rapor verip, karşı tarafça sorulacak sorulara cevap verip veremeyeceğini, muhtemel ücretinin orantılı olup olmadığını, gerekli olması halinde duruşmaya katılıp katılamayacağını ve muhtemel menfaat çatışmasının varlığını değerlendirmelidir (Guidance m. 16)¹⁸⁸². Bu özelliklere sahip uzmanla yapılacak anlaşma ile

¹⁸⁷⁷ Dwyer, 2008: 332.

¹⁸⁷⁸ Dwyer, 2008: 333. Müşterek bilirkişilik sisteminin uygulamada iyi çalıştığı ve yargılamanın erken dönemlerinde tarafların uzlaşmasına yardımcı olduğu yönündeki İngiliz Adalet Bakanlığı tarafından hazırlanan rapor (Further Findings, A Continuing Evaluation of the Civil Justice Reforms) ile rapordaki bu ve Medeni Usul Kuralları hakkındaki diğer bulgular hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Güralp, 2011: 212 vd, dpn:172. Aynı şekilde yukarıda belirtilen rapora göre; Medeni Usul Kuralları'nın yürürlüğe girmesinden sonraki süreçte bilirkişiye başvuru davalarda %46'sında müşterek bilirkişinin kullanıldığı yönündeki bilgi ve açıklamalar için bkz. Toraman, 2013: 123.

¹⁸⁷⁹ Dwyer, 2008: 333.

¹⁸⁸⁰ Dwyer, 2008: 284.

¹⁸⁸¹ Taraf ile bilirkişi arasında yapılacak sözleşmeyle, bilirkişi ilgili uyuşmazlık bakımından sözleşme yapan tarafın tekeline girmez. Nitekim bir mahkeme kararı; uzmanın, ileride diğer taraf adına bilirkişilik yapamayacağına ilişkin sözleşme hükmü, kamu düzenine aykırı bulunmuştur. Lily ICOS Ltd v. Pfizer Ltd (No.2) [2002] EWCA Civ 2. Kararın ilgili bölümü için Bkz. Jackson, 2014: 1141.

¹⁸⁸² Sime, 2013: 902-903.

gerekli şartların başlangıçta kararlaştırılması her iki tarafın menfaatine olacaktır. Bu çerçevede, bilirkişiden beklenen faaliyet, raporun teslim tarihi, duruşmada ifade verilmesi veya bilirkişiye ödenecek ücret ve masrafların nasıl tespit edilip, ne zaman ödeneceği (karşı tarafça yazılı soru yöneltilmesi halinde yapılacak ödemeler de dâhil olmak üzere) ilgili anlaşmada belirtilmesi yararlı olan unsurlardır (Guidance m. 17)¹⁸⁸³.

İlgili taraf, bilirkişiyi ilgilendiren meselelere ilişkin süreleri, raporun hazırlanmasını etkileyecek mahkemenin tüm kararlarını ve bilirkişinin faaliyetiyle alakalı diğer bütün durumları vakit kaybetmeksizin bilirkişiye bildirmelidir (Guidance m. 19). Bunun yanında ilgili tarafça bilirkişiye verilecek talimatlar (instructions) açık ve anlaşılır olmalıdır (Guidance m. 20). Bilirkişiye verilecek talimatlar aşağıdaki unsurları içermelidir (Guidance m. 20);

- İsim, adres, doğum tarihleri, telefon numaraları ve olayların tarihleri gibi temel bilgiler,
- İstenilen uzmanlık alanı ve doğası,
- Rapor veya tavsiye istemenin amacı, incelenmesi gerekli hususlar, bilinen dava konuları ve tarafların kimlikleri,
- Davadaki ifadelerinin kopyası, verilecek raporla veya tavsiye ile ilgili tanık ifadeleri ve karşı tarafça açıklanmış belgeler,
- Davanın başlamadığı durumlarda, bilirkişiye başvurulma amacı, (yargılamada kullanılmak için mi yoksa sadece tavsiye için uzmana başvurulduğu),
- Bilirkişinin çalışma aşamalarına ilişkin genel program,
- Davanın başladığı durumlarda, mahkemenin ismi, dosya numarası, davanın hangi yargılama usulüne tabi olduğu ve celse tarihleri.

Kendisine talimat ulaşan bilirkişi vakit kaybetmeksizin ilgili talimatları kabul edip etmediğini açıklamalıdır (Guidance m. 22). Talimatları kabul etmeyen uzman (bilirkişi) bunun sebebinin de ilgili tarafa iletmelidir. Bu anlamda eğer talep edilen uzmanlık kendi bilgi ve tecrübesinin dışındaysa, talimatlarda belirtilen süreler gerçekçi değilse, talimatlar kendisinden beklenen görevin tamamlanması için yetersizse, atanma şartlarını yerine getiremeyeceğini anlamışsa veya verilen talimatlar bilirkişi olarak üstlenilecek yükümlülöklere aykırıysa, bilirkişi bunu ilgili tarafa açıklamalıdır (Guidance m. 23, Protocol m. 9.1). Anlaşılır ve net talimatlar almayan bilirkişi, talimatların açıklanmasını ilgili taraftan istemeli, açık talimatlar alamadığı takdirde çalışmaya başlamayacağını ilgili tarafa bildirmelidir (Guidance m. 23). Yukarıda belirtilen hususlar daha sonra ortaya çıktığı takdirde bilirkişi görevden çekinebilir. Ancak bilirkişi çekinmeden önce kendisini tutan tarafla

¹⁸⁸³ Sime, 2013: 903.

çekinmenin nedenleri hakkında görüşmeli ve mahkemeye talimatlar hakkında yazılı olarak başvuru yapmanın uygun olup olmayacağını değerlendirmelidir. Uzman çekildiği takdirde, kendisini tutan tarafa bu durumu yazılı olarak bildirmelidir (Guidance m. 27).

3.3.2.2. Mahkemenin Kontrol Mekanizması

Yukarıda açıklandığı üzere; İngiliz medeni usul hukukunda, taraflar bilirkişi atayıp, delil niteliğindeki bilirkişi raporunu mahkemeye ibraz edebilmektedir. Ancak taraflarca atanmış olsa da bilirkişinin asıl sorumluluğu, uzmanlığı dâhilindeki konular hakkında mahkemeye yardımcı olmaktır. Bilirkişinin mahkemeye karşı olan bu sorumluluğu, her durumda kendisini yargılamaya dâhil eden tarafa olan sorumluluğundan önce gelmektedir [CPR m. 35.3]. Bir başka ifadeyle, taraflarca atanmış olsa da bilirkişinin asıl muhatabı mahkemedir. Dolayısıyla, bilirkişi kendisini atayan tarafın davadaki durumuna göre hareket etmek zorunda olmayıp, sahip olduğu özel ve teknik bilginin sonucu ulaşılan objektif görüş ve çıkarımlarını mahkemeye aktarmakla yükümlüdür¹⁸⁸⁴.

Bilirkişinin mahkemeye karşı olan bu yükümlülüğünün yerine getirilmesinin sağlanması, bilirkişinin etkili ve sağlıklı şekilde kullanılması ile zaman ve masraf kaybının önlenmesi amacıyla Medeni Usul Kuralları, taraflarca atanan bilirkişinin kullanılması ve yönetilmesi noktasında mahkemeye birtakım yetkiler vermiştir. Bu yetkilerin ilk ve en önemlisi ise bilirkişinin atanması noktasında kendisini göstermektedir. Taraflar, kendi bilirkişilerini atamak istediklerinde öncelikli olarak mahkemeye başvurarak, izin almak zorundadır. Bir başka deyişle, Amerikan hukukundan farklı olarak bilirkişi görüşüne dayanmak isteyen taraf, öncelikli olarak mahkemenin onayını almalıdır [CPR m. 35.4.(1)]¹⁸⁸⁵. Bu zorunluluk, Medeni Usul Kuralları'nın hâkime deliller üzerinde verdiği kontrol yetkisinin bir uzantısıdır. Zira Medeni Usul Kuralları'nın 32.1 maddesi uyarınca mahkeme hangi konular hakkında delil gösterilmesi gerektiğine karar verebilmektedir.

Mahkemeden izin talep edecek tarafın, dilekçesinde hangi alanda bilirkişi deliline ihtiyaç duyulduğunu, bilirkişinin hangi meseleleri ele alacağını, bilirkişiye ödenecek tahmini miktarı ve mümkün olduğu takdirde (practicable) bilirkişinin kimliğini belirtmesi zorunludur [CPR m. 35.4.(2)]. İlgili tarafın talebi kabul edilirse; bilirkişinin hangi alanda ve meseleler hakkında görüş bildireceği ile bilirkişinin kimliği mahkeme kararında belirtilmelidir [CPR m. 35.4.(3)]. Mahkeme kararında bilirkişinin kimliği belirtilmezse (dilekçede kimlik

¹⁸⁸⁴ Zuckerman, 2003: 622.

¹⁸⁸⁵ Demirkapı, 2003: 58.

belirtilmemesi veya benzer bir sebeple), ilgili taraf bilirkişi raporunun tebliğinden önce tekrar bir daha izin almaya gerek kalmaksızın bilirkişisini değiştirebilir¹⁸⁸⁶.

Bilirkişi atamak için mahkemeye yapılacak başvuru, karşı tarafın bilirkişi görüşüyle mücadele etme şansını engellemeyecek şekilde, duruşmadan makul bir süre önce yapılmalıdır. Aksi takdirde mahkeme bilirkişi atama talebini reddedebilir¹⁸⁸⁷. Nitekim bir davada, duruşmadan iki hafta önce bilirkişi atamak isteyen davalının talebi, mahkeme tarafından reddedilmiştir¹⁸⁸⁸. Zira böyle bir durumda davacı, davalı tarafın atayacağı bilirkişi görüşüyle mücadele etmek için yeterli zamana sahip olamayacaktır. Bu durum ise, davacı için adaletsiz bir durumun ortaya çıkmasına neden olacaktır¹⁸⁸⁹.

Mahkemeden bilirkişi atanması için izin talep eden tarafın, dava konusu meseleler hakkında bilirkişi delili kullanılmasının uygun olduğu ve bu meseleler hakkında karar verilirken bilirkişinin yararlı olacağı yönünde mahkemede bir kanaat oluşturması gereklidir¹⁸⁹⁰.

Mahkemenin bilirkişi atanmasına ilişkin kararı, dava yönetimine ilişkin bir karardır. Bu çerçevede, mahkemenin takdir hakkı bulunmaktadır¹⁸⁹¹. Ancak her mahkeme kararı gibi bilirkişi atanması noktasında verilecek karar da keyfi olamaz. Bir yüksek mahkeme kararına göre, mahkeme bilirkişi atanmasını değerlendirirken en azından üç hususu göz önünde bulundurmalıdır. Buna göre, mahkeme önerilen bilirkişi delilinin ne kadar inandırıcı olduğunu, dava konusu meselelerin çözümünde ne kadar yardımcı olacağını ve son olarak bilirkişi ücretinin yargılamaya getireceği maliyeti, dava konusunun miktarını da dikkate alarak değerlendirmek zorundadır¹⁸⁹². Bir başka mahkeme kararına göre de bilirkişinin yargılamaya dâhil edilebilmesi için öncelikli olarak dava konusu meselelerin karara bağlanmasında mahkeme kararını etkileyebilecek bir uzmanlığın bulunması (uzmanlığa ihtiyaç duyulması) ve bilirkişinin bu konular hakkında yeterli bilgi ve aşinalığa sahip olması gereklidir. Ancak bu unsurlar bulunsa dahi, meselelerin çözülmesinde bilirkişiye başvurulması mahkemeye yardımcı olmayacaksa, bilirkişi delili yargılamaya dâhil edilmeyebilir. Bu bağlamda, karar verilecek konu; hukuki yahut mahkemenin böyle bir delili duymadan da tam olarak karara varabileceği bir meseleyse, bilirkişi delilinin mahkemeye

¹⁸⁸⁶ Malek, 2013: 1168. Buna karşılık, bilirkişi isim olarak belirtilmişse, bu bilirkişinin yerine bir başka bilirkişi atamak için tekrar mahkemeden izin alınması gerekir. Bkz. Andrews, 2013: 1362.

¹⁸⁸⁷ Sime, 2013: 896.

¹⁸⁸⁸ Calenti v. North Middlesex NHS Trust (2001) LTL 10/4/2001. Kararın ilgili bölümü için bkz. Sime, 2013: 896.

¹⁸⁸⁹ Sime, 2013: 896.

¹⁸⁹⁰ Malek, 2013: 1166.

¹⁸⁹¹ Malek, 2013: 1165.

¹⁸⁹² Mann v Messrs Chetty and Patel [2000] EWCA Civ 267. Kararın ilgili bölümü için bkz. Malek, 2013: 1167. İzin talebinin kabul edilmesi için mahkemenin dikkate alması gereken hususlar ve ilgili yargı kararları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Bilirkişi Delilinin Kabul Edilebilirliği.

yardımcı olmadığı kabul edilmelidir¹⁸⁹³. Bunun yanında mahkeme izin talebini değerlendirirken ölçülülük ilkesine, bu çerçevede yargılamanın en hızlı ve en az masrafla çözülmesine ve tarafların yargılamada eşit şekilde temsil edilmelerine dikkat etmelidir¹⁸⁹⁴.

Mahkeme, bilirkişi atanmasının gereksiz olduğunu, bu anlamda da lüzumsuz zaman ve masraf kaybına neden olacağına kanaat getirirse, tarafların izin talebine reddetmelidir¹⁸⁹⁵. Mahkemenin başlangıçta bilirkişi atanmaması noktasında verdiği kararın haksız olduğu, diğer bir ifadeyle tarafların bilirkişi atanması noktasındaki taleplerinin doğru olduğu yargılamanın diğer safhalarında ve özellikle duruşma (trial) sırasında anlaşılırsa, mahkeme bilirkişi atanmasına karar verebilir. Ancak bu durumda mevcut duruşma yarıda bırakılıp tekrar yeni bir duruşma açılması gerekmektedir¹⁸⁹⁶. Bunun yanında bilirkişi atama başvurusu reddedilen taraf, daha sonra tekrar mahkemeye başvurarak bilirkişi atanmasını yeniden talep edebilir. Ancak bu talebin kabul edilebilmesi için yeniden izin talep eden tarafın ilk izin başvurusunda belirtilen durumlarda değişiklik olduğunu ve yeni ortaya çıkan durumun bilirkişi delilinin kullanılmasının uygun olduğunu göstermesi gereklidir¹⁸⁹⁷.

Mahkemenin iznini beklemeksizin ilgili konuda uzmanla çalışmaya başlayan taraf, daha sonra mahkemeden izin talep eder ve bu talep reddedilirse, tarafın bu uzmana vereceği ücret yargılama gideri olarak karşı taraftan talep edilemez¹⁸⁹⁸. Zira bu durumda uzman, taraf bilirkişisi olarak değil sadece tarafa yardımcı olan bir danışman (shadow expert) olarak kabul edilmektedir.

Belirttiğimiz üzere; mahkeme hangi konuda bilirkişi atanacağına da karar vermektedir. Bunun yanında gerekli durumlarda taraflara bilirkişi delilinin doğasına ilişkin talimatlar da verilebilmektedir. Bu bağlamda, tarafların ayrı ayrı bilirkişi atamasına karar verilebileceği gibi, müşterek bilirkişi olarak adlandırılan ortak bir bilirkişi atanmasına da karar verilebilir¹⁸⁹⁹. Aynı şekilde bilirkişi görüşünün nasıl ibraz edileceği de mahkeme tarafından takdir edilebilmektedir. Mahkeme, bilirkişi görüşünün sadece yazılı (rapor) olarak

¹⁸⁹³ Barings Plc v. Coopers & Lybrand (No.2) [2001] Lloyd's Rep. Bank 85. Kararın ilgili bölümü için bkz. Malek, 2013: 1166.

¹⁸⁹⁴ Andrews, 2003: 744. Mahkemenin değerlendirmesinde dikkate alacağı bu hususlar, esasen Medeni Usul Kuralları'nın davanın bütününde gerek mahkemeye gerekse de taraflara yüklediği sorumluluklardır. Zira bu unsurların gerçekleştirilmesi, Medeni Usul Kuralları'nın düzenlenmesinin öncelikli amacıdır. Bu çerçevede, yargılamanın unsurları özellikle de hâkim; uyumsuzluğun, tarafların eşitliği prensibine uygun, hızlı ve adil bir şekilde çözülmesini sağlamakla yükümlüdür. Diğer taraftan mahkeme davaları ele alırken orantılılık (ölçülülük) ilkesine de dikkat etmek zorundadır. Bu ilkeyi değerlendirirken de dava konusunun değerini ve önemini, konun karmaşıklığını ve tarafların ekonomik durumlarını göz önünde bulundurmalıdır. Mahkeme bütün bu unsurları incelerken ve mahkeme kaynaklarını kullanırken diğer davaları da göz önünde bulundurmalıdır [CPR m. 1.1.]. Bkz. Malek, 2013: 1148, 1165.

¹⁸⁹⁵ Malek, 2013: 1165.

¹⁸⁹⁶ Malek, 2013: 1165.

¹⁸⁹⁷ Jameson v Smith [2001] EWCA Civ 1264. Kararın ilgili bölümü için bkz. Malek, 2013: 1168.

¹⁸⁹⁸ Jackson, 2014: 1140.

¹⁸⁹⁹ Zuckerman, 2003: 619.

sunulmasını emredebileceği gibi bilirkişinin duruşmaya çağrılarak sözlü olarak ifade vermesine de karar verebilir¹⁹⁰⁰. Bunun gibi duruşmaya çağrılan bilirkişi veya bilirkişilerin hangi yöntemle sorgulanacağı da mahkemenin takdirindedir.

Bunun yanında mahkeme kaç bilirkişi atanacağını da karar verebilmektedir. Bu çerçevede, mahkeme izin talebine göre bir veya birden fazla bilirkişiden görüş alınmasına hükmedebilir¹⁹⁰¹. Ancak, özellikle gereksiz zaman ve masraf kaybını engellemek amacıyla bilirkişi sayısı mahkeme tarafından sınırlandırılabilir¹⁹⁰². Öte yandan uyuşmazlık, küçük iddialar (small claims track) veya hızlı (fast track) yargılama usulüne tabiyse, esas olan bir mesele hakkında bir bilirkişiden görüş alınmasıdır [CPR m. 35.4.(3A)]. Bu kapsamda mahkeme, geçerli bir mazeret olmadıkça aynı tarafça, aynı alanda birden fazla bilirkişi atanmasına izin vermemelidir¹⁹⁰³.

Taraflarca bilirkişi atandığı durumlarda her iki tarafın da aynı sayıda bilirkişi ataması şart değildir. Taraflardan biri kendi rızasıyla daha az bilirkişi atamayı talep edebileceği gibi her iki tarafında eşit sayıda bilirkişi atamak istediği durumlarda mahkeme yukarıda belirtilen kriterleri dikkate alarak bir tarafın atamak istediği bilirkişi sayısını azaltabilir. Nitekim bir mahkeme kararına göre de; silahların eşitliği ilkesi temelinde her iki tarafın da aynı sayıda bilirkişi atamasına izin verilmesi gerektiği yönünde kesin bir kural bulunmamaktadır¹⁹⁰⁴.

Mahkemenin bilirkişi üzerindeki otoritesi bilirkişi ücretini de etkileyebilmektedir. Mahkeme gerekli gördüğü durumlarda kaybeden taraftan tahsil edilebilecek bilirkişi ücretinin kısıtlanmasına da karar verebilmektedir [CPR m. 35.4.(4)]¹⁹⁰⁵.

Mahkeme belirtilen takdir haklarını kullanırken, bilirkişinin mahkemeye en iyi şekilde nasıl yardımcı olacağını, bu anlamda bilirkişi görüşünün en etkili ve ekonomik yoldan nasıl yargılamaya dâhil edilebileceğini dikkate almak zorundadır¹⁹⁰⁶.

3.3.2.3. Taraf Bilirkişisine Yöneltilen Eleştiriler

İngiliz doktrininde, tarafların bilirkişi atamasına taraftar olan birçok yazar olduğu gibi, bu yöntemin birtakım dezavantajlarının bulunduğunu ve bazı problemlere sebebiyet verdiğini

¹⁹⁰⁰ Jackson, 2014: 1146; Zuckerman, 2003: 619.

¹⁹⁰¹ Jackson, 2014: 1146.

¹⁹⁰² Browne ve Catlow, 2010: 42; Zuckerman, 2003: 620.

¹⁹⁰³ Sime, 2013: 898; Heyward v Plymouth Hospital NHS Trust [2005] EWCA Civ 939; ES v Chesterfield and North Derbyshire Royal Hospital NHS Trust [2004] Lloyd's Rep. Med. 90. Kararların ilgili bölümleri için bkz. Malek, 2013: 1167.

¹⁹⁰⁴ Kirkman v Euro Exide Corp [2007] EWCA Civ 66. Kararın ilgili bölümü için bkz. Malek, 2013: 1167.

¹⁹⁰⁵ Sime, 2013: 896; Zuckerman, 2003: 619.

¹⁹⁰⁶ Zuckerman, 2003: 619.

ileri süren bazı yazarlar da bulunmaktadır¹⁹⁰⁷. Bu görüşte olan yazarlara göre, bilirkişinin taraflarca seçilmesi ve ücretinin yine taraflarca karşılanması öncelikle bilirkişi görüşünün tam ve sağlıklı şekilde ortaya çıkmasını engelleyebilmektedir¹⁹⁰⁸. Zira bilirkişiye ücret ödeyip, yargılamaya dâhil eden taraf, bilirkişinin kanaat ve düşüncelerini baskılayabilmektedir. Aynı şekilde bilirkişi de ister istemez, kendisini yargılamaya dâhil eden taraf lehine yanlı görüş bildirmeye meyilli olabilmektedir¹⁹⁰⁹. Bu sebeple, taraflarca bilirkişi atanması, bilirkişinin tarafsızlığından ve buna bağlı olarak doğruluğundan şüphe duyulmasına neden olabilmektedir¹⁹¹⁰. Bunun gibi karşıt bilirkişilerin görüşleri tarafları kutuplaştırıp, uzlaşmanın ortaya çıkmasını engelleyebilmektedir¹⁹¹¹. Diğer taraftan her iki tarafın bilirkişi ataması yargılama masraflarının artmasına neden olabileceği gibi, bu kişilerin tekrar tekrar sorgulanması yargılamanın uzamasına da neden olabilmektedir¹⁹¹². Öte yandan iki tarafın bilirkişi ataması, karar vericileri teknik ve özel meseleler hakkında iki uç noktada kalan

¹⁹⁰⁷ Taraflarca bilirkişi atanmasını eleştiren yazarlardan bir tanesi, mevcut durumun yanlışlığını farazi bir durumla ifade etmeye çalışmaktadır. Yazar'a göre, uzmanlıklarla (bilirkişilikle) ilgili sorunların çözümü için bir sistem tasarlamak için her şeye yeniden başlasak ve bir kimse bir sistem olarak hiçbir uzmanlığı bulunmayan bir kişinin (hâkim kastedilmektedir) iki rakip uzmandan birbirine zıt fikirler dinleyerek gerekli sorulara cevap vereceğini söylese, biz bu sistemi tuhaf olduğu için reddederdik. Davies, 2004a: 1. İlk bakışta makul gibi görünen bu farazi durum, esasen bilirkişilikle ilgili diğer alternatif yollar için de geçerli olabilecektir. Örneğin, bir sistem tasarlamak için hiçbir uzmanlığı bulunmayan bir kişinin (hâkimin) kendi seçtiği bir uzmandan görüş almak yoluyla gerekli sorulara cevap vereceği söylense, bu durum yine garip olduğu için reddedilebilecektir. Zira bu kişinin, kendisinin bilgi sahibi olmadığı bir alanda hangi kriterlere göre başka bir kişiyi uzman kabul edebileceği şüphelidir. Öte yandan bazı bilimsel, teknik veya özel meseleler her zaman için kesin bir netlik içinde ortaya çıkmamaktadır. Bazı durumlarda aynı konuda birden fazla görüş veya yöntemin bulunması mümkündür ve somut olayda bunlardan hangisinin dikkate alınacağı, ancak farklı görüşteki uzmanların karşılıklı fikir teatisiyle ortaya çıkabilmektedir. Son olarak da kendisinin bilgisi bulunmayan bir alanda ilgili kişinin (hâkimin) uzmandan gelen veri ve görüşleri nasıl denetleyebileceği de faraziyenin garipliğini göstermek için sorulabilecek diğer bir sorudur. Zira kendisinde eksik bulunan bilgi ve tecrübeyi tamamlamak için uzmana başvuran kişinin, ilgili uzmandan alacağı bilgiyi, başka bir uzman olmadan denetlemesi mümkün görünmemektedir. Bu durum ise uzmanın (bilirkişinin), sorulara cevap verecek kişinin (hâkimin) yerine geçmesine yahut denetlemenin gerçekleştirilmesi için birden fazla uzman atanmasına neden olacaktır. İkinci durum söz konusu olduğu takdirdeyse, taraflarca bilirkişi atanmasını eleştiren Yazar'ın verdiği farazi örneğe geri dönmüş olacaktır. Bunun dışında soruların doğrudan üçüncü kişileri (yargılamanın taraflarını) etkileyeceğini düşündüğümüzde, verdiğimiz faraziye daha da garip hale gelmektedir. Zira verilecek cevapların bütün etkileri kendi üzerlerinde ortaya çıkacak olan üçüncü kişiler (taraflar) ne ilgili uzmanın seçimine ne çalışmalarının denetlenmesine ne de aktif olarak sonuçların değerlendirilmesine katılabilecektir. Nitekim bu faraziyede yetki ve kontrol, ilgili konuda hiçbir bilgisi olmayan, doğruluğu sağlıklı olarak denetlenmemiş görüşe (bilirkişi görüşüne) göre cevap verecek ama verilecek cevaplardan doğrudan etkilenmeyecek kişi de (hâkim de) kalmaktadır.

¹⁹⁰⁸ Buna karşılık mücadeci sistem taraftarlarından birine göre; taraflarca bilirkişi atandığı durumlarda bilirkişi, meslektaşları veya onların yönlendirdiği vekiller tarafından incelenip, sorgulanacağını bildiği için görüş ve kanaatini oluştururken dikkatli davranır. Bunun aksine mahkeme tarafından bilirkişi atandığı takdirde, bu bilirkişinin görüşünün değerlendirilmesi ve sorgulanması daha az olacağı için, mahkeme bilirkişisi yargılamanın doğruluğu için daha büyük bir risk oluşturabilecektir. Durston, 2008: 493.

¹⁹⁰⁹ Jacob, 2004: 2.

¹⁹¹⁰ Davies, 2004a: 1. Yazar'a göre; uygulamada taraflar bilirkişiden gerçeği bulmak için değil, kendi doğrularını (iddialarını) ispatlamak için delil istemektedir. Bilirkişinin istenilen şeyi karşılamaması halindeyse, ilgili uzmanla çalışılmamaktadır. Bu durum ise bilirkişi görüşlerinin kutuplaşmasına ve tarafgirliğe neden olmaktadır. Bkz. Davies, 2004a: 2.

¹⁹¹¹ Jacob, 2004: 2. Medeni Usul Kuralları'nın 35.12. maddesi, bilirkişi görüşleri arasındaki kutuplaşmanın önlenmesi ve daha sağlıklı sonuçlara varılabilmesi amacıyla mahkemeye bilirkişiler arasında müzakere yapılmasını emretme yetkisi vermiştir.

¹⁹¹² Jacob, 2004: 2; Benzer görüş için bkz. Davies, 2004a: 1, 5.

görüşler arasında tercih yapmaya zorlamaktadır. Özellikle mücadelecı yapı (adversarial) içinde sunulan bilirkişi görüşleri ve bu görüşlere karşı sorulan teknik sorular, hâkimler tarafından kolaylıkla anlaşılmamaktadır. Bu durum ise özel ve teknik bilgidan mahrum olan hâkim veya juri üyelerini karmaşık davaların çözümünde yetersiz bırakabilmektedir¹⁹¹³.

3.3.3. Müşterek Bilirkişi (Single Joint Expert)

3.3.3.1. Genel Olarak

1999 yılında İngiliz Medeni Usul Kuralları'nın yürürlüğe girmesiyle birlikte yeni bir bilirkişilik türü ortaya çıkmıştır. Getirilen yeni düzenlemeyle, ortak hukuk (common law) geleneğindeki her bir tarafça bilirkişi atama yöntemi korunmakla birlikte, müşterek bilirkişi olarak adlandırılan yeni bir bilirkişilik türü kabul edilmiştir.

Müşterek bilirkişi, İngiliz yargılama reformundan önce Anglo Amerikan yargılama sistemine tamamen yabancı olup, reformu gerçekleştiren Lord Woolf'un mahkeme bilirkişilerine üstünlük tanıma düşüncesiyle, klasik Anglo Amerikan hukuk felsefesinin uzlaştırılma çabasının bir ürünüdür¹⁹¹⁴. Bu çerçevede, müşterek bilirkişi, taraf bilirkişileri ile mahkeme bilirkişileri arasında ara bir tür olarak karşımıza çıkmaktadır. Yapılan bu düzenlemeden önce İngiliz hukukunda taraf bilirkişilerinin egemen olduğu söylenebilir. Bu dönemde taraflar, bilirkişi delili gerektiren bir meselede kendi seçtikleri bilirkişileri yargılamaya dâhil etmekteydi. İstisnai bazı durumlar ve bilirkişi sayısının sınırlandırılması dışında mahkemenin alternatif bir yetki kullanmadığı görülmekteydi¹⁹¹⁵. Medeni Usul Kuralları'nın kabul edilmesiyle birlikte bu durum değişmiş, özel ve teknik bilgi ihtiyacının bulunduğu durumlarda, her iki tarafa da doğrudan bağlı bulunmayan müşterek bir bilirkişi atanması mümkün hale gelmiştir¹⁹¹⁶.

Medeni Usul Kuralları'nın 35.7. maddesi uyarınca iki veya daha fazla tarafın belirli bir konu hakkında bilirkişi delili sunmak istediği durumlarda mahkeme bu konu hakkındaki delilin tek bir bilirkişi (müşterek bilirkişi) tarafından verilmesine karar verebilir. Bu bağlamda müşterek bilirkişi, taraflardan her ikisi veya daha fazlası adına mahkemeye rapor hazırlamak için görevlendirilmiş uzmanı ifade eder [CPR m. 35.2 (2)].

¹⁹¹³ Jacob, 2004: 2; Davies, 2004a: 1.

¹⁹¹⁴ Dwyer, 2008: 307; Toraman, 2013: 120.

¹⁹¹⁵ Hodgkinson ve James, 2010: 154.

¹⁹¹⁶ Hodgkinson ve James, 2010: 154. Müşterek bilirkişinin sadece birbirine rakip taraflar için değil, bir tarafta birçok kişinin bulunması halinde de atanabileceği ileri sürülmektedir. Örneğin birden çok davacının bulunduğu bir davada davacıların bir tek müşterek bilirkişi delili sunmasına karar verilebilir. Bkz. Hodgkinson ve James, 2010: 154.

3.3.3.2. Müşterek Bilirkişinin Atanması

Medeni Usul Kuralları'nın 35.7. maddesinin lafzından anlaşıldığına göre, müşterek bilirkişinin atanabilmesi için her iki tarafın da bilirkişi deliline dayanmak istemesi gerekmektedir. Dolayısıyla bu ifadenin mefhumu muhalifinden, her iki tarafın da bilirkişi deliline dayanmak istemediği durumlarda, mahkemenin re'sen müşterek bilirkişi atayamayacağı anlamı çıkarılabilir¹⁹¹⁷. Bu çerçevede, her ne kadar diğer bütün bilirkişiler gibi asıl yükümlülüğü mahkemeye karşı olsa da müşterek bilirkişinin de bir nevi taraf bilirkişisi olarak kabul edilebileceği belirtilmektedir (Guidance m. 43)¹⁹¹⁸. Bu kapsamda, Medeni Usul Kuralları yürürlüğe girmeden önce Yüksek Mahkeme Kurallarıyla (RSC ord.40) düzenlenen mahkeme bilirkişisinin¹⁹¹⁹ yeni usul kurallarıyla ortadan kaldırıldığı ifade edilmektedir¹⁹²⁰.

Mahkeme iki tarafın da bilirkişi deliline dayandığı durumlarda, re'sen yahut tarafların başvurusuyla müşterek bilirkişi atanmasına karar verebilmektedir¹⁹²¹. Mahkemenin müşterek bilirkişi atama noktasındaki yetkisi takdiridir. Mahkeme, somut olayın özelliklerini dikkate alarak, müşterek bilirkişi atanmasına karar verebileceği gibi, bunun yerine tarafların kendi

¹⁹¹⁷ Andrews, 2003: 754.

¹⁹¹⁸ The Academy of Experts, 2004: 18.11.

¹⁹¹⁹ Müşterek bilirkişi, Eski İngiliz ve Kıta Avrupa hukuk sisteminde benimsenen mahkeme bilirkişisi değildir. Bkz. Jackson, 2014: 1156. Ancak belirtmek gerekir ki, uygulama bakımından bu iki bilirkişilik türü arasında büyük farklar da bulunmamaktadır. İki tür bilirkişilik arasındaki en önemli fark, mahkemenin atama yetkisinde kendisini göstermektedir. Müşterek bilirkişi, her iki tarafında bilirkişi deliline dayanmak istediği durumlarda atanabilirken; mahkeme bilirkişisi, tarafların taleplerinden ve bilirkişi görüşüne dayanma isteklerinden bağımsız olarak re'sen atanabilmektedir. Bkz. Dwyer, 2008: 309. Mahkeme bilirkişisi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesiyle ilgili kararlar için bkz. Jackson, 2014: 1156.

¹⁹²⁰ Dwyer, 2008: 309; Hodgkinson ve James, 2010: 162. Başka bir Yazar'a göre de taraflar anlaşamasa dahi hâkim re'sen kendi bilirkişisini atayamaz, bilirkişiye kendi talimatlarını veremez. Bkz. Jolowicz, 2004: 2. Bu Yazar'a göre, bilirkişi atamak için mahkeme izni aranırken, bilirkişi raporu mahkemeye iletilirken ve en önemlisi bilirkişinin asli görevinin mahkemeye karşı olduğu belirtilmişken mahkemenin kendi bilirkişisini atayamaması mantıksız bir durum ortaya çıkarmaktadır. Bkz. Jolowicz, 2004: 2. Yazar, Fransa'yı örnek göstererek Kıta Avrupa hukuk sisteminin daha makul olduğunu ifade etmektedir. Buna göre bilirkişi raporunun hazırlanmasında tarafların rolü yoktur ve mahkemenin başka bir rapor benimseme alternatifi bulunmamaktadır. Ancak Kanun açıkça mahkemenin bilirkişi raporu ile bağlı olmadığını belirtmektedir. Birçok davada bilirkişi raporuna aykırı bir tutum benimsemesi kolay olmasa da mahkemenin rapor yönünde karar verme zorunluluğu bulunmamaktadır. Aksine taraflar kendi bilirkişi raporlarını ileri sürebilir ve mahkemenin bunu benimsemesini sağlayabilir. Bunun yanında mahkemece atanan bilirkişi iki tarafla aynı anda görüşebilir (bilirkişi taraflardan biriyle, diğeri olmadan görüşemez) ve taraflar bu toplantılarda kendi gözlem ve itirazlarını bilirkişiye iletebilir ve yazılı olmak koşuluyla bilirkişi bunları dikkate almak, kendi raporunda belirtmek ve bunlar hakkında neler yapıldığını belirtmek zorunda kalır. Bir başka ifadeyle bilirkişi, çalışmalarını ihtilaf (zıtlık) ilkesine (principle of contradiction) göre yürütür ki; bu durum ortak hukuk (common law) nosyonunda her iki tarafında dinlenmesini öngören audi alteram partem ilkesini de içine almaktadır. Yazar benzer durumun İngiliz hukukunda tasarlanabileceğini ve böylece yukarıda belirtilen mantıksızlığın giderilebileceğini ifade etmektedir. Yazar bunun yapılabilmesi için büyük değişikliklere ihtiyaç duyulmadığını hâkim yardımcılığını (assessors) düzenleyen Medeni Usul Kuralları'nın 35.15. maddesinde yapılacak küçük değişiklikle bunun sağlanabileceğini belirtmektedir. Bu çerçevede, hâkim yardımcılarının görevlerini ihtilaf (çeliki-çekişme-principle of contradiction) ilkesine göre yürütmesi yeterlidir. Örneğin, hâkim yardımcılarının çalışmaları sırasında tarafları bilgilendirmesi ve taraflara kendi gözlem ve itirazlarını sunma imkânı verilmesi gibi önlemler alınırsa istenen sonuç elde edilebilir. Bkz. Jolowicz, 2004: 2-3.

¹⁹²¹ Jackson, 2014: 1155; Dwyer, 2008: 187, 309.

bilirkişilerini atamasına da izin verebilmektedir¹⁹²². Bu açıdan mahkeme tarafların iradeleriyle de bağlı değildir. Taraflar müşterek bilirkişi yerine kendi bilirkişilerine atamak isteseler dahi tarafların iradesi hilafına müşterek bilirkişi atanması tercih edilebilmektedir¹⁹²³.

Mahkeme tarafından müşterek bilirkişi atanması yönünde bir karar verildiği takdirde, bilirkişinin şahsen kim olacağına kural olarak taraflar birlikte karar vermektedir. Eğer taraflar bu noktada bir anlaşmaya varamazsa, mahkeme bilirkişiyi kendisi atamaktadır. Mahkeme bu işlemi yaparken taraflarca hazırlanmış bilirkişi listesinden seçim yapabileceği gibi kendisinin belirleyeceği başka bir yöntemle de bilirkişiyi tayin edebilmektedir [CPR m. 35.7.(2)(a-b)]¹⁹²⁴.

Müşterek bilirkişi seçilirken mümkün olduğunca taraflarla bağlantısının olmamasına dikkat edilmelidir. Müşterek bilirkişinin, taraflardan biriyle gerek mevcut gerekse de daha önceki davalar nedeniyle bir ilişkisinin bulunmaması gereklidir¹⁹²⁵. Böyle bir ilişkiye sahip kişi, ancak bu ilişki hakkında bilinmesi gerekli bütün bilgiler yargılamanın diğer tarafına aktarıldıktan sonra müşterek bilirkişi olarak atanabilmektedir (Guidance m. 36)¹⁹²⁶. Aksi durumda bilirkişinin tarafsızlığı şüphe altında kalacağı gibi, böyle bir atama menfaat çatışmasına da neden olabilecektir¹⁹²⁷.

Müşterek bilirkişi atanması tarafların daha sonra kendi bilirkişilerini atamasına doğrudan engel olmaz¹⁹²⁸. Taraflar normal şartlarda olduğu gibi mahkemeye başvurarak kendi bilirkişilerini atamak için izin talep edebilmektedir¹⁹²⁹. Ancak mahkemenin, müşterek bilirkişi atadıktan sonra taraflarca bilirkişi atanmasına izin vermesi normal şartlara kıyasla oldukça zordur. Zira müşterek bilirkişinin düzenleme amaçlarından biri de daha çabuk ve daha az masrafla yargılamanın sonuçlandırılmasıdır. Bu nedenle müşterek bilirkişi atandıktan sonra geçerli nedenler (good reasons) ileri sürmeyen tarafın kendi bilirkişisini atama talebi reddedilecektir¹⁹³⁰. Nitekim bir mahkeme kararına göre, müşterek bilirkişinin ulaştığı

¹⁹²² Jackson, 2014: 1154.

¹⁹²³ Dwyer, 2008: 309; Jackson, 2014: 1154; Hodgkinson ve James, 2010: 539. Bazı iş mahkemelerinin ise (Employment Tribunal) böyle bir yetkisi bulunmamaktadır. Bu mahkemeler ancak tarafların anlaşması halinde müşterek bilirkişi atayabilmektedir. Bkz. Hodgkinson ve James, 2010: 539.

¹⁹²⁴ Müşterek bilirkişinin genellikle taraflarca seçildiği, bu sebeple mahkemenin tarafların vermiş olduğu listeden veya diğer şekillerde müşterek bilirkişi atadığı hallerin daha nadir olarak görüldüğü belirtilmektedir. Bkz. Hodgkinson ve James, 2010: 182.

¹⁹²⁵ Nitekim bir davada, müşterek bilirkişinin taraflardan biri ile daha önce çalıştığı anlaşıldığından ikinci bir müşterek bilirkişi daha atanmasına karar verilmiştir. *Smolen v Solon Cooperative Housing Services Limited* [2003] EWCA Civ. 1240. Kararın ilgili bölümü için bkz. Hodgkinson ve James, 2010: 182-183.

¹⁹²⁶ Hodgkinson ve James, 2010: 160-161.

¹⁹²⁷ Hodgkinson ve James, 2010: 160-161.

¹⁹²⁸ Dwyer, 2008: 310; Zuckerman, 2003: 628; *Peet v Mid-Kent Healthcare Trust*, [2002] 1 WLR 210, [CA] Kararın ilgili bölümü için bkz. Andrews, 2003: 756.

¹⁹²⁹ Hodgkinson ve James, 2010: 158.

¹⁹³⁰ *Peet v Mid-Kent Healthcare Trust*, [2002] 1 WLR 210, [CA] Kararın ilgili bölümü için bkz. Sime, 2013: 901.

sonuçtan memnun olmayan tarafın kendi bilirkişisini atama talebi, yargılamanın öncelikli hedefleri (overriding objective) bakımından haksızlık teşkil etmediği müddetçe mahkeme tarafından kabul edilmez. Bu bağlamda, mahkemenin ret kararı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesine aykırılık teşkil etmez¹⁹³¹.

Geçerli nedenin ne olacağı noktasındaysa, net bir kriter bulunmamakla beraber doktrinde müşterek bilirkişi görüşlerinin tarafları tatmin etmemesi ve bu durumun makul gerekçelerle mahkemeye izah edilmesi halinde taraflarca bilirkişi atanmasına izin verilebileceği belirtilmektedir¹⁹³². Ancak hemen belirtmek gerekir ki, müşterek bilirkişi görüşünden tatmin olmayan tarafın sadece müşterek bilirkişinin görüşüne aykırı görüş verecek başka bir bilirkişiyi bulması ve mahkemeye sunması, iznin verilmesi için yeterli kabul edilmemelidir¹⁹³³. Aksi takdirde müşterek bilirkişiliğin düzenleme amacı tamamen ortadan kalkacaktır. Buna karşılık, tarafların müşterek bilirkişinin görüşüyle mücadele etme imkânı da engellenmemelidir. Zira böyle bir durum, adalete olan güvenin sarsılmasına neden olabileceği gibi müşterek bilirkişiyi tanıklıktan çıkarıp adeta hâkim yerine geçirecektir. Dolayısıyla müşterek bilirkişi atandıktan sonra tekrar taraf bilirkişisi atama talebini alan mahkeme, takdir hakkını kullanırken bir taraftan müşterek bilirkişiliğin düzenleniş amacını diğer taraftan tarafların makul ölçülerde müşterek bilirkişi görüşüyle mücadele haklarını göz önünde bulundurmalıdır¹⁹³⁴.

Bir mahkeme kararına göre, müşterek bilirkişinin görüşünden tatmin olmayan tarafın kendi bilirkişisini atamak için izin talep etmeden önce 35.6. maddeye göre müşterek bilirkişiye sorular yönelmesi ve bunlardan tatmin edici cevaplar alıp almayacağına bakması gerekmektedir¹⁹³⁵. Eğer bu yöntemle soruna çözüm bulunamadığı takdirde, mahkeme taraf bilirkişisi atanıp atanmamasını değerlendirmelidir¹⁹³⁶. Diğer bir yargı kararına göre ise, mahkeme bu değerlendirmeyi yaparken tarafın geçerli gerekçeler sunup sunmadığını, konunun (veya konuların) niteliğini ve niceliğini, davanın önemini (ve/veya değerini), yeni bilirkişi atamanın yargılamanın yürütülmesine etkisini ve sebep olacağı gecikmeyi ve davanın diğer özelliklerini dikkate alması gereklidir¹⁹³⁷. Bir başka mahkeme kararına göre de müşterek

¹⁹³¹ Daniels v Walker [2000] 1 WLR 1382 Kararın ilgili bölümü için bkz. Sime, 2013: 901.

¹⁹³² Zuckerman, 2003: 628. Bunun yanında bir yargı kararında da görüldüğü üzere; müşterek bilirkişinin tarafsızlığından şüphe edildiği takdirde (olayda olduğu gibi müşterek bilirkişinin taraflardan biri ile daha önce çalıştığı gibi) mahkeme ikinci bir müşterek bilirkişi daha atayabilir. Smolen v Solon Cooperative Housing Services Limited [2003] EWCA Civ. 1240. Kararın ilgili bölümü için bkz. Hodgkinson ve James, 2010: 182-183. Böyle bir durumda taraflar kendi bilirkişilerini atamayı talep ederken, mahkemeyi ikna etmek için bu unsuru kullanabilir. Bkz. Hodgkinson ve James, 2010: 183.

¹⁹³³ Zuckerman, 2003: 628.

¹⁹³⁴ Zuckerman, 2003: 628.

¹⁹³⁵ Daniels v Walker [2000] 1 WLR 1382 [CA]. Karar için bkz. Zuckerman, 2003: 628-629.

¹⁹³⁶ Zuckerman, 2003: 628.

¹⁹³⁷ Cosgrave v Pattison [2001] 2 CPLR 177. Karar için bkz. Zuckerman, 2003: 629; Sime, 2013: 901.

bilirkişinin görüşüyle, taraflarca tutulan diğer bir bilirkişinin görüşleri arasında önemli derecede farklılık bulunması halinde ikinci bilirkişi deliline izin verilmelidir¹⁹³⁸.

3.3.3.3. Müşterek Bilirkişinin Düzenleme Sebepleri, Tercih Edildiği Dava Türleri ve Aleyhine Yöneltilen Eleştiriler

İngiliz hukukunda müşterek bilirkişiliğin kabul edilmesi ve teşvik edilmesinin birçok nedeni bulunmaktadır. Özellikle eski sistemin geleneksel bilirkişi atama yöntemi olan; her bir tarafça ayrı ayrı bilirkişi atanmasının getirdiği zaman ve masraf kaybının önlenmesi yeni düzenlemenin en önemli gerekçelerindendir¹⁹³⁹. Taraflarca ayrı bilirkişiler atandığında, her bir bilirkişiye ücret verilmekte, her bir bilirkişi görüşünün anlaşılması ve değerlendirilmesi için yargılamada zaman ayrılmaktadır. Bu durumun her davada gerçekleşmesinin orantılılık ilkesine uygun olmadığı ve sürekli büyüyen ticari bir sektör haline gelen bilirkişiliğin adalete erişimin engellenmesine neden olduğu düşünülmektedir¹⁹⁴⁰. Bu sebeple eski bilirkişi atama yönteminin yanı sıra somut olayın özelliklerine uygun olduğu müddetçe daha hızlı ve daha az masrafa neden olacağına inanılan müşterek bilirkişilik sistemi de kabul edilmiştir.

Ancak belirtmek gerekir ki, her dava bakımından müşterek bilirkişi atamak, yargılamayı taraflar için daha az masrafsız hale getirmemektedir¹⁹⁴¹. Özellikle tarafların yargılama başlamadan önce veya başladıktan hemen sonra bilirkişiye ihtiyaç duydukları davalarda, müşterek bilirkişi atanması taraflar için ekonomik olmayabilir¹⁹⁴². Bu durum tarafların davayı kazanıp kazanamayacaklarını değerlendirdikleri ve bu aşamada bir uzmanın özel ve teknik bilgisine ihtiyaç duydukları haksız fiil veya malpraktisten kaynaklanan davalarda sıklıkla görülmektedir¹⁹⁴³. Zira bu tür davalarda, taraflar davada haklı olup olmadıklarını ve haklıysalar muhtemel tazminat miktarının değerlendirilmesi için bir ücret ödeyerek ilgili alandaki bir uzmandan görüş almakta ve aynı uzmanı daha sonra davada bilirkişi olarak kullanmaya çalışmaktadır. Dolayısıyla, böyle davalarda tekrar müşterek bilirkişi atamak, taraflara hem zaman hem de masraf açısından yarar sağlamamaktadır¹⁹⁴⁴.

¹⁹³⁸ Martson v Lewis [2004] EWHC 2833 (Ch) LTL 4/11/2004. Kararın ilgili bölümü için bkz. Sime, 2013: 901.

¹⁹³⁹ Hodgkinson ve James, 2010: 154; Zuckerman, 2003: 623-624; Toraman, 2013: 120; Andrews, 2003: 740; Dwyer, 2008: 307; Sime, 2013: 900.

¹⁹⁴⁰ Andrews, 2003: 740.

¹⁹⁴¹ Durston, 2008: 496.

¹⁹⁴² Jackson, 2014: 1154; Durston, 2008: 496.

¹⁹⁴³ Zuckerman, 2003: 624.

¹⁹⁴⁴ Dwyer, 2008: 288, 294; Zuckerman, 2003: 624. Bu tür davalarda, tarafların haklılıklarını değerlendirmek ve haklıysalar tazminat hesaplamalarını yapmak için yargılamadan önce başvurdıkları uzmanlar, hâkim tarafından yargılamaya dâhil edilmez ve müşterek bilirkişi atama yoluna gidilirse, tarafların başlangıçta bu uzmanlara ödedikleri ücretler, yargılama gideri olarak karşı taraftan tahsil edilemez. Bkz Dwyer, 2008: 294. Zira bu durumdaki uzmanlar, bilirkişi yerine danışman olarak nitelendirilmektedir. Bu tür uzmanların, özellikle karmaşık, teknik ve özel bilgiyi içeren davalarda yargılamaya dâhil edilememesi, ücretlerinin karşı taraftan tahsil

Nitekim İngiltere’de yapılan bir çalışmaya göre, müşterek bilirkişi atanması yargılamada beklenen ekonomik faydayı sağlamamaktadır. Hatta bazı durumlarda müşterek bilirkişi atamak, taraflarca bilirkişi atanmasına kıyasla yargılamayı daha masraflı hale getirebilmektedir¹⁹⁴⁵.

Taraflarca bilirkişi atanmasının getirdiği tarafsızlık ve bağımsızlık tartışmaları, yeni tip bilirkişilik sisteminin kabul edilmesinin diğer bir sebebidir¹⁹⁴⁶. Özellikle bir tarafça atanan bilirkişinin sadece kendisini atayan taraftan talimat alması, davaya ve incelediği hususlara tek boyuttan bakması ve ilgili tarafça ücretinin ödenmesi gibi sebeplerin bu tür bilirkişilerin tarafsızlığına ve bağımsızlığına gölge düşürdüğü düşünülmektedir¹⁹⁴⁷. Buna karşılık, yeni Medeni Usul Kuralları’yla müşterek bilirkişinin iki taraftan talimat alması, bu talimatların diğer tarafa da gönderilmesi, ücretinin iki tarafça ödenmesi ve düzenlediği raporun eş zamanlı olarak taraflara tebliğ edilmesi sağlanarak, vakıalara her iki taraftan da bakabilecek, daha tarafsız ve bağımsız bir bilirkişilik türü oluşturulmaya çalışılmıştır¹⁹⁴⁸.

Taraflarca bilirkişi atama yönteminin sebep olduğuna inanılan yargısal eşitsizlik, müşterek bilirkişilik sisteminin savunulmasının bir başka nedenidir¹⁹⁴⁹. Bu düşünceye göre, taraflarca bilirkişi atandığı durumlarda, bilirkişi ücreti öncelikle taraflarca karşılandığından, her taraf kendi bütçesine uygun bir uzmanla çalışabilmektedir. Bu sebeple zengin ve güçlü taraf, ilgili konudaki en iyi uzmanlardan biriyle çalışabilirken, fakir ve zayıf olan taraf daha tecrübesiz bir uzmandan destek alabilmektedir. Diğer taraftan zengin ve güçlü taraf, ekonomik olarak rahat olduğu için gerekli gördüğü takdirde birden çok bilirkişinin fikrini alarak kendisi için en iyi görüşü bulabilmekte, bu anlamda da yargılamada zayıf ve güçsüz olan taraf karşında avantaj sağlamaktadır¹⁹⁵⁰. Bu noktada oluşabilecek diğer tehlike ise, zengin ve güçlü tarafın bütün bilirkişileri veya en azından önemli bir kısmını kendi bünyesinde toplama ihtimalidir. Özellikle davanın görüldüğü mahkeme çevresinde, ilgili alanda çok sayıda uzmanın bulunmadığı durumlarda, zengin ve güçlü tarafın bütün uzmanlarla anlaşarak zayıf ve fakir olan karşı tarafın elverişli şekilde bilirkişiyle çalışmasını engelleyebilmektedir¹⁹⁵¹. Bu nedenlerle ekonomik olarak eşit olmayan tarafların bilirkişi

edilememesi ve bunların yerine müşterek bilirkişi atanması ise, tarafların adalete erişiminde bir engel olarak karşımıza çıkmaktadır.

¹⁹⁴⁵ Çalışmanın ilgili bölümü için bkz. Dwyer, 2008: 294. Yazar çalışmanın yayınlanmadığını belirtmekle yetinmiş, açık kaynak göstermemiştir.

¹⁹⁴⁶ Hodgkinson ve James, 2010: 154; Andrews, 2003: 739-740; Zuckerman, 2003: 623-624; Toraman, 2013: 120.

¹⁹⁴⁷ Zuckerman, 2003: 624.

¹⁹⁴⁸ Zuckerman, 2003: 624.

¹⁹⁴⁹ Hodgkinson ve James, 2010: 154; Andrews, 2003: 741, 747; Toraman, 2013: 120.

¹⁹⁵⁰ Andrews, 2003: 741.

¹⁹⁵¹ İngiliz Yüksek Mahkemesi’nin bazı kararlarında, bu durumun önlenmesi için sadece bir tarafa hizmet etmeyi öngören ve tekelleşmeye neden olacak sözleşmelerin geçersiz olduğu belirtilmiştir. Karar için bkz. Andrews,

atamasına izin verilmesinin, taraflar arasındaki mücadelenin eşit şekilde geçmesini etkilemek suretiyle, adil bir karara ulaşmayı engellediği düşünülmektedir¹⁹⁵². Buna karşılık ücreti, kural olarak mahkeme tarafından belirlenen ve taraflarca öncelikle beraber ödenen¹⁹⁵³ müşterek bilirkişinin, yargısal eşitliğin sağlanmasına katkı sağlayabileceği düşünülmektedir¹⁹⁵⁴.

Olumlu yönlerine rağmen, ortak hukuk (common law) geleneğinden ayrılarak müşterek bilirkişi atamanın birtakım sıkıntıları da beraberinde getirdiği ileri sürülmektedir¹⁹⁵⁵. Bilindiği gibi, mahkeme, davanın çözümlenmesi için gerekli ancak kendisinde bulunmayan özel ve teknik bilgi ihtiyacını karşılamak için bilirkişiye başvurmaktadır. Buna karşılık, ilgili konu ne kadar bilimsel ve teknik olursa olsun taraflar arasındaki uyuşmazlığı sona erdirmek mahkemenin görevidir¹⁹⁵⁶. Mahkeme bu görevini üçüncü kişiye devredemez¹⁹⁵⁷. Ancak mahkeme, özel ve teknik bilgiyi gerektiren durumlarda, kararını bilirkişi görüşünü esas alarak vereceğinden, mahkeme kararının önemli ölçüde bilirkişinin görüşüne göre şekillenmesi kaçınılmazdır. Bunun yanında bilirkişi görüşünün kabul edilip edilmemesi yahut birden fazla görüşün bulunduğu durumlarda hangi bilirkişi görüşüne üstünlük tanınacağı noktasında hâkimin ne kadar ehil olacağı da her zaman için şüphelidir¹⁹⁵⁸. Bu nedenlerle bilirkişi atandığı durumlarda mahkemenin asli görevinin bilirkişiye devredilme riski ortaya çıkmaktadır. Müşterek bir bilirkişi atandığı durumlarda ise bu risk daha da artmaktadır¹⁹⁵⁹. Zira tek bilirkişi tarafından ileri sürülen görüşlerin mahkeme tarafından yeterince değerlendirilmesi mümkün değildir. Nitekim böyle bir durumda, mahkeme alternatif bir görüşe sahip olmadığı için, bilirkişi tarafından ileri sürülen görüşü kabul etmek veya reddetmek için yeterli temele sahip değildir¹⁹⁶⁰. Aynı şekilde taraflar da başka bir görüş elde etmemelerinden dolayı bilirkişi görüşünü tam olarak değerlendirebilecek pozisyonda bulunmamaktadır¹⁹⁶¹. Bu durum ise, mahkemenin yetkisinin bilirkişiye geçmesine neden olmaktadır. Diğer bir deyişle, yeterince kontrol edilemeyen bilirkişi, görüş verdiği konularda adeta yargılamanın hâkimi

2003: 747. Aynı şekilde taraflardan birine danışmalık yapan ancak daha sonra bilirkişi olarak dinletilmeyen uzmanın, karşı tarafça yargılamaya dâhil edilip bilirkişi olarak dinlenebileceği kabul edilmektedir. Bkz. *Harmony Shipping Co SA v Saudi Europe Line* [1979] 1 WLR 11380, kararın ilgili bölümü için bkz. Clarke, 2006: ix. Aynı görüşte; Malek, 2013: 1154. Belirttiğimiz son kararda, mahkeme bilirkişiler de dâhil olmak üzere tanıkların mülkiyetinin olmadığına, bu anlamda her iki tarafça da aynı uyuşmazlık için kullanılabileceklerine karar vermiştir. Bkz. Clarke, 2006: ix.

¹⁹⁵² Andrews, 2003: 741.

¹⁹⁵³ Bkz. CPR m. 35.8

¹⁹⁵⁴ Toraman, 2013: 126.

¹⁹⁵⁵ Andrews, 2003: 739-740

¹⁹⁵⁶ Dwyer, 2008: 286; Zuckerman, 2003: 625; Andrews, 2003: 739.

¹⁹⁵⁷ Bu husus, bir görev için yetkilendirilmiş kimsenin o yetkisini başkasına devredemeyeceğini öngören ve temelini kamu hukukundan alan “delegatus non delegare potest” ilkesiyle açıklanmaktadır. Bkz. Dwyer, 2008: 307.

¹⁹⁵⁸ Dwyer, 2008: 306.

¹⁹⁵⁹ Zuckerman, 2003: 625; Dwyer, 2008: 307, 314.

¹⁹⁶⁰ Dwyer, 2008: 314.

¹⁹⁶¹ Dwyer, 2008: 314.

olmaktadır¹⁹⁶². Bu sebeple, bilirkişi üzerindeki mahkeme kontrolünün önemli ölçüde zayıflayabileceği davalarda, müşterek bilirkişi atama yönteminin kullanılmaması gerektiği düşünülmektedir¹⁹⁶³. Her ne kadar taraflar, müşterek bilirkişi görüşünü, kendileri tarafından tutulacak ve ücreti ödenecek danışmanlar vasıtasıyla değerlendirilebilecek¹⁹⁶⁴ olsa da bu durum yargılamanın taraflar için daha masraflı hale gelmesine neden olacaktır. Zira tarafların bu uzmanlara verecekleri ücretler, bilirkişi olarak yargılamaya delil sunmadıkları müddetçe yargılama gideri olarak karşı taraftan talep edilemeyecektir¹⁹⁶⁵. Aynı dezavantaj mahkeme için de geçerlidir. Mahkeme, müşterek bilirkişi tarafından ileri sürülen görüşün değerlendirilmesi için yeni bir bilirkişi veya hâkim yardımcısı (assessor) atanmasını isteyebilecek¹⁹⁶⁶ olsa da bu durum başlangıçta taraflarca bilirkişi atanmasına izin vermek yerine müşterek bilirkişi atanmasını mantıksız hale getirecektir. Zira yeni atanan uzmana da bir ücret ödemek gerekeceğinden başlangıçta birden fazla bilirkişiyle çalışmak akla daha yatkın olacaktır. Bunun yanında, yeni atanacak bilirkişi, tarafların başlangıçta bilirkişi atamasından¹⁹⁶⁷ farklı olarak bütün incelemeyi tekrar en baştan yapmak zorunda kalacağından yargılama beklenenden daha da uzun sürecektir¹⁹⁶⁸.

Buna karşılık ortak hukuk (common law) geleneğine uygun olarak her iki tarafça bilirkişi atandığı durumlarda, mahkemenin davadaki hâkimiyeti genellikle daha kuvvetlidir. Çünkü birbirine rakip iki tarafın atadığı bilirkişiler, birbirlerinin görüşlerini değerlendirebilmekte, diğer tarafın eksik ve yetersiz yönlerini ileri sürerek mahkemenin zayıf bilgisini mücadele sistemiyle kapatabilmektedir. Böylece mahkeme mantıksal ve bilinçli tercih yaparak bir bilirkişi görüşünü, diğerine üstün tutabilmektedir¹⁹⁶⁹. Bunun yanında bilirkişinin çözmesi gereken sorun hakkında doktrinde farklı bilimsel görüşlerin savunulduğu durumlarda, taraflarca bilirkişi atanması, hâkimin savunulan farklı görüşleri etkili bir şekilde duymasına, bu anlamda gerçeğin bulunması yönünde daha sağlıklı kararlar almasına yardımcı

¹⁹⁶² Zuckerman, 2003: 625-626; Dwyer, 2008: 314.

¹⁹⁶³ Zuckerman, 2003: 625-626.

¹⁹⁶⁴ Dwyer, 2008: 314.

¹⁹⁶⁵ Sime, 2013: 902.

¹⁹⁶⁶ Dwyer, 2008: 314.

¹⁹⁶⁷ Taraflarca bilirkişi atandığı durumlarda; kural olarak her iki tarafın bilirkişisi, incelemelerini aynı yargılama kesiti içinde yapacağından birden fazla bilirkişi atamak zaman yönünden yargılamayı önemli ölçüde etkilemeyecektir.

¹⁹⁶⁸ Doktrindeki bir görüşe göre, önceki bilirkişiyi denetlemek (incelemek) için atanacak bilirkişi, ilk bilirkişi kadar zaman ve masraf harcamayacaktır. Zira ikinci atanan bilirkişi, ilk bilirkişinin görevini tekrarlamayacak aksine onun incelemesini ve değerlendirilmesini yapacaktır. Bkz. Dwyer, 2008: 314. Kanaatimizce, bu görüş isabetsizdir. Zira somut bir olayda bilirkişi görüşünün doğruluğunu değerlendirmek için yapılacak çalışma, en az ilk görüşün oluşturulması için harcanan zaman ve emek kadar zaman ve emeğe neden olacaktır. Çünkü bilirkişi görüşünün doğruluğunu tam olarak tespit edebilmek için onun geçtiği her yoldan geçilmeli, onun gerçekleştirdiği her inceleme ve kullandığı her yöntem somut durumda uygulanmalı ve sorgulanmalıdır.

¹⁹⁶⁹ Zuckerman, 2003: 625.

olmaktadır¹⁹⁷⁰. Diğer taraftan kendi görüşlerinin meslektaşları tarafından değerlendirileceğini bilen bilirkişiler, görüşlerini oluştururken daha dikkatli ve özenli davranacaklardır¹⁹⁷¹. Ayrıca bu durum, Amerikan hukukunda kabul edilebilirlik aşamasında incelenen “emsal değerlendirme (peer review)” yerine geçerek, farklı görüşlerin birbirleri tarafından sağlamlasının yapılmasına neden olmaktadır¹⁹⁷².

Yukarıdaki bölümlerde belirttiğimiz üzere, hangi tür bilirkişi atama yönteminin kullanılacağı noktasında mahkemenin takdir hakkı bulunmaktadır¹⁹⁷³. Mahkeme, bu takdir hakkını kullanırken usul ekonomisi ile hakikatin hangi yöntemle daha doğru şekilde ortaya çıkarılabileceğini değerlendirmelidir¹⁹⁷⁴. Bu çerçevede, Bilirkişiliğe ilişkin Uygulama Talimatları’nın (Practice Direction 35) 7. maddesi, mahkemenin hangi tür bilirkişi atama yöntemini kullanacağına karar verirken dikkat etmesi gereken hususları genel hatlarıyla belirlemiştir. Buna göre mahkeme, uyuşmazlık konusunun değerini veya miktarını, meselenin taraflar bakımından önemini ve konunun karmaşıklığını göz önünde bulundurarak, her bir tarafça bilirkişi atanmasının orantılı (proportionate) olup olmayacağını; müşterek bilirkişi atamanın, taraflarca bilirkişi atanmasına göre davanın çözümünde mahkemeye veya taraflara daha hızlı ve daha az masrafla yardımcı olup olamayacağını; verilecek bilirkişi delilinin sorumluluğa, illiyet bağına veya miktara (meblağa, quantum) ilişkin olup olmadığını; bilirkişi delilinin verileceği alanın oturmuş, tartışmalı olmayan bir bilgiye dayanıp dayanmadığını veya bu konuda birden fazla muhtemel uzman görüşünün olup olmadığını; taraflardan birinin halihazırda, ilgili konu hakkında uzman tutup tutmadığını ve eğer tutmuşsa bunun ilgili uygulama talimatlarına ve dava öncesine ilişkin protokollere uygun olup olmadığını; Medeni Usul Kuralları’nın 35.6. maddesi uyarınca bilirkişiye sorulacak soruların, başka bir bilirkişiye ihtiyacı kaldırıp kaldırmayacağını (eğer taraflardan biri daha önce uzman tutmuşsa); müşterek bilirkişiye sorulacak soruların duruşma öncesi test edilmesi gereken bütün meselelere kesin bir şekilde değinip değinemeyeceğine; imtiyaza (privilege) ilişkin bir iddianın bilirkişinin müşterek olarak atanmasını pratik olmaktan çıkarıp çıkarmayacağını göz önünde bulundurmalıdır (PD 35 m.7).

