

^HANGLO-AMERİKAN VE FRANSIZ HUKUKLARINDA BİLİRKİŞİLİK KURUMUNA GENEL BAKIŞ

*Arş. Gör. Fulya TEOMETE YALABIK**

GİRİŞ

Bilirkişilik kurumunun kökeni çok eskilere dayanmaktadır. Teknolojik ve sosyo-ekonomik değişimler doğrultusunda bilirkişilik kurumuna verilen dikkat ve önem de artmıştır. Türk hukukunda olduğu üzere, Anglo-Amerikan ve Fransız hukuklarında da yargılamanın uzun sürmesi ve yargılama masraflarının fazla olması eleştirilen önemli hususlardandır. Bilirkişi müessesesi aksayan, geciken adaletin ve fazla masrafların en önemli sebeplerinden biri olarak gösterilmektedir. Sorunlu olan bu önemli kuruma yönelik olarak hukuk sistemlerinde oluşturulan çeşitli çözüm önerileri, yeni yöntem ve türlerin uygulanmaya başlamasını sağlamıştır.

I. BİLİRKİŞİLİK KURUMUNUN TARİHİ GELİŞİMİ VE HUKUKİ NİTELİĞİ

A. Bilirkişilik Kurumunun Tarihi Gelişimi

Bilirkişilik kurumuna olan ihtiyaç sadece günümüze özgü değildir. Bilinen en eski kanun olan Hammurabi Yasalarında, bilirkişilik kurumuna ilişkin herhangi bir hususa değinilmemiş olsa da, Mısırlıların Mezopotamya'da tıbbi ve kliniksel vakıalara yönelik olarak bilirkişiye başvurdukları bilinmektedir¹.

^H Hakem incelemesinden geçmiştir.

^{*} Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı, Galatasaray Üniversitesi Özel Hukuk Programı Doktora Öğrencisi

¹ Robert F. Taylor, A Comparative Study of Expert Testimony In France and The United States: Philosophical Underpinnings, History, Practice And Procedure, Texas International Law Journal, vol. 31, 1996, s. 184.

Fransız ihtilalinden önceki hukuk sisteminden (*ancient law*), 21. yüzyıla kadar, özellikle gebelik ve nesep sorunlarında, hem medeni hem de kamu hukukuna ilişkin yargılamalarda bilirkişi incelemesine başvurulmuştur. Örneğin, 1353'te cerrahlar müessir fiil sonucu yaralanmış bir kişinin ne oranda yaralandığına ilişkin hem hukuksal hem de vakıasal sorunlarla uğraşmışlardır. 15. yüzyılda ise dilbilgisi uzmanları Latince bir sözcüğün anlamına ilişkin olarak araştırmalar yapmaya başlamışlardır. İşte bu ilk zamanlarda, bilirkişiler mahkemenin asistanları olarak addedilmişlerdi. 17. yüzyılla birlikte bilirkişiler, sadece “tanık” (*witness*) olarak anılmakta idi. Yani sadece bizzat tanık oldukları olay ve durumları belirtebilmekteydiler. 18. yüzyıl ile birlikte ise yaptıkları tanıklık “*opinion testimony*”; yani görüşlerini de bildiren tanıklığı ifade eden bir anlama sahip olmuş ve böylece bilirkişiliğin kapsamı genişlemiştir². Böylelikle mahkemeye yardım eden bu uzmanlar, artık sadece teknik bir kişi olmamakta, belirli bir konuda özel bilgi birikimine sahip kişilerin görüş bildirdiği bilirkişilik geniş bir kavram haline gelmiş olmaktadır.

Amerikan hukukunda, mahkemelerin, kavram olarak bilirkişi (*expert witness*) kelimesini kullanmadığı zamanlarda bile belirli konularda uzmanlaşmış (*specialized*) kişilerin duruşmalarda yer alması söz konusu olmuştur. Bu doğrultuda, orta çağ boyunca (ve Salem cadı duruşmaları dönemlerinde³), gerçeğin tespiti (*truth-detecting*) için batıl inanç testleri ve hayali kanıtlar kullanılmıştır. Bu dönemde, örneğin suçlanan kişinin sıcak demir çubukları (*red-hot iron bar*) ellerinde tutması sağlanmakta ve eğer elleri yanarsa suçsuz kabul edileceği; eğer elleri yanmazsa suçlu kabul edileceği

² Jack B. **Weinstein**, *Improving Expert Testimony*, University of Richmond Law Review, vol. 20, 1985-1986, s. 474.

³ Kısaca “Salem cadı duruşmaları”, ABD eyalet mahkemelerinde görülen bir seri duruşmaya verilen isimdir. Bu duruşmalarda, büyücülük (*witchcraft*) yapmakla suçlanan kişiler yargılanmıştır. Bu davalar 1692 ve 1693 yılları arasında görülmüştür. Bu davaların ilk görüldüğü yer Salem köyleri olduğu için bu isimle adlandırılmaktadır, ayrıntılı bilgi için bkz. Richard H. **Underwood**, *Truth Verifiers: From The Hot Iron To The Lie Detector*, Kentucky Law Journal, vol. 84, 1995-1996, s. 597 vd.

şeklinde açıklayabileceğimiz hurafelere dayalı yöntemler uygulanmakta idi⁴. “*Salem witch trials*” denilen bu dönem hiç de hafife alınmaması gereken ve bu dönemin bilirkişilik örneklerini gördükten sonra mevcut bilirkişi sisteminin büyük bir gelişim yaşadığı sonucuna varabileceğimiz bir dönemdir.

Güvenilir olmayan bilirkişi tanıklığının, bilirkişi tanıklığının hiç var olmamasından daha kötü olacağı görüşünden hareketle, mahkemeler 18. yüzyılın başlarında, güvenilirliğin başlıca özellik olduğunu belirtmişlerdir⁵. Buna ilişkin ilk teori Amerika Birleşik Devletleri’nde (ABD) şu Latin sözleri ile ifade edilmiştir: “*cuique in sua arte credendum est*”⁶; yani “ her bir kişiye kendi uzmanlık alanı ile ilgili olarak inanılması gerekir”⁷.

Mahkemelere bilirkişi deliline ilişkin olarak kabul edilebilir/güvenilir kararlar oluşturmaları için yol gösteren temel prensipler zamanla gelişme göstermiştir. İşkence ile sorgulama (*ordeal*) yapılan dönemlerdeki davalarda, güvenilirliğin belirlenmesi meselesi Tanrı’nın suçlu ya da suçsuzun belirlenmesinde müdahil olacağı inancıyla, tanrısal güçlere (*deity*) havale edilmekteydi⁸. *Frye v. United States*⁹ olarak adlandırılan karar ile birlikte, bu sorumluluk bilim adamlarının genel kabulüne bırakılmakta; *Daubert v. Merrel Dow Pharmaceuticals Inc.*¹⁰ kararı ile birlikte hakimin omuzlarına yüklenmekte idi¹¹.

⁴ Elizabeth L. **DeCoux**, The Admission Of Unreliable Expert Testimony Offered By The Prosecution: What’s Wrong With Daubert And How To Make It Right, Utah Law Review, vol. 2007, 2007, s. 136.

⁵ **DeCoux**, s. 140.

⁶ *Corning v. Burden*, 56 U.S (15 How.) 252, 270 (1854); *Ten Hogsheads of Rum*, 23 F. Cas. 846, 847 (C.C.D Mass. 1812) (No. 13, 830).

⁷ “*Each person is to be believed with regard to his own speciality*”.

⁸ **DeCoux**, s. 146.

⁹ 293 F. 1013 (D.C circuit 1923).

¹⁰ *Daubert v. Merrel Dow Pharmaceuticals Inc.* 509 U.S 579 (1993).

¹¹ 1993 tarihli *Daubert* kararı, Amerikan hukuku bakımından önem taşımaktadır. Bu davada, mahkeme davayı gören mahkemenin adeta bir bekçi (*gatekeeper*) gibi, bilirkişi tarafından sunulan görüşün güvenilirliğini belirlemek zorunda olduğuna dair bir karar vermiştir. Bu karar federal hakimler için bir dönüm noktası olmuş ve önlerine gelen her bilirkişi tanıklığında iki yönlü bir inceleme yapmaya başlamışlardır: 1- Bilirkişi tanıklığının güvenilir bir temele dayalı olup olmadığı ve 2- Denetlenen güvenilirliğin bilirki-

Bilirkişiliğin eski bir “mahkeme fenomeni”¹² olduğu çok açıktır. Özellikle *Frye v. United States; Daubert v. Merrel Dow Pharmaceuticals Inc*¹³ ve *General Electric Co. v. Joiner ve Kumho Tire Co. v. Carmichael*¹⁴ davaları bilirkişilik kurumunun gelişimine ışık tutan kararlar olmaları nedeniyle incelenmesi gereken önemli davalardır. Bu kararlar ABD mahkemelerinde bilirkişi tanıklığının güvenilirliğine ilişkin kilometre taşları olarak addedilmişlerdir¹⁵. Şöyle ki, *Daubert, General Electric ve Kumho* davaları, Yüksek Mahkeme üçlemesi (*The Supreme court trilogy*) olarak da anılmaktadır¹⁶.

