

MEDENİ YARGILAMA
HUKUKUNDA MAHKEME
TARAFINDAN ATANAN
BİLİRKİŞİ-UZMAN
TANIK AYRIMI

Dr. Cenk AKİL*

ÖZ

Gelişen teknoloji ve bu teknolojinin günlük hayatta kullanımı sonucu hukukî uyumsuzluklara konu olan sosyal ilişkiler karmaşıklaşmış ve bu ilişkilerin bir kısmının niteliğinin anlaşılabilmesi uzmanlık gerektirir hale gelmiştir. Bu gibi hallerde, davayı karara bağlamakla yükümlü olan hâkim, kendisinde bulunmayan özel veya teknik bilgiye sahip kişilere başvurma ihtiyacı duymuştur. Bu ihtiyacı gidermek üzere bilirkişilik kurumu ihdas edilmiştir. Davanın tarafları da dilekçelerini hazırlayabilmek, iddia ve savunmalarını güçlendirebilmek için uzman görüşüne ihtiyaç duyabilirler. İşte, tarafların bizzat belirledikleri, özel veya teknik bir konuda görüşünü almak üzere başvurdukları uzmana uzman tanık denilmektedir. Uzman tanığın görüşü delil olmayıp taraf beyanıdır.

Anahtar Kelimeler: *Medenî yargılama hukuku, delil, mahkeme tarafından atanan bilirkişi, uzman tanık, taraf beyanı.*



THE SUBSTANTIALLY DIFFERENTIATION OF THE COURT EXPERT AND EXPERT WITNESS IN CIVIL PROCEDURE

ABSTRACT

Social relations that become the subject of the legal disputes have got complicated as a result of the improving technology and usage of it in daily life and expertise have become necessary in order the nature of some of these relations to be understood. In such cases the judge who is obliged to conclude the case has needed to refer to the people having special or technical knowledge which the judge has not had. The institution of expertise has been established in order to meet this need. The parties of a case may need the opinion of an expert so as to prepare their petitions, and to strengthen their claims and arguments. Hence the expert assigned by the parties personally with the purpose of receiving (his) opinion in a special or technical subject is called as the expert witness offby parties. The opinion of the expert witness is not an evidence but the statement of the party.

Keywords: *Civil Procedure Law, evidence, court expert, expert witness, statement of the party.*

GİRİŞ

Bilim ve teknoloji alanındaki baş döndürücü gelişmeler toplumsal hayatta bireyler arasındaki ilişkilerin de daha kompleks bir hal almasına yol açmıştır. Buna paralel olarak bireyler arasında ortaya çıkan uyuşmazlıkların çözüme kavuşturulması konusunda özel ve teknik bilgiye duyulan ihtiyaç da artmıştır. İşte bu ihtiyacı karşılamak üzere, hâkimler uzman bilirkişilere müracaat etmek mecburiyetinde kalmışlardır. Zira, hâkimler önlerine gelen olaylara ilişkin her türlü özel^[1] ve teknik^[2] bilgiye sahip olmadıkları^[3] durumlarda dahi, bu olayları karara bağlamakla yükümlü kılınmışlardır (AY m. 36, II). Bu durumu göz önünde bulunduran kanun koyucu HUMK m. 275 ve devamında yer alan maddelerde hâkimlerin bilirkişiye başvurmaları imkânını düzenlemiştir. Bunun yanı sıra, taraflar dilekçelerini hazırlayabilmek, iddia veya savunmalarını güçlendirebilmek için de, bir uzmana başvurma ihtiyacı duyabilirler. Nitekim bu durum Hukuk Muhakemeleri Kanunu hazırlanırken dikkate alınmış ve Kanununun 293. maddesinde “Uzman Görüşü” başlığı altında tarafların uzmanından bilimsel görüş alabilmeleri imkânı düzenlenmiştir^[4]. Taraflar, çeşitli nedenlerle uzman tanığa müracaat etmek isteyebilirler. Başvuru nedeni, salt bir meselenin dava konusu edilmesi durumunda başarı şansının ne olduğunu öğrenmek olabileceği gibi, uzman tanığın hazırlayacağı rapor ile davanın kendi lehine sonuçlanmasına katkıda bulunulması da olabilir^[5].