¹⁹⁷⁰ Dwyer, 2008: 307. Her ne kadar ilgili alanda birden fazla görüşün savunulduğu durumlarda bilirkişinin bunu raporunda belirtmesi ve kendisinin neden bu görüşlerden bir tanesine üstünlük tanıdığını belirtmesi gerekliyse de [PD 35 m. 3.2(6)] hâkimin ilgili görüşleri farklı bilirkişilerden dinlemesi, gerçeğin bulunmasında daha etkili bir yöntemdir. Zira bilirkişinin hâlihazırda reddettiği bir görüşü raporunda ne kadar etkili bir şekilde hâkime aktarabileceği şüphelidir. Bkz. Dwyer, 2008: 307.

¹⁹⁷¹ Dwyer, 2008: 307.

¹⁹⁷² Dwyer, 2008: 307.

¹⁹⁷³ Dwyer, 2008: 284.

¹⁹⁷⁴ Dwyer, 2008: 284-285, 288-289.

Bunun yanında davanın hangi yargılama usulüne tabi olduğu, bilirkişi atama yöntemine karar verilirken değerlendirilmesi gerekli diğer bir unsurdur¹⁹⁷⁵. Daha önce belirttiğimiz üzere İngiliz hukukunda üç ayrı yargılama usulü ve bu usullere ilişkin özel kurallar bulunmaktadır. Her ne kadar bütün davalarda temel olarak Medeni Usul Kuralları (CPR) uygulansa da ilgili yargılama usulünün öngördüğü bazı noktalarda genel kurallar yerine özel nitelikteki kurallar uygulanmaktadır. Bilirkişi atanması noktasında da bu tür özel kuralların bulunduğu durumlarda, hâkim bilirkişi atama yöntemini belirlerken öncelikle bu kuralları dikkate almak zorundadır. Örneğin, hızlı yargılama (fast track) usulüne ilişkin talimatlarda, aksi yönde karar vermek için iyi bir sebep bulunmadıkça mahkemenin müşterek bilirkişi atama yöntemini kullanması gerektiği belirtilmektedir [PD 28 m. 3.9(4)]. Dolayısıyla, bu usule tabi davalarda, mahkeme makul bir gerekçe ileri sürmeden taraflarca bilirkişi atanmasına karar veremez¹⁹⁷⁶. Buna karşılık küçük iddialar yargılama usulünü (small claims track) doğrudan düzenleyen kurallarda böyle bir hüküm bulunmamakla beraber, genel hükümlere göre bu yargılama usulünde de tek bir uzman tarafından bilirkişilik yapılmasının esas olduğu kabul edilmektedir¹⁹⁷⁷. Diğer taraftan bu yargılama usulüne tabi davalarda, karşı taraftan yargılama gideri olarak tahsil edebilecek bilirkişi ücreti 750¹⁹⁷⁸ sterlin ile sınırlandırıldığı için esasen küçük iddialar yargılama usulüne tabi davalarda bilirkişi kullanımının dolaylı olarak oldukça sınırlandırıldığı görülmektedir¹⁹⁷⁹. Çoklu yargılama usulüne (multi track) ilişkin kurallarda ise, bilirkişi atanmasına ilişkin doğrudan bir hüküm bulunmadığından, mahkeme diğer kriterlerle birlikte geçmiş içtihatlarla uygun olarak hangi bilirkişi atama yönteminin kullanılacağına karar vermelidir¹⁹⁸⁰. Ancak belirtmek gerekir ki; diğer iki yargılama usulüyle karşılaştırıldığında çoklu yargılama usulüne tabi davalarda, tarafların kendi bilirkişilerini atamalarına izin verilmesi noktasında mahkemelerin daha istekli oldukları görülmektedir¹⁹⁸¹. Sonuç olarak, yargılama usulleri karşılaştırıldığında çoklu yargılama usulüne tabi davalarda, taraflarca bilirkişi atanmasına izin verilmesinin daha muhtemel olduğu, dava değerinin düşük olduğu hızlı ve küçük iddialar yargılama usulüne tabi davalarda ise, genellikle müşterek bilirkişiliğin tercih edilen bir metot olduğu söylenilebilir¹⁹⁸². Bir davanın hangi yargılama usulüne tabi olacağı, kural olarak dava konusunun değerine göre belirlendiğinden, İngiliz yargılama sisteminin bilirkişiden hangi

¹⁹⁷⁵ Dwyer, 2008: 286.

¹⁹⁷⁶ Dwyer, 2008: 286.

¹⁹⁷⁷ Sime, 2013: 897; Guidance m. 34.

¹⁹⁷⁸ Guidance m. 17/k.

¹⁹⁷⁹ Dwyer, 2008: 286.

¹⁹⁸⁰ Dwyer, 2008: 286.

¹⁹⁸¹ Sime, 2013: 898.

¹⁹⁸² Sime, 2013: 890.

yöntemle faydalanılacağını tespit ederken gerçeği bulmaktan ziyade, dava konusunun değerini ve oluşacak masrafı öncelikli olarak dikkate aldığı ileri sürülmektedir¹⁹⁸³.

Yukarıda verilen bilgiler ışığında özel bir hükmün bulunmadığı durumlarda ve özellikle çoklu yargılama usulüne (multi track) ilişkin davalarda, özel ve teknik bilgi ihtiyacı duyulan alanın karmaşık ve ihtilaflı olması halinde, iki tür bilirkişi atama yönteminin avantajları ve dezavantajları dikkate alınarak müşterek bilirkişilik yerine, taraflarca bilirkişi atama yönteminin kullanılmasının daha uygun olduğu düşünülmektedir¹⁹⁸⁴. Zira bu tür davalarda mahkemenin bilirkişi üzerindeki kontrolü oldukça azalmakta ve bilirkişi adeta karar verici konuma geçmektedir¹⁹⁸⁵. Örneğin, malpraktis davalarında hastaya uygun ve zamanında tedavi yöntemlerinin uygulanıp uygulanmadığı tartışmalara neden olabilecek ihtilaflı bir konudur. Bu tür konularda, bilirkişi tarafından ulaşılan sonuçlar kolaylıkla test edilip, ispatlanamaz¹⁹⁸⁶. Dolayısıyla böyle davalarda, müşterek bilirkişi tarafından verilen görüşlerin mahkeme tarafından yeterince değerlendirilmesi mümkün değildir. Aynı davada müşterek bilirkişi yerine taraflarca bireysel olarak bilirkişi atanması durumunda ise aynı alanda iki farklı uzman mücadele edeceğinden, ihtilaflı ve müphem konular taraflarca ve hâkim tarafından daha iyi sorgulanabilecek, bilirkişilerin olumlu ve olumsuz yönleri çapraz sorgulama yöntemiyle ortaya çıkarılarak en doğru bilgiye ulaşılabilecektir¹⁹⁸⁷. Aynı şekilde, bilirkişi görüşünün davanın sonucuna oldukça etkili olduğu davalarda da her iki tarafça ayrı bilirkişi atanmasının daha uygun bir yöntem olduğu kabul edilmektedir¹⁹⁸⁸. Zira bu tür uyuşmazlıklarda, bilirkişiye davadaki yan bir unsur için değil, bizzat kimin haklı kimin haksız olduğunun tespiti için başvurulmaktadır. Böyle davalarda, mahkemenin tek bilirkişiden görüş almak yerine iki farklı bilirkişinin görüşlerini ve çekişmelerini dinlemesi davanın sağlıklı bir şekilde sonuca ulaştırılması ve tarafların adalete olan güvenlerinin tam olarak sağlanması açısından daha uygun bir yöntem olarak karşımıza çıkmaktadır.

Buna karşılık özel ve teknik bilgi ihtiyacının açık ve net bir şekilde karşılanabileceği, bir başka ifadeyle bilirkişinin vereceği cevapların açık ve ilgili alanda ihtilafsız olduğu davalarda ise, müşterek bilirkişi kullanmanın daha uygun olduğu belirtilmektedir¹⁹⁸⁹. Örneğin,

¹⁹⁸³ Dwyer, 2008: 286-287.

¹⁹⁸⁴ Andrews, 2003: 739; Sime, 2013: 901; Zuckerman, 2003: 626. S (a minor) v. Birmingham HA [2001] Lloyd's Rep Med 382 (QB) Kararın ilgili bölümü için bkz. Dwyer, 2008: 287.

¹⁹⁸⁵ Zuckerman, 2003: 625-626.

¹⁹⁸⁶ Zuckerman, 2003: 626; S(a minor) v. Birmingham HA [2001] Lloyd's Rep Med 382 (QB).

¹⁹⁸⁷ Zuckerman, 2003: 626. Doktrindeki benzer bir görüşe göre, uygun cerrahi müdahalenin yapıp yapılmadığı gibi bilirkişi görüşünün daha çok yorumlama sorununa bağlı olduğu durumlarda taraflarca bilirkişi atanması daha uygun bir yöntem olarak karşımıza çıkmaktadır. Bkz. Sime, 2013: 901.

¹⁹⁸⁸ Sime, 2013: 901; Zuckerman, 2003: 627; Oxley v. Penwarden [2001] CPLR 1. Kararın ilgili bölümü için bkz. Dwyer, 2008: 287-288. Aynı yönde S (a minor) v. Birmingham HA [2001] Lloyd's Rep Med 382 (QB). Kararın ilgili bölümü için bkz. Jackson, 2014: 1155.

¹⁹⁸⁹ Zuckerman, 2003: 626; Sime, 2013: 901; Andrews, 2013: 1361 vd.

gayrimenkule ilişkin davalarda, ilgili gayrimenkulün fiyat değerlendirilmesinin yapılması veya haksız fiile ilişkin davalarda mevcut veya gelecek zararların hesaplanması¹⁹⁹⁰ müşterek bilirkişi vasıtasıyla gerçekleştirilebilir. Bu tür hususlar, genel ve hukuki bilgi dışında kalmasına rağmen bilirkişi tarafından ulaşılan sonuçların, kullanılan yöntem ve standartlar değerlendirilerek mahkemece ve taraflarca kolaylıkla kontrol edilmesi mümkündür. Bu nedenle bu tür durumlarda, ikinci bir uzmanın görüşüne duyulan ihtiyaç azaldığından, taraflarca ayrı ayrı bilirkişi atamak yerine daha az masraflı ve hızlı bir çözüm yolu olarak görünen müşterek bilirkişi atama yönteminin benimsenmesi daha uygun olabilecektir.

3.3.3.4. Taraflar ile Müşterek Bilirkişi Arasındaki İlişki

Müşterek bilirkişi atandıktan sonra taraflar anlaşmaya çalışarak, mümkün olduğunca üzerinde mutabık kaldıkları ortak talimatları bilirkişiye vermelidir¹⁹⁹¹. Özellikle müşterek bilirkişiye verilecek belgeler ve bilirkişinin temel alacağı varsayımlar hakkında tarafların anlaşması önemlidir. Mahkeme de davanın özelliklerine göre ortak talimat vermenin daha pratik olduğu durumlarda, tarafların ortak talimat hazırlamasını teşvik etmelidir¹⁹⁹². Ancak bu konuda bir anlaşma sağlanamadığı takdirde taraflardan her biri müşterek bilirkişiye ayrı talimat verebilir (Guidance m. 38)¹⁹⁹³. Bu şekilde bilirkişiye talimat veren taraf, talimatların bir örneğini aynı anda karşı tarafa da göndermek zorundadır [CPR m. 35.8.(2)].

Tarafların müşterek bilirkişiyle özel iletişim kurması, kural olarak yasaktır¹⁹⁹⁴. Müşterek bilirkişinin de, her iki tarafın bulunmadığı toplantı ve görüşmelere katılmaması gerekir (Guidance m. 44). Ancak taraflar yazılı olarak anlaşır yahut mahkeme bu yönde bir karar verirse, taraflardan biri, diğer tarafın katılımı olmaksızın müşterek bilirkişiyle özel olarak görüşebilir¹⁹⁹⁵. Bunun gibi müşterek bilirkişi de görüşünü oluşturmak için tarafların ifadesine veya muayenesine ihtiyaç duyuyorsa, mahkemenin kararı veya tarafların anlaşması halinde taraflardan her biriyle veya bunların bilirkişileriyle diğer tarafın yokluğunda

¹⁹⁹⁰ Zarar hesaplamasında müşterek bilirkişinin öncelikli olarak kullanılması yönünde bkz. Daniels v. Walker [2000] 1 WLR 1382 (HC). Kararın ilgili bölümü için bkz. Dwyer, 2008: 287.

¹⁹⁹¹ Burada bahsedilen talimattan maksat, tarafların kimliklerinin, dava konusu vakıaların, bilirkişiye başvurulacak meselenin, tanık ifadeleri de dâhil olmak üzere tarafların ellerindeki delillerin ve yargılamaya ilişkin diğer hususların bilirkişiye aktarılmasıdır.

¹⁹⁹² Zuckerman, 2003: 627.

¹⁹⁹³ Tarafların birbirinden farklı ve birbirine zıt talimatlar vermesi, farklı vakıa varsayımları yapılmasını gerektiriyorsa, bu vakıa varsayımlarına uygun olarak birden fazla görüşün aynı müşterek bilirkişi raporunda bulunması gereklidir. Vakıalar hakkında karar vermek mahkemenin işi olduğundan, mahkeme doğru bulduğu vakıa varsayımına uygun müşterek bilirkişi görüşünü kabul edecektir. Guidance m. 46.

¹⁹⁹⁴ Hodgkinson ve James, 2010: 160.

¹⁹⁹⁵ Zuckerman, 2003: 625. Nitekim bir mahkeme kararına göre de, taraflardan biri diğer tarafın yazılı izni olmadıkça bilirkişiyle özel toplantı yapamaz. Bkz. Peet v. Mid-Kent Healthcare NHS Trust [2001] EWCA Civ 1703 at [21],[2002]. Karar için bkz. Zuckerman, 2003: 627.

görüşebilir (Guidance m. 44)¹⁹⁹⁶. Tarafların, müşterek bilirkişiyle özel iletişim kurmasının yasaklanmasının temel gerekçesi, tarafların etkisinden uzak, bağımsız, tarafsız ve açık bir sürecin gerçekleşmesinin arzu edilmesidir. Buna aykırı davranış ise, müşterek bilirkişinin kısmen de olsa tarafların etkisinde kalabilme ihtimalini ortaya çıkarmakta, tarafsızlığına gölge düşürmekte ve kendisinin temel düzenleme amacına aykırılık teşkil etmektedir¹⁹⁹⁷.

Müşterek bilirkişinin asıl yükümlülüğü, diğer bilirkişiler gibi mahkemeye karşıdır. Bu sebeple, müşterek bilirkişi davanın bütün aşamalarında faaliyetlerini yürütürken bağımsız, tarafsız ve şeffaf davranmak zorundadır. Ancak müşterek bilirkişi aynı zamanda taraflarca atanmış bir bilirkişi olarak kabul edildiği için her iki tarafa da aynı özen borcu altındadır (Guidance m. 43). Bu kapsamda, müşterek bilirkişi, faaliyetlerini sürdürürken gerçekleştirdiği işlem ve eylemler hakkında tarafları aynı şekilde ve aynı zamanda bilgilendirmek durumundadır. Örneğin, müşterek bilirkişinin gerçekleştirdiği bütün yazışma suretlerinin, talimat veren taraflara iletilmesi gerekmektedir (Guidance. 42). Aynı şekilde müşterek bilirkişi, hazırladığı raporu taraflara eş zamanlı olarak tebliğ etmelidir (Guidance m. 46).

Taraflar gibi mahkeme de gerekli durumlarda müşterek bilirkişi hakkında talimatlar verebilir. Bu çerçevede mahkeme, bilirkişi ücreti ve masrafları hakkında talimat verebileceği gibi, bilirkişinin yürütmek isteyebileceği inceleme, teftiş ve deneyler hakkında da talimatlar verebilir (CPR m. 35.8). Aynı şekilde müşterek bilirkişi de gerek eksik veya yetersiz talimatların açıklanması gerekse de tarafların ellerinde bulunan belgelere ulaşmak veya bir inceleme, soruşturma veya benzeri değerlendirilmeleri yapabilmek amacıyla mahkemeye başvurabilir¹⁹⁹⁸.

3.3.4. Hâkim Yardımcısı (Danışmanı - Assessor)

İngiliz hukukunda hâkim yardımcıları (assessors), mahkemeye yargısal görevini yerine getirmekte yardımcı olmaları için yine mahkeme tarafından atanan kişilerdir¹⁹⁹⁹. Bu kişiler sahip oldukları yetenek ve tecrübeyle, uyuşmazlık konusu meselelerin çözümünde hâkime yardımcı olur [CPR m. 35.15.(2)]. Bu yönüyle İngiliz hukukunda, Kıta Avrupa hukuk sisteminde düzenlenen bilirkişilik kurumuna en benzer müessese, hâkim yardımcılığıdır²⁰⁰⁰.

Bu kişilerin temel fonksiyonu, hâkimleri eğiterek (bilgilendirerek), onların doğru ve bilinçli bir şekilde karar almasına yardımcı olmaktır²⁰⁰¹. Bu sebeple hâkim yardımcıları, karar

¹⁹⁹⁶ Hodgkinson ve James, 2010: 160; Zuckerman, 2003: 628.

¹⁹⁹⁷ Peet v. Mid-Kent Healthcare NHS Trust [2001] EWCA Civ 1703 at [21],[2002]. Karar için bkz. Zuckerman, 2003: 627. Aynı görüşte: Hodgkinson ve James, 2010: 160.

¹⁹⁹⁸ Hodgkinson ve James, 2010: 160.

¹⁹⁹⁹ Zuckerman, 2003: 640; Jackson, 2014: 1170.

²⁰⁰⁰ Blom-Cooper, 2002: 8.

²⁰⁰¹ Jackson, 2014: 1170.

verme sürecinde önemli bir rol oynamaktadır. Mahkeme, her ne kadar hâkim yardımcısının görüşüyle bağlı olmasa da²⁰⁰², hâkim yardımcısının sahip olduğu özel ve teknik bilgiyle çözülmesi gereken konularda, kararını genellikle hâkim yardımcısının görüşüne göre şekillendirmektedir.

Hâkim yardımcılığı müessesesi, Medeni Usul Kuralları'ndan önce de gerek 1981 tarihli Yüksek Mahkeme Kanunu'nda (Supreme Court Act 1981 yeni adı ile Senior Courts Act) gerekse de 1984 tarihli County Court Kanunu'nda (County Courts Act 1984) düzenlenmiştir²⁰⁰³. Bu kurumunun, Yüksek Mahkeme Kanunu'nda da düzenlenmesinin bir sonucu olarak, temyiz incelemesi sırasında da hâkim yardımcısının kullanılabileceği belirtilmektedir²⁰⁰⁴.

Hâkim yardımcıları, mahkemenin ihtiyaç ve talimatları doğrultusunda görev yapmaktadır. Medeni Usul Kuralları uyarınca mahkeme, hâkim yardımcısından yargılamaya ilişkin bir mesele hakkında rapor hazırlamasını isteyebileceği gibi, ilgili konuda tavsiye vermesi için duruşmanın (trial) tamamına veya bir kısmına katılmasını da isteyebilir [CPR m. 35.15.(3)]²⁰⁰⁵. Buna karşılık, mahkeme hâkim yardımcısının duruşmada ifade verip, sözlü

²⁰⁰² Commissioners of the Admiralty v. SS Ausonia (1920) 2 LI L Rep 123 at. s. 124. Kararın ilgili bölümü için bkz. Sime, 2013: 911. Ayrıca bkz. Yalabık, 2014: 2137.

²⁰⁰³ Yüksek Mahkeme Kanunu'nun 54(9) ve 70(3) maddelerinde, hâkim yardımcısı (assessor) ile birlikte bilimsel danışmandan da (scientific advisor) bahsedilmiştir. Doktrinde, Medeni Usul Kuralları'nın 35.15. maddesinde belirtilen hâkim yardımcısı kavramının, yukarıda belirtilen Kanun hükümleri uyarınca atanan, bilimsel danışmanı da kapsadığı belirtilmektedir. Bkz. Hodgkinson ve James, 2010: 162. Bunun yanında. LandLord and Tenant Act 1954 (m. 63), Sex Discrimination Act 1975 (m. 66), Race Relations Act 1976 (m. 67.4), Telecommunications Act 1984 (Sch 2 para5)" gibi farklı kanunlarda hâkim yardımcısı düzenlemiştir. Ancak bu kanunlarda belirtilen hâkim yardımcısına, Medeni Usul Kuralları'nın 35.15. maddesinin uygulanmayacağı belirtilmektedir. Bkz. Hodgkinson ve James, 2010: 167.

²⁰⁰⁴ Hodgkinson ve James, 2010: 167. Temyiz aşamasında hâkim yardımcısının temel işlevi, teknik delillerin anlaşılmasında mahkemeye yardımcı olmaktır. Ancak bazı şartların mevcudiyeti halinde taraflar arasında ihtilaflı olan vakıalar hakkında da hâkim yardımcısının mahkeme üyelerine tavsiye verebileceği belirtilmektedir. Bkz. Hodgkinson ve James, 2010: 167. Buna karşılık bilirkişi görüşünün bir delil olarak kabul edilmesinin sonucu olarak, temyiz aşamasında bilirkişi deliline başvurulamayacağı söylenebilir. Zira İngiliz hukukunda, temyiz mahkemesi aksine bir karar vermedikçe, temyiz aşamasında yeni delil ileri sürülemez [CPR m. 52.11(2)]. Bu durumun aksine ne zaman karar verilebileceğine dair bir açıklık olmamasına rağmen bazı mahkeme kararlarında hangi kriterlerin kullanılabileceği belirtilmiştir. Esasen bu kararlar, eski kanuni düzenlemede [RSC Ord 59 r. 10(2)] bulunan ancak şu an yürürlükte bulunmayan "özel zemin (special ground)" kriterini açıklamaktadır. Buna rağmen bu dönemde verilmiş kararların güçlü ve ikna edici bir otorite olarak kabul edildiği belirtilmektedir. Hodgkinson ve James, 2010: 241-242. Bu mahkeme kararlarından birine göre; yeni delilin reddedilmesi sağduyuya (common sense) veya adalet duygusuna zarar verecekse temyiz aşamasında yeni delil kabul edilmelidir. Mulholland v Mitchell [1971] A.C 666 at 680,HL. Diğer bir mahkeme kararına göre de; duruşmada makul bir çalışmayla elde edilemeyen, davanın sonucunu etkileyebilecek ve görünüşte güvenilir (apparently credible) olan yeni delil temyiz aşamasında kabul edilebilir. Ladd v Marshall [1954] 1 W.L.R. 1489 at 1491, CA. Kararların ilgili bölümleri için bkz. Hodgkinson ve James, 2010: 241.

²⁰⁰⁵ Uygulamada hâkim yardımcılarının rapor hazırladıkları nadir olarak görülmektedir. Bunlar, genellikle hâkimle birlikte yargılamanın devamı müddetince beraber bulunup, sahip oldukları tecrübe veya yetenekle hâkime yardımcı olmaktadır. Bkz. Hodgkinson ve James, 2010: 163. Hâkim yardımcısının duruşma başlamadan önce rapor hazırladığı durumlarda, bu raporun birer örneği taraflara tebliğ edilir. Taraflar kendilerine tebliğ edilen bu raporu duruşmada kullanabilirler. Bkz. [35.15.(4)].

delil sağlamasını isteyemez [PD 35 m. 10.4]²⁰⁰⁶. Hâkim yardımcısının duruşma (trial) başlamadan önce rapor hazırladığı durumlarda, bu raporun birer örneği taraflara tebliğ edilmektedir. Taraflar, kendilerine tebliğ edilen bu raporu, duruşmada kullanabilmektedir [CPR m. 35.15.(4)].

Davanın özelliklerine göre bir veya birden fazla hâkim yardımcısı atanabilir²⁰⁰⁷. Mahkeme, hâkim yardımcısı atamak istediği takdirde en az yirmi bir gün önce hangi konu için hâkim yardımcısı atamak istediğini, hâkim yardımcısının kimliğini ve niteliklerini taraflara yazılı olarak tebliğ etmek zorundadır [PD 35 m. 10.1]. Taraflardan her biri, hâkim yardımcısının kimliğine ve niteliklerine tebliğ tarihinden itibaren yedi gün içinde yazılı olarak itiraz edebilir [PD 35 m. 10.2-3].

Hâkim yardımcısı, verdiği hizmet karşılığında bir ücrete hak kazanmaktadır. Ücretin ne kadar olacağına ise mahkeme karar vermektedir [CPR m. 35.15.(5)]. Mahkeme, belirlenen ücretin taraflardan biri tarafından mahkemeye yatırılmasına hükmedebilir [CPR m. 35.15.(6)]. Ancak bu kurallar hâkim yardımcısı ücretinin, Meclis (Parliament) tarafından ödendiği durumlarda uygulanmaz [CPR m. 35.15.(7)]. Hâkim yardımcısının ücreti, yargılama gideri olarak kabul edilmektedir [CPR m. 35.15.(5)].

Hâkim yardımcısının görev alanı oldukça geniştir. Yukarıda belirttiğimiz üzere mahkemenin talimatına göre bilirkişiler gibi rapor hazırlamak suretiyle görüş bildirebileceği gibi [CPR m. 35.15.(3)] bilirkişilerden farklı olarak delillerin ve iddiaların sunulduğu sırada veya bunların tamamlanmasından sonra duruşmada (trial) hâkimle birlikte oturup delillerin ve iddiaların değerlendirilmesinde mahkemeye yardımcı olabilir (CPR m. 61.13). Ayrıca mahkemenin takdir etmesi halinde bilirkişi müzakerelerine başkanlık edebilir²⁰⁰⁸. Bunun dışında da mahkemenin ihtiyacına ve talimatına göre, hâkim yardımcısı yargılamada farklı şekillerde görev alabilir [CPR m. 35.15 (3)]²⁰⁰⁹.

Belirtmek gerekir ki, ifa ettikleri bazı görevler ve Medeni Usul Kuralları'nın bilirkişiliğe ilişkin hükümleri incelendiğinde bilirkişi ile hâkim yardımcısı arasındaki farkın oldukça az olduğu görülmektedir²⁰¹⁰. Özellikle müşterek bilirkişinin ve hâkim yardımcısının temel görevinin uyuşmazlığa ilişkin bir mesele hakkında rapor hazırlamak olduğu zamanlarda

²⁰⁰⁶ Earwicker v London Graving Dock Company limited [1916] 1 K. B 970, CA. Kararın ilgili bölümü için bkz. Hodgkinson ve James, 2010: 165.

²⁰⁰⁷ Andrews, 2003: 756; Zuckerman, 2003: 641.

²⁰⁰⁸ Zuckerman, 2003: 640; Andrews, 2003: 757; Dwyer, 2008: 317. Taraf bilirkişileri arasında vuku bulacak müzakerelere üçüncü kişilerin başkanlık etmesine ilişkin Medeni Usul Kuralları'nda doğrudan bir hüküm bulunmamasıyla beraber, bu durumun hâkimin kararıyla mümkün olabileceği ifade edilmektedir. Bkz. Dwyer, 2008: 318 ve dñn. 130.

²⁰⁰⁹ Örneğin, hâkim yardımcısı bilirkişilere sorulacak sorular hakkında hâkime tavsiye verebilir yahut ispatlanmış vakıalardan teknik çıkarımların yapılması için mahkemeye yardımcı olabilir. Bkz. Richardson v Redpath Brown [1944] A.C 62 at 70. Kararın ilgili bölümleri için bkz. Hodgkinson ve James, 2010: 165.

²⁰¹⁰ Zuckerman, 2003: 640.

bu farkın daha da kapandığı görülmektedir²⁰¹¹. Öte yandan delillerin teknik noktalarını açıklığa kavuşturmak veya diğer bilirkişi görüşlerinin daha iyi sorgulanabilmesine katkı sağlamak için atandığı durumlarda dahi hâkim yardımcısının esas işlevi, sahip olduğu özel ve teknik bilgiyle mahkemeye yardımcı olmaktır. Bu bağlamda, belirtilen görevlerin ifası sırasında dahi hâkim yardımcısının fonksiyonu, bilirkişiye yakındır. Bu noktada İngiliz hukuku açısından hâkim yardımcısını ayıran temel nüans ise, bu görevlerin icrası sonucunda mahkemeye sağlanan yardımın, bilirkişi görüşünden farklı olarak, delil olarak nitelendirilmemesidir. Aynı şekilde, hâkim yardımcısı, bilirkişiden farklı olarak tanık olarak nitelendirilmemekte, tanıklar gibi çapraz sorgulamanın süjesi olmamaktadır (PD 35 m.10.4)²⁰¹².

Bu çerçevede, bilirkişi ile hâkim yardımcısının birbirinden farklı iki kavram olduğu söylenebilir. Nitekim Medeni Usul Kuralları'nın 35. bölümünün başlığı da bu ayrımı teyit eder şekilde “bilirkişiler ve hâkim yardımcıları” (experts and assessors) olarak düzenlenmiştir²⁰¹³. Doktrindeki genel eğilim de, mevcut kanun hükümleri kapsamında hâkim yardımcısını, bir delil kaynağından ziyade, adeta mahkemenin oy hakkı olmayan bir üyesi gibi nitelendirmektedir²⁰¹⁴. Bu anlayıştaki bir Yazar'a göre hâkim yardımcısı, yargısal bir rol (judicial role) üstlenmekte olup, mahkeme tarafından atanan bir bilirkişi değildir²⁰¹⁵. Diğer bir Yazar'a göre de hâkim yardımcısının görevi, mahkemenin yargılama yetkisine ilişkindir²⁰¹⁶. Benzer görüşteki bir Yazar'a göre de, hâkim yardımcısının statüsü, mahkemeninkine benzer şekilde yargısal (assessor's quasi judicial status) olduğu için bilirkişilerden farklı olarak

²⁰¹¹ Zuckerman, 2003: 640.

²⁰¹² Earwicker v London Graving Dock Company limited [1916] 1 K. B 970, CA. Kararın ilgili bölümü için bkz. Hodgkinson ve James, 2010: 165; Aynı yönde bkz. Blom-Cooper, 2002: 9; Zuckerman, 2003: 640; Hodgkinson ve James, 2010: 163; Jackson, 2014: 1170. Buna karşılık doktrindeki bir görüşe göre, hâkim yardımcısının mahkemeye vakıalar hakkında görüş bildirdiği, bu anlamda görevinin “mahkeme bilirkişisi” olarak nitelendirilebileceği hallerde hâkim yardımcıların da taraflarca sorgulanabileceği ifade edilmektedir. Aynı şekilde bu görüşe göre hâkim yardımcısının sunacağı rapor, tıpkı bilirkişi raporları gibi taraflarca delil olarak kullanılabilir. Dwyer, 2008: 317-318.

²⁰¹³ Dwyer, 2008: 331.

²⁰¹⁴ Dwyer, 2008: 329. Yazar, hâkim yardımcısının (assessor) esasen yargılamada dört farklı rolü icra edebileceğini ifade etmektedir. Bu anlamda ifa edeceği görevin niteliğine göre hâkim yardımcısının; mahkeme üyesi, mahkeme bilirkişisi, mahkeme memuru veya bilimsel danışman olarak nitelendirilebileceğini belirtmektedir. Bu görüşe göre duruşmadan önce veya duruşma sırasında hakimle birlikte oturup vakıalar, illiyet bağı veya tarafların sorumlulukları hakkında bağlayıcı olmayan görüşler (tavsiyeler) verdiği durumlarda, hâkim yardımcısının yargılamadaki rolü, mahkeme üyesi (tribunal member) olarak nitelendirilebilir. Buna karşılık bilirkişiler gibi hâkim yardımcıların bir araştırma, muayene veya görüşme yürüttüğü ve bunların mahkemeye delil olarak sunulabileceği durumlarda, hâkim yardımcısının görevi mahkeme bilirkişisi (court expert) olarak ifade edilebilir. Hâkim yardımcısının bilirkişi müzakerelerine başkanlık etmesinde olduğu gibi uzmanlık meselelerine ilişkin mahkemeye yardım sağladığı durumlarda ise hâkim yardımcısının görevi mahkeme memuru (court officer) olarak açıklanabilir. Hâkim yardımcısının delillerin teknik noktalarını açıklığa kavuşturduğu veya diğer bilirkişi görüşlerinin daha iyi sorgulanabilmesine katkı sağladığı durumlarda ise hâkim yardımcısının, bilimsel danışman (scientific adviser) olarak değerlendirilebileceği belirtilmektedir. Bkz. Dwyer, 2008: 318 vd.

²⁰¹⁵ Jackson, 2014: 1170.

²⁰¹⁶ Zuckerman, 2003: 640.

sorgulanamaz. Ancak Yazar'a göre yarı yargısal faaliyet göstermesine rağmen teknik olarak hâkim yardımcısı mahkemenin bir parçasını oluşturmaz²⁰¹⁷.

İngiliz hukukunda, hâkim yardımcısı geleneksel olarak deniz hukukuna ilişkin davalarda kullanılmaktadır²⁰¹⁸. Bunun yanında patent hakkı gibi bilimsel değerlendirmeye ihtiyaç duyulan bazı meselelerde de hâkim yardımcısının kullanıldığı görülmektedir²⁰¹⁹. Deniz ve fikri mülkiyet hukukuna ilişkin davalar dışında, hâkim yardımcısı çok nadir atanmaktadır²⁰²⁰.

İngiliz yargılama sisteminde mahkemelerin ve tarafların, hâkim yardımcısı atanması noktasında gösterdikleri isteksizliğin temel birkaç nedeni bulunmaktadır. Öncelikle, hâkim yardımcısı veya mahkeme bilirkişisi atamanın, adaletin ve gerçeğin tarafların karşılıklı çarpışmasından doğduğuna inanan mücadeleci sistemin ruhuna aykırı olduğu düşünülmektedir. Bu yüzden taraflar, kendilerinin seçtiği, kendileri tarafından ücreti ödenen bilirkişilere dayanmak istemektedir²⁰²¹. Bunun yanında, mevcut bilirkişi atama yöntemleriyle mahkemelerin özel ve teknik bilgi ihtiyaçlarını karşılamaları ve genellikle bu yöntemlerden tatmin olmaları hâkim yardımcısına olan ihtiyacı azaltmaktadır²⁰²². Öte yandan taraflarca sorgulanamamasından dolayı, hâkim yardımcısının mahkeme üzerinde nasıl bir etki bıraktığı da taraflarca kontrol edilip, değerlendirilememektedir²⁰²³. Bu durum ise, tarafların yargılamaya duydukları güvenin azalmasına neden olabilmektedir. Bunun yanında hâkim yardımcısı atanması genellikle yargılamayı daha da masraflı hale getirmektedir²⁰²⁴. Zira hâkim yardımcısına verdiği hizmetin karşılığı olarak bir ücret ödenmektedir [CPR m. 35.15(5)]. Bunun yanında hâkim yardımcısı atanacak karmaşık davalarda, taraflar genellikle hali hazırda kendi bilirkişilerini de atamakta ve onlara da ücret ödemektedir. Bir başka ifadeyle, böyle davalarda en az üç uzmanın ücreti ve masrafları yargılama gideri olarak kabul edilmektedir. Bunun sonucu olarak da kaybeden taraf hem kendi bilirkişi ücretini hem karşı tarafın bilirkişi ücretini hem de hâkim yardımcısının ücretini ödemek zorunda kalmaktadır²⁰²⁵.

²⁰¹⁷ Hodgkinson ve James, 2010: 163. Dwyer'e göre, hâkim yardımcısı vakıalara ilişkin sorulara cevap veren özel bir jüri üyesi olarak da kabul edilemez. Zira hâkim yardımcısının görüşü bağlayıcı değilken, jürinin kararları hâkimi bağlamaktadır. Bkz. Dwyer, 2008: 329.

²⁰¹⁸ Hodgkinson ve James, 2010: 162. Hâkim yardımcıları, deniz mahkemelerinde 18. yüzyılın ikinci yarısından itibaren kullanılmaktadır. Bkz. Dwyer, 2008: 315.

²⁰¹⁹ Hodgkinson ve James, 2010: 162.

²⁰²⁰ Andrews, 2003: 757; Dwyer, 2008: 316; Toraman, 2013: 125; Yalabık, 2014: 2137.

²⁰²¹ Bingham, 2011: 23 vd.

²⁰²² Bingham, 2011: 22 vd.; Andrews, 2003: 757.

²⁰²³ Bingham, 2011: 22 vd.; Andrews, 2003: 757.

²⁰²⁴ Andrews, 2003: 757.

²⁰²⁵ Andrews, 2003: 757. Bu sebeple mahkeme, hâkim yardımcısı atarken orantılılık gibi Medeni Usul Kuralları'nın öncelikli ilkelerini dikkate (overriding principle) almalıdır. Bu çerçevede, hâkim yardımcısı atamanın getireceği yarar ile yargılamaya getireceği yük ve davanın değeri karşılaştırılmalıdır. Bkz. Hodgkinson

Ayrıca, hâkim yardımcısını şahsen bulmaktaki güçlükler, mahkemelerin bu konudaki isteğini azaltan diğer bir neden olarak karşımıza çıkmaktadır²⁰²⁶. Zira Kıta Avrupa hukuk sisteminden farklı olarak Anglo Amerikan hukuk sisteminde hâkimler, kendi bilirkişilerini (uzmanlarını) bulmakta ve bu sistemi işletmekte oldukça az bir tecrübeye sahiptir²⁰²⁷. Bu durumun aşılması amacıyla, Kıta Avrupa hukuk sisteminde uygulanan liste yönteminin İngiliz hukukunda da uygulanmasının bir seçenek olarak değerlendirilebileceği ileri sürülmektedir²⁰²⁸.

Hâkim yardımcılarının veya mevcut İngiliz hukukunda bulunmamakla beraber, mahkeme bilirkişilerinin sebep olabileceği diğer bir problem ise, Türk yargılamasında da sıklıkla görüldüğü gibi mahkemenin bir kere güvendiği uzmanı, benzer konularda sürekli olarak görevlendirmesidir. Esasen ilk bakışta akla yatkın ve pratik bir çözüm olarak görülebilecek bu durum, bilirkişiyle mahkeme arasındaki güven ilişkisinin yoğunluğundan dolayı bilirkişi görüşünün yeterince denetlenmemesine sebebiyet vermektedir. Zira verilen ilk görevlerde bilirkişinin isabetli görüş bildirdiği kanaatine ulaşan hâkim, takip eden görevlendirmelerde bilirkişi görüşünün güvenilir olduğu ön yargısıyla, bilirkişi görüşünü yeterince değerlendirmemektedir²⁰²⁹.

Hâkim yardımcısı veya mahkeme bilirkişisi atanması noktasında getirilen diğer bir eleştiri, aynı konuda birden fazla kabul edilebilecek görüşün bulunması halinde kendisini göstermektedir. Zira hâkim yardımcısı veya mahkeme bilirkişisi atanacak durumlarda, mahkeme genellikle baskın görüş taraftarı olan uzmanlar arasından kendi bilirkişisini seçmektedir. Bu durum ise, aynı konuda kabul edilebilecek birçok görüşün bulunduğu alanlarda mahkemenin diğer görüşleri yeterince değerlendirememesine sebebiyet verebilmektedir²⁰³⁰.

Hâkim yardımcısı atanmasının getirdiği diğer bir sorun ise; tarafların mahkemenin kanaatini etkileyen hâkim yardımcısının görüşüne tam ve zamanında vakıf olamamalarıdır. Taraflar, takdiren daha önce açıklanmazsa, hükümde belirtilinceye kadar hâkim yardımcısının hangi yönde görüş bildirdiğini öğrenemeyebilir²⁰³¹. Özellikle hâkim yardımcısının görevinin, hâkimle birlikte oturup, vakıalar ve deliller üzerine görüş bildirmek olduğu durumlarda, bu görüşün taraflara açıklanma zorunluluğu bulunmamaktadır. Aynı şekilde bazı teknik

ve James, 2010: 162-163. Dava değerinin yüksek ve sağlanacak faydanın, taraflara getireceği yükten daha fazla olması halinde hâkim yardımcısı atama yoluna gidilmelidir.

²⁰²⁶ Bingham, 2011: 22; Dwyer, 2008: 319. Bu görüşte ve aynı zamanda kıdemli bir hâkim olan Yazar'a göre; pratiğe yönelik ve hızla değişen uzmanlık alanlarında kolayca bulunabilecek kişiler, mahkemeye ihtiyacı olan desteği veremeyecek emekli devlet memuru yahut akademisyenlerken, bu alanda en güncel pratik bilgilere sahip kişiler, mahkeme için zaman ayırmamaktadır. Bkz. Bingham, 2011: 22-23.

²⁰²⁷ Dwyer, 2008: 319.

²⁰²⁸ Dwyer, 2008: 319.

²⁰²⁹ Dwyer, 2008: 320.

²⁰³⁰ Dwyer, 2008: 321.

²⁰³¹ Dwyer, 2008: 325.

konuların aydınlatılması için hâkim yardımcısı görevlendirildiği durumlarda da, hâkim yardımcısının görüşünün paylaşılmasına gerek yoktur. Bu durumun istisnası ise mahkemenin, hâkim yardımcısından rapor düzenlemesini istediği durumlarda kendisini göstermektedir. Hâkim yardımcısı, görüşünü rapor şeklinde hazırlayıp mahkemeye sunuyorsa, bu raporun bir örneği de taraflara gönderilmektedir [CPR m. 35.15(3)]. Belirtilen istisnai durum dışında mahkemenin kanaatini etkileyen hâkim yardımcısının görüşünün karar açıklanıncaya kadar taraflarca öğrenilememesi muhtemeldir. Bu durum ise, tarafların hukuki dinlenilme haklarının zedelenmesine sebebiyet verebilmektedir. Diğer taraftan hâkim yardımcısının rapor düzenlediği durumlarda dahi hâkim yardımcısının görüşü taraflarca tam olarak değerlendirilemeyebilir²⁰³². Zira belirttiğimiz üzere hâkim yardımcıları, bilirkişilerden farklı olarak çapraz sorgulamanın süjesi değildir. Bir başka ifadeyle hâkim yardımcıları, bilirkişiler gibi taraflarca sorgulanamaz (PD 35 m. 10.4)²⁰³³. Hâkim yardımcısı görüşünün tam ve zamanında öğrenilememesinden veya öğrenildiği durumlarda bu görüşle mücadele etme imkânın önemli ölçüde kısıtlanmasından dolayı hâkim yardımcısı atandığı durumlarda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesinin ihlal edilmesi muhtemeldir²⁰³⁴. Nitekim birtakım İngiliz Yüksek Mahkeme kararlarında da, mevcut hâkim yardımcısı uygulamalarının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne aykırı olabileceği belirtilmiştir. Bu kararların ardından özellikle deniz mahkemeleri uygulamalarında hâkim yardımcısı görüşlerinin taraflarla paylaşılması noktasında adımlar atılmıştır²⁰³⁵. Örneğin, bir mahkeme kararına göre; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesine riayet etmek için hâkim, taraf vekilleriyle görüştüktan sonra hâkim yardımcısına sorular yöneltebilir. Bu sorulara verilecek cevaplar yazılı veya sözlü olarak taraflara açıklandıktan sonra taraflar, hâkim yardımcısının görüşünün kabul edilip edilmemesi için mahkemeye başvurabilir²⁰³⁶. Doktrinde de hâkim yardımcısı atandığı durumlarda adil yargılamanın gerçekleştirilebilmesi için birtakım unsurların dikkate alınması gerektiği belirtilmiştir. Bu görüşe göre; adil yargılamanın sağlanması için öncelikle hâkim yardımcısından görüş alınacak konu aralığının, taraflarla birlikte değerlendirilmesi gerekir ve mahkemenin hâkim yardımcısına soracağı soruların (ve/veya alacağı tavsiyelerin) bu konu aralığı içinde kalması gerekir. Yine mahkeme tarafından hâkim yardımcısına sorulan soruların ve alınan cevapların taraflara açıklanması gerekir. Bundan sonra taraflara hâkim

²⁰³² Dwyer, 2008: 323.

²⁰³³ Dwyer, 2008: 325.

²⁰³⁴ Dwyer, 2008: 323, 325; Blom-Cooper, 2002: 9. Bu konuda detaylı açıklama ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin bilirkişilikle ilgili bazı kararları için bkz. Dwyer, 2006: 5 vd.

²⁰³⁵ Bu noktadaki kararlar ve kararların ilgili bölümler için bkz. Dwyer, 2008: 325-326.

²⁰³⁶ Bow Spring v. Manzanillo II [2004] EWCA Civ 1007. Kararın ilgili bölümü için bkz. Sime, 2013: 911. Aynı yönde; Global Mariner v. Atlantic Crusader [2005] EWHC 380 (Admiralty) Kararın ilgili bölümü için bkz. Jackson, 2014: 1171.

yardımcısının görüşüyle mücadele etme imkânı tanınarak, bu görüşün benimsenmesi yahut aksine benimsenmemesi için mahkemeye başvuru hakkı verilmesi gereklidir²⁰³⁷. Bu başvuruların özel bir gerekçe olmadıkça yazılı olarak yapılmasının uygun olduğu düşünülmektedir. Başvurular yapıldıktan sonra ise, eğer hâkim yapılan başvuruları ve soruları değerlendirmiş ise orantılılık ilkesi uyarınca aynı prosedürün tekrar edilmesine gerek yoktur. Bu durumda, hâkimin kararında ilave ve revize sorularla birlikte hâkim yardımcısı görüşünü benimseyip benimsemediğini belirtmesi ve gerekçelendirmesi yeterlidir²⁰³⁸.

Kural olarak, mahkeme tarafından hâkim yardımcısı atanması, taraflarca da bilirkişi atanmasına engel değildir. Kendisine bilirkişi atanması için başvuru mahkeme, durumun ve davanın özelliklerine göre tarafların da bilirkişi atamasına izin verebilir. Nitekim Medeni Usul Kuralları'nın hâkim yardımcısını düzenleyen maddelerinde, bu durumu engelleyen açık bir hüküm bulunmamaktadır (CPR m. 35.15)²⁰³⁹. Ancak hâkim yardımcısının en yoğun kullanıldığı deniz mahkemelerinde durum farklıdır. Deniz hukukuna dair yargılamayı düzenleyen medeni usul kuralları uyarınca; deniz mahkemelerinde hâkim yardımcısı atandığı durumlarda, kural olarak tarafların kendi bilirkişilerini atamalarına izin verilmez. Buna karşın hâkim gerekli gördüğü durumlarda aksi yönde karar verebilir (CPR m. 61.13)²⁰⁴⁰. Hâkim yardımcısı atandığı durumlarda, taraflarca bilirkişi atanmasına izin verilmemesi, usul ekonomisine katkı sağlamakla beraber, hâkim yardımcısının rapor şeklinde görüş bildirdiği durumlarda, (bir başka ifadeyle görüşünü taraflara açıklamakla yükümlü olduğu zamanlarda) bu raporun taraflarca tam olarak değerlendirilmesine engel olacaktır. Zira böyle bir durumda, hâkim yardımcısı tarafından ileri sürülen görüşleri değerlendirmek için tarafların elinde yeterli uzmanlık bulunmayacaktır²⁰⁴¹.

3.3.5. Avustralya Queensland Kuralları

Amerika Birleşik Devletleri gibi Avustralya'da federal bir devlet olup, her eyaletin ve federal devletin ayrı ayrı hukuk sistemleri ve uygulamaları vardır²⁰⁴². Avustralya hukuku, temel olarak İngiliz ortak hukuk (common law) sistemini benimsediğinden²⁰⁴³, bu ülkenin usul ve delil sistemi ayrı bir başlık altında incelenmemiştir. Ancak özellikle İngiltere'de

²⁰³⁷ Hodgkinson ve James, 2010: 166.

²⁰³⁸ Hodgkinson ve James, 2010: 166.

²⁰³⁹ Nitekim uygulamada patente ilişkin davalarda taraflar, hâkim yardımcısı atanması rağmen genellikle kendi bilirkişilerini de atamaktadır. Bkz. Hodgkinson ve James, 2010: 164.

²⁰⁴⁰ Hodgkinson ve James, 2010: 164. Hâkim yardımcısı atandıktan sonra tarafların kendi bilirkişilerini atamasına engel olmanın Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesine aykırı olabileceği düşünülmektedir. Bkz. Age: 164.

²⁰⁴¹ Dwyer, 2008: 323.

²⁰⁴² Edmond, 2008: 2.

²⁰⁴³ Edmond, 2008: 2.

uygulanmasının yararlı olacağı savunulan²⁰⁴⁴ ve gerek Amerikan gerekse de İngiliz bilirkişilik sisteminden kısmen farklı olan ve Queensland Kuralları olarak da anılan 1999 tarihli Medeni Usul Kuralları'nda (Queensland Uniform Civil Procedure Rules 1999, UCPR) düzenlenen bilirkişilik sisteminin ayrı bir başlık altında değerlendirilmesinin yararlı olacağı kanısındayız. Ancak bilirkişinin asıl yükümlülüğünün mahkemeye karşı olduğu, bilirkişi görüşünün esas olarak rapor şeklinde yargılamaya aktarılacağı, raporda bulunması gerekli hususlar ile bilirkişi müzakereleri düzenlenmesine ilişkin hükümler, İngiliz hukukuyla oldukça benzer olduğundan bu konulara ayrıca temas edilmemiştir²⁰⁴⁵.

Bu sistemi, ortak hukuk (common law) geleneğinden ayıran özellik, taraflarca bilirkişi atama yöntemini mümkün olduğu kadar azaltıp, yargılamada tek bir bilirkişinin kullanılmasının hedeflenmesidir. Nitekim bu durum, Medeni Usul Kuralları'nın (UCPR) bilirkişiliğe ilişkin bölümünün (Part 5) amaçlarını düzenleyen 423. maddede iki fıkra halinde belirtilmiştir. Şöyle ki; bu bölümün temel amacı; mümkün olduğunca bir konu üzerinde taraflarca yahut mahkeme tarafından atanmış tek bir bilirkişi kullanılmasını sağlamaktır. Benzer şekilde düzenlemenin diğer bir amacının da tarafların farklı uzmanlar (bilirkişiler-experts) atamasından kaynaklanan gereksiz masrafa meydan vermemek olduğu ifade edilmiştir [UCPR 423 (c)].

Bu düzenlemenin ayırt edici diğer özelliği ise, bilirkişiliğe ilişkin hükümlerin yargılama başlamadan önce ve sonra olmak üzere iki safhada farklı şekillerde ele alınmasıdır. Yargılama başlamadan bilirkişi atanması iki şekilde söz konusu olabilmektedir. Birincisi, tarafların anlaşarak bilirkişi atamaları, ikinci ise taraflardan birinin mahkemeye başvurarak bilirkişi atanmasını talep etmesidir.

Yargılama başlamadan tarafların anlaşarak bilirkişi ataması için anlaşmanın yazılı olması ve bazı unsurları ihtiva etmesi gereklidir. Bu çerçevede taraflar, aralarında bir uyuşmazlık bulunduğu, bu uyuşmazlığın muhtemelen yargılamayla sonuçlanacağı ve bilirkişi delili elde etmenin uyuşmazlık konusu önemli bir meselenin çözümüne derhal yardımcı olacağı noktasında anlaşmaya varmalıdır. Bunun dışında rapor sağlayacak uzmanın kimliği, uzmanın hangi süre içinde raporunu hazırlayıp, taraflara vereceği ile bilirkişiye ödenecek ücret ve masrafın sorumluluğunun kime ait olacağı noktasında da tarafların anlaşması gereklidir. Öte yandan ilgili uzmanın da rızası alınmalı ve uzman bu Kanuni düzenlemenin içeriğinden haberdar edilmelidir. İlgili uzmanın hazırlayacağı rapor, yargılama başladıktan sonra hazırlanan bilirkişi raporunda bulunması gerekli unsurları karşılamalıdır [UCPR 429R (1-2-3-4-59)].

²⁰⁴⁴ Davies, 2004a: 7 vd.

²⁰⁴⁵ Bkz. UCPR m. 426 vd.

Belirtilen şekilde tarafların anlaşması ve gerekli unsurların oluşmasıyla atanacak bu uzman, aksi mahkeme tarafından öngörülmedikçe, taraflar arasında mahkemede yargılama başladıktan sonra da ilgili mesele hakkında delil sunacak tek bilirkişi olacaktır [UCPR 429R (6)].

Yargılama başlamadan önce bilirkişi (uzman) atanmasının diğer bir yolu da taraflardan birinin bu yönde mahkemeden talepte bulunmasıdır. İlgili taraf, başka kişi veya kişilerle arasında bir uyuşmazlığın bulunduğunu, bu uyuşmazlığın muhtemelen yargılamada çözüleceğini ve bilirkişi delili elde etmenin uyuşmazlık konusu önemli bir meselenin çözülmesine derhal yardımcı olacağını düşünüyorsa, ilgili konuda rapor düzenlemesi için mahkemeden uzman (bilirkişi) atanmasını talep edebilir [UCPR 429S (1)]. Bu şekilde yapılacak talep uyuşmazlığın diğer tarafına tebliğ edilir. Ayrıca taraflar arasındaki uyuşmazlığın esası; bilirkişinin çözümüne katkı sağlayacağı mesele; bilirkişi raporunun derhal alınması gerekliliğinin gerekçesi; ilgili konuda bilirkişi delili verebilecek niteliklere sahip ve bilirkişilik yapmaya razı olan ve ilgili Kanuni düzenlemenin içeriğinden haberdar edilmiş en az üç uzmanın ismi ve ilgili kişinin bu uzmanlarla daha önceden bir bağlantısının olup olmadığı da karşı tarafa bildirilmelidir [UCPR 429S (3-4)].

Bu şekilde yapılacak başvuru üzerine; mahkeme, taraflar arasında bir uyuşmazlığın bulunduğu, bu uyuşmazlığın muhtemelen yargılama ile çözüleceğine ve bilirkişi delili elde etmenin uyuşmazlık konusu önemli bir meselenin çözülmesine derhal yardımcı olacağına kanaat getiririrse, ilgili meselede rapor düzenlemesi için bilirkişi atayabilir [UCPR 429S (5)]. Bu kararı verirken mahkeme, ilgili meselenin karmaşıklığını, bilirkişi atamanın muhtemel davadaki yargılama giderlerine olan etkisini, bilirkişi atamanın muhtemel davanın hızlanmasına veya gecikmesine sebep olup olmayacağını ve diğer ilgili unsurları göz önünde bulundurur [UCPR 429S (7)]. Mahkeme talep edenin belirttiği uzmanlarla bağlı olmayıp, listede belirtilmeyen bir kişiyi de bilirkişi olarak atayabilir [UCPR 429S (6)]. Bu maddeye göre atanacak bilirkişi, aksi mahkeme tarafından öngörülmedikçe, taraflar arasında mahkemede yargılama başladıktan sonra da ilgili mesele hakkında delil sunacak tek bilirkişi olacaktır [UCPR 429S (11)]. Yargılama başlayıncaya kadar bilirkişi ücret ve giderleriyle, başvuru için yapılacak masraflar, aksi mahkeme tarafından belirtilmediği müddetçe başvuru yapan tarafça karşılanır [UCPR 429S (12)]. Mahkeme bilirkişi raporunun hazırlanmasını kolaylaştırmak için gerekli emir ve talimatları verir [UCPR 429S (9)]. Bunun yanında gerekli görüldüğü takdirde, mahkeme bu şekilde atanan bilirkişinin çapraz sorgulanmasıyla ilgili gerekli talimatları verir [UCPR 429S (13)].

Yargılama başladıktan sonra bilirkişi atanması ise, üç şekilde söz konusu olabilmektedir. Buna göre öncelikle taraflar, yargılama başladıktan sonra bilirkişi delilinin yargılama konusu önemli bir meselenin çözümüne yardımcı olacağı noktasında anlaşarak bilirkişi atanmasını sağlayabilir. İkinci olarak, yukarıda belirtilen şekilde anlaşma sağlanamaz ve taraflardan biri, bilirkişi delilinin yargılama konusu önemli bir meselenin çözümüne katkı sağlayacağını düşünürse, rapor hazırlanması için mahkemeye başvurarak bir bilirkişi tayin edilmesini talep edebilir. Son olarak ise, mahkeme bilirkişi delilinin yargılama konusu önemli bir meselenin çözümüne katkı sağlayabileceğine kanaat getirirse, tarafların anlaşmasını veya talebini aramaksızın re'sen yargılamanın herhangi bir safhasında ilgili konuda rapor hazırlanması amacıyla bilirkişi atanmasına karar verebilir [UCPR 429G (1-2-3)].

Birinci durumda, yani yargılama başladıktan sonra tarafların anlaşması üzerine bilirkişi atanmasına ilişkin hükümler, yargılama başlamadan önce tarafların anlaşarak bilirkişi atanmasına ilişkin hükümlerle hemen hemen aynıdır. Bu anlamda, bu şekilde bilirkişi atanması için tarafların, bilirkişiye başvurulacak mesele, bilirkişinin kimliği, bilirkişi raporunun hazırlanma ve taraflara verilme süresi ile bilirkişi ücret ve masraflarının sorumluluğu üzerinde yazılı olarak anlaşmaları gerekir [UCPR 429H (1)(a)]. Bunun dışında ilgili bilirkişinin rızası alınmalı ve bilirkişi ilgili Kanuni düzenlemenin içeriği hakkında bilgilendirilmelidir [UCPR 429H (1)(b)]. Yazılı şekilde yapılacak bu anlaşma iki tarafça imzalanarak, mahkemeye verilmelidir [UCPR 429H (2)(a-b)].

Öte yandan anlaşmanın tarafları, aralarında uzlaşarak bilirkişi raporunun dayanacağı vakıalar hakkında, bilirkişiye açıklama yapmak zorundadır [UCPR 429H (3)]. Eğer taraflar bu vakıalar üzerinde anlaşmaya varamazsa, aksi mahkeme tarafından öngörülmediği müddetçe, taraflardan her biri, bilirkişiye vakıalara ilişkin ayrı ayrı beyanda bulunmalıdır [UCPR 429H (4)(a)]. Mahkeme de bilirkişiye vakıalar hakkında verilecek bu açıklamaların şekli ve içeriği hakkında talimatlar verebilir [UCPR 429H (4)(b)].

Tarafların anlaşmasıyla atanan bu bilirkişi, mahkemece aksine karar verilmediği müddetçe, ilgili konuda delil verecek tek bilirkişi olacaktır [UCPR 429H (6)]. Bu şekilde atanan bilirkişi, mahkemece aksine karar verilmediği müddetçe, her iki tarafça da çapraz sorgulamaya tabi tutulabilir [UCPR 429H (7)].

Yargılama başladıktan sonra taraflar arasında bilirkişi atanması noktasında anlaşma sağlanamazsa, bilirkişi delilinin yargılama konusu önemli bir meselenin çözümüne katkı sağlayacağını düşünen taraf, rapor hazırlanması için mahkemeye başvurarak bir bilirkişi tayin edilmesini talep edebilir [UCPR 429G (2)]. Yargılama başlamadan önce mahkemeye yapılacak başvuruda olduğu gibi başvuran taraf; başvurusunu; bilirkişiye başvurulacak

meseleyi; bilirkişi delili verebilecek niteliklere sahip olan, rızası alınmış (bilirkişilik yapmak için) ve ilgili Kanuni düzenleme hakkında bilgilendirilmiş en az üç uzmanın ismini ve taraflardan biri ile ilgili uzmanlar arasında başvuran tarafından bilenen ilişkiyi, karşı tarafa tebliğ etmelidir [UCPR 429I (1-2)]. Ancak mahkeme bildirilen isimlerden başka bir uzmanı da bilirkişi olarak atayabilir [UCPR 429I (4)].

Yukarıda açıklandığı üzere mahkeme, bilirkişi delilinin yargılama konusu önemli bir meselenin çözümüne katkı sağlayabileceğine kanaat getirirse, tarafların anlaşmasını veya talebini aramaksızın, yargılamanın herhangi bir safhasında re'sen bilirkişi atanmasına da karar verebilir [UCPR 429G (3)]. Mahkeme böyle bir karar verirken; taraflardan, ilgili mesele hakkında bilirkişi delili verebilecek nitelikte, bilirkişilik yapmaya rızası olan ve ilgili Kanuni düzenlemenin içeriğinden haberdar edilmiş en az üç uzmanın isminin bildirilmesini ister. Bunun yanında mahkeme, bu kişilerle taraflar arasındaki ilişkinin de bildirilmesini talep eder [UCPR 429J (1)]. Ancak mahkeme taraflarca bildirilmiş isimlerle bağlı olmayıp, başka bir uzmanın da bilirkişi olarak atanmasına karar verebilir [UCPR 429J (2)]. Taraflarca bildirilenlerden başka bir uzman atanmak istediğinde, bu kişinin de bilirkişilik yapmaya rızası olmalıdır. Ayrıca ilgili Kanuni düzenlemelerin içeriğinden haberdar edilmiş olmalıdır [UCPR 429J (3)].

Mahkeme, bilirkişi atayıp atamama noktasında karar verirken [re'sen-UCPR 429G(2) veya tarafların talebiyle-UCPR 429G(3)] ilgili meselenin karmaşıklığını; bilirkişi atamanın yargılama giderlerine etkisini; davayı uzatma veya hızlandırma ihtimalini; adalete yapacağı katkıyı (interests of justice) ve yargılamadaki diğer etkenleri göz önünde bulundurur [UCPR 429K (1)]. Mahkeme bu unsurları dikkate alıp, bilirkişi atamaya karar verdiği takdirde raporun hazırlanması için gerekli emir ve talimatlar verir. Bu çerçevede mahkeme, raporun hazırlanması için bilirkişiye taraflarca yazılı bilgi verilmesini ve bu bilgilerin kopyalarının diğer tarafa iletilmesini emredebilir. Aynı şekilde mahkeme, taraflardan birinin bilirkişiyle iletişim kurmasına; bilirkişinin inceleme, değerlendirme ve deney yapmasına; bilirkişinin atandığı meseleyle bağlantılı bir disiplinde başka bir bilirkişiden rapor almasına karar verebilir [UCPR 429M (1)(b)]²⁰⁴⁶. Bunun yanında mahkeme, bilirkişi raporunun ne zaman teslim edileceği, bilirkişi ücret ve masraflarından kimin sorumlu olduğu noktasında da emir ve talimatlar verebilir [UCPR 429M (1)(c)]. Belirtilen unsurların dışında mahkeme bilirkişi raporunun hazırlanmasını sağlamak için ihtiyaç duyulan başka kararlar da alabilir [UCPR 429M (a)].

²⁰⁴⁶ Bu şekilde elde edilecek ikinci raporun da esas bilirkişi raporuna eklenmesi gereklidir. Bkz. [UCPR 429 M (2)].

Mahkeme yukarıda belirtilen unsurları dikkate alarak bilirkişi atadığı (court appointment) takdirde²⁰⁴⁷, atanacak uzman aksine bir karar verilmediği müddetçe, ilgili meselede delil sunacak tek bilirkişi olacaktır [UCPR 429N (2)]. Dolayısıyla, tarafların kendi bilirkişilerini tekrar atamaları kural olarak mümkün değildir. Ancak mahkeme re'sen veya taraflardan birinin talebi üzerine rapor düzenlenmesi için başka bir bilirkişi (the other expert) atanmasına da karar verebilir [UCPR 429N (3)]. Bu durumun gerçekleşebilmesi için ilgili meselenin karara bağlanmasında etkili olabilecek, ilk uzman görüşünden farklı, bir uzman görüşünün bulunması yahut meselenin karara bağlanmasında etkili olabilecek ve ilk uzman tarafından bilinmeyen ancak ikinci uzman tarafından bilinen bazı hususların varlığı noktasında mahkemede kanaat oluşması gerekir. Ayrıca mahkeme diğer bazı özel durumların söz konusu olması halinde de ikinci bir bilirkişi atayabilir [UCPR 429N (3)(a-b)].

Yargılama başladıktan sonra gerek tarafların anlaşmasıyla gerekse de talep üzerine veya re'sen mahkeme tarafından bilirkişi atandığı durumlarda; bilirkişi, rapor hazırlanmasını kolaylaştırmak amacıyla mahkemeye başvurarak gerekli talimatların verilmesini talep edebilir [UCPR 429P (1)]. Bu şekilde yapılacak başvuru, yargılamanın taraflarına ve mahkeme tarafından belirlenen üçüncü kişilere tebliğ edilir [UCPR 429P (2)]. Bu başvuru üzerine mahkeme, bilirkişi raporu için gerekli inceleme, tahkikat ve deney de dâhil olmak üzere uygun gördüğü talimatları verebilir [UCPR 429P (3)]. Öte yandan, rapor hazırlanması için gerekli olan bilgiler, taraflardan birinin erişimindeyse, mahkeme tarafın elindeki bu belgelerin ve bilgilerin mahkemeye ve bilirkişiye sunulmasını emredebilir [UCPR 429O (1-2)].