Fransız hukukunda da, bilirkişilik kurumunun uzun ve renkli bir tarihi vardır. İlk olarak Kral IX. Louis döneminde, 1667 tarihli Fermana (*ordonnance*) bilirkişi raporu kabul edilmiştir. Fermana göre, bilirkişiler toplumda yüksek bir statüye sahip olmakta ve 18. yüzyılda ise babadan oğula geçen kalıtsal bir hal almaktadır. Bu durum bilirkişilik kurumunun kötüye kullanılmasına ve bilirkişilerin sahip olduğu kudretli statünün itibar kaybetmesine neden olmuştur¹⁷.

Fransız Devrimi, Fransız mahkemelerine yönelik olarak birçok yeni hükmün hukuka dahil edilmesine katkı sağlamıştır¹⁸. İşte tam bu dönemde, Fransız hukuku öncelikle hâkimlere bilirkişi seçme imkanını tanımıştır. Ayrıca, bu dönemde bilirkişilerin tıbbi uyuşmazlıklarda görev almaları için doktorluk diplomasına veya cerrahi diplomalara (*doctoral or surgical diplomas*) sahip olması zorunluluğunu getiren kurallar benimsenmiştir. Bilirkişilik kurumuna ilişkin kurallar Napolyon Kanununa dayanmaktadır. Bu kurallar neredeyse yüz elli yıl aynı kalmıştır. Bu kanunda yapılan köklü

şinin vardığı sonuca yönelik olmayıp, kullandığı prensipler ve metodoloji açısından olduğu dikkate alınmıştır.

¹² M. Neil **Browne**/Carrie L. **Williamson**/Linda L. **Barkacs**, The Perspectival Nature Of Expert Testimony In The United States, England, Korea, and France, Connecticut Journal of International Law, vol. 18, 2002, s. 55.

¹³ Çalışma boyunca *Daubert* olarak adlandırılacaktır.

¹⁴ Çalışma boyunca *Kumho* olarak adlandırılacaktır.

¹⁵ **DeCoux**, s. 141.

¹⁶ Age Of Expert Testimony: Science In The Courtroom: Report Of A Workshop, Science Technology And Law Panel, National Resaearch Council, Washington 2002, s. 5 vd.

¹⁷ **Taylor**, s. 190.

¹⁸ **Taylor**, s. 190.

değişiklikler 1944 yılı itibariyledir ve 15 Temmuz 1944 tarihli kanun ile birlikte, bilirkişilik uygulaması sadece mahkemenin teknik bilgi yeterliliğinin üzerindeki hallerde mümkün hale gelmiştir (madde 302). Bu kurallarsa 1970 yılında yeniden düzenlenmiştir.

Teknolojinin getirdiği köklü değişiklikler, birçok Avrupa ülkesindeki ve Amerika'daki adli bilirkişilik kurumunu önemli ölçüde etkilemiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihatlarının bu konuda millî hukuklara yapmış olduğu etki de yadsınamaz¹⁹. Uluslararası anlamda bir mukayese yapıldığında ise hukuk sistemleri birbirinden farklı birçok ülkede aynı sorunlarla karşılaştığı sonucuna varabiliriz: Bilirkişi delilinin güvenilirliğinin nasıl garantilenebileceği, bilirkişilerin yeterliliği, yargılamada bilirkişi-hakimin hukuki statüsü gibi sorunlar söz konusu olmaktadır.

B. Bilirkişilik Kurumunun Hukuki Niteliği

Anglo-Amerikan hukuk sisteminde, bilirkişi “tanık” delili niteliğinde sayılmaktadır. Hatta, Anglo-Amerikan hukukunda bilirkişilik “*expert witness*”; yani uzman tanıklık olarak anılarak bilirkişilik kurumu tanık delili kavramı içinde incelenmektedir²⁰. Anglo-Amerikan ispat hukukunda bilirkişinin yargılamadaki konumu hakimden çok, davanın taraflarına yakındır²¹. Her ne kadar bilirkişi özel bir bilimsel veya teknik bilgiye sahip olsa ve bu yönü ile mahkemeye yardımcı olma işlevini taşısa da, bu durum Anglo-Amerikan hukukunda bilirkişiyi “hakim yardımcısı” konumuna yükseltmemektedir²². Buna karşılık, Türk hukukunda, yargılama usulü içindeki işlevi bakımından bilirkişiler, taraf delili olmaktan çok “hakim yardımcısı” konu-

¹⁹ Olivier **Leclerc**, Les Réformes Du Droit de l'Expertise, Revue Experts, n.71, juin 2006, s. 12.

²⁰ Nevzat **Gürelli**, Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik, İstanbul 1967, s. 9. Biz çalışmamızda bütünlük sağlanması amacıyla ve özellikle HMK'ya getirilen “uzman görüşü” kurumu ile karıştırılmaması amacıyla Anglo Amerikan hukukunda görülen uzman tanıklığı kavramını (*expert witness*), hukukumuzdaki adı olan “bilirkişilik” olarak adlandıracağız.

²¹ Ali Cem **Budak**, Anglo Amerikan Medeni Yargılama Hukukunda Bilirkişilik (Uzman Tanıklar), İstanbul Barosu Dergisi, 1991, sayı 10-12, s. 828.

²² **Budak**, s. 835.

mundadır²³. Buna gerekçe olarak, bilirkişi tayininin hakimnin takdirinde olması, bilirkişinin de hakim gibi tarafsız olması gerektiği ve bilirkişi ile mahkeme arasındaki ilişkinin özel hukuka değil de, kamu hukukuna tabi olması gösterilmektedir²⁴.

Bilirkişilik müessesesi, tanık deliline ilişkin en önemli kural niteliğindeki “tanık görüş beyan edemez” kuralına istisna teşkil etmektedir²⁵. Anglo-Amerikan hukukunda tanıkla ispat hususunda geçerli olan genel kurala göre, tanıkların görüşlerini bildirmesi yasakken, sadece vakıaları beyan etmelerine izin verilmektedir²⁶.

İngiliz ispat hukukunun gelişiminin başlangıcında, bilirkişi tanıklığının kullanımına ilişkin çok az kural mevcuttu ve bunun sonucu olarak da İngiliz hukukunda bilirkişilik, uygulamayla gelişen bir müessese olmuştur. Aslında bilirkişi tanıklığının İngiltere’deki görünümü, Kıta Avrupa’ında kullanılan yöntemlerle benzerlik göstermektedir²⁷. İngiliz hakimleri başlangıçta, uzmanlık gerektiren konularda jüriden mahkemeyi hukuken bilgilendirmelerini talep ederdi; ancak daha sonra bilirkişiler doğrudan hakimlere tanıklık etmeye başladı ve jüri üyeleri de bizzat delillerin değerini ölçmek üzere görevlendirildi. İşte jüri sisteminin gelişme gösterdiği bu erken dönemde mahkemeler, uzman bilgisini iki şekilde kullanmaktaydı: Başlangıçta mahkeme, mahkeme dışından, deneyimlerine dayanarak teknik sorunları belirleyebilen jüri üyesi seçmekteydi. Bunlara “*expert juries*”; yani uzman jüriler denilmekte idi. İkinci olarak da, mahkeme, teknik sorunları çözmeye yardımcı olmak üzere nitelikli kişileri mahkemeye davet etmekteydi. Bunlara da

²³ Kamil Yıldırım, Bilirkişi Delilin Mukayeseli Hukuk ve Türk Hukukundaki Durumu, 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara 2004, s. 841.

²⁴ Hakan Pekantez/Oğuz Atalay/Muhammet Özekes, Hukuk Muhakemeleri Kanununa Göre Medeni Usul Hukuku, Ankara 2013, s. 780.

²⁵ Mücahit Tanverdi, Medeni Usul Hukukunda Bilirkişilik, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 1991, s. 25.

²⁶ Ancak tanığın bildirmiş olduğu görüş, vakılara ilişkin gözleminin, herkes tarafından varılabilecek basit bir sonucunun günlük dilde ifadesinden oluşuyorsa kabul edilebilir bir tanıklık söz konusu olabilecektir, İngiliz hukukunda İspat Kanunu (*Civil Evidence Act*) 1972 ve Amerikan hukukunda İspata İlişkin Federal Kurallar’ın (*Federal Rules of Evidence*) 701. maddesinde kaynağını bulmaktadır.