- [1] Özel bilgi ile kastedilen hukuk bilimi dışında belli bir bilim dalının araştırıp ortaya koyduğu sonuçlara ilişkin bilgidir. Bkz. Ramazan Arslan, Bilirkişilik Uygulaması ve Bu Uygulamaya Yargıtay’ın Etkisi (YD 1989/4, s. 156-183), s. 162; Süha Tanrıver, Bilirkişinin Hukukî Statüsü, Yükümlülükleri, Yetkileri ve Sorumluluğu, Ankara 2002, s. 33 dn. 1.
- [2] Teknik bilgi ile fizik, kimya, matematik gibi pozitif bilimlerin verilerini uygulamaya yeterli bilgi kastedilmektedir (Arslan s. 163; Tanrıver s. 33 dn.1).
- [3] Diğer deyişle, hâkim, özel veya teknik bilgiye sahip olsa idi tecrübe kurallarını somut olaya uygulamaya ya da özel uzmanlık bilgisi ile olgusal müşahâde hakkında bilgi verme görevleri bizzat ona düşecekti. Bkz. Friedrich Lent, Zur Abgrenzung des Sachverständigen vom Zeugen im Zivilprozess (ZZP, C. 60 (1936/1937), s. 9-48), s. 20.
- [4] Yürürlükte bulunan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nda yer almayan “uzman tanıklık” kurumu, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun “Bilirkişi Raporu, Uzman Mütalaası” başlıklı 67. maddesinin birinci fıkrasının altıncı bendinde yer almıştır. Söz konusu düzenlemeye göre, cumhuriyet savcısı, katılan, vekili, şüpheli veya sanık, müdafii veya kanunî temsilci, yargılama konusu olayla ilgili olarak veya bilirkişi raporunun hazırlanmasında değerlendirilmek üzere ya da bilirkişi raporu hakkında, uzmanından bilimsel mütalaa alabilirler. Bu konuda bir hayli mesafe kat etmiş olan Amerika Birleşik Devletleri’nde ceza yargılaması alanında hem savunma hem de iddia makamları için raporlar hazırlayan, incelemeler yapan uzmanların uymak zorunda oldukları mesleki ve etik kurallar kabul edilmiştir. Bkz. Sinan Kocaoğlu, Türk Ceza Muhakemesi Sisteminde Silahların Eşitliği İlkesini Gerçekleştirebilmek İçin Bir Reform Önerisi (TBBD, 2011/1, s. 238-286), s. 286 dn. 152.
- [5] Rüdiger Graf von Hardenberg, Das Privatgutachten im Zivilprozess-unter Berücksichtigung der Rechtslage im Strafprozess, 1975, s. 26-27.

I. GENEL OLARAK UZMAN TANIK GÖRÜŞÜ

Uzman tanığın hazırlamış olduğu rapor “taraf beyanı”^[6], daha doğrusu “tarafın belgeye dayalı beyanı”^{[7],[8]} olarak değerlendirilmektedir^[9]. Uzman tanığın beyanının (raporunun) “delil” olmadığı kabul edilmektedir^[10]. Bundan dolayı, Alman hukukunda tarafların, mahkemedен, uzman tanığın görüşünü duruşmada sözlü olarak açıklamasını yahut mahkeme tarafından atanan bilirkişiye^[11] soru sorabilmesini talep edemeyeceği kabul edilmektedir. Tarafların anlaşması durumunda ise, mahkeme, uzman tanığın raporunu senet delili olarak hükme esas alabilecektir^[12].

- [6] V. Hardenberg s. 117, 122; Werner Bischoff, Das Privatgutachten und seine Bewertung (SGb, 17 (1970), s. 367-369), s. 367-368; Klaus Schreiber, Die Werwertung von Privatgutachten im Zivilprozess (Festschrift für Heinrich Wilhelm Kruse zum 70. Geburtstag, Köln 2001, s. 721-733), s. 721; Leo Rosenberg / Karl Heinz Schwab / Peter Gottwald, Zivilprozessrecht, 16. B., München 2004, s. 839; Thomas Rauscher / Peter Wax / Joachim Wenzel, Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, 3. B., München 2008, § 402 Rdnr. 9; Hans-Joachim Musielak, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 7. B., München 2009, § 402 Rdnr. 5; Stein / Jonas, Kommentar zur Zivilprozessordnung, C. 5, 22. B., Tübingen 2006, vor § 402 Rdnr. 74. Avusturya hukukunda da uzman tanık raporu, özel belge olarak nitelendirilmiş ve bu belgenin yazarın görüşünü temsil ettiği ifade edilmiştir. Bkz. Hans W. Fasching / Andreas Konecny, Kommentar zur Zivilprozessgesetzen, 3. C., 2. B., Manz 2004, vor §§ 351 ff Rdnr. 12.
- [7] Schreiber s. 732; Rosenberg / Schwab / Gottwald s. 839. Avusturya hukukunda uzman tanık raporu “adi senet” olarak nitelendirilmektedir. Bkz. Hans W. Fasching, Zivilprozessrecht, Lehr- und Handbuch, 2. B., Wien 1990, s. 521; Walter H. Rechberger / Daphne-Ariane Simotta, Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts, 6. B., Wien 2003, s. 367.
- [8] Fakat “senet” olarak değil (Schlosser s. 510).
- [9] Taraf, uzman tanığın hazırlamış olduğu raporu mahkemeye sunduğunda bu rapor, senetlerin tabii olduğu usule göre değerlendirilmeye alınır (Schreiber s. 732, 733).
- [10] Schreiber s. 733; Schlosser s. 509; Stein / Jonas / Leopold vor § 402 Rdnr. 77; Hakan Pekcanitez, Özel Uzman (Bilirkişi) Görüşü ve Değerlendirilmesi (Prof. Dr. Saim Üstündağ’a Armağan, Ankara 2009, s. 397-418), s. 398; v. Hardenberg s. 95-96. Karş. Yavuz Alangoya / Kamil Yıldırım / Nevhis Deren-Yıldırım, Medenî Usûl Hukuku Esasları, 7. B., İstanbul 2009, s. 370; Yavuz Alangoya / Kamil Yıldırım / Nevhis Deren-Yıldırım, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı-Değerlendirme ve Öneriler, İstanbul 2006, s. 156-157; Kemalettin Yüksel, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Hakkındaki İncelemeler (Bankacılar Dergisi, 2008/67, s. 94-110), s. 102. Uzman tanığın hazırlamış olduğu rapor teknik anlamda bilirkişi raporu da sayılmamaktadır. Zira gerek seçilmesi gerekse atanması taraflara bırakılmış olan uzman tanığın hazırlayacağı raporun mahkeme tarafından bizzat atanan bilirkişinin raporu kadar tarafsız ve objektif olamayabileceği öngörülmektedir. Bkz. Rüdiger Graf von Hardenberg, Das Privatgutachten im Zivilprozess-unter Berücksichtigung der Rechtslage im Strafprozess, 1975, s. 60. Avusturya hukuku bakımından aynı görüş için bkz. Fasching s. 521; Rechberger / Simotta s. 367. Uzman tanığın, tanık olarak da nitelendirilemeyeceği konusunda bkz. v. Hardenberg s. 69 vd; Schreiber s. 731. Uzman tanık raporunun tarafların bu konuda anlaşmalarıyla dahi “delil” olarak nitelendirilmeyeceği konusunda bkz. Schreiber s. 731.
- [11] Öğretide mahkeme tarafından atanan bilirkişi terimi yerine resmi bilirkişi de denmekte ise de “resmi bilirkişi” ile bazen kanun (hükümet) tarafından belirlenmiş bilirkişiler de kast edildiğinden bir karışıklığa meydan vermemek için “mahkeme tarafından atanan bilirkişi” tabirini kullanmayı yeğledik.
- [12] Musielak § 402 Rdnr. 5.