Yukarıda açıklanan ve Queensland Kuralları olarak adlandırılan bu sistemin İngiltere'de uygulanmasına taraftar olan görüşe göre; bu kuralların benimsenmesi, mevcut sistemin sebep olduğu bazı problemlerin oluşmasına engel olacaktır. Özellikle tarafgirliğin azaltılması için öngörülen müşterek bilirkişi ile Amerika'da ve eski İngiliz sisteminde uygulanan mahkeme bilirkişisi için yapılan olumsuz eleştiriler, bu sistemle kısmen bertaraf edilebilecektir. Hatırlanacağı üzere; müşterek bilirkişi (single joint expert) veya mahkeme bilirkişisi (court appointed expert) atanması noktasında getirilen en önemli eleştirilerden biri; bunlar atanıncaya kadar tarafların hâlihazırda kendi uzmanlarıyla çalışmaya başlamasıdır. Bu sebeple tarafların atadıkları uzmanların yanında başka bir uzmanın atanmasının, yargılama masrafların artmasına ve bazı durumlarda yargılamanın gecikmesine neden olduğu ileri sürülmektedir. Queensland kurallarının uygulanmasını savunan görüşe göre; bu sistemin

²⁰⁴⁷ Kanuni düzenlemenin içeriğinden anlaşıldığına göre; bu noktada mahkemenin bilirkişi atamasından maksat, re'sen veya taraflardan birinin talebi üzerine bilirkişi atanmasıdır. Yoksa tarafların aralarında anlaşarak bilirkişi görevlendirildiği hallerde, mahkeme atamasından bahsedilemez. Ancak uygulanacak hükümler arasında önemli bir fark bulunmamaktadır. Bkz. [UCPR 429 M, 429 N vd].

uygulanmasıyla bir taraftan bağımsız bir bilirkişi atanması sebebiyle, taraf bilirkişilerinin neden olduğu yanlış bilirkişi ve görüşü bertaraf edilirken, diğer taraftan tarafların ortak iradeleri veya mahkemenin kararıyla yargılama başlamadan önce dahi tek bir bilirkişi atama imkânına sahip olunarak gereksiz zaman ve masraf kaybı engellenebilecektir²⁰⁴⁸. Ayrıca yargılama başlamadan ortak bir bilirkişi atamak, taraf pozisyonlarının kutuplaşmasını engelleyerek, ortak bir sonuca ulaşmaya katkı sağlayacaktır²⁰⁴⁹.

3.4. Bilirkişinin Yükümlülükleri

3.4.1. Genel Olarak

İngiliz hukukunda gerek taraf bilirkişilerinin gerekse de müşterek bilirkişinin yükümlülüğü öncelikli olarak mahkemeye karşıdır. Nitekim Medeni Usul Kuralları'nın 35.3. maddesinde bilirkişinin en önemli görevinin kendi uzmanlık alanı dâhilindeki konular hakkında mahkemeye yardımcı olmak olduğu açıkça belirtilmiştir [CPR m. 35.3.(1)]. Belirtilen bu yükümlülük, bilirkişinin talimat veya ücret aldığı kişiye (veya kişilere) karşı olan yükümlülüklerinden her zaman önce gelir [CPR m. 35.3.(2)]. Bu çerçevede, bilirkişi taraflarca atanmış olsa dahi öncelikli yükümlülüğü kendisini atayan tarafa değil, mahkemeye karşıdır.

Medeni Usul Kuralları'nın (CPR) 35.3. maddesinde bilirkişinin yükümlülüğünün öncelikli olarak mahkemeye karşı olduğunun açıkça bildirilmesinin temel sebebi, taraflarca bilirkişi atandığı durumlarda bilirkişi ile taraf arasındaki yakın ilişkinin tarafsızlık ve bağımsızlık bakımından oluşturduğu olumsuz etkidir²⁰⁵⁰. Zira her ne kadar bilirkişi, tanık olarak doğruyu söyleme yükümlülüğü altındaysa da, taraflarca yargılamaya dâhil edilmeleri, onlardan talimat almaları ve ücretlerinin kural olarak taraflarca ödenmesi, bilirkişinin bir tarafa daha meyilli olmasına neden olabilmektedir. Bu durumun önlenmesi amacıyla taraflarca atanmış olsa da bilirkişinin asıl yükümlülüğünün mahkemeye karşı olduğunu hatırlatma ihtiyacı hissedilmiştir. Ayrıca bu hususun pekiştirilmesi amacıyla 35.3. maddenin dışında bilirkişi raporunun içeriğine ilişkin Medeni Usul Kuralları'nın 35.10. maddesinde de bilirkişinin mahkemeye karşı görevli olduğu vurgulanmıştır²⁰⁵¹. Bu maddeye göre bilirkişi raporunun sonunda; bilirkişinin mahkemeye karşı olan görevini anladığını ve bu göreve uygun olarak hareket ettiğini içeren bir beyannamenin bulunması zorunlu tutulmuştur [CPR m. 35.10.(2)].

²⁰⁴⁸ Davies, 2004a: 8 vd.

²⁰⁴⁹ Jacob, 2004: 5.

²⁰⁵⁰ Zuckerman, 2003: 630.

²⁰⁵¹ Zuckerman, 2003: 630.

Bilirkişi, Medeni Usul Kuralları'nın kendisine yüklediği ve özellikle mahkemeye karşı olan görevlerini dikkatle ve özenle yerine getirmekle yükümlüdür²⁰⁵². Medeni Usul Kuralları, bilirkişinin mahkemeye karşı olan yükümlülüklerine aykırı davranışının ne tür bir yaptırıma tabi tutulacağını belirtmemekle beraber, yükümlülüklerle ciddi aykırılığın bilirkişi raporunun kabul edilmemesine neden olabileceği belirtilmektedir²⁰⁵³. Buna karşılık bilirkişinin yükümlülüklerini tam olarak yerine getirmediği açık değil veya bilirkişinin mahkemeye karşı yükümlülüğüne aykırı hareketi ciddi değilse, mahkeme bilirkişi raporunu kabul edebilmektedir. Ancak bu durumda mahkeme, kabul edilen raporu aksatılan yükümlülüğü dikkate alarak değerlendirmelidir²⁰⁵⁴.

Bunun yanında bilirkişinin Medeni Usul Kuralları'na veya mahkeme kararlarına aykırı davranışlarının bulunması veyahut da yargılamada aşırı gecikmeye sebep olması halinde, yargılama giderlerinin bilirkişiyi yargılamaya dâhil eden tarafça karşılanmasına da karar verilebilmektedir²⁰⁵⁵. Görüldüğü üzere, bilirkişinin üzerine düşen yükümlülüklerine aykırı davranışlarının yaptırımları, genellikle onu yargılamaya dâhil eden taraf üzerinde uygulanmaktadır. Buna karşılık, bir mahkeme kararında, bilirkişinin yükümlülüklerine aykırı davranışının yaptırımı, yine doğrudan bilirkişi üzerinde uygulanmıştır. Bu davada, mahkemeye karşı olan görevlerini açıkça ve düşüncesiz şekilde ihmal etmesi nedeniyle ciddi bir yargılama giderine sebep olan bilirkişinin bu yargılama giderlerini ödemesine karar verilmiştir²⁰⁵⁶.

3.4.2. Tarafsız Olma Yükümlülüğü

Bilirkişinin asıl yükümlülüğünün (görevinin) mahkemeye karşı olmasının doğal sonucu olarak bilirkişinin birtakım yan yükümlülükleri de ortaya çıkmaktadır. Bunlardan belki de en önemlisi ise, tarafsızlıktır. Tarafsızlık, bilirkişinin davada bulunan vakıa ve deliller ile bilimsel kural ve yöntemlere uygun olarak bir sonuca ulaşmasını ifade eder. Dolayısıyla bilirkişi kendisini tutan tarafın memnun olup olmamasına bakmaksızın ilgili bilimsel yöntemleri, davadaki vakıa ve delillere uygulayarak objektif bir sonuca ulaşmaya çalışmalıdır. Bu bağlamda, bilirkişinin sağlayacağı görüşün bağımsız nitelikte olması gereklidir. Nitekim

²⁰⁵² Zuckerman, 2003: 631.

²⁰⁵³ Andrews, 2003: 744; Zuckerman, 2003: 631; Malek, 2013: 1164; Protocol m. 4.7. Mahkeme, yükümlülüklerine aykırı davranan bilirkişiyi delil sunmaktan veya duruşmaya katılmaktan alıkoyarken, tarafların iradesini dikkate almak zorunda değildir. Bu sebeple, her iki taraf bu bilirkişinin yargılamaya katılmasını talep etse dahi mahkeme bilirkişiyi yargılamadan menedebilmektedir. Andrews, 2003: 744.

²⁰⁵⁴ Zuckerman, 2003: 631.

²⁰⁵⁵ Protocol m. 4.7; Balmoral Group Ltd v Borealis (UK) Ltd [2006] EWHC 2531. Kararın ilgili bölümü için bkz. Malek, 2013: 1164.

²⁰⁵⁶ Phillips v Symes [2004] EWHC 233 (Ch), Kararın ilgili bölümü için bkz. Protocol m. 4.7 ve Malek, 2013: 1164.

uygulama talimatlarının (PD 35) 2. maddesinde de bu husus açıkça vurgulanmıştır. Buna göre bilirkişi delili, davanın baskısından etkilenmemiş bilirkişinin bağımsız bir ürünü olmalıdır [PD 35 m. 2.1]. Bilirkişi kendi uzmanlık alanı içindeki meseleler hakkında objektif, yansız görüşler (kanaatler) sağlamak suretiyle mahkemeye yardımcı olmalıdır. Bilirkişi hiçbir zaman bir tarafın avukat veya savunucusu rolünü üstlenmemelidir [PD 35 m. 2.2]²⁰⁵⁷. Bilirkişinin tarafsızlığını etkileyecek bir hususun varlığı halinde taraflar bunu derhal mahkemeye bildirmelidir. Davacı ve davalının tarafsızlığa ilişkin hususu bilmesi ve bu konuda anlaşması, mahkemeye bildirmemek için mazeret olarak kabul edilmemektedir²⁰⁵⁸.

Bilirkişi bakımından tarafgirlik, birçok nedenden kaynaklanabilir. Öncelikle her insan gibi bilirkişinin hayata bakışı, bir felsefesi ve ön yargıları vardır. Bu önyargılar, inançlar ve benzeri hususlar bilirkişinin objektifliğini etkileyebilmektedir²⁰⁵⁹. Bunun yanında özellikle malpraktis davalarında görüldüğü gibi mesleki dayanışma ve benzeri nedenler de bilirkişiyi yansız davranmaktan alıkoyabilmektedir. İngiliz hukuku bakımından, her insan için geçerli olan bu sebeplerin mevcut olma ihtimali, bilirkişiyi yargılama dışında bırakmak için yeterli görülmemektedir. Mahkeme, bu hususları göz önünde bulundurarak bilirkişi görüşünü değerlendirmektedir²⁰⁶⁰.

Buna karşılık objektif olmayan veya bir tarafın iddialarını destekler nitelikte bilirkişi görüşünün mahkemeye aktarılmasının taraflara ve bilirkişiye özel nedenleri de olduğu belirtilmektedir. Bu noktada, değinilmesi gereken öncelikli sorun, tarafların kendi davalarını destekleyecek bilirkişi görüşü arayışında olmasıdır²⁰⁶¹. Bu durumda yanlılık olgusu genellikle bilirkişiden değil, onu yargılamaya dâhil etmek isteyen taraflardan kaynaklanmaktadır²⁰⁶². Özellikle ilgili konuda birden fazla ve birbirinden farklı görüşlerin bulunduğu durumlarda, taraflar kendi iddialarını destekleyen görüşü benimsediği bilinen uzmanları bilirkişi olarak yargılamaya dâhil etmek istemektedir²⁰⁶³. Böyle bir durumda, mahkeme farklı iki zıt görüş arasında kalıp, ilgili alanda baskın şekilde kabul edilen görüşe vakıf olamamaktadır²⁰⁶⁴. Bu tür bir sonucun doğmaması, en azından azaltılması amacıyla Medeni Usul Kuralları birtakım önlemler öngörmüştür. Bunlardan birincisi müşterek bilirkişi atanmasıdır²⁰⁶⁵. Bunun yanında bilirkişiliğe ilişkin uygulama talimatlarının 3.2 (6). maddesi, aynı alanda birden fazla görüşün bulunduğu durumlarda, bilirkişi raporunda farklı görüşlerin belirtilmesi ve bu görüşlerden bir

²⁰⁵⁷ Ayrıca bkz. The Ikarian Reefer [1993] 2 Lloyd's Rep 68.

²⁰⁵⁸ Hodgkinson ve James, 2010: 177.

²⁰⁵⁹ Hodgkinson ve James, 2010: 174-175; Davies, 2004a: 3.

²⁰⁶⁰ Hodgkinson ve James, 2010: 174-175.

²⁰⁶¹ Hodgkinson ve James, 2010: 175.

²⁰⁶² Hodgkinson ve James, 2010: 175.

²⁰⁶³ Hodgkinson ve James, 2010: 175.

²⁰⁶⁴ Hodgkinson ve James, 2010: 175.

²⁰⁶⁵ Hodgkinson ve James, 2010: 175.

tanisinin benimsenmesinin gerekçesini açıklama yükümlülüğü getirerek, mahkemenin bilirkişinin benimsediği görüşün yanında diğer görüşlere de vakıf olmasını istemiştir²⁰⁶⁶.

Tarafgirliğe sebep olan nedenlerden bir diğeri de yine taraflarca bilirkişi atanmasının bir sonucu olan ticarileşmedir. Taraflarca bilirkişi atandığı durumlarda, bu kişinin ücreti, onu yargılamaya dâhil eden tarafça ödendiği için bilirkişilerde psikolojik olarak ilgili tarafa yakınlık oluşmaktadır. Zira doğal insan eğilimi olarak bilirkişiler temsil ettikleri taraf için ellerinden gelenin en iyisini yapmaya meyillidir²⁰⁶⁷. Bunun yanında birçok uzmanın bulunduğu bilirkişilik piyasasında, bilirkişiler ister istemez müstakbel davalarda tekrar çalışabilmek için kendisini tutan tarafın iddialarını kuvvetlendirecek noktaları öne çıkarmakta, buna karşılık zayıflatabilecek unsurları önemsizleştirmektedir²⁰⁶⁸. Bu durumun önlenmesi için Medeni Usul Kuralları, bilirkişinin yükümlülüğünün öncelikli olarak mahkemeye karşı olduğunu vurgulamış ve bu yükümlülüğün diğer yükümlülüklerden her zaman için önce geldiğini açıkça ifade etmiştir [CPR m. 35.3]²⁰⁶⁹. Yukarıda belirtilen durum genellikle bilirkişinin içinde bulunduğu psikolojiden dolayı istemsizce gerçekleşmektedir. Yahut kasten bile gerçekleşse, bilirkişi açıkça yanlış beyanda bulunmamaktadır. Buna karşılık nadiren de olsa, bilirkişilerin kasıtlı olarak bilimsel gerçeklere ve vakıalara aykırı ifade verdikleri de görülmektedir. Bu durumun önlenmesi amacıyla aşağıda ayrıntılı olarak inceleneceği üzere yargılama giderlerinin bilirkişiye yüklenmesi veya bilirkişi aleyhine çeşitli nedenlerden dolayı (contempt of court veya perjury) ceza soruşturması açılması veyahut da bilirkişinin bağlı bulunduğu meslek disiplin kuruluna gönderilmesi mümkündür²⁰⁷⁰.

Türk hukukundan farklı olarak, İngiliz Medeni Usul Kuralları'nda bilirkişinin tarafsızlığı ve bağımsızlığı noktasında hangi kriterlerin uygulanacağına dair özel bir düzenleme yoktur²⁰⁷¹. Bilindiği üzere Türk hukukunda hâkimlerin yasaklılığına ve reddine

²⁰⁶⁶ Hodgkinson ve James, 2010: 175.

²⁰⁶⁷ Davies, 2004a: 3.

²⁰⁶⁸ Hodgkinson ve James, 2010: 175 vd.

²⁰⁶⁹ Hodgkinson ve James, 2010: 176.

²⁰⁷⁰ Hodgkinson ve James, 2010: 176. Belirtmek gerekir ki; bilirkişi hakkında ceza soruşturması başlatmak, gerçekleşmesi oldukça güç şartlara bağlanmıştır. Aynı şekilde bilirkişinin yargılama giderlerine mahkûm edilmesi de istisnai olarak başvurulacak bir yoldur. Bunun yanında bilirkişinin yükümlülüklerinin mahkemeye karşı olduğunun Medeni Usul Kuralları'nda belirtilmesinin veya bilirkişinin raporunda mahkemeye karşı olan görevlerini anladığını ve gerçek görüşlerini açıkladığını ifade etmesinin de yukarıda belirtilen ve mücadeleci sistemin sebep olduğuna inanılan tarafgirliğe tam olarak engel olamayacağı düşünülmektedir. Bkz. Davies, 2004a: 5. Yazar'a göre taraflarca bilirkişi atama yöntemi devam ettikçe tarafgirliğin önlenmesi mümkün değildir. Bilirkişinin tarafsızlığını sağlamanın tek yolu, mahkeme tarafında bilirkişi atanmasını sağlamaktır. Bkz. Age: 11.

²⁰⁷¹ Medeni Usul Kuralları'nda bilirkişinin tarafsızlığının ve bağımsızlığının tespiti için doğrudan bir hüküm bulunmamakla birlikte, bu noktada bilirkişi protokolü bir kriter (test) öngörmüştür. Buna göre, bilirkişiye yargılamanın karşı tarafınca talimat verilmiş olsaydı, bilirkişi mevcut durumda verdiği görüşle aynı görüşü verecekse bilirkişinin bağımsızlığından söz edilebilecektir (Protocol m. 4.3, Guidance m. 11). Kanaatimizce protokolün öngördüğü bu kriter oldukça soyuttur. Mahkemenin bu kriteri uygulaması, diğer bir ifadeyle bu faraziyeyle canlandırması oldukça zordur. Ancak bu protokolün temel amacının, bilirkişilere ve taraflara, rehberlik etmek olduğu düşünüldüğünde (Protocol m. 2), doğru, yansız ve adil olmak isteyen bilirkişiler,

ilişkin hükümler, bilirkişilere de uygulanmaktadır (HMK m. 272). Diğer bir ifadeyle, hâkimlere hangi kriterler uygulanıyorsa, bilirkişinin atanması sırasında da aynı kriterlerin dikkate alınması gereklidir. Buna karşılık İngiliz hukukunda, bir mahkeme kararında da belirtildiği gibi, hâkimlerin bağımsızlığına ve tarafsızlığına ilişkin bütün kriterler, aynen bilirkişilere de uygulanamaz²⁰⁷². Dolayısıyla, her dava bakımından olayın ve şartların özelliklerine göre ilgili kriterler mahkeme tarafından ortaya konulup, değerlendirilmelidir. Buna karşılık bir mahkeme kararında, genellikle hâkimlerin reddi (disqualification) için kullanılan “makul gözlemci (üçünü kişi)” kriteri bilirkişiler için de kullanılmıştır²⁰⁷³. Mahkeme, bu kararında özen ve dikkat yükümlülüğüne aykırı davranış nedeniyle kendisine dava açılan avukatın, kendisiyle aynı odaya kayıtlı başka bir avukatı, bilirkişi olarak atama talebini reddetmiştir. Mahkemeye göre böyle bir mesleki yakınlık ve ilişki, makul üçüncü bir kişinin (gözlemcinin) bilirkişinin tarafsızlığından ve objektifliğinden şüphe duymasına neden olur. Bu sebeple de böyle bir kişinin davalı tarafından bilirkişi olarak atanması uygun değildir²⁰⁷⁴.

Bilirkişiliğin bağımsızlığı ve tarafsızlığı noktasında tartışılan diğer bir sorun ise, taraflardan birinin yanında çalışan kişinin, çalıştığı kişi tarafından bilirkişi olarak atanıp atanamayacağıdır. Bir bilgisayar şirketinde çalışan bilgisayar mühendisinin, şirketin taraf olduğu davada, şirket tarafından bilirkişi tayin edilmesi bu duruma örnek olarak verilebilir. Bu konudaki bir mahkeme kararına göre; uygun uzmanlığı ve bilirkişilik görevini anlaması kaydıyla davalının işyerinde çalışan işçinin, işverenin taraf olduğu bir davada işveren için bilirkişilik yapması mümkündür²⁰⁷⁵. Esasen bu karar, yukarıda belirtilen mahkeme kararıyla²⁰⁷⁶ çelişmektedir. Zira ilk kararda, davalı ile bilirkişinin aynı odaya kayıtlı olması gerekçe gösterilerek bu tür yakın bir ilişkinin makul üçüncü bir kişinin, bilirkişinin tarafsızlığından şüpheye düşmesine neden olacağı belirtilmiştir. Aynı odaya kayıtlı olmakla kurulduğu kabul edilen yakın ilişkinin ise, işçi ve işveren arasında da kurulduğu kabul edilmelidir. Nitekim işverenin davasında bilirkişilik yapacak işçinin tarafsızlığı noktasında

bağımsızlıklarının ve tarafsızlıklarının (ve kendi görüşlerinin) sağlamasını yapmak amacıyla bu kriteri kullanabilecektir.

²⁰⁷² Factortame Ltd v Secretary of State for the Environment, Transport and the Regions (No 2) [2002] 4 All ER 97 (CA). Kararın ilgili bölümü için bkz. Andrews, 2003: 749.

²⁰⁷³ Hodgkinson ve James, 2010: 181 vd.

²⁰⁷⁴ Liverpool Roman Catholic Archdiocese Trustees Inc v Goldberg [2001] 1 WLR 2357. Karar ve açıklamalar için bkz. Andrews, 2003: 749; Hodgkinson ve James, 2010: 181, 184.

²⁰⁷⁵ Field v Leeds City Council [1999] 32 HLR 618, [2000] 1 EGLR 54. Karar için bkz. Zuckerman, 2003: 631. Aynı yönde; Gallagher International Ltd v. Tlais Enterprises Ltd [2007] EWHC 464 (Comm), Multiplex v. Cleveland Bridge [2008] EWHC 2220 (TCC). Kararların ilgili bölümleri için bkz. Jackson, 2014: 1147.

²⁰⁷⁶ Liverpool Roman Catholic Archdiocese Trustees Inc v Goldberg [2001] 1 WLR 2357. Karar için bkz. Andrews, 2003: 749.

makul üçüncü bir kişinin şüpheye düşmesi son derece doğaldır²⁰⁷⁷. Bu bağlamda, ilk mahkeme kararı esas alındığında, ikinci mahkemenin de işverenin yanında çalışan uzmanı, bilirkişi olarak davaya kabul etmemesi gerekmektedir.

Bu noktada değerlendirilebilecek diğer bir husus ise bilirkişinin yargılama sonucuna bağlı bir menfaatinin bulunmasının mümkün olup olamayacağıdır. Uygulamada, istisnai nitelikte de olsa nispeten eski tarihli birtakım uyuşmazlıklarda, yargılamanın sonucuna bağlı bir menfaatin bulunması, bilirkişinin yargılama dışında bırakılmasına sebebiyet vermemiş, mahkeme gerekli gördüğü durumlarda davanın sonucundan menfaati olan bilirkişinin de yargılamada tanıklık yapmasına izin vermiştir²⁰⁷⁸. Nitekim bu yöndeki bir kararda, peşin ödeme gücü olmadığı için bilirkişiye davanın kazanılması halinde, kazanılacak ücretin belirli bir oranı üzerinden ödeme yapmayı taahhüt eden davacının atadığı bilirkişinin yargılamada ifade vermesine izin verilmiştir. Mahkemeye göre; her ne kadar bilirkişinin delil sunduğu davalarda mevcut veya görünür bir menfaatinin olmaması ideal bir durum ise de bilirkişinin ücretinin taraflarca ödenmesi hatta ücretinin davanın kazanılması halinde, kazanılan miktarın belirli bir oranı şeklinde kararlaştırılması kural olarak kamu düzenine aykırı değildir. Buna göre bilirkişinin davanın sonucundan bir menfaatinin bulunduğu bu tür davalarda mahkemeye bu durum bildirilmeli, mahkeme davanın ve durumun özelliklerine göre bir karar almalı ve bilirkişinin tanıklık yapmasına izin verdiği durumlarda bilirkişinin görüşünü bu olguya göre değerlendirmelidir²⁰⁷⁹. Anlaşılacağı üzere, bu dava, yukarıda ihtilaflı olduğunu belirttiğimiz kararlardan²⁰⁸⁰ ikincisine üstünlük tanımıştır²⁰⁸¹. Zira kararda, bilirkişinin tarafsızlığının ve bağımsızlığının olayın şartlarına göre hâkim tarafından değerlendirileceği, bilirkişi ile taraf arasındaki yakın ilişkinin (kanaatimizce, somut olay bakımından muhtemel menfaat bu yakın ilişkiyi sağlamaktadır) bilirkişinin doğrudan yargılama dışında bırakılmasına sebep olmayacağı kabul edilmiştir. Nitekim başka bir mahkeme kararında, Amerikan hukuk sisteminde de kabul edildiği üzere, kişinin kendi davasında bilirkişilik yapabilmesine izin

²⁰⁷⁷ Malek, 2013: 1157-1158; Hodgkinson ve James, 2010: 181.

²⁰⁷⁸ Zuckerman, 2003: 630; Hodgkinson ve James, 2010: 187 vd.

²⁰⁷⁹ Factortame Ltd v Secretary of State for the Environment, Transport and the Regions (No 2) [2002] 4 All ER 97 (CA). Kararın ilgili bölümü için bkz. Zuckerman, 2003: 630-631; Sime, 2013: 894. Ancak belirtmek gerekir ki; bu karardan sonra Medeni Adalet Konseyi (Civil Justice Council) şarta ve davanın sonucuna bağlı bilirkişi ücretini durdurmak için harekete geçmiştir. Hodgkinson ve James, 2010: 187. Konsey tarafından hazırlanan ve 2005 yılında yürürlüğe giren Protokolünün 7.6 maddesine göre; hukuk yargılamasında verilen bilirkişi delilinin doğasına veya bir davanın sonucuna bağlı ödemeler teklif veya kabul edilmemelidir. Bunların yapılması, bilirkişinin mahkemeye karşı olan öncelikli yükümlülüklerinin çiğnenmesi ve bağımsızlık yükümlülüğünden ödün verilmesidir. Buna karşılık, davanın sonucuna bağlı olmamak koşuluyla bilirkişiye yapılacak ödemenin davanın sonuna kadar ertelenmesi mümkündür. Bkz. Protocol m. 7.6-7.7. Ayrıca bkz. 3.7. Bilirkişi Ücreti.

²⁰⁸⁰ Liverpool Roman Catholic Archdiocese Trustees Inc v Goldberg [2001] 1 WLR 2357. Karar için bkz. Andrews, 2003: 749; Field v Leeds City Council [1999] 32 HLR 618, [200] 1 EGLR 54. Karar için bkz. Zuckerman, 2003: 631.

²⁰⁸¹ Malek, 2013: 1158.

verilmiştir. İlgili davada eğitim psikoloğu olan bir kişinin, taraf olduğu bir davada kendi bilirkişiliğini yapması mümkün görülmüştür. Karara göre, tarafın kendi adına verdiği görüşü yürütmesi (hazırlaması), ilgili özen standartlarını karşıladığından bilirkişilik yapmasına bir engel bulunmamaktadır²⁰⁸².

Sonuç olarak, ortak hukuk (common law) geleneğinde, bağımsızlığın veya tarafsızlığın, kabul edilebilirlikle (admissibility) değil, daha ziyade şahitlerde olduğu gibi bilirkişi delilinin ağırlığıyla ilgili olduğu söylenebilir²⁰⁸³. Bu çerçevede, doktrinde de belirtildiği gibi, her ne kadar bilirkişi ile görüşü birbirine bağlantılı olsa da yargılama bakımından tarafsız ve yansız olması gereken, bilirkişinin kendisinden ziyade mahkemeye aktarılan görüşüdür²⁰⁸⁴. Dolayısıyla taraflı olabilecekleri gerekçesiyle bilirkişiler yargılama dışında tutulmaz. Bu açıdan, bilirkişilerin tarafsızlığa ilişkin statüsünün şahitlerin statüsüne yakın olduğu söylenebilir. Bilindiği üzere mahkeme, bir şahidi taraflı olabileceği gerekçesiyle yargılama dışında bırakmaz²⁰⁸⁵. Duruşmada taraflı olması muhtemel şahidin ifadesi de alınır. Ancak mahkeme, şahidin tarafsızlığından şüphe edilmesini gerektirecek nedeni de dikkate alarak bu ifadeyi değerlendirir²⁰⁸⁶. Aynı durumun bazı istisnai durum ve kararlar dışında, kural olarak bilirkişiler için de geçerli olduğu söylenebilir. Bu sebeple, taraflı olma ihtimali olan bilirkişi de yargılamaya dahil edilir. Ancak mahkeme, bilirkişinin ifadesini, tarafsızlığını etkileyebilecek unsur göz önünde bulundurarak değerlendirir. Dolayısıyla, bilirkişi görüşünün mahkeme kararını etkileme gücü, onun tarafsızlığı ve bağımsızlığıyla orantılı olacaktır. Bilirkişi görüşü ne kadar bağımsız olursa, mahkemenin kanaatini de o derecede etkileyebilecektir. Ancak hemen belirtmekte fayda var ki; mahkeme tarafından bir şekilde yargılamaya dâhil edilen bilirkişinin tarafsızlığı ve bağımsızlığı sorgulanabilir olmaya devam eder. Bir başka ifadeyle, mahkeme bilirkişiyi yargılamaya dâhil etse de taraflardan her biri, diğer tarafın bilirkişisinin tarafsız ve bağımsız olmadığını ortaya koymak için çapraz

²⁰⁸² DN v. Greenwich London Borough Council [2004] EWCA Civ 1659, [2005] LGR 597. Kararın ilgili bölümü için bkz. Sime, 2013: 894. Bu kararda, geleneksel Anglo Amerikan eğilimine uygun olarak, tarafsızlığın ve bağımsızlığın kabul edilebilirlikle değil, inandırıcılıkla (cogency-weigh) ilgili olduğu belirtilmiştir. Bkz. Jackson, 2014: 1144.

²⁰⁸³ Sime, 2013: 894; Hodgkinson ve James, 2010: 177-178. Amerika Birleşik Devletleri ve Avustralya hukuklarında, durum farklı değildir. Her iki ülke uygulamasında da tarafsızlık ve bağımsızlık kabul edilebilirlikle ilgili değildir. Bu unsurlar, kural olarak bilirkişinin vereceği delilin ağırlığı ile ilgilidir. Bu konuya ilişkin kararlar için bkz. Hodgkinson ve James, 2010: 180.

²⁰⁸⁴ Hodgkinson ve James, 2010: 174.

²⁰⁸⁵ Durston, 2008: 496.

²⁰⁸⁶ Hodgkinson ve James, 2010: 178 vd. Bunun yanında bir yargı kararında da görüldüğü üzere, müşterek bilirkişinin tarafsızlığından şüphe edildiği takdirde (olayda olduğu gibi müşterek bilirkişinin taraflardan biri ile daha önce çalıştığı gibi) mahkeme ikinci bir müşterek bilirkişi daha atayabilir. Smolen v Solon Cooperative Housing Services Limited [2003] EWCA Civ. 1240. Kararın ilgili bölümü için bkz. Hodgkinson ve James, 2010: 182-183.

sorgulama gibi mücadelecı sistemin (adversarial system) yöntemlerini kullanabilir²⁰⁸⁷. Mahkeme de gerek tarafların kullandığı bu yöntemlerle gerekse de başka bir şekilde bilirkişinin tarafsızlığına ilişkin öğrendiği hususları dikkate alarak bilirkişi görüşü hakkında bir kanaate varacaktır. Doktrinde de bazı Yazarlar, bilirkişinin tarafsızlığının kabul edilebilirlik incelemesine tabi tutulmaması gerektiği ileri sürmektedir²⁰⁸⁸. Bu görüşe göre; yargılamanın başında kabul edilebilirlik incelemesi yapılarak bilirkişi görüşünün yargılama dışında tutulmasının, bilirkişinin duruşmada dinlenip tarafsızlığa ilişkin husus göz önünde bulundurularak ifadesinin alınmasına nazaran herhangi bir avantajı bulunmamaktadır²⁰⁸⁹. Zira hâkim başlangıçta bilirkişiyi yargılama dışında tutarsa, bilirkişinin görüşünü dinleyemeyecek, ona sorular yöneltemeyecek, bilirkişi görüşünü ilgili kaynaklarla, diğer bilirkişi görüşüyle ve diğer delillerle karşılaştıramayacak veya bilirkişinin çapraz sorgulamada nasıl bir tutum izlediğini değerlendiremeyecektir²⁰⁹⁰. Bunun yanında tam olarak böyle ifade edilmese de bu görüşe göre şahit (lay witness) ile bilirkişi (expert witness) arasında tarafsızlığın değerlendirilmesi açısından bir fark bulunmasına gerek yoktur²⁰⁹¹. Taraflı olma ihtimali çok daha büyük olmasına rağmen nasıl şahit yargılama dışında bırakılmadan dinleniyor ve tarafgirliğe ilişkin neden de dikkate alınarak ifadesi değerlendiriliyorsa, bilirkişi açısından da aynı prosedürün takip edilmesi mümkündür²⁰⁹². Özellikle taraflardan birinin eşi ve çocuğu gibi davanın sonucundan oldukça yakından etkilenecek kişiler, davanın sonucunu etkileyebilecek önemli meselelerde şahitlik edebiliyorsa, bu kişilere nazaran daha az menfaati olan kişilerin de bilirkişilik yapması söz konusu olabilir²⁰⁹³. Bu çerçevede, şahit ile bilirkişiler arasında bir çizgi olarak kabul edilen vakıa (fact) ve görüş (opinion-çıkarım) arasındaki ayrımın da önemi yoktur. Zira bazı durumlarda bilirkişiler vakıalar hakkında ifade verebildiği gibi istisnai de olsa bazı durumlarda şahitler de görüş (çıkarım) şeklinde ifade verebilmektedir²⁰⁹⁴. Bu noktada bilirkişilerin asıl yükümlülüklerinin mahkemeye karşı olmasına rağmen şahitlerin böyle bir yükümlülüğünün olmadığı söylenebilirse de, bu durum

²⁰⁸⁷ Malek, 2013: 1159.

²⁰⁸⁸ Hodgkinson ve James, 2010: 177 vd. Yukarıda verdiğimiz örneklerde görüldüğü gibi geçmiş uygulamalara bakıldığında İngiliz mahkemelerinin tarafsızlığa ilişkin bir sebepten dolayı davanın başında bilirkişiyi yargılama dışında bıraktıkları genellikle görülmemekteydi. Örneğin, yukarıda belirtilen “Liverpool Roman Catholic Archdiocese Trustees Inc v Goldberg [2001] 1 WLR 2357” davasında, istisnai olarak, tarafsızlık nedeniyle bilirkişi delili kabul edilemez (inadmissible) bulunmuştur. Ancak bu davada dahi iddialar oturduktan ve bilirkişi dinlendikten sonra bu yönde bir karar verilmiştir. Bkz. Hodgkinson ve James, 2010: 180. Buna karşılık, aşağıda incelenecek olan ve tarafsızlığın kabul edilebilirlik ile ilgili olduğunu belirten nispeten güncel tarihli Yüksek Mahkeme kararı için bkz. Kennedy v. Cordia (Services) LLP [2016] UKSC.

²⁰⁸⁹ Hodgkinson ve James, 2010: 177-178.

²⁰⁹⁰ Hodgkinson ve James, 2010: 178.

²⁰⁹¹ Hodgkinson ve James, 2010: 178.

²⁰⁹² Hodgkinson ve James, 2010: 178.

²⁰⁹³ Hodgkinson ve James, 2010: 178.

²⁰⁹⁴ Hodgkinson ve James, 2010: 178-179.

şahit ile bilirkişinin farklı kabul edilebilirlik incelemesine (tarafsızlık bakımından) tabi tutulmasını gerektirmez. Zira sonuçta hem şahidin hem de bilirkişinin doğruyu, bütün doğruyu ve doğrudan başka hiçbir şeyi söylememe yükümlülüğü vardır²⁰⁹⁵.

Ancak belirtmek gerekir ki; tarafsızlıkla ve bağımsızlıkla ilgili öğretide ve geleneksel ortak hukuk da genel olarak kabul edilen bu anlayış, Yüksek Mahkeme'nin (UKSC) nispeten güncel bir kararında benimsenmemiştir²⁰⁹⁶. Mahkeme, bilirkişinin delili sunmasında ve değerlendirmesinde tarafsız olup olmadığını bir kabul edilebilirlik şartı olarak saymıştır. Mahkeme'ye göre bağımsızlık ve tarafsızlık gerekliliği, delilin ağırlığından ziyade kabul edilebilirliği ile ilgilidir. Taraflardan biri, bilirkişinin tarafsız ve bağımsız olma görevine uygun olmayan bilirkişi raporu sunarsa, mahkeme bu delili kabul edilmez bularak yargılama dışında tutabilir. Mahkeme daha sonra "The Ikarian Reefer"²⁰⁹⁷ kararına atıf yapmıştır. Buna göre; mahkemeye sunulan bilirkişi delili, davanın gerekliliklerinden şekil ve içerik olarak etkilenmemiş bilirkişinin bağımsız bir ürünü olmalı ve öyle görülmelidir. Bilirkişi kendi uzmanlığı dahilindeki konularda objektif ve tarafsız görüş sunmak suretiyle mahkemeye bağımsız bir şekilde yardım sağlamalıdır.

Mahkeme'nin bu kararının etkisi, hangi durum ve şartları kapsayacağı zaman içinde görülecek olsa da bilirkişi delilinin bağımsızlık ve tarafsızlık nedeniyle yargılama dışında tutulabilmesine olanak vermesiyle İngiliz hukukunda bilirkişinin tarafsızlığının ve bağımsızlığının giderek daha fazla önem kazandığını göstermesi açısından önemlidir.

3.4.3. Şeffaflık Yükümlülüğü

Bilirkişinin asıl sorumluluğunun mahkemeye karşı olmasının diğer bir sonucu da şeffaflık yükümlülüğüdür. Şeffaflık yükümlülüğü, esas olarak bilirkişi görüşünün net, anlaşılır ve tam olarak mahkemeye ve taraflara aktarılmasını ifade eder. Bu çerçevede bilirkişi, görüşünü oluşturmak için dayandığı vakıaları ve varsayımları, ulaştığı sonucun gerekçelerini, sonuca ulaşmak için hangi bilimsel yöntem ve bilgileri kullandığını ayrıntılı olarak açıklamakla yükümlüdür²⁰⁹⁸. Bunun yanında bilirkişi, görüşünü oluşturmak için kullandığı

²⁰⁹⁵ Hodgkinson ve James, 2010: 179. Yazarlara göre bu düşünce; bilirkişinin mahkemeye karşı olan yükümlülüğünün içerikten yoksun olduğu anlamına gelmez. Bilirkişi, mahkemeye karşı olan yükümlülüğünü anlamadığını gösterir veya mahkeme tarafından verilen talimatlara uymazsa, delil sunmasına izin verilmeyebilir. Bkz. Hodgkinson ve James, 2010: 179.

²⁰⁹⁶ Kennedy v. Cordia (Services) LLP [2016] UKSC.

²⁰⁹⁷ The Ikarian Reefer [1993] 2 Lloyd's Rep 68.

²⁰⁹⁸ Zuckerman, 2003: 630-635; National Justice Compania Naviera S. A Prudential Assurance Company Ltd. (1993) 2 Lloyd's Rep 88. Kararın ilgili bölümleri için bkz. Hall ve Smith, 2001: 16-17.

fotoğraf, plan, kroki, hesaplama, analiz ve araştırmayla ilgili belgeleri de hem mahkemeye hem de diğer tarafa sunmalıdır²⁰⁹⁹.

Şeffaflık yükümlülüğünün bilirkişiye verdiği diğer bir sorumluluk ise, bildirimde bulunma zorunluluğudur. Bilirkişi kendisine tevdi edilen görevi ve bu görevin ifası sonucu ulaştığı görüşlerin değerlendirilmesini etkileyecek hususları mahkemeye bildirmekle mükelleftir. Bu bağlamda bilirkişi, çözümü için kendisine tevdi edilen herhangi bir meselenin, kendi uzmanlık alanı dışında kaldığına kanaat getirirse, bunu derhal mahkemeye bildirmekle yükümlüdür²¹⁰⁰. Aynı şekilde görüşünü oluşturmak için kullandığı bilgi veya yöntemlere ilişkin bir tereddüdün bulunduğu durumlarda, bilirkişi çekincesine rağmen neden tereddütlü bilgi ve yöntemi kullandığını da açıklayarak bu durumu mahkemeye bildirmelidir²¹⁰¹. Özellikle görüşün oluşturulmasında kullanılan bilimsel yöntem ve bilgi henüz gelişme aşamasındaysa yahut tam ve yeterli bir olgunluğa ulaşmadıysa, bilirkişi dikkatli davranmalı, gerekli durumlarda mahkemeye bu konu hakkında bilgi vermelidir²¹⁰². Yine bilirkişi bilgi yetersizliği veya benzeri bir nedenden dolayı kesin bir sonuca ulaşamamışsa, bu durumu gerekçeleriyle birlikte mahkemeye haber vermelidir²¹⁰³. Bilirkişi gerek karşı tarafın bilirkişi raporundan etkilenecek gerekse de yaptığı daha detaylı araştırmalar sonucunda ilk ulaştığı görüşünü değiştirirse, bu durumu da zaman geçirmeden karşı tarafa ve mahkemeye iletmelidir²¹⁰⁴. Diğer taraftan bilirkişi ile taraflardan biri arasında çıkar çatışması (conflict of interest) söz konusuysa, bilirkişi bu durumu mahkemeye bildirmelidir. Nitekim bir mahkeme kararına göre de bilirkişi, kararın temeli olan görüşünün (delilinin) uygunluğuna ilişkin bir soru (kuşku) getirebilecek mali yarar, şahsi bağlantı, üyelik veya memurluğa ilişkin yükümlülük gibi herhangi bir çıkar uyuşmazlığını gizli bırakmamalıdır²¹⁰⁵.

3.4.4. Rapor Düzenleme Yükümlülüğü

Bilirkişilik açısından İngiliz hukuk sistemini, geleneksel Anglo Amerikan hukuk sisteminden ayıran en önemli farklılardan bir tanesi de bilirkişi görüşünün yargılamaya aktarılma şeklidir. Klasik Anglo Amerikan hukuk sisteminde bilirkişi görüşünün duruşmada

²⁰⁹⁹ National Justice Compania Naviera S. A Prudential Assurance Company Ltd. (1993) 2 Lloyds Rep 88. Kararın ilgili bölümleri için bkz. Hall ve Smith, 2001: 17-18; Zuckerman, 2003: 630.

²¹⁰⁰ National Justice Compania Naviera S. A Prudential Assurance Company Ltd. (1993) 2 Lloyds Rep 88. Kararın ilgili bölümleri için bkz. Hall ve Smith, 2001: 16-17; [PD 2.4 (a)]; Zuckerman, 2003: 630.

²¹⁰¹ Andrews, 2003: 750; Zuckerman, 2003: 630.

²¹⁰² Sime, 2013: 895.

²¹⁰³ Andrews, 2003: 750; [PD 2.4 (b)].

²¹⁰⁴ Zuckerman, 2003: 630; Andrews, 2003: 750.

²¹⁰⁵ Toth v Jarman [2006] EWCA Civ. 1028. Kararın ilgili bölümü için bkz. Hodgkinson ve James, 2010: 252.

sözlü olarak alınması öngörülmüşken, İngiliz hukukunda bilirkişi görüşünün yazılı (rapor) şekilde yargılamaya aktarılması esastır²¹⁰⁶.

Medeni Usul Kuralları'nın 35.5. maddesi uyarınca kural olarak bilirkişi delili, mahkemeye yazılı rapor şeklinde sunulmak zorundadır [CPR m. 35.5.(1)]. Ancak mahkeme bu durumun aksine yani bilirkişinin duruşmaya çağrılıp sözlü olarak dinlenmesine de karar verebilmektedir [CPR m. 35.5.(1)]. Buna karşılık, küçük iddialar (small claim track) ve hızlı yargılama usulüne (fast track) tabi davalarda ise, durum biraz daha farklıdır. Buna göre küçük iddialar ve hızlı yargılama usulüyle görülen davalarda mahkemenin bilirkişiyi duruşmaya çağırarak dinleyebilmesi için bu durumun doğru ve adil bir karara ulaşılabilmesi (interest of justice) için gerçekten zaruri olması gereklidir [CPR m. 35.5.(2)]. Bir başka ifadeyle, önemli ve ciddi bir yarar bulunmadıkça mahkeme takdiren bilirkişiyi duruşmaya çağırılmaz. Buna karşılık daha karmaşık uyuşmazlıkların görüldüğü çoklu yargılama usulüne tabi davalarda ise, bilirkişinin sözlü olarak görüş bildirmesi noktasında hızlı ve küçük iddialar yargılama usulüne göre daha büyük bir istek bulunmaktadır²¹⁰⁷. Medeni Usul Kuralları'nın 35.13. maddesinde de bilirkişi görüşünün elde edilmesinde raporun öncelikli olduğu dolaylı olarak vurgulanmıştır²¹⁰⁸. Bu maddeye göre bilirkişi raporunu (davanın karşı tarafına) açıklamayan (disclose) taraf, mahkeme izin vermedikçe bilirkişi raporunu duruşmada kullanamayacağı gibi bilirkişiyi sözlü olarak ifade vermesi için duruşmaya da çağırılmaz [CPR m. 35.13.].

İngiliz Medeni Usul Kuralları, bilirkişi görüşünün yazılı olarak alınmasını sağlayarak mümkün olduğunca bilirkişiyi duruşma dışında tutmaya çalışmaktadır²¹⁰⁹. Bu durumun çeşitli sebepleri olduğu belirtilmektedir. Öncelikli olarak bilirkişiyi duruşmaya çağırarak, sözlü olarak görüşünün alınması ve sorgulanması yargılamayı önemli ölçüde uzatmakta ve daha masraflı hale getirmektedir ki, bu durum sadece ilgili davayı değil, davanın görüldüğü mahkemenin diğer dosyalarını da etkilemektedir. Zira duruşma listeleri genellikle bilirkişilerin uygun olduğu zamana göre ayarlanmaktadır²¹¹⁰. Bunun yanında, Medeni Usul Kuralları'nın taraflara tanıdığı bilirkişiye yazılı soru sorma hakkı ve bu sorulara verilen cevapların bilirkişi görüşünün bir parçası olarak kabul edilmesi, Anglo Amerikan sisteminin geleneksel tanık sorgulama sistemi olan ve duruşma esnasında vuku bulan çapraz sorgulamayı kısmen de olsa gereksiz kılmaktadır. Zira taraflardan her biri, bilirkişi raporlarının duruşma

²¹⁰⁶ Dwyer, 2008: 186. Birçok hukuk uyuşmazlığında özellikle de müşterek bilirkişi atandığı durumlarda, bilirkişi delili sadece düzenlenen raporlar vasıtasıyla yargılamaya aktarılmaktadır. Dolayısıyla, bu tür davalarda doğrudan veya çapraz sorgulama bilirkişiler bakımından söz konusu olmamaktadır. Bkz. Hodgkinson ve James, 2010: 234.

²¹⁰⁷ Sime, 2013: 898.

²¹⁰⁸ Malek, 2013: 1160.

²¹⁰⁹ Dwyer, 2008: 300.

²¹¹⁰ Dwyer, 2008: 300.

öncesi dönemde karşılıklı olarak değiştirilmesi zorunluluğunun neticesi olarak diğer tarafın bilirkişisinin görüşüne vakıf olabilmekte, yazılı sorular yönelterek ilgili raporun ayrıntılarını değerlendirmekte ve bilirkişi görüşünün aydınlatılmasını sağlayabilmektedir²¹¹¹. Bu nedenlerle bilirkişiler arasındaki görüş farklılıklarının yazılı soru sorma yöntemi ve bilirkişi müzakereleriyle çözümlenemeyeceğine inanılan durumlar dışında bilirkişinin duruşmaya katılıp, sözlü olarak beyan vermesi tercih edilmemektedir²¹¹².

Bilirkişi raporunun şekli ve içeriğinin nasıl olması gerektiği Medeni Usul Kuralları'nın 35.10. maddesi ile bu konuya ilişkin uygulama talimatlarında²¹¹³ düzenlenmektedir. Buna göre bilirkişi raporunda aşağıda belirtilen unsurların bulunması gerektiği söylenebilir²¹¹⁴:

1. Bilirkişinin raporunu sunduğu mahkemenin ismi [PD 35 m. 3.1]
2. Bilirkişinin vasıflarının detayları [PD 35 m. 3.2 (1)]
3. Bilirkişi raporunun hazırlanmasında kullanılan yazılı kaynak veya malzemelerin ayrıntıları [PD 35 m. 3.2 (2)]
4. Bilirkişinin raporunda belirtilen veya bilirkişinin görüşünü dayandırdığı bütün vakıa ve talimatların²¹¹⁵ içeriğini ortaya koyan bilirkişinin beyanı [CPR m. 35.10. (2)] [PD 35 m. 3.2 (3)]
5. Raporda belirtilen vakıaların hangilerinin bilirkişinin kendi bilgisinin kapsamında olduğunun açıklanması²¹¹⁶ [PD 35 m. 3.2 (4)]
6. Bilirkişinin raporunda kullanılan inceleme, ölçme, test veya deneylerin kim tarafından yürütüldüğü ve bu kişinin nitelikleri ile bu değerlendirmelerin bilirkişinin kontrolünde yapılıp yapılmadığı [PD 35 m. 3.2 (5)]
7. İlgili konuda farklı görüşlerin bulunması halinde, bu görüşlerin özeti ile bilirkişinin kendi görüşünü gerekçelendirilmesi [PD 35 m. 3.2 (6)(a-b)]²¹¹⁷
8. Bilirkişi tarafından ulaşılan sonuçların özeti [PD 35 m. 3.2 (7)]

²¹¹¹ Dwyer, 2008: 300.

²¹¹² Dwyer, 2008: 300. Doktrindeki diğer bir yazara göre de, bilirkişi görüşünün yazılı rapor şeklinde alınmasının temel amacı masrafların azaltılması ve uyuşmazlık konusu meselelerin davanın başında sınırlandırılmasıdır. Bkz. Hodgkinson ve James, 2010: 247.

²¹¹³ Practice Directions 35. (PD 35)

²¹¹⁴ Bilirkişi raporu, bilirkişiye talimat veren tarafa değil, mahkemeye hitap etmelidir. PD 35 m. 3.1.

²¹¹⁵ Maddi vakıalar hakkında uyuşmazlık bulunduğu durumlarda, bilirkişi raporunda her bir faraziye için ayrı görüşler belirtmelidir. Bilirkişi, bunlardan birini diğerine üstün tutarak görüş bildirmemelidir. Zira vakıalar hakkında karar vermek mahkemenin yetki alanındadır. Buna karşılık, sahip olunan uzmanlık veya tecrübe nedeniyle bir vakıa faraziyesinin olası olmadığı yahut daha az olası olduğu düşünülüyorsa, gerekçesini de belirtmek koşuluyla bu görüşün raporda belirtilmesi mümkündür. Guidance m. 58, 46.

²¹¹⁶ Bilirkişi, doğru olduğunu bildiği vakıalar ile varsaydığı vakıalar arasında ayırım yapmalı ve bunları detaylandırmalıdır. Guidance m. 57.

²¹¹⁷ İlgili konuda farklı görüşlerin bulunduğu durumlarda, bu görüşlerin savunulduğu kaynaklar ve bu görüşleri savunan kişilerin de mümkün olduğunca bilirkişi raporunda belirtilmesi gereklidir. Guidance m. 59.

9. Bilirkişinin belirli bir niteliğe sahip olmadan görüş veremeyeceği hallerde, bu niteliğin belirtilmesi [PD 35 m. 3.2 (8)]
10. Bilirkişinin mahkemeye karşı olan yükümlülüklerini anladığını ve buna uygun davranacağına dair ifadesi [CPR m. 35.10. (2)] [PD m. 35 3.2 (9)(a)]
11. Bilirkişinin Medeni Usul Kuralları, uygulama talimatları ve hukuk davalarındaki bilirkişi talimatlarına ilişkin protokolde²¹¹⁸ belirtilen gerekliliklerin farkında olduğuna dair ifadesi. [PD 35 m. 3.2 (9)(b)].

Yukarıda bulunun unsurların yanında bilirkişi raporu, bir doğruluk beyanı ile tasdiklenmelidir. Buna göre bilirkişi, şu ifadeyi raporuna eklemelidir; “Bu raporda belirtilen vakıa ve meselelerden hangilerinin bilgimin dâhilinde olduğunu, hangilerinin bilgim kapsamı dışında kaldığını açıkça ifade ettiğimi tasdik ederim. Benim bilgim dâhilinde olanların doğru olduğunu tasdik ederim. İfade ettiğim görüşler, belirtilen meseleler hakkında benim doğru ve eksiksiz profesyonel görüşlerimi temsil etmektedir.”[PD 35 m. 3.3, PD 22 m. 1.3]

Bilirkişi tarafından raporda kullanılması gereken bu beyan, Türk hukukundaki yemin müessesine benzemekle beraber birtakım yönleriyle yeminden ayrılmaktadır. Öncelikle yukarıda da belirttiğimiz üzere, doğruluk beyanı bilirkişi tarafından imzalanarak ya bilirkişi raporuna eklenir yahut da ayrı bir belgeyle doğruladığı belge de belirtilerek mahkemeye sunulabilir [PD 22, 1.5; 3.2], dolayısıyla da yeminden farklı olarak mahkeme huzurunda sözlü olarak alınmaz. Bunun dışında, yalan yere yemin etme suçunun yanında (perjury), doğruluk beyanına aykırı davranış, İngiliz hukukunda mahkemeye karşı saygısızlık (itaatsizlik-contempt of court) soruşturması başlamasına da neden olabilmektedir [CPR m. 32.14]²¹¹⁹. Buna göre bir kimse doğruluk beyanını içeren bir belgede yanlış ifade verir veya verilmesine neden olursa, kendisi aleyhine mahkemeye itaatsizlik soruşturması başlatılabilir. Ancak bu işlemin başlatılması için beyan veren kişinin ifadenin yanlış olduğunu bilmesi, diğer bir ifadeyle kötü niyetli olması gerekir. Bu sebeple kişi, verdiği ifadenin doğru olduğuna dürüst bir şekilde inanmışsa, bu kişi hakkında soruşturma başlatılamaz [CPR m. 32.14].

Bilirkişi raporunda bulunması gereken hususlardan bir veya birkaçının raporda bulunmaması halinde ne gibi yaptırımların uygulanacağı ne Medeni Usul Kuralları’nda (CPR) ne de uygulama talimatlarında (PD) açıklanmıştır. Doktrinde yukarıda belirtilen bütün unsurlara sahip olmanın kabul edilebilirlik için bir ön koşul olmadığı belirtildikten sonra raporda bulunması gereken unsurun önemine göre mahkemenin eksiklik hakkında bir karar verebileceği ifade edilmiştir. Bu bağlamda, raporda bulunması gereken eksik unsurun önemi

²¹¹⁸ The Guidance for the Instruction of Experts in Civil Claims 2014.

²¹¹⁹ Bilirkişinin mahkemeye karşı yükümlülüklerine aykırı davranışların diğer neticeleri için bkz. Bilirkişinin yükümlülükleri ve Malek, 2013: 1164.

arttıkça bilirkişi delilinin yargılama dışında bırakılma ihtimali artacaktır²¹²⁰. Mahkeme kararları incelendiğinde de bu görüşe yakın bir tutum sergilendiği görülmektedir. Özellikle bilirkişi görüşünün esasına ve anlamlandırılmasına ilişkin unsurların eksikliğinde mahkemenin bilirkişi delilini yargılama dışında bıraktığı söylenebilir. Örneğin, bir mahkeme kararına göre; bilirkişinin dayandığı vakıa ve varsayımların açıklanmaması veya bu vakıaların ispatlanmamış olması halinde bilirkişi delili yargılamaya dâhil edilemez. Mahkemeye göre bilirkişi, ispatlanmış vakıa veya varsayımlara dayanan sonucunu oluşturmak için kullandığı muhakemeyi raporunda belirtmek zorundadır²¹²¹. Buna karşılık şekli unsurlara ilişkin bir eksikliğin, bilirkişi görüşünün yargılama dışında bırakılmasına neden olmayacağı söylenebilir. Örneğin, mahkemeye karşı olan yükümlülüklerini anladığını ve bunlara uyacağını içeren bilirkişi beyanın bulunmadığı bir raporun yargılama dışında bırakılmasına gerek yoktur²¹²².

Bilirkişi raporunun sonradan değiştirilmesi mümkündür. Özellikle karşılıklı yöneltilen soru ve cevaplardan sonra yahut bilirkişi müzakerelerinde ulaşılan anlaşmalardan sonra veyahut da yeni bir delil veya belgenin açıklanması durumunda bilirkişi raporunun değiştirilmesi mümkündür (Guidance m. 64). Bilirkişi görüşünün esaslı bir şekilde değiştirildiği hallerde, bu durumun bilirkişi tarafından kendisini atayan tarafa (müşterek bilirkişide her iki tarafa) bildirilmesi gerekmektedir. İlgili taraf da vakit kaybetmeksizin yargılamanın diğer tarafına bu değişikliği haber vermelidir (Guidance m. 66). Ancak bilirkişinin tarafsız olma yükümlülüğünün uzantısı olarak gerek bilirkişiyi atayan taraf gerekse de uyuşmazlığın diğer tarafı, bilirkişinin ulaştığı sonuçları hukuka aykırı olarak kendi lehine değiştirilmesini, düzeltilmesini veyahut da bilirkişi görüşüne ekleme yapılmasını isteyemez. Bilirkişi de özellikle kendisini atayan tarafın mevcut veya olası nüfuzu etkisinde kalmadan, onun telkinlerinden bağımsız olarak görüşünü oluşturmali ve korumalıdır. Buna karşılık taraflar bilirkişi görüşünün kesinliğini, tutarlılığını, bütünlüğünü ve aydınlatılmasını sağlamak için bilirkişi görüşünün genişletilmesini, tutarsız noktaların açıklanmasını veya eksikliklerin tamamlanmasını talep edebilmektedir (Guidance m. 65)²¹²³. Bu ayrımda temel kriter, bilirkişi görüşünde değişiklik isteyen tarafın amacıdır. Bu çerçevede taraf, esasen bilimsel ve teknik hususlara aykırı olmasına rağmen kötü niyetli bir şekilde bilirkişi görüşünde değişiklik istiyorsa, mahkeme bu durumun engellenmesi için gereken önlemleri almalıdır. Nitekim bir mahkeme kararında bilirkişiden yanıltıcı görüş almaya çalışan tarafın

²¹²⁰ Hodgkinson ve James, 2010: 251-252.

²¹²¹ Dasreef v Hawchar [2011] HCA 21. Kararın ilgili bölümü için bkz. Malek, 2013: 1162.

²¹²² Hodgkinson ve James, 2010: 252.

²¹²³ Andrews, 2003: 748.

sahip olduğu ve bilirkişi ile aralarında geçen gizli (confidential) iletişimin açıklanmasını engelleyen hukuki korumanın kaldırılmasına karar verilmiştir²¹²⁴.

3.4.5. Duruşmaya Katılma Yükümlülüğü

Amerikan yargılama sisteminin aksine İngiliz hukukunda bilirkişiler her zaman için duruşmaya katılmaz. Bilirkişi görüşünün taraflara ve mahkemeye rapor şeklinde aktarılması esastır²¹²⁵. Ancak özellikle karmaşık davalarda bilirkişi görüşünün aydınlatılıp, taraflarca daha iyi değerlendirilmesi için bilirkişinin duruşmaya katılmasına karar verilebilmektedir²¹²⁶. İşte böyle durumlarda, daha önce görüşünü raporla açıklayan bilirkişinin duruşmaya gelme ve ifade verme yükümlülüğü ortaya çıkmaktadır.

Duruşmaya katılmasına karar verilmiş bilirkişi, hâkim tarafından belirlenen tarih ve saatte mahkemede bulunmak zorundadır. Duruşmaya katılmayan bilirkişi hakkında, mahkemenin takdirine bağlı olarak ceza soruşturması (contempt of court) başlatılabilmektedir²¹²⁷. Ancak bilirkişi, geçerli bir neden ileri sürerek duruşmaya katılmayabilir²¹²⁸. Bilirkişi, ifadesini tanık kürsüsü (witness box) olarak isimlendirilen bir bölüme geçerek verir²¹²⁹. Bilirkişinin ifadesi, daha sonraki bölümlerde ayrıntılı olarak inceleneceği üzere, genellikle doğrudan ve çapraz sorgulama yöntemiyle alınmaktadır²¹³⁰.

Şahitlerin aksine bilirkişiler, duruşmada ifade verirken, getirdikleri not veya raporlara bakabilir²¹³¹. Duruşmada ifade verecek bilirkişiye, yemin ettirilir yahut doğruyu söyleyeceğine dair teyit beyanı verilir²¹³². Yemin, ifade verecek kişinin doğruyu söyleyeceğine dair İncil veya diğer bir kutsal kitap üzerine söz vermesidir²¹³³. Yemin edecek kişi, sağ eliyle incili tutarak, “vereceğim delilin gerçek, tamamen gerçek ve sadece gerçek

²¹²⁴ Andrews, 2003: 748.

²¹²⁵ Bir başka ifadeyle bilirkişi delilinin yalnızca rapor şeklinde verilmesi kural, duruşmada dinlenilmesi istisnadır. Bu durum, 1999 yılında Medeni Usul Kuralları’nın (CPR) yürürlüğe girmesiyle birlikte ortaya çıkmıştır. Bu tarihten önce İngiliz hukukunda da, Anglo Amerikan hukukuna uygun olarak bilirkişi görüşünün duruşmada alınması temel kuraldı. Bkz. Hodgkinson ve James, 2010: 248.

²¹²⁶ Özellikle dava değerinin yüksek ve uyuşmazlığın karmaşık olduğu davalarda kullanılan çoklu yargılama usulünde (multi track), mahkemenin takdirine göre, bilirkişinin duruşmaya gelip, ifade vermesi daha muhtemeldir. Buna karşılık küçük iddialar (small claim tracks) ve hızlı yargılama usulüne (fast track) tabi davalarda ise bilirkişinin duruşmaya katılmaması esastır. Mahkeme, ancak daha sağlıklı ve adaletli bir karara ulaşmak için hukuki yararın (interest of justice) varlığına kanaat getirirse, belirtilen yargılama usullerine tabi davalarda da bilirkişinin duruşmaya katılıp, çapraz sorgulamaya tabi olmasına karar verebilir (CPR m. 35.5)

²¹²⁷ Jackson, 2014: 1090.

²¹²⁸ Bir mahkeme kararında, kendisini yargılamaya dâhil eden tarafça kendisine ödeme yapılmayan bilirkişinin duruşmaya katılmama talebi haklı bulunmuştur. Bkz. Brown v. Bennet, The Times, November 2, 2000. Kararın ilgili bölümü için bkz. Jackson, 2014: 1141.

²¹²⁹ Bond vd., 2012: 115.

²¹³⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. 6.2.1 Bilirkişinin Taraflarca Sorgulanması.

²¹³¹ Bond vd., 2012: 114; Hodgkinson ve James, 2010: 235.

²¹³² Bond vd., 2012: 115.

²¹³³ Ayrıntılı bilgi için bkz. 1978 tarihli Yemin Kanunu (Oath Act 1978). Bond vd., 2012: 115

olacağına yüce Tanrı adına yemin ederim” ifadesini tekrarlar²¹³⁴. Buna karşılık teyit beyanı, dinsel bir unsur içermez. İlgili kişi, duruşmada sadece doğruyu söyleyeceğine dair söz verir. Bu anlamda bilirkişi genellikle şu ifadeleri tekrarlar; “Ben ciddiyetle, içtenlikle ve dürüstçe vereceğim delilin gerçek, tamamen gerçek ve sadece gerçek olacağını beyan ve teyit ederim”²¹³⁵. Duruşmada yemin mi yoksa teyit beyanı mı verileceği, ilgili kişinin iradesine bırakılmıştır²¹³⁶. Kişi, inançlarına göre iki seçenektan istediği birini tercih edebilmektedir. Yemin veya teyit beyanın yerine getirilmesi farklı olsa da doğrudukları sonuçlar aynıdır. Bu çerçevede kişi, ister yemin etsin isterse de teyit beyanı versin, yalan ifade vermesi durumunda gerekli diğer şartların varlığı halinde cezalandırılır²¹³⁷.

3.5. Bilirkişi Görüşünün Oluşturulması

Bilirkişi, görevini tam ve sağlıklı şekilde yerine getirebilmek için kendisine tevdi edilen vakıa ve talimatları iyi bir şekilde kavramalı ve buna göre oluşturacağı görüşüyle, uyuşmazlığın çözümü için ihtiyaç duyulan özel ve teknik bilgiyi mahkemeye ve/veya taraflara aktarmalıdır. Bunun sağlanabilmesi içinse, bilirkişiyle mahkeme arasında iletişimin kurulması ve ihtiyaç duyulan durumlarda mahkemenin bilirkişiye yön göstermesi gereklidir²¹³⁸. Zira ancak mahkeme ile bilirkişi arasında sağlıklı bir iletişimin bulunması halinde bilirkişi, görüşünü oluştururken, gereksiz veya ilgisiz konular yerine tarafların ve mahkemenin ihtiyaç duyduğu konulara yoğunlaşarak yargılamaya daha iyi katkı sağlayabilecektir.