²⁷ Taylor, s. 186.

“*expert witness*”; yani uzman tanık denilmekte idi. Zamanla, uzman tanıkların kullanımı, uzman jürilerin²⁸ kullanımını gölgede bırakmıştır.

Fransız hukukunda bilirkişi, adalet yardımcısı (*auxiliaire de justice*) olarak kabul edilmektedir. Çünkü bilirkişi ne tarafların vekili, ne de görevlisidir. Aksine kamunun geçici olarak görevlendirdiği bir elemandır. Bilirkişi, yargılama süreci içinde hakimin yardımcısı (*l'assistant du juge*) konumundadır ve hakimin asli görevi olan yargılama alanına (*juger*) girmesi yasaklanmıştır. Bununla birlikte, Fransız içtihadına göre²⁹ bilirkişilik kurumuna, yargıya zaman zaman kamu hizmeti olarak katkıda bulunan bir nitelik (*collaborateur occasionnel du service public de la justice*) verilmiştir. Ayrıca, içtihata göre, bilirkişiler her ne kadar adalet yardımcısı olarak kabul edilmekteyse de, haklarında *Code de Procédure Civile* (CPC) madde 47³⁰, de düzenlenen adalet yardımcılarının ilişkin düzenlemenin de uygulanması

²⁸ En basit şekliyle, çalışmamızın alanını genişletmeden belirtmek gerekirse, Anglo-Amerikan hukukunda jüri, deliller üzerinde düşünüp, müzakere eden ve davanın temel vakıalarının neler olduğuna; diğer bir deyişle davanın vakıalarının fiili olarak neler olduğuna karar veren bir organdır, *Juries Act 1974*. Hakim ise, ilgili hukuk (*relevant law*) konusunda jüriyi yönlendirmekte ve sonrasında jürinin bulunduğu vakıalara hukuku uygulamakta ve nihai bir karara varmaktadır. Eğer görülen dava ceza davası ise, jüri suçluluğa ilişkin bir hüküm verecek; hakim de uygun mahkumiyete (*sentence*) karar verecektir, Catherine **Elliot**/Frances **Quinn**, *English Legal System*, 2002, s. 153. Hukuk davalarında ise, jüri ne kadar tazminata hak kazanıldığına karar verecektir. Mevcut İngiliz hukuk sisteminde, % 1'den daha az sayıdaki hukuk davalarında, dava jüri tarafından görülmektedir. The 1981 tarihli Supreme Court Act'e göre, hukuk davalarında, jürili yargılama dört tür davada görülmektedir: 1- Hakaret ve iftira (*libel and slander*), 2- Haklı nedene dayanmayan kovuşturma (*malicious prosecution*), 3- Haksız tutukluluk (*false imprisonment*), 4- Hile (*fraud*).

²⁹ Cass. Civ. 1., 21 décembre 1987, Guihaume, D. 1988, jur., p. 578, note T. Moussa; Gaz.Pal., 1988, 1, p. 149, somm. M.Sellon et M. Caratini; RTD civ., 1988, p. 397, obs. R. Perrot; Cass. Civ. 1., 14 février 1989, Bull. Civ. 1, n. 81; Cass. Civ. 1., 4 juin 1991, Bull. Civ. 1, n. 183. Comp. en matière administrative: CE., 26 décembre 1971, Aragon Rec., p. 172; AJDA, 1971, p.156, chron. D. Labetoulle et P. Cabanes.

³⁰ Maddeye göre adalet yardımcıları: yargının idaresinde temel ve olağan anlamda katkıyı sağlayan ve bunu meslek olarak yapan kişilerdir. “*Un auxiliaire de justice est celui qui, par profession, concourt de manière principale et habituelle à l'administration de la justice.*” Paris, 16 juin 1987: D.1987. IR 172.

reddedilmiştir³¹. Fransız hukukunda bilirkişinin hangi yöntemlerle çalışacağı düzenlenmiştir. Fransa’da bilirkişi ve hakimin birlikte çalışması esas kabul edilmektedir. Hakim açıkça bilirkişiye başvurma nedenlerini ve bilirkişinin hangi konularda inceleme yapacağını belirtmelidir³². Hakim gerekli gördüğü durumlarda bilirkişiye yardım etmelidir³³. Hakim, aynı zamanda tarafların bilirkişi ile işbirliği içinde belgelerin sağlanması ve bilirkişi ile görüşülmesini teminat altına almıştır. Anglo- Amerikan hukukundan farklı olarak, son sözü hakim söyler; yani esas karar mekanizması hakimdir. Bilirkişiler sadece hakimin karar vermesi için yol göstericidirler; yani bilirkişi raporunun hakim açısından bir bağlayıcılığı yoktur. Bilirkişiler asla, olaylara söz konusu davanın hakimi gibi yasal hükümler uygulayarak sonuçlara varmazlar (*finding of law*)³⁴.

II. BİLİRKİŞİLİK KURUMUNUN HUKUKİ DAYANAKLARI

Türk hukukunda, bilirkişiliğe ilişkin düzenlemelere Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun beşinci bölümünde “bilirkişi incelemesi” başlığı altında, 266-287. maddeler arasındaki hükümlerde yer verilmiştir.

Fransız hukukunda, bilirkişilik müessesesine ilişkin hükümler Fransız Medeni Usul Kanunu’nda (*Code de Procedure Civil Français*), beşinci bölüm, 232-284. maddeler arasındaki hükümlerde düzenlenmiştir.

Bilirkişi deliline ilişkin kurallar önceleri Anglo-Amerikan hukukunda, içtihatlarla oluşturulmuş; fakat 70’li yıllardan itibaren konunun yasal düzenlemelere bağlanması ihtiyacı doğmuştur. Bu nedenle Amerikan hukukunda, 1973 yılında Federal Mahkeme tarafından hazırlanan İspata İlişkin Federal Kurallar (*Federal Rules of Evidence-FRE*) 1975 yılında yasalaştırılmış ve yürürlüğe girmiştir. İspata İlişkin Federal Kurallar 701-706. maddeler arasında bilirkişilik müessesesine ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. Ayrıca,

³¹ “Adli bilirkişi CPC’nin 47. maddesi anlamında adalet yardımcısı değildir.” “*L’expert judiciaire n’est pas un auxiliaire de justice au sens de l’article 47 CPC*”: Civ. 2., 7 mai 1980, Bull. Civ. II. n.98.; Gaz. Pal. 1981.1.38, note Viatte.

³² CPC madde 265.

³³ CPC madde 179, 236, 243, 269, 273-275.

³⁴ CPC madde 238: «...ne doit jamais porter d’appréciations d’ordre juridique.»

İspata İlişkin Federal Kuralların yürürlüğe girmesinden sonra bilirkişilik uygulamasına yönelik olarak önemli kararlar verilmiştir³⁵.

İngiliz hukukunda, bilirkişilik müessesesine ilişkin olarak, 1999 yılında yürürlüğe giren Medeni Usul Kuralları (*Civil Procedure Rules-CPR*) ve buna ek olarak 2005 yılında, Hukuk Davalarında Bilirkişilerin İfade Vermelerine Yönelik Bilgilendirme Protokolü (*The Protocol for the Instruction of Experts to Give Evidence in Civil Claims*) CPR'ye ek olarak uygulanmaktadır. Ayrıca 1972 tarihli Civil Evidence Act da bilirkişiliğe ilişkin asgari düzeyde hükümler³⁶ ihtiva etmektedir.

III. BİLİRKİŞİ ÇEŞİTLERİ

A. Taraf Bilirkişisi (*Party Expert*) ve Mahkeme Tarafından Atanan Bilirkişi (*Court-appointed Expert*)

1. Taraf Bilirkişisi

Anglo-Amerikan hukukunda bilirkişilik kurumunu temel olarak ikiye ayırabiliriz. Bunlardan ilk akla gelen ve yaygın olarak uygulanan taraf bilirkişisidir (*party expert*). Taraf bilirkişisi, Anglo-Amerikan hukukunda ağır bir şekilde eleştirilmiştir³⁷. Eleştirilerin en önemli sebepleri, bilirkişi görüşlerinin neredeyse taraflarca oluşturulması; yani taraflı olması; bununla bağlantılı olarak bilirkişi ücretlerinin de taraflarca ödenmesidir. Hatta bir nevi “bilirkişilik endüstrisi” nin oluştuğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Şöyle ki, taraflarca atanan bilirkişiler, taraf vekilleri tarafından adeta kendi iddialarını doğrulamak üzere bir “bilirkişi dükkanı” ndan kiralanmakta, özellikle dava hakkında zayıf bir konuma sahip iken, bu bilirkişi sayesinde güçlü bir konuma gelinebilmektedir³⁸. Bilirkişi görüşlerinin tarafsız ve bağımsız olması sorgu ve çapraz sorgu (*cross examination*) yöntemleriyle

³⁵ *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc (Daubert); General Electric Co. v. Joiner ve Kumho Tire Co. v. Carmichael (Kumho)*.