Şayet tarafların mahkemeye sunmuş oldukları uzman tanık raporları arasında çelişki mevcut ise^[13], bu durumda mahkemenin bizzat bilirkişiye başvurması gerekmektedir. Bunun yanı sıra, mahkeme tarafından atanan bilirkişi de, kendi hazırlayacağı raporda tarafça sunulmuş bulunan uzman tanık raporunu değerlendirmek zorundadır. Uzman tanık raporunu hazırladıktan sonra raporun konusunu oluşturan vakıa değişikliğe uğramış ve başka bir bilirkişi tarafından tetkik edilmesi olanaksız hale gelmişse, bu durumda uzman tanığın taraflardan birinin talebi üzerine mahkemede tanık olarak dinlenebileceği kabul edilmektedir. Ancak bu durumda, uzman tanık, ulaştığı sonuçlar hakkında değil, sadece vakıa hakkında tanıklık edebilir. Uzman tanık raporu ile mahkeme tarafından atanan bilirkişinin raporu arasında çelişki çıkması durumunda, mahkeme bu çelişkiyi gidermek zorundadır.^[14]

Her iki taraf da, mahkemeye uzman tanık raporu sunmuşlar ve bu raporlar arasında çelişki varsa, ilgili konu hakkında uzmanlık bilgisi olmayan mahkeme, ilke olarak, bizzat bir bilirkişi görevlendirmeden, bu raporlardan birine itibar edemez^[15]. Taraflardan birinin mahkemeye sunmuş olduğu uzman tanığın raporu ile mahkeme tarafından atanan bilirkişinin raporu arasında çelişki var ise mahkeme nasıl hareket edecektir? Avusturya hukukunda böyle bir durumda mahkemenin ortaya çıkan çelişkileri gidermek zorunda olmadığı, doğrudan doğruya bizzat atamış olduğu bilirkişinin raporuna dayanabileceği ifade edilmişse de^[16] bu görüş eleştirilmiş ve böyle davranılması durumunda tarafların dava konusu olay hakkındaki açıklamalarının bütünüyle değerlendirilmiş sayılamayacağı ve bu durumun kanuna aykırılık teşkil edeceği savunulmuştur^[17].

Tarafların mahkeme tarafından atanmış bilirkişinin görüşlerine karşı itirazlarını uzman tanığın raporu ile desteklemekleri durumunda mahkeme, uzman tanığın raporunu esaslı bir surette incelemek zorundadır^[18]. Bunu yapmadan bizzat atadığı bilirkişinin raporuna öncelik tanıyamaz^[19].

Acaba, mahkeme bizzat bir bilirkişi görevlendirmeksizin, kararını salt uzman tanık raporuna dayandırabilir mi? Bu konuda, Alman hukuk öğretisinde iki farklı görüş ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre, uzman tanığın raporunda bilirkişisi raporunun ispat meselesini güvenilir bir biçimde çözüme kavuşturduğu hallerde mahkeme bizzat bilirkişiye başvurmadan da uzman tanığın raporunu esas alabilir. Diğer bir

[13] Hukukî dinlenme hakkının unsurlarından biri olan açıklama hakkının bir gereği olarak mahkeme, taraflardan birinin sunmuş olduğu uzman görüşünü (mütalaasını) diğer taraftan habersiz ya da onun bilgisi dışında değerlendiremez (Muhammet Özekes, Medenî Usûl Hukukunda Hukukî Dinlenme Hakkı, Ankara 2003, s. 139).