Medeni Usul Kuralları’nın 35.14. maddesi de bilirkişi görüşünün daha sağlıklı oluşturulması için ihtiyaç duyulan bu iletişimin sağlanması amacıyla, bilirkişiye mahkemeye başvurma hakkı tanımıştır. Buna göre bilirkişi görevini yerine getirirken kendisine yardımcı olması için mahkemeye yazılı talepte bulunarak talimat verilmesini isteyebilmektedir [CPR m. 35.14.(1)].

Bilirkişi çeşitli nedenlerle, mahkemeden kendisine talimat verilmesini, başka bir ifadeyle yol göstermesini talep edebilmektedir. Özellikle görev sınırının kesin olarak belirlenmediği veya gerek taraflarca gerekse de mahkeme tarafından bilirkişiye verilen talimatların belirsiz veya yetersiz olduğu durumlarda, bilirkişi kendisine hangi konu için başvurulduğunu aydınlatmak veya verilen talimatı açıklamak için mahkemeye

²¹³⁴ Bond vd., 2012: 115. “I swear by Almighty God that the evidence I shall give shall be the truth, the whole truth, nothing but the truth” Bu ifade İncil için kullanılmakta olup, farklı kutsal kitaplar için farklı kelimeler kullanılabilmektedir. Bkz. Bond vd., 2012: 115.

²¹³⁵ “I do solemnly, sincerely and truly declare and affirm that the evidence I shall give shall be the truth, the whole truth and nothing but the truth”. Bkz. Bond vd., 2012: 115.

²¹³⁶ Bond vd., 2012: 115.

²¹³⁷ Tapper, 2010: 225.

²¹³⁸ Sime, 2013: 908.

başvurabilmektedir²¹³⁹. Aynı şekilde, bilirkişi kendisine verilen sürenin yetersiz olduğunu düşünüyorsa, sürenin artırılması amacıyla mahkemeye başvurarak bu konuda yeni talimat verilmesini isteyebilir²¹⁴⁰. Yine taraflardan birinin bilirkişiyi yanlış yönlendirme ihtimalinin bulunduğu durumlarda, bilirkişi mahkemeye başvurarak nasıl hareket etmesi gerektiği noktasında talimat alabilir²¹⁴¹.

Bilirkişi yargılamanın her safhasında mahkemeye başvurup, talimat talep edebilmektedir. Bu bağlamda, bilirkişi için zaman sınırlaması öngörülmemiştir. Bilirkişi, başvuru dilekçesinin bir örneğini, aksi mahkeme tarafından öngörülmediği takdirde, ilgili talebin mahkemeye sunulmasından en az yedi gün önce kendisini tutan tarafa ve en az dört gün önce de yargılamanın diğer taraflarına tebliğ etmelidir [CPR m. 35.14.(2)].

Bilirkişinin talebinin yazılı yapılması şarttır [CPR m. 35.14.(1)]²¹⁴². Mahkemenin bilirkişinin talebi üzerine verdiği talimatın bir kopyası taraflara tebliğ edilir [CPR m. 35.14.(3)]. Zira adil yargılanma hakkının gereği olarak tarafların, bilirkişi ile mahkeme arasında geçen iletişimi bilmeye hakları vardır²¹⁴³.

Öte yandan bilirkişi, davanın ve olayın gerekli kıldığı durumlarda, raporunu oluşturmak için yargılamanın taraflarıyla da görüşebilir. Bilirkişi, taraflarla birlikte görüşebileceği gibi durumun özelliklerine göre her bir tarafla ayrı ayrı görüşme yetkisine de sahiptir²¹⁴⁴. Aynı durum müşterek bilirkişi için de geçerlidir. Müşterek bilirkişi, davanın özelliklerine göre görüşünü (ve/veya raporunu) oluşturmak için tarafların ifadesine veya muayenesine ihtiyaç duyarsa, tarafları birlikte dinleyebileceği gibi mahkemenin kararı veya tarafların bu yönde anlaşması ile taraflardan her biriyle veya bunların bilirkişileriyle diğer tarafın yokluğunda görüşebilir²¹⁴⁵.

Taraflarca atanan bilirkişiler, görüşlerini oluştururken her zaman aynı imkân ve bilgi kaynaklarına sahip olmayabilir. Olayların gelişimi veya tarafların olaylardaki konumları gereği bir taraf, diğer taraftan daha çok bilgiye sahip olabilir²¹⁴⁶. Bu durum ise bir tarafın bilirkişisinin oluşturacağı görüşün, eksik veya yetersiz hazırlanmasına neden olabilmektedir. İngiliz Medeni Usul Kuralları bu durumun önlenmesi amacıyla bir taraftaki bilgilerin diğer tarafa aktarılması noktasında mahkemeye karar verme yetkisi tanımıştır. Buna göre taraflardan biri için makul şartlarda ulaşılması mümkün olmayan bir bilgiye, diğer tarafın

²¹³⁹ Andrews, 2003: 747; Zuckerman, 2003: 632.

²¹⁴⁰ Zuckerman, 2003: 632.

²¹⁴¹ Zuckerman, 2003: 632.

²¹⁴² Bu talepte; dosya numarası, bilirkişinin adı, neden mahkemeye başvurulduğu ve ilgili belgelerin nüshaları bulunmalıdır. Bkz. Guidance m. 29.

²¹⁴³ Zuckerman, 2003: 632.

²¹⁴⁴ Zuckerman, 2003: 628.

²¹⁴⁵ Hodgkinson ve James, 2010: 160; Zuckerman, 2003: 628; Guidance m. 44.

²¹⁴⁶ Zuckerman, 2003: 622.

erişim şansı bulunduğu durumlarda, mahkeme erişim şansı bulunan tarafa, ilgili bilgileri içeren bir belgeyi hazırlamasını ve karşı tarafa tebliğ etmesini emredebilir [CPR m. 35.9.(a-b)]. Taraf bilirkişisi de, görüşünü oluşturmak için gerekli olmasına rağmen karşı tarafça açıklanmayan (not disclosed) bir bilgiye ihtiyaç duyması halinde, bu durumu derhal kendisini yargılamaya dâhil eden tarafa bildirmeli ve bu konuda mahkemeye başvuru yapılmasını sağlamalıdır (Guidance m. 32).

Bilirkişi, görüşünü oluşturmak için bir malı, binayı, makineyi veya arsayı incelemek, test etmek, değerlendirmek veya ölçmek zorunda kalabilir. Bilirkişinin bu fiilleri bizzat yapması esastır. Ancak gerekli durumlarda bilirkişi bu görevlerden bazılarını üçüncü kişiye devredebilir²¹⁴⁷. Böyle bir durumda bilirkişi raporunda bu görevleri yerine getiren kişinin kimliği ve nitelikleri belirtilmelidir. Bunun yanında üçüncü kişi tarafından yapılan inceleme, test veya deneyin bilirkişinin gözetimi altında yapılıp yapılmadığı da raporda ayrıca açıklanmalıdır [PD 35 m. 3.2(5)]. Bilirkişinin inceleme yapacağı nesne, kendisini tutan tarafın kontrolündeysen yahut karşı tarafın veya üçüncü kişinin kontrolünde olmakla beraber, bu kişiler yapılacak inceleme, ölçme veya değerlendirmeye rıza gösterirse, herhangi bir işleme gerek kalmaksızın, bilirkişi gerekli fiilleri icra edebilir. Buna karşılık, ilgili kişilerin bu konuda rızaları bulunmazsa, nesnenin incelenmesi veya ilgili arazi veya binaya girilmesi için mahkemeden bir karar alınması gereklidir²¹⁴⁸.

Davanın sonuçlandırılması ve bilirkişi görüşünün oluşturulabilmesi için bazı durumlarda bir insanın geçmiş veya mevcut sağlık durumunun incelenmesi de gerekli olabilir. Özellikle, malpraktis veya iş kazası gibi vücut bütünlüğünün ihlal edildiği iddiasıyla açılan davalarda, gerek sağlık kayıtları üzerinde gerekse de ilgilinin bizatihi vücudu üzerinde inceleme yapmak, davanın çözümlenmesi için zaruri olabilir. Bilirkişinin bu şekilde yapacağı inceleme, genellikle hukuka aykırı fiilden zarar gören davacının sağlığı ve dolayısıyla vücudu üzerinde gerçekleştirilecektir. Bu çerçevede, davacının atayacağı bilirkişi, herhangi bir zorlukla karşılaşmadan davacının vücudu üzerinde inceleme yapabilir. Buna karşılık, davalı tarafın böyle bir inceleme yapması için davacı tarafın rızasının alınması gereklidir²¹⁴⁹. Davacı taraf, tıbbi incelemeye şartlı olarak da rıza gösterebilir. İleri sürülen şartların makul olması halinde bu şartların da yerine getirilmesi gereklidir. Tıbbi inceleme nedeniyle uğranılacak kazanç kayıplarının ödenmesi, tıbbi incelemeden kaynaklanan masrafların ödenmesi, arkadaş,

²¹⁴⁷ Sime, 2013: 909, 664 vd.

²¹⁴⁸ Sime, 2013: 909.

²¹⁴⁹ Sime, 2013: 909.

akraba veya yasal temsilcinin incelemeye katılmasının talep edilmesi, makul şartlara örnek olarak verilmektedir²¹⁵⁰.

Davacı tarafın rıza göstermemesi halinde, nesne incelemelerinden farklı olarak, mahkeme kararıyla insan vücudu üzerinde inceleme yapılamaz²¹⁵¹. Zira zorla tıbbi inceleme yapılması insanın vücut bütünlüğüne saldırı olarak algılanmakta, mahkeme kararıyla da olsa bir insanın vücut bütünlüğüne dokunulması temel insan haklarına aykırı kabul edilmektedir²¹⁵². Bu durumda, yani davacının makul bir tıbbi inceleme talebini kabul etmemesi halinde, davacı rızayı gösterinceye kadar yargılama durur (stay on the claim)²¹⁵³. Ancak ilgili inceleme, iddianın belirli bir bölümüne ilişkinse, incelemeyi ilgilendiren bölüm için davanın durmasına karar verilmesi daha muhtemeldir²¹⁵⁴. Belirtmek gerekir ki, durdurma kararı, somut olayın özelliklerine göre makul ve adil ise alınabilir. Bir mahkeme kararına göre, durdurma kararının makul ve adil olabilmesi için iki unsurun mevcudiyeti gereklidir. Birinci unsur, davalının tıbbi inceleme talebinin makul olmasıdır. İkincisi unsur ise, davacının rıza göstermemesi veya şartlı rıza göstermesi, iddia hakkında karar verilmesini engellemelidir²¹⁵⁵. Bu iki unsur birlikte gerçekleştiği takdirde mahkeme ilgili iddia bakımından durdurma kararı verebilecektir.

3.6. Bilirkişi Görüşünün Paylaşılması ve Değerlendirilmesi

3.6.1. Duruşma Öncesi Dönem

İngiliz Medeni Usul Kuralları, eski sistemden farklı olarak, bilirkişi görüşünün mümkün olduğu kadar duruşma (trial) öncesi dönemde öğrenilip, değerlendirilmesini amaçlamıştır²¹⁵⁶. Bu çerçevede, gerek bilirkişiler arasındaki ihtilafların giderilmesi gerekse de tarafların bilirkişi görüşü hakkındaki tereddütlerinin azaltılması amacıyla duruşma aşamasına geçilmeden önce kullanılabilecek çeşitli yöntemler benimsenmiştir. Taraflar bu yöntemlerle bilirkişi görüşüne vakıf olup, duruşma öncesi dönemde, bilirkişi raporunun eksik ve yetersiz yönlerini yahut aksine kendi iddia ve savunmalarını destekleyici noktalarını algılayabilmektedir. Aynı şekilde mahkeme de duruşma safhasına geçilmeden bu yöntemlerle bilirkişi görüşünden haberdar olabildiği gibi gerekli durumlarda farklı bilirkişi görüşlerinin

²¹⁵⁰ Sime, 2013: 910.

²¹⁵¹ Sime, 2013: 909.

²¹⁵² Sime, 2013: 909.

²¹⁵³ Edmeades v. Thames Board Mills Ltd [1969] 2QB 67. Kararın ilgili bölümü için bkz. Sime, 2013: 909-910. Durdurma kararının, davanın özelliklerine göre davalı hakkında da verilebileceği belirtilmektedir. Sime, 2013: 910.

²¹⁵⁴ James v. Baily Gibson and Co. [2002] EWCA Civ 1690, LTL 30/10/2002. Kararın ilgili bölümü için bkz. Sime, 2013: 910.

²¹⁵⁵ Starr v. National Coal Board [1977] 1 WLR 63. Kararın ilgili bölümü için bkz. Sime, 2013: 910.

²¹⁵⁶ Zuckerman, 2003: 622.

benzer ve ayrıık yönlerinin vurgulanması amacıyla birtakım müzakerelerin yapılmasına karar verebilmektedir.

Duruşma öncesi dönemde bilirkişi raporunun öğrenilip, değerlendirilmesi amacıyla kullanılan yöntemlerin başında bilirkişi raporlarının karşılıklı olarak değiştirilmesi gelmektedir. Taraflar yargılama başladıktan sonra uyuşmazlığın görüldüğü yargılama usulüne göre bilirkişi raporlarını karşılıklı olarak değiştirmek zorundadır. Böylelikle her bir taraf, duruşma safhasında bir sürprizle karşılaşmadan, karşı tarafın bilirkişi görüşünü anlayıp, olumlu yönlerini benimseyebilmekte yahut benimsemedikleri noktaların çürütülmesi amacıyla anti tezler oluşturmaya çalışmaktadır.

Yukarıda belirtilen şekilde bilirkişi raporları değiştirildikten sonra taraflardan her biri, bilirkişiye yazılı sorular yöneltebilmektedir. Bu şekilde sorulan sorular ve bunlara verilen cevaplar da asıl raporun eki olarak kabul edilmekte, yargılamada ve özellikle duruşmada delil olarak kullanılabilir.

Belirttiğimiz yöntemlerin yanı sıra özellikle uyuşmazlık konusunun değer veya miktarının fazla olduğu veya uzmanlığa ilişkin meselenin karmaşık olduğu davalarda, mahkeme duruşma safhasından önce bilirkişilerin bir araya gelmesine, ilgili konunun karşılıklı olarak görüşülmesine ve ortak bir rapor düzenlenmesine karar verebilmektedir. Mahkeme bu yöntemle, bilirkişi raporlarındaki benzerlik ve farklılıkların daha iyi anlaşılmasını temin ederek, uzlaşmanın sağlanmasını, bunun mümkün olmaması halinde, duruşma safhasına daha hazırlıklı bir şekilde geçilmesini sağlayabilmektedir. Yukarıda belirtilen yöntemlerden ilki zorunlu olup, ikincisi tarafların, üçüncüsü ise mahkemenin takdirine göre uygulanmaktadır.

3.6.1.1. Bilirkişi Raporunun Karşılıklı Değişimi

Taraflar, kendi bilirkişileri tarafından hazırlanan raporları duruşmadan önce mahkemenin istediği zaman ve şekle uygun olarak karşılıklı olarak açıklamak zorundadır [CPR m. 35.13]²¹⁵⁷. Mahkeme, raporların eş zamanlı olarak değiştirilmesine karar verebileceği gibi bir tarafın raporunun önce verilmesine de hükmedebilir²¹⁵⁸. Mahkeme, hangi

²¹⁵⁷ Jackson, 2014: 1150; Dwyer, 2008: 296; Zuckerman, 2003: 623.

²¹⁵⁸ Andrews, 2003: 753; Jackson, 2014: 1151; Zuckerman, 2003: 623. Böyle durumlarda genellikle davalı tarafın bilirkişi raporu, davacı tarafın bilirkişi raporuna karşılık olarak hazırlanmaktadır. Bu şekilde hazırlanan davalı bilirkişi raporunda ise, davacı tarafın bilirkişi raporunda benimsenen ve benimsenmeyen noktalar ile düzeltilmesi gereken hususlar gerekçeleriyle birlikte belirtilmelidir. Buna karşılık, davacı bilirkişi raporunda yeterli bir şekilde aktarılmış bilgilerin, davalı bilirkişi raporunda tekrar edilmesine gerek yoktur. Bkz. Guidance m. 63.

yöntemin kullanılacağına karar verirken, davanın ve durumun özelliklerine göre en etkili ve adil yöntemi bulmaya çalışmalıdır²¹⁵⁹.

Bilirkişi raporları karşılıklı olarak açıkladıktan sonra taraflardan her biri, diğer tarafın bilirkişi raporunu duruşmada delil olarak kullanabilir [CPR m. 35.11]. Hatta bir mahkeme kararına göre; bir süre için yargılamada bulunduktan sonra taraf sıfatı son bulan kişinin ileri sürdüğü (açıkladığı) bilirkişi raporu dahi mahkemenin iznine tabi olmaksızın yargılamada taraf olmaya devam edenlerce kullanılabilir²¹⁶⁰. Aynı şekilde karşı tarafın raporunu alan taraf, daha önce açıklanmamış ancak bilirkişi tarafından ilgili raporda kullanılmış veya ifade edilmiş bütün belgelerin incelenmesi için mahkemeye başvurabilir [CPR m. 31.14].

Taraflardan birinin kendi raporunu açıklamaması, Medeni Usul Kuralları tarafından müeyyideye bağlanmıştır. Buna göre bilirkişi raporunu açıklamayan taraf, ilgili raporu duruşmada kullanamayacağı gibi bilirkişinin duruşmaya şahsen çağrılıp sözlü olarak dinlenilmesini de isteyemez. Ancak mahkeme gerekli gördüğü takdirde, belirtilen şekilde ve sürede raporunu açıklamayan tarafın duruşmada rapor sunmasına izin verebileceği gibi bilirkişinin sözlü olarak dinlenilmesine de karar verebilir [CPR m. 35.13]. Belirtmek gerekir ki, mahkemenin böyle bir izni vermesi son derece nadir ve istisnai bir durumdur. Mahkeme böyle bir kararı, ancak müeyyidenin kaldırılmasını gerektirecek önemli sebeplerin varlığı halinde alabilir²¹⁶¹.

3.6.1.2. Bilirkişiye Yazılı Soru Sorulması

Bilirkişi raporlarının karşılıklı olarak tebliğ edilmesinden sonra taraflardan her biri diğer tarafın bilirkişisine veya müşterek bilirkişiye yazılı sorular yöneltebilmektedir [CPR m. 35.6]²¹⁶². Medeni Usul Kuralları'nın 35.6. maddesi uyarınca, bilirkişi tarafından bu sorulara verilen cevaplar bilirkişi raporunun bir parçası olarak kabul edilmektedir [CPR m. 35.6.(3)]²¹⁶³.

Taraflar istedikleri zaman ve şekilde bilirkişiye soru soramaz. Karşı tarafın bilirkişisine veya müşterek bilirkişiye soru sormak süre, sayı ve amaç bakımından sınırlandırılmıştır. Bu çerçevede taraflar, raporun kendilerine tebliğinden itibaren yirmi sekiz gün içinde, bir defaya mahsus olmak üzere ve ancak bilirkişi raporunun açıklığa

²¹⁵⁹ Zuckerman, 2003: 623.

²¹⁶⁰ Gurney Consulting Engineers v. Gleeds Health and Safety Ltd. [2006] EWHC 43 (TCC). Kararın ilgili bölümü için bkz. Jackson, 2014: 1163.

²¹⁶¹ Zuckerman, 2003: 623; Andrews, 2003: 752.

²¹⁶² Sime, 2013: 908; Dwyer, 2008: 312; Andrews, 2003: 753; Zuckerman, 2003: 622. Her ne kadar Medeni Usul Kuralları'nın 35.6. maddesinde, yazılı soruların karşı tarafın bilirkişisine veya müşterek bilirkişiye sorulabileceği belirtilse de, bir mahkeme kararına göre; bu durum, tarafların kendi bilirkişilerine yazılı soru yöneltmesine engel değildir. Bkz. Stallwood v. David [2006] EWHC 2600 (QB) Kararın ilgili bölümü için bkz. Sime, 2013: 908.

²¹⁶³ Andrews, 2003: 753; Zuckerman, 2003: 622.

kavuşturulması amacıyla bilirkişiye sorular sorabilir [CPR m. 35.6.(2).(a-b-c)]²¹⁶⁴. Bu şekilde yazılı soru veya soruları bilirkişiye gönderen tarafın, aynı anda soruların bir kopyasını, bilirkişiyi atayan tarafa da göndermesi zorunludur²¹⁶⁵.

Bilirkişi raporunun açıklığa kavuşturulması dışında başka bir amaçla soru sorulur yahut sorular ilgili düzenlemede belirtilen süreden sonra sorulursa, bilirkişi bu sorulara cevap vermeyi reddedebilir. Ancak böyle durumlarda öncelikle kendisini tutan taraf ve mümkünse karşı taraf ile görüşerek mahkemeye başvurmadan sorunu çözmeye çalışması gerekir. Ancak taraflar bu konuda anlaşamazsa, ilgili bilirkişinin veya onu tutan tarafın mahkemeye başvurması ve bu yönde bir karar alması, mazeretlerinin geçersiz sayılıp cevap vermemeye ilişkin müeyyidelerin uygulanmaması bakımından daha uygun bir seçenek olarak görülmektedir (Guidance m. 69)²¹⁶⁶.

Soru sormayı sınırlandıran kurallar, emredici nitelikte değildir. Bu sebeple, yukarıda belirtilen şartların tamamı veya bir kısmı mahkemenin izni veya karşı tarafın rızası ile kaldırılabilir [CPR m. 35.6.(2)(i-ii)]. Örneğin, mahkeme soru sormak için öngörülen süreyi uzatabileceği gibi bilirkişiye birkaç kere yazılı soru veya sorular yöneltmesine karar verebilir. Özellikle uyuşmazlık konusunun karmaşık olduğu davalarda yahut bilirkişi görüşünün detaylandırılmasının, tarafların anlaşmasına veya yargılamanın daha iyi yürütülmesine katkı sağlayacağı hallerde, mahkeme taraflara ikinci defa soru sorma hakkını vermelidir²¹⁶⁷. Bunun gibi karşı taraf da, maddede belirtilen amaç veya süre dışında sorulan soruların cevaplanmasına rıza gösterebileceği gibi birden fazla soru yöneltmesini de kabul edebilir.

Bilirkişiye soru sormak ihtiyari olmasına rağmen, bu sorulara cevap vermek zorunludur. Bu bağlamda Medeni Usul Kuralları, taraflardan biri tarafından atanan bilirkişinin, kendisine yöneltilen sorulara cevap vermemesi halinde iki tür müeyyidenin uygulanabileceğini düzenlemiştir. Bu müeyyidelerden birincisi, sorulara cevap vermeyen bilirkişiyi atayan tarafın, bu bilirkişinin hazırladığı rapora delil olarak dayanamamasıdır [CPR m. 35.6.(4)(i)]. İkinci müeyyide ise, sorulara cevap vermeyen bilirkişiye ödenen ücretin ve bu bilirkişi için yapılan masrafların karşı taraftan tahsil edilmesinin engellenmesidir [CPR m. 35.6.(4)(ii)]. Mahkeme belirtilen müeyyidelerden sadece birine karar verebileceği gibi her iki müeyyidenin birlikte uygulanmasına da karar verebilir [CPR m. 35.6.(4)]. Anlaşılabileceği üzere, her iki müeyyidenin de asıl muhatabı sorulara cevap vermeyen bilirkişi değil, bu bilirkişiyi

²¹⁶⁴ Doktrindeki bir görüşe göre, bilirkişilere sorulacak soruların sınırlandırılması, bilirkişiler vasıtasıyla taraflar arasında geçecek uygun bir tartışmanın önüne geçmektedir. Bkz. Dwyer, 2008: 296.

²¹⁶⁵ Zuckerman, 2003: 622. Bkz. Practice Direction Part 35 m. 6.1.

²¹⁶⁶ Zuckerman, 2003: 622; Jackson, 2014: 1153.

²¹⁶⁷ Andrews, 2003: 754.

yargılamaya dâhil eden taraftır. Bu nedenle ilgili tarafın, bilirkişinin sorulara cevap vermesini teşvik etmesi kendi menfaatine olacaktır.

Ancak hemen belirtmek gerekir ki; Medeni Usul Kuralları, karşı tarafça atanan bilirkişinin sorulara cevap vermemesi halinde uygulanacak müeyyideleri düzenlemişken, müşterek bilirkişinin sorulara cevap vermemesi halinde nasıl bir yaptırım uygulanacağına değinmemiştir²¹⁶⁸. Bunun yanında kendisine soru yöneltilen bilirkişinin hangi süre içinde sorulara cevap vermesi gerektiği de Medeni Usul Kuralları'nda düzenlenmemiştir²¹⁶⁹. Bu durum bilirkişinin cevap vermemiş sayılacağı anın tespiti ve müeyyidelerin uygulanma zamanı noktasında belirsizlik oluşturmaktadır. Kanaatimizce, bilirkişinin cevap verme süresi; re'sen yahut tarafların talebiyle, olayın ve davanın özelliklerine göre mahkeme tarafından belirlenmeli ve bu konuda bilirkişiye talimat verilmelidir²¹⁷⁰. Doktrinde, birçok dava bakımından yirmi sekiz günlük sürenin, cevap vermek için makul olduğu belirtilmektedir²¹⁷¹.

3.6.1.3. Bilirkişi Müzakereleri

Mahkeme, birden çok bilirkişi atandığı durumlarda; uzmanlık alanı ile ilgili meselelerin tanımlanması, tartışılması, bu konuda bilirkişilerin anlaştığı ve anlaşamadığı noktaların tespiti, anlaşamadıkları hususların gerekçelendirilmesi ve mümkünse ortak bir görüşe (agreed opinion) ulaşılması amacıyla, yargılamanın her safhasında bilirkişiler arasında müzakere yapılmasına (discussions between experts) karar verebilir [CPR m. 35.12 (1), Guidance m. 71]²¹⁷². Mahkeme gerekli gördüğü durumlarda bu müzakerenin belirli bir konuya hasredilmesini emredebilir [CPR m. 35.12 (2)]. Bunun yanında taraflar da bilirkişi müzakereleri yapılması amacıyla anlaşma yapabilir (Guidance m. 70, Protocol m. 18.1).

Bilirkişi müzakereleri, her davada zorunlu olarak yerine getirilmesi gereken bir aşama değildir²¹⁷³. Mahkeme, davanın özelliklerine, uzmanlık alanın karmaşıklığına, taraflar arasındaki ihtilaf durumuna göre gerekli gördüğü takdirde müzakerelerin yapılmasına karar verebilmektedir. Bilirkişi müzakerelerinin nasıl gerçekleştirileceği de mahkemenin takdirindedir. Müzakereler, yüz yüze yapılabileceği gibi telefonla yahut karşılıklı yazışma suretiyle de gerçekleştirilebilir. Hangi yöntemin kullanılacağı tespit edilirken özellikle davanın değeri ve karmaşıklığı dikkate alınmalıdır. Bu anlamda uyuşmazlık konusunun değer

²¹⁶⁸ Sime, 2013: 908. Yazar'a göre, müşterek talimat verilen bilirkişinin sorulara cevap vermemesi, bilirkişi raporunun delilsel değerinin azalmasına neden olabilir. Bkz. Sime, 2013: 908.

²¹⁶⁹ Jackson, 2014: 1153; Malek, 2013: 1163.

²¹⁷⁰ Jackson, 2014: 1153.

²¹⁷¹ Jackson, 2014: 1153; The Academy of Experts, 2004: 16.5.

²¹⁷² Bu müzakerelerin, mücadeleci sistemin tarafları ve bilirkişileri kutuplaştıran etkisini bertaraf etmek için Amerikan yargılamasında da kullanılmasını öneren görüşler için bkz. Broun vd., 2013: 143.

²¹⁷³ Jackson, 2014: 1164.

veya miktarının düşük olduğu küçük iddialar (small claims track) veya hızlı yargılama (fast track) usulüne tabi davalarda, orantılılık ilkesinin gerçekleştirilmesi amacıyla bilirkişi müzakerelerinin yüz yüze yapılmasına karar verilmemesi gereklidir. Bu tür davalarda, telefonla yahut karşılıklı yazışarak ilgili konuları müzakere etmenin daha uygun bir yöntem olduğu kabul edilmektedir (Guidance m. 74, Protocol m. 18). Buna karşılık, dava değerinin yüksek yahut uyuşmazlığın karmaşık olduğu çoklu yargılama usulüne tabi davalarda bilirkişi müzakerelerinin yüz yüze gerçekleştirilmesi esastır. Ancak bu tür davalarda dahi pratik ihtiyaçlar yahut orantılılık ilkesi dikkate alınarak müzakerelerin telefonla yahut yazışma suretiyle yapılması mümkündür (Guidance m. 74).

Bilirkişi müzakereleri tarafların anlaşmasıyla veya mahkemenin kararıyla yargılamanın her safhasında gerçekleştirilebilir. Mahkeme durumun özelliklerine göre bilirkişilerin kendi raporlarını hazırlamadan önce veya hazırladıktan sonra buluşmalarına karar verebilmektedir²¹⁷⁴. Doktrindeki bir görüşe göre; bilirkişilerin, ulaştıkları sonuçları taraflara rapor şeklinde sunmadan önce buluşmaları, müzakerelerin daha etkili bir şekilde gerçekleştirilmesi için daha uygun bir yöntem olabilecektir²¹⁷⁵. Buna karşılık, uygulamada bilirkişi raporları karşılıklı olarak açıklanıp, gerekli durumlarda ek raporların alınması ve bunların da karşılıklı olarak değiştirilmesinden sonra müzakereler gerçekleştirilmektedir²¹⁷⁶. Bu çerçevede, müzakerelere ilişkin talimatlar, genellikle (instructions) dava yönetim toplantısında (Case Management Conference) alınmaktadır²¹⁷⁷.

Kural olarak bilirkişi müzakereleri, her bir tarafça atanan bilirkişiler arasında vuku bulmaktadır. Doktrindeki bir görüşe göre; müşterek bilirkişi ile taraf bilirkişileri veya danışman uzmanlar arasında bu müzakereler gerçekleşmez²¹⁷⁸. Zira bu müzakerelerde taraf bilirkişileri detaylı tartışma ve alternatif iddialar ışığında görüşlerini değerlendirmeye davet edilmektedir. Buna karşılık müşterek bilirkişi, görüşünü taraflardan ve/veya onların bilirkişilerinden etkilenmeden, usuli bir izolasyon içinde oluşturmalıdır²¹⁷⁹. Buna karşılık Medeni Adalet Konseyi (Civil Justice Council) tarafından hazırlanan düzenlemeye göre; müşterek bilirkişi atanmasına rağmen tarafların da bilirkişi atamasına izin verilmişse, tarafların anlaşması veya mahkemenin bu yönde bir karar vermesi halinde müşterek bilirkişi ve taraf bilirkişileri arasında bu tür bir müzakerenin gerçekleşmesi mümkündür (Guidance m. 72). Bu şekilde gerçekleştirilecek müzakereler, taraf bilirkişisinin göreviyle ilgili konularla

²¹⁷⁴ Zuckerman, 2003: 621.

²¹⁷⁵ Zuckerman, 2003: 621.

²¹⁷⁶ Bond vd., 2012: 100.

²¹⁷⁷ Bond vd., 2012: 100.

²¹⁷⁸ Dwyer, 2008: 312.

²¹⁷⁹ Dwyer, 2008: 312.

veya mahkemenin belirleyeceği diğer bir şekilde sınırlandırılmalıdır (Guidance m. 72, Protocol m. 18.2).

Tarafların anlaşması veya mahkemenin bu yönde bir karar vermesi halinde bilirkişiler arasında gerçekleştirilecek müzakerelere, taraflar ve/veya taraf vekilleri de katılabilmektedir (Protocol m. 18.8). Ancak mahkeme gerekli gördüğü takdirde, tarafların (ve/veya vekillerinin) müzakerelere katılmasını yasaklayabilir²¹⁸⁰. Esasen tarafların müzakerelere katılmaması, bilirkişilerin kendilerini atayan tarafların baskısı olmadan özgürce tartışmalarına olanak tanımaktadır. Buna karşılık avukatların katılmadığı bazı müzakerelerde, bilirkişilerin ilgili konuya yoğunlaşması veya mahkemeye verecekleri ifadeyi oluşturmaları kolay olmamaktadır²¹⁸¹. Bu sebeple, mahkeme durumun ve konunun özelliklerine göre tarafların müzakerelere katılmasına veya katılmamasına karar verebilir. Ancak silahların eşitliği ilkesi gereği, taraflardan birinin müzakerelere katılmasına izin verilmişse, diğer tarafında ilgili müzakerelerde bulunmasına izin verilmelidir²¹⁸². Bilirkişi protokolüne göre; taraf vekilleri müzakerelere katıldığı takdirde bilirkişiler tarafından kendilerine sorulacak sorulara cevap vermek veya hukuki konularda tavsiye vermek dışında bilirkişiler arasında gerçekleşen görüşmeye müdahale etmemelidir (Protocol m. 18.8). Bunun gibi taraf vekilleri, müzakereden önce veya müzakere sırasında anlaşmaya varılmaması noktasında bilirkişilere talimat vermemelidir. Buna rağmen böyle bir talimat verilirse, bilirkişi bu tür bir talebi kabul etmemelidir (Guidance m. 77).

Mahkeme tarafından aksi öngörülmediği müddetçe bilirkişi müzakerelerinde hangi hususların görüşüleceğine taraflar, vekilleri ve bilirkişiler birlikte karar vermektedir. Ancak bu noktada temel sorumluluk taraf vekillerine düşmektedir (Guidance m. 76, Protocol m. 18.5). Müzakere gündemi belirlenirken, tarafların daha önce anlaştıkları ve anlaşamadıkları hususlar belirtilmelidir. Bunun yanında bilirkişilerin hangi hususlara cevap vermesi gerektiğinin açıklanması, müzakerelerin daha verimli geçmesi açısından yararlı olacaktır. Taraflar, müzakere gündemi hakkında derhal bir anlaşmaya varamadığı takdirde, mahkeme gündem hakkında gerekli talimatları verebilir. Bu şekilde oluşturulacak gündem, bilirkişilere ve ilgili taraflara makul bir süre önceden haber verilmelidir (Guidance m. 76, Protocol m. 18.6).

Mahkeme, bu müzakereler sonucunda bilirkişilerden müşterek bir rapor hazırlanmasını isteyebilir. Bilirkişiler bu rapor ile anlaştıkları ve anlaşamadıkları hususları ve

²¹⁸⁰ Dwyer, 2008: 297; Zuckerman, 2003: 621-622.

²¹⁸¹ Zuckerman, 2003: 621-622; Jackson, 2014: 1164.

²¹⁸² Smith v. Stephens NLD May 15, 2001, QBD. Kararın ilgili bölümü için bkz. Jackson, 2014: 1164; Zuckerman, 2003: 622.

bunların gerekçelerini mahkemeye bildirmelidir [CPR m. 35.12.(3)]. Bunun yanında müzakere gündemine alınmamış, yeni meselelerin çıkması halinde de bunların raporda belirtilmesi gerekmektedir. Aynı şekilde yeniden müzakere toplantısı yapmak gibi atılması gereken adımlar ve işlemler hakkında bilirkişilerin görüş ve önerilerinin bulunduğu bir kaydın da raporda bulunması uygun görülmektedir (Guidance m. 79). Bilirkişilerce hazırlanan rapor yine bilirkişilerce (tarafarca değil) imzalanır. Taraf bilirkişilerinin gerek raporu hazırlarken gerekse de raporu imzalayıp mahkemeye teslim ederken, kendilerini tutan taraflardan izin veya onay almasına gerek yoktur²¹⁸³.

Bir mesele hakkında bilirkişiler arasında varılacak mutabakat, kural olarak tarafları bağlamaz. Zira bilirkişiler, tarafların temsilcisi olmadığı gibi onların öncelikli görevi taraflara değil mahkemeye karşıdır²¹⁸⁴. Ancak taraflar, bilirkişi müzakeresi sonucunda ortaya çıkan anlaşmayla bağlı olacaklarını açıkça ifade ederlerse, bilirkişilerin kendi aralarında ulaştıkları mutabakat tarafları için de bağlayıcı hale gelmektedir [CPR m. 35.12.(5)]. Belirtmek gerekir ki, böyle bir anlaşma olmasa dahi bilirkişi müzakeresi sonucunda ortaya çıkan mutabakat tarafları uygulamada dolaylı olarak bağlamaktadır. Zira tarafların bilirkişilerce ulaşılan sonuca karşı çıkmaları veya mahkemeyi bu konuda ikna etmeleri, bilirkişilerin kendi uzmanlık alanları dışına çıkmaları yahut kendilerinin yetersiz olduklarını belli etmeleri dışında oldukça zordur²¹⁸⁵.

Bilirkişiler arasındaki müzakerelerin içeriği kural olarak duruşmada kullanılamaz. Ancak taraflar müzakere içeriğinin mahkemede kullanılması noktasında anlaşırsa, müzakere esnasında bilirkişilerce kullanılan ifadeler duruşmaya yansıtılabilmektedir [CPR m. 35.12.(4)]. Bu noktada dikkat edilmesi gereken husus, müzakere sonucunun değil, müzakere içeriğinin duruşmada kullanılmamasıdır. Bu bağlamda, uzlaşmak yahut ortak bir karara varmak için kullanılan ifadeler duruşmada kullanılamazken, müzakere neticesinde oluşturulan ortak raporla ulaşılan sonuçlar duruşmada kullanılabilmektedir²¹⁸⁶.

Mahkemenin talimatıyla bilirkişilerin kendi aralarında ilgili konuyu müzakere etmelerinin birçok açıdan yargılamayı olumlu yönde etkilediği düşünülmektedir²¹⁸⁷. Özellikle Amerikan yargılama sisteminde katı bir şekilde uygulanan mücadelecî sistem bu suretle yumuşatılmakta, bilirkişilerin birbirlerini ve ilgili konuyu daha iyi ve derin bir şekilde anlamaları sağlanmaktadır²¹⁸⁸. Bunun yanında müzakereler, bilirkişilerin bir fikre sıkı sıkıya

²¹⁸³ Jackson, 2014: 1164-1165.

²¹⁸⁴ Andrews, 2003: 758.

²¹⁸⁵ Jackson, 2014: 1165.

²¹⁸⁶ Andrews, 2013: 1363.

²¹⁸⁷ Zuckerman, 2003: 621.

²¹⁸⁸ Zuckerman, 2003: 621.

bağlı kalmalarını engellemekte, karşı tarafın fikir ve düşüncelerini alarak temelsiz olan kanaatlerinden vazgeçmelerini sağlamaktadır²¹⁸⁹. Böylece en azından bazı meseleler bakımından bilirkişiler uzlaşmaya vararak, ortak bir görüşe sahip olabilmektedir. Bilirkişilerin belirli konularda uzlaşmaya varması ise, hâkimin bilirkişilerin anlaştıkları noktalarda daha rahat bir sonuca ulaşmasını sağlayarak, yargılama sonunda doğru sonuca ulaşma ihtimalini artırmaktadır²¹⁹⁰. İki bilirkişinin anlaştığı meselelerde dahi eksikliklerin veya yanlışlıkların bulunması muhtemelse de, bunun gerçekleşme ihtimali, iki bilirkişinin anlaşılamadığı meselelere göre daha azdır²¹⁹¹. Yine aynı mesleği icra eden uzmanların karşılıklı görüşmeleri, onların konuya daha teknik ve bilimsel açıdan bakmalarına ve taraflara olan ticari bağılıklarını en alt seviyeye indirmelerine yardımcı olmaktadır²¹⁹². Bunun yanında taraflar, bilirkişi müzakereleriyle duruşmadan önceki bir dönemde karşı tarafın özel ve teknik bilgiyi gerektiren meseleler hakkındaki görüşünü anlayarak²¹⁹³, duruşmaya daha hazırlıklı bir şekilde katılmaktadır. Böylece duruşma safhasının daha verimli ve etkili bir şekilde geçirilmesi sağlanmaktadır.

3.6.2. Duruşma

3.6.2.1. Bilirkişinin Taraflarca Sorgulanması

İngiliz Medeni Usul Kuralları'nın 35.5. maddesi, aksi mahkeme tarafından öngörülmedikçe, bilirkişi görüşünün yazılı olarak yargılamaya aktarılmasını düzenlemektedir. Bu sebeple, bilirkişinin duruşmaya (trial) katılarak, sözlü olarak görüşlerini açıklaması sık karşılaşılan bir durum değildir²¹⁹⁴. Bilirkişi genellikle, bilirkişi müzakereleri veya yazılı soru sorma yöntemiyle aşılamanın konuların aydınlatılması için duruşmaya çağırılmaktadır.

Bilirkişi görüşünün, duruşmada dinlenilmesi ve değerlendirilmesi, Amerikan yargılama sisteminde olduğu gibi öncelikli olarak taraf vekilleri aracılığıyla gerçekleştirilmektedir. Bu kapsamda bilirkişiler, şahitler gibi doğrudan (examination in chief, direct examination) ve çapraz sorgulamanın (cross-examination) muhatabı olmaktadır²¹⁹⁵.

Doğrudan sorgulama, bilirkişinin kendisini yargılamaya dâhil eden tarafça sorgulanmasıdır. Bu sorguda; öncelikle bilirkişinin kimlik bilgileri, mesleği, nitelikleri ve tecrübesi açıklanır ve bilirkişi bu bilgileri onaylar. Daha sonra taraf vekili, özellikle kendi

²¹⁸⁹ Zuckerman, 2003: 621; Dwyer, 2008: 299.

²¹⁹⁰ Dwyer, 2008: 299; Andrews, 2013: 1363.

²¹⁹¹ Dwyer, 2008: 299.

²¹⁹² Zuckerman, 2003: 621.

²¹⁹³ Dwyer, 2008: 299.

²¹⁹⁴ Medeni Usul Kuralları'nın bilirkişiyi duruşma dışında tutmak istemesinin nedenleri için bkz. 3.4.4. Rapor Düzenleme Yükümlülüğü.

²¹⁹⁵ Hâkim gerekli durumlarda, çapraz sorgulamayı ve bu sorgulamaya ayrılan zamanı sınırlandırabilir. Bkz. [CPR m. 32.1(3)]; Andrews, 2013: 1362.

davasını destekleyecek noktaları ortaya çıkaran kısa sorular sorarak, bilirkişinin kendi görüşünü (raporunu) ayrıntılı olarak açıklamasını sağlar²¹⁹⁶. Ancak vekilin, bilirkişiye yönlendirici nitelikte sorular (leading questions) sorması yasaktır²¹⁹⁷.

Çapraz sorgulama ise, yargılamanın diğer tarafınca yapılan sorgulamadır. Bilirkişi, kendisini yargılamaya dâhil eden tarafça doğrudan sorgulandıktan sonra yargılamanın diğer tarafınca sorgulanmaktadır. Karşı taraf vekili, çapraz sorgulama vasıtasıyla, bilirkişi görüşünün eksik veya hatalı yönlerini ortaya çıkartmaya çabalayarak, karşı tarafın iddialarının yanlışlığı noktasında mahkemede kanaat oluşturmaya çalışmaktadır. Uygulamada, sorgulamayı yapan taraf, gerek bilimsel ve teknik alt yapının oluşturulması gerekse de soruların hazırlanması amacıyla, genellikle kendi bilirkişisinden veya başka bir uzmandan yardım almaktadır.

Bilirkişinin duruşmada sorgulanmasının üç temel amacı olduğu belirtilmektedir. Buna göre, öncelikli olarak taraflar bilirkişiyi sorgulamak suretiyle onun tarafsız olup olmadığını değerlendirmektedir. İkinci olarak, bilirkişi sorgulanarak üstüne düşen yükümlülüğü özenli bir şekilde yerine getirip getirmediği ortaya konulmaya çalışılmaktadır. Son olarak da doğrudan ve çapraz sorgulamayla bilirkişinin hangi yöntemlerle sonuca ulaştığı ve bu sonucun doğruluğu hakkında hâkimde olumlu veya olumsuz bir kanaat oluşturulmaya çalışılmaktadır²¹⁹⁸. Bu çerçevede bilirkişiyi yargılamaya dâhil eden taraf, bilirkişinin tarafsız ve özenle görevini yerine getirdiğini, ulaştığı sonuçların tam ve doğru olduğunu vurgulamaya çalışırken; yargılamanın diğer tarafı, bilirkişinin taraflı davrandığını ya da ulaştığı sonuçların eksik, yanlış veya şüpheli olduğunu ortaya çıkarmaya çalışmaktadır²¹⁹⁹.

Hakikatin bulunması noktasında sağladığı önemli katkıya rağmen, çapraz sorgulama yönteminin birtakım sorunlara da neden olduğu düşünülmektedir. Bu anlayışa göre, çapraz sorgulama yönteminde sorular açık uçlu olmadığı için, bilirkişi kendi görüşünü tam olarak açıklayamamakta, sorgulayıcının belirlediği yoldan ayrılmadan ifade vermeye zorlanmaktadır²²⁰⁰. Bunun yanında sorgulayıcı, yönlendirici sorular sormak suretiyle bilirkişi görüşünü saptırabilmekte veya bağlantısız sorular sormak suretiyle karışıklık oluşturabilmektedir. Çapraz sorgulamaya yöneltilen diğer bir eleştiriye, bilirkişi görüşleri arasındaki farklılıkların ve anlaşmazlıkların bu yöntemde ön planda tutulmasıdır²²⁰¹. Esasen az veya hiç olmayan görüş farklılıkları, çapraz sorgulama yönteminin mücadeleci yapısı

²¹⁹⁶ Hall ve Smith, 2001: 75-76.

²¹⁹⁷ Hall ve Smith, 2001: 76.

²¹⁹⁸ Dwyer, 2008: 305.

²¹⁹⁹ Dwyer, 2008: 305.

²²⁰⁰ Dwyer, 2008: 302.

²²⁰¹ Dwyer, 2008: 303.

nedeniyle ortaya çıkarılıp, vurgulanmakta, böylece uyuşmazlık izlenimi oluşturulmaktadır. Bu bağlamda, çapraz sorgulama yönteminin, uzlaşma yerine şüphecilğe üstünlük tanıdığı belirtilmektedir²²⁰². Dolayısıyla taraf vekillerinin gerçeğe çapraz sorgulama yöntemiyle ulaşma fikri ya samimiyetsiz ya da hayalidir. Zira vekillerin çapraz sorgulamayla asıl hedefledikleri şey, hâkimin müvekkil iddialarına ikna edilmesidir²²⁰³.

Medeni Usul Kuralları'nda müşterek bilirkişinin, taraf bilirkişileri gibi, çapraz sorgulamaya tabi olup olmayacağı açıkça düzenlenmemiştir. Bu konuya ilişkin bir mahkeme kararında, müşterek bilirkişi görüşünün, normal şartlarda, hazırlanacak raporla yargılamaya taşınacağı belirtilmiş ve yine normal şartlarda bu raporun çapraz sorgulama yöntemiyle tekrar açıklanıp, test edilmesine gerek olmadığı ifade edilmiştir. Ancak yine aynı karara göre, bilirkişi raporunun açıklanması gerekliyse, mahkeme müşterek bilirkişinin taraflarca çapraz sorgulanmasına izin verebilir²²⁰⁴. Doktrindeki bir görüşe göre ise, normal şartlarda müşterek bilirkişi, duruşmada sözlü delil sunmaz. Kendisinin sunduğu rapor, taraflarca kendisine yöneltilecek sorularla açıklanır. Taraflardan biri, müşterek bilirkişi raporundan tatmin olmazsa, yapması gereken şey kendi bilirkişisine atamak için mahkemeye başvurmadır²²⁰⁵. Buna karşılık doktrindeki diğer bir görüşe göre, Medeni Usul Kuralları'nda ve uygulama talimatında açık olmasa da müşterek bilirkişi sözlü delil sunmak için mahkemeye çağrılırsa, belirli sınırlamalara tabi olmak şartıyla, taraflarca çapraz sorgulama yöntemiyle sorgulanabilir²²⁰⁶. Aynı şekilde “Bilirkişi Akademisi (Expert Academy)” isimli bir meslek organizasyonun bilirkişiler ve onları tutan avukatlar için yayınladığı rehber niteliğindeki bir çalışmaya göre de, duruşmaya delil sunmak için çağrılan müşterek bilirkişi de yargılamanın tüm taraflarınca sorgulanabilir²²⁰⁷. Medeni Adalet Komisyonu (Civil Justice Council) tarafından hazırlanan düzenlemenin 47. maddesine göre ise, müşterek bilirkişi, normal şartlarda sözlü olarak duruşmada ifade vermez. Buna karşılık taraflar, mahkemeye başvurarak müşterek bilirkişinin çapraz sorgulama için duruşmaya çağrılmasını talep edebilir. Ancak böyle bir başvuru yapılmadan önce Medeni Usul Kuralları'nın 35.6. maddesinde düzenlenen yazılı soruların bilirkişiye yöneltilmesi daha uygun olacaktır (Guidance m. 47). Nitekim bu anlayıştaki bir mahkeme kararında da, raporunu duruşmadan çok kısa bir süre önce teslim

²²⁰² Jasanoff, 1992: 353-354.

²²⁰³ Dwyer, 2008: 303.

²²⁰⁴ Peet v Mid-Kent Healthcare Trust, [2002] 1 WLR 210, [CA]. Karar için bkz. <http://www.bailii.org/cgi-bin/markup.cgi?doc=/ew/cases/EWCA/Civ/2001/1703.html>. Erişim tarihi: 10.11.2014

²²⁰⁵ Hodgkinson ve James, 2010: 161.

²²⁰⁶ Jackson, 2014: 1155; Bond vd., 2012: 116.

²²⁰⁷ The Academy of Experts, 2004: 19, m. 18.21.

eden veya kendisine yöneltlen tüm yazılı soruları dikkate almayan müşterek bilirkişinin çapraz sorgulama için duruşmaya çağırılmasının uygun olabileceği ifade edilmiştir²²⁰⁸.

Bilirkişi tarafından sunulan teknik ve bilimsel delilin mahkeme tarafından tam ve net olarak anlaşılması gerekir. Bunun sağlanması için taraflar gibi hâkim de gerektiği durumlarda bilirkişiye duruşmada soru sorabilir²²⁰⁹. Aynı şekilde hâkim ihtiyaç duyması halinde, bilirkişi tarafından benimsenmese dahi bilimsel bir kitaptaki bir bölüm hakkında bilirkişinin görüşünü veya yorumunu isteyebilir²²¹⁰. Hâkim, tarafların gerçekleştirdiği çapraz sorgulama sırasında soru yöneltebileceği gibi, tarafların sorgusundan önce veya sonra da bilirkişiye sorular yöneltebilir. Ancak özellikle bilirkişinin taraflarca sorgulandığı durumlarda (doğrudan veya çapraz sorgulama yöntemiyle) hâkimin prosedüre sıkça müdahale etmemesi, sorgulamanın daha verimli geçmesi için önemlidir²²¹¹. Bu nedenle hâkim mümkün olduğunca sorgulamayı yönlendirmeden, tarafların sözlü (şahit veya bilirkişi) delillerini dinlemelidir²²¹². Nitekim bir mahkeme kararına göre; hâkim, tanıkların sorgulanmasını taraflara bırakmalı ve ancak bir durumun açıklanmasına ihtiyaç duyduğu zamanlarda sorular yöneltmelidir²²¹³. Aynı yönde bir mahkeme kararına göre de; hâkimin sorgulamaya yoğun bir şekilde müdahale etmesi, haksız olarak yarı sorgulamacı bir rol üstlenmesine neden olur ki, bu durum mücadeleci sistem ile uyumsuzdur²²¹⁴.

3.6.2.2. Bilirkişilerin Birlikte Sorgulanması

Yukarıda belirttiğimiz üzere klasik tanık sorgulama yönteminde, bilirkişiler genellikle ayrı zamanlarda ve taraf vekillerince sırayla sorgulanmaktadır. Bu yöntemde bilirkişilerin bir tanesi, vekillerce tamamen sorgulandıktan sonra aynı veya belirlenecek başka bir günde diğer tarafın bilirkişisi sorgulanmaktadır. Buna karşılık Anglo Amerikan hukuk sisteminin hâkim olduğu Avustralya’da ortaya çıkan ve hukuk argosunda “sıcak küvet (hot tub)”²²¹⁵ olarak adlandırılan bir yöntemle bilirkişilerin aynı anda ifade vermesi ve birbirlerini sorgulamaları

²²⁰⁸ Coopers Payen Ltd v. Southampton Container Terminal Ltd [2003] EWCA Civ 1223. Kararın ilgili bölümü için bkz. Sime, 2013: 911. Bunun dışında mahkemenin izniyle müşterek bilirkişinin sorgulanabileceğine ilişkin görüş ve kararlar için bkz. Andrews, 2013: 1361.

²²⁰⁹ Hodgkinson ve James, 2010: 237-238.

²²¹⁰ Hodgkinson ve James, 2010: 238.

²²¹¹ Hodgkinson ve James, 2010: 238.

²²¹² Andrews, 2013: 1370.

²²¹³ Manning v. King’s College Hospital NHS Trust [2009] EWCA Civ. 832 at [16]. Bu davada, hâkim (ilk derece) tanığa taraf vekillerinden daha fazla soru sormuştur. Kararın ilgili bölümü için bkz. Hodgkinson ve James, 2010: 238.

²²¹⁴ Southwark London Borough Council v Kofi-Adu [2006] EWCA Civ 281, [2006] HLR 33, (148). Kararın ilgili bölümü için bkz. Andrews, 2013: 1370.

²²¹⁵ Bu yöntem, eş zamanlı delil (concurrent evidence) veya uzman paneli (expert panels) olarak da adlandırılmaktadır. Bkz. Wood, 2007: 95; Welch, 2010: 155.

öngörülmüştür²²¹⁶. Bu yöntemle, bilirkişilerin birbirlerinin görüşlerini daha iyi değerlendirmesi, birbirlerinin görüşleri üzerinde yorum yapmaları ve gerekirse birbirlerine soru sormaları sağlanarak hakikatın bulunmasında daha etkili ve hızlı, ancak daha az masraflı ve tarafgirlikten uzak bir süreç oluşturulmaya çalışılmıştır²²¹⁷.

Avustralya²²¹⁸ ve Kanada mahkemelerinde birtakım davaların çözümünde aktif olarak uygulanmasına rağmen Amerikan hukukunda bu yöntem henüz tutarlı bir şekilde uygulanmamaktadır²²¹⁹. İngiltere’de ise, yakın zamanda Manchester şehrinde gerçekleştirilen pilot uygulamadan²²²⁰ sonra, bu yöntem gerek bilirkişiliği düzenleyen uygulama talimatında (PD 35 m. 11) gerekse de teknoloji ve yapı mahkemesi kılavuzu’nda mahkemenin yararlanabileceği alternatif bir sistem olarak düzenlenmiştir²²²¹. Bunun dışında dünyadaki bazı tahkim yargılamalarında da, bu yöntemin bilirkişi görüşlerinin değerlendirilmesi için kullanıldığı ifade edilmektedir²²²².

Uygulandığı ülkeye ve mahkemeye göre değişmekle beraber bu yöntem, duruşma öncesi ve sonrası olmak üzere iki aşamadan oluşmaktadır. Duruşma öncesi (pre-trial stage, tahkikat) süreç; genellikle klasik İngiliz sistemine oldukça benzer şekilde gerçekleştirilmektedir. Bu anlamda, taraf bilirkişileri öncelikle ilgili mesele hakkında kendi raporlarını hazırlamakta ve bunlar karşılıklı olarak değiştirilmektedir. Bundan sonra mahkemenin takdiri veya tarafların anlaşması halinde bilirkişiler bir araya gelerek (bilirkişi müzakereleri) anlaştıkları ve anlaşamadıkları konuları açıklayan müşterek bir rapor (joint

²²¹⁶ Wood, 2007: 95; Reifert, 2011: 113.

²²¹⁷ Edmond, 2008: 3.

²²¹⁸ Bu yöntem, Avustralya federal mahkemelerinde ve bazı eyalet mahkemelerinde (New South Wales gibi) resmi olarak benimsenmiştir. Bkz. Edmond, 2008: 6.

²²¹⁹ Yaygın ve genel kullanımı olmamakla beraber bazı Amerikan mahkemelerinin de bu yöntemi kullandığı belirtilmektedir. Bu yöntemin Avustralya’da gösterdiği başarıdan etkilenen Amerikan doktrinindeki bazı yazarlar, bilirkişilikle ilgili problemleri aşmak amacıyla bu yöntemin Amerika’da da benimsenmesi gerektiğini savunmaktadır. Bu yazarlara göre; Amerikan Federal Delil Kuralları’nda bu yöntemin uygulanmasını engelleyecek bir hüküm bulunmamaktadır. Bu yöntem, hâkimleri sınırlandırmayan esnek yapısından dolayı, tarafların onayının alındığı durumlarda, bilirkişi görüşünün dinlenmesi için etkili bir yol olabilecektir. Bkz. Reifert, 2011: 113; Wood, 2007: 96-97.

²²²⁰ İngiltere’de bu yöntemin uygulanabilirliğini değerlendirmek için Manchester şehrinde pilot bir uygulama başlatılmıştır. Gönüllülük esasına dayanarak tarafların rızası dâhilinde bazı davalarda bu yöntem aktif bir şekilde kullanılarak, hâkimlerin, avukatların ve bilirkişilerin bu sistem hakkındaki görüşleri alınmıştır. Bu görüşler ışığında yapılan değerlendirmelerde, bu sistemin daha verimli bir yargılama süreci öngördüğü, özellikle zamanın daha iyi kullanılması ile bilirkişi görüşlerinin daha iyi değerlendirilmesi bakımından yargılamaya olumlu etkilerinin olduğu belirtilmiştir. Bkz. Genn, 2013: 20 vd. Pilot uygulama hakkında ilgililerin olumlu ve olumsuz görüşleri ışığında detaylı analizler için bkz. Genn, 2013: 8 vd.

²²²¹ Jackson, 2014: 1149-1150. Bkz. Practice Direction 35 m.11.1-11.4. The Technology and Construction Court Guide 13.8.2. İngiliz yargılamasında özellikle tıbbi konulara ilişkin bazı davalarda ve birtakım tahkim uygulamalarında, bu yöntemin aralıklarla kullanıldığı ifade edilmektedir. Genn, 2013: 5; Hodgkinson ve James, 2010: 700.

²²²² Wood, 2007: 95; Dwyer, 2008: 305, dnp. 82.

report) oluşturmaktadır²²²³. Ortak raporda, bilirkişiler bütün hususlarda anlaşır, bilirkişilerin görevi sona ermekte ve bilirkişilerin duruşmaya çağırılmasına gerek kalmamaktadır²²²⁴. Aksi takdirde mahkemenin belirleyeceği takvim, gündem²²²⁵ ve hazırlanan ortak rapor doğrultusunda aşağıda açıklanan şekilde bilirkişiler duruşmaya çağrılarak sorgulanmaktadır.

Duruşma safhasında, bilirkişiler aynı zaman dilimi içinde (aynı celsede) yemin ederek birlikte tanık kürsüsüne çıkmaktadır²²²⁶. Uygulamada mahkemelerin takdirine göre değişmekle beraber, bilirkişiler öncelikle kendi görüşlerini, yöntem ve tecrübelerini genel olarak açıkladıkları bir açılış konuşması gerçekleştirmektedir²²²⁷. Daha sonra her bilirkişiye, diğerinin konuşması hakkında kanaatini açıklama fırsatı verilmektedir²²²⁸. Bilirkişilerden her biri, bu şekilde görüşünü açıkladıktan sonra gerek diğer bilirkişinin gerekse de hâkim ve avukatların sorularına muhatap olmaktadır²²²⁹. Bu bağlamda bilirkişiler, mahkemenin kontrol ve gözetiminde gerek birbirlerinden gerekse de taraflar ve hâkimden gelen sorular ışığında ilgili meseleyi aynı anda tartışarak en doğru sonuca ulaşmaya çalışmaktadır.

Klasik sorgulama yönteminin aksine, bu yöntemde özel ve teknik bilgiye sahip uzman, duruşmada daha aktif hareket etmektedir. Klasik yöntemde bilirkişi, doğrudan veya çapraz sorgulama vasıtasıyla yöneltilen sorulara cevap vermekle yetinirken, bu yöntemde bilirkişi bir taraftan kendi görüşlerini mahkemeye doğrudan aktarabilmekte diğer taraftan da karşı bilirkişi görüşünün olumlu ve olumsuz yönlerini değerlendirebilmektedir. Ancak hemen belirtmek gerekir ki; bilirkişilerin aktifleşmesi, geleneksel yöntemde aktif olan tarafların, pasifleşmesine neden olmamaktadır. Zira bilirkişiler görüşlerini açıkladıktan sonra klasik yönteme benzer şekilde taraf vekilleri de doğrudan veya çapraz sorgulama yöntemiyle

²²²³ İngiltere’de müşterek rapor (joint report), Medeni Usul Kuralları’nın 35.12. maddesinde öngörülen bilirkişi müzakereleri sırasında oluşturulmaktadır. Mahkemenin takdirine ve davanın özelliklerine göre bu müzakerelerin yüz yüze gerçekleştirilmesi mümkün olduğu gibi, telefon veya diğer iletişim araçlarıyla da bu müzakereler gerçekleştirilebilir. Bkz. Genn, 2013: 5; Edmond, 2008: 5-6; Rares, 2012: 5.

²²²⁴ Rares, 2012: 5.

²²²⁵ Bilirkişilerin kendi görüşlerini açıklamaları, birbirlerinin görüşleri hakkında yorum yapmaları ve birbirlerine soru sormaları, genellikle daha önce belirlenen yazılı bir gündem (agenda) çerçevesinde gerçekleştirilmektedir. Bu gündemde, mutabakata varılmamış meseleler çerçevesinde bilirkişilerin tartışacağı konu ve hususlar belirtilmektedir. Bu şekilde belirtilen meselelerden bir tanesi üzerindeki tartışmalar ve sorular tamamlandıktan sonra gündem de belirtilen diğer meseleye geçilmektedir. Bkz. Edmond, 2008: 4; Genn, 2013: 5.

²²²⁶ Welch, 2010: 155; Reifert, 2011: 113; Genn, 2013: 5; Dwyer, 2008: 305.

²²²⁷ Welch, 2010: 155; Dwyer, 2008: 305; Rares, 2012: 5. Bazı mahkemeler ise bilirkişilerin açılış konuşmasına izin vermeden doğrudan her bir bilirkişinin sorgulanmasına geçmektedir. Bkz. Welch, 2010: 155.

²²²⁸ Rares, 2012: 5.

²²²⁹ Reifert, 2011: 113; Dwyer, 2008: 305; Genn, 2013: 5. İngiltere’de yürürlükte bulunan uygulama talimatlarına (practice direction 35) göre ise, mahkeme gündemdeki konular hakkında görüşlerini açıklamak için sırayla bilirkişilere söz vermektedir. Bilirkişilerden bir tanesi görüşünü açıkladıktan sonra mahkeme bu bilirkişiye sorular sormaktadır. Bu sorgulamayı gerçekleştirirken, uygun bulduğu bir zamanda, diğer bilirkişiye ilgili konuda yorum yapma ve soru sorma imkânı vermektedir. Mahkemenin takdirine göre bir konu veya konuların tamamı hakkında bilirkişiler bu şekilde görüşlerini açıkladıktan sonra taraf vekillerinin soru sormasına izin verilmektedir. Bkz. Practice Direction 35 m. 11.4(1)-(2). Bütün aşamalar tamamlandıktan sonra mahkeme, ilgili konuda farklı bilirkişi görüşlerini özetlemekte ve bilirkişilerden özetin doğruluğu hakkında teyit almaktadır. Bkz. Practice Direction 35 m. 11.4(3).

bilirkişilere sorular sorabilmektedir²²³⁰. Dolayısıyla bu yöntem, klasik sorgulama yöntemini bertaraf eden bir alternatif olarak nitelendirilemez. Aksine bu yöntemin, geleneksel sistemin unsurlarını da ihtiva eden daha kapsamlı bir sorgulama sistemi olduğu söylenebilir²²³¹.

Öte yandan bu yöntemle, hâkimler de geleneksel yöntemle göre daha aktif bir rol üstlenmektedir. Zira geleneksel yöntemde gerçekten ihtiyaç duyulmadığı takdirde hâkimin doğrudan veya çapraz sorgulamaya müdahil olmaması ve bilirkişilere soru yöneltmemesi esastır²²³². Hâkim, mücadelecî sistem uyarınca (adversarial system) taraf vekillerince yapılan sorgulamayı dinler ve elde ettiği sonuçlara göre hükmünü kurar. Buna karşılık, bu sistemde hâkim, bilirkişiler arasındaki tartışmayı yönlendirebileceği gibi konuyu daha iyi kavrayabilmek ve önemli noktaları ortaya çıkarabilmek için bilirkişilere sorular da sorabilmektedir²²³³.

Bu yöntem gerekli olduğu takdirde, bir yargılama içinde birçok kez kullanılabilir. Özellikle farklı uzmanlıkları ilgilendiren meseleler için birden fazla toplantı düzenlenmesi olağandır²²³⁴. Ancak hâkim gerekli durumlarda bir meselenin tartışılması için farklı alanlarda uzmanlığa sahip bilirkişilerin aynı zamanda birlikte dinlenilmesine de karar verebilir²²³⁵. Genellikle iki veya üç uzman arasında gerçekleştirilen bu yöntem, somut olayın özelliklerine göre daha fazla sayıda bilirkişi için de kullanılabilir²²³⁶.