³⁶ Madde 2, 3 ve 4'te.

³⁷ Anthony Champagne/Danny Easterling/Daniel W. Shuman/Alan Tomkins/Elizabeth Whitaker, Are Court-appointed Experts The Solution To The Problems Of Expert Testimony, *Judicature*, vol. 84/4, January-February 2001, s. 178 vd.

³⁸ Champagne/Easterling/Shuman/Tomkins/Whitaker, s. 181.

sağlanmaya çalışılmakta; fakat bu yöntemler de yetersiz kalmaktadır³⁹. Durum o kadar yokuşa sürülmektedir ki, yargılama adeta bilirkişiler savaşı şekline dönüşmekte ve bu doğrultuda çapraz sorgunun psikolojik baskısına dayanabilen ve ikna yeteneği üstün olan tarafın davada başarı sağladığı görülmektedir⁴⁰. Hatta, sık sık taraflı görüş yansıttığı ileri sürülen avukatlara yönelik olarak kullanılan “*hired-gun*”; yani kiralık tabanca lakabı, avukatlara yardım eden bilirkişilere yönelik olarak da, onların da taraflı davranması endişesiyle, zaman zaman kullanılmaktadır⁴¹.

2. Mahkeme Tarafından Atanan Bilirkişi

a. Amerikan Hukukunda

Yukarıda açıkladığımız taraf bilirkişiliğine yönelik olumsuz eleştiriler, tıpkı Türk hukukunda olduğu gibi ABD’de de bilirkişilik sisteminin eksiklerini giderebilmek amacıyla çözüm arayışlarına girişilmesine neden olmuş ve bu doğrultuda bazı reformlar gerçekleştirilmiştir. Bunlardan en önemlisi

³⁹ Amerikan hukukunda, çapraz sorgu yönteminin de kötüye kullanıldığından yakınılmaktadır. Şöyle ki, farazi bir duruşma gerçekleştirilerek çapraz sorgunun bilirkişi delili üzerindeki etkileri araştırılmıştır. Bu teste, çapraz sorgu sırasında bilirkişinin bilimsel çalışması hasım vekili tarafından küstahça eleştirilmiştir. Bu şekilde hileli bir sorgulama sonunda jüri, bilirkişinin oluşturduğu çalışmanın güvenilirliğine ilişkin olarak olumsuz etkilenmiştir. Dolayısıyla bu test sonucunda, hileli çapraz sorgu teknikleriyle, bilirkişi delilinin güvenilirliğini etkilemenin kolay olduğu ortaya çıkmıştır. Hatta çapraz sorgu, güvenilmezliğinden ötürü “*dirty trick*” yani “üçkağıtçılık” olarak adlandırılmaktadır, Andrew W. **Jurs**, Balancing Legal Process With Scientific Expertise: A Comparative Assessment Of Expert Witness Methodology In Five Nations, And Suggestions For Reform Of Post-Daubert U.S Reliability Determinations, http://works.bepress.com/andrew_jurs/4 (çevrimiçi 10.11.2011), s. 11-13.

⁴⁰ Ertan **Demirkapı**, Anglo-Amerikan Hukukunda Bilirkişilik Kurumunda Yeni Eğilimler, DEÜHFD, 2003, sayı 2, cilt 5, s. 51-52.

⁴¹ David **Kinley**/Alan **Rose**, The Quest For The Truth: A Comparative Analysis Of The Role Of Experts In Litigation, Australian Journal of Forensic Sciences, vol. 31/1, 1999, s. 6. Amerikalı akademisyen ve avukat John Langbein şu benzetmeyi örnek vermiştir: “Bilirkişi Amerikan Barosunun bir üyesi olarak bir saksafona benzemektedir, melodi belki saksafondan çıkmaktadır; fakat onu çalan avukattır”, John H. **Langbein**, The German Advantage In Civil Procedure, University of Chicago Law Review, vol. 52, 1985, s. 823.

“*court appointed expert*⁴²” olarak anılan mahkeme tarafından atanan bilirkişilik sisteminin oluşturulmasıdır. Fakat mahkeme tarafından atanan bilirkişiler, taraf avukatları tarafından pek benimsenmemektedir. Çünkü onlar açısından “gerçek bilirkişi” “onların tarafı lehine çalışan kişidir⁴³”. Bilirkişiler mahkeme tarafından atandığı zaman, avukatlar bilirkişiler üzerinde kurdukları kontrolü kaybetmiş olmaktadır. Örneğin, bilirkişinin mahkeme tarafından atanması halinde, avukatın bilirkişi ile davadan önce iletişim kurma olanağı azalacağından, hatta ortadan kalkacağından, avukat dava sırasında bir sürprizle karşılaşmaktan çekinmektedir. Ayrıca, avukatlar taraf bilirkişiliğinde olduğu gibi, bilirkişiyi çapraz sorgu için de önceden hazırlayamamaktadırlar. Hakimler ise mahkeme tarafından atanan bilirkişiliği nesnelliği desteklemesi açısından önemli bir başarı olarak değerlendirmektedir.

Genel olarak, mahkeme tarafından atanan bilirkişi sisteminin ABD’de tercih edilmemesinin sebeplerini şöyle sıralayabiliriz⁴⁴: 1- Hakimler bu sistemi çok istisnai olarak görmekteler ve çok nadir olarak vakıaların ve delillerin taraflarca getirilmesi ilkesinin (*adversarial system*) başarı gösteremediği bazı davalar için uygun görmekteler; 2- Taraflar bu sistemi tercih etmemekteler, genellikle de bilirkişinin seçimi konusunda aday göstermemekteler; 3- Aslında elverişli bir “*court-appointed*” sistem için duruşmadan çok önce bu ihtiyacın farkına varılıp harekete geçilmesi gereklidir. İşte bu ihtiyacın hemen duruşma yapılmadan az bir süre zarfında farkına varılması, mahkeme tarafından atanan bilirkişi yolu fırsatını da ortadan kaldır-

⁴² FRE madde 706. Mahkeme tarafından atanan bilirkişilik kavramı, her ne kadar 1975 yılında İspata İlişkin Federal Kurallar’ın (FRE) kabulüyle birlikte 706. maddede varlık kazansa da, aslında tarihi çok daha eskilere dayanmaktadır. 20. yüzyılın başında hakimlerin ve jürinin bilimsel ve teknik delilleri anlamalarını kolaylaştırmak üzere mahkeme tarafından atanan bilirkişiler yargılamada yer almaktaydı. Buna örnek olarak konusu karmaşık kimyasal patentleri içeren Parke-Davis & Co. V. H.K. Mulford Co., davasını gösterebiliriz, Sophia Cope, Ripe For Revision: A Critique Of Federal Rule Of Evidence 706 and The Use Of Court-Appointed Experts, Gonzaga Law Review, vol. 39, 2003/04, s. 165.

⁴³ Champagne/Easterling/Shuman/Tomkins/Whitaker, s. 181: “*Real experts work for lawyers*”

⁴⁴ Joe S. Cecil/Thomas E. Willging, Court-appointed Experts, Reference Manual On Scientific Evidence 1994, s. 530.

maktadır. Çünkü bilirkişinin yapacağı araştırma, bilirkişinin onayı, görev bildirimi ve bilirkişinin elde ettiği bulgular hakkında taraflarla iletişimine vakit kalmamaktadır⁴⁵; 4- Taraflardan birinin ekonomik açıdan daha zayıf olması sebebiyle mahkeme tarafından atanacak bilirkişi ücretini ödeyemeyecek olması; 5-Bilirkişilerin seçilmesi aşamasında hakimler seçim yapmakta zorlanmakta ve genellikle bu seçim sürecinde kendi kişisel ve profesyonel ilişkilerini kullanmaya meyilli olmaktadır; 6- Mahkeme tarafından atanan bilirkişi tarafından yapılan tanıklık veya hazırlanan rapor davanın sonucunda önemli bir etkiye sahip olmakta ve çoğu zaman kararda aynen esas alınmaktadır⁴⁶.