[14] Rauscher / Wax / Wenzel, § 402 Rdnr. 9.

[15] BGH NJW 1993, 2382; Zöllner / Greger § 402 Rdnr. 6c; BGH NJW 2002, 1498 (Stein / Jonas / Leipold vor § 402 Rdnr. 76'dan naklen).

[16] Delle-Karth, ÖJZ 1993, s. 21.

[17] Fasching / Konecny / Rechberger vor §§ 351 ff ZPO Rdnr. 13.

[18] Musielak § 402 Rdnr. 6.

[19] Peter F. Schlosser, Spontan präsentierte Zeugen und (Privat-)Gutachten nach deutschem und österreichischem Recht (Festschrift für Walter H. Rechtsberger zum 60. Geburtstag, s. 497-511), s. 508.

görüŖe göre ise mahkeme bunu yapamaz. Diğer bir deyiŖle, bizzat bilirkiŖi atamak zorundadır. Çünkü, aksi halin kabulü halinde, yani uzman tanık raporu mevcutken mahkeme tarafından bizzat bilirkiŖi atanmaz ise karŖı tarafın soru sorma ve ret hakkının yanında bilirkiŖinin yemin etme ödevi de ortadan kalkmıŖ olacaktır^[20].

Avusturya hukukunda ise mahkemece bizzat atanan bilirkiŖi, hazırlamıŖ olduğu raporda uzman tanığın raporunu değerlendirmiş olmakla birlikte iki rapor arasında çeliŖki ortaya çıkmıŖsa bu durumda mahkemenin yeni bir bilirkiŖi tayin etmesi gerekir. Zira bu ihtimalde mahkemece ilk atanan bilirkiŖi raporunun yetersiz olduğu anlaŖılmıŖtır^[21].

Ŗayet mahkeme, uzman tanığın raporunda ileri sürdüğu görüşleri kararında tartıŖmaksızın doğrudan doğruya bizzat atamıŖ olduğu bilirkiŖinin raporunu esas alırsa, uzman tanık raporunu mahkemeye sunmuŖ olan tarafın hukukî dinlenilme hakkını ihlal etmiş olacaktır^[22]. Uzman tanık raporunun dikkate alınması hâkimin takdirine kalmıŖ bir durum olmayıp hukukî bir yükümlülüktür^[23]. Uzman tanık raporunun mahkeme tarafından dikkate alınması Ŗu üç aŖamadan geçilerek yerine getirilir: Birinci aŖamada mahkeme, uzman tanığın hazırlamıŖ olduğu rapordan bilgi edinecek, ikinci aŖamada raporu zihinsel olarak değerlendirecek ve üçüncü aŖamada raporu kararın yazımında dikkate alacaktır^[24].

Uzman tanığın hazırlamıŖ olduğu raporda kendisini görevlendiren tarafın aleyhine bir takım beyanlar var ise, bunların dahi dikkate alınabilmesi mümkündür^[25].

II. MAHKEME TARAFINDAN ATANAN BİLİRKİŖİ-UZMAN TANIK AYRIMI

A. SEÇİLMELERİ BAKIMINDAN

Mahkeme tarafından atanan bilirkiŖiler, yargı çevresinde yer aldığı bölge adliye mahkemesi adli yargı adalet komisyonları tarafından, her yıl düzenlenecek olan listelerde yer alan kiŖiler arasından görevlendirilirler. Listelerde bilgisine başvurulacak uzmanlık dalında bilirkiŖinin bulunmaması hâlinde, diğer bölge adliye mahkemelerinde oluşturulmuŖ listelerden, burada da yoksa liste dıŖından bilirkiŖi görevlendirilebilir (HMK m. 268, I). Buna karŖılık, uzman tanığın seçiminde mahkeme hiçbir biçimde rol oynamaz^[26]. Diğer deyiŖle, uzman tanığı bizzat taraflar seçer. Tarafların, uzman tanığı müŖtereken seçmeleri de mümkündür^[27].

[20] Stein / Jonas / Leipold vor § 402 Rdnr. 75.

[21] Fasching / Konecny / Rechberger vor §§ 351 ff ZPO Rdnr. 13.

[22] V. Hardenberg s. 123; Stein / Jonas / Leipold vor § 402 Rdnr. 78.

[23] Friedrichs. S. 397; V. Hardenberg s. 125.

[24] V. Hardenberg s. 126.

[25] V. Hardenberg s. 117 vd.

[26] V. Hardenberg s. 12.

[27] V. Hardenberg s. 12. Aksi görüŖ için, bkz. : Karl Friedrichs, Privatgutachten (ZZP, C. 52 (1927), s. 394-399), s. 394.