Doktrindeki baskın düşünceye göre; bu yöntem, adil ve sağlıklı bir karara ulaşılması açısından, geleneksel sorgulama yöntemine kıyasla daha yararlıdır. Bu anlayışa göre; klasik yöntemin aksine bu sistemde gerek hâkim gerekse de taraflar, iki bilirkişi görüşünü, bilirkişilerin birbirlerine ve kendilerinin bilirkişilere sordukları soruları ve bu sorulara verilen cevapları aynı anda dinleyerek farklı bilirkişi görüşlerini daha sağlıklı bir şekilde anlayıp, karşılaştırabilmektedir²²³⁷. Böylece hâkim, hangi bilirkişi görüşünün kabul edileceğine daha rahat karar verebilmekte, gerektiği takdirde her iki bilirkişiyi de soru sormak suretiyle süreci yönlendirebilmektedir²²³⁸. Buna karşılık klasik yöntemde, bilirkişiler aynı zamanda dinlenemediği için (ikinci bilirkişinin dinlenmesi, ilkinin dinlenmesinden günler hatta haftalar sonra gerçekleşebilmektedir²²³⁹) hâkim mevcut bilirkişinin görüşüyle daha önce dinlediği

²²³⁰ Dwyer, 2008: 305; Edmond, 2008: 4. Avukatların belirtilen şekilde bir bilirkişiye soru sormasından sonra diğer bilirkişiden verilen cevaplar hakkında kanaatini bildirmesi istenebilir. Bkz. Edmond, 2008: 4.

²²³¹ Edmond, 2008: 1.

²²³² Manning v. King's College Hospital NHS Trust [2009] EWCA Civ. 832 at [16]. Kararın ilgili bölümü için bkz. Hodgkinson ve James, 2010: 238.

²²³³ Genn, 2013: 5 vd., 16, 21; Edmond, 2008: 4.

²²³⁴ Edmond, 2008: 4.

²²³⁵ Edmond, 2008: 4.

²²³⁶ Edmond, 2008: 4.

²²³⁷ Reifert, 2011: 113.

²²³⁸ Wood, 2007: 96.

²²³⁹ Genn, 2013: 5.

bilirkişi görüşünü her zaman net olarak karşılaştıramamaktadır²²⁴⁰. Bunun yanında, bilirkişilerin aynı anda ve meslektaşları tarafından sorgulanmaları, bilirkişileri daha objektif görüş vermeye ittiği gibi yargılamanın daha hızlı şekilde sonuçlanmasına da yardımcı olmaktadır²²⁴¹. Bu yöntemin gerekliliğini savunan bir Yazar'a göre; bu yöntem, bir yönüyle taraflara kendi bilirkişilerini seçme imkânı tanırken diğer bir yönüyle de muhtemel tarafgirliği önlemektedir²²⁴².

Diğer taraftan, bu yöntemin birtakım sakıncaları da beraberinde getirdiğini ve istenilen etkiyi göstermediğini savunan bazı görüşler de vardır. Bu görüşteki bir Yazar'a göre²²⁴³, bu yöntem bilirkişileri tanıklıktan çıkartarak uzman avukat konumuna sokmaktadır. Bu açıdan geleneksel yöntemin en çok eleştirilen noktası olan tarafgirlik, bu yöntemle de bertaraf edilememektedir. Ayrıca bu yöntemle; hâkim yetkin uzmanlar tarafından savunulan, birbirine muhalif ve ikna edici farklı görüşler arasında bırakılmaktadır ki, bu görüşlerin süreçte zayıflatılması (uzlaştırılması) oldukça zordur²²⁴⁴. Bunun yanında, bu yöntemin uygulamasında hâkim istemeyerek de olsa genellikle bilirkişilerden daha kolay anlaşılan ve görünürde güvenilir olan karakter tarafından ikna edilecektir. Ayrıca ağır, masraflı ve mücadeleci yapısı nedeniyle, yargılamanın hızlanmasından ziyade yavaşlamasına neden olacaktır²²⁴⁵. Bir başka Yazar da²²⁴⁶ kendisinin bu yönteme karşı olmadığını, bu yöntemin yargılamada iletişimin ve kavramanın geliştirilmesine katkı sağladığını belirtmekle beraber, yargılama giderlerinin azaltılması, yargılamanın hızlandırılması veya daha güvenilir delil üretme yönünden bu yöntemin karar verme sürecine olumlu etki yaptığını gösteren bir işaret bulunmadığını, bu anlamda da bu yöntemin faydalarının abartılmış olabileceğini ileri sürmektedir.

3.6.2.3. Hâkimin Bilirkişi Görüşünü Değerlendirmesi

İngiliz hukukunda esas itibariyle bilirkişi ile diğer delillerin değerlendirilmesi arasında fark yoktur²²⁴⁷. Bilirkişi görüşünün kabul edilebilir bulunması (admissible), mahkemenin bu görüşe göre karar vermesini gerektirmez²²⁴⁸. Hâkim, gerek taraf bilirkişilerinin gerekse de müşterek bilirkişinin görüşleriyle bağlı değildir²²⁴⁹. Bu durum bir mahkeme kararında şu şekilde açıklanmıştır: bilirkişi ne kadar yetenekli ve muteber olursa olsun yargılamaya

²²⁴⁰ Reifert, 2011: 114; Wood, 2007: 96; Dwyer, 2008: 305-306; Rares, 2012: 6 vd.

²²⁴¹ Dwyer, 2008: 306; Reifert, 2011: 114; Wood, 2007: 96; Hodgkinson ve James, 2010: 700; Rares, 2012: 6 vd.

²²⁴² Reifert, 2011: 113.

²²⁴³ Davies, 2005: 6.

²²⁴⁴ Davies, 2004b: 384 vd.

²²⁴⁵ Davies, 2004b: 384 vd.; Wood, 2007: 95.

²²⁴⁶ Edmond, 2008: 24.

²²⁴⁷ Hodgkinson ve James, 2010: 386.

²²⁴⁸ Technip France SA's Patent [2004] EWCA Civ. 381. Kararın ilgili bölümü için bkz. Hodgkinson ve James, 2010: 387.

²²⁴⁹ Andrews, 2013: 1361 vd.; Durston, 2008: 513.

delilden başka bir şey veremez. Bu bağlamda bilirkişi, jurinin veya hâkimin fonksiyonlarını gasp edemez. Bilirkişilerin görevi hâkimi ve jüriyi, kendi görüşünün doğruluğunu test etmek için gerekli bilimsel kriterlerle donatmaktır. Böylece hâkim, bu bilimsel kriterleri davadaki vakıalara uygulayarak kendi hükmünü oluşturabilir. Bilimsel görüş, anlaşılır, inandırıcı ve test edilmişse, davadaki diğer delillerle birlikte değerlendirilecek bir etken olarak kabul edilir. Ancak karar, hâkim ve jüriye aittir²²⁵⁰.

Dolayısıyla, bilirkişi görüşünün aksine bir görüş ileri sürülmemiş olsa dahi mahkeme, bilirkişi görüşüyle bağlı değildir. Bu sebeple, diğer bilirkişi tarafından itiraz edilmemiş ancak yargılamadaki diğer delillerle uyumsuz olan bilirkişi görüşü mahkeme tarafından benimsenmeyebilir²²⁵¹. Aynı şekilde iki tarafın da bilirkişi delili ileri sürdüğü durumlarda, mahkeme iki muhalif görüşten bir tanesine üstünlük tanıyabileceği gibi her iki bilirkişi görüşünü de reddedebilir²²⁵². Mahkeme üstünlük tanıdığı bilirkişinin bütün görüşlerini de kararına esas almak zorunda değildir. Mahkeme, bir tarafın bilirkişi görüşünü tamamen reddedip, diğer tarafın bilirkişi görüşünün belirli bir kısmını kabul ederek, geri kalan kısmını benimsemeyebilir²²⁵³.

Buna karşılık, mahkeme bilirkişi görüşünü bir tarafa bırakarak, bilirkişi görüşünden yahut başka vasıtalarla edindiği bilgilerle uyumsuzluğu sonuçlandıramaz. Hâkim, birbiriyle çelişen görüşler arasında karar verirken uzman pozisyonu alamaz ve herhangi bir bilirkişi tarafından ileri sürülmemeyen bir teoriyi benimseyemez²²⁵⁴. Bu görüşün esas aldığı mahkeme kararına göre de, hâkim iki tıbbi teori arasından birini seçmeli yahut ikisini de reddetmelidir. Bu anlamda ne kadar makul olursa olsun kendisine ait üçüncü bir teoriyi benimseyemez²²⁵⁵. Aynı şekilde, kusurlu bir binayla ilgili başka bir davada da, bilirkişi görüşünün yetersiz yönlerini ele almak için bilirkişiyi tekrar çağırmak yerine konuyla ilgili kendi teorisini geliştiren ilk derece mahkemesinin kararı bozulmuştur²²⁵⁶.

²²⁵⁰ Davie v Magistrates of Edinburg [1953] SC 34 Kararın ilgili bölümü için bkz. Hall ve Smith, 2001: 6; Tapper, 2010: 543.

²²⁵¹ Durston, 2008: 513. Bir İngiliz ilk derece mahkemesi, imzanın sahte olup olmadığı ile ilgili şahit ifadesini, müşterek bilirkişi olarak atanan grafolog görüşüne tercih etmiştir. Temyiz mahkemesi, bu konuda doğrudan bir karar vermemekle birlikte, ilk derece mahkemesinin bu kanaatinin aksine bir görüş bildirmemiştir. Bkz. Fuller v. Strum [2002] 1 WLR 1097. Kararın ilgili bölümü ve açıklamalar için bkz. Durston, 2008: 513. Aynı yönde; Armstrong v First York Ltd [2005] 1 WLR 2751, CA [2005] EWCA Civ 277. Kararın ilgili bölümü için bkz. Andrews, 2013: 1361; Coopers Payen Ltd v. Southampton Container Terminal Ltd [2003] EWCA Civ. 1223. Kararın ilgili bölümü için bkz. Jackson, 2014: 1159.

²²⁵² Durston, 2008: 513; Mclean v Weir (1977) 3 C.C.L.T. 87. Kararın ilgili bölümü için bkz. Hodgkinson ve James, 2010: 388.

²²⁵³ Tapper, 2010: 543-544.

²²⁵⁴ Hodgkinson ve James, 2010: 388

²²⁵⁵ Mclean v Weir (1977) 3 C.C.L.T. 87. Kararın ilgili bölümü için bkz. Hodgkinson ve James, 2010: 388.

²²⁵⁶ Devoran Joinery Co Ltd v. Perkins (No.2), [2003] EWCA Civ 1241. Kararın ilgili bölümü için bkz. Jackson, 2014: 1138.

Mahkeme, bilirkişi görüşünü neden benimsediğini veya benimsemediğini yahut iki zıt bilirkişi görüşünden bir tanesine neden üstünlük tanıdığını gerekçeleriyle birlikte açıklamak zorundadır²²⁵⁷. Ayrıca mahkemenin bilirkişi görüşünü değerlendirirken kullandığı muhakeme (gerekçe) ile verilen karar uyumlu olmalı, bu anlamda da uygulanan muhakeme, verilen kararı destekler nitelikte olmalıdır²²⁵⁸. Özellikle uzmanlıkla ilgili bir boşluk varsa, mahkeme dikkatli bir şekilde incelemeyen bilirkişi görüşünü kabul veya reddetmemelidir²²⁵⁹.

Bilirkişi görüşü olmadan davanın çözümlenemeyeceği ve iki tarafın bilirkişi görüşleri arasında bir tercih yapılamadığı durumlarda; (iki bilirkişi görüşünden de tam olarak tatmin olunmadığı zamanlarda) hâkim, ispat yükü üzerinde olan tarafın, bu yükümlülüğünü gerekli standartlarda yerine getirmediğini belirterek davayı karara bağlayacaktır²²⁶⁰.

3.7. Bilirkişi Ücreti

Bilirkişiler, mahkemeye ve taraflara karşı yerine getirdikleri görevlerin karşılığı olarak bir ücrete hak kazanmaktadır. Bu ücret, bilirkişiliğin türüne göre bilirkişiyi atayan tarafça veya müşterek bilirkişi atandığı durumlarda, her iki tarafça ödenmektedir²²⁶¹. Kendisine ücret ödenmeyen bilirkişi, tanıklık yapmayı reddedebileceği gibi kural olarak delil vermeye de zorlanamaz²²⁶².

Tarafların kendi bilirkişilerini atadığı durumlarda, taraflardan her biri, bilirkişiyle yapacağı anlaşmaya uygun olarak bilirkişi ücretini ödemektedir²²⁶³. Taraf ile bilirkişi arasında yapılacak bu anlaşma, sorumluluğa ilişkin istisnai hususlar dışında genel sözleşmeler hukukuna (general law of contract) tabidir²²⁶⁴. Bilirkişiye ödenecek ücret, harcanan zamana göre yahut baştan götürü şeklinde belirlenebilmektedir. Götürü ücret belirlendiği durumlarda, bilirkişiye yargılamanın başında ödeme yapabileceği gibi, bilirkişinin hak kazandığı ücret belirlenen tarihlerde taksitler halinde de ödenebilmektedir. Uygulamada ücretin harcanan

²²⁵⁷ Tapper, 2010: 543; Hodgkinson ve James, 2010: 386; Temple v. South Manchester Health Authority 2002 EWCA Civ 1406; Flannery v. Halifax Estate Agencies [2000] 1 WLR. 377. Kararların ilgili bölümleri için bkz. Jackson, 2014: 1137.

²²⁵⁸ X v. Brown [2003] EWCA Civ 181. Kararın ilgili bölümü için bkz. Jackson, 2014: 1137.

²²⁵⁹ Tapper, 2010: 543.

²²⁶⁰ Hodgkinson ve James, 2010: 385.

²²⁶¹ Zuckerman, 2003: 632.

²²⁶² Brown v Bennett (2000) Times, 2 November. Karar için bkz. Zuckerman, 2003: 632.

²²⁶³ Bond vd., 2012: 137. Burada geçen taraf kavramı, taraf vekillerini de kapsamaktadır. Uygulamada bilirkişilik sözleşmeleri genellikle tarafın bizzat kendisi tarafından değil, taraf vekili ile bilirkişi arasında yapılmaktadır. Bu çerçevede, bilirkişi vekilden talimat almakta ve ücreti yine vekil tarafından ödenmektedir. Ancak vekil ile bilirkişi arasındaki iletişim bizzat tarafın rızası olmaksızın açıklanamaz. Bunun gibi tarafın rızası olmadıkça bilirkişi raporu karşı tarafa açıklanamaz. Bkz. Bond vd., 2012: 66. Belirtmek gerekir ki; vekil tarafından yapılan sözleşmelerde bilirkişiye ücret ödeme sorumluluğu vekil de olmasına rağmen, bu para genellikle müvekkilin kendisi tarafından sağlanmaktadır. Bu bağlamda, bilirkişi ücreti taraftan vekile, vekilden de bilirkişiye geçmektedir. Bkz. Bond vd., 2012: 134.

²²⁶⁴ Hodgkinson ve James, 2010: 397.

zamana göre (saatlik) hesaplandığı durumlarda, yapılan anlaşmaya göre bilirkişi yargılamanın belirli safhalarında veya hüküm verildikten sonra ilgili tarafa ne iş yapıldığını ve bunların ne kadar sürdüğünü gösteren tabloyla birlikte fatura göndermektedir. İlgili taraf, faturayı aldıktan sonra yine sözleşmede belirtilen süre içinde bilirkişiye ödeme yapmaktadır²²⁶⁵. Yapılan sözleşmede ücret belirtilmediği takdirde taraf veya avukatı, bilirkişiye makul bir ücret (reasonable fee) ödemekle yükümlüdür²²⁶⁶.

Taraflar, bilirkişi atamak için mahkemeden izin talep ederken, bilirkişiye ödeyecekleri tahmini ücreti ve masrafı mahkemeye bildirmek zorundadır [CPR m. 35.4.(2)]. Böyle durumlarda mahkeme, bilirkişi atanmasına izin verdiği takdirde, tarafların bildirdiği miktar ile bağlı kalmaksızın kazanan tarafın karşı taraftan tahsil edebileceği bilirkişi ücreti ve masrafını baştan sınırlandırabilmektedir [CPR m. 35.4.(4)]. Böylece mahkeme usul ekonomisini sağlarken tarafların çok yüksek bilirkişi ücretleri ödemesini de engelleyebilmektedir²²⁶⁷. Bunun yanında yargılama gideri olarak tahsil edilebilecek bilirkişi ücreti, bazı durumlarda ilgili mevzuat tarafından da sınırlandırılmıştır. Örneğin, küçük iddialar yargılama usulüne tabi davalarda (small claims track) her bir bilirkişi için hükmedilecek yargılama gideri 750 sterlini geçemez [PD 27 m. 7.3 (2)]. Ancak belirtmek gerekir ki; gerek mevzuatsal sınırlandırmalar (yargılama giderlerine ilişkin) gerekse de mahkemenin bu yönde vereceği kararlar, tarafın kendi bilirkişisine karşı olan sözleşmesel sorumluluğunu etkilemez²²⁶⁸.

İngiliz uygulamasında bilirkişi ile yapılan anlaşma çoğunlukla avukatlar tarafından yapılmaktadır. 2007 yılına kadar yürürlükte bulunan düzenlemelere göre; avukatlar müvekkilleri adına anlaştıkları bilirkişilerin ücretlerinden şahsen sorumlu tutulmaktaydı. Bu kapsamda, avukatın müvekkilinden bilirkişi ücretini ödemek için masraf alıp almaması da önemli değildi. Ancak bilirkişi ile avukat arasında yapılan sözleşmede bu durumun aksi kararlaştırılabilmekteydi²²⁶⁹. Bu kural, 2007 yılından sonra yapılan değişikliklerde tekrarlanmamıştır. Buna rağmen iyi oturmuş bir uygulama ve yerleşmiş örf ve âdet olarak halen yürürlükte olduğu düşünülmektedir²²⁷⁰. Bu sebeple, taraflarca aksi kararlaştırılmadığı müddetçe, kendisine ücret ödenmeyen bilirkişi, alacağını tahsil etmek için avukata

²²⁶⁵ Bond vd., 2012: 136. Bilirkişinin ücretiyle ilgili uyuşmazlıkların birçoğu da ücretin saatlik olarak belirlendiği durumlarda ortaya çıkmaktadır. Bilirkişi tarafından harcandığı iddia edilen zamanın makul olup olmadığı, bilirkişinin anlaşılan zaman diliminde ve anlaşılan şekilde görevini tamamlayıp tamamlamadığı bu tür uyuşmazlıkların konusunu oluşturmaktadır. Bkz. Hodgkinson ve James, 2010: 397.

²²⁶⁶ Hodgkinson ve James, 2010: 397.

²²⁶⁷ Zuckerman, 2003: 636.

²²⁶⁸ The Academy of Experts, 2004: 14.3

²²⁶⁹ Hodgkinson ve James, 2010: 396; Guide to the Professional Conduct of Solicitors (1999) Principle 20.01, note 1.

²²⁷⁰ Hodgkinson ve James, 2010: 396.

başvurabilmektedir²²⁷¹. Ancak bu durum müvekkilin bilirkişi ücretinden sorumlu olmadığı anlamına gelmez. Müvekkil daha önce ödeme yapmadıysa, bilirkişiye ödenen ücreti avukatına ödemekle yükümlüdür²²⁷².

Bilirkişinin davanın sonucuna göre ücret alıp alamayacağı tartışmalıdır. Doktrindeki bir görüşe göre; davanın sonucuna göre bilirkişiye ücret ödenmesi, ekonomik olarak zayıf olan ve davanın başında ücret ödeyemeyecek tarafın adalete erişimine yardımcı olur ve zengin tarafla eşit bir şekilde mücadele edilmesini sağlayabilir²²⁷³. Bu düşünceye uygun bir mahkeme kararında; tarafın ödeme gücünün olmadığı durumlarda, davanın kazanılması halinde elde edilecek ücretin belirli bir oranı üzerinden bilirkişiye ödeme yapılmasını düzenleyen anlaşmanın geçerli olduğuna hükmedilmiştir²²⁷⁴.

Doktrinde belirtilen diğer bir görüşe göre ise bilirkişinin asıl görevi, uzmanlığıyla ilgili meselelerde mahkemeye tarafsız ve objektif görüş sunmaktır. Dolayısıyla sunulacak delil, uyuşmazlığın gereksinimlerinden etkilenmemiş, bilirkişinin bağımsız bir ürün olarak görülmelidir²²⁷⁵. Bu çerçevede, davanın sonucuna göre belirlenecek ücret, bilirkişinin yargılamadaki tarafsızlığına gölge düşürebilecektir²²⁷⁶. Nitekim bilirkişi protokolünün 7.6. maddesi uyarınca da, davanın sonucuna bağlı ödemeler teklif veya kabul edilmemelidir. Bunların yapılması bilirkişinin mahkemeye karşı olan öncelikli görevlerine ve bağımsızlık yükümlülüğüne aykırılık teşkil edebilir. Buna karşılık, davanın sonucuna bağlı olmadığı müddetçe, bilirkişiye yapılacak ödemenin dava sonuna kadar ertelenmesine ilişkin anlaşmaların yapılması mümkündür (Protocol m. 7.7). Aynı şekilde, yukarıda belirttiğimiz protokolün yerini alan Medeni Adalet Komisyonu'nun rehber niteliğindeki düzenlemesinde de, taraflara şarta veya davanın sonucuna bağlı ücret kararlaştırmamaları önerilmektedir (Guidance m. 88). Bunun gibi avukatların mesleklerini icra ederken uymaları gereken hükümler uyarınca da, vereceği delile veya davanın sonucuna göre tanığa ödeme teklif edilmemelidir²²⁷⁷. Yine bilirkişilerin bağlı bulunduğu meslek kuruluşlarının yayınladığı kurallarda da davanın olumlu sonuçlanmasına bağlı ödemelerin kabul edilmemesine ilişkin

²²⁷¹ Browne ve Catlow, 2010: 41; Hodgkinson ve James, 2010: 396. Esasen bu kural temsilcinin (agent) sözleşmeden şahsen sorumlu olmadığını öngören genel kurala istisna teşkil etmektedir. Bkz. Hodgkinson ve James, 2010: 396, dpn. 3.

²²⁷² Hodgkinson ve James, 2010: 397.

²²⁷³ Hodgkinson ve James, 2010: 400.

²²⁷⁴ Factortame Ltd v Secretary of State for the Environment, Transport and the Regions (No 2) [2002] 4 All ER 97 (CA). Kararın ilgili bölümü için bkz. Zuckerman, 2003: 630-631. Aynı yönde; Davis v. Stena [2005] EWHC 420 (QB). Bu davada mahkeme, davanın sonucuna göre belirlenecek bilirkişi ücretini kabul etmiş ve bilirkişinin tarafsızlığının ve güvenilirliğinin çapraz sorgulama yöntemiyle değerlendirilebileceğini belirtmiştir. Kararın ilgili bölümü için bkz. Jackson, 2014: 1149. Ayrıca bkz. 3.4.2. Tarafsız Olma Yükümlülüğü.

²²⁷⁵ Hodgkinson ve James, 2010: 399.

²²⁷⁶ Jackson, 2014: 1149.

²²⁷⁷ SRA Code of Conduct 2011 Version 13 O (5.8).

hükümler bulunmaktadır²²⁷⁸. Esasen tarafların da, bu şekilde yapılacak anlaşmalardan uzak durması muhtemeldir. Zira böyle anlaşmalar bilirkişiyi, bağımsızlıkla ilgili çapraz sorgulamalarda savunmasız bırakabileceği gibi, hâkimin delile vereceği ağırlığı da olumsuz yönde etkileyebilir²²⁷⁹.

Müşterek bilirkişi atandığı durumlarda ise, mahkemeye aksi kararlaştırılmadığı müddetçe, bilirkişi ücretinden her iki taraf müşterek ve müteselsilen sorumludur [CPR m. 35.8 (5)]. Mahkeme, durumun özelliklerine göre, bilirkişiye talimat verilmeden önce bilirkişi ücretinin taraflardan biri veya her iki tarafça mahkemeye yatırılmasına karar verebilir [CPR m. 35.8 (4)(b)]. Bunun yanında mahkeme, bilirkişiye ödenecek ücret ve masrafların sınırlandırılmasına da karar verebilir [CPR m. 35.8 (4)(a)]. Ancak bu yetki geçmişe etkili olarak kullanılamaz. Bu sebeple ücreti sınırlandırma yetkisi, yalnızca müşterek bilirkişi atanmadan önce kullanılabilir²²⁸⁰. Öte yandan mahkemenin bu yetkisi, taraf bilirkişisi atandığı durumlarda uygulanmaz. Bu anlamda bu yetkinin taraf bilirkişisi atandığı durumlarda yargılama gideri olarak karşı taraftan tahsil edilebilecek bilirkişi ücretinin mahkeme tarafından sınırlandırılmasıyla karıştırılmaması gerekir²²⁸¹. Diğer taraftan, Medeni Usul Kuralları'nın 35.8.(3)(a) maddesinde, mahkemenin müşterek bilirkişiye yapılacak ödemeler hakkında da talimat verebileceği belirtilmektedir. Bu hükümle mahkemeye verilen yetki, yukarıda izah edilenden farklı olarak, bilirkişi ücretinin miktarı (sınırlandırılmasıyla) ile ilgili değildir. Mahkeme, bu yetkiyle; ücretin ne zaman ödeneceği, kime ödeneceği (mahkemeye depo edilmesi dışında) veya ücret ve masrafların güvenceye alınması gibi müşterek bilirkişinin ücret ve masraflarının ifasına ilişkin talimatlar verebilmektedir²²⁸².

Bilirkişiler gibi hâkim yardımcıları (assessors) da mahkemeye sundukları hizmet karşılığında bir ücrete hak kazanmaktadır. Bu ücret, mahkeme tarafından belirlenir ve yargılama gideri olarak kabul edilir [CPR m. 35.15(5)]. Mahkeme taraflardan birine, hâkim yardımcısı ücretinin teminatı olarak, belirli bir miktar paranın mahkeme ofisine yatırılmasını emredebilir. Böyle bir durumda hâkim yardımcısı para depo edilinceye kadar görevini ifa etmeye başlamaz [CPR m. 35.15 (6)]. Bu hükümler, hâkim yardımcısının ücretinin parlamento tarafından karşılandığı durumlarda uygulanmaz [CPR m. 35.15 (7)].

Medeni Usul Kuralları'nın 35.6. maddesi uyarınca bilirkişiye yazılı sorular yöneltilmesi halinde, bilirkişi normal ücretinin dışında ayrıca bir ücrete hak

²²⁷⁸ Hodgkinson ve James, 2010: 400.

²²⁷⁹ Hodgkinson ve James, 2010: 400.

²²⁸⁰ Hodgkinson ve James, 2010: 398.

²²⁸¹ Hodgkinson ve James, 2010: 398.

²²⁸² Hodgkinson ve James, 2010: 398.

kazanmaktadır²²⁸³. Bu ücret, sorunun kim tarafından sorulduğuna bakılmaksızın, bilirkişiyi atayan tarafça²²⁸⁴ veya müşterek bilirkişi atandığı durumlarda aksine karar verilmediği müddetçe her iki tarafça ödenmektedir [PD 35 m. 6.2].

İngiliz hukukunda, yargılama giderlerine ilişkin rejim, Medeni Usul Kuralları ile birlikte değişmiştir. Ancak yeni getirilen sistemin karmaşık, anlaşılması güç ve uygulanmasının oldukça zor olduğu belirtilmektedir²²⁸⁵. Bu çerçevede, yargılama giderlerine ilişkin hükümlerin usulde basitlik ilkesine aykırı olduğu ifade edilmektedir²²⁸⁶. Getirilen yeni sistemde; yargılama giderlerine ilişkin temel kural, Türk hukukunda olduğu gibi, aksi mahkeme tarafından karar verilmedikçe kaybeden tarafın yargılama giderlerini ödemesidir [CPR m. 44.2 (2)(a)]²²⁸⁷. Bu hüküm uyarınca da; Amerikan yargılama sisteminden farklı olarak, davayı kazanan taraf, bilirkişiyi ödediği ücret ve masrafları karşı taraftan tahsil edebilmektedir²²⁸⁸. Ancak burada bahsedilen bilirkişi, mahkemenin izni ile yargılamaya görüş (delil) sunmasına izin verilmiş kişidir. Yargılamada delil ileri sürmeyen ve tek görevi yanında bulunduğu tarafa bilimsel ve teknik yardımda bulunmak olan danışmana ödenen ücret ise, kural olarak yargılama giderleri arasında değildir²²⁸⁹. Ancak mahkeme bu ücretin karşı tarafça ödenmesini makul bulursa, uzman ücretinin karşı taraftan tahsil edilmesine karar verebilmektedir²²⁹⁰. Aynı şekilde taraflar, uzmanlara verilecek ücretlerin kaybeden tarafça ödenmesini içeren anlaşmalar da yapabilir²²⁹¹.

Bilirkişi ücretinin (ve diğer yargılama giderlerinin) karşı taraftan tahsil edilebilmesi için bazı şartların oluşması gerekmektedir. Öncelikli olarak bilirkişi ücret ve masraflarının makul bir şekilde ortaya çıkması (yapılması-reasonably incurred) ve yine bu ücret ve masrafların makul bir miktarda (reasonable in amount) olması gerekmektedir [CPR m. 44.3 (1)]. Bilirkişi ücretinin makul şekilde ortaya çıkıp çıkmadığı değerlendirilirken, bilirkişinin ileri sürdüğü delilin davanın sonucuna etkili olup olmadığı ve bu delili ileri süren kişinin gerçekten ilgili konuda uzman olup olmadığı göz önünde bulundurulmalıdır²²⁹². Örneğin, tek

²²⁸³ Zuckerman, 2003: 636.

²²⁸⁴ Zuckerman, 2003: 636.

²²⁸⁵ Andrews, 2003: 855. Hatta Yazar'a göre eserin yazıldığı 2003 yılında yargılama giderlerine ilişkin mevcut kuralları bilen İngiltere'de birkaç kişi bulunmaktadır. Age: 855.

²²⁸⁶ Andrews, 2003: 855.

²²⁸⁷ Andrews, 2003: 825. "Cost Shifting Rule", "Cost follow the Event" Bkz. Age: 855.

²²⁸⁸ Bond vd., 2012: 133; Zuckerman, 2003: 636. Küçük iddialar yargılama usulüne (small claims track) tabi davalarda, yargılama gideri olarak karşı taraftan tahsil edilebilecek bilirkişi ücreti 750 sterlin ile sınırlandırılmıştır. Bkz. PD 27 m. 7.3(2)

²²⁸⁹ Browne ve Catlow, 2010: 41.

²²⁹⁰ Zuckerman, 2003: 636.

²²⁹¹ Zuckerman, 2003: 636.

²²⁹² Hodgkinson ve James, 2010: 404. Esasen bu hususlar bilirkişi delilinin kabul edilebilirliği ile (yargılamaya dâhil edilmesiyle) ilgili meselelerdir ve asıl uyumsuzluğu çözen hâkim tarafından yargılama sırasında karara bağlanmalıdır. Ancak yargılama giderleri, her zaman için asıl uyumsuzluğu çözen hâkim tarafından

fonksiyonu sıradan İngilizce kelimelere ilişkin delil sunmak olan bilirkişinin masraf ve ücreti karşı taraftan tahsil edilemeyebilir²²⁹³. Öte yandan birden fazla bilirkişinin görev yaptığı davalarda ise, bilirkişilere ödenen ücretin makul şekilde ortaya çıkıp çıkmadığı ayrı ayrı değerlendirilmeli; adalete erişim veya hakkın icrası için her bir bilirkişiye ilişkin masrafın gerekli ve uygun olup olmadığı incelenmelidir²²⁹⁴. Dolayısıyla, aynı uzmanlık konusuna ilişkin birden fazla bilirkişi delili sunulduğu durumlarda, ortaya çıkan fazla masraf ve ücretin makul olmadığına karar verilebilir²²⁹⁵. Bunun yanında yargılama giderlerinin standart temelde (standard basis) değerlendirildiği durumlarda, bilirkişi masraf ve ücretinin dava konusu meselelerle orantılı olması da (proportionate) gerekmektedir [CPR m. 44.3 (2) a]²²⁹⁶. Makul şekilde ortaya çıkmış olsalar da, orantısız olan bilirkişi ücret ve masrafları mahkeme tarafından azaltılabilir veya tamamen kaldırılabilir. Yapılan yargılama giderinin orantılı olup olmadığı değerlendirilirken, dava konusunun miktar veya değeri, uyuşmazlığın karmaşıklığı, ödeyen tarafın davranışı dolayısıyla ortaya çıkmış ek bir işin olup olmadığı ve davanın ünü veya kamu bakımından taşıdığı önem gibi daha geniş faktörler göz önünde bulundurulur [CPR m. 44.3 (5)].

Bunun dışında, Medeni Usul Kuralları, yargılama giderleri hakkındaki temel kuraldan ayrılma noktasında mahkemeye takdir hakkı vermektedir. Bu çerçevede, mahkeme yargılamanın gerektirdiği hallerde, davanın sonuca bakmaksızın, bilirkişi ücretinin tamamının veya bir kısmının taraflardan biri tarafından ödemesine karar verebilmektedir²²⁹⁷. Mahkeme bu değerlendirmeyi yaparken yargılamadaki bütün unsurları, özellikle de tarafların davadaki tutumlarını²²⁹⁸ ve yargılama masraflarının ortaya çıktığı usul kesintindeki haklılık durumlarını

değerlendirilmez. Yargılama giderleri, asıl uyuşmazlığa bakan hâkimden farklı bir hâkim tarafından değerlendirilebilir. Böyle bir durumda, ilgili hâkim (The Cost Judge) uyuşmazlığı çözen mahkemenin bu konudaki kararıyla bağlı olmaksızın (ilgili delili yargılamaya dâhil etme kararı) bilirkişiye ilişkin masrafın makul bir şekilde ortaya çıkıp çıkmadığını inceleyebilir. Bkz. Age: 405-407.

²²⁹³ Halvanon Insurance v Jewett Duchesne [1987] 4 C. L. 245. Kararın ilgili bölümü için bkz. Hodgkinson ve James, 2010: 405.

²²⁹⁴ Mitchell v Mulholland (1973) 117 S. J. 307. Kararın ilgili bölümü için bkz. Hodgkinson ve James, 2010: 404.

²²⁹⁵ Uyuşmazlığa bakan mahkeme, dava yönetim toplantısında, her bir tarafça kullanılmak istenen bilirkişi sayısına, ilgili uzmanlıkları da değerlendirerek karar verir. Ancak yukarıda belirttiğimiz üzere asıl uyuşmazlığı çözen mahkemenin kararı, yargılama giderlerini değerlendiren hâkimi (The Costs Judge) bağlamaz. Bkz. Hodgkinson ve James, 2010: 407.

²²⁹⁶ Hodgkinson ve James, 2010: 403. Buna karşılık, yargılama giderlerinin tazminat temelinde (indemnity basis) değerlendirildiği durumlarda, bilirkişi ücretinin orantılı olması gerekmez. Bkz. Age: 403.

²²⁹⁷ Zuckerman, 2003: 636.

²²⁹⁸ Mahkeme tarafların davadaki tutumlarını değerlendirirken, gerek yargılama öncesindeki gerekse de yargılama sırasındaki davranışlarını dikkate alır. Bunun yanında bir iddia veya konunun taraflarca ileri sürülmesinin veya bunlara itiraz edilmesinin makul olup olmadığı ve tarafların bu konudaki hareket tarzları da mahkemece değerlendirilmektedir. Mahkeme ayrıca davasında kısmen veya tamamen başarılı olsa da davacının iddiasını abartıp abartmadığını da dikkate alır. Bkz. [CPR 44.2 (5)]. Yukarıda belirtilen unsurları değerlendirerek taraflardan birinin yargılamada dürüst ve iyi niyetli tutum sergilemediğine kanaat getiren mahkeme, davanın sonuca bakmaksızın iyi niyetli olmayan tarafın yargılama giderlerinin tamamını veya bir bölümünü ödemesine hükmedebilir. [CPR m. 44.2 (2),(4),(5)].

dikkate almak zorundadır. [CPR m. 44.2 (4)]²²⁹⁹. Bunun yanında tarafların dava öncesi dönemde uyması gereken kuralları düzenleyen protokollere (pre-action protocol) aykırı davranışlar da yargılama giderlerine mahkûm olmayı gerektirebilir. Bu çerçevede, dava sonunda haklı çıkan ancak belirtilen protokollere uymayan taraf bir müeyyide olarak yargılama giderlerine mahkûm edilebilir²³⁰⁰.

Unutulmamalıdır ki; bilirkişiye ödenecek ücret ile karşı taraftan yargılama gideri olarak tahsil edilebilecek ücret aynı değildir. Bunun gibi, bilirkişi ücretinin karşı taraftan tam olarak tahsil edilememesi, bilirkişiye ödeme yapmamak için haklı bir sebep oluşturmaz. Davayı kazanan taraf, yargılama gideri olarak hükmedilen miktar veya karşı taraftan tahsil edilen para ile bağlı olmaksızın, bilirkişiye anlaştıkları ücreti tam olarak ödemekle yükümlüdür. Ancak, geçerlilikleri tartışmalı olmakla beraber, bilirkişiye ödenecek ücretin, karşı taraftan yargılama gideri olarak alınabilecek miktar ile sınırlı olduğunu öngören anlaşmalar yapılabilir²³⁰¹.

3.8. Bilirkişinin Hukuki Sorumluluğu

Ortak hukuk (common law) geleneğinde; hâkimler, vekiller, jüri üyeleri ve tanıklar, mahkemede söyledikleri sözlerden veya mahkemedeki hareketlerinden dolayı sorumlu tutulamaz²³⁰². Kamu düzeni düşüncesiyle kabul edilen ve tanıkları da hukuk davalarından

²²⁹⁹ İngiliz hukukunda, yargılama giderleri noktasında mahkemeye geniş bir takdir hakkı verilmiştir. Belirttiğimiz gibi kaybeden tarafın yargılama giderlerini ödemesi, temel kural olarak kabul edilmekle beraber, mahkeme yargılama giderlerinin tamamının veya bir bölümünün kazanan tarafça ödenmesine karar verebilmektedir. Bunun yanında taraflarca ödenecek yargılama giderlerinin miktarı konusunda da mahkemenin takdir hakkı geniş tutulmuştur. Bu çerçevede, mahkeme, masrafların oransal olarak ödenmesine, belirli bir tarihten önce veya sonra yapılan masrafların bir tarafça ödenmesine, yargılama başlamadan önce yapılan bazı masrafların bir tarafça ödenmesine, yargılamadaki belirli bir aşamaya veya işleme ilişkin giderlerin taraflardan biri tarafından ödenmesine veya da uygun görülecek bir zamandan itibaren yargılama giderlerine faiz işletilmesine karar verebilmektedir [CPR m. 44.2 (6)]. Örneğin, davacı yargılama sonunda, davalı tarafın uzlaşma teklifinde önerdiği miktardan daha azına hak kazanırsa, davacı teklifin yapıldığı zamandan sonra ortaya çıkan yargılama giderlerinden davayı kazansa da sorumlu tutulabilir. Ancak mahkeme bu durumun adil olmadığına karar verirse aksi yönde de hüküm kurabilir. Bkz. CPR Part 36; Andrews, 2013: 1366 vd.

²³⁰⁰ Hodgkinson ve James, 2010: 412-413.

²³⁰¹ Hodgkinson ve James, 2010: 408.

²³⁰² Sime, 2013: 896. Bu bağışıklığın temelleri, 18. yüzyılda verilmiş mahkeme kararlarına kadar dayanmaktadır. Örneğin, 1772 tarihli bir mahkeme kararına göre; taraf, tanık, vekil, jüri veya hâkim ofiste söylediği sözlerden dolayı cezai ve hukuki olarak sorgulanamaz. Eğer kullanılan sözler hakaret içeriyor veya ilgisizse mahkeme gerekli durumlarda bununla ilgili kişiyi cezalandırır. R v. Skinner [1772] Lofft 55 Kararın ilgili bölümü için bkz. Hall ve Smith, 2001: 103-104. Başlangıçta tanıkların cezai sorumluluğunu da kapsayan bu bağışıklık, daha sonra sadece hukuk davaları ile sınırlandırılmıştır. Bağışıklığın gerekçesi bir mahkeme kararında şu şekilde açıklanmıştır; hâkimler, vekiller, jüri üyeleri ve tanıklar, duruşma sırasında mahkemede söyledikleri ve yaptıklarından dolayı hukuk davalarından kesin bağışıklığa sahiptir. Bu durum, hukukun bu kişilere özel bir hassasiyet göstermesinden dolayı değil, kamu düzeninin gerektirmesinden kaynaklanmaktadır. Bu kişilerin, davasını kaybetmiş hoşnutsuz ve muhtemelen ekonomik olarak iyi durumda olmayan şahısların tacizlerinden korkmadan, fonksiyonlarını yerine getirmeleri son derece önemlidir. Hukuk, onların ihmalkâr olma riskini almış, ihmalkâr olup olmalarına ilişkin davalara karşı kendilerine bağışıklık vermiştir. Bu bağışıklık, adaletin verimli ve hızlı yürütülmesi için zaruridir. Sutcliffe v Thackrah (1974) AC 727. Kararın ilgili bölümü için bkz. Hall ve Smith, 2001: 105. Tanıklara (bilirkişilere) bu bağışıklığın tanınmasının diğer bir nedeni olarak da aynı

koruyan bu imtiyaz (bağışıklık), mahkemede verilen ifadeyi ve delil sunmak için yapılan hazırlıkları da kapsamaktadır²³⁰³. Burada bahsedilen sorumluluk hukuki sorumluluktur. Buna karşılık verecekleri delillerden dolayı, tanıklar ceza davalarının süjesi olabilir. Örneğin, tanıklar aleyhine yalan beyandan dolayı ceza davası açılabilir²³⁰⁴.

Bilirkişinin de tanık olarak kabul edilmesinin sonucu olarak, ortak hukuk (common law) sisteminin tanıklara sağladığı hukuki koruma, geleneksel olarak bilirkişiye de tanınmaktaydı²³⁰⁵. Bu yöndeki bir mahkeme kararında da belirtildiği gibi, bilirkişinin mahkemede sunduğu delilden dolayı kimseye karşı özen borcu altında olmadığı kabul edilmekteydi²³⁰⁶. Bu çerçevede bağışıklık, gerek bilirkişiyi yargılamaya dâhil eden tarafça gerekse de yargılamanın diğer tarafınca açılacak davaları kapsamaktaydı. Bu koruma uyarınca; bilirkişi, hem mahkemede söylediği sözlerden²³⁰⁷ dolayı hem de mahkemeye sunduğu veya karşı tarafa açıkladığı (disclosure) raporda kullandığı ifadelerden dolayı sorumlu tutulmamaktaydı²³⁰⁸. Bunun yanında bir mahkeme kararına göre; tanıklar yukarıda belirtilen hususların dışında, davada bulunmalarıyla alakalı malzemelerin toplanması, analiz edilmesi veya hazırlanmasıyla ilgili söz ve davranışları için de belirtilen bağışıklığa sahipti²³⁰⁹. Bu açıdan bilirkişilerin görüşlerini oluşturmak için yapacakları inceleme, araştırma, deney veya muayeneler için de hukuki sorumlulukları bulunmamaktaydı.

meselerle ilgili uyuşmazlıkların defalarca denenmesinin önüne geçilmesi olduğu belirtilmektedir. Bkz. Hodgkinson ve James, 2010: 419, 428.

²³⁰³ Sime, 2013: 896.

²³⁰⁴ Perjury Act 1911 m. 1.

²³⁰⁵ Belirtilen bağışıklık sınırsız değildir. Bazı durumlarda bilirkişinin hazırladığı rapordan veya verdiği ifadeden dolayı hukukten sorumlu olabileceği belirtilmektedir. Örneğin, bilirkişi, kendisini tutan taraf ile arasında gizli kalması gereken bilgileri (privilege) ifşa ederse, hukukten sorumlu olabilir. Bu çerçevede, kendisini tutan tarafın açıkça yetki vermemesine rağmen, uyuşmazlık için hazırladığı raporun bir örneğini üçüncü kişiye veren bilirkişi aleyhine, kendisini yargılamaya dâhil eden tarafça hukuk davası açılabilir. Bkz. Darker v Chief Constable of the West Midlands Police [2001] 1 A.C 435 HL. Bunun gibi tartışmalı ve aksine birçok karar bulunmasına rağmen bir mahkeme kararında; uyuşmazlığın bir tarafının talimatıyla hazırladığı raporla karşı tarafa iftara (libel) atan bilirkişinin hukukten sorumlu olabileceği belirtilmiştir. Bkz. Schneider v Leigh [1955] 2 QB. 195 CA. Aksi yönde; Arthur J.S. Hall v. Simons (2002) 1 A.C. 615, 697. Aksi yönde kararlar için bkz. Andrews, 2005: 567. Kararlar ve açıklamalar için bkz. Hodgkinson ve James, 2010: 426-427.

²³⁰⁶ Arthur J.S. Hall v. Simons [2002] 1 A.C. 615, 697. Kararın ilgili bölümü için bkz. Andrews, 2005: 567.

²³⁰⁷ Buna karşılık, bir uzmanın kendisini tutan tarafa, iddiasının esasına (merits of the claim, geçerli olup, olmadığına) ilişkin verdiği tavsiyelerden (tanık ifadesi kabul edilmeyen) dolayı hukuki bağışıklığının bulunmadığı kabul edilmektedir. Bkz. Zuckerman, 2003: 634; Hall ve Smith, 2001: 107; Hodgkinson ve James, 2010: 436.

²³⁰⁸ Jackson, 2014: 1166; Zuckerman, 2003: 632; Hodgkinson ve James, 2010: 419; Stanton v. Callaghan [2000] 1 QB 75, 100, [CA] Kararın ilgili bölümü için bkz. Andrews, 2003: 759. Palmer v Durnford [1992] QB 483. Kararın ilgili bölümü için bkz. Hall ve Smith, 2001: 106. Bilirkişilerin hukuk davalarına karşı bağışıklığı o kadar koruyucudur ki; bilirkişi ifadesinin, dürüst olmayan bir şekilde veya art niyetle verilmesi bağışıklığın kaldırılmasına sebep olmaz. Ancak belirttiğimiz üzere; bu bağışıklık bilirkişi aleyhine açılacak ceza davalarını kapsamaz. Bu sebeple kasten yanlış beyanda bulunan bilirkişi aleyhine ceza soruşturması başlatılabilir. Bkz. Hodgkinson ve James, 2010: 427-428.

²³⁰⁹ Marrivan v Vibrani (1963) 1 QB 528. Kararın ilgili bölümü için bkz. Hall ve Smith, 2001: 106. Buna karşılık bilirkişinin incelemelerini yürütürken bir delili yok etmesi, zarar vermesi, gizlemesi veya uydurması söz konusu olursa, bu sebeplerden dolayı oluşacak zararlardan bilirkişinin sorumlu olabileceği belirtilmektedir. Bkz. Hodgkinson ve James, 2010: 434.

Mevcut durumda ise; bilirkişiler, yargılamanın karşı tarafınca açılacak hukuk davaları bakımından (claims in defamation) belirtilen imtiyazdan yararlanmaya devam etmektedir. Buna karşılık, kendilerine ücret ödeyen ve yargılamaya dâhil eden tarafça açılacak hukuk davaları için aynı şeyi söylemek mümkün değildir²³¹⁰. Bilindiği üzere taraf bilirkişileri, kendilerini tutan tarafla imzaladıkları bir sözleşmeyle sahip oldukları özel ve teknik bilgiyi yargılamaya aktarmaktadır. Dolayısıyla bilirkişi, tanık olarak kabul edilmesine rağmen, şahitten farklı olarak yürüttüğü faaliyetin karşılığında ücrete hak kazanmaktadır. Bu durum ise, bilirkişileri yargılamaya hizmet eden profesyonel uzmanlar haline getirmektedir. Profesyonel hizmetlerine karşılık ücrete hak kazanan kişilerin ise, kendilerini tutan kişilere karşı özen borcu ortaya çıkmaktadır²³¹¹. Bu bağlamda, hukuki sorumluluk açısından bilirkişinin tanık sıfatı ile profesyonel sıfatı arasında bir uyumsuzluk bulunduğu ifade edilmektedir²³¹². Bu ayrımda uzun yıllar bilirkişinin tanık sıfatına öncelik veren İngiliz yargısı, Jones v. Kaney davasıyla birlikte bilirkişinin profesyonel sıfatına öncelik tanımaya başlamıştır. Bu davada, bilirkişiyi yargılamaya dâhil eden tarafın açacağı hukuk davaları bakımından şahitler için uygulanan korumanın bilirkişiler bakımından uygulanmayacağına hükmedilmiştir²³¹³. 2011 tarihli bu yargı kararına göre, bilirkişi ihmalinden (negligence) veya özen yükümlülüğüne aykırı davranışlarından dolayı kendisini tutan tarafça dava edilebilir ve uğranılan zarar tazmin edilebilir²³¹⁴. Esasen, belirtilen yargı kararından önce dahi ilgili bağışıklığın, bilirkişiyi yargılamaya dâhil eden tarafça özen yükümlülüğüne aykırılıktan dolayı açılacak davalara uygulanmaması gerektiği, İngiliz doktrinindeki bazı yazarlarca da savunulmaktaydı. Bu düşüncenin taraftarlarına göre, her şeyden önce her ikisi de tanık olarak kabul edilmesine rağmen bilirkişiler ile şahitler arasında önemli farklılıklar bulunmaktadır. Bu

²³¹⁰ Sime, 2013: 896; Andrews, 2013: 1364.

²³¹¹ Zuckerman, 2003: 632; Hall ve Smith, 2001: 99-100. Bir mahkeme kararına göre, özen derecesi belirlenirken ilgili alanda çalışan ortalama (normal) yetkili bir kişinin göstereceği ortalama bir becerinin (özenin) dikkate alınması gerekmektedir. Bkz. Bolam v Friern Hospital Management Committee (1957) 1 WLR 582. Kararın ilgili bölümü için bkz. Hall ve Smith, 2001: 100-101. Her ne kadar bu mahkeme kararı bir doktorun özen borcunu belirlemekle ilgiliyse de, bu kararın diğer uzmanlık alanlarında da uygulanabileceği belirtilmektedir. Bkz. Hall ve Smith, 2001: 101.

²³¹² Zuckerman, 2003: 632.

²³¹³ Bilirkişiyi yargılamaya dâhil eden taraf, yukarıda belirtildiği üzere bilirkişi aleyhine hukuk davası açabileceği gibi henüz bilirkişiye ücretini ödemişse bu ücreti ödemekten kaçınabilir yahut bilirkişiyi üyesi bulunduğu meslek odasına (eğer üyeseyse) şikâyet edebilir. Bunun yanında bilirkişinin beyanı veya davranışları ceza soruşturmasını gerektiriyorsa, ilgili taraf bilirkişiyi savcılık makamına da şikâyet edebilir. Bkz. Hodgkinson ve James, 2010: 445, 701.

²³¹⁴ Jones v. Kaney [2011] UKSC 13. Kararın ilgili bölümü ve gerekçesi için bkz. Hughes, 2011: 516; Jackson, 2014: 1166-1167; Sime, 2013: 896. Buna karşılık davanın karşı tarafınca bilirkişi aleyhine açılacak davalar bakımından belirtilen bağışıklığın uygulanması gerektiği kabul edilmektedir. Zira bu düşünceye göre bilirkişinin, yargılamanın diğer tarafına karşı herhangi bir özen borcu bulunmamaktadır. Bkz. Hodgkinson ve James, 2010: 440; Andrews, 2013: 1364. Öte yandan, Jones v. Kaney kararı, tanık dokunulmazlığını, sadece taraf bilirkişileri bakımından kaldırmaktadır. İlgili kararda, müşterek bilirkişiden bahsedilmemektedir. Dolayısıyla müşterek bilirkişi bakımından dokunulmazlığın devam edip etmediği noktasında bir açıklık bulunmaktadır. Bkz. Andrews, 2013: 1364; Hughes, 2011: 516.

sebeple, şahitler için öngörülen dava bağışıklığı, her zaman için bilirkişilere uygulanamaz. Zira bilirkişiler şahitler gibi tanıklık yapmaya zorlanamaz. Bilirkişiler, belirli bir ücret karşılığında kendi istedikleri davalarda tanıklık yapmaktadır. Dolayısıyla, şahitlerden farklı olarak, kendilerini yargılamaya dâhil eden tarafa karşı özen yükümlülüğü altındadırlar²³¹⁵. Bunun yanında bağışıklığın kaldırılması, bilirkişilerin daha özenli ve dikkatli çalışmasını sağlayarak bilirkişi standartlarının artmasına neden olacak, uzmanlıkları ve nitelikleri sorgulanabilir kişileri bilirkişilik yapmaktan alıkoyacaktır²³¹⁶. Öte yandan bilirkişiler, açılacak davalar sonucu ödenebilecek tazminatlara karşı kendilerini çeşitli şekillerde koruyabilir. Örneğin, ilgili mevzuat uyarınca (Unfair Contract Terms Act 1977) makul (reasonable) olması koşuluyla bilirkişi ile ilgili taraf, yapacakları sözleşmeyle bilirkişinin ihmalden doğan sorumluluğunu kaldırabilir (ancak ücretsiz hizmet verilmedikçe bilirkişinin sorumluluğunu tamamen kaldıran sözleşmelerin mahkemeler tarafından makul bulunmayacağı belirtilmektedir) yahut bu sorumluluğu makul bir oranla sınırlandırabilir. Bunun gibi bilirkişi, avukatlar gibi meslek sigortası yaptırarak ödemek zorunda kalacağı muhtemel tazminatlardan kurtulabilir²³¹⁷. Bu sebeplerle, belirtilen bağışıklığın kaldırılması, ilgili konudaki gerçek uzmanların yargılamadan uzaklaşmasına neden olmaz²³¹⁸. Bu anlamda bilirkişiliğin önünde engel olarak kabul edilemez²³¹⁹.

İngiliz hukuku bakımından bilirkişilerin hukuki sorumluluğu, aleyhlerine açılacak davalarla sınırlı değildir. Birtakım şartların biraya gelmesi halinde bilirkişiler, tanıklık yaptıkları davalarda yargılama giderlerinden de sorumlu tutulabilmektedir²³²⁰. Hatta yukarıda izah etmeye çalıştığımız tanıklara ilişkin bağışıklık da bilirkişi aleyhine yargılama giderlerine hükmedilmesine engel teşkil etmemekteydi²³²¹. Bilirkişinin yargılama giderlerinden sorumlu tutulmasını, davanın her iki tarafı da isteyebilir. Bu bağlamda, bilirkişinin hukuki sorumluluğu noktasında onu yargılamaya dâhil eden taraf ile karşı taraf arasında yapılan ayırım, yargılama giderleri bakımından geçerli değildir²³²².

²³¹⁵ Hodgkinson ve James, 2010: 441.

²³¹⁶ Hodgkinson ve James, 2010: 442.

²³¹⁷ Hodgkinson ve James, 2010: 441.

²³¹⁸ Jones v. Kaney [2011] UKSC 13. Kararın ilgili bölümü için bkz. Jackson, 2014: 1166.

²³¹⁹ Hodgkinson ve James, 2010: 442. Diğer gerekçeler için bkz. Age: 441 vd.

²³²⁰ Aynı şekilde bilirkişi, yanlış veya kusurlu görüş bildirdiği takdirde gerekli şartların mevcudiyeti halinde bağlı bulunduğu meslek örgütü tarafından disiplin soruşturmasına tabi tutulabilir. Tanık bağışıklığı, (witness immunity), bilirkişiyi böyle bir soruşturmadan korumaz. Bkz. Andrews, 2013: 1364.

²³²¹ Phillips v Symes [2004] EWHC 2330 Ch; [2005] 1 WLR 2043 Kararın ilgili bölümü için bkz. Andrews, 2013: 1364; Hodgkinson ve James, 2010: 420. Taraf bilirkişisi aleyhine verilen bu kararın, müşterek bilirkişiler için de uygulanabileceği yönünde bkz. Andrews, 2005: 566, 568.

²³²² Phillips v Symes [2004] EWHC 2330 Ch; [2005] 1 WLR 2043. Karar hakkında açıklamalar için bkz. Andrews, 2005: 567. Bu davada davacı, davalı tarafın bilirkişisi aleyhine böyle bir karar verilmesini talep etmiştir. Bkz. Hodgkinson ve James, 2010: 421.

Bilirkişi aleyhine yargılama giderlerine hükmedilebilmesi için öncelikli olarak bilirkişinin mahkemeye karşı olan yükümlülüklerini ihlal etmiş olması gerekir. Ancak yükümlülüklerle aykırı her davranış, bilirkişinin yargılama giderlerine mahkûm edilmesini gerektirmez. Bir mahkeme kararında da belirtildiği gibi; bilirkişinin mahkemeye karşı yükümlülüklerini, açıkça ve sorumsuzca göz ardı etmesi gerekir²³²³. Öte yandan sadece yükümlülüklerle aykırı davranış da bilirkişinin yargılama giderlerinden sorumlu tutulması için yeterli değildir. Bunun yanında yükümlülüklerle aykırı davranışların önemli masraflara neden olması gereklidir. Bu çerçevede, bilirkişinin yükümlülüklerine aykırı davranışı ile yapılan masraflar arasında illiyet bağının bulunması gereklidir. Bir başka ifadeyle, bilirkişi görevlerini yerine getirmiş olsa belirtilen masraflar oluşmayacaksa, bilirkişi yargılama giderlerinden sorumlu tutulabilir²³²⁴. Ancak unutulmamalıdır ki; yargılama giderlerinin bilirkişi gibi üçüncü kişilere yüklenmesi istisnai bir durumdur. Bu sebeple, mahkeme böyle bir karar alırken ihtiyatlı davranmalıdır²³²⁵. Yukarıda belirtilen şartların varlığı halinde dahi bilirkişi aleyhine böyle bir kararın verilmesinin adil olduğu noktasında mahkeme tatmin edilmelidir²³²⁶. Bilirkişinin yükümlülüklerine aykırı davranışını ve bu aykırılığın aşikâr ve sorumsuzca yapıldığını, bilirkişinin yargılama giderlerinden sorumlu tutulmasını isteyen taraf ispat etmelidir²³²⁷. Aynı şekilde mahkemeden böyle bir karar talep eden tarafın, hangi yargılama giderlerinin bilirkişi tarafından ödenmesi gerektiğini miktarlarını da belirterek (delilleriyle birlikte) tanımlaması gereklidir²³²⁸.

Kural olarak bilirkişi gibi taraf olmayan kişiler²³²⁹ aleyhine yargılama giderlerine hükmedilmesine ilişkin talepler, yargılamanın sonunda uyuşmazlığa bakan hâkim (trial judge) tarafından karara bağlanır²³³⁰. Ancak böyle bir talep olduğu takdirde, gerek yargılamanın genel ilkeleri gerekse de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesi uyarınca, bilirkişinin öncelikle yargılamaya taraf olarak dâhil edilmesi ve kendisiyle ilgili meseleleri ilgilendiren duruşmalara katılması sağlanmalıdır. Aynı şekilde aleyhine olan davanın

²³²³ Phillips v Symes [2004] EWHC 2330 Ch; [2005] 1 WLR 2043 Kararın ilgili bölümü için bkz. Hodgkinson ve James, 2010: 420.

²³²⁴ Hodgkinson ve James, 2010: 422.

²³²⁵ Symphony Group Plc v Hodgson [1994] Q.B 179 at 191, CA; Hodgkinson ve James, 2010: 421.

²³²⁶ Hodgkinson ve James, 2010: 422.

²³²⁷ Hodgkinson ve James, 2010: 422.

²³²⁸ Hodgkinson ve James, 2010: 424. Yazarların açıklamalarından anlaşıldığına göre; yargılama giderleri kalemlerinin miktarlarıyla belirtilmesi usuli bir zorunluluk olmayıp, böyle bir açıklama yapılmasa dahi hâkim gerekli incelemeyi gerçekleştirecektir. Age: 424.

²³²⁹ Bilirkişilerin yanında mahkemeye karşı yükümlülüklerini yerine getirmeyen avukatların da yargılama giderlerinden sorumlu tutulabileceği belirtilmektedir. Bkz. Hodgkinson ve James, 2010: 419.

²³³⁰ Hodgkinson ve James, 2010: 423.

(iddiaların) ayrıntıları (particulars of the case against him) kendisine sunulmalı ve bilirkişiye kendi iddialarını ileri sürme şansı tanınmalıdır²³³¹.

Öte yandan, yukarıda kısaca belirttiğimiz üzere, 1911 tarihli Yalan Yere Tanıklık Kanunu (Perjury Act 1911) uyarınca şahitler gibi bilirkişilerin de cezai sorumlulukları bulunmaktadır. Bu Kanun uyarınca yemin etmesine rağmen kasten yalan beyanda bulunan tanık (bilirkişi dâhil) cezalandırılır. Bu durumun gerçekleşebilmesi için kişinin yasaya uygun şekilde tanık olarak yemin etmesi, yeminin ve ifadenin yargılama usulü içinde gerçekleşmiş olması, tanığın verdiği ifadenin gerçeğe aykırı olması ve gerçeğe aykırı beyanın kasten yapılması (tanığın ifadenin yanlışlığını bilmesi veya doğruluğuna inanmaması) gerekir (Perjury Act 1911 m. 1). Ancak bilirkişi bakımından belirtilen unsurların birlikte bulunması oldukça zor olduğundan uygulamada bilirkişilerin yalan beyandan dolayı soruşturuldukları görülmemektedir²³³². Bilirkişiler, yukarıda belirtilen suçun yanı sıra gerçeğe aykırı beyanlarından dolayı mahkemeye itaatsizlik (hakaret-contempt of court) veya adalet sürecini yanıltmak (pervert the course of justice) suçlarından da yargılanabilmektedir²³³³.

²³³¹ Symphony Group Plc v Hodgson [1994] Q.B 179 at 191, CA; Hodgkinson ve James, 2010: 422-423.

²³³² Hall ve Smith, 2001: 104.

²³³³ Hodgkinson ve James, 2010: 419.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

YARGILAMA SÜRECİNİN VE BİLİRKİŞİ SİSTEMLERİNİN KARŞILAŞTIRILMASI

Bilimin ve teknolojinin beşerî hayatın içine her geçen gün artarak girmesi, bireyler arasındaki uyumsuzlıklara da yansımakta, bu anlamda uyumsuzlıkların çözümü, çoğunlukla uzmanlığa bağlı özel ve teknik bilgiyi gerektirmektedir. Her somut olayın gerektirdiği özel ve teknik bilginin ise hâkim tarafından bilinmesi mümkün değildir. Günümüzde hâkim, kendisinde eksik bulunan bu bilgiyi, bilirkişiler vasıtasıyla gidermektedir. Bir başka ifadeyle, farklı alanlardaki özel ve teknik bilgi veya tecrübe kuralları, hukuk dünyasına üçüncü kişiler yoluyla girmektedir. Bu çerçevede, hüküm verecek kişi, hâkim iken özel ve teknik bilgileri hâkime aktarmak yahut bu bilgi ve tecrübe kurallarını olaya uygulayarak bir sonuç çıkarmak veya doğrudan vakıa tespiti yapmak bilirkişilerin görevidir. Yargılamadaki bu süreçlerin ve birbirinden farklı disiplinlerin bir araya getirilmesi ise yargılamada birçok soruna yol açmaktadır.