Mahkeme tarafından bilirkişi atanması konusunda, öncelikle bilirkişi ihtiyacının belirlenmesi gerekmektedir. Bilirkişinin seçiminde, tarafların rolü sınırlı olup, bu konuda hakimin büyük etkisi söz konusu olmaktadır. Hakimin bilirkişi ihtiyacını belirlemesi ve bunun için zamanında harekete geçerek tarafsız bir bilirkişiyi ataması büyük önem taşımaktadır. Bahsedilen bu hususlara dikkat edildiği takdirde, “*court-appointed expert*” sisteminin etkili bir şekilde kullanılması söz konusu olabilmektedir.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, bilirkişi tayini hakime ayrı bir yük getireceği gibi, bunun tarafların masraflarını da arttıracığı bir gerçektir. Bununla birlikte, bilirkişi tarafından edinilecek bilgilerin davanın çözümüne yönelik olarak önem arzettiği durumlarda bu gereksiz görülen yük ve masraflara katlanılabiliyor olduğu da dikkat çeken bir noktadır. Böyle bir ihtiyacın bulunmadığı durumda tayin edilen bilirkişinin yargılama için yarardan çok külfeti olacaktır.

Amerikan hukukunda, mahkeme tarafından atanan bilirkişiliğe hukuk ve ceza yargısında çok nadiren rastlanılsa da, Teksas'ta aile hukuku davalarında sıklıkla mahkeme tarafından atanan bilirkişi uygulaması görülmektedir⁴⁷. Her ne kadar aile hukuku uygulamalarında Teksas'taki mahkeme tarafından atanan bilirkişiler iyi çalışmakta ve genel olarak takdir görse de, diğer dava tiplerinde mahkeme tarafından atanan bilirkişiliğin tercih edilmemesi ve uygulanmasına izin verilmemesi bir muammadır.

⁴⁵ Cecil/Willging, s. 543.

⁴⁶ Cecil/Willging, s. 543.

⁴⁷ Champagne/Easterling/Shuman/Tomkins/Whitaker, s. 183.

İspata ilişkin Federal Kurallar'ın (FRE) 706. maddesinde açıkça mahkeme tarafından atanan bilirkişi kurumuna izin verilmiştir. Ancak, bu yetki sadece bölge mahkemelerine (*district court*) verilmiştir. Mahkeme tarafından atanan bu bilirkişilerin asıl görevi, tarafların sunduğu delilleri ayrıntılı bir şekilde inceleyerek davanın esasına karar vermek (*merits decision*) üzere vakıa tespiti yapan (*fact-finder*) jüri veya hakime yardım etmektir. Bilirkişilerin mahkeme tarafından atanmasının birçok faydası olmasına rağmen, aynı zamanda çok da eleştiri alan bir sistem haline geldiği saklanamayacak bir gerçektir. Şöyle ki, bu sistemde bilirkişiler, hakim'in yetki alanına taşarak, adeta hakimmişçesine karar verebilmektedir⁴⁸. Halbuki, bilirkişiliğin esas amacı, bilirkişi tarafından bazı bilimsel, teknik ve diğer uzmanlaşmış bilginin varlığı olmaksızın vakıaların değerlendirilmesinin zor veya imkansız olduğu durumlarda çözüm yolu oluşturmasıdır⁴⁹. Mahkeme tarafından atanan bilirkişi sistemini düzenleyen İspata ilişkin Federal Kurallar'ın 706. maddesi, atanan bilirkişinin davanın tarafları tarafından sorgulanabilmesine (*adversarial examination*) izin vermektedir. Bu imkân sayesinde yargılama görülürken varolan boşluklar tamamlanmış olmaktadır. Ancak, hakim'in sadece teknik bir danışman (*technical advisor*) boyutunda yardım istediği hallerde, sorgu aşaması her ne kadar yargılamanın tamamlayıcı bir unsuru olsa da, hem yargılamayı uzatacak, hem hakim'in "*fact-finder*" olarak delil tespiti görevini yerine getirmekten kaçınarak bu görevi sorgu aşamasına bırakmasına neden olabilecek, hem de tüm bunlar ışığında hakim'in veya jürinin fikirlerinin çapraz sorguyla etkilenecek taraflı olabileceği endişesi oluşacaktır. Sonuç olarak, tüm bu sebepler, hakimlerin İspata İlişkin Federal Kurallar'ın 706. maddesini uygulamaktan çekinmelerine yol açmaktadır⁵⁰.

⁴⁸ Robert L. Hess, Judges Cooperating With Scientists: A Proposal For More Effective Limits On The Federal Judge's Inherent Power To Appoint Technical Advisors, *Vanderbilt Law Review*, vol. 54, 2001, s. 547.

⁴⁹ Edward V. Di Lello, Fighting Fire With Firefighters: A proposal For Expert Judges At The Trial Level, *Columbia Law Review*, vol. 93, 1993, s. 474.

⁵⁰ Ryan M. Seidemann/James G. Wilkins/Mindy Heidel, Closing The Gate On Questionable Expert Witness Testimony: A Proposal To Institute Expert Review Panels, *Southern University Law Review*, vol. 33, 2005-2006, s. 52-53.

b. İngiliz Hukukunda

İngiltere'deki sistem ise 1999 yılı itibariyle, mahkeme tarafından atanan bilirkişilere dayanmaktadır⁵¹. Lord Woolf tarafından hazırlanan ve medeni yargılama sisteminde reformu amaçlayan rapor doğrultusunda şekillenen İngiliz Usul Kanunu (*Civil Procedure Rules-CPR*) özellikle usul ekonomisine hizmet etmek amacıyla oluşturulan bir kanundur. Her ne kadar CPR, bilirkişilik müessesesine yönelik olarak temel bir değişiklik getirmemişse de, İngiliz hukukuna müşterek bilirkişi müessesesini (*single joint expert*) dahil etmiştir. Müşterek bilirkişi düzenlemesiyle, özellikle delilin tartışmasız olup da, bu delilin açıklanmasının mahkeme açısından gerekli olduğu durumlarda karşılaşılmaktadır. Ancak uyuşmazlık konusu meblağın yüksek olduğu önemli davalarda her iki tarafın da ayrı olarak bilirkişi belirlemesi ve bunlardan ayrı ayrı rapor alınması düzenlemesi de halen varlığını korumaktadır⁵². Müşterek bilirkişinin ücreti mahkeme tarafından tayin edilmemekte ve ödeme de mahkeme tarafından yapılmamaktadır. Taraflar, avukat (*solicitor*)⁵³ ve bilirkişi, bilirkişi ücreti üzerinde anlaşmakla⁵⁴ birlikte; uygulamada sıklıkla bilirkişi ücreti sözleşmesi, avukat ve bilirkişi arasında imzalanmaktadır⁵⁵. Müşterek bilirkişi kurumuna ilişkin düzenlemeler CPR'nin 35.7. maddesinde yer almaktadır. CPR'nin 35.7(1). maddesi tarafların talebi ile mahkeme tarafından tek bir ortak bilirkişinin tayin edilebileceğini belirten; 35.7(3). madde tarafların ortak bilirkişi seçiminde anlaşamadığı takdirde söz konusu olacak seçeneklere yer vermektedir. Tarafların ortak bir bilirkişi üzerinde anlaşamadıkları durumlarda bilirkişi listeden seçilecek

⁵¹ **Demirkapı**, s. 54.

⁵² **Güralp**, s. 207.

⁵³ İngiliz hukukunda mahkeme huzuruna çıkmayan, duruşmalara katılmayan kısaca danışman avukat anlamına gelmektedir, Henry J. **Abraham**, *The Judicial Process, An Introductory Analysis Of The Courts Of The United States, England, And France*, New York 1998, s. 92.

⁵⁴ Hukuk Davalarında Bilirkişilerin İfade Vermelerine Yönelik Bilgilendirme Protokolünün (*The Protocol for the Instruction of Experts to Give Evidence in Civil Claims*) 7. Bölümünde bu anlaşma sırasında hangi unsurların belirleneceği özetlenmektedir.

⁵⁵ Louis **Blom-Cooper QC**, *Experts In The Civil Courts*, Expert Witness Institute, Oxford 2006, s. 35.

yahut mahkeme bilirkişiyi kendisi tayin edecektir. Taraflar kendileri de davanın her aşamasında tavsiye almak amacıyla bilirkişi görevlendirebilmektedir. Yani taraf bilirkişisinin kullanımına bir engel yoktur; fakat mahkeme bilirkişisinin inceleyeceği delilin davanın çözümü için gerekli olmadığına karar verirse, bilirkişiyi görevlendiren taraf bu delile dayanamayacaktır. Bunun sonucu olarak da bilirkişi masraflarını davayı kazansa dahi geri alamayacaktır⁵⁶.

c. Fransız Hukukunda

1970 yılından sonra Fransa'da, bazı istisnai haller dışında, hakim bilirkişiyi taraflarla müzakere etmeden seçmeye başlamıştır. Bilirkişi tamamen teknik sorunlarla ilgilenmek zorundadır⁵⁷ ve asla hukuki konularda veya bulguların (*findings*) hukuki etkileri üzerinde açıklama yapamaz (CPC madde 238). Bilirkişi, tarafların temsilcisi değildir; ama görevini hakimden alan adli sistemin bir yardımcısı gibi hareket etmektedir. Fransız hukukunda bilirkişiliğe yönelik olarak dikkat çeken temel hususlar özellikle, bilirkişinin mahkemenin (adli veya idari) tayini ile göreve gelmesi; bilirkişinin görüşünün hakimi bağlayıcı nitelikte olmaması⁵⁸; yani tavsiye niteliğinde (*advisory*) olması ve bilirkişinin amacının hakim karar vermesine yardımcı olmasıdır. Fransız hukukunda da, Türk hukukunda olduğu üzere davanın tarafları, iddia ve savunmalarını ispat etmek üzere mahkemeden bilirkişi incelemesi yapılmasını talep edebileceği gibi; tarafların talebine bağlı olmaksızın hakim de kendiliğinden bilirkişiyi başvurması kararı verebilmektedir⁵⁹. Esas olarak, bilirkişi mahkeme tarafından tayin edilmekte ve bilirkişi bir nevi mahkemenin memuru kabul edilmektedir. Bilirkişilerin mahkeme tarafından atanması sistemi *le Roi Soleil* 14. Louis zamanına dayanan çok

⁵⁶ CPR madde 35.4; **Blom-Cooper QC**, s. 31.