B. ATANMALARI BAKIMINDAN

a) Atanma Usulü Bakımından

Mahkeme tarafından atanan bilirkişi ile uzman tanığın atanması farklı usullere tabidir. Mahkeme, resen ya da taraflardan birinin talebi üzerine bilirkişi atayabilir. Uzman tanık ise ancak taraf ya da taraflarca atanabilir. Mahkemenin, kendiliğinden uzman tanık mümkün değildir^[28]. Uzman tanığın daha sonra mahkemece bilirkişi olarak atanması mümkün müdür? Alman hukukunda bu soruya olumlu cevap verilmekte ve mahkemenin gerekli görmesi, karşı tarafın da rızasıyla uzman tanığın mahkemece bizzat bilirkişi olarak atanmasının mümkün olduğu kabul edilmektedir^[29]. Kanımızca, uzman tanığın bilirkişilik için kanunen aranan şartları taşıması durumunda Türk hukuku bakımından da aynı sonuca varılabilir.

b) Atanma Anı Bakımından

Mahkeme tarafından atanan bilirkişiye tahkikat aşamasında başvurulur. Uzman tanığa ise dava açılmadan önce ya da sonra başvurulması mümkündür.

C. VERDİKLERİ RAPORUN HUKUKİ NİTELİĞİ BAKIMINDAN

Mahkeme tarafından atanan bilirkişinin hazırlamış olduğu rapor takdirî bir delildir^[30]. Uzman tanığın raporu ise delil olmayıp, tarafın mahkemeye sunduğu yazılı belgeye bağlı beyanı, açıklaması niteliğindedir. Diğer deyişle uzman tanığın hazırlamış olduğu rapor delil değildir^[31]. Dolayısıyla uzman tanığın raporu, mahkemenin bizzat atadığı bilirkişinin hazırlamış olduğu rapor gibi değerlendirilmez. Hâkim, bu raporu, serbestçe takdir eder^[32].

D. REDDEDİLEBİLME İMKÂNININ MEVCUDİYETİ BAKIMINDAN

Hâkimler hakkındaki yasaklılık ve ret sebepleriyle ilgili kurallar, mahkeme tarafından atanan bilirkişiler bakımından da uygulanır. Ancak, bilirkişinin, aynı dava veya işte daha önceden tanık olarak dinlenmiş bulunması, bir ret sebebi teşkil etmez (HMK m. 272, I)^[33]. Buna karşılık taraf bilirkişileri için böyle bir imkân söz konusu değildir^[34]. Bunun sebebi, uzman tanık raporunun mahkeme tarafından

[28] V. Hardenberg s. 14.

[29] Friedrichs s. 395; V. Hardenberg s. 138.

[30] Baki Kuru / Ramazan Arslan / Ejder Yılmaz, Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı, 20. B., Ankara 2009, s. 386.

[31] Schreiber s. 733; von Hardenberg, s. 3, s. 59 vd. (Pekcanitez s. 398).

[32] Pekcanitez s. 398-399.

[33] Alman hukukunda bilirkişinin reddi bakımından bkz. v. Hardenberg s. 61 vd.

[34] Schlosser s. 509.

atanan bilirkişi raporundan farklı olarak “delil” sayılmamasıdır. Zira mahkemece atanan bilirkişinin raporunun tarafsız (objektif) olmasını sağlamak için Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nda öngörülen tedbirler uzman tanığın hazırladığı rapor için öngörülmemiştir. Bununla birlikte uzman tanığın tarafa olan yakınlığı, bilirkişinin verdiği rapora karşı bir itiraz olarak ileri sürülebilir ve bu husus raporun değerlendirilmesinde dikkate alınabilir^[35].

E. YEMİN ETME YÜKÜMLÜLÜĞÜ BAKIMINDAN

HMK m. 271, I, c. 1 uyarınca listelere kaydedilmiş kişiler arasından görevlendirilmiş olan bilirkişilere, 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 verilir. Bu hükmün konuluş nedeni, şüphesiz bilirkişinin rapor hazırlarken objektif ve tarafsız davranmasını sağlamaktır. Buna karşılık uzman tanık, ne tarafların bu yöndeki talebi üzerine ne de mahkeme tarafından resen yemin ettirilebilir. Hatta öğretilerde rapor alan tarafın uzman tanığa bir şekilde yemin ettirmesi durumunda dahi bu yeminin hiçbir hükmünün olmayacağı beyan edilmiştir^[36].

F. ATANAN BİLİRKİŞİ SAYISI BAKIMINDAN

Mahkeme tarafından atanacak bilirkişi sayısı kural olarak birdir. Fakat mahkemenin gerekçesini açıkça göstererek birden fazla kişiden oluşacak bir kurulun bilirkişi olarak görevlendirilmesi de kabul edilmiştir (HMK m. 267, I). Buna karşılık uzman tanık bakımından sayısal bir sınırlama söz konusu değildir.

[35] Pekcanitez s. 400. Uygulamada da taraf ile taraf bilirkişi arasındaki yakınlık, uzman tanığın sunmuş olduğu raporun kuşkuyla karşılanmasına yol açmaktadır. Bkz. Friedrichs s. 395; Bischoff s. 368-369. Yazar, taraf bilirkişi ile taraf arasındaki ilişkiyi doktor ile hastası arasındaki ilişkiye benzetmiş ve nasıl ki hasta, doktordan hastalığına ilişkin olarak arzusuna uygun bir değerlendirme bekliyor ise tarafın da seçmiş olduğu bilirkişiden benzer bir değerlendirme bekleyeceğini dile getirmiştir.