Bilirkişilik sürecinin neden olduğu sorunlar, sadece ülkemize özgü de değildir. Yukarıdaki paragrafta belirttiğimiz hususlar, gerek Türk gerekse de Anglo Amerikan doktrininde yazılan eserlerin birçoğunda kullanılan ortak ifadelerdir. Bir tarafta, hızla artan özel ve teknik bilgi ihtiyacı, diğer tarafta bu bilginin yargılamaya etkili ve sağlıklı bir şekilde aktarılma sorunu. İşte, Türk hukukunda olduğu gibi farklı ülke ve hukuk sistemleri de bu ikilemin ve buna bağlı sorunların mümkün olan en sağlıklı ve etkili çözümlenmesi için çalışmaktadır. Almanya gibi Kıta Avrupa hukuk sistemini benimsemiş ülkelerde bu sorunların aşılması amacıyla farklı çözüm önerileri sunulmuştur²³³⁴. Bunlardan bazıları, mevcut sistemi

²³³⁴ Almanya’da sunulan önerilerin başında uzmanlık mahkemelerinin kurulması ve bu mahkemelere ilgili konuda uzman ancak hukuk eğitimi almamış kişilerin üye hâkim olarak atanması gelmektedir. Bu noktada patent, ticaret ve tarım ihtilaflarına bakan bazı mahkemelerin yukarıda belirtilen şekilde heyet halinde oluşturulduğu ifade edilmektedir. Ancak tek hâkimli mahkemelerde uzman üye atanamayacak olması, her mahkeme için gerekli ve yeterli uzmanı bulmak ve istihdam etmekteki yaşanacak ekonomik ve fiziki güçlükler ile uzman üye ile hukukçu üyeler arasındaki yetki dağılımının neden olabileceği belirsizlikler ve uzman üyenin diğer üyeleri etki altında bırakabilme ihtimali, bu önerinin yaygın bir şekilde uygulanabilmesinin önündeki engeller olarak sayılmaktadır. Bunun yanında uyumsuzluk türlerinin ve buna bağlı olarak ihtiyaç duyulan özel ve teknik bilgi ihtiyacının fazlalığı ve çeşitliliği de üye olarak atanacak uzmanın da birçok dava bakımından yetersiz kalmasına neden olacaktır. Almanya’da ileri sürülen diğer bir öneri ise hâkimlerin hukuk eğitimi dışında farklı bir konuda uzmanlaştırılmasıdır. Ancak belirttiğimiz üzere özel ve teknik bilginin gün geçtikçe çeşitlenmesi ve derinleşmesi karşısında bu önerinin de belirtilen katkıyı yapmayacağı açıktır. Öte yandan esaslı bir değişiklik yerine mevcut düzende yapılacak iyileştirmeler ile mevcut sorunların azaltılabileceği düşüncesi ile mahkemelere yardımcı olmak için var olan tıbbi enstitülere benzer daimî teknik müesseselerin kurulması da Alman hukukunda bir öneri olarak sunulmuştur. Açıklamalar ve görüşler için bkz. Üstündağ ve Tanverdi, 1991: 13-17. Fransız hukukundan esinlenebilecek bir bilirkişi modeli olmadığı ve Fransız hukukçuların dahi bir model arayışında olduğu yönünde bkz. Öztekin, 1991: 55.

iyileştirmeye yönelikken, bazıları Anglo Amerikan bilirkişi sisteminin temeli olan taraf bilirkişiliğinin aktif kullanılmasına ilişkindir²³³⁵. Aynı şekilde Anglo Amerikan hukukunda da bilirkişiliğe ilişkin birçok mesele hakkında sorunlar ve şikâyetler mevcuttur. İngiliz hukuku, sorunların aşılması amacıyla, klasik Anglo Amerikan sisteminden ayrılarak, yargılama sistemini ve bilirkişilik sürecini Kıta Avrupa hukuk sistemine yaklaştırmıştır. Ancak yapılan reform çalışmaları, mevcut sistemi tamamen de ortadan kaldırmamıştır. Türk hukuku da bilirkişilik süreci ile ilgili sorunlarını, geleneksel yapısından tamamen kopmaksızın, farklı hukuk sistemlerinde denenmiş ve benimsenmiş olan uygulamalarla giderilebilecektir. Çalışmamızın asıl amacı da Anglo Amerikan hukuk sistemi ve bu sistem uyarınca düzenlenmiş bilirkişilik sürecini incelemek ve Türk hukuku ile karşılaştırmak suretiyle, yargılama sistemi açısından faydalı olabileceği düşünülen uygulamaları tespit edip, çeşitli öneriler sunmaktır. Bu çerçevede, öncelikle Amerikan ve İngiliz medeni yargılama hukuku sistemleri karşılaştırıldıktan sonra belirtilen sistemlerde uygulanan bilirkişilik uygulamalarını, çeşitli unsurları dikkate alarak Türk hukuku ile karşılaştırıp, değerlendirmelerde bulunmaya çalışacağız.

4.1. Yargılama Sürecinin Karşılaştırılması

Amerikan medeni yargılama hukuku ve Lord Woolf reformundan sonra farklılaşsa da İngiliz hukukunun temeli, tarafların aktif olarak hareket ettiği mücadeleci bir sisteme (adversarial system) dayanmaktadır. Bu sistem, adil ve doğru karara ulaşmak için tarafların bir mücadele içinde bulunduğu, buna karşılık hâkimin daha pasif ve taraflar arasında bir hakem rolünü üstlendiği bir anlayışı benimsemektedir. Bu yargılama sisteminde sözlü yargılama esas olup, gerek tanıkların gerekse de bilirkişilerin ifadelerini sözlü olarak aktarması, tarafların da bu kişilerin verdiği ifadelerle sözlü olarak mücadele etmesi esastır.

Mücadeleci sistemin hala baskın olarak uygulandığı Amerika'da, mahkeme sistemi ve medeni yargılama kuralları, ülkenin benimsediği federal devlet anlayışına uygun olarak gelişmiştir. Bu anlamda mahkemeler temel olarak eyalet ve federal mahkemeler olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Eyalet mahkemelerinde, yine o eyalet tarafından benimsenen usul kuralları uygulanmaktayken federal mahkemelerde, federal usul kuralları uygulanmaktadır. Ancak belirtmek gerekir ki; birkaç istisna dışında eyalet usul kurallarının, federal usul kuralları ile aynı veya çok benzer ilke ve kurallara dayandığı söylenebilir.

²³³⁵ Alman Yüksek Mahkemesi'nin (BGH), uzman görüşünün dikkate alınması gerektiği ve Medeni Usul Kanunu'nun (ZPO) 91. maddesi uyarınca kaybeden tarafın, uzman görüşü için makul bir ücret ödemesi gerektiği yönündeki kararları için bkz. BGH NJW 1996, 1597, 1598; NJW 1998, 2735; NJW-RR 1994, 219, 220-221 Naklen: Timmerbeil, 2003: 179.

Amerikan hukukunda, medeni usul ve delil kurallarını şekillendiren ve onu diğer yargılama sistemlerinden ayıran önemli hususlardan biri de jüri yargılama sistemidir. Türk hukukundan farklı olarak bu sistemde hukuk kuralları ve vakıalar hakkında karar verecek kişiler ayrılmaktadır. Hukuk kuralları hakkında karar verecek kişi hâkim iken, vakıalar hakkında sonuca ulaşmak jüri yargılamalarda jüri üyelerine aittir. Jüri üyeleri, hukuk bilgisi olmayan sıradan kişilerden oluşmaktadır. Sıradan insanların duruşmada karar verici konumunda olması ise, onların yanıltıcı birtakım delillerden korunmasını gerektirmektedir. Bu sebeple, vakıaların ispatında kullanılacak deliller bakımından ayrı bir hukuk sistemi benimsenmiştir. Delil hukuku (evidence law) olarak adlandırılan bu hukuk dalı, medeni usul hukukundan farklı olarak hem ceza hem de hukuk mahkemelerinde müştereken uygulanmaktadır. Delil hukuku, birtakım istisnalar dışında, hangi hususların delil olarak kabul edileceğine ilişkindir. Taraflarca ileri sürülen delillerin (buradaki delil, bir vakıayı ispat ettiği kabul edilen değil, vakıanın ispatı için ileri sürülen araçları ifade etmektedir) hangi şartlarda bir vakıanın ispatında kullanabileceğini ve hangi delil türlerinin ispat faaliyetinde kullanılamayacağını, bu anlamda jüri üyelerine veya yargılamaya aktarılamayacağını düzenlemektedir. Örneğin, “hearsay” olarak adlandırılan ve kulaktan dolma bilgi (beyan) olarak ifade edebileceğimiz beyanlar, bazı istisnalar dışında delil olarak kabul edilemez. Konumuz ile bağlantılı olarak bilirkişi delili de, bazı kıstaslara uygun olarak karar vericilere sunulmak zorundadır. Bu kıstaslara uygun olmayan bilirkişi delili ise, mahkeme tarafından kabul edilemez ve yargılamaya dâhil edilemez.

Amerikan hukuku, Türk hukukunda olduğu gibi dilekçeler aşaması ile başlamaktadır. Ancak bu aşama Türk hukukuna göre oldukça basit ve ayrıntısızdır. Dilekçeler aşamasından sonra Türk hukukunda tam bir karşılığı olmayan discovery aşamasına geçilmektedir. Bu aşamada taraflar, bilirkişi delili de dâhil olmak üzere ellerinde bulunan bütün bilgileri bazı hallerde kendiliğinden (ilgili kanun hükümleri uyarınca) bazı hallerde ise, karşı tarafın talebiyle birbirleriyle paylaşmak zorundadır. Karşılıklı bu paylaşım, tarafların asıl tahkikatın yapılacağı duruşma (trial) aşamasına hazırlıklı ve eşit bilgilerle geçmesi hedeflenmektedir. Böylece, taraflar duruşma aşamasında bir sürprizle karşılaşma riskinden de kurtulmuş olmaktadır. Discovery aşamasında karşı tarafın bilgilerinin teminine yönelik birçok araç bulunmaktadır. Bunlar, karşı tarafın tanığının (ve bilirkişisinin) sorgulanması, karşı tarafa yazılı sorular yöneltilmesi, senet ve belgelerin temin edilmesi ve gerekliyse belirli nesne ve yerlere ulaşım iznin verilmesi gibi çeşitli şekillerde gerçekleşebilmektedir. Yargılamanın diğer safhalarında olduğu gibi bu aşamada da mahkemenin müdahalesi oldukça sınırlıdır.

Kural olarak, mahkeme ancak bu paylaşıma ilişkin taraflar arasında uyuşmazlık çıkması halinde sorun çözücü olarak sürece müdahale etmektedir.

Discovery aşaması gerçekleştiikten sonra normal şartlarda duruşma safhasına geçilmektedir. Ancak bazı şartların mevcudiyeti ve ilgili tarafın talebi halinde mahkeme, duruşma aşamasına geçmeden de karar verebilmektedir. Bu tür durumlara, “summary judgement” olarak adlandırılan bir karar verme süreci örnek gösterilebilir. Bu şekilde bir kararla yargılama sona erdirilmediği takdirde, yargılamada duruşma aşamasına geçilmektedir. Amerikan hukukundaki duruşma aşamasını, Türk hukukunda sıklıkla yapılan duruşmalardan (celselerden-hearings) ayırmak gerekir. Bilindiği üzere Türk hukukunda duruşmalar, belirli aralıklarla hem delillerin toplanması hem de delillerin tetkik edilmesi için kullanılabilir. Buna karşılık, Amerikan hukukunda duruşma daha çok discovery aşamasında toplanmış ve taraflarca karşılıklı olarak paylaşılmış olan delillerin karar vericilere kural olarak sözlü olarak sunumunu, tetkik edilmesini, karşılaştırılmasını ve değerlendirilmesini içeren bir safhayı ifade etmektedir. Karar verici olarak hâkimin yanında jürinin de bulunmasının sonucu olarak, jüri yargılamalarda jüri üyeleri de duruşmada hazır bulunur. Duruşmada taraflar iddia ve savunmalarını tekrar ettikten sonra tarafların şahitleri ve bilirkişileri ifade vermektedir. Türk hukukundan farklı olarak, bu kişilerin ifadeleri taraflarca alınmaktadır. Öncelikle şahidi veya bilirkişiyi duruşmaya çağıran taraf, ilgili kişinin kimlik bilgilerini ve benzeri hususları açıklattırır daha sonra ise genellikle soru sorma yöntemiyle bu kişilerin ifadeleri yargılamaya aktarılmaya çalışılır. Bu süreç tamamlandıktan sonra yargılamanın diğer tarafı çapraz sorgulama yöntemiyle şahit veya bilirkişiye sorular yöneltebilmektedir. Bu açıdan Türk hukukunda olduğu gibi, şahidin ve bilirkişinin hâkim nezaretinde bildiklerini anlatması beklenmez. Yine Türk hukukunda olduğu gibi hâkimin sorgulamayı yönlendirmesi de söz konusu değildir. Hâkim, sorgulamaya mümkün olduğunca karışmaz ve ancak bir tarafın, sorulan sorulara bir nedenden itiraz etmesi halinde sürece müdahale de bulunur. Türk hukukunda, hâkim sorularını bitirdikten sonra tarafların da soru sorma hakkı varsa da, bu usul Amerikan yargılama sistemine göre oldukça pasif şekilde gerçekleşmektedir. Amerikan medeni yargılama sisteminde sorgulama ve özellikle çapraz sorgulama gerçeğin bulunması açısından en önemli yöntemlerden biri olarak kabul edilmektedir. Sorgulamalar ve kapanış konuşmalarından sonra ise karar verme sürecine geçilmektedir. Karar verme süreci, yargılamanın jüri veya jürisiz olmasına göre çeşitli şekillerde gerçekleşebilmektedir.

Mücadeleci (adversarial) sistemin doğduğu yer olarak kabul edilen İngiltere’de ise medeni yargılama hukuku, Lord Woolf raporları ve bu raporlar sonucunda kabul edilen medeni usul kurallarıyla oldukça değişmiştir. Getirilen yeni düzenlemeyle, taraf hâkimiyeti

sistemi yerine kıta avrupa hukukuna benzer şekilde daha çok hâkimin kontrol ettiği bir dava yöntemi benimsenmiştir. Bu açıdan, İngiliz medeni usul hukuku, mücadelecî sistemden kısmen ayrılarak Kıta Avrupa hukuk sistemine yaklaşmıştır. Bu çerçevede İngiliz medeni yargılama sistemi, Amerika'da uygulanan katı mücadelecî yöntem (adversarial) ile Kıta Avrupa Hukuku'nun uyguladığı hâkim kontrolündeki sorgulayıcı (inquisitorial) yöntem arasında ara bir model olarak karşımıza çıkmaktadır.

İngiliz yargılama hukukunda, Türk hukukundan farklı olarak, dava öncesi döneme ilişkin birtakım kurallar öngörülerek, dava başlamadan önce tarafların yerine getirmesi gereken bazı yükümlülükler düzenlenmiştir. Bu yükümlülükler, daha çok dava açılmadan tarafların uzlaşarak aralarındaki uyuşmazlıkların giderilmesine yönelik olup, toplumda davanın son çare olarak görülmesini amaçlamaktadır.

Dava aşaması ise Türk hukukunda olduğu gibi dilekçeler aşaması ile başlamaktadır. Bu aşamada taraflar daha önce hazırlanmış matbu formları kendi uyuşmazlıklarına uygulayarak kullanabilmektedir. Hukuk davaları, birtakım istisnalar dışında County Court ve High Court olarak adlandırılan mahkemelerde başlamaktadır.

İngiliz hukukunda dava konusuna ve değerine göre belirlenen üç temel yargılama usulü bulunmaktadır. Bunlar, küçük iddialar (small claim track), hızlı (fast track) ve çoklu yargılama (multi track) usulüdür. Tarafların ve hâkimin yetki ve yükümlülükleri, belirlenen yargılama usullerine göre değişmektedir. Özellikle küçük iddialar yargılama usulünde oldukça esnek ve resmi olmayan bir prosedür takip edilirken, hızlı ve çoklu yargılama usullerinde daha katı kuralları uygulanmaktadır.

Amerikan hukukundan farklı olarak, İngiliz hukuk yargılamasında kural olarak jüri bulunmamaktadır. Yargılamada, gerek hukuk kuralları gerekse de vakıalar hakkında karar verecek kişi, hâkimdir. Bu durumun bir sonucu olarak, Amerikan yargılamasında deliller için kullanılan kabul edilebilirlik incelemesi, İngiliz hukukunda çok esnek bir şekilde uygulanmaktadır.

Türk medeni yargılama hukuku ise, Anglo Amerikan hukukundan farklı olarak Kıta Avrupa hukuk sisteminde uygulanan ve hâkimin aktif ve geniş yetkilerle donatıldığı sorgulamacı yargılama sistemini benimsemektedir. Türk medeni yargılama hukukunda, kamu düzenini ilgilendiren davalar dışında dava malzemesinin yargılamaya aktarılması taraflarca yerine getirilmektedir. Hâkim tarafların söylemediği bir şeyi dikkate alamayacağı gibi bunları hatırlatıcı davranışlarda dahi bulunamamaktadır. Buna karşılık taraflarca ileri sürülen vakıa ve delillerin tetkik edilmesi ve değerlendirilmesi, hâkime aittir. Bunun gibi hâkim; keşif, bilirkişi ve ticari defterler gibi birtakım delillere kendiliğinden de başvurabilmektedir. Bunun dışında

davayı aydınlatma yükümlülüğü kapsamında, hâkim tarafların ileri sürdüğü vakıaların somutlaştırılmasını talep edebilmektedir.

Türk medeni yargılama hukukunda da dava, dilekçeler aşaması ile başlamaktadır. Ancak Anglo Amerikan hukuku ile karşılaştırıldığında bu aşama oldukça kapsamlıdır. Türk hukukundaki dilekçeler aşaması, Anglo Amerikan hukukundaki discovery aşamasını da kısmen kapsamaktadır. Zira bu aşamada taraflar ellerindeki bilgi ve delilleri, dosyaya sunmak suretiyle karşılıklı olarak paylaşmaktadır. Buna karşılık Türk hukukunda, Amerikan hukukundan farklı olarak, hâkimin nezareti ve mevcudiyeti olmadan tarafların birbirlerine yazılı sorular yönelmesi veya birbirlerinin tanıklarını (ve bilirkişilerini) sorgulaması söz konusu olmadığı gibi keşif kararı verilmediği müddetçe hâkimin nezareti olmadan birbirlerinin elindeki nesne ve taşınmazları da incelemeleri mümkün değildir.

Dilekçeler aşaması tamamlandıktan sonra ön inceleme aşamasına geçilmektedir. Bu aşamada hâkim, tarafların anlaştığı ve anlaşamadığı hususları tespit etmekte, dava şartları ve ilk itirazlar hakkında karar vermekte, delillerin sunulması ve toplanması için gereken işlemleri yapmakta ve tarafları uzlaşmaya teşvik etmektedir. Bu aşamadan sonra uyuşmazlık konusu vakıa ve delillerin incelenmesi ve değerlendirilmesi için tahkikat aşamasına geçilmektedir. Tahkikat aşaması, belirli aralıklarla gerçekleşen duruşmalar ile sürdürülmektedir. Bu aşamada özellikle şahidin ve bilirkişinin ifadelerinin yargılamaya aktarılması hâkim tarafından gerçekleştirilmektedir. Hâkim, genellikle tanıkların bildiklerini anlatmasına izin verip, bunları tutanağa geçirdikten sonra gerekli olduğu takdirde sorular sormaktadır. Mahkeme sorularını tamamladıktan sonra taraf vekilleri de Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 152. maddesi uyarınca duruşma disiplinine uygun olarak şahit veya bilirkişiye sorular yöneltebilmektedir. Buna karşılık taraflar, ancak hâkim aracılığıyla soru sorabilmektedir. Ancak belirtmek gerekir ki; gerek vekillerin gerekse de tarafların, üçüncü kişilere soru yönelmesi, Anglo Amerikan hukuk sisteminde uygulanan doğrudan ve çapraz sorgulamadan oldukça farklı ve pasif gerçekleşmektedir.

Tahkikat aşaması tamamlandıktan sonra mahkeme tarafların son beyanlarını almak için sözlü yargılama ve hüküm için son bir duruşma günü belirlemektedir. Belirtilen duruşmada tarafların son sözlerinden sonra da karar açıklanmaktadır.

4.2. Bilirkişilik Sistemlerinin Karşılaştırılması

4.2.1. Bilirkişilik Sisteminin Genel Karşılaştırılması

Türk hukukunda bilimsel ve teknik konularda, mahkemenin ihtiyacı olan özel ve teknik bilgi, temel olarak mahkeme tarafından atanan bilirkişi tarafından sağlanmaktadır.

Mahkeme, bu bilirkişiye re'sen veya tarafların talebi üzerine başvurabilmektedir. Ancak her halükârda bilirkişiye başvurulup başvurulmayacağını, hâkim takdir etmektedir. Hâkim, tarafların talebi olmasa dahi bilirkişi atayabileceği gibi, her iki tarafın talebine rağmen bilirkişi atamayabilir. Bu noktadaki takdir hakkının sınırını ise, özel ve teknik bilgi ile hukuki meseleler çizmektedir. Hâkim, genel ve hukuki bilgi kapsamında kalan konular için bilirkişiye başvuramaz. Öte yandan, kimin ve kaç kişinin bilirkişi olarak atanacağı da mahkemenin takdirindedir. Bu açıdan tarafların iradesinin dikkate alınması gerekmez.

Türk hukukunda liste yöntemi benimsenmiştir. Yargı çevreleri esas alınmak suretiyle, ilgili bilirkişilik bölge kurulu tarafından hazırlanan listede yer alan kişiler arasından bilirkişi seçilmektedir. Bu listelerde uyuşmazlığın çözümü için gerekli olan niteliklere sahip uzman bulunmadığı takdirde, diğer bölge kurullarının listelerinden, burada da bulunmaması halinde ise liste dışından bilirkişi seçmek mümkündür.

Bilirkişiye verilecek ücretin miktarı ve kim tarafından öncelikli olarak ödeneceği de mahkeme tarafından belirlenir. Mahkeme ücret takdir ederken, bu konuda çıkarılan tarife ile bilirkişinin harcadığı emek ve mesaiyi göz önünde bulundurur. Bilirkişiye verilen ücret yargılama gideri olarak kabul edilir ve davanın sonunda haksız çıkan taraftan tahsil edilebilir.

Bunun yanında bilirkişi görüşünün yargılamaya nasıl aktarılacağına da hâkim karar vermektedir. Hâkim, bilirkişi görüşünün yazılı (rapor) veya sözlü olarak yargılamaya aktarılmasına karar verebilir. Ancak mevcut kanun hükümleri ve uygulama incelendiğinde; asıl olanın, bilirkişi görüşünün bir rapor halinde yazılı olarak mahkemeye aktarılması olduğu görülmektedir. Bilirkişinin duruşmaya çağırılmasına karar verilmişse, hâkim ve taraf vekilleri bilirkişiye soru sorabilir.

Bilirkişinin hangi konuları inceleyeceği, hangi sorulara cevap vereceği ve raporun teslim süresi de mahkeme tarafından belirlenmektedir. Bilirkişi, görüşünü hazırlamak için gerekliyse mahkemenin kararı ile bir nesne üzerinde inceleme yapabilir ve tarafları dinleyebilir. Bilirkişinin raporunu teslim süresi en fazla üç ay olarak belirlenebilir. Ancak mahkeme gerekli görürse bu süreyi üç aydan fazla olmamak üzere tekrar uzatabilir.

Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşılacağı üzere; Türk hukukunda hâkimin bilirkişilik sistemi üzerinde tam bir hâkimiyeti bulunmaktadır. Buna karşılık tarafların, bilirkişi raporuna itiraz etmek yahut bilirkişi görüşünün sözlü alındığı istisnai hallerde ona soru sormak dışında, bilirkişinin atanmasında, seçilmesinde, inceleme konusunun belirlenmesinde ve incelemenin gerçekleştirilmesinde aktif rolleri bulunmamaktadır.

Öte yandan Türk hukukunda bilirkişilerin yargılama ve karar üzerindeki etkileri de Anglo Amerikan hukukuna göre daha baskındır. Zira uyuşmazlığın çözümü için gerekli olan

özel ve teknik bilgi farklı görüşleri benimsemiş farklı bilirkişilerden değil, mahkemenin atamış olduğu bilirkişiden sağlanmaktadır. Mahkemenin kendisinde eksik bulunan bilgiyi denetlemesinde yaşanacak doğal zorluklar ise bilirkişi görüşünü, yargılamanın sonucunda ortaya çıkacak hükümde oldukça etkili hale getirmektedir. Bilirkişinin hüküm üzerindeki baskın etkisi ise hâkimin yetkilerinin bilirkişiye devredilmesi tehlikesini ortaya çıkarmakta ve bilirkişinin birçok uyuşmazlık bakımında adeta hâkimleşmesine neden olmaktadır.

Türkiye'nin de içinde bulunduğu Kıta Avrupa hukuk sisteminde mahkeme tarafından atanan bilirkişi, genellikle hâkimin tarafsız bir yardımcısı olarak kabul edilmektedir. Onun yargılamaya sunduğu görüş (rapor) ise Türk hukukunda genel olarak takdiri bir delil veya delil elde etme aracı olarak nitelendirilmektedir. Hâkim yardımcısı olarak kabul edilen bilirkişi, aynı zamanda yargılama fonksiyonun icrasına katkı sağlayan bir kamu görevlisi olarak kabul edilmektedir. Bu çerçevede, gerek tarafların gerekse de mahkemenin, bilirkişi ile ilişkisi Anglo Amerikan hukukunda farklı olarak sözleşmesel değildir. Mahkeme, mevzuattaki düzenlemeler ışığında bilirkişi ile kamusal bir ilişki içine girmektedir. Öte yandan bilirkişinin, hâkim yardımcısı olarak kabul edilmesi ve hâkimler gibi birtakım kamusal yetkilerle donatılması onun tarafsızlığı noktasında titizlikle durulmasına sebebiyet vermiştir. Bu çerçevede, Türk hukukunda hâkimlerin yasaklılığı ve reddi için düzenlenen kurallar, bilirkişilere de uygulanmaktadır. Bunun gibi bilirkişilere, listelere kaydolurken yahut liste dışında atanmışsa mahkeme tarafından yemin ettirilmektedir. Bilirkişilerin tarafsızlıklarını korumak için alınmış diğer önlem ise bilirkişilerin bir taraf olmadan yargılamanın diğer tarafı ile görüşmesinin yasaklanmasıdır.

Türk hukukunda, bilirkişi görüşü mahkemeyi bağlamaz. Mahkeme, bilirkişi görüşünü diğer delillerle birlikte serbestçe değerlendirir. Mahkeme yetersiz ve eksik bilirkişi raporuna karşı ek rapor alınmasına karar verebileceği gibi yeni bir bilirkişiden yeni bir rapor alınmasına da karar verebilir. Bunun dışında, tartışmalı olmakla beraber, mahkemenin bilirkişi görüşünden edindiği bilgi ile yine bilirkişi görüşünün aksine karar verebileceği de doktrinde ileri sürülmektedir. Taraflar da belirtilen rapora, kendilerine tebliğ tarihinden itibaren iki hafta içinde itiraz edebilir. Ancak, ilgili tarafın talebi ve mahkemenin takdiri üzerine bu süre bir defaya mahsus olmak üzere iki hafta daha uzatılabilir. Taraflar, itiraz kapsamında bilirkişi raporundaki eksikliklerin ve belirsizliklerin giderilmesini veya yeni bir bilirkişi atanmasını mahkemeden talep edebilir.

Türk hukukunda, mahkeme tarafından atanan bilirkişilerin yanında taraflarca seçilen ve ücreti ödenen uzmanların da yargılamaya görüş sunabilmesine olanak tanınmıştır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 293. maddesinde uzman görüşü olarak adlandırılan bu müessese

bilirkişi incelemesinden ayrı bir başlık altında düzenlenmiştir²³³⁶. Taraflarca ileri sürülen uzman görüşünün hukuki niteliği noktasında Türk hukukunda fikir birliği yoktur. Bir görüş, uzmanların sunduğu raporu, taraf beyanlarının bir parçası olarak nitelendirilirken diğer bir görüş, uzman raporunu bilirkişi raporu gibi takdiri bir delil olarak kabul etmektedir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 293. maddesi uyarınca, görüşünü yargılamaya aktaran uzmanın talep üzerine veya re'sen duruşmaya çağrılarak sözlü olarak dinlenmesi mümkündür. Bu duruşmada hâkim ve taraflar, uzmana sorular yöneltebilir. Uzman, geçerli bir

²³³⁶ Madde gerekçesine göre; “Maddede yer alan düzenlemeyle, Anglo-Sakson kökenli bir kurum olan “taraf bilirkişisi” veya “uzman tanık” kurumu hüküm altına alınmıştır.” Türk doktrininde, uzman görüşünü Anglo Amerikan hukukunda uygulanan bilirkişilik sistemleriyle birlikte incelemiş bazı eserler, bu kurumun Türk hukukunda ele alınış biçimine veya olması gereken uygulama sistemine ilişkin farklı sonuçlara ulaşmıştır. Bu anlamda uzman görüşünün veya diğer adı ile taraf bilirkişilerinin yargılamada daha aktif kullanılmasını savunan görüşler bulunduğu gibi mevcut sistemin uygulanmasına yahut bu sistemin iyileştirilerek uygulanmasına taraftar olan görüşler de bulunmaktadır. Örneğin: *Toraman* göre; Türk hukukunda asıl olan, mahkeme bilirkişiliğidir. Kanun’da bilirkişi incelemesi altında mahkeme bilirkişiliği düzenlenmiş, özel bilirkişilik ise uzman görüşü adı altında farklı bir kavram olarak, bilirkişiliğin diğer bir görünüm biçimi olmadığını göstermek için keşiften sonra düzenlenmiştir. Ayrıca özel bilirkişilik (uzman görüşü), ispat ve delillere ilişkin hükümler arasında düzenlenmesine rağmen kanun koyucu, isabetli olarak asıl yapılması gerekenin mahkeme bilirkişiliğinin iyileştirilmesi olmasından hareket ederek özellikle bilirkişi incelemesi ve bilirkişinin sorumluluğu üzerinde durmuştur. Bu anlamda bilirkişiliğe ilişkin sorunların çözümü için Anglo Amerikan hukukundan bir kurum almak yerine uygulamada bilinen uzman görüşüne pozitif bir nitelik kazandırılmıştır. Yazar, aynı zamanda İngiliz hukukundaki müşterek bilirkişi kurumundan yola çıkarak mahkeme ve taraf bilirkişilerinin birlikte uygulandığı durumlarda asıl değer verilecek olanın, doğal olarak mahkeme bilirkişisi olacağını belirtmektedir. Yazar, daha sonra Türk hukukundaki uzman görüşünün (özel bilirkişilik), mahkeme bilirkişisinin sunduğu görüşün tartışılması ve ondaki maddi hataların ortaya çıkarılması işlevine sahip olduğunu belirtmekte, bunların dikkate alınmalarının ise delil olmalarından değil, hukuki dinlenilme hakkından kaynaklandığını ifade etmektedir. Yazar, uzman görüşünün bunun ötesine geçerek alternatif bir bilirkişilik sistemi şeklinde uygulanması halinde İngiliz hukukunda ortaya konulan sakıncaların doğabileceğini, özellikle maddi durumu yeterli olmayan tarafın karşısında güçlü olan tarafın bir veya birden fazla uzman tayin etmesine neden olarak silahların eşitliği ilkesine zarar verebileceğini ileri sürmektedir. Bkz. *Toraman*, 2013: 126-127. *Polat ve Güven’e* ise, tıbbi hata uygulamaları ile ilgili uyuşmazlıklar çerçevesinde Adli Tıp Kurumu’na ve Yüksek Sağlık Şurası’na ilişkin mevcut durumu ve sorunları, Anglo Amerikan hukuk sistemindeki uygulamalar ile değerlendirerek, Türk hukukunun kendi şartlarına özgün sentez bir bilirkişi uygulamasını benimseyebileceğini belirtmektedir. Yazarlar, mahkeme bilirkişi sisteminden tamamen vazgeçmeden taraf bilirkişi sisteminin de hukukumuza kazandırılabilceğini ileri sürmektedir. Buna göre mahkeme öncelikle taraflardan bilirkişi görüşü isteyip, daha sonra bu görüşler çerçevesinde mahkeme bilirkişisinden görüş isteyebilir. Bu durum, mahkeme bilirkişiliğinin olumsuz tarafları olan sürekli aynı işi yapan kişiler de oluşan mesleki körlük ile tarafsızlık ve objektiflik endişelerinin giderilmesine yardımcı olabilir. Bunun adil yargılanma ilkesine aykırı olmaması için de bilirkişinin niteliklerini belirleyen bir yönetmeliğin çıkarılmasının yanı sıra ekonomik gücü yeterli olmayan tarafa, avukatlıkta olduğu gibi, bilirkişilik için de adli yardım sağlanması gereklidir. Yazarlar, aynı zamanda mevcut uzman görüşü uygulamasının adil yargılama ilkesi ile bağdaşmadığını belirtmektedir. Zira mevcut durumda, maddi imkanları iyi olan taraf, sunacağı uzman görüşü ile mahkeme bilirkişisi görüşünün muhtemel olumsuz etkilerinden korunabilmekteyken karşı tarafın bunu yapma imkânının olmadığı durumlarda adil yargılanma ilkesi çiğnenmektedir. Bkz. *Polat ve Güven*, 2015: 110 vd. *Yalabık* ise Türk hukukunda taraf bilirkişi sisteminin bulunmadığını ve bunu olumlu karşıladığını belirtmektedir. Yazar’a göre özellikle taraf bilirkişilerinin uygulandığı Anglo Amerikan hukukunda bilirkişilerin tarafsızlıklarından ve objektifliklerinden şüphe edilmekte, taraf bilirkişi sisteminin, taraflar arasında gerçekleşen bilirkişi savaşlarına dönüştüğüne dair eleştiriler ileri sürülmektedir. Yazar, bilirkişilerin mahkeme tarafından atanmasını daha tatminkâr bulmaktadır. Zira bilirkişi ücretinin mahkeme tarafından ödenmesi, bilirkişinin tarafsızlığı açısından önemlidir. Bunun yanında taraflarca bilirkişi atandığı durumlarda, tarafların etkisinde kalmış iki ayrı görüşün ortaya çıkması mümkünken mahkeme tarafından bilirkişi atandığı durumlarda taraflardan bağımsız bir rapor alınabileceği gibi hâkim farklı iki görüş arasında tercih yapmak zorunda da kalmayacaktır. Ayrıca bu durumda para ve zamandan da kazanç sağlanacaktır. Bkz. *Yalabık*, 2014: 2155-2156.

mazeret sunmadan çağrıldığı duruşmaya gelmezse, yargılamaya sunduğu rapor mahkeme tarafından değerlendirmeye tabi tutulmaz.

Amerikan hukukunda ise uyuşmazlığın çözümü için gerekli olan özel ve teknik bilgi, Türk hukukundan farklı olarak, mahkeme bilirkişisi tarafından değil, taraflarca seçilen ve ücreti ödenen bilirkişiler aracılığıyla sağlanmaktadır. Taraflardan her biri, kendi iddialarını güçlendirmek ve ispatlamak amacıyla ilgili konudaki uzmanların görüşlerini mahkemeye delil olarak sunmaktadır. Bu yönüyle, Amerikan hukukunda hâkimin, bilirkişi üzerindeki etkisinin, Türk hukukuna göre oldukça az olduğu söylenebilir. Buna karşılık mücadeleci sistemi benimsemenin sonucu olarak, diğer bütün delillerin toplanması, sunulması ve tetkik edilmesinde olduğu gibi bilirkişi delilinde de tarafların rolü oldukça baskındır. Taraflar, bilirkişiyi kendileri seçmektedir. Bu seçimi yaparken de genellikle kendi iddialarını en iyi destekleyecek ve sunacak bilirkişileri bulmaya çalışmaktadırlar. Taraflar, üniversitelerin ilgili bölümlerinden veya meslek odaları tarafından yayınlanan listelerden bilirkişi bulabilmektedir. Ayrıca bilirkişiliğin, adeta bir sektör haline dönüşmesinin sonucu olarak, bu konuda özel şirketler, enstitüler ve internet siteleri oluşmuştur. Bu yönüyle taraflar, ilgili alanda uzman bulmakta zorlanmamaktadır. Bilirkişiye ödenecek ücret, kural olarak taraf ile bilirkişi arasında yapılan sözleşmeye göre belirlenmektedir. Aynı şekilde bilirkişinin yürüteceği faaliyet de bu sözleşmeye göre şekillenmektedir.

Amerikan hukukunda, her ne kadar bilirkişi taraflarca seçilip, yargılamaya dâhil edilse de, bilirkişinin asıl amacı karar vericilere yardımcı olmaktır. Bu yardımın sağlanamayacağı durumlarda bilirkişi delili yargılamaya dâhil edilmez. Bu sebeple bilirkişiden objektif ve tarafsız görüş vermesi beklenmektedir. Bunun için de bilirkişilerin gerek discovery gerekse de duruşma aşamasındaki sorgulamalarından önce doğruyu söyleyeceklerine dair yemin etmeleri gerekmektedir. Ayrıca bazı ağır şartlara bağlansa da, gerçeğe aykırı beyanlarından dolayı bilirkişiler hakkında ceza davası açılabilir.

Amerikan hukukunda mahkemelerin bilirkişi ataması, mevzuata göre mümkündür. Ancak mahkemelerin bu yetkilerini hemen hemen hiç kullanmadıkları söylenebilir. Bu anlamda Türk hukuk sisteminin aksine Amerikan hukukunda taraf bilirkişileri kural, mahkeme bilirkişileri ise istisnadır. Mahkemelerin bilirkişi atamakta gösterdikleri isteksizliğin temel sebebi olarak, mücadeleci sisteme duyulan saygı ve bu sistem gereği taraflar arasında gerçekleşen rekabete müdahale etmeme dürtüsü gösterilebilir. Bunun yanında mahkemelerin bilirkişiyi şahsen bulmakta yaşadığı güçlükler de mahkeme bilirkişisi atanmamasının diğer bir nedeni olarak gösterilebilir.

Mahkemenin bilirkişi ataması, tarafların bilirkişiye başvurmasına engel teşkil etmez. Aynı şekilde tarafların bilirkişi delili sunmuş olması, mahkemenin re'sen bilirkişi atamasına engel olmaz. Bu çerçevede iki bilirkişilik sistemi birbirinin alternatifi değildir. Mahkeme özellikle, iki farklı bilirkişi görüşü arasında kaldığında yahut taraflarca ileri sürülen bilirkişi delilinin kabul edilebilirlik incelemesini gerçekleştirmek amacıyla kendi bilirkişisini atayabilmektedir.

Mahkeme bilirkişisinin kim olacağına, hâkim karar verir. Mahkeme bilirkişisinin seçiminde tarafların mutabakatı aranmaz. Ancak mahkeme taraflardan aday göstermelerini isteyebilir. Türk hukukundan farklı olarak, Amerikan yargılamasında mahkeme bilirkişisi atanması için düzenlemiş bir bilirkişi listesi bulunmamaktadır.

Amerikan hukukunda bilirkişi, Türk hukukunda farklı olarak şahitler gibi tanık olarak kabul edilmektedir. Bu sebeple de “expert witness” yani “uzman tanık” olarak adlandırılmaktadır. Bilirkişinin yargılamaya aktardığı görüş ise delil olarak nitelendirilmektedir. Hâkim (veya jüri üyeleri) diğer delillerle birlikte, bilirkişi delilini de değerlendirip bir sonuca ulaşmaya çalışmaktadır.

Amerikan hukukunda, yargılama aşamalarının gösterdiği farklılık nedeniyle, taraflar kendi bilirkişilerinden edindikleri raporları, discovery olarak adlandırılan bir yargılama aşamasında bilirkişinin kimliği ile beraber tahkikatın gerçekleştirileceği duruşma (trial) safhasından önce karşılıklı olarak birbirlerine açıklamak zorundadır. Bunun dışında, mahkeme ve taraf bilirkişileri, duruşma başlamadan önce gerçekleşen discovery aşamasında deposition olarak adlandırılan yargılama yöntemiyle sözlü olarak yargılamanın diğer tarafınca sorgulanabilmektedir. Bu sorgulama sırasında elde edilen kayıtlar duruşmada kullanılabilir. Taraflar, gerek zorunlu bilirkişi raporu paylaşımı (açıklanması) gerekse de yapacakları sorgulama ile duruşma safhasından önce karşı tarafın bilirkişisinin ilgili özel ve teknik konuda nasıl ifade vereceğini öğrenebilmekte, karşı tarafın ve kendilerinin eksik ve hatalı yönlerini ortaya çıkartmak suretiyle duruşma safhasına herhangi bir sürprizle karşılaşma tehlikesi olmadan girebilmektedir.

Amerikan hukukunda bilirkişilik bakımından hâkimlerin aktifleşmesi, genellikle duruşmadan önce gerçekleşen kabul edilebilirlik (admissibility) incelemesi sırasında gerçekleşmektedir. Bu inceleme ile hâkim, jüri üyelerine sunulmadan önce bilirkişi görüşünün birtakım özelliklere sahip olup olmadığını tetkik etmektedir. Temelleri ve ilkeleri mahkeme kararları ile oluşturulmuş, bu incelemede hâkim, taraflarca sunulmuş olan bilirkişi görüşünün (delilinin), yargılamaya kabul edilip edilmeyeceğine, diğer bir anlatımla delil olarak bir vakıanın ispatında kullanılıp kullanılmayacağını değerlendirmekte, yargılamayı ve jüri

üyelerini yönlendirici, bilimsel olmayan, ilgisiz ve güvenilir olmayan bilirkişi görüşlerinden korumaya çalışmaktadır. Bu inceleme sırasında, mahkeme, ileri sürülen bilimsel, teknik veya özel bilgiye dair bilirkişi görüşünün, bir delilin anlaşılmasına veya bir vakıa hakkında karar verilmesine yardımcı olup olmayacağını, bilirkişi görüşünün yeterli vakıa ve bilgilere dayanıp dayanmadığını; bilirkişi görüşünün güvenilir yöntem ve prensiplerin ürünü olup olmadığını ve bu yöntem ve prensiplerin dava konusu vakıalara güvenilir bir şekilde uygulanıp uygulanmadığını dikkate almalıdır. Özellikle bilimsel bilirkişi görüşünde kullanılan yöntem ve prensiplerin (teorilerin) güvenilirliği ise Daubert olarak adlandırılan bir dava sırasında Yüksek Mahkeme tarafından öngörülmüş kriterlere göre değerlendirilmelidir. Bu kriterler uyarınca mahkeme, bilirkişinin kullandığı metot ve yöntemlerin test edilebilir olup olmadığını; emsal değerlendirmeye ve yayına konu olup olmadığını; bilinen ve potansiyel hata oranlarını ve ilgili bilimsel çevrede genel olarak kabul görüp görmediğini incelemelidir. Bu kriterler sınırlı sayıda olmayıp, hâkim davanın ve bilirkişi görüşünün gösterdiği özelliklere göre bilirkişi delilinin güvenilir olup olmadığını değerlendirmek için farklı kriterler kullanabilmektedir. Belirtmek gerekir ki; bu incelemenin yapılması zorlu bir süreçtir ve kısmi de olsa bilimsel bir alt yapı gerektirmektedir. Bu sebeple, hâkimlerin belirtilen değerlendirmeyi, sağlıklı bir şekilde yapıp yapamayacakları tartışmalara neden olmaktadır. Bu konuda şüphe duyulan hallerde, mahkemenin kendisinin atadığı bilirkişiden yardım alabileceği belirtilmektedir.

Amerikan hukukunda yargılamanın duruşma (trial) aşamasına ulaştığı durumlarda, bilirkişiler, diğer tanıklar gibi hâkim ve varsa jüri üyelerinin huzurunda taraflarca tekrar sorgulanmaktadır. Bu sorgulama, doğrudan ve çapraz sorgulama olmak üzere iki aşamalı gerçekleştirilmektedir. Doğrudan sorgulama, bilirkişiyi yargılamaya dâhil eden tarafça gerçekleştirilmektedir. Çapraz sorgulama yargılamanın diğer tarafınca daha çok bilirkişi görüşündeki eksiklikleri ve hataları ortaya çıkartmak amacıyla yapılmaktadır. Bu aşamada hâkimin soru yöneltmesi mümkün kabul edilse de uygulamada hâkimin bu sorgulamaya aktif olarak katılmadığı, daha çok taraflar arasında gerçekleşen mücadeleye nezaret ettiği görülmektedir. Bir başka anlatımla, bilirkişi görüşünün hâkim veya jüri üyelerine aktarılması, taraflarca yapılan aktif bir sorgulama neticesinde gerçekleştirilmektedir.

İngiliz hukukunda bilirkişilik sistemi, reform çalışmalarından sonra mücadeleci sistemden kısmen ayrılarak, Kıta Avrupa Hukuk sistemine yaklaştırılmıştır. Temel olarak Anglo Amerikan hukuk sisteminin bilirkişilik sistemi olan taraf bilirkişiliği korunmakla beraber, müşterek bilirkişisi olarak adlandırılan yeni bir bilirkişilik türü de kabul edilmiştir. Müşterek bilirkişilik, taraf bilirkişisinin sebep olduğu tarafgirlik ve masraf sorunlarına tepki

olarak ortaya çıkmıştır. Buna göre taraflardan her birinin bilirkişi atamak istediği durumlarda, taraf bilirkişisi yerine ücreti her iki tarafça karşılanan ve her iki taraftan talimat alan müşterek bir bilirkişinin (single joint expert) atanmasına karar verilebilmektedir. Bu konuda mahkemenin takdir hakkı bulunmaktadır. Mahkeme, davanın ve uzmanlık alanın özelliklerine göre müşterek bilirkişi atayabileceği gibi tarafların kendi bilirkişilerini atamasına da karar verilebilir. Müşterek bilirkişi atandıktan sonra, tarafların bilirkişi atamasına (bilirkişi görüşü sunmasına) izin verilmesi ise kolay değildir. Ancak istisnai bazı durumlarda, müşterek bilirkişi atandıktan sonra dahi, haklı gerekçelerin mevcudiyeti halinde tarafların kendi bilirkişilerini atamalarına izin verilebilmektedir.

Müşterek bilirkişi, taraflarca seçilmektedir. Ancak taraflar, bilirkişinin kimliği üzerinde anlaşamazlarsa; müşterek bilirkişi, mahkeme tarafından belirlenmektedir. Müşterek bilirkişi seçilirken, taraflarla ve dava konusu ile bağlantısı olmamasına özen gösterilmektedir.

Müşterek bilirkişi, özellikle dava değerinin düşük veya uyuşmazlık konusunun basit olduğu davalarda kullanılması uygun bir bilirkişilik türü olarak kabul edilmektedir. Buna karşılık dava konusunun yüksek olduğu veya karmaşık özel ve teknik bilgiye ihtiyaç duyulan uyuşmazlıklarda, taraf bilirkişilik sisteminin daha uygun bir yöntem olduğu kabul edilmektedir.

İngiliz hukukunda, taraf bilirkişiliğinin uygulandığı davalarda dahi; mahkemenin kontrolü, Amerikan yargılama sistemine göre oldukça genişletilmiş, mahkemeye bilirkişilik süreci üzerinde önemli yetkiler tanınmıştır. Bu çerçevede, tarafların bilirkişi ataması için öncelikli olarak mahkemeden izin alması gerektiği düzenlenmiştir. Bunun dışında bilirkişi sayısının kısıtlanması ve yargılama gideri olarak karşı taraftan tahsil edilebilecek bilirkişi ücretinin sınırlandırılması noktasında mahkemeye takdir hakkı verilmiştir.

İngiliz yargılama sisteminde, Amerikan hukukunda olduğu gibi duruşma (trial) öncesi dönemde taraf bilirkişi raporlarının karşılıklı olarak değiştirilmesi öngörülmüştür. Böylece taraflar, bilimsel ve teknik konular hakkında kendilerinin ve karşı tarafın durumunu daha iyi değerlendirip, duruşmaya daha iyi bir şekilde hazırlanabilmektedir. Bu şekilde karşı taraftan elde edilen rapor da duruşmada delil olarak kullanılabilir. Bunun dışında raporlar karşılıklı olarak değiştirildikten sonra taraflar, bilirkişiye yazılı sorular sorabilmektedir. Kendisine soru sorulan bilirkişi, bu sorulara karşı yazılı cevaplar vermek zorundadır. Bilirkişinin verdiği cevaplar, raporun bir parçası olarak nitelendirilmektedir. Öte yandan dava konusunun karmaşık ve değerinin yüksek olduğu davalarda; mahkeme, bilirkişilerin bir araya gelerek ortak bir rapor hazırlamasına da karar verebilmektedir. Bilirkişi müzakereleri olarak

adlandırılabilceğimiz bu yol ile uyuşmazlık konusu hususların sınırları daha iyi çizilmekte; bilirkişilerin hangi konularda anlaşıp, hangi konularda anlaşılamadığı tespit edilebilmektedir.

İngiliz hukukunda, Amerikan hukukundan farklı olarak, bilirkişi görüşünün yazılı olarak yargılamaya aktarılması kuraldır. Bilirkişinin duruşmaya katılarak sözlü ifade vermesi ve sorgulanması, ancak bilirkişi müzakereleri ve soru sorma yöntemiyle aşılabilen problemlerin varlığı halinde söz konusu olmaktadır. Ancak duruşmaya çağırılmasına karar verilirse; bilirkişi, Amerikan hukukunda olduğu gibi, doğrudan ve çapraz sorgulamaya muhatap olmaktadır. Öte yandan İngiliz hukukunda mahkeme, davanın ve uzmanlık alanının özelliklerine göre geleneksel sorgulama yöntemi yerine “Hot tub” olarak adlandırılan bir sorgulama yöntemini de kullanabilmektedir. Avustralya’da ortaya çıkan ve diğer bazı ortak hukuk (common law) ülkeleri ile uluslararası tahkim yargılamasında da uygulanan bu yöntemde sadece taraflar değil, hâkim ve bilirkişiler de aktif hareket etmektedir. Normal sorgulama yönteminden farklı olarak, bu yöntem ile bilirkişilerin ayrı zamanlarda değil, aynı anda birlikte ifade vermeleri öngörülmüştür. Tanık kürsüsünde bulunan bilirkişilerden biri, mahkemenin yönlendirmesi ve soruları ile kendi görüşünü açıkladıktan sonra diğer bilirkişiler onun görüşü hakkında yorum yapabilmekte, gerekirse sorular yöneltebilmektedir. Böylece bilirkişilerin birbirlerini daha iyi anlamaları, birbirlerinin görüşlerine doğrudan yorum yapmaları ve gerekli olduğu takdirde birbirlerine soru sormaları sağlanarak daha etkili daha hızlı ve daha doğru bir sonuca ulaşmaya çalışılmaktadır. Ancak bu sistem tarafları sorgulamadan bütünüyle de çıkarmamaktadır. Bilirkişiler görüşlerini açıkladıktan sonra taraflar da bilirkişilere sorular yöneltebilmektedir. Anlaşılabileceği üzere bu yöntemde hâkimler, klasik sorgulama yöntemine göre daha aktif hareket edebilmektedir. Hâkim, bilirkişiler arasındaki tartışmayı yönlendirebileceği gibi konuyu daha iyi anlayabilmek için bilirkişilere sorular sorabilmektedir. Öte yandan hâkim, iki farklı bilirkişiyi aynı anda dinleme fırsatı yakaladığı için klasik yöntemle kıyasla farklı görüşleri daha iyi değerlendirip, analiz edebilmektedir.

4.2.2. Yargılamanın Temel Amaçları Bakımından Bilirkişilik Sisteminin Karşılaştırılması

4.2.2.1. Genel Olarak

Ülkemizde, 2011 yılında yürürlüğe giren Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda bilirkişilik kurumu ayrıntılı olarak düzenlenmesine rağmen birtakım sorunların mevcudiyeti gerekçe gösterilerek, bunların giderilmesi amacıyla Bilirkişilik Kanun Tasarısı hazırlanmış ve bu tasarı 2016 yılında yasalararak yürürlüğe girmiştir. Ancak bu Kanunlar ile kurumsal bir

sistem oluşturmak suretiyle uzmanlık alanları ile bilirkişinin niteliklerinin detaylı olarak belirlenmesi; bilirkişinin seçimi, görev sınırları, yükümlülükleri ve yetkileri gibi klasik usuli tartışmalara ilişkin açık düzenlemeler yapılması, bilirkişilik üzerindeki sıkıntıların tamamıyla giderilmesine neden olmamıştır. Uygulamada görülen sıkıntıları, katı ve takdir hakkını kısıtlayıcı şekilde çözmeye çalışmak, süreci yürüten hâkim ve bilirkişileri ağır yaptırım tehdidi altında bırakarak sonuca ulaşmaya çalışmak, mevcut sorunların üstünün örtülmesi dışında pek bir işe yaramamaktadır. Bir reformdan ziyade, mevcut yapının iyileştirilmesine yönelik bu çabalar, davanın görünürde bir düzen içinde yürütülmesini ve sonlandırılmasını sağlamakla beraber, her zaman için yargılamanın amaçlarına ulaşmaya yetmemektedir.

Kanaatimizce, her ülke, insan gücü, mali ve toplumsal yapı gibi kendisine has özelliklerinden dolayı farklı hukuk sistemleri veya müesseselere yatkındır. Toplumun genel yapısı, adalet anlayışı, avukat ve hâkim sayısı, uyumsuzluk halinde tarafların takındığı tutum, toplumun yargıya güveni gibi bütün unsurlar nasıl bir sistemin benimsenmesi konusunda kanun koyucuya ışık tutmalıdır. Bunun yanında, bütün hukuk sistemlerinde ortak olan yargılama amaçları mevcuttur. Bilirkişilik bakımından da yukarıda sayılan unsurlar ile bilimin ve teknolojinin uyumsuzluklardaki mevcut ve müstakbel durumunun yargılamanın temel amaçları kapsamında değerlendirilmesi, kalıcı ve etkili bir düzenleme yapılabilmesi için önemlidir. Bütün hukuk sistemlerinin ortak amaçlarından olan masrafların azaltılması, yargılamanın hızlandırılması, hakikatin bulunması, tarafsızlık ve yargılamaya güven gibi hususlar aslında yargılama sürecinde önemli bir yer teşkil eden bilirkişilik süreciyle de yakından bağlantılıdır. Bilirkişiliğe ve buna ilişkin sorunlara karşı bakış açısı geliştirirken, klasik usuli tartışmaların yanında, yargılamanın bu temel amaçlarının da dikkate alınması gerekir. Çalışmamızın temel amacı da; Amerikan, İngiliz ve bazı bölümlerde Avustralya hukuk sistemlerini incelemek ve karşılaştırma yapmak suretiyle, ne tür bir bilirkişilik sisteminin ve özellikle de Anglo Amerikan hukukundaki hangi müesseselerin bu esaslı sorunların giderilmesine katkı sağlayabileceğini görmektir. Bu çerçevede, yargılamaya ilişkin aşağıda belirlediğimiz temel bazı kriterlere göre Anglo Amerikan bilirkişilik sistemi ile Türk bilirkişilik sistemini karşılaştırmalı olarak incelenmek suretiyle birtakım sonuçlara ulaşmaya çalışacağız.

4.2.2.2. Hakikatin Bulunması (Truth Finding)

Anglo Amerikan hukuk sisteminde, vakıa ve delillerin ileri sürülmesi, tetkik edilmesi ve sorgulanması, kural olarak taraflarca yerine getirilmektedir. Bu sistemin benimsediği temel felsefe uyarınca; hakikat, ancak taraflar arasında gerçekleşecek iyi bir mücadele ile

bulunabilir. Bu anlayışa uygun olarak da Anglo Amerikan hukuk sisteminde taraf bilirkişilerinin baskın olarak uygulandığı görülmektedir. Özellikle Amerikan medeni yargılama sisteminde mahkemenin bilirkişi ataması mümkün ise de mücadeleci sisteme müdahale etmemek, bu anlamda da taraflar arasındaki dengeyi bozmamak için böyle bir yola ancak istisnai uyuşmazlıklarda başvurulmaktadır.

Anglo Amerikan hukukunda benimsenen taraflarca bilirkişi atama yöntemi, mahkemenin aynı konu üzerinde farklı uzman görüşleri almasına ve bunların karşılaştırabilmesine imkân tanıyarak, hakikatin daha iyi tespit edilebilmesine olanak sağlamaktadır. Bilindiği üzere her bilimsel alanda birbirine muhalif veya birbirinden ayrılan birçok görüş ve teori bulunabilmektedir. Tek bilirkişi atandığı durumlarda mahkeme farklı görüşlerden mahrum kalmakta, bilirkişinin benimsediği teori ve görüşe göre hüküm kurmaya çalışmaktadır. Her ne kadar taraflarca bilirkişi atandığı durumlarda, farklı görüşler arasında nasıl tercih yapılacağı konusunda endişeler bulunsun da, mahkeme emin olamadığı, şüpheli durumlarda kendisinin atayacağı bilirkişi veya teknik danışmandan yardım alarak tarafların görüşünü, üçüncü bir uzmana denetletebilmektedir. Böylelikle hâkim (veya jüri) uyuşmazlıkla ilgili özel ve teknik bilgiye eksiksiz şekilde vakıf olarak, bunlar arasında seçim yapma şansı yakalamaktadır.

Öte yandan her iki tarafın ilgili alanda farklı uzmanları bilirkişi olarak ataması, bilirkişi görüşlerinin denetiminin daha iyi yapılmasını sağlayarak daha doğru kararlara ulaşılmasına katkı sağlamaktadır. Mahkeme tarafından tek bir bilirkişi atandığı durumlarda ise, bilirkişi görüşünün denetlenmesi ve değerlendirilmesi oldukça zordur. Zira mahkeme, kendisinde bulunmadığını kabul ettiği özel ve teknik bilginin temini için bilirkişiye başvurmaktadır. Nitekim Türk hukukunda, gerek bilirkişi raporunun gerekse de ona yöneltilen itirazların değerlendirilmesi aynı sebeplerle yüzeysel kalmaktadır. Taraflar bilirkişi raporuna etkili bir şekilde itiraz etmezse, mahkeme yoğun bir değerlendirme yap(a)madan bilirkişi görüşünü esas alarak kararını verebilmektedir. Her ne kadar hâkimlerin bilirkişi görüşünü serbestçe takdir ettiği, gerektiği takdirde yeniden bilirkişi görüşü alınabileceği söylene de mahkemelerde bulunan özel ve teknik bilgi eksikliği böyle bir değerlendirmenin sağlıklı yapılmasına izin vermemektedir. Mahkeme, kendisinde eksik olan bilgiyi tamamlamak için bilirkişiye başvurmakta, tek bir rapordan edinilen kısmi bilgiyle, bu raporun bilimsel veya teknik açıdan doğru ve sağlıklı olarak değerlendirilebileceğini düşünmek istisnai bazı durumlar dışında pek mümkün görünmemektedir. Özellikle bilirkişiden talep edilen bilginin kapsamlı ve karmaşık olduğu zamanlarda, mahkemenin bilirkişi görüşü üzerindeki kontrolü

neredeyse hiç kalmamakta, bilirkişi görüşü adeta mahkeme kararı yerine geçmektedir²³³⁷. Hatta bundan da öte; yüksek yargı hâkimlerinin de ilgili alanda uzmanlığının bulunmamasından dolayı bilirkişi raporuna göre oluşturulmuş mahkeme kararları adeta dokunulmazlık zırhına bürünmektedir. Yüksek mahkemelerin yapacakları denetimler, bilimsel ve teknik konulardan ziyade basit mantık hatalarıyla sınırlı kalmaktadır.

Bilirkişinin bu şekilde hâkimleşmesi, belki alternatifsizlik belki de benimsediğimiz sisteme olan sıkı bağıllık nedeniyle adeta görmezden gelinmektedir. Hukuki sorunlarda bilirkişiye gidilmesi, hâkimin görevinin bilirkişiye devri niteliğinde olduğu için şiddetle eleştirilirken, yukarıda belirtilen bu nokta üzerinde fazlaca durulmadığı görülmektedir. Öte yandan mahkemenin re'sen veya tarafların itirazı ile böyle bir değerlendirmeyi yaptığını kabul ettiğimiz durumlarda da mahkemenin defalarca (bazı durumlarda beş defa) tekrar tekrar bilirkişi incelemesi yaptırmak zorunda kaldığı görülmektedir. Bu durum ise esasen başlangıçta taraflarca ve birden fazla bilirkişi atanmasına yöneltilen eleştirilerin bertaraf edilmesine veya aynı eleştirilerin mahkeme tarafından başlangıçta bir tek bilirkişi atandığı durumlara da yöneltilmesine sebep olmaktadır. Bunun yanında, ikinci defa (veya daha fazla) bilirkişi görüşü alındığı durumlarda da, yeni bilirkişinin, eskisinin görüşünü değerlendirmeden, nerede ve nasıl hata yaptığını tartışmadan onun aksine veya ondan farklı bir sonuca ulaştığı uygulamada sıklıkla görüldüğünden, hangi raporun daha bilimsel ve olaya uygun olduğu mahkemece ve taraflarca değerlendirilememektedir. Bu durumda mahkemeler genellikle farklı bilirkişi görüşleri arasında mevcut olan rakamsal farklılıklar üzerindeki çelişkinin giderilmesi amacıyla yeni bilirkişi atanmasına karar vermektedir. Bunun gibi ilk raporu düzenleyen bilirkişi ile ikinci raporu düzenleyen bilirkişi, yargılamada aynı anda görev yapmadıkları için bunların yüzleştirilmeleri ve görüşlerini tartışmaları sağlanamamaktadır. Bu çerçevede, ikinci defa bilirkişi görüşüne başvurulduğu durumlarda dahi mahkeme, sanki ilk defa bilirkişi görüşü alıyormuş gibi tam ve sağlıklı bir değerlendirme yapmadan üçüncü bilirkişiye başvurma ihtiyacı duymaktadır.

Belirtilen nedenlerle, mahkeme bilirkişisine benzeyen ve İngiliz hukukunda uygulama alanı bulan müsterek bilirkişilik sisteminin de, özellikle karmaşık ve dava değerinin yüksek olduğu uyuşmazlıklarda uygulanması tavsiye edilmemektedir. Zira bu durumda da kural olarak farklı bilirkişilerden değil, tek bir bilirkişiden alınan görüş ile uyuşmazlık hakkında karar verilmeye çalışılmaktadır. Bu durum ise, mahkeme bilirkişiliğinde olduğu gibi; bilirkişi

²³³⁷ Alman hukukunda da bilirkişilerin, hâkimlerin yetkilerini devraldıkları ve adeta hâkime dönüştükleri yönündeki Danıştay Başkanın şikâyeti için bkz. Akyol, 1991: 57. Türk doktrinin sıkı bir şekilde takip ettiği Alman hukukunda, hâkimlerin %97 oranında bilirkişi görüşüne uygun karar verdiği yönünde bkz. Papakçı, 2016: 447. Avusturya hukukunda da birçok durumda kararın bilirkişi görüşüne göre olduğu yönünde bkz. Verkerk, 2009: 175.

görüşü üzerindeki kontrolün azalmasına, gerekli denetim ve değerlendirmenin sağlıklı olarak yapılamamasına sebep olmaktadır. Yeterli şekilde denetlenmeyen ve değerlendirilemeyen bilirkişi görüşüne göre oluşmuş kararın ise hakikate ulaştığından bahsedilemeyeceği gibi, bir şekilde gerçeğe ulaşılmış olduğu kabul edilse dahi bu kararın meşruluğu ve güvenilirliği sürekli şüphe altında olacaktır.

Bilirkişilerin taraflarca seçilmesinin belirtilen avantajlarına karşılık hakikatin bulunması yolunda birtakım sakıncaları da vardır. Zira taraflar, bilimsel ve objektif görüş bildirebilecek gerçek uzmanlardan ziyade kendi iddialarını destekleyecek bilirkişilerle çalışmayı istemektedir. Aynı şekilde, taraflardan biri tarafından yargılamaya dâhil edilen bilirkişi de bilinçli veya bilinçsiz bir şekilde yanında bulunduğu taraf lehine görüş bildirmeye meyillidir. Bu çerçevede, bilirkişinin yargılamaya aktardığı özel ve teknik bilgi her durumda gerçeğin ortaya çıkmasını sağlayacak nitelikte olmamaktadır. Ancak Anglo Amerikan hukuk sisteminde, aşağıda ayrıntılı olarak inceleneceği üzere; kabul edilebilirlik incelemesi, bilirkişilerin aktif olarak sorgulanması ve karşı tarafa da bilirkişi raporu (görüşü) sunma şansı verilmesi ile bu sorunlar aşılmaya çalışılmaktadır.

Öte yandan Anglo Amerikan hukuk sisteminde problemlili diğer bir nokta, tarafların ekonomik güçlerinin her zaman en iyi uzmanlarla çalışmaya elvermediği durumlarda kendisini göstermektedir. Ekonomik olarak güçlü olan taraf, konusunda iyi, ikna kabiliyeti yüksek ve önemli unvanlara sahip kişilerle çalışma imkânı yakalarken, ekonomik olarak zayıf olan taraf nazaran daha tecrübesiz ve niteliksiz uzmanlarla çalışmaktadır. Bu durum ise hâkimin veya jüri üyelerinin tecrübeli, ikna kabiliyeti yüksek ve önemli etiketlere sahip bilirkişiler tarafından yönlendirilebilmesine ve gerçeğin bulunmasından uzaklaşılmasına neden olabilmektedir. Bu durumun aşılması amacıyla, her durumda uygun görülmemesine rağmen, bazı mahkemelerce dava sonucuna göre bilirkişilerle anlaşma imkânı tanınmaktadır. Diğer taraftan, bilirkişiler için belirtilen bu sakınca, taraf vekilleri için de geçerlidir. Yargılamadaki taraf hâkimiyetinin bir sonucu olarak kabiliyetli ve tecrübeli bir avukat, çapraz sorgulama gibi mücadeleci sistemin bazı yöntemlerini kullanarak, bilirkişi görüşünün hâkim ve özellikle jüri üzerindeki etkisini değiştirebilmektedir. Bu bağlamda, esasen eksik ve hatalı bir bilirkişi görüşünün olumsuz yönleri etkili sorgulamalarla kapatılabilirken, bilimsel ve teknik kurallara uygun bilirkişi görüşünün etkisi de zayıflatılabilmektedir.

İngiliz hukukunda düzenlenen müşterek bilirkişinin, taraflarca bilirkişi atama yönteminin neden olduğu eşitsizliğe engel olabileceği düşünülmektedir. Belirttiğimiz üzere taraflarca bilirkişi atama yönteminde; taraflar, kendilerince seçilen ve yine kendilerince ücreti ödenen bilirkişilerle çalışmaktadır. Zengin ve güçlü taraf, daha tecrübeli, ikna kabiliyeti

yüksek uzmanlarla çalışma imkânına sahip olurken, ekonomik olarak zayıf olan taraf, kendi bütçesine uygun olarak nazaran daha az tecrübeli uzmanlarla çalışmak zorunda kalmaktadır. Buna karşılık müşterek bilirkişilerin ücreti, hâkim tarafından belirlenip, taraflarca birlikte ödendiği için yukarıda belirtilen sakıncaların müşterek bilirkişi atanması ile kısmen giderildiği ileri sürülmektedir.