⁵⁷ June 1, 1957, Cass. Civ. 1957 D. jur.; Apr. 21, 1958, Cass. Civ. 1958 D. Jur. 432; Pierre **Hebraud**/Pierre **Raynaud**, *Chronique De Procédure Civile, Revue Trimestrielle De Droit Civil*, vol. 58, 1959, s. 357vd.

⁵⁸ CPC madde 246. İlgili kararlar için bkz. Civ. 1., 12 novembre 1985. JCP 1985. IV. 40; Civ. 2., 14 décembre 1983: Bull. civ. II, n. 202; Civ. 3., 23 mars 1994: Bull. civ. III, n. 66.

⁵⁹ CPC madde 143; Yahya **Deryal**, *Türk Hukukunda Bilirkişilik*, Ankara 2004, s. 95.

eski bir uygulamadır⁶⁰. Bu sebeple Fransa’da son derece gelişmiş bir “mahkeme tarafından atanan bilirkişi” sistemi mevcuttur⁶¹.

d. Türk Hukukunda

Türk hukukunda de mahkeme bilirkişi incelemesine kendiliğinden karar verebileceği gibi, taraflardan birinin talebi ile de karar verebilmektedir. Mülga Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun 276. maddesinde “*ehlî-vukuf, iki taraf ittîfak edemedikleri halde tahkikat hakimi tarafından intihap olunur...*” hükmü yer almaktaydı. Uygulamada tarafların bilirkişinin seçimi konusunda uzlaştığını görmek pek mümkün olmamaktaydı. Dolayısıyla uygulamada zaten bilirkişiyi doğrudan hakim belirlemekte idi. Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 268. maddesinde bilirkişinin seçimi konusunda tarafların uzlaşması ön şartını kaldırmış olmasının nedeni uygulamanın kanuna yansımaya olduğu kanaatindeyiz. Zaten taraflar bilirkişinin seçimi konusunda anlaşsın ya da anlaşmasın onu tayin edecek hakimin kendisidir. Bu sebeple, Türk hukukunda mahkeme tarafından atanan bilirkişilik söz konusudur. Bununla birlikte, Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile birlikte hukumuza yeni dahil olan uzman görüşü, Anglo-Amerikan hukukundaki “taraf bilirkişisi” ile paralel bir uygulama gibi gözükse de değildir. Kanunda uzman görüşüne gerek özel ve teknik bilgiyi gerektiren hususlarda, gerek hukuki görüş için başvurulabileceği belirtilmektedir. Aslında “uzman görüşü” daha

⁶⁰ 1670 tarihli Fransız Ceza Usul Kanununda açıkça yer almaktadır. 1667 Emirnamesi Fransa’daki ilk milli usul kanunudur ve sonrasında bu kanun 1806 tarihli Napolyon Kanunu’nun bir parçası olmuştur (madde 302-323). Ayrıca, bu düzenlemeler aşamalı bir şekilde geliştirilerek 1944 yılında tamamıyla değişikliğe uğramış ve hatta Amerikan bilirkişilik uygulamasına yönelik olarak çalışan reformculara Fransız deneyiminden yararlanmak adına güzel bir fırsat sağlamıştır. 15 Temmuz 1944 tarihli kanun, 1667 tarihli düzenlemeye ilişkin yapılan en büyük yeniliktir. 1667 tarihli düzenleme erken dönemin teknolojik ihtiyaçlarını karşılamaya yönelik olduğu için, 20. yüzyılın ihtiyaçlarını karşılamıyordu ve 20. yüzyıl uygulaması için elverişsiz (*impractical*) kalmaktaydı. En önemli değişikliklerden biri, yargılama sürecini hızlandırma amacı taşıyan “*judge delegate*” yahut da “*juge de la mise en état*” olarak adlandırılan hakimlerin 30 Ekim 1935 tarihinde ilk kez kanun hükmünde kararname aracılığıyla varlık kazanmasıdır. William J. Travis, Impartial Expert Testimony Under The Federal Rules Of Evidence: A French Perspective, International Lawyer, vol. 8/3, 1974, s. 493, 494, 505.

⁶¹ Travis, s. 493.

önce uygulamada mevcut olup ancak kanunda yasal dayanağı olmayan “hukuki mütalaa”nın kendisidir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 293. maddesine⁶² göre, taraflar dava açıldıktan önce veya sonra, mahkemenin bilirkişiye başvurmasını beklemeden kendileri için eksik olan özel ve teknik bilgiyi gidermek ve iddia ve savunmalarını güçlendirmek için uzman görüşü alabilirler. Belirtmek gerekir ki, uzman görüşünü veren özel uzmanlar resmi bilirkişilerden farklı bir konumdadır. Her ikisine de bilirkişi denilmesi, kendilerinden uzmanlıklarıyla ilgili görüş alınması nedeniyledir⁶³. Uzman görüşü teknik anlamda bir bilirkişi raporu değildir⁶⁴. Bununla birlikte, uzman görüşleri hakim tarafından serbestçe değerlendirilebilecektir. Özel uzman ile taraf arasında bir özel hukuk sözleşmesi varken, bilirkişi hakimin yardımcısı olarak görülmektedir ve bilirkişi ile mahkeme arasındaki ilişkinin kamu hukukuna tabi olduğu kabul edilmektedir. Özel uzman ile davanın tarafları arasında özel hukuka ilişkin bir sözleşme olduğu kabulünün doğal sonucu olarak, özel uzmanın sorumluluğu da akdi sorumluluktur. Özel uzman görüşü resmi bilirkişi raporu niteliğinde delil olmayıp sadece tarafın mahkemeye sunduğu yazılı belgeye dayalı beyanıdır⁶⁵. Uzman raporu hakimin kişisel görüşünün oluşması için bir yardım vasıtasıdır⁶⁶. Bununla birlikte usul hukuku anlamında bilirkişi delili değildir. Ancak her iki taraf özel uzman görüşünün değerlendirmesinde anlaşırsa, mahkeme özel uzman raporunu esas alarak değerlendirebilecektir⁶⁷.

Bilirkişilerin mahkeme tarafından atanmasını, taraf bilirkişiliğinden daha tatminkâr bulmaktayız. Özellikle bilirkişi ücretinin ödenmesinin mah-

⁶² “(1) Taraflar, dava konusu olayla ilgili olarak, uzmanından bilimsel mütalaa alabilirler. Sadece bu nedenle ayrıca süre istenemez. (2) Hakim, talep üzerine veya resen, kendisinden rapor alınan uzman kişinin davet edilerek dinlenmesine karar verebilir. Uzman kişinin çağrıldığı duruşmada hakim ve taraflar gerekli soruları sorabilir. (3) Uzman kişi çağrıldığı duruşmaya geçerli bir özrü olmadan gelmezse, hazırlamış olduğu rapor mahkemece değerlendirmeye tabi tutulmaz”.

⁶³ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 798.

⁶⁴ Hakan Pekcanitez, Özel Uzman (Bilirkişi) Görüşü ve Değerlendirilmesi, Prof. Dr. Saim Üstündağ’a Armağan, Ankara 2009, s. 398.

⁶⁵ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 798.

⁶⁶ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 798.