[36] V. Hardenberg s. 62-64 (Pekcanitez s. 400'den naklen).

G. BİLİRKİŞİ ÜCRETİNİN YARGILAMA GİDERİ OLARAK İSTENİP İSTENEMEMESİ BAKIMINDAN

Bilirkişiye, sarf etmiş olduğu emek ve mesaiyle orantılı bir ücret ile inceleme, ulaşım, konaklama ve diğer giderleri ödenir. Bu konuda, Adalet Bakanlığınca çıkarılacak ve her yıl güncellenecek olan tarife esas alınır (HMK m. 283). Bilirkişi gideri Kanun tarafından yargılama giderleri arasında sayılmıştır^[37]. Taraflardan biri bilirkişi incelemesi yaptırılmasını ister fakat bunun için gerekli gideri avans olarak verilen kesin süre içerisinde ne kendisi ne de karşı taraf yatırırsa bilirkişi incelemesinden vazgeçilmiş sayılır (HMK m. 324, I ve II). Buna karşılık hâkim tarafından resen bilirkişi incelemesine karar verirse 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 (HMK m. 325).

Uzman tanığın ücreti ise kural olarak onu çağıran taraf ile aralarında yaptıkları sözleşme uyarınca ödenir^[38] ve bu ücret yargılama giderleri içerisinde talep edilemez. Nitekim Tasarı'nın uzman tanığı düzenleyen 297. maddesinin gerekçesinde de uzman görüşü alan kişinin davada haklı çıkması halinde uzman kişinin ücretini yargılama giderleri içerisinde isteyemeyeceği dile getirilmiştir. Dava ekonomisi^[39] düşüncesiyle de tarafın sırf kendi görüşünü desteklemek için aldığı uzman tanık raporlarının yargılama giderleri içinde ödenmesinin mümkün olamayacağı kabul edilmektedir^[40]. Bununla birlikte gerek Alman yargı kararlarında^[41] gerekse öğretide^[42] kendisine karşı açılan bir davada, dava dilekçesine cevap verebilmek için tarafın uzman görüşü alması zorunlu ise bunun için ödediği ücreti davanın sonunda haklı çıkması durumunda yargılama giderleri içerisinde isteyebileceği dile getirilmiştir^[43]. Bu istisnai hallere şu örnekler verilebilir^[44].-Güç olgusal bir olayın dava konusu edilmesi durumunda davanın başarı ile sonuçlanması olasılığını

[37] Bkz. HMK m. 323, I/e.

[38] V. Hardenberg s. 15.

[39] Dava (usul) ekonomisi hakkında geniş bilgi için bkz. Ejder Yılmaz, Usul Ekonomisi (AÜHFD, 2008/1, s. 243-274), s. 243 vd.

[40] Pekcanitez s. 402. Buna karşılık ceza yargılamasında taraflarca seçilen uzman tanığın vermiş olduğu raporun olayın aydınlatılmasına katkıda bulunması durumunda ona verilecek tazminatın devlet tarafından karşılanacağı kabul edilmektedir. Bkz. Nurullah Kunter / Feridun Yenisey / Aysel Nuhoglu, Ceza Muhakemesi Hukuku, 16. B., İstanbul 2008, s. 652.

[41] OLG Koblenz JurBüro 1992, 611; OLG Karlsruhe JurBüro 1988, 1698 (Stein / Jonas / Bork § 91 Rdnr. 79'dan naklen).

[42] Pekcanitez s. 403.

[43] Karş. Ottheinz Käab, Privatgutachten des Anspruchsgegners-Privatsache? – Kostenerstattungsanprüche bei Privatgutachten (NZV 1996/2, s. 54-58), s. 58. Yazar, uzman tanık masrafının ancak istisnai olarak talep edilebileceğini ve bunun dayanağının da silahların eşitliği prensibi olduğunu dile getirdikten sonra, bu prensibin, özellikle mahkemenin bizzat tayin ettiği bilirkişinin raporuna karşı münasip bir iddia ya da savunmanın ancak uzman tanığa başvurulması ile mümkün olduğu hallerde önem taşıyacağını ifade etmiştir.

[44] Stein / Jonas / Bork § 91 Rdnr. 79.

anlayabilmek için uzman tanığa başvurulmuşsa. –Bir talebe karşı ileri sürülen bir iddia ya da savunmanın ancak uzman tanık raporu aracılığıyla yeterince gerekçelendirilebileceği hallerde. – Şayet ileride dava konusu edilebilecek talepler uzman bir tarafa karşı savunulmakta ise.

H. TARAFLARLA OLAN İLİŞKİSİ BAKIMINDAN

Mahkeme tarafından atanan bilirkişi ile taraflar arasındaki ilişkinin kamu hukukuna tâbi olduğu söylenebilir. Zira bilirkişiler, adli hizmetlerin ifasına ya da işleyişine katkı sağlamaya yönelik, asli, sürekli, kesintisiz ve kamu yararı temeline dayalı bir kamu görevi ifa etmektedirler^[45]. Diğer bir deyişle, mahkeme tarafından atanan bilirkişiler resmi bir kimliği bulunan kamu görevlisi sıfatına sahiptirler^[46].