Yukarıdaki sakıncaları bertaraf etmek ve hakikatin daha sağlıklı bulunmasını sağlamak amacıyla Amerikan hukukunda çeşitli önlemler öngörülmüştür. Bunlardan birincisi, diğer deliller gibi bilirkişi delili için de benimsenmiş olan kabul edilebilirlik incelemesidir. Bu incelemeyle, taraflarca sunulan bilirkişi görüşünün davayla ilgisi ve güvenilirliği hâkim tarafından değerlendirilmektedir. Böylece mahkeme, yargılamayı ve özellikle jüri üyelerini, bilime ve tekniğe uygun olmayan ilgisiz ve güvenilmez bilirkişi görüşlerinden korumaya çalışmaktadır. Bu çerçevede, ön bir değerlendirme yapılarak gerçeğin (hakikatin) bulunmasına katkı sağlanmakta, güvenilmez bilirkişi görüşleri yargılamadan uzak tutulmaya çalışılarak, karar vericilerin özellikle de jüri üyelerinin vakıaların tespitinde veya hukuk kurallarının vakıalara uygulanmasında yanıltılması engellenmeye çalışılmaktadır.

Buna karşılık İngiliz medeni yargılama hukukunda, istisnai bazı durumlar dışında, jürinin bulunmaması nedeniyle güvenilirlik incelemesinin oldukça esnek şekilde yapıldığı görülmektedir. Aynı şekilde, Türk hukuk sisteminde mahkeme bilirkişisinin esas olması ve jürili yargılamanın mevcut olmaması nedeniyle hâkimin böyle bir inceleme yapması öngörülmemektedir. Uygulamada, bilirkişi görüşünün güvenilirliği, bilirkişinin kullandığı bilgi, yöntem ve prensiplerden ziyade bilirkişinin kendisi ve özellikle uzmanlığı dikkate alınarak değerlendirilmektedir. Bu çerçevede, bilirkişi görüşünde kullanılan yöntem ve metotların gerçekten bilime ve tekniğe uygun olup olmadığı değerlendirilmemektedir. Uzman ve tarafsız olduğu düşünülen bilirkişiden gelecek görüşün de güvenilir olacağı düşünülmektedir. Bu anlamda raporda kullanılan yöntem ve tekniklerin nelerden ibaret olduğuna, bunların test edilip edilmediğine, hata oranlarının ne olduğuna, emsal değerlendirmeye konu olup olmadığına ve ilgili bilimsel çevrede genel olarak kabul edilip edilmediğine dikkat edilmemektedir. Mahkeme, açık bir mantıksal çelişki veya rapordan duyulan önemli bir şüphe halinde, ancak yeni bir bilirkişi atayarak önceki bilirkişi görüşünün güvenilir olup olmadığını tespit etmeye çalışmaktadır. Her ne kadar Amerikan hukukunda da bu incelemenin hâkim tarafından gerçekleştirilmesinin zor olduğu, bu anlamda hâkimlerin bir nevi bilim adamı gibi hareket etmeye zorlandığı ifade edilse de kanaatimizce hakikatin bulunması yönünden belirtilen değerlendirmenin önemli katkılar sağladığı görülmektedir. Öte

yandan, bu değerlendirmenin gerçekleştirilmesinin zor olduğu durumlarda mahkeme gerekirse kendisi tarafından atanan uzmanlardan da yardım alabilmektedir.

Amerikan hukukunda bilirkişilerin, tanık olarak kabul edilmesi ve tanıkların sıkı bir şekilde taraflarca sorgulanması da yukarıda belirtilen sakıncaların giderilmesine ve hakikatin bulunmasına yardımcı olmaktadır. Tarafların, bilirkişileri sorgulaması yargılamanın farklı aşamalarında farklı şekillerde gerçekleşebilmektedir. Öncelikle bilirkişi, duruşmadan önce gerçekleşen discovery aşamasında deposition yöntemiyle taraflarca (genellikle karşı tarafça) sorgulanabilmektedir. Bu sorgulama, duruşmadan farklı olarak hâkim nezaretinde yapılmamaktadır. Deposition, bir avukatın ofisinde veya tarafların belirleyeceği farklı bir yerde gerçekleşmekte ve yapılan sorgulama mahkeme kâtibi tarafından kaydedilmektedir. Duruşmada olduğu gibi ifade verecek bilirkişiye yemin ettirilmekte ve kaydolunan ifadesi kendisine imzalatılmaktadır. Sorgulamayı yapan avukat, daha önce kendisine yazılı olarak bildirilen bilirkişi raporundan edindiği bilgileri temel alarak bilirkişiye sorular yöneltmek suretiyle onu belirli bir şekilde konumlandırmaya ve görüşünü netleştirmeye çalışarak, elde ettiği ifadeleri duruşmada delil olarak kullanabilmektedir.

Bunun dışında Amerikan yargılamasında bilirkişiler duruşma safhasında da taraflarca sorgulanabilmektedir. Bu sorgulama, Türk hukukundaki tarafların bilirkişilere soru sorma hakkından oldukça farklı ve gelişmiştir. Bilirkişilerin taraflarca sorgulanması, bütün tanıklarda olduğu gibi iki aşamalıdır. Öncelikli olarak, bilirkişiyi yargılamaya dâhil eden taraf, bilirkişiyi sorgulamaktadır. Bu aşama, doğrudan sorgulama (direct examination) olarak adlandırılmaktadır. Bu aşamada, bilirkişinin kimlik bilgilerini ve uzmanlığını açıklamak için sorular sorulduktan sonra mücadeleci sisteme uygun olarak bilirkişiyi yargılamaya dâhil eden taraf, bilirkişi görüşünün olumlu yönlerini öne çıkartacak sorular yöneltmektedir. Doğrudan sorgulama tamamlandıktan sonra yargılamanın karşı tarafı, bilirkişiye çapraz sorgulama olarak adlandırılan yöntem ile sorular yöneltebilmektedir. Çapraz sorgulamayı yapan taraf, kendi bilirkişisinden elde ettiği özel ve teknik bilgi ile karşı tarafın bilirkişisinde bulunan eksiklikleri ve yanlışları ortaya çıkarmak suretiyle karar vericilerde bilirkişi ve onun görüşüne karşı bir güvensizlik oluşturmaya çalışmaktadır. Çapraz sorgulama, Amerikan hukukunda gerçeğin bulunması noktasında sistemin sahip olduğu en iyi araçlardan biri olarak görülmektedir. Bilirkişilerin çeşitli şekillerde ve özellikle çapraz sorgulama yöntemiyle sorgulanması, onları objektif ve bilimsel görüş vermeye yönlendirdiği gibi taraflara da bilirkişi görüşlerindeki eksik ve hatalı yönleri ortaya çıkarma fırsatı vererek, hakikatin bulunması noktasında önemli yararlar sağlamaktadır. Buna karşılık, mücadeleci sistemi kötüye kullanılarak bazı durumlarda son derece bilimsel ve teknik bilirkişi görüşlerinin dahi

bu sorgulamalarla bertaraf edilebildiği eleştirel olarak ileri sürülmektedir. Bunun yanında, sadece sorulan sorulara cevap veren bilirkişinin, sağlıklı ve verimli bir şekilde görüşlerini yargılamaya aktaramadığı da belirtilmektedir.

İngiliz hukukunda ise hakikatin ortaya çıkartılması noktasında geleneksel yöntemlerin yanında birtakım farklı yollar da öngörülmüştür. Bunlar, bilirkişiye taraflarca yazılı sorular sorulması, bilirkişi müzakereleri ve bilirkişilerin birlikte ifade vermesidir. Tarafların bilirkişiye yazılı soru sorması, genellikle bilirkişi raporları karşılıklı olarak değiştirildikten sonra gerçekleşen bir süreçtir. Bilirkişi, kendisine yöneltilen soruları açık ve gerekçeli olarak cevaplamak zorundadır. Bu şekilde sorulan sorular ve verilen cevaplar, bilirkişi görüşünün bir parçası haline gelmektedir. Yazılı sorular ve bunlara verilen cevaplar, bilirkişiyi bir şekilde konumlandırarak görüşünün netleşmesini sağlamakta ve varsa eksik, belirsiz veya yanlış taraflarını gün yüzüne çıkartarak hakikatin bulunmasına katkı sağlamaktadır.

Bunun yanında, mahkeme yargılamanın her aşamasında bilirkişi müzakereleri yapılmasına karar verebilmektedir. Buna göre mahkeme gerekli olduğu takdirde bilirkişilerin bir araya gelerek ilgili konuyu müzakere etmelerini ve ortak bir rapor hazırlamalarını talep edebilmektedir. Böylece farklı kutupları temsil eden iki tarafın bilirkişileri uyuşmazlık konusu hususları tartışabilmekte, anlaştıkları ve anlaşılmadıkları noktaları netleştirmekte ve anlaşılmadıkları noktalarda neden anlaşılmadıklarını açıklamaktadır. Bu durumun sonucu olarak mahkeme, özel ve teknik bilgi hakkında daha sağlıklı bilgi alma imkânına kavuşabilmektedir.

İngiliz hukukunda bilirkişi müzakereleriyle birlikte uygulanabilecek ve Avustralya’da ortaya çıkan bir ifade yönteminin de hakikatin ortaya çıkartılması noktasında önemli faydalar sağlayabileceği düşünülmektedir. Bu sistemde de bilirkişilerin duruşmaya geçilmeden önce bir araya gelip anlaştıkları ve anlaşılmadıkları hususları tespit için toplanmaları ve bir rapor hazırlanması sağlanmaktadır. Buna karşılık, bilirkişilerin duruşmada ifade vermeleri ve sorgulanmaları geleneksel yöntemle göre oldukça farklı işlemektedir. Bu sorgulama yöntemini, geleneksel Anglo Amerikan sorgulama yönteminden ayıran temel husus bilirkişilerin aynı anda yemin etmesi ve aynı zamanda hâkimce, taraflarca ve birbirileri tarafından sorgulanabilmeleridir. Böylece, hâkim ve taraflar aradan zaman geçmeden iki farklı görüşe sahip bilirkişilere sorular sorabilmekte ve yine bilirkişiler karşı tarafın bilirkişisine sorular sormak suretiyle hakikatin bulunmasına katkı sağlayabilmektedir. Bu sistemde hem hâkim hem de bilirkişiler geleneksel yöntemle göre daha aktif hareket etmektedir. Özellikle bu yöntem ile hâkimin sorgulamayı yönlendirebilmesi ve sorular sorabilmesiyle, geleneksel yöntemde karşılaşılan konunun vekiller tarafından dağıtılması veya

kutuplaştırılması engellenebilmektedir. Bunun yanında özel ve teknik konularda gerçek bilgiye sahip bilirkişilerin birlikte dinlenilmesi; birbirlerinin düşüncelerini yorumlayabilmeleri, onlara karşı çıkabilmeleri ve yine birbirlerine sorular sorabilmeleri, hâkimin konuyu daha iyi kavramasını sağlayarak hakikatin bulunmasında önemli avantajlar sağlamaktadır.

Türk hukukunda ise bilirkişilerin sorgulanması, Anglo Amerikan hukuk sistemine göre oldukça farklıdır. Öncelikle belirtmek gerekir ki; bilirkişinin, görüşünü yazılı bir rapor şeklinde mahkemeye teslim etmesi esastır. Bu sebeple, bilirkişinin duruşmada sorgulanması oldukça nadir görülmektedir. Bilirkişinin duruşmaya çağrıldığı durumlarda ise öncelikle bilirkişinin görüşlerini açıklamasına izin verilmekte ve daha sonra hâkim tarafından kendisine sorular sorulabilmektedir. Bu aşamada tarafların da hâkimden sonra bilirkişiye soru sorması mümkündür. Ancak tarafların soru sormaları, çapraz sorgulamaya göre oldukça basittir. Birçok uyuşmazlık bakımından, az sayıda sorudan sonra sürece son verilmektedir. Belirtmek gerekir ki; Türk hukukunda gerek hâkimin gerekse de tarafların bilirkişiyi sorgulamaları oldukça verimsizdir²³³⁸. Zira hâkim kendisinde bulunmayan bir konu için tek bir bilirkişiye başvurduğu için o tek bilirkişiden gelecek görüşleri tamamıyla kavrayıp, buna göre sorular yöneltmesi, gelen cevapları değerlendirmesi ve gerekirse tekrar soru sorması oldukça zordur. Aynı şekilde tarafların da farklı nedenlerle, uzmanlarla çalış(a)maması, ilgili özel ve teknik konuya uzak kalınmasına ve sorgulamanın istenilen şekilde gerçekleştirilememesine neden olmaktadır.

Belirttiğimiz üzere, Türk hukukunda bilirkişi görüşünün yargılamaya yazılı şekilde aktarılması esastır. Buna uygun olarak tarafların, bilirkişi görüşü ile mücadeleleri de yazılı şekilde gerçekleşmektedir. Taraflar, bilirkişi raporunun tebliğinden itibaren iki hafta içinde rapora yazılı olarak itiraz edebilmektedir. Ancak, çoğu zaman hâkim gibi taraflar da, davanın çözülmesi için gerekli olan özel ve teknik bilgidan kısmen veya tamamen mahrumdur. Bu sebeple, bilirkişi tarafından hazırlanan görüşü inceleyebilmeleri, denetleyebilmeleri ve bu

²³³⁸ Bu verimsizliğin bilirkişiliğe özel sebeplerinin yanında, bazı yapısal ve eğitimsel genel nedenleri de vardır. Türk medeni usul hukuku, geleneksel olarak yazılı bir yargılama sistemi üzerine oturmuştur. Her ne kadar Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda isticvap, soru yöneltme, tanık ve uzman dinlenilmesi gibi sözel unsurlara ve sözlü yargılamaya ilişkin hükümler mevcut olsa da bunların etkili şekilde kullanıldığı söylenemez. Duruşmada dahi avukatların birkaç kelimedenden fazla beyanda bulun(a)madığı görülmektedir. Ayrıntılı beyan vermeye yönelik denemeler ise genellikle hâkim tarafından engellenmektedir. Bu bağlamda, sözlü tahkikatın gerçekleşmesi gereken duruşmalar, belgelerin dosyaya girip girmediğini kontrol eden rutinlere dönüşmüştür. Bunun yanında kanuni bir kısıtlama olarak birçok davada tanık da dinlenilmemektedir. Tanık dinlenilebilen davalarda ise ağır iş yükü nedeniyle tanığın detaylı olarak sorgulanmadığı sıklıkla görülmektedir. Tanığa sorulacak birkaç sorudan sonra ifade tutanağa geçirilip, duruşma sonlandırılmaktadır. İşte bu tür yapısal, geleneksel ve eğitimsel sebeplerle, sözlü ifade almaya alışık olmayan yargılama unsurları verimli bir sorgulama gerçekleştirememektedir. Yargılamada sözlülük ilkesinin önemi ve bu ilkenin mukayeseli ve Türk hukukundaki görünüm biçimleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Özkaya-Ferendeci, 2019: 7 vd; 41 vd; 133 vd

konuda hâkimi yönlendirebilmeleri kolay olmamaktadır. Taraflar, gerek ekonomik gerekse de bu noktada oturmuş bir uygulamanın olmamasından dolayı genellikle kendi uzmanlarından da yardım alamamaktadır. Tarafların, gerçeğin bulunması noktasında ekseriyetle yaptıkları ise dilekçelerindeki unsurları tekrar ederek, aleyhe olan noktaları kabul etmemek suretiyle kalıplaşmış itiraz yöntemlerini kullanmaktan ibarettir. Öte yandan tarafların itiraz ettiği durumlarda, hâkimlerin bu itirazları yeterince dikkate al(a)madığı ve bilirkişi raporunun verilen karara neden esas alındığını yeterince gerekçelendirmedikleri de sıklıkla görülmektedir. Bunun yanında doğru karara ulaşılabilmesi için hâkimin her zaman bilirkişi görüşünü değerlendirebileceği kabul edilmişken, süresinde itiraz etmemeye, bazı içtihatlarla usuli müktesep hak gibi birtakım sonuçların bağlanması da hakikatin bulunması noktasında önemli bir engel teşkil etmektedir.

Belirtilen sakıncaların giderilmesi amacıyla Türk hukukunda uzman görüşünün düzenlendiği ve bundan faydalanılabileceği ileri sürülebilirse de mevcut hali ile bu kurumun yeterli ve aktif olarak kullanılmadığı görülmektedir. Her şeyden önce uzman görüşü için yapılan masrafın yargılama gideri olarak kabul edilmemesi, bu anlamda da kısmen dahi olsa karşı taraftan tahsil edilememesi uzman görüşüne başvuruyu engellemektedir. Bunun yanında çeşitli sebeplerle hâkimlerde ve avukatlarda uzman görüşüne başvurma noktasında oturmuş bir gelenek de mevcut değildir. Uzman görüşüne başvuru, genellikle taraf iddialarını destekler nitelikteki hukuki mütalaalarla sınırlı kalmaktadır. Öte yandan bilirkişilere tanınan birçok yetkinin uzmanlara tanınmaması da bu kişilerin yapacağı değerlendirmelerin eksik ve yetersiz kalmasına neden olmaktadır. Bu anlamda, bilirkişilerin aksine uzmanların tarafları dinlemesi mümkün olmadığı gibi bunların bir nesne veya belge üzerinde inceleme yapmaları da mümkün değildir. Uzmanlar, ancak taraflardan ve bu vasıta ile dosya kapsamından elde ettikleri bilgi ve belgelerle görüşlerini oluşturabilmektedir. Bu durum ise hakikatin bulunması noktasında uzmanların aktif olarak kullanılmasına engel olmaktadır. Diğer taraftan uzman görüşünün hukuki niteliği, bu çerçevede mahkeme tarafından nasıl değerlendirileceği de açık değildir. Doktrinde çeşitli görüşler ileri sürülmüş; birtakım yazarlar uzman görüşünü delil olarak nitelendirmişken, diğer birtakım yazarlar uzman görüşünü taraf iddialarının bir parçası olarak kabul etmiştir. Bu nitelendirme ve buna bağlı olan değerlendirme sorunu da uzman görüşünün, bilirkişi görüşü ile çeliştiği hallerde nasıl hareket edileceği noktasında mutlak bir uygulamayı engellemektedir.

Hakikatin bulunması ve adil bir karara ulaşılabilmesi konusunda önem arz eden diğer bir husus ise bilirkişilik yapacak kişinin uzmanlığıdır. Bilindiği üzere, ülkemiz mevcut durumda liste yöntemini benimsemiş olup, bazı temel kriterleri karşılamış olan kişiler bu

listelere kaydolabilmektedir. Bu listelere girmek iradidir. İlgili alandaki uzman kişiler, belirli bir eğitim sürecini tamamladıktan sonra mevzuatta düzenlenen gerekli nitelikleri taşımaları koşuluyla listelere kaydedilmektedir. Mevcut uygulamaya bakıldığında, uzun yıllardır olduğu gibi, bilirkişi listelerine kaydolan kişilerin genellikle memur veya emekli oldukları görülmektedir. Bu durum, bazı uzmanlık alanları için makul hatta aranılan bir özellik olabilir. Ancak birçok uyuşmazlıkta, hâkime en iyi yardımı sağlayabilecek kişiler, ilgili alanda aktif olarak çalışan ve sorunlar üzerinde tecrübesi olan kişilerdir. Buna karşılık gerek ücretlerin azlığı gerekse de başkaca nedenlerle ilgili uygulama alanında aktif faaliyet gösteren uzmanların bilirkişilik yapmaktan uzak durdukları görülmektedir. Öte yandan hâkimlerin, bu listeden ilgili alanda en iyi olanları veya uyuşmazlık konusuyla bağlantılı uzmanlığa sahip kişileri değil, bir şekilde birlikte çalışmaya alıştıkları kişileri atamaya meyilli oldukları görülmektedir. Belirtilen bu durumlar ise yeterli ve nitelikli uzmanlarla çalışamamasından dolayı hakikatin ortaya çıkartılmasını güçleştirmekte veya geciktirmektedir. Bunun gibi sürekli aynı uzmanlarla çalışmak, mahkemenin bilirkişi görüşü üzerindeki denetimini de azaltmaktadır. Zira önceki davada doğru ve yeterli görüş bildiren uzmanın, mevcut davada da doğru ve yeterli görüş bildireceği varsayılmaktadır. Mahkeme ile bilirkişi arasında oluşmuş bu güven duygusu ise mahkemenin bilirkişi görüşünü yeterince denetlemeden karar vermesine neden olabilmektedir.

4.2.2.3. Tarafsızlık ve Bağımsızlık

Türk hukukunda bilirkişinin tarafsız olmasına büyük önem verilmiş, gerek Hukuk Muhakemeleri Kanunu gerekse de Bilirkişilik Kanunu, bilirkişinin görevini tarafsız ve bağımsız olarak yürütmesi gerektiğini özellikle vurgulamıştır. Bunun sağlanması amacıyla da bilirkişiye yemin zorunluluğu getirildiği gibi hâkimin reddi ve yasaklılık sebeplerine göre tarafsız olmayacağı düşünülen bilirkişilerin yargılamadan uzak tutulması amaçlanmıştır. Bunun gibi tarafsız veya bağımsız olma zorunluluğunun bir sonucu olarak bilinçli bir şekilde gerçeğe aykırı beyanda bulunan bilirkişiler hakkında cezai ve hukuki sorumluluk hükümleri düzenlenmiştir. Bu düzenlemelere rağmen Türk yargılamasında çeşitli sebeplerden dolayı bilirkişinin tarafsızlığından ve objektifliğinden uzun süreden beri şüphe edilmeye devam edilmektedir²³³⁹. Bu şüphelerin doğmasına sebep olarak; yaygın olarak görülen mesleki dayanışma dürtüsü, bilimsellikten uzak duygusal bakış açısı, haksız çıkar veya taraflardan biriyle olan ekonomik, siyasal veya hemşehrilik gibi birtakım bağlantılar

²³³⁹ Aşçıoğlu, 1991: 83. Yazar'ın 1991 yılında belirttiği bilirkişinin tarafsızlığına ve dürüstlüğüne olan bu güvensizlik, şu anda da az veya çok devam etmektedir.

gösterilebilmektedir²³⁴⁰. Öte yandan istisnai nitelikte olsa da mahkemenin kararına önemli derecede etki edecek bilirkişiye 1000 TL veya 2000 TL takdir edildiği milyonlarca TL'lik davalarda; tarafların bizzat, vekilleri veya üçüncü kişiler vasıtasıyla bilirkişilere ulaşmaya çalıştıkları, onları çeşitli şekillerde etkilemeye veya baskı altına almaya çalıştıkları, ispatlanması zor bir gerçek olarak uygulamaya yabancı olmayan kişiler tarafından bilinmektedir.

Türk Hukukunda, hâkim yardımcısı ve bir nevi kamu görevlisi olarak nitelendirilen bilirkişiden, bağımsız bir şekilde yürütülmesi gereken yargılama faaliyetinde, yine hâkimler gibi herhangi bir güce bağlı olmadan bağımsız bir şekilde görev yapması beklenmektedir. Nitekim Bilirkişilik Kanunu da bilirkişinin görevini bağımsız bir şekilde yerine getirmesi gerektiğini temel bir ilke olarak düzenlemiştir. Ancak aynı Kanun'un ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun ortaya koyduğu kurumsal yapının ve buna bağlı bilirkişi seçme yönteminin, bilirkişinin bağımsızlığı noktasında şüphelere neden olduğu ileri sürülmüştür. Özellikle bilirkişilik sisteminin, yürütmenin bir organı olan Adalet Bakanlığı nezdinde kurulan Bilirkişilik Daire Başkanlığı ile bağlantılı olması eleştirilerin en önemli gerekçeleri arasında sayılmaktadır. Öte yandan Bilirkişilik Kanunu ile kurulan Bilirkişilik Danışma Kurulu'nun üyesi ve başkanı olarak Adalet Bakanlığı müsteşarının görev yapması da bilirkişiliğin bağımsızlığının önünde bir engel olarak görülmüş, Anayasa Mahkemesi'ne ilgili maddelerinin iptali için başvuru yapılmış ancak başvuru reddedilmiştir.

Amerikan hukukunda ise tarafsızlık ve buna bağlı olarak objektif görüş bildirme zorunluluğu Türk hukukundan oldukça farklı şekilde anlaşılmaktadır. Benimsenen temel sistem uyarınca bilirkişiler, taraflarca seçilmekte ve ücretleri taraflarca karşılanmaktadır. Taraflar, işvereni oldukları uzmanları bilirkişi olarak atayabildikleri gibi gerekli niteliklere sahip olmaları halinde kendileri dahi istisnai durumlarda bilirkişilik yapabilmektedir. Bütün bu olgulara rağmen bilirkişiden tarafsız, doğru ve objektif görüş bildirmesi beklenmektedir. Bu anlayışa göre, tarafsızlık ve objektiflik bilirkişinin şahsından ziyade onun görüşünde vücut bulmalıdır. Ancak bu anlayış, bu ülke de dahi eleştirilmekte, bilirkişilerin tarafsızlığından sürekli olarak şüphe edilmesine neden olmaktadır. Hatta bilirkişilerin kendisi, kiralık silahlar, hazırladıkları raporlar da çöp bilim olarak nitelendirilebilmektedir.

Bilirkişilerin taraflarca seçilmesi ve bu seçim yapılırken tarafların kendi görüşlerine en yakın olan uzmanları bulma arayışı ve yine bilirkişi ücretinin taraflarca ödenmesi, tarafsızlığa yönelik eleştirilerin temel nedenlerini oluşturmaktadır. Bunun yanında taraflarca seçilen bilirkişiler, başka bir davada tekrar bilirkişi olabilme ümidi yahut önerilen ücretin fazlalığı

²³⁴⁰ Akyol, 1991: 60 vd.; Aşçıoğlu, 1991: 83.

veya kendilerini tutan taraf ile oluşan takım ruhu nedeniyle ister istemez taraflardan birine karşı yakınlık hissedebilmektedir. Ancak bu sakıncalara rağmen mücadelecî sisteme duyulan güven nedeniyle taraf bilirkişiliği, temel bilirkişilik sistemi olarak kullanılmaya devam edilmektedir. Mücadelecî sistemin sahip olduğu tetkik ve sorgulama yöntemleri ile bilirkişinin tarafsızlığına ilişkin endişelerin giderilebileceği düşünülmektedir. Öte yandan, tarafsızlığın ve buna bağlı olarak objektif görüşün sağlanması amacıyla, bilirkişinin gerek deposition gerekse de duruşma sorgulamasında yemin etmesi öngörülmüştür. Aynı şekilde, bilirkişinin gerçeğe aykırı beyanlarından dolayı cezalandırılması da bilirkişi görüşünün tarafsızlığını ve objektifliğini sağlamak için öngörülmüş diğer bir düzenleme olarak karşımıza çıkmaktadır.

İngiliz hukukunda ise, Lord Woolf reformları ile birlikte, taraf bilirkişilerine karşı yöneltilen eleştirileri engellemek amacıyla birtakım önlemler öngörülmüştür. Bunların en önemlisi; taraflarca atanmış olsa dahi bilirkişinin asıl yükümlülüğünün mahkemeye karşı olduğunun Medeni Usul Kuralları'yla (CPR) açıkça düzenlenmesidir. Buna göre bilirkişinin asıl görevi, uzmanlık alanı kapsamındaki konularda mahkemeye yardımcı olmaktır. Mahkemeye yardımcı olma yükümlülüğü, bilirkişinin kendisinden ücret ve talimat aldığı tarafa karşı olan yükümlülüklerden her zaman önce gelir (CPR m. 35.3). Bu düzenlemeyle; bilirkişinin, kendisini yargılamaya dâhil eden tarafın yargılamadaki konum ve durumundan bağımsız olarak, yargılamadaki vakıa ve delillere uygun, bilimsel, objektif ve doğru görüş bildirmesi amaçlanmıştır. Aynı zamanda bu yükümlülüğün vurgulanması amacıyla bilirkişi raporunda, bilirkişinin mahkemeye karşı olan yükümlülüğünü anladığına ve buna göre hareket ettiğine dair bir beyannamenin bulunması da zorunlu tutulmuştur.

Öte yandan İngiliz hukukunda, taraf bilirkişiliğinin neden olduğuna inanılan tarafgirliği engellemek amacıyla, müşterek bilirkişi olarak adlandırılan yeni bir bilirkişilik türü de geliştirilmiştir. Buna göre her iki tarafın da bilirkişi atamak istediği durumlarda, mahkeme taraf bilirkişileri yerine müşterek bir bilirkişi atayabilir. Bu bilirkişinin ücreti taraflarca birlikte ödenir, bu kişiye birlikte talimat verilir (veya bir tarafın verdiği talimat diğer tarafa da gönderilir) ve hazırladığı rapor aynı anda taraflara birlikte tebliğ edilir. Müşterek bilirkişi, taraflarca birlikte seçilir. Taraflar, müşterek bilirkişinin kimliği noktasında anlaşamazsa; mahkeme, müşterek bilirkişiyi kendisi seçer. Müşterek bilirkişi seçilirken, mümkün olduğunca taraflar ile arasında bağlantı olmamasına dikkat edilir. Taraflar ile gerek mevcut dava gerekse de diğer nedenlerle bir bağlantısı saptanan uzman, kural olarak bilirkişi olarak atanamaz. Öte yandan müşterek bilirkişinin tarafsızlığının sağlanması amacıyla,

tarafların müşterek bilirkişi ile özel iletişim kurması kural olarak yasaklanmıştır. Taraflardan biri, diğeri olmaksızın, müşterek bilirkişi ile görüşemez.

4.2.2.4. Masraf ve Yargılama Süresi

Uyuşmazlıkların mümkün olduğunca çabuk ve mümkün olan en az masrafla çözülmesi, gerek Anayasa'nın gerekse de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde düzenlenen adil yargılanma hakkının bir gereğidir. Masraflı ve uzun bir yargılama, kişilerin adalete erişiminde bir engel teşkil etmektedir. Bu sebeple, gerek bilirkişiye verilecek ücretin gerekse de bilirkişilik sürecinin yargılamada işgal edeceği zamanın orantılılık ilkesine uygun olarak doğru bir şekilde tespit edilmesi önemlidir.

Türk hukuku bakımından bilirkişiye ödenecek ücret, Adalet Bakanlığı'nca çıkarılan tarife dikkate alınarak bilirkişinin sarf ettiği emek ve zamana uygun olarak mahkeme tarafından takdir edilmektedir. Bilirkişi Ücret Tarifesi incelendiği takdirde, bilirkişilere ödenecek ücretlerin oldukça makul, hatta düşük olduğu söylenebilir. Bu durumun yargılamayı daha az masraflı hale getirdiği ileri sürülebilirse de, yeterli niteliklere sahip uzmanları bilirkişilikten uzaklaştırdığı için yargılama sonunda bilirkişiler için harcanan toplam masrafları arttırdığı söylenebilir. Zira yeterli niteliklere sahip olmayan bilirkişinin görüşleri, uyuşmazlığın çözümüne katkı sağlamadıkları için mahkeme, ikinci, üçüncü, dördüncü hatta beşinci defa bilirkişiye başvurmak zorunda kalmaktadır. Esasen bu durumun tek sorumlusunun bilirkişiler olmadığını belirtmek gerekir. Bilirkişi raporlarının yeterli şekilde değerlendiril(e)memesi sebebiyle, mahkeme tarafından da sıklıkla yeni bilirkişi atanması yoluna gidilmekte, bunlar arasında çelişki olması halinde de tekrar bir veya birden çok defa farklı bilirkişilere başvurulmaktadır. Atanan her yeni bilirkişiye, doğal olarak, ayrı bir ücret takdir edildiği için de yargılama masraflı hale getirilmektedir.

Türk hukuku bakımından, uygulamada sıklıkla görüldüğü üzere, yukarıda belirtilen şekilde birçok defa bilirkişiye gidilmesinin asıl maliyeti ise ödenen masraflarda değil, yargılamada sebep olduğu zaman kaybında kendisini göstermektedir. Bilirkişiye, altı aya ulaşabilecek bir süre verildikten sonra, tekrar bilirkişiye başvurulup, yeni bilirkişiye de süre verilmesi, bunlar arasında çelişki olması halinde üçüncü bilirkişiye de tekrar süre verilmesi, hatta dördüncü veya beşinci bilirkişilere de süreler verilmesi sonucunda yargılamanın sonuçlanması, bu anlamda da tarafların haklarının korunması yıllarca sürebilmektedir. Bunun sonucu olarak da makul sürede yargılanma hakkı ve dolayısıyla adil yargılanma hakkı zedelenmektedir.

Amerikan yargılamasında ise tarafların bilirkişi ataması, yargılama masraflarının artmasının nedenlerden biri olarak görülmektedir. Mahkeme tarafından atanan tek bir bilirkişi yerine her bir tarafın kendi bilirkişi veya bilirkişilerini ataması ve bunlara kendi aralarında anlaştıkları oranda ücret ödemeleri, yargılama için harcanan masrafların artmasına neden olmaktadır. Özellikle Amerikan hukukunda bilirkişilere ödenen ücretler yüzbinlerce doları bulabilmektedir. Buna karşılık, Amerikan yargılama sisteminde taraf bilirkişilerine ödenen ücretler yargılama gideri olarak kabul edilmediğinden, karşı taraftan tahsil edilememektedir. Bu sebeple, haklı olan taraf, dava için harcadığı masrafları alamadığı için cezalandırılırken, haksız taraf adeta ödüllendirilmektedir.

Amerikan hukukunda benimsenen taraf bilirkişi sisteminin, yargılamayı daha masraflı hale getirmesinin yanında yargılamayı gereksiz yere uzattığı da eleştirel olarak belirtilmektedir. Özellikle bilirkişilerin duruşmadan önce çeşitli discovery yöntemleri ile defalarca tetkik edilip, sorgulandıktan sonra tekrar duruşmada sorgulanması, yargılamada aynı işlemlerin tekrarına sebep olması nedeniyle eleştirilmektedir. Ayrıca bu sorgulamaların mahkeme bilirkişilik sisteminin aksine bir yerine en az iki bilirkişi üzerinde gerçekleştirilmesinin de bazı uyumsuzluklar bakımından gereksiz zaman kaybına neden olduğu söylenmektedir.

İngiliz hukukunda, gereksiz bilirkişiye başvurulmasını engellemek ve bilirkişilik nedeniyle oluşan masrafların azaltılmasını sağlamak amacıyla, Amerikan hukukundan farklı olarak taraf bilirkişisi bakımından izin sistemi benimsenmiştir. Taraflar, ancak mahkemeden izin almak koşuluyla kendi bilirkişilerini atayabilir ve görüşlerini yargılamaya delil olarak sunabilir. İlgili taraf, mahkemeden izin talep ederken, hangi alanda bilirkişi deliline ihtiyaç duyulduğunu, bilirkişinin hangi meseleleri inceleyeceğini, bilirkişiye ödenecek tahmini miktarı ve gerekli olduğu durumlarda bilirkişinin kimliğini izin talebinde (dilekçesinde) belirtmek zorundadır. Yargılama süresinin uzamasını engellemek amacıyla izin başvurusunun, duruşmadan makul bir süre önce yapılması gerekir. Aksi takdirde mahkeme, izin talebini reddedebilir. Mahkeme, bilirkişi delilinin dava konusu meselelerin aydınlatılması için gerekli olduğuna kanaat getirirse, tarafın bilirkişi atama talebini kabul edebilir. Buna karşılık mahkeme, bilirkişi atamanın gereksiz zaman ve masraf kaybına neden olacağına kanaat getirirse bilirkişi atama talebini reddetmelidir. İzin talebi kabul edildiği takdirde, bilirkişinin yapacağı inceleme, mahkemenin kararına bağlı olarak izin talebinde belirtilen alanlarla sınırlı olacaktır.

Bunun yanında mahkeme gerekli görürse, bilirkişi sayısının sınırlandırılmasına da karar verebilir. Bu çerçevede, izin talebinde birden fazla bilirkişi atamak isteyen tarafın talebi,

dava konusu uyuşmazlığın niteliği ve karmaşıklığı göz önünde bulundurularak, sınırlı olarak kabul edilerek sadece bir bilirkişi atanmasına da karar verilebilir. Aynı şekilde İngiliz hukuku, klasik Anglo Amerikan hukuk sisteminden ayrılarak mahkemeye yargılama gideri olarak ödenecek bilirkişi ücretinin sınırlandırılması yönünde yetki vermiştir. Nitekim Amerikan hukukundan farklı olarak, mahkemenin izni ile yargılamaya dâhil edilen bilirkişiye ödenen ücret, belirli şartlar altında yargılama gideri olarak kabul edilmekte ve davayı kaybeden taraftan tahsil edilebilmektedir.

İngiliz hukuk sisteminde de taraflarca bilirkişi atanmasının ve atanan bilirkişilerin görüşlerinin tekrar tekrar incelenmesinin, yargılamayı gereksiz yere uzattığı belirtilmektedir. Zira taraf bilirkişilerinin görüşleri (raporları) duruşmadan önce karşılıklı olarak değiştirilmekte; daha sonra taraflar, bilirkişiye yazılı sorular sorabilmekte, takdiren bilirkişi müzakereleri gerçekleştirebilmekte ve yine duruşmada bilirkişiler doğrudan ve çapraz sorgulama yöntemiyle taraflarca ayrı ayrı sorgulanabilmektedir. Bu sürecin her ne kadar gerçeğin bulunmasına katkı sağladığı kabul edilse de, yargılamanın uzamasına da neden olduğu eleştirel olarak dile getirilmektedir. Bu sebeple, özellikle yargılama konusunun değer veya miktarının düşük olduğu, karmaşık olmayan davalarda; taraflarca bilirkişi atama yönteminin kullanılmamasının, yargılama süresinin uzamaması açısından daha uygun olduğu ifade edilmektedir.

Öte yandan İngiliz hukukunda taraf bilirkişilerinin getirdiği zaman ve masraf külfetini azaltmak amacıyla müşterek bilirkişi olarak adlandırabilecek yeni bir bilirkişilik türü geliştirilmiştir. Bu bilirkişilik türüyle, farklı bilirkişiler yerine tek bir müşterek bilirkişiden görüş alınması öngörülerek, taraf bilirkişilerinin sebep olduğuna inanılan masraf ve zaman kaybının azaltılabileceği düşünülmüştür. Bu sistem uyarınca her iki tarafın bilirkişi atamak istediği durumlarda, mahkeme tarafların iradesi hilafına olsa dahi taraf bilirkişisi yerine müşterek bilirkişi atanmasına karar verebilir. Ancak bu noktada takdir mahkemenin olup, durumun ve davanın özelliklerine göre, taraf bilirkişisi atanmasına da karar verilebilir. Öte yandan, mahkemenin müşterek bilirkişi atanmasına karar vermesi, tarafların kendi bilirkişilerini atamak için tekrar izin başvurusunda bulunmasına engel olmaz. Ancak, müşterek bilirkişi atandıktan sonra mahkemenin tekrar taraf bilirkişisi atanmasına izin vermesi oldukça zordur. Zira belirttiğimiz üzere müşterek bilirkişiliğin kabul edilmesinin en önemli sebeplerinden biri de taraf bilirkişilerinin neden olduğu zaman ve masraf israfını önlemektir. Bu sebeple mahkeme, ancak geçerli nedenler ileri sürülmesi halinde müşterek bilirkişi atadıktan sonra tekrar tarafın kendi bilirkişisini atama talebine olumlu karşılık verebilir.

Ancak belirtmek gerekir ki; müşterek bilirkişi atamak her zaman için yargılamayı daha ucuz hale getirmemektedir. Özellikle yargılama başlamadan veya başladıktan hemen sonra davada haklı olup olmadıklarını veya haklıysalar muhtemel tazminat miktarının değerlendirilmesi için tarafların bir uzmana ihtiyaç duydukları durumlarda; müşterek bilirkişi, yargılamayı daha az masrafsız hale getirmemektedir. Zira bu tür durumlarda, mahkeme henüz müşterek bilirkişi atamadan önce, taraflar anlaştıkları uzmanlarla belirli bir ücret ödeyerek zaten çalışmaya başlamıştır. Bu sebeple, karmaşık ve dava değerinin yüksek olduğu uyuşmazlıklarda, müşterek bilirkişi atamak, yargılamayı ucuzlatmak yerine daha da masraflı hale getirebilmektedir.

4.2.2.5. Yargılamaya ve Verilen Karara Güven

Toplunun, yargılamaya ve bu yargılama sonucunda verilen hükme güven duyması, sosyal barış ve huzurun sağlanması için son derece önemlidir. Bu güvenin sağlanması içinse, kanunlara uygun olarak yürütülmüş bir yargılama gerekir. Ancak sadece kanunlara uyulması bu güvenin sağlanması için yeterli değildir. Bunun yanında bu kanunların, evrensel ilkelere uygun olması ve tarafları, yargılamaya aktif olarak dâhil etmesi gerekir. Tarafların bilgisi ve iradesi dışında gerçekleşen, adil yargılanma hakkına ve buna bağlı olarak hukuki dinlenilme hakkına riayet edilmemiş bir yargılama sonucunda verilen hüküm, ne kadar kanunlaştırılmış kurallara uygun olursa olsun taraflara ve topluma güven veremez. Bu durumun ortaya çıkmaması için mahkeme hükmünün oluşmasında önemli bir yer teşkil eden bilirkişilik sürecinin de aynı hususlara riayet edilerek yürütülmesi gereklidir.

Türk hukukunda bilirkişilik bakımından tarafların yargılamaya aktif katıldıkları söylenemez. Bilirkişilik faaliyeti daha çok hâkimin kontrolü altında yürütülmektedir. Bilirkişi atanmasına, bilirkişi seçilmesine, bilirkişi sayısına, bilirkişinin görev süresine hâkim tarafından karar verilmektedir. Bunun gibi bilirkişi görüşünün değerlendirilmesi ve tetkik edilmesi de hâkime verilen baskın rol çerçevesinde gerçekleştirilmektedir. Buna karşılık taraflar, bilirkişi tarafından yargılamaya sunulan görüşü yeterince değerlendirememekte, onunla gereği gibi mücadele edememektedir. Taraflar, bilirkişi görüşünden tahkikat aşamasının sonlarında ve ancak kendilerine tebliğ edildikten sonra haberdar olabilmekte ve iki hafta içinde bilirkişi görüşünü değerlendirip, buna itiraz edebilmektedir. Bu süre içinde yapılan itirazlar da bilimsel ve teknik gerekçelerden ziyade kendi aleyhlerine olan her şeye karşı çıkma şeklinde gerçekleşmektedir. Tartışmalı olmakla birlikte iki haftalık sürenin geçirilmesi halinde ise bilirkişi raporunun kesinleştiği kabul edilerek, itiraz etmeyen taraf aleyhine birtakım ağır sonuçlar öngörülmektedir. Öte yandan süresinde yapılan itirazlar, bariz

bir eksiklik ve hata olmadığı müddetçe mahkeme tarafından dikkate alınmamakta yahut itiraz üzerine aynı sürece tabi yeni bir bilirkişiden görüş alma yoluna gidilmektedir. Bunun gibi bilirkişi görüşünün karara esas alındığı durumlarda, gerekçelendirmenin sağlıklı bir şekilde yapılmadığı görülmektedir. Bu çerçevede, hâkimin bilirkişi görüşünü neden benimsediği ve tarafların itirazlarına neden itibar edilmediği net ve detaylı bir şekilde açıklanmamaktadır. Diğer taraftan, bilirkişinin görüşünü yazılı olarak sunması esas olduğundan, bilirkişinin sorgulanması da pek mümkün olmamaktadır. Her ne kadar itiraz üzerine hâkimin bilirkişiyi çağırıp, sözlü olarak sorgulanmasına karar vermesi mümkün ise de uygulamada bunun gerçekleştirildiği söylenemez. Açıklanan unsurlar, taraflarca yeterince vakıf olunamamış ve yeterince mücadele edilememiş bilirkişi görüşüne göre hüküm verilmesine neden olmaktadır. Bu durum ise bilirkişi görüşüne ve dolayısıyla verilen hükme güveni azaltmaktadır.

Tarafların, bilirkişi ile uzman görüşü vasıtasıyla mücadele edebileceği söylenebilirse de daha önce açıkladığımız üzere, uzmana verilecek ücretin yargılama gideri olarak kabul edilmemesi; uzmanın, bilirkişi gibi birtakım hak ve yetkiler ile donatılmaması ve uzman görüşünün nasıl değerlendirilmesi gerektiğinin belirsiz olması karşısında taraflarca bu yola sıklıkla başvurulmadığı görülmektedir.

Amerikan hukuk sisteminde ise bilirkişilik süreci, daha çok tarafların kontrolünde yürümektedir. Yerleşmiş bir uygulama olarak taraflar, kendi bilirkişilerini atamaktadır. Her ne kadar bu durum, bilirkişinin tarafsızlığına gölge düşürse de taraflar kendi güvendikleri uzmanlar vasıtasıyla uyuşmazlık konusu özel ve teknik hususları iyi bir şekilde inceleyebilmekte ve değerlendirebilmektedir. Aynı şekilde taraflar, karşı tarafın ileri sürdüğü konuları tartışabilmekte, eksik ve yanlış taraflarını görebilmekte, bunları yargılamada öne çıkarabilmekte ve mahkemenin de bunları fark edebilmesini etkin bir şekilde sağlayabilmektedir. Bu durum ise tarafların verilen karara güvenlerini arttırmaktadır. Esasen taraf bilirkişilerinin kullanılmasıyla, taraflar daha yargılamanın çok başında ne kadar haklı olduklarını çoğu zaman anlayabilmektedir. Bu durum ise yargılamada öngörülebilirliği sağlayarak tarafların uzlaşmalarını kolaylaştırmaktadır.

Ancak bu yargılama sisteminin zayıf tarafı ise normal kişilerden oluşan jüri üyelerinin karar verici konumunda olmasıdır. Kolayca etkilenebilen, duyguları kullanılabilen jüri üyeleri, çeşitli sorgulama yöntemlerinin ve ikna edici bilirkişilerin etkisiyle farklı yönlendirilebilmektedir. Her ne kadar bunun önlenmesi amacıyla çeşitli yöntemler öngörülmüş olsa da yönlendirmeye açık, hukuk eğitimi almamış kişilerin karar verici konumunda olması ulaşılan sonuca güveni sarsmaktadır.

İngiliz medeni yargılama sisteminde ise istisnai bazı uyuşmazlıklar dışında jürili yargılama bulunmadığı için vakıasal ve hukuksal meseleler hakkında karar verme yetkisi sadece hâkime aittir. Bu yönüyle, sıradan insanların deliller ve özellikle bilirkişiler vasıtasıyla yanlış yönlendirilmesi söz konusu olmamaktadır.

İngiliz hukukunda, özellikle dava konusunun karmaşık veya dava değerinin yüksek olduğu uyuşmazlıklarda taraf bilirkişilerinin egemenliği devam etmektedir. Bu sebeple, belirtilen dava türlerinde, özel ve teknik bilgiye ilişkin meseleler üzerindeki taraf kontrolü yüksektir. Diğer taraftan müşterek bilirkişi atandığı durumlarda da tarafların yargılamaya aktif katılması sağlanmaktadır. Müşterek bilirkişi taraflarca seçilmekte, ancak tarafların anlaşamaması halinde mahkeme, müşterek bilirkişiyi belirlemektedir. Bu belirleme yapılırken de yine tarafların hazırladığı listeler kullanılabilir. Müşterek bilirkişi de bir çeşit taraf bilirkişisi olarak görülmekte, her iki tarafa da eşit özen borcu altında olduğu kabul edilmektedir. Müşterek bilirkişi iki taraftan talimat almakta ve hazırladığı rapor iki tarafa aynı anda tebliğ edilmektedir. Öte yandan müşterek bilirkişi atanması, tarafların bilirkişi atamasına da kural olarak engel olmamaktadır. Mahkeme kararlarında da belirtildiği üzere müşterek bilirkişi görüşünün değerlendirilmesi amacıyla yazılı soru sormak gibi gerekli önlemler alındıktan sonra mahkeme, tarafların ayrıca kendi bilirkişilerini atamalarına izin vererek, müşterek bilirkişi görüşünün değerlendirilmesine ve onunla mücadele edilmesine imkân tanıyabilmektedir. Her ne kadar müşterek bilirkişi atandıktan sonra taraf bilirkişilerinin atanmasına izin verilmesi daha zor olsa da, uyuşmazlığın ve uzmanlık alanın özelliklerine göre uygulanabilecek böyle bir takdir hakkının mahkemeye tanınması olumludur. Bütün bu unsurlar ise tarafların yargılamaya güvenini artırmaktadır.

SONUÇ

Günümüzde birçok uyuşmazlığın çözümünün, uzmanlardan alınacak görüşe bağlı olduğu yadsınamaz bir gerçektir. Hâkim, birçok uyuşmazlığı ancak uzmanlarla sonuca ulaştırabilmekte, birkaç basit uyuşmazlık dışında uzman bir kişinin görüşünü almadan karar vermesi düşünülememektedir. Bu durum, en basit tüketici ve aile hukuku meselelerine kadar indirgenebilir nitelikte artmıştır. Hayatımıza yavaş yavaş giren birçok teknolojik ve bilimsel gelişmelere bakıldığında bu sürecin hızlanarak devam edeceğinden şüphe etmemek gerekir. Bunun yanında uzman görüşlerinin, hâkimin vereceği karar üzerindeki etkisi de artmaktadır. Birçok uyuşmazlıkta uzmanların vereceği görüşler, doğrudan kararın esasını etkilemekte, hâkim uzmandan alacağı görüşe bağlı olarak bir taraf lehine veya aleyhine karar verebilmektedir. Bütün bu olgulara bağlı olarak bilirkişinin yargılamadaki rolü artmakta, buna karşılık hâkimin ve tarafların rolü zayıflamaktadır. Taraflar bakımından sadece iyi bir avukat ile çalışmak davada başarılı olmak için yeterli olmamaktadır. Bu çerçevede, tarafların sahip olduğu subjektif hakkı gerçekten savunmanın yolu ancak bu konuda yetkin olan uzmanlar vasıtasıyla mümkün olabilmektedir. Bu durum, sadece Anglo Amerikan hukuk sistemine özgü bir durum da değildir. Kıta Avrupası hukukunda dahi ister bilirkişi isterse de uzman görüşü olarak kabul edilsin artık birçok uyuşmazlık bakımından hakkın teminini sağlamaya yönelik uğraş, bu konudaki ehil insanların yardımına ihtiyaç duymaktadır. Türk hukuk sisteminin benimsediği anlayışa uygun olarak özel ve teknik konularda, uzmana başvurma yetkisinin sadece hâkime tanınması ise özellikle belirli miktar ve nitelikteki uyuşmazlıklar bakımından, adil yargılanma hakkı ile bağdaşmamaktadır. Bu durumun aşılması amacıyla öngörülen “uzman görüşü” gibi kurumlar da istenilen etkiyi göstermekten uzaktır. Zira benimsenen anlayışa göre uzman görüşü için yapılan masraf, yargılama gideri olarak kabul edilmediği için tarafların bu yola başvuruları baştan kısıtlanmaktadır. Öte yandan Türk hukuku bakımından uzmanın ilgili nesneyi nasıl ve hangi aşamada inceleyebileceği de açık olmadığı için uzmanın, mahkemenin atadığı bilirkişi görüşü ile mücadele edebilmesi oldukça zordur. Bunun gibi uzmandan alınan görüşün, mahkeme tarafından nasıl değerlendirileceği de belirsizlik taşımaktadır. Bu belirsizliğin sonucu olarak, bazı hâkimlerin uzman görüşünü hiç dikkate almadan atadıkları bilirkişilerin görüşüne göre karar verdikleri görülmektedir.

Özel ve teknik bilginin yargılamaya aktarılmasının zor bir süreç olduğu ve bu zorluğun gerek Anglo Amerikan hukuk sisteminde gerekse de Türkiye’nin içinde bulunduğu Kıta Avrupa hukuk sisteminde kendisini gösterdiği görülmektedir. Her iki sistemde de gerek doktrin gerekse de uygulayıcılar çeşitli yönleriyle kendi bilirkişilik sistemlerinden şikâyet

etmektedir. Ortak hukuk (common law) sisteminin doğduğu yer olmasına rağmen İngiltere, eksik ve yanlış yönlerini fark ederek, yaptığı reform çalışması ile Anglo Amerikan hukuk sisteminin benimsediği katı mücadelecî sistemi kısmen terk etmiş, iki sistem arasında ara bir model ortaya çıkarmıştır. Kanaatimizce, Türk hukuku da bilirkişiliğe ilişkin bazı problemlerini Anglo Amerikan hukukunun olumlu özelliklerinden faydalanan bir reform çalışması ile kısmen de olsa aşabilecektir. Ancak bu reform, Türk medeni yargılama hukukunu köklerinden ve alışkanlıklarından tamamen de koparmamalıdır. Aksi durumda, yapılan reform çalışmasının başarıya ulaşması oldukça zor olacaktır.

İncelediğimiz sistemlerin olumlu ve olumsuz özellikleri dikkate alındığında, bütün uyuşmazlıklar için tek tip değil, dava türüne veya değerine göre farklı şekilde oluşacak bilirkişilik sisteminin daha uygun olduğu görülmektedir. Yargılamada çok önemli bir etkisi bulunan ve bu etkisi giderek artan bilirkişilik müessesesinin her uyuşmazlık bakımından bir sisteme bağlı kalınarak uygulanması, bilirkişilikten beklenen faydanın tam ve sağlıklı olarak elde edilmesini güçleştirmektedir. Uyuşmazlıkların farklılaşması, karmaşıklaşması ve farklı uyuşmazlıkların gösterdiği özellikler nedeniyle yargılamada gerçekleştirilmek istenen amaçlara, ancak farklı yöntemlerin uygulanmasıyla varılabilecektir. Dava konusunun milyonlarla ifade edildiği, karmaşık mühendislik bilgisini gerektiren bir uyuşmazlık ile basit bir kira alacağına ilişkin uyuşmazlığın aynı bilirkişilik sistemi ile çözümlenmesi uygun görünmemektedir. Orantılılık ilkesi gereğince, birinci uyuşmazlıkta hakikatin bulunması ve yargıya güvenin tam sağlanması için yargılamanın daha masraflı ve uzun olması göze alınabilecek bir durumken, ikinci uyuşmazlık türünde tarafların ve uyuşmazlığın niteliği gereği mümkün olduğunca hızlı ve masrafsız bir yargılamanın yapılması daha uygun bir çözüm yolu olarak karşımıza çıkmaktadır. Öte yandan, davanın bilirkişiden ziyade hâkimin kontrolünde geçmesini sağlamak, bu anlamda bilirkişinin hâkimleşmesini önlemek için uyuşmazlığın türü dikkate alınarak özel ve teknik bilginin farklı şekillerde yargılamaya aktarılması düşünülmelidir. Özel ve teknik bilginin karmaşık ve yoğun olduğu davalarda, mümkün olduğunca farklı görüşlerin bulunması, farklı uzmanların birbirini denetlemesi ve hâkimin bu görüşler arasından uygun olanı seçmesi daha doğrudur, basit hesaplama gerektiren yahut ilgili alanda yerleşmiş ve oturmuş bir uygulamanın olduğu davalarda tek bir bilirkişiden görüş alınarak yargılamanın hızlı ve daha masrafsız çözülmesi mümkün olmalıdır.

Bu bağlamda, bazı uyuşmazlıklar bakımından Türk hukuk sisteminin benimsediği mahkeme bilirkişilik sistemi devam ettirilebilecekken, bazı uyuşmazlıklar bakımından taraf bilirkişiliği, mahkeme bilirkişiliği ile birlikte kullanılabilecektir. Taraf bilirkişilik sisteminin en azından bazı uyuşmazlıklar bakımından benimsenmesi, bilirkişi görüşünün daha iyi

değerlendirilmesine ve denetlenmesine yardımcı olacaktır. Mahkeme, farklı bilirkişi görüşlerini dinleme imkânı yakalayarak özel ve teknik bilgiyi daha iyi anlayabilecek ve sorgulayabilecektir. Böylelikle bilirkişilerin, hâkimleşmesinin önüne geçilerek hâkimin yargılamadaki etkisi artacaktır. Bunun yanında tarafların da özel ve teknik bilgi elde etme sürecine aktif katılımı sağlanarak hukuki dinlenilme hakkı temin edilerek, tarafların yargılamaya ve hükme olan güvenleri arttırılabilecektir.

Bu çerçevede, dava değerinin düşük ve uyuşmazlığın karmaşık olmadığı davalarda ucuz, daha zahmetsiz ve kolay ulaşılabilir olması nedeniyle mevcut sistemin devam ettirilmesi önerilebilir. Buna karşılık, karmaşık ve dava konusunun yüksek olduğu davalarda özel ve teknik bilgi elde etme sürecine taraf bilirkişiliği de eklenebilir. Bunun gerçekleştirilmesi için de köklü değişikliklere ihtiyaç duyulmayacaktır. Mevcut mevzuatımızda bulunan uzman görüşü kuvvetlendirilerek ve netleştirilerek istenilen yararın sağlanması mümkündür.

Bu kapsamda, dava konusunun değer veya miktarının örneğin; 500.000 TL'yi geçtiği davalarda, uyuşmazlığın çözümü için özel ve teknik bilgiye ihtiyaç duyuluyorsa, tarafların kendi bilirkişilerini kullanılabilecekleri bir kanun hükmü olarak düzenlenebilir. Aynı şekilde dava konusunun değer veya miktarının yüksek olmadığı ancak ihtiyaç duyulan özel ve teknik bilginin karmaşık veya bilirkişi görüşünün dava sonucunda verilecek hüküm üzerinde önemli etkilerinin olduğu uyuşmazlıklarda da taraf bilirkişiliğinin mahkemenin takdirine göre kullanılması düşünülebilir. Bu tür uyuşmazlıklara, malpraktis nedeniyle açılacak davalar örnek olarak gösterilebilir.

Bu tür uyuşmazlıklarda kullanılan taraf bilirkişilerine ödenen ücretin de yargılama gideri olarak kaybeden taraftan tahsil edilebileceği belirtilerek, tarafların tereddüt duymaksızın ilgili uzmanlarla çalışması sağlanabilir. Sürecin kötüye kullanılmaması ve yargılama giderlerinin makul sınırlar içinde kalmasını temin etmek amacıyla da tarafların bilirkişilerine vereceği ücretin ne kadarının yargılama gideri olarak kabul edilebileceği, kanun tarafından tespit edilebilir. Bunun yanında yapılacak düzenlemeyle ekonomik gücü iyi olmayan kimselere bilirkişi temin etmek amacıyla adli yardım sağlanması da düşünülebilir. Bu hususların gerçekleşmesi halinde, taraflar uzmanlarla çalışma imkânı bularak, iddia ve savunmalarının haklılığını ve haklı olduklarına inandıkları takdirde bunların gerekçelendirilmesini iyi bir şekilde yapabileceklerdir. Bunun yanında taraflar atadıkları bilirkişiler vasıtasıyla karşı tarafın ve mahkeme tarafından atanan bilirkişinin görüşlerini aktif olarak denetleyebilecektir. Böylece, hakikatin bulunması ihtimali artarken, tarafların verilecek hükme olan inançları da artacaktır. Aynı şekilde taraflar yargılama ilerlemeden ne kadar haklı

veya haksız olduklarını öngörebilecek, böylece de uyuşmazlıkların sulh ile çözümlenme şansı artacaktır.

Öte yandan birtakım uyuşmazlıklarda taraf bilirkişilik sisteminin benimsenmesi, mahkeme bilirkişiliğini bertaraf edici nitelikte olmamalıdır. Bu anlamda, Anglo Amerikan hukuk sisteminde taraf bilirkişiliğine yöneltlen eleştirileri gidermek amacıyla taraf bilirkişilerinin yanında mahkeme bilirkişisi de aktif olarak kullanılabilir. Böylelikle taraf bilirkişileri tarafından iki uç kutupta görüşler sunulduğu takdirde, hâkim atayacağı bilirkişi ile sağlıklı değerlendirmeler yapabileceği gibi tarafsızlığından şüphe duyulabilecek bilirkişilerin kontrolü de bu yolla sağlanabilecektir.

Bunun yanında taraflarca atanan bilirkişilerin bağımsızlığını ve görüşlerinin objektifliğini sağlamak için çeşitli önlemler öngörülebilir. Bu çerçevede İngiliz hukukunda olduğu gibi taraf bilirkişisinin asıl yükümlülüğünün mahkemeye karşı olduğu açıkça belirtilebilir. Aynı şekilde, taraf bilirkişilerinin de mahkeme bilirkişileri gibi yemin etmesi ve kasten gerçeğe aykırı beyanda bulunmaları halinde cezalandırılacakları açık kanun hükümleriyle düzenlenebilir.

Taraf bilirkişilik sisteminin uygulanabileceği uyuşmazlıklarda, hâkim ön inceleme aşamasında bilirkişiye başvurulup başvurulamayacağına karar verebilecektir. Zira bu aşamadan önce taraflar dilekçeler teatisi sürecinde iddialarını, incelenecek vakıaları ve delillerini ileri sürmektedir. Hâkim, ön inceleme aşamasında tarafların dilekçelerindeki iddia ve savunmaları dikkate alarak uyuşmazlık bulunan konuları tespit edip, bu konuların çözümü için özel ve teknik bilgiye ihtiyaç duyulup duyulmayacağına karar verebilecektir. Yukarıda belirttiğimiz üzere belirli değeri aşan davalarda yahut uyuşmazlık ve uzmanlık konusunun karmaşık olduğu davalarda, hâkim bu aşamada taraflara bilirkişi atamak isteyip istemediklerini sorabilir. Aynı zamanda hâkim, kendisinin de bu aşamada bilirkişi atayıp atamayacağına karar verebilir. Böylelikle yargılamanın ileri safhalarına geçmeden bilirkişi süreci başlatılarak yargılamanın uzaması kısmen de olsa önlenir.

Bilirkişiye başvurulmasına karar verildiği takdirde, bilirkişilerin yapacağı incelemenin kapsamı ve niteliği tespit edilerek, atanacaksa gerek mahkeme bilirkişisinin gerekse de taraf bilirkişilerinin birlikte gerekli incelemeleri yapması sağlanabilir. Örneğin, ticari defterlerin incelenmesi hem mahkeme bilirkişisi hem de taraf bilirkişileri tarafından birlikte gerçekleştirilebilir. Aynı şekilde bir yapının incelenmesi için yapılacak keşfe, hem mahkeme hem de taraf bilirkişilerinin katılımı sağlanarak, bütün bilirkişilerin sürece aktif olarak dâhil olması temin edilebilir. Bunun yanında taraf bilirkişileri de gerektiği takdirde, mahkeme bilirkişisi gibi hâkime başvurarak, bir nesne veya belge üzerinde inceleme yapmayı talep

edebilir. Böyle bir talebin kabul edilmesi halinde, diğer bilirkişiler de durumdan haberdar edilerek ilgili incelemeye katılmaları sağlanabilir.

Bunun gibi taraf bilirkişilerinin atanması noktasında mahkemeye çeşitli yetkiler verilerek, sürecin kötüye kullanılmaması ve yargılamada gereksiz masraf yapılmaması temin edilebilir. Bu kapsamda mahkeme, ön inceleme aşamasında²³⁴¹, taraf bilirkişilerinin hangi konularda inceleme yapacağını tespit edebileceği gibi, tarafların en fazla kaç bilirkişi atayabileceğine de karar verebilir. Bunun gibi bilirkişiler tarafından hazırlanacak raporların, mahkeme tarafından verilecek süre içinde mahkemeye sunulması talep edilebilir. Mahkemeye sunulan raporların ise taraflara tebliğ edilmesi ile tarafların bilirkişi sürecinde aktif bir şekilde bilgilendirilmesi sağlanabilir. Aynı şekilde taraflara belirli bir süre verilerek, ilgili bilirkişiye yazılı soru sorma fırsatı tanınabilir. Bu sorulara cevap vermek zorunlu tutulabilir ve verilecek cevaplar bilirkişi görüşünün bir parçası olarak kabul edilebilir. Bu şekilde, bilirkişi görüşündeki bilimsel olmayan, hatalı, eksik ve belirsiz hususlar ortaya çıkartılarak, hâkimin daha doğru bir karar almasına yardımcı olunabilir.

Bunun yanında, İngiliz hukukunda olduğu gibi bilirkişilerin toplantı yapmasına karar verilebilir. Böylece, bilirkişi görüşlerinin karşılıklı olarak değerlendirilmesi ve denetlenmesi sağlanabileceği gibi, bilirkişilerin anlaştıkları ve anlaşamadıkları hususların tespit edilebilmesi de mümkün hale gelebilir. Bunun gerçekleştirilebilmesi için de toplantı sonunda, bilirkişi görüşlerinin tamamını yansıtan ve bilirkişilerin anlaştığı ve anlaşamadığı konuları gerekeçli bir şekilde açıklayan bir rapor hazırlanması talep edilebilir. Böylelikle özel ve teknik bilgiye ilişkin uyuşmazlığın sınırı çizileceği gibi, görüş ayrılıkları ve nedenleri mahkeme ve taraflarca net olarak görülebilir. Diğer taraftan bu toplantılar, belirli bir uzmanlık alanındaki meslektaşlarıyla bir araya gelme ihtimalini düşünen bilirkişileri, daha tarafsız ve objektif görüş bildirmeye teşvik edecektir.