⁶⁷ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 798.

keme aracılığıyla yapılması bilirkişinin tarafsızlığının sağlanması açısından önemli bir kriterdir. Ayrıca, taraf bilirkişisinin tercih edildiği bir sistemde, tarafların ayrı ayrı bilirkişi getirerek onlara kendi görüşleri için etki ve hatta baskı yapması ve çatışan iki rapor ortaya çıkması mümkünken, bilirkişilerin mahkeme tarafından atanması durumunda hem bilirkişi raporu taraflardan bağımsız olacak, hem de hakim çatışan iki görüş arasında seçim yapmak zorunda kalmayacaktır. Bununla birlikte, mahkeme tarafından atanan bilirkişilerin yargının karar verme yetkisine tecavüz etme riskinin bulunduğu da bir gerçektir. Bu duruma engel olmak için, mahkemenin bilirkişinin görevlendirilmesine ilişkin kararında Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 273. maddesinde öngörüldüğü üzere, inceleme konusunun bütün sınırlarıyla ve açıkça belirlenmesi ve bilirkişinin cevaplaması gereken soruların belirtilmesi zorunlu olmalıdır. Bunun için hakim öncelikle maddi sorunlarla hukuki sorunları kesin çizgilerle birbirinden ayırmalı; hangi maddi vakia veya vakıaların özel ve teknik bilgilere dayandırılarak anlatılmasını yahut tespit edilmesini istiyorsa, somut sorular halinde bilirkişiye bildirmelidir⁶⁸.

B. Bilirkişilik Kurumuna Alternatif Olarak Üretilmiş Bilirkişi Türleri “Special Master” - “Technical Advisor” - “Lay Assessors” - “Amicus Curiae” - “Science Court”

Türk hukukunda olduğu üzere, Anglo-Amerikan ve Fransız hukuklarında da yargılamanın uzun sürmesi ve yargılama masraflarının fazla olması eleştirilen önemli hususlardandır. Bilirkişi müessesesi aksayan, geciken adaletin ve fazla masrafların en önemli sebeplerinden biri olarak gösterilmektedir. Hızla artan bilimsel gelişme ve doğurduğu karmaşa ve güçlük bu durumu daha da kötü hale sokmaktadır. Bununla birlikte bilirkişilerin güvenilir olmayan, objektif olmayan hatta zorlama yazılmış denebilecek raporları da bu kuruma olan güveni fazlasıyla sarsmaktadır. Sorunlu olan bu önemli

⁶⁸ Amerikan hukukunda, İspata İlişkin Federal Kurallar'ın 706. maddesinde aynı doğrultuda mahkeme tarafından atanan bilirkişilerin mahkeme tarafından görevlerinin kapsamı hakkında yazılı olarak bilgilendirilmesi gerektiği belirtilmektedir. Hükme göre, bu yazılı görev metni mahkeme memurları tarafından oluşturulabileceği gibi, tarafların da yer aldığı ve aynı zamanda katkıda bulunabildiği bir toplantıda da oluşturulabilmektedir. İngiliz hukukunda ise, CPR'nin 35.1. maddesinde genel bir ifadeyle, bilirkişi delilinin dava konusu mesele ile sınırlandırılması gerektiği belirtilmektedir.

kuruma yönelik olarak hukuk sistemlerinde çeşitli çözüm önerileri oluşturulmuş ve yeni yöntemler uygulanmaktadır. Bunlardan biri, Amerikan hukukunda yaygınlaşması önerilen, mahkeme tarafından atanan bilirkişilik uygulaması “*court appointed experts*” (Türk hukukunda zaten var olan) ve “*special master*” denilen özel uzmanlık kurumudur. Mahkeme tarafından atanan bilirkişileri de kendi içinde ikiye ayırabiliriz. 1-İspata ilişkin Federal Kurallar’ın 706. maddesi kapsamında mahkeme tarafından atanan bilirkişiler “*expert witness*, 2- 706. madde kapsamına girmeyen ve fakat mahkeme tarafından atanan teknik danışmanlar “*technical advisor*”. Ayrıca İngiliz hukukunda görülen danışmanlar “*lay assessors*” da yargılamada işlevsel bir görev üstlenmişlerdir. *Amicus curiae* kurumu da kendine özgü yapısı ile dikkat çekmekte ve bilirkişilik kurumunun boşluklarını doldurmak amacıyla Anglo-Amerikan ve Fransız hukuk sistemlerinde yer almaktadır. Bununla birlikte, çok daha ileriye giderek bir bilim mahkemesi (*science court*) kurulması dahi önerilmiştir.

Mahkeme tarafından atanan bilirkişilere (İspata İlişkin Federal Kurallar 706. madde kapsamında) yukarıda bilirkişi türlerini genel olarak ikiye ayırarak açıkladığımız A. bahsinde yer verildiği için bu başlık altında tekrar anlatılmayacaktır. Bu başlık altında ise herhangi bir önem sırası gözetilmeksizin “Taraf bilirkişisi” ve “mahkeme tarafından atanan bilirkişiler”e alternatif olan bilirkişilik türleri incelenecektir. Çalışmada, bu müesseselerin temel olarak hangi amaçları taşıdıkları ve yargılamaya kattıkları değerler bakımından bir çözüm yolu oluşturup oluşturmadıkları ele alınacaktır:

1. Özel Uzman (*Special Master*)

Amerikan hukukunda, özellikle uyuşmazlık konusunun karmaşık olduğu hukuk davalarında (*complex civil cases*) çözüm yolu olarak öngörülen “özel uzman” lar, tayin edildikleri dava konusunda uzman olan yerel avukatlar (*local practicing attorney*)⁶⁹, hukuk öğretim üyeleri veya emekli hakimlerdir. 17. yüzyılın başlarında, Amerika’nın İngiltere’nin sömürgeci olduğu dönemlerde, temyiz mahkemesinin İngiliz içtihadının bütünleyici bir parçası halini almasıyla, temyiz mahkemesinin çarklarının iyi bir şekilde

⁶⁹ Linda J. **Silberman**, *Judicial Adjuncts Revisited: The Proliferation Of Ad Hoc Procedure*, *The University of Pennsylvania Law Review*, vol. 137/6, June 1989, s. 2134.

işleyebilmesi için kendilerinden yararlanılan özel uzmanlar⁷⁰ yargılamanın önemli bir parçası haline gelmişlerdir. Özel uzmanın mahkeme tarafından atanması Federal Usul Kanunu'nun 53. maddesinde açıkça belirtilmiştir: “Jürinin olduğu davalarda, davaya ilişkin meseleler karmaşıksa; jürinin olmadığı davalarda da zararların hesaplanmasının zor olduğu durumlarda istisnai bir durumun varolduğunu göstermek şartıyla özel uzman tayin edilebilir.” Burada Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin ve federal mahkemelerin aradığı ve dikkat ettiği iki unsur söz konusudur. “Karmaşık (*complicated*)” olma ve “istisnai koşul (*exceptional condition*)”. Belirtmek gerekir ki, sonucu belirleyecek olan tasarrufi konularda (*dispositive matters*) özel uzmana danışmak hatalı ve yersiz kabul edilmektedir. Özel uzmanlar delilin güvenilirliğine ilişkin tanıklık yapamaz veya görüş bildiremez⁷¹. Federal mahkemeler, özel uzman atanması için Federal Usul Kanunu 53. maddeyi dayanak olarak gösterebilecektir⁷². Hakim, ana görevi olan, davanın vakıalarının belirlenmesi (*findings of fact*) ve hukuki sonuca varılmasını (*conclusions of law*) da kapsayan, hüküm verme işini (*dispositive rulings*) bizzat kendi yapmalı ve bu işin yapılmasında özel uzmana yetki vermemelidir⁷³. Bu kısıtlamaların en önemli sebebi, yargılama sürecinin Senato tarafından onay alınmış bir bireye devredilmesinin engellenmek istenmesidir⁷⁴. Bu tip kısıtlamalar, özel uzmanların görev alanlarını kısıtlayarak, sadece kendine özgü karmaşık ya da hakim veya jüri için ayrıştırması külfetli olan hukuki meselelerle ilgilenmeleri sonucunu doğurmaktadır⁷⁵. Özel uzmanlar,

⁷⁰ James R. **Bryant**, The Office Of Master In Chancery: Colonial Development, American Bar Association Journal, vol. 40, July 1954, s. 595.

⁷¹ In re Bituminous Coal Operators' Association, Inc., 949 F. 2d 1165, (D.C Circuit 1991).

⁷² Ayrıntılı bilgi için bkz. I. David **Levine**, The Authority For The Appointment Of Remedial Special Masters In Federal Institutional Reform Litigation: The History Reconsidered, University of California Law Review, vol. 17/3, Spring 1984, s. 753-805; James S. **DeGraw**, Rule 53, Inherent Powers And, Institutional Reform: The Lack Of Limits On Special Masters, New York University Law Review, vol. 66, 1991, s. 800 vd.

⁷³ In re Bituminous Coal Operators' Association, Inc., 949 F. 2d 1166, (D.C Circuit 1991).

⁷⁴ Böyle bir yetki devrinden çekinen Amerikan Yüksek Mahkemesi La Buy v. Howes Leather Co., 352 U.S. 249 (1957) davasında bu endişesini gösteren bir karar vermiştir.