Buna karşılık uzman tanık ile taraflar arasında özel hukuka ilişkin bir sözleşme vardır. Bu sözleşme, kural olarak, Borçlar Kanunu anlamında bir eser sözleşmesidir (TBK m. 470 vd.)^[47]. Uzman tanık, mahkeme tarafından atanan bilirkişiden farklı olarak karşı tarafa karşı sorumlu değildir. Bunun yanı sıra, TBK m. 475, I/1 hükmünden hareketle uzman tanığın hazırladığı raporun kabule zorlanamayacak kadar kusurlu veya sözleşme koşullarına aykırı olması durumunda tarafın o raporu kabulden kaçınabileceği ve uzman kişinin kusuru halinde tarafın zarar ve ziyan, yani tazminat isteyebileceği kabul edilmektedir^[48].

I. GÖREVİ KABUL ZORUNLULUĞU BAKIMINDAN

Mahkeme tarafından atanan bilirkişiler kural olarak bilirkişilik yapmak zorunda değildir. Buna karşılık, resmî bilirkişiler ile 268 inci maddede belirtilmiş bulunan listelerde yer almış olanlar, bilgisine başvurulacak konuyu bilmeksizin, meslek veya zanaatlarını icra etmesine olanak bulunmayanlar ile bilgisine başvurulacak konu hakkında, meslek veya sanat icrasına resmen yetkili kılınmış olanların bilirkişilik görevini kabule mecbur oldukları kabul edilmiştir (HMK m. 270, I). Uzman tanık ise tarafın bilirkişilik teklifini kabul etmek zorunda değildir. Sözleşme yapma özgürlüğü çerçevesinde kendisinden talep edilen konuda rapor hazırlamayı kabul veya reddedebilir^[49].

[45] Tanrıver s. 37.

[46] Tanrıver s. 44.

[47] Pekcanitez s. 403.

[48] Pekcanitez s. 403.

[49] Pekcanitez s. 404.

I. SORUMLULUKLARI BAKIMINDAN

Uzman tanığın sorumluluğu akdi bir sorumluluktur. Gerek Alman^[50] gerekse Türk hukukunda^[51] bu sorumluluğun kaynağı olarak eser sözleşmesi görülmektedir. Buna karşılık, HMK m. 285 uyarınca bilirkişinin kasten veya ağır ihmal suretiyle düzenlemiş olduğu gerçeğe aykırı raporun, mahkemece hükme esas alınması sebebiyle zarar görmüş olanlar, bu zararın tazmini için Devlete karşı tazminat davası açabilirler. Devlet ise ödediği tazminat için sorumlu bilirkişiye rücu eder. Şu halde uzman tanığın raporu hakkında açılacak dava bakımından davalı konumunda bulunan uzman tanık iken mahkeme tarafından atanan bilirkişinin vermiş olduğu rapordan dolayı dava açılması durumunda davalı tarafta Devlet bulunmaktadır.

J. HUKUKİ KONULARDA BAŞVURULUP BAŞVURULAMAMASI BAKIMINDAN

Mahkeme, çözümü hukuk dışında, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hâllerde, taraflardan birinin talebi üzerine yahut kendiliğinden, bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına karar verir. Hâkimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgiyle çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişiye başvurulamaz (HMK m. 266). Şu halde hâkimlerin hukuki konularda bilirkişiye başvurması kanuna açıkça aykırıdır. Bunun yanı sıra, gereği olmadığı halde bilirkişiye başvurulması lüzumsuz masrafa ve zaman kaybına yol açacağından dava ekonomisi ilkesinin (AY m. 141; HMK m. 30) de ihlali anlamına gelecektir^[52]. Buna karşılık 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun “uzman görüşü”nü düzenleyen 293. maddesi uyarınca tarafların iddia veya savunmalarını güçlendirmek amacıyla hukuki konularda uzman tanığa başvurabilecekleri açıkça düzenlenmiştir^[53].

[50] Baumbach / Lauterbach / Albers / Hartmann § 402 Rdnr. 24; Christian Rittner / Natascha Rittner, Unerlaubte DNA-Gutachten zur Feststellung der Abstammung-Eine rechtliche Grauzone (NJW 2002/24, s. 1745-1753), s. 1745.

[51] Pekcanitez s. 403.

[52] Hakan Pekcanitez / Oğuz Atalay / Muhammet Özkes, Medenî Usûl Hukuku, 9. B., Ankara 2010, s. 487.

[53] Pekcanitez s. 406-407.