²³⁴¹ Belirtmek gerekir ki, bu tür bir sistemin verimli bir şekilde işleyebilmesi için gerekli kararların ön inceleme aşamasında alınması gereklidir. Ancak taraf bilirkişilerinin atanması, tarafların kendi iradesi veya hâkimin bilinçli bir tercihi dışındaki bir sebepten dolayı ön inceleme aşamasında gerçekleşmemişse, kanun tarafından öngörülecek haller dışında, bu aşamadan sonra taraf bilirkişisi atanması noktasında mahkemeye takdir hakkı verilmesi yerinde olacaktır. Bu bağlamda mahkeme, davanın bulunduğu aşamaya göre, tarafların bilirkişi atama taleplerini ret veya kabul edebilir. Bu çerçevede, henüz hâkim tarafından bilirkişi atanmamışsa, mahkeme durumun ve davanın özelliklerini dikkate alarak, tarafların talebini kabul edebilir. Buna karşılık, mahkeme hâlihazırda kendi bilirkişisini atamışsa, bir başka ifadeyle özel ve teknik bilginin sağlanması noktasında bir tercihte bulunmuşsa, bu aşamadan sonra taraf bilirkişilerinin yukarıda belirtilen şekilde atanmasına izin verilerek sürecin uzamasına müsaade edilmemelidir. Bu tür durumlarda, mevcut sistemde olduğu gibi tarafların sunacakları uzman görüşü ile mahkeme tarafından atanan bilirkişi ile mücadele etme imkânları sağlanmalıdır. Ancak bu noktada da katı bir yaklaşım sergilenmemeli, hâkimin takdir hakkı geniş tutulmalıdır. Nitekim tarafların itirazı veya re'sen yapılacak değerlendirme neticesinde, mahkeme bilirkişisi tarafından sunulan bilirkişi raporunda önemli hatalar, eksiklikler veya belirsizlikler olduğu tespit edilip, yeni bir bilirkişi atanmasına karar verilirse, taraf bilirkişilerinin yukarıda belirtilen şekilde kullanılmasına izin verilebilmelidir. Zira bu tür durumlarda, bilirkişilik süreci adeta en baştan başlamaktadır.

Bilirkişi toplantısı konusunda mahkemeye takdir hakkı verilmesi uygun olacaktır. Mahkeme, gerekli gördüğü durumlarda, özellikle de bilirkişi raporları arasında önemli çelişkilerin bulunması halinde bu toplantıların yapılmasına karar verebilmeli, buna karşılık, bilirkişi görüşleri arasında önemli farklılıkların olmadığı durumlarda gereksiz zaman ve masraf kaybını önlemek amacıyla bu toplantının yapılmamasına karar verebilmelidir. Aynı şekilde bu toplantıların zamanı konusunda da mahkemeye takdir hakkı verilmesi düşünülebilir. Mahkemenin, bilirkişilerin kendi raporlarını sunmadan önce bu toplantıyı yapmalarına karar vermesi mümkün olabileceği gibi, bilirkişi raporları mahkemeye tevdi edildikten sonra da bu toplantının yapılmasına karar verilebilir.

Belirtilen toplantı sonunda bütün bilirkişilerin aynı görüşte olduğu anlaşılırsa, mahkeme ortak hazırlanan rapora göre karar verebilecektir. Buna karşılık bilirkişilerin farklı görüşte olduğu anlaşıldığı takdirde, mahkeme bu görüş ayrılıklarının açıklattırılması ve bilirkişilerin kendisi ve taraflarca sorgulanması amacıyla bilirkişilerin duruşmaya çağırılmasına karar verebilmelidir. Bu duruşmada da Avustralya hukukunda olduğu gibi bütün bilirkişilerin birlikte dinlenmesine karar verilerek, bilirkişilerin görüşlerini açıklamasına, birbirlerinin görüşlerine yorum yapmalarına ve birbirlerine soru sormalarına izin verildikten sonra hâkim ve tarafların da bilirkişilere sorular yöneltmek suretiyle sürece aktif olarak katılması sağlanabilir.

Taraf bilirkişisinin hukuki niteliğinin de açık ve net olarak mevzuatımızda düzenlenmesi uygun olacaktır. Mevcut sistemimizde uygulanan uzman görüşünün, taraf beyanlarının bir uzantısı mı yoksa bir delil mi olduğu tartışmalıdır. Bu belirsizlik giderilerek, uzman görüşünün de bilirkişi görüşü gibi takdiri bir delil olarak kabul edildiği açıkça belirtilmelidir. Hâkim, taraflardan alınacak bilirkişi raporunu, diğer delillerle ve özellikle kendi atadığı mahkeme bilirkişisi ile birlikte serbestçe değerlendirmelidir. Hâkim, sadece kendisi tarafından atandığı için bir bilirkişi görüşüne üstünlük tanımamalı, taraflardan alınan bilirkişi raporunu da aynı ölçüde dikkate almalıdır. Bilirkişi görüşleri arasında farklılıkların bulunduğu durumlarda ise, mahkeme bu çelişkileri giderme yoluna gitmelidir. Çelişkilerin giderilmesi noktasında, yukarıda belirttiğimiz gibi bilirkişi toplantılarının yapılıp, müşterek bir rapor hazırlanmasını yahut bilirkişilerin duruşmada taraflarca ve diğer bilirkişilerce aktif bir şekilde sorgulanması düşünülebileceği gibi, bunların etkisiz olduğuna inanılan durumlarda, hâkim atayacağı yeni bir bilirkişi ile görüşler arasındaki çelişkinin giderilmesini sağlayabilecektir. Hâkim, kendisine tevdi edilen bilirkişi görüşlerinden birine göre karar verdiği durumlarda ise kararının iyi bir şekilde gerekçelendirmelidir.

Mahkeme bilirkişisi ve iki taraf bilirkişisi olmak üzere yargılamada en az üç bilirkişinin görev yapmasının, yargılamayı daha da uzatacağı ve masraflı hale getireceği eleştirel olarak ileri sürülebilir. Ancak mevcut uygulama incelendiğinde, dava konusunun miktar veya değerinin yüksek ve uyuşmazlığın karmaşık olduğu davalarda tek bilirkişiden alınan rapor ile karara ulaşılamadığı, tarafların itirazı ve re'sen yapılan değerlendirme sonucunda çoğunlukla ikinci ve üçüncü defa bilirkişiye başvurulduğu görülmektedir. Hatta bazı davalarda dördüncü ve beşinci defa bilirkişiye başvurulduğuna rastlanılmaktadır. Ayrıca mevcut sistemde atanan bilirkişiler birlikte görev yapmadıkları için alınan ikinci veya üçüncü bilirkişi raporları, önceki bilirkişi görüşünü tam olarak değerlendirmeden ve neden farklı bir sonuca ulaşıldığı gerekçelendirilmeden verildiği için ne hâkimin ne de tarafların bu şekilde elde edilen bilirkişi görüşlerinden tam olarak tatmin olmadıkları görülmektedir. Buna karşılık önerdiğimiz sistemde birden çok bilirkişinin aynı anda atanması ve birbirlerini denetleyebilmeleri mümkün olduğundan hâkimin ve tarafların ileri sürülen görüşleri daha iyi değerlendirmesi mümkün olabilecektir.

Dava konusunun değerinin düşük olduğu davalar ile özel ve teknik bilgi ihtiyacının zayıf olduğu veya bilirkişi tarafından sağlanacak görüşün mahkeme tarafından kolayca denetlenebileceği uyuşmazlıklarda ise mevcut Hukuk Muhakemeleri Kanunu hükümlerinin aynen uygulanması düşünülebilir. İngiliz hukukunda bu tip uyuşmazlıklara örnek olarak bir gayrimenkulün değerinin veya zararın hesaplanması için bilirkişi atanacak davalar gösterilmektedir. Bu tür uyuşmazlıklarda, taraf bilirkişiliğinin kullanılması yargılamayı gereksiz yere uzatabileceği gibi, yargılama masraflarının artmasına da neden olabilecektir. Yarar-zarar dengesi dikkate alındığında böyle davalarda tek ve mahkeme tarafından atanan bilirkişinin kullanılması daha faydalı olacaktır. Taraflar bir şekilde uzmanlarla çalışmak isterse, bunu mevcut sistemdeki gibi ücretleri kendileri tarafından karşılanan uzmanlar ile sağlayabilecektir.

Ancak hemen belirtmekte fayda var ki; bu tür uyuşmazlıklarda dahi tarafların bilirkişi görüşüyle mücadele imkânlarının artırılması yerinde olacaktır. Bu çerçevede, gerek itiraz üzerine gerekse de re'sen yapılacak değerlendirme sonucunda bilirkişi raporundan kuşku duyulursa, bilirkişinin duruşmaya çağrılıp hâkim ve taraflarca sorgulanması yerinde olacaktır. Bu sorgulamanın da mevcut sistemdeki gibi pasif değil, Anglo Amerikan hukukunda olduğu gibi sıkı ve aktif bir şekilde yapılması, gerçeğin ortaya çıkmasına yardımcı olacağı gibi, bilirkişi görüşüne duyulan güveni artıracaktır. Zira iyi bir şekilde sorgulanacağını bilen bilirkişi, raporunu daha dikkatli ve özenli hazırlayacağı gibi, bilirkişi görüşünü sözlü olarak da dinleyen, gerektiğinde sorduğu sorulara yeterli cevabı alan hâkim ve taraflar da bilirkişi görüşü hakkında yeterli kanaate ulaşabileceklerdir. Ayrıca bilirkişinin bilimsel bağımsızlığına müdahale etmeksizin, ihtiyaç duyulan özel ve teknik bilginin niteliğine uygun düştükçe

bilirkişi tarafından kullanılan bilgi, yöntem ve tekniklerin ilgili uzmanlık alanında geçerli olup olmadığına da dikkat edilmelidir. Bilirkişinin sadece listelerden seçilmesinden dolayı, mahkemeye sunulacak görüşün de bilimsel ve teknik kurallara uygun olduğu doğrudan kabul edilmemelidir. Bu kapsamda; Amerikan hukukunda olduğu gibi katı ve kısıtlayıcı şekilde olmasa da, bilirkişi görüşünün güvenilirliği sorgulanmalı, bilirkişinin sonuca ulaşırken hangi bilgi, yöntem ve teknikleri kullandığı, bu teknik ve yöntemlerin test edilebilir olup olmadığı, hata oranlarının bulunulup bulunmadığı, emsal değerlendirmeye konu olup olmadığı, bu anlamda genel olarak bilimsel çevrelerde kabul edilip edilmediği, bilirkişi tarafından kullanılan teknik ve yöntemler dışında bu noktada kullanılabilecek farklı teknik ve yöntemlerin olup olmadığı ve eğer varsa bilirkişinin kendi kullandığı teknik ve yöntemi neden tercih ettiği açıklattırılmalıdır.

Türk hukukunda bilirkişiliğe ilişkin diğer bir problem ise hukuki meseleler için bilirkişiye başvurulmasıdır. Mahkemeler gerek ağır iş yükü gerekse de hukuki konuların giriftleşmesi nedeniyle sıklıkla hukuki konular için de bilirkişiye başvurmaya devam etmektedir. Birçok özel mahkemenin kurulması ve Kanun tarafından açıkça birçok madde ile yasaklanmasına rağmen hukuki meselelerde bilirkişiye gidilmesine devam edilmesi veya en azından bu yönde bir isteğin olması bir ihtiyacın varlığını ve bu konuda birtakım önlemlerin alınması gerektiğini göstermektedir.

Bu kapsamda, Amerikan hukukunda üstat (master) olarak nitelendirilen hâkim yardımcılarının kullanılması uygun olabilecektir. Bu kişiler özellikle dava dosyasının geniş, tarafların çok olduğu, karmaşık davalarda, iddia ve savunmaların düzenlenmesi veya ilgili görüş ve içtihatların sunulması yoluyla yargılamaya katkı sunabileceklerdir. Aynı şekilde taraf bilirkişilerinin atandığı durumlarda, bilirkişilik sürecinin verimli yürütülmesi için de hâkim yardımcılara birtakım yetkiler tanınması düşünülebilir. Esasen bu yöntem, yargılamamıza çok da uzak değildir. Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay gibi yüksek mahkemelerimizin üyeleri de sahip oldukları raportörler ve tetkik hâkimleri vasıtasıyla, ileri sürülen iddiaları özetleyebilmekte, uyuşmazlığı netleştirebilmektedir. Hatta uygulamada görüldüğü üzere, raportörün dosya hakkındaki kanaati, üyeler vasıtasıyla karara dönüşebilmektedir. Yahut aksi şekilde üyelerin belirttiği görüşlere uygun olarak, kararlar raportörler tarafından yazılabilmektedir. Esasen hukuki nitelendirmeleri ne olursa olsun gerek raportörler gerekse de tetkik hâkimleri, dava hakkında karar verecek kişiler değildir. Bu kişiler, uyuşmazlığın esası hakkında karar vermeye yetkili ve yükümlü olan yüksek mahkeme üyelerinin yardımcısı olarak görev yapmaktadır. İşte bunun gibi ilk derece mahkemelerinin sağlıklı bir yargılama yürütebilmesini sağlayabilmek için hâkim yardımcılarının atanması söz konusu olabilir. Bunun için hukuk fakültelerinin ilgili bölümlerindeki öğretim üyelerinden destek alınması düşünülebilir. Bu desteğin yapılacak bir protokolle kurumsal hale gelmesi düşünülebileceği

gibi, her bir uyuşmazlık türü için bireysel olarak yardım alınması da mümkün olabilir. Üniversitelerin hukuk fakülteleri ile mahkemeler arasında bir bağın kurulması, her iki kurumun gereksinimlerine de uygun olabilecektir. Mahkemelerin istediği yardım, öğretim üyeleri tarafından sağlanarak uygulama ve teori birlikte işleyebilecektir. Bunun yanında öğretim üyeleri de uygulamayı daha yakından takip etme imkânı elde ederek, daha nitelikli akademik yayınlara imza atabilecekleri gibi edindikleri tecrübelerle hukuk fakültesi öğrencilerini daha iyi yetiştirebileceklerdir. Ülkemizin hemen hemen bütün illerinde en az bir hukuk fakültesi bulunmaktadır. Bu fakültelerde çalışan öğretim üyelerin birçoğu ise bir şekilde hukuki konularda bilirkişilik yapmaya veya uzman görüşü vermeye isteklidir.

Bu şekilde atanacak hâkim yardımcılarının yerine getireceği görevin niteliği de düşünüldüğünde, onlara ödenecek ücret ve masrafların, Devlet tarafından oluşturulacak bir fondan karşılanması da uygun olabilecektir. Bu sürecin kötüye kullanılmaması ve her davada hâkim yardımcısı atanmaması için de görevli ve yetkili mahkemeye göre hâkim yardımcısı kullanılması dosya sayısı ile sınırlandırılabilir. Bu kapsamda, örneğin sulh hukuk, asliye hukuk ve icra mahkemelerinde görülen davalarda, bir yıl içinde hâkim yardımcısı atanabilecek dosya sayısı (örneğin) 30 ile asliye ticaret mahkemelerinde 50 ile sınırlandırılabilir. Bu sınırlandırmalar tespit edilirken, geçmiş yıllarda mahkemeye gelen bütün dosyaların sayısı, bir sonraki seneye devreden dosyaların sayısı ve devreden dosyaların içeriği incelenebilir. Yapılacak incelemeye göre de, belirli bir takdir hakkı bırakılarak yaklaşık bir sayı bulunabilir ve belirtilen bu sayı oransal olarak her yıl arttırılabilir ve azaltılabilir. Uyap ve benzeri sistemler ile bu tespit ve kısıtlamaların gerçekleştirilmesi çok da zor olmayacaktır. Nitekim hâlihazırda; dava türü, mahkeme türü, dosya sayısı, karara bağlanan ve devreden dosya sayısı gibi istatistikler, il, coğrafi bölge ve Türkiye bazında Adalet Bakanlığı tarafından detaylı bir şekilde hazırlanıp, yayımlanmaktadır²³⁴².

Öte yandan hâkim yardımcılığının, mahkeme nezdinde oluşturulacak kadrolar vasıtasıyla yürütülmesi de mümkündür. Bu çerçevede, Adalet Bakanlığı tarafından 2019 yılında yayımlanan Yargı Reformu Stratejisi'nde de belirtildiği gibi hâkim adaylarının mesleğe kabul edilmeden önce belirli bir süre hâkim yardımcısı olarak görev yapması düşünülebilir. Böylece hâkimin ihtiyaç duyduğu yardım sağlanırken, hâkim adaylarının da mesleğe daha iyi bir şekilde geçiş yapması sağlanabilecektir.

²³⁴² Adli İstatistikler 2019. <https://adlisicil.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/1062020170359HizmeteOzel-2019-bask%C4%B1-%C4%B0SA.pdf>. Erişim tarihi: 23.08.2020.

KAYNAKÇA

- Akil, C. (2009). “Medeni Yargılama Hukukunda Mahkemelerce Yapılan Delil Tespiti”. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 58(1): 1-62.
- Akil, C. (2011a). “Medeni Yargılama Hukukunda Mahkeme Tarafından Atanan Bilirkişi-Uzman Tanık Ayrımı”. *Ankara Barosu Dergisi*, 69(2011/2): 171-183.
- Akil, C. (2011b). “Yargıtay HGK’nun hakim bilirkişi raporuyla bağlı olup olmadığı hakkında vermiş olduğu 24.12.2008 gün ve R. 2008/4-734 K. 2008766 sayılı Kararının Tahlili”. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 60(3): 693-731.
- Akil, C. (2013). *Kısmî Dava*. Yetkin Yayınları, Ankara.
- Aktuğ, M. (1975). “Bilirkişi ve Hakem”, *İlgili Kanun Hükümleri, Kurallar ve Bilgiler. TMMOB Makine Mühendisleri Odası*, Yayın No: 37.
- Akyol, Ş. (1991). “Hukuk Usulünde Bilirkişilerle İlgili Bazı Problemler” Yargıtay’ın Kuruluşunun 125. Yılı, *Mukayeseli Hukukta Bilirkişilik ve Sorunları Sempozyumu* İstanbul, 1991: 57-76.
- Alangoya, Y., Yıldırım K. ve Yıldırım, N. D. (2009). *Medeni Usul Hukuku Esasları*. Beta Yayınevi, İstanbul.
- Alangoya, Y. (1991). “İsviçre Hukukunda Bilirkişilik” Yargıtay’ın Kuruluşunun 125. Yılı, *Mukayeseli Hukukta Bilirkişilik ve Sorunları Sempozyumu* İstanbul 1991, s. 31-44.
- Altay, Ş. (1957). “Bilirkişi Mütalaası ve Hakim” AD 1957/8, 48(7): 732-736.
- Andrews, N. (2003). *English Civil Procedure, Fundamentals of the New Civil Justice System*. Oxford: Oxford University Press.
- Andrews, N. (2005). “Liability of Expert Witnesses for Wasted Costs in Civil Proceedings” *The Cambridge Law Journal*, 64(3): 566-568.
- Andrews, N. (2013). “Civil Procedure” Şu kitapta: Haz./Ed. Andrew Burrows. *English Private Law Third Edition*. Oxford: Oxford University Press.
- Apalak, Ş. (2001). “Tartışmalar”. *Samsun Bilirkişilik Sempozyumu* 9-10 Kasım 2001. TBB Yayınları, Ankara: s. 482-483; s. 514-523, s. 641-642
- Arslan, R. (2000). “Bilirkişilik, Sorunlar ve Çözüm Önerileri” *İzmir Barosu Yargı Reformu 2000 Sempozyumu*, İzmir 2000, s.190-211.
- Arslan, R., Yılmaz, E. ve Ayvaz, S. T. (2016). *Medeni Usul Hukuku*, 1. Baskı. Yetkin Yayınları, Ankara.
- Arslan, R., Yılmaz, E., Ayvaz, S. T. ve Hanağası, E. (2019). *Medenî Usul Hukuku*, 5. Baskı. Yetkin Yayınları, Ankara.

- Arslandoğan, B. (2020). *Medenî Yargılama Hukukunda Delil Tespiti*. On İki Levha Yayıncılık, İstanbul.
- Aslan, L. A. (2011). *Medeni Usul Hukukunda Delil Tespiti (Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre)*. Yetkin Yayınları, Ankara.
- Aşçıoğlu, Ç. (1991). “Yargılama Çalışmalarında (Hukuk Davalarında) Nitelendirme ve Bilirkişinin Görevi” *Yargıtay'ın Kuruluşunun 125. Yılı, Mukayeseli Hukukta Bilirkişilik ve Sorunları Sempozyumu* İstanbul 1991, s. 77-95.
- Aşçıoğlu, Ç. (1992). “Yargılama Çalışmalarında Bilirkişi Sorunu ve (Hukuk Davalarında) Nitelendirmede Bilirkişinin Görevi”, *TBBD*, 1992/3, s. 349-368.
- Aşçıoğlu, Ç. (2000a). “Bilirkişinin Görev Sınırları” *II: Bilirkişi Eğitim Semineri TURMOB* Ankara. (Görev)
- Aşçıoğlu, Ç. (2001). “Bilirkişilik Kavramı ve Görevlerinin Sınırları” *Samsun Bilirkişilik Sempozyumu* 9-10 Kasım 2001. TBB Yayınları, Ankara: s. 24-159.
- Aşık, İ. (2019). *Medenî Usul Hukukunda Keşif*. Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- Atalay, O. (2001). “Bilirkişinin Seçimi ve Zorunlu Bilirkişilik” *Samsun Bilirkişilik Sempozyumu* 9-10 Kasım 2001. TBB Yayınları, Ankara: s. 173-189.
- Atalay, O. (2017). *Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku C.II*, 15. Bası. On İki Levha Yayıncılık, İstanbul.
- Atalay, Ö. (1976). “Hakem-Bilirkişi Kavramı” *ABD* 1976/5.
- Atalı, M. (2016). “6754 Sayılı Bilirkişilik Kanunu ve Hukuki Konularda Bilirkişilik” *AÜHFD*, 65(4): 3271-3282.
- Atalı, M., Ermenek, İ. ve Erdoğan, E. (2019). *Medenî Usûl Hukuku*, 2. Baskı. Yetkin Yayınları, Ankara.
- Atapek, M. A. (2001). “Bilirkişiliğin Kurumsallaştırılması Hakkında Bir Kanun Taslağı” *Samsun Bilirkişilik Sempozyumu* 9-10 Kasım 2001. TBB Yayınları, Ankara: s. 591-625.
- Aydın, H. (2010). “Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı”. *Ankara Barosu Dergisi*, 68(2010/1): 109-128.
- Aydilek, B. (1992). “ Hukuk Yargılaması Açısından Bilirkişilik”. *İzmir Barosu Dergisi* 1992/3, s. 38-43.
- Baker, T. E. (1992). “The Impropriety of Expert Witness Testimony on the Law”. *Kansas Law Review*, 40(1991-1992): 325-364.
- Bakıcı, S. (2000). “Ceza Adaletinde Bilirkişi”. *TÜRMOB II. Eğitim Semineri*, Ankara 2000.

- Başözen, A. (2008). “Kamulaştırma Davalarında Bilirkişilik ve Sorunları” *Legal Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi*, 2008/1(9): 69-110.
- Beecher-Monas, E. (2011). “Expert Testimony in Civil Cases”, *The Future of Evidence, How Science&Technology Will Change the Practice of Law*, der. Henderson C./Epstein J., 33-77, ABA Publishing, USA, 2011.
- Belgesay, M. R. (1940). *Hukuk ve Ceza Usulü Muhakemesinde Deliller*. Güven Basımevi, İstanbul.
- Belgesay, M. R. (1949). “Ekspertiz ve Adli Tıp”. *İBD* 1949/9, s. 513-516.
- Bernstein, D. E. (2001). “Frye Frye, Again: The Past, Pre’sent and Future of the General Acceptance Test”. *George Mason University School of Law, Law and Economics Research Paper Series*, Paper No. 01-07 2001.
- Binder, R. L. (2002). “Liability for the Psychiatrist Expert Witness”. *Am J Psychiatry* 159: 11, November 2002.
- Bloom-Cooper, L. (2002). Experts and Assessors: past, pre’sent and future. *Civil Justice Quarterly* 2002.
- Bloom-Cooper, L., Penny Cooper 2006. “Historical Background” Şu kitapta: Haz./Ed Louis Bloom-Cooper. *Experts in The Civil Courts*. Oxford: Oxford University Press, 1-17.
- Bolayır, N. (2014). *Hukuk Yargılamasında Delillerin Toplanmasında Tarafların ve Hâkimin Rolü*. Vedat Kitapçılık, İstanbul.
- Bond, C., Solon M., Harper, P. and Davies, G. (2012). *The Expert Witness A Practical Guide* Third Editon. London: Sweet&Maxwell.
- Bozkurt, H. A. (2009 Güz). “İş Mahkemelerinde Bilirkişilik”. *ABD*, 67(4): 117-127.
- Brannan, J. (2013). “Court Organisation” Şu kitapta: Haz./Ed Maurice Kay. *Blackstone’s Civil Practice 2013*. Oxford: Oxford University Press, s. 56-64.
- Braswell, A. L. (1987). “Resurrection of the Ultimate Issue Rule: Federal Rule of Evidence 704(b) and the Insanity Defense”. *Cornell Law Review* V. 72: 620 1986-1987, s. 620-640.
- Bronstein, D. A. (2012). *Law for the Expert Witness*, Fourth Edition. CRC Press, USA.
- Broun, K. S., Dix, G. E., Imwinkelried, E. J., Kaye, D. H., Mosteller, R. P., Roberts, E. F., Swift, E. (2013). *McCormick on Evidence*, Seventh Edition, Practitioner Treatise Series Volume 1. Thomsan Reuters, USA.
- Browne, K., Catlow, M. (2010). *Civil Litigation 2010/11*. Hampshire: College of Law Publishing.

- Budak, A. (2006). “Re’sen Araştırma İlkesinin Bilirkişilik Müessesesi Çerçevesinde Değerlendirilmesi” *Vergi Dünyası* S. 301. Eylül 2006. (A. Budak, 2006)
- Cecil, J. S., Willging, T. E. (1993). “Court-Appointed Experts: Defining The Role of Experts Appointed Under Federal Rule of Evidence 706”. *Federal Judicial Center*.
- Clarke, A. (2006). “Foreword (Önsöz)” Şu kitapta: Haz./Ed Louis Bloom-Cooper. *Experts in The Civil Courts*. Oxford: Oxford University Press, v-x.,
- Conley, J. M., Moriarty, J. C. (2007). *Scientific and Expert Evidence*. Aspen Publishers. USA.
- Coomaraswamy, V. (2011). *Report of The Law Reform Committee on Opinion Evidence*. Singapore: Yayınlayan Kuruluş: Singapore Academy Of Law, Law Reform Committee.
- Cwik, C. H., Hutchinson, C. T. (2008). *Scientific Evidence Review, Admissibility and Use of Expert Evidence in The Courtroom*, Monograph No:8, America Bar Association Publishing, USA.
- Çayan, G. (2013). *Medeni Usul Hukukunda Bilirkişilik Müessesesi*, Legal Yayıncılık, İstanbul.
- Çelikoğlu, C. T. (2012). “Medeni Usul Hukuku Açısından Türk Hukukunda Avukatın Bilgi ve Delil Toplama Yetkisi”. *TBBD*, 2012 (100): s. 281-316.
- Çiftçi, P. (2018). *Medenî Yargılama Hukukunda İspat Hakkı ve Sınırlamaları*. Adalet Yayınevi, Ankara.
- Danışman, M. (2009). “Trafik Kazalarında Bilirkişilik” *Terazi Aylık Hukuk Dergisi* Y. 4 S. 38 Ekim 2009.
- Davies, G. L. (2004a). “Current Issues-Expert Evidence: Court Appointed Experts”. *Civil Justice Quarterly* 2004.
- Davies, G. L. (2004b). “Recent Australian Development: A Response to Peter Heerey”. *Civil Justice Quarterly*, 23, 2004.
- Davies, G. L. (2005). “Court Appointed Experts”. *Queensland University of Technology Law and Justice Journal* 2005 5(1) 89.
- Deason, E. E. (1998). “Court Appointed Expert Witness: Scientific Positivism Meets Bias and Deference”. *Oregon Law Review*, 77(1998): 59-157.
- Deliduman, S. (2007). “Türk ve Alman Hukukunda Bilirkişilik”. (Ed.) Muhammet Özkes. *Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı II-III, İstinaf Derecesi, Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi, Bilirkişilik, İflasın Ertelenmesi* Eskişehir/3-5 Ekim, 1-2 Ekim 2004., Ankara, TBB Yayınları; s. 259-318.

- Delk, P. J. (Winter 2002). "Special Masters in Bankruptcy: The Case against Bankruptcy Rule 9031". *Missouri Law Review*, 67(1): 29-58.
- Demircioğlu, Y. (2007). *Medeni Usul Hukukunda İnsan Hakları ve Adil Yargılanma Güvenceleri*. Yetkin Yayınları, Ankara.
- Demirer, G. (1976). "Bilirkişilik ve Uygulamadaki Sorunlar" *ABD* 1976/6 s. 1030-1036.
- Demirkapı, E. (2003). "Anglo-Amerikan Hukukunda Bilirkişilik Kurumunda Yeni Eğilimler". *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 5, S.2: s. 39-75.
- Deryal, Y. (2001). "Türk Hukukunda Bilirkişinin Nitelikleri ve Avukatın Bilirkişi Yapması" *ABD*, 59(2001/3): s. 15-36.
- Dessem, R. L. (2008). *Pretrial Litigation In A Nutshell*, Fourth Edition, Thomson West.
- Doğanay, İ. (1982). "Hakem Bilirkişi Raporları Zamanaşımı Süresini Keser mi?". *Sigorta Hukuku Dergisi*, C/S 2 1982: s. 141-152.
- Doyle, C. (2014). "Perjury Under Federal Law: A Brief Overview". *Congressional Research Service Report*, <http://www.fas.org/sgp/crs/misc/98-808.pdf>, erişim tarihi: 29.03.2014.
- Dönmez, B. (2007). "Yeni CMK'da Bilirkişi Kavramı". *DEÜHFD*, Prof. Dr. Ünal Narmanlıoğlu'na Armağan, 9(Özel Sayı): 1145-1177.
- Duman, İ. H. (1985). "Hukuk Mahkemesinde Bilirkişilik". *ABD* 1984/5 s.741-763. İstanbul Basım.
- Durston, G. (2008). *Evidence Text & Materials*. Oxford University Press, New York.
- Dülger, İ. (2007). "Ceza Muhakemesi Kanundaki Bilirkişi İncelemesine İlişkin Düzenlemelerin Değerlendirilmesi". *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, XI(1-2): 657-678.
- Dwyer, D. (2006). "The Future of Assessors Under The CPR". *Civil Justice Quarterly* 2006.
- Dwyer, D. (2008). *The Judicial Assessment of Expert Evidence*. Cambridge University Press, Cambridge.
- Edmond, G. (2008). "Secrets of the "Hot Tub": Expert Witnesses, Concurrent Evidence and Judge-led Law Reform in Australia". *Civil Justice Quarterly* 2008.
- Eckstein, M. M., Nyffeler, P. (2012). "The Expert of My Enemy is My Expert: Conflicts of Interests Amongst Expert Witnesses". *Litigation News*, Virginia State Bar, XVII(I), Summer 2012.
- Erdemir, İ. (1998). *Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi* C. I, 2. Basım. Sim Matbaacılık, Ankara.
- Eren, F. (2020). *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 8. Baskı. Yetkin Yayınları, Ankara.

- Ergün, G. O. (2013). “Bilirkişi Raporu Üzerinde Gerçekleştirilen Sahtecilik Fiillerinin Niteliği”. *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* C.4, S.1, s. 265-274.
- Erichson, H. M. (2012). *Inside Civil Procedure What Matters and Why Second Edition*. Wolters Kluwer Law&Business. New York, USA.
- Erten, R., Birsen A., Taşveren, S. (1996). “Gen (DNA) Testinin İspat Hukuku Açısından Değerlendirilmesi” *AÜHFD*, C.45-1-4: 573-588.
- Feder, A. H., Houck, M. M. (2008). *Feder’s Succeeding As An Expert Witness*, Fourth Edition, CRC Press.
- Ferleger, D. (2007). Special Masters Under Rule 53: The “Exceptional” Becomes “Commonplace”. <http://www.uww-adr.com/zgraph-content/uploads/pdfs/Special-Masters-Under-Rule-53-by-David-Ferleger.pdf>, erişim tarihi: 26.10.2015.
- Faigman, D. L., Saks, M. J., Sanders, J., Cheng, E. K. (2008). *Modern Scientific Evidence, Standards, Statistics and Research Methods*, 2008 Student Edition. Thomsan/West.
- Faigman, D. L. (2013). “The Daubert Revolution and The Birth Of Modernity: Managing Scientific Evidence in the Age of Science” *University of Colifornia Hasting College Of The Law, Legal Studies Research Paper Series*, Research Paper No. 19, 46 UC Davis Law Review.
- Freer, R. D. (2009). *Civil Procedure Second Edition*, Aspen Publishers.
- Friedenthal, J. H., Miller, A. R., Sexton, J. E., Hershkoff, H. (2013). Reprinted Vesion, Civil Procudere 10 th Ed, *Federal Rules Of Civil Procedure*, 2013-2014 Educational Edition, Westlaw.
- Friedland, S. I. (1983). “Expert Testimony on the Law: Excludable or Justifiable?”. *Miami Law Review*, Vol. 37:451, 1982-1983, s. 451-471.
- Gençcan, Ö. U. (2013). *6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Yorumu, Bilimsel Açıklama-Son İçtihatlar*. Yetkin Yayınlar, Ankara.
- Genn, D. H. (2013). “Getting to the Truth: Experts and Judges in the “Hot Tub”. *Civil Justice Quarterly* 2013.
- Giannelli, P. C. (2013). *Understanding Evidence*, Fourth Edition. LexisNexis.
- Green, D. M., Sanders, J. (2012). “Admissibility Versus Sufficiency: Controlling the Quality of Expert Witness Testimony in the United States”. *Wake Forest University School of Law Legal Studies Research Paper Series*: 2016468. Erişim tarihi: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2016468## s. 2.
- Görgün, L. Ş. (2014). *Medeni Usul Hukuku* 3. Bası. Yetkin Yayınları, Ankara.

- Görgün, L. Ş., Börü, L., Toraman, B. ve Kodakoğlu, M. (2019). *Medenî Usûl Hukuku*, 8. Baskı. Yetkin Yayınları, Ankara.
- Gün, M., Kurdak, M. ve Koray, Z. (2015). *Bilirkişi Zümresine Tanınan İmtiyazlı Korumanın Anayasa'ya Aykırılığı*. Gün+, İstanbul.
- Gündüz, O. (2009). *Anglo-Amerikan Hukuku Işığında Medeni Yargılama Hukukunda Dava Yönetimi*. Yetkin Yayınları, Ankara.
- Güralp, A. G. (2011). *Anglo-Amerikan ve Kıta Avrupası Medeni Yargılama Hukuku Sistemleri'ndeki Reform Çalışmaları, Yeni Gelişmeler ve Türk Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi*. On İki Levha Yayıncılık, İstanbul.
- Gürel, A. (2001). “Bilirkişinin Cezai, Hukuki ve Etik Açılardan Sorumluluğu” *Samsun Bilirkişilik Sempozyumu* 9-10 Kasım 2001. TBB Yayınları, Ankara: s. 456-471.
- Gürelli, N. (1982). “Ceza Muhakemesinde Bilirkişilik Kurumuna İlişkin Meseleler” Prof. Dr. Ümit Doğanay'ın Anısına Armağan I, İstanbul.
- Gürelli, N. (1967). *Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik*. İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul.
- Hall, J. G., Smith, G. D. (2001). *The Expert Witness*. xpl law, uk.
- Hand, L. (1901). Historical and Practical Considerations Regarding Expert Testimony. *Harvard Law Review*, 15(1): 40-58.
- Hanson, R. K. (1996). “Witness Immunity Under Attack: Disarming “Hired Guns”. *31 Wake Forest Law Review* 497, 1996.
- Harris, O. F. (1991). “Complex Product Design Litigation: A Need for More Capable Fact-Finders”. *Kentucky Law Journal*, Volume: 79, 1990-1991, s. 477-517.
- Hazard, G. C. Jr., Leubsdorf, J., Bassett, D. L. (2011). *Civil Procedure*, Sixth Edition, Foundation Press, New York USA.
- Hodgkinson, T., James, M. (2010). *Expert Evidence: Law and Practice*. Sweet&Maxwell, London.
- House of Commons Science and Technology Committee, (2004-2005). *Forensic Science on Trial Seventh Report of Session*. London: Yayına Hazırlayan Kuruluş: House of Commons Science and Technology Committee. HC 96-I.
- Huber, P. (1992). “Junk Science In The Courtroom”. *Valparaiso University Law Review*, 26: 723-757.
- Hughes, K. (November 2011). “The Abolition of Expert Witness Immunity”. *The Cambridge Law*, 70(03): 516-518

- Hutchinson, C. T. (2012). "What is an Expert Witness? (Rule 702)" T, Budd, E. R. I. Cottle, ve C. T. Hutchinson (Ed.). *Expert Witness Answer Book 2012*. Practising Law Institute; Q 1.1-Q 1.6.4.
- Imwinkelried, E. J. (2012). *Evidentiary Foundations*, 8th Edition. LexisNexis. USA.
- İnan, A. (2000). "Tahkim-Hakemlerin Çalışma Biçimi ve Bilirkişi Hakemler" II. *Bilirkişi Eğitim Semineri TÜRMOB* Ankara 2000.
- İnan, A., Rüknettin K. (2006). *Mali Müşavirler İçin Bilirkişilik Kılavuzu*. Yayın ve Dağıtım Atilla İnan, Ankara.
- Jackson, R. (ed.). (2014). *Civil Procedure Volume 1-2*, The White Book Service 2014. Sweet&Maxwell.
- Jacob, J. I. H. (1987). *The Fabric of English Civil Justice*. Steven&Sons, London.
- Jacob, R. (2004). "Court Appointed Experts v Party Experts: Which is Better?". *Civil Justice Quarterly* 2004.
- Jasanoff, S. (1992). "What Judges Should Know About the Sociology of Science" 32 *Jurimetrics J.* s. 345-359.
- Jensen, E. G. (1994). "When "Hired Guns" Backfire: The Witness Immunity Doctrine And The Negligent Expert Witness". 62 *UMKC Law Review* 185 1993-1994.
- Jolowicz, J. A. (2004). "A Note on Expert"s. *Civil Justice Quarterly* 2004.
- Jurs, A. W. (2010). "Balancing Legal Process with Scientific Expertise: Expert Witness Methodology in Five Nations and Suggestions for Reform of Post Daubert U.S Reliability Determinations" 95 Marq L. Rev. 1329, *Drake University Law School Research Paper* No. 11-13, s. 1329-1415.
- Kaçak, N. (2006). *Açıklamalı-İçtihatlı Hukuk Davalarında İspat Rehberi* 2. Bası. Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- Kalay, A. (1980). "Bilirkişilik Kurumu Fayda ve Sakıncaları". *Maliye Dergisi* 1980/43-48.
- Kane, M. K. (2007). *Civil Procedure in a Nutshell*, Sixth Edition. Thomson West.
- Karafakih, H. (1955). "Hukuk Usulüne Dair Çıkan Bir Eser Münasebetiyle Ehli-vukufluğu Kabul Mecburiyeti ve Taraf Yeminin Mahiyeti" *İBD* 1955/2, s. 86-91.
- Karayalçın, Y. (2001). "Tartışmalar" *Samsun Bilirkişilik Sempozyumu* 9-10 Kasım 2001, TBB Yayınları, Ankara, s. 255-259.
- Karslı, A. (2012). *Medeni Muhakeme Hukuku* 3. Baskı. Alternatif Yayıncılık, İstanbul.
- Kartal, B. (2001). "Tartışmalar" *Samsun Bilirkişilik Sempozyumu* 9-10 Kasım 2001, TBB Yayınları, Ankara: s. 632-634.
- Kılıçoğlu, A. (1986). "Yargıda Bilirkişilik Çıkmazı" *ABD* 1986/5, s. 642-648.

- Kiraz, T. Ö. (2012). *6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu İle Getirilen Yenilikler*. Adalet Yayınevi, Ankara.
- Konuralp, H. (1982). “Hakem-Bilirkişi Raporunun İptali Davası” İlamlı İcra-İlam niteliğindeki Belgeler. *Sigorta Hukuk Dergisi* 1982 C/S: 2 s. 171-174.
- Konuralp, H. (2001). “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Bilirkişilik”. *Samsun Bilirkişilik Sempozyum* 9-11 Kasım 2001. TBB Yayınları, Ankara: s. 489-510.
- Köroğlu, H. (2001). *Türk Mahkemelerinde Bilirkişilik ve Bilirkişi Kurumları*. Seçkin Yayınları, Ankara.
- Kuru, B. (2001). *Hukuk Muhakemeleri Usulü* C.III 6. Bası. Demir Demir Yayıncılık, İstanbul.
- Kuru, B., Budak, C. (2011). “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Getirdiği Başlıca Yenilikler”. *İstanbul Barosu Dergisi*, 85(2011/5): 3-43.
- Kuru, B. (2015). *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*. Legal Yayınevi, İstanbul.
- Kuru, B. (2020). *Medeni Usul Hukuku El Kitabı*, C. I-II. Yetkin Yayınları, Ankara.
- Lancaster, W. R., Capozzola, D. D. (2010). *Expert Witnesses in Civil Trials: Effective Preparation and Presentation*, 2009-2010 Edition, West.
- Lee, T. V. (1988). “Court Appointed Experts And Judicial Reluctance: A Proposal to Amend Rule 706 of the Federal Rules of Evidence”. *Yale Law&Policy Review*, 6(2) Article 15: 480-503.
- Malek, H. M. (2013). “Opinion and Expert Evidence” Şu kitapta: Haz./Ed Malek, Hodge M. *Phipson on Evidence*. London: Sweet&Maxwell, s. 1131-1214.
- Masterson, L. R. (1998). “Witness Immunity or Malpractice Liability for Professionals Hired as Experts?”. *17 The Review of Litigation* 393.
- Matson, J. V., Daou, S. F., Soper, J. G. (2005). *Effective Expert Witnessing*, Fourth Edition, Practices for the 21 st. Century, CRC Press, Boca Rotan, Florida.
- Mavioğlu, O. (1970). “Bilirkişiye Başvurmanın Zorunluluğu ve Bilirkişi Raporları Karşısında Yargıcın Durumu”. *İÜHFM*, 36(1-4): 371-387.
- McCahey, J. P. (2006). “Should Expert Receive Witness Immunity?”. http://www.hahnessen.com/uploads/39/doc/2006_09_jpm_expertimmunity00.pdf
Erişim tarihi: 09.02.2014.
- McDowell, C. M. (1998). “Authorizing the Expert Witness to Assassinate Character for Profit: A Reexamination of the Testimonial Immunity of the Expert Witness”. *28 University of Memphis Law Review*, 239 1997-1998.
- McKee, S. B., Janssen, W. M., Corr, J. B. (2013). *A Student’s Guide To The Federal Rules of Civil Procedure*, West.

- McLain, L. (2009). “Admissibility of Scientific Evidence and Expert Testimony: One Potato, Two Potato, Daubert, Frye”. *Maryland Judicial Institute* September 23, 2009.
- Meraklı, D. (2009). “Özel Hukuka İlişkin Uyuşmazlıklarda Resmi Bir Bilirkişi Kurumu Olarak Adli Tıp Kurumu”. *DEÜHFD*, 11(Özel S. 2009): 325-376. Basım Yılı 2010.
- Meriç, N. (2011a). *Medeni Yargılama Hukukunda Tasarruf İlkesi (Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümleri Çerçevesinde)*. Yetkin Yayınları, Ankara.
- Meriç, N. (2011b). “Alman Hâkim Yardımcılığı Kanunu”. *Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Dergisi*, 7(20): 13-42.
- Mnookin, J. L. (2007). “Idealizing Science and Demonizing Experts; An Intellectual History of Expert Evidence”. *Villanova Law Review*, 52(101): 101-138.
- Mueller, C. B., Kirkpatrick, L. C. (2007). *Federal Evidence*, Third Edition, Volume 3, Thomson/West, Danvers USA.
- Musluoğlu, A. L. (1957). “Ehliyetliğin Rey Beyan Etmeleri ve Rapor”. *ABD* 1957,14(2-3): 71-76.
- Oakley, J. B., Amar, V. D. (2009). *American Civil Procedure: A Guide to Civil Adjudication in US Courts*, Wolters Kluwer.
- Oğuztürk, B. K. (2008). *Güven Sorumluluğu*. Vedat Kitapçılık, İstanbul.
- Orenstein, A. (2014). *Delil Hukuku ders notları*, Character.
- Orenstein, A. (2014). *Delil Hukuku ders notları*, Relevance.
- Orenstein, A. (2014). *Delil Hukuku ders notları*, Opinion Evidence and Expert Testimony
- Orenstein, A. (2014). *Delil Hukuku ders notları*, Other Relevance Rules.
- Önen, E. (1979). *Medeni Yargılama Hukuku*. Sevinç Matbaası, Ankara.
- Öz, C. G. (2000). “Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunda Bilirkişilik Kurumu ve Uygulamadaki Sorunlarla Çözüm Önerileri”. *İzmir Barosu Yargı Reformu 2000 Sempozyumu*, s. 212-221.
- Öz, M. T. (1989). *İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi*. Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul.
- Özbek, V. Ö. (2009). “Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik (CMK.62-73)” Haluk Konuralp Anısına Armağan C.II 2009, s. 1129-1155.
- Özkaya-Ferendeci, H. Ö. (2009). *Kesin Hükümün Objektif Sınırları*. On İki Levha Yayıncılık, İstanbul.
- Özkaya-Ferendeci, H. Ö. (2012). “Alman ve İsviçre Hukukları’ndaki Kademeli Dava (Stufenklage) ile 6100 sayılı HMK’ya Göre Belirsiz Alacak Davası’nın

- Karşılaştırılması”. *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 18(1): 353-382.
- Özkaya-Ferendeci, H. Ö. (2019). *(Alman Hukuku’ndaki Örneği İle) Sözlülük İlkesi*. Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul.
- Özok, Ö. (2001). “Tartışmalar” *Samsun Bilirkişilik Sempozyumu* 9-10 Kasım 2001. TBB Yayınları, Ankara, s. 628-630, s. 636-637.
- Özsan, H. H. (2000). “Bilirkişilik” *TÜRMÖB II. Eğitim Semineri*, Ankara.
- Öztek, S. (1991). “Fransız Hukukunda Bilirkişilik” *Yargıtay’ın Kuruluşunun 125. Yılı, Mukayeseli Hukukta Bilirkişilik ve Sorunları Sempozyumu* İstanbul, s. 45-56.
- Öztek, S. (2001). “Tartışmalar”. *Samsun Bilirkişilik Sempozyumu* 9-10 Kasım 2001. TBB Yayınları, Ankara, s. 631-632.
- Öztek, S. (2008). “Tanık, Bilirkişi İncelemesi, Keşif, Uzman Görüşü (Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısının Getirdiği Yenilikler ve Bu Yeniliklerin Değerlendirilmesi”. *İstanbul Barosu Yayını*, İstanbul, s. 179-189.
- Öztek, S. (2014). “*Bilirkişi Raporunun Hakimi Bağlamaması*”. Prof. Dr. Ejder Yılmaz’a Armağan C.2, Ankara: Yetkin Yayınları, s. 1607-1629.
- Öztürk, Y. (2001). “Bilirkişinin Seçimi İle İlgili Başımıza Gelen Bazı Konular” “Bilirkişinin Seçimi ve Zorunlu Bilirkişilik” *Samsun Bilirkişilik Sempozyumu* 9-10 Kasım 2001. TBB Yayınları, Ankara: s. 237-248.
- Papakçı, A. (2016). “Hukuki Bilirkişilik (Judicial Expert)” *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 22(1): 433-456.
- Park, R. C., Leonard, D. P., Orenstein, A. A., Goldberg, S. H. (2011). *Evidence Law, A Student’s Guide to the Law of Evidence as Applied in American Trials*, Third Edition, West.
- Pekcanıtez, H., Korkmaz, H. ve Meriç, N. (2007). *İçtihatlı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ve İlgili Mevzuat*. Yetkin Yayınları, Ankara.
- Pekcanıtez, H. (2009). “Özel Uzman (Bilirkişi) Görüşü ve Değerlendirilmesi”, Prof. Dr. Saim Üstündağ’a Armağan, Adalet Yayınevi, Ankara, s. 396-419.
- Pekcanıtez, H., Atalay, O. ve Özekes, M. (2013). *Medeni Usul Hukuku*. 14. Bası. Yetkin Yayınları, Ankara.
- Pekcanıtez, H. (2017). *Pekcanıtez Usul Medeni Usul Hukuku C.II*, 15. Bası. On İki Levha Yayıncılık, İstanbul.
- Pekcanıtez, H., Atalay, O. ve Özekes, M. (2020). *Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı*, 8.Bası. On İki Levha Yayıncılık, İstanbul.

- Polat, O. ve Güven A. T. (2015). “İngiliz, Amerikan ve Türk Hukukunda Bilirkişilik Uygulamalarının Karşılaştırılması” *TBBD*, 2015 (119): s. 97-114.
- Pollack, H. G. (1992). The Admissibility and Utility of Expert Legal Testimony in Patent Litigation. 32 *IDEA: The Journal of Law and Technology*, 361-382.
- Poulin, A. B. (2012). “Experience-Based Opinion Testimony: Strengthening the Lay Opinion Rule”. *Pepperdine Law Review*, 39(3).
- Postacıoğlu, İ. E. (1975). *Medeni Usul Hukuku Dersleri*, 6. Bası, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul.
- Prichard, F. (2005). *Experts in Civil Cases, An Inside View*. LFB Scholarly Publishing, New York.
- Rares, S. (2012). “Using the “hot tub”-How Concurrent Expert Evidence Aids Understanding Issues”. *Civil Justice Quarterly*.
- Reifert, E. (2011). “Getting into the Hot Tub: How the United States Could Benefit from Australia’s Concept of “Hot Tubbing” Expert Witnesses” *University of Detroit Mercy Law Review*, V. 89:103, s. 103-115.
- Reisinger, K. B. (1998). Court Appointed Expert Panels: A Comparison of Two Models. *Indiana Law Review*, 32(1): 225-258.
- Richmond, D. R. (1993). “The Emerging Theory of Expert Witness Malpractice”. 22 *Capital University Law Review* 693.
- Rowe, T. D. Jr., Sherry, S., Tidmarsh, J. (2012). *Civil Procedure*, Third Edition. Thomson Reuters/Foundation Press, USA.
- Sales, B. D., Shuman, D. W. (2005). *Experts in Court. Reconciling Law, Science and Professional Knowledge*. American Psychological Association. USA
- Salkaya, Ş. (2000). “HUMK’da Bilirkişilik (Ehli-vukuf) Uygulama ve Karşılaşılan Sorunlar” *II. Bilirkişi Eğitim Semineri TÜRMOB* Ankara.
- Saltzburg, S. A., Martin, M. M., Capra, D. J. (2011). *Federal Rules of Evidence Manual*, Tenth Edition, Volume 3, Rules 609-706. LexisNexis. USA
- Sarısözen, M. S. (2014). “Özel Bilirkişi (Uzman Görüşü)”. Prof. Dr. Ejder Yılmaz’a Armağan C.2, Yetkin Yayınları, Ankara 2014, s. 1699-1732.
- Savaş, H. (2007). “Tıbbi Hata Davalarında Bilirkişilik Uygulaması” *Terazi Aylık Hukuk Dergisi*, 2(15 Kasım 2007): 119-126.
- Savaş, H. (2008). “Tıbbi Hata Davalarında Resmi Bilirkişilik Kurumları ve Yargıtay Uygulaması” *İBD* 2008, 82(3): 1355-1367.

- Saygıner, E. (2000). "Mühendislik Alanında Bilirkişilik" *II. Eğitim Semineri, TÜRMOB* Ankara 2000, s. 65-67.
- Sebük, T. (1966). "Hakem, Hakem Bilirkişi ve Kanuni Hakem Kararlarının Mukayesesi ve Tahkim Şartı" *ABD* 1966/3, s. 501-506.
- Sheindlin, S. A. ve Orr N. M. (2014). "The Adverse Inference Instruction After Revised Rule 37 (e): An Evidence-Based Proposal" *Fordham Law Review* (83/3): 1299-1315.
- Sherry, S., Tidmarsh, J. (2007). *Essentials Civil Procedure*. Aspen Publishers. USA.
- Shreve, G. R., Hansen-Raven, P., Geyh, C. G. (2013). *Understanding Civil Procedure*, Fifth Edition. LexisNexis, USA.
- Sidak, G. J. (2013). "Court Appointed Neutral Economic Experts". *Journal of Competition Law&Economics*, 9(2): 359-394.
- Sime, S. (2013). "Experts and Assessors" Şu kitapta: Haz./Ed Maurice Kay. *Blackstone's Civil Practice 2013*. Oxford: Oxford University Press, s. 889-913.
- Simil, C. (2013). *Belirsiz Alacak Davası*. On İki Levha Yayıncılık, İstanbul.
- Slapper, G., Kelly, D. (2012). *The English Legal System* Thirteenth Edition 2012-2013. London and New York: Routledge.
- Slayton, R.D. (1963). "Evidence-Expert Testimony-The Ultimate-Issue Rule". *Chicago-Kent Law Review*, 40(2), Article 8: 147-154.
- Soyaslan, D. (2001). "Tartışmalar". *Samsun Bilirkişilik Sempozyumu* 9-10 Kasım 2001, TBB Yayınları, Ankara: s. 343-344.
- Spencer, A. B. (2011). *Civil Procedure (A Contemporary Approach)*, Third Edition, West, USA.
- Subrin, S. N., Minow, M. L., Brodin, M. S., Main, T. O., Lahav, A. D., (2012). *Civil Procedure, Doctrine, Practice, and Context*, Fourth Edition. Wolters Kluwer Law&Business in New York, USA.
- Şahan, H. G. (2012). *Kuruluşu, İşlevleri ve İşleyişi Bakımından Medeni Yargılama Hukukunda Özel Görevli Mahkemeler (Uzmanlık Mahkemeleri)*. Adalet Yayınevi, Ankara.
- Şengün, K. O. (1969). "Bilirkişinin Sorumluluğu ve Sonuçları" *Adalet Dergisi*, 1969/7, s. 456-463.
- Şişli, Z. (2000). "İş Hukukunda Bilirkişilik" *Yargı Reformu 2000 Sempozyumu*, s. 222-234.
- Tanrıver, S. (2001). "Bilirkişinin Etik, Hukuki ve Cezai Açılardan Sorumluluğu" *Samsun Bilirkişilik Sempozyumu* 9-10 Kasım 2001. TBB Yayınları, Ankara: s. 406-448.
- Tanrıver, S. (2005). "Bilirkişinin Sorumluluğu" *TBB*, 2005 (56): s. 133-166.

- Tanrıver, S. (2009). “Hukuk Yargılaması Bağlamında Bilirkişilikle İlgili Temel Problemler ve Çözüm Arayışları”, *DEÜHFD*, C.11 Özel S. Prof. Dr. Bilge Umar’a Armağan, Basım Yılı 2010, s. 575-594.
- Tanrıver, S. (2011). “Hukuk Fakültesi Öğretim Üyeleri (Elemanları) Mahkemelerce Bilirkişilik Görevini Kabule Zorlanabilirler mi? *TBBD*, 2011 (92): s. 377-383.
- Tanrıver, S. (2015). “Hukuk Yargısı Bağlamında Bilirkişilik Kanunu Tasarısının Değerlendirilmesi”. *TBBD*, 2015 (119): s. 227-240.
- Tanrıver, S. (2016). *Medeni Yargıda Bilirkişilik*. Yetkin Yayınları, Ankara.
- Tanrıver, S. (2017). *Hukukumuzda Bilirkişilik*. Yetkin Yayınları, Ankara.
- Tanrıver, S. (2018). *Medenî Usûl Hukuku* Cilt I, Temel Kavramlar ve İlk Derece Yargılaması, 2. Bası. Yetkin Yayınları, Ankara.
- Tanverdi, S. M. (1991). *Medeni Usul Hukukunda Bilirkişilik*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul.
- Tapper, C. (2010). *Cross and Tapper on Evidence*, Twelfth Edition. Oxford University Press, Oxford.
- Tarman, Z. D. (2005). *Bilirkişilik Sözleşmesinin Hukuki Niteliği ve Bilirkişinin 3. Kişiye Karşı Olan Sorumluluğu*. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Taşpınar, S. (2001). “Bilirkişilik Ücreti”. *Samsun Bilirkişilik Sempozyumu* 9-10 Kasım 2001. TBB Yayınları, Ankara: s. 347-394.
- Taşpınar, S (2003). “*Türk Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Bilirkişi Ücreti*”. Prof. Dr. Egun Önen’e Armağan, İstanbul, 2003: s. 373-416.
- The Academy of Experts (2014). CPR Code of Guidance For Experts and Those Instructing Them, July 2004,
<https://www.academyofexperts.org/system/files/documents/codeofguidance.pdf>/10.11. 2014.
- The Law Commission of England and Wales [LCEW] (2009). *The Admissibility of Expert Evidence in Criminal Proceedings in England and Wales, A New Approach to the Determination of Evidentiary Reliability*, Consultation Paper No: 190. http://lawcommission.justice.gov.uk/docs/cp190_Expert_Evidence_Consultation.pdf. erişim tarihi: 05.01.2015.
- Tıktık, Ç. Y. (2011). “HMK m.293’teki Uzman Görüşü Kurumu İle Anglo Sakson Hukuk Sistemindeki Uzman Tanık Kurumun Karşılaştırılması” *Legal Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi*, 7(20): 79-99.

- Timmerbeil, S. (2003). "The Role of Expert Witness in German and U.S Civil Litigation". *Annual Survey of International & Comparative Law*, 9(1), Article: 8.
- Toraman, B. (2013). "Anglo-Amerikan Hukukunda Mahkeme Tarafından Tayin Edilen Bilirkişiler". *Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 2013 Hukuk Özel Sayısı: s. 115-129.
- Toraman, B. (2014). "Medeni Usul Hukukunda İspat Hakkına Dair Bazı Tespit ve Değerlendirmeler". *DEÜHFD*, C. 16 (Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, Özel Sayı): s. 1483-1523.
- Toraman, B. (2017). *Medeni Usul Hukukunda Bilirkişi İncelemesi (6754 Sayılı Bilirkişilik Kanunu ile Getirilen Yenilikler Çerçevesinde)*. Yetkin Yayınları, Ankara.
- Törüner, E. (2000). "Bilirkişilik Uygulamasında Karşılaşılan Sorunlar" *TÜRMOB II. Eğitim Semineri*, Ankara 2000 s. 159-164.
- Tuğsavul, M. (1952). "Ehlivukuf (Bilirkişi)" *AD* 1952/6, s.773.
- Tutumlu, M. A. (2012). *Kuram ve Uygulama Açısından Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Yeni ve Değişik Hükümlerinin Yorumu*, 2. Baskı. Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- TÜRMOB, (2000). *II. Bilirkişi Eğitim Semineri*. TÜRMOB Yayınları, Ankara.
- Türk Hukuk Kurumu Derneği, (1991). *Türk Hukuk Lügatı*. Başbakanlık Basımevi, Ankara.
- Ulukapı, Ö. (2001). "Bilirkişi Raporu ve Bilirkişi Raporunun Delil Olarak Değeri" *Samsun Bilirkişilik Sempozyumu 9-10 Kasım 2001*. TBB Yayınları, Ankara: s. 291-315.
- Umar, B. (2014). *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi 2*. Baskı. Yetkin Yayınları, Ankara.
- Üstündağ, S., Tanverdi M. (1991). "Alman Usul Hukukunda Bilirkişilik" Yargıtay'ın Kuruluşunun 125. Yılı, *Mukayeseli Hukukta Bilirkişilik ve Sorunları Sempozyumu* İstanbul, s. 5-29.
- Üstündağ, S. (2000). *Medeni Yargılama Hukuku*, 7. Bası. Nesil Matbaacılık, İstanbul.
- Verkerk, R. (2009). "Comparative Aspects of Expert Evidence in Civil Litigation". *13 The International Journal of Evidence & Proof*: s. 167-197.
- Webster, W. P. (1993). "Expert Witness Fees in Federal Diversity Cases". *24 St. Mary's L.J* 463 1992-1993: s. 463-478.
- Weiss, L. S. (2004). Expert Witness Malpractice Actions: Emerging Trend or Aberration, http://files.aliaba.org/thumbs/datastorage/lacidoirep/articles/PLIT_PLIT04_03-WEISS_thumb.pdf. Erişim tarihi 09.02.2014.
- Weissenberger, G., Duane, J. J. (2011). *Federal Rules of Evidence: Rules, Legislative History, Commentary and Authority*, Seventh Edition. Lexis Nexis.

- Welch, S. (2010). “From Witness Box to the Hot Tub: How the “Hot Tub” Approach to Expert Witness Might Relax An American Finder of Fact” *Journal of International Commercial Law and Technology*, 5(3): 154-164.
- Wood, L. C. (2007). “Experts in the Tub” *21 Antitrust 2006-2007*, s. 95-103.
- Yalabık, F. T. (2014). “Anglo-Amerikan ve Fransız Hukuklarında Bilirkişilik Kurumuna Genel Bakış”. *DEÜHFD*, C. 16 (Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez’e Armağan, Özel Sayı): s. 2115-2162.
- Yalabık, F.T. (2016). *İngiliz ve Amerikan Hukuklarında Vakıaların Getirilmesi ile Delillerin Toplanması Hakimin Rolü ve Türk Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi*. On İki Levha Yayıncılık, İstanbul.
- Yeşilırmak, A. (2010). “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolu Olarak Hakem Bilirkişilik” *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 11(Özel S: 2009, Prof. Dr. Bilge Umar’a Armağan): 693-738
- Yıldırım, K. (2004). “*Bilirkişi Delilinin Mukayeseli Hukuk ve Türk Hukukundaki Durumu*”. 75. Yaş Günü için Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı. TBB Yayınları: Ankara: s. 833-841.
- Yıldırım, N. D. (1994). “Hakem Bilirkişi Hukuki Mahiyeti ve Delillerin Serbestçe Değerlendirilmesi İlkesinin Vazgeçilmezliği” *İÜHFM* 1994/1-4, s. 321-330.
- Yılmaz, E. (1996). “Uygulamada Bilirkişilik ve Bilirkişi Raporları” *Makaleler (1973-2013)* 1. Cilt, Yetkin Yayınları, Ankara 2014, s. 811-829
- Yılmaz, E. (2000). “Türk Hukuku İle Karşılaştırmalı Olarak Alman, İsviçre ve Avusturya Hukuklarında Bilirkişilik” *II. Bilirkişi Eğitim Semineri*, 30-31 Mart/1 Nisan 2000, Ankara 2000.
- Yılmaz, E. (2001). “Bilirkişiliğin Kurumsallaştırılması Hakkında Bir Kanun Taslağı” *Samsun Bilirkişilik Sempozyumu* 9-10 Kasım 2001. TBB Yayınları, Ankara: 538-550.
- Yılmaz, E. (2012). *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*. Yetkin Yayınları, Ankara.
- Yılmaz, O. (1984). “Plan, Harita veya Krokinin Uzman Bilirkişi Marifetiyle Uygulamasında Usul”. *ABD* 1984/5, s. 764-782.
- Zuckerman, A. (2003). *Civil Procedure*. LexisNexis, Edinburgh.

İnternet Kaynakları

Adalet Bakanlığı (2019). Yargı Reformu Stratejisi.

https://sgb.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/23122019162931YRS_TR.pdf.

Erişim tarihi: 23.08.2020.

<https://adlisicil.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/1062020170359HizmeteOzel-2019-bask%C4%B1-%C4%B0SA.pdf>. Erişim tarihi: 23.08.2020.

Farrell, M. G. (1994). "Special Masters". Reference Manual on Scientific Evidence First Edition,

http://www.fjc.gov/public/home.nsf/autoframe?openform&url_l=/public/home.nsf/inavgeneral?openpage&url_r=/public/home.nsf/pages/93. Erişim tarihi: 22.10.2015.

Fogarty, J. R. S., Jeng, D. H. (2012). Cross Examination of Expert Witness: Evolution, Literature, Interviews, <http://ssrn.com/abstract=2238670> Erişim tarihi:15.01.2014.

<http://hmctsformfinder.justice.gov.uk/courtfinder/forms/ex304-eng.pdf>.

<http://uk.practicallaw.com/2-521-8795> Erişim tarihi 19.05.2015.

<https://www.moneyclaimsuk.co.uk/PDFForms/EX304.pdf>.

<https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/standard-directions/general/trial-arrangements#:~:text=A%20pre%2Dtrial%20review%20is,down%20as%20far%20as%20possible>.

https://www.citizensadvice.org.uk/Global/Migrated_Documents/advisernet/04080403-ew-the-fast-track-and-the-multi-track-in-the-civil-courts-pdf-8.pdf.

<http://www.uscourts.gov/FederalCourts.aspx> Erişim tarihi: 07.02.2014.

<https://www.uscourts.gov/statistics-reports/us-magistrate-judges-judicial-business-2017>.

https://oscar.uscourts.gov/duties_of_federal_law_clerks.

<http://www.uscourts.gov/uscourts/FormsAndFees/Forms/AO133.pdf> Erişim tarihi: 07.02.2014

<http://www.kazanci.com.tr/>

http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts. Erişim tarihi: 01.03.2016.

Peet v Mid-Kent Healthcare Trust, [2002] 1 WLR 210, [CA] Karar için bkz.

<http://www.bailii.org/cgi-bin/markup.cgi?doc=/ew/cases/EWCA/Civ/2001/1703.html>, Erişim tarihi 10.11.2014.

ÖZGEÇMİŞ

Adı ve Soyadı	Fatih ZORA
EĞİTİM DURUMU	
Lisans	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Yüksek Lisans	Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
Yabancı Dil	İngilizce
İŞ DENEYİMİ	
Stajlar	Avukatlık Stajı
Çalıştığı Kurumlar	Pamukkale Üniversitesi Akdeniz Üniversitesi