⁷⁵ **Silberman**, s. 116; Robert H. **Freilich**, Editor's Comment: The Use Of A Special Master In Complex Environmental Litigation, The Urban Lawyer, vol. 29/1, winter 1997, s. 1.

Bölge Mahkemesi hakim ve jürilerine karmaşık muhasebe işlerinde yardımcı olmanın yanı sıra, yargılama sonrası hakim tarafından yazılan kararın yazılmasını (*post-trial order*) da denetlemektedirler⁷⁶. Her ne kadar son yıllarda, özel uzmanların geleneksel görevlerinin kapsamı genişlese de, kanuni yeterlilikleri büyük ölçüde örgütsel (*organizational*) boyutta kalmıştır⁷⁷.

Yargılamada zamanın kısıtlı olması ve bazı anlaşılması zor ve teknik konuların varlığı özel uzmanlara başvurulmasının temel sebepleri arasında gösterilmektedir. Özellikle zararın hesaplanması ve muhasebe konularında özel uzmanın tayin edilmesi sorun yaratmamaktadır; çünkü özel uzmanlar bu tip konularda hukuki analiz yapmamakta, hakimin yargılama ve takdir alanına karışmamaktadır⁷⁸. Özel uzmanlara özellikle yüksek miktarda paranın dağıtımının ve idaresinin söz konusu olduğu topluluk davalarında (*class action*)⁷⁹ rastlanmaktadır. Bu tür davalarda, örneğin kaç üyenin davada taraf olabileceğinin belirlenmesi ve taraflara elde edilen tazminattan ne kadar pay düşeceği konularının belirlenmesi hususunda mahkemeye büyük rol düşmektedir. Türk hukukuna “topluluk davaları” Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 113. maddesi ile birlikte yeni dahil olmuştur. Amerikan hukukundan farklı olarak tazminat talebini bünyesinde barındırmayan topluluk dava türü için böyle bir özel uzman bu çerçevede gerekli olmayacaktır.

Özel uzman kurumu ile mahkeme tarafından atanan bilirkişi sistemini karşılaştıracak olursak: Mahkeme tarafından atanan ve kendilerine tarafsız “*neutral expert*” de denilen bu bilirkişiler genellikle özel uzmanlara göre kendi alanlarındaki meseleleri daha iyi anlayacak şekilde donatılmışlardır. Ayrıca, mahkeme özel uzman düzenlemesinde öngörülen “karmaşık (*complicated*)” olma ve “istisnai olma (*exceptional condition*)” gibi kısıtla-

⁷⁶ Williams v. Lane, 851 F.2d. 867 (7. Circuit 1988); Gary W. v. Louisiana, 601 F. 2d 240 (5. Circuit 1979). Örneğin asbest davasındaki bilgilerin biraraya getirilmesi gibi, **Silberman**, s. 116.

⁷⁷ **Silberman**, s. 116.

⁷⁸ Wayne D. **Brazil**, Special Masters In Complex Cases: Extending The Judiciary Or Reshaping Adjudication?, The University of Chicago Law Review, vol. 53/2, Spring 1986, s. 396.

⁷⁹ Amerikan hukukundan örnek olarak: In re “Agent Orange” Product Liability Litigation, 94 F.R.D 173 (E.D.N.Y 1982).

yıcı (*restrictive*) şartları, mahkeme tarafından atanan bilirkişi müessesesinde aramak zorunda değildir.

Kısaca özel uzman müessesesinin faydaları olsa bile, bilirkişilik kurumunun karmaşıklığını yeterince ortadan kaldırabilen bir usul değildir. Mahkemenin özel uzman ataması davanın tarafları ve avukatların yarattığı gerilimi sona erdirmez⁸⁰; ama dikkatli ve doğru uygulandığında, özel uzmanlar mahkemelerde var olan uyuşmazlığın çözümüne mani olan gerilimin bastırılmasında önemli rol oynarlar. Çünkü davanın karmaşık bir hale girdiği sırada, özel uzmanlar devreye girerek anlaşılması zor ve teknik sorunların çözülmesine yardımcı olurlar.

2. Teknik Danışman (*Technical Advisor*)

Yine mahkeme tarafından atanan ve fakat kendilerine “*technical advisor*”; yani teknik danışman denilen, adeta hakimin kişisel danışmanı (*personal advisor*) gibi hizmet eden kişiler Amerikan hukukunun bir parçası olmuştur. Hakimlerin bu teknik danışmanları atama yetkisi, Anglo-Amerikan hukukuna hakim olan, vakıaların ve delillerin sadece taraflarca getirilmesi usulüne (*adversarial process*) bağlı olmaksızın; yani tarafların taleplerine bağlı olmaksızın hakimlere tanınmış bir yetkiye (*inherent power*) dayanmaktadır⁸¹. Bununla birlikte, bu teknik danışmanların atanması çok nadir görülmektedir⁸². Bunun sebebi, Federal Usul Kanunu’nun 53. maddesinde düzenlenen “özel uzman” atanmasına yönelik olarak varolan kısıtlamaların, bu teknik danışmanların özel uzmanlara benzemesi sebebiyle onlar için de uygulanmasındandır. Önemle vurgulamak gerekir ki, bu teknik danışmanlar İspata İlişkin Federal Kanun’un 706. maddesinde düzenlenen bilirkişilerden de çok farklıdır ve hukuki dayanağı 706. madde değildir⁸³. Bu teknik danışmanlar sadece içtihadı olarak (*judicially*) ortaya çıkmakta, Federal

⁸⁰ **Brazil**, s. 423.

⁸¹ **Reilly v. U.S.**, 863 F. 2d 149, 154 (1.Circuit 1988); **Ex Parte Peterson**, 253 U.S. 300, 312-313, 40 (1920).

⁸² **Hess**, s. 548.

⁸³ **Ass’n of Mexican-American Educators v. California**, 231 F. 3d. 572,591 (9. Circuit 2000).

Kanun'a dayanmamaktadır⁸⁴. Teknik danışmanlar sadece “gerçekten istisnai olan (*truly extraordinary*)” durumlarda; yani hakimin ilgili konuda beceri ve uzmanlığının olmadığı ve hakime yüklenen hukuki görev alanına taşmadan hüküm verilmesini hızlandırma amacı taşıyan davalarda atanmaktadırlar⁸⁵. Burada üzerinde hassasiyetle durulan husus şudur: Hem hüküm verme süreci hızlandırılmak istenmektedir; hem de hakimin sahip olduğu hukuki rolün zedelenmesinden kaçınılmaktadır. Aksi takdirde, teknik danışman yetkisini aşarak hakimmişçesine karar verir hale gelebilir. Bu da hiç istenmeyen ve çekinilen bir durumdur.

3. Danışmanlar (*Lay Assessors*)

Bu kurumun kaynağı İngiliz hukukudur ve meşruluğunu Supreme Court Act 1981'den almaktadır. Bu danışmanlar, mahkemenin bir üyesi sıfatına sahip olmadan, uzman olarak bir hakimin yanında yer almak ve hakime tavsiyelerde bulunmaktadırlar. Aslında danışmanlık kurumu olarak belirtebileceğimiz bu yöntemi kullanma hakkı uzun zamandır mahkemelere tanınmakta; fakat çok nadiren kullanılmaktadır⁸⁶. Bu yöntem yalnızca “*admiralty court*”; yani deniz hukukuna yönelik yargılamalarda ve ileri ölçüde ve üstün teknolojiye sahip konuları içeren patent davalarında uygulanmaktadır. Hakimler, özel uzmanlığa sahip bu danışmanları sadece belirli konulardaki davalarda kendileri ile birlikte duruşmalara katılmaları için tayin etmektedirler. Bu davalar genellikle teknik ve bilimsel delillerin önemli rol oynadığı davalardır. Bu danışmanların temel görevi, delilleri dinlemek ve kararın oluşturulmasında (*forming a judgement*) ve yorumlanmasında gerekebilecek yardımı hakime sunmaktır. Bununla birlikte, son kararı hakim yine kendi öz iradesine göre verecektir; yani danışman kararları hakim bakımından bağlayıcı değildir. *MacFadden v. Murdock* (1867) 11r CLR 211 davası, uzman kişinin niteliği kadar tecrübesinin de önemli olduğunu belirterek danışmanlık müessesesinin önemine vurgu yapmıştır. Birçok davada, hukuki kararların verilmesi aşamasında avukatlar tarafından teknik danışmanlık hizmeti verilmektedir. Hakimler, yanlarında çalışan hukuki

⁸⁴ Seidemann/Wilkins/Heidel, s. 53, dipnot 141.

⁸⁵ Reilly v. U.S., 863 F. 2d 149, 156.

⁸⁶ Blom-Cooper QC, s. 185.

anlamda nitelikli elemanlara