KISALTMALAR CETVELİ

AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
B.	: Bası
BGH	: Bundesgerichtshof
BK	: Borçlar Kanunu
C.	: cilt
c.	: cümle
dn.	: dipnot
ff.	: und folgende
HUMK	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
JurBüro	: Das Juristische Büro
m.	: madde
NJW	: Neue Juristische Wochenschrift
NZV	: Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht
OLG	: Oberlandesgericht
ÖJZ	: Österreichische Juristenzeitung
Rdnr.	: Randnummer
s.	: sayfa
SGb	: Sozialgerichtsbarkeit
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
vd.	: ve devamı
YD	: Yargıtay Dergisi
ZZP	: Zeitschrift für Zivilprozessrecht

KAYNAKÇA

- Baki Kuru / Ramazan Arslan / Ejder Yılmaz, *Medeni Usûl Hukuku Ders Kitabı*, 20. B., Ankara 2009
- Christian Rittner / Natascha Rittner, *Unerlaubte DNA-Gutachten zur Feststellung der Abstammung-Eine rechtliche Grauzone* (NJW 2002/24, s. 1745-1753)
- Ejder Yılmaz, *Hukukumuzda Bilirkişilik Kurumu* (Yaklaşım Dergisi, 1996/42, s. 26-31)
- Ejder Yılmaz, *Usûl Ekonomisi* (AÜHFD, 2008/1, s. 243-274)
- Friedrich Lent, *Zur Abgrenzung des Sachverständigen vom Zeugen im Zivilprozeß* (ZFP, C. 60 (1936/1937), s. 9-48)
- Hakan Pekcanitez / Oğuz Atalay / Muhammet Özokes, *Medeni Usûl Hukuku*, 9. B., Ankara 2010
- Hakan Pekcanitez, *Özel Uzman (Bilirkişi) Görüşü ve Değerlendirilmesi* (Prof. Dr. Saim Üstündağ'a Armağan, Ankara 2009, s. 397-418)
- Hans W. Fasching / Andreas Konecny, *Kommentar zur Zivilprozessgesetzen*, 3. C., 2. B., Manz 2004
- Hans W. Fasching, *Zivilprozessrecht, Lehr-und Handbuch*, 2. B., Wien 1990
- Hans-Joachim Musielak, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 7. B., München 2009
- Karl Friedrichs, *Privatgutachten* (ZFP, C. 52 (1927), s. 394-399)
- Kemal Oğuz Şengün, *Bilirkişinin Sorumluluğu ve Sonuçları* (AD, 1967/7, s. 456-463)
- Kemalettin Yüksel, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Hakkındaki İncelemeler* (Bankacılar Dergisi, 2008/67, s. 94-110)
- Klaus Schreiber, *Die Werwertung von Privatgutachten im Zivilprozess* (Festschrift für Heinrich Wilhelm Kruse zum 70. Geburtstag, Köln 2001, s. 721-733)
- Leo Rosenberg / Karl Heinz Schwab / Peter Gottwald, *Zivilprozessrecht*, 16. B., München 2004
- Muhammet Özokes, *Medeni Usûl Hukukunda Hukukî Dinlenilme Hakkı*, Ankara 2003
- Nurullah Kunter / Feridun Yenisey / Ayşe Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 16. B., İstanbul 2008
- Ottheinz Käab, *Privatgutachten des Anspruchsgegners-Privatsache? Kostenerstattungsansprüche bei Privatgutachten* (NZV 1996/2, s. 54-58)
- Peter F. Schlosser, *Spontan präsentierte Zeugen und (Privat-)Gutachten nach deutschem und österreichischem Recht* (Festschrift für Walter H. Rechtsberger zum 60. Geburtstag, s. 497-511)
- Ramazan Arslan, *Bilirkişilik Uygulaması ve Bu Uygulamaya Yargıtay'ın Etkisi* (YD 1989/4, s. 156-183)
- Rüdiger Graf von Hardenberg, *Das Privatgutachten im Zivilprozess-unter Berücksichtigung der Rechtslage im Strafprozess*, 1975
- Selçuk Öztekin, *Tanık, Bilirkişi İncelemesi, Keşif, Uzman Görüşü* (Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nın Getirdiği Yenilikler ve Bu Yeniliklerin Değerlendirilmesi, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul 2008, s. 179-188)
- Sinan Kocaoğlu, *Türk Ceza Muhakemesi Sisteminde Silahların Eşitliği İlkesini Gerçekleştirebilmek İçin Bir Reform Önerisi* (TBB 2011/1, s. 238-286)
- Stein / Jonas, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, C. 5, 22. B., Tübingen 2006
- Süha Tanrıver, *Bilirkişinin Hukukî Statüsü, Yükümlülükleri, Yetkileri ve Sorumluluğu*, Ankara 2002
- Thomas Rauscher / Peter Wax / Joachim Wenzel, *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 3. B., München 2008
- Walter H. Rechberger / Daphne-Ariane Simotta, *Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts*, 6. B., Wien 2003
- Werner Bischoff, *Das Privatgutachten und seine Bewertung* (SGb, 17 (1970), s. 367-369)
- Yavuz Alangoya / Kamil Yıldırım / Nevhis Deren-Yıldırım, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı-Değerlendirme ve Öneriler*, İstanbul 2006
- Yavuz Alangoya / Kamil Yıldırım / Nevhis Deren-Yıldırım, *Medeni Usûl Hukuku Esasları*, 7. B., İstanbul 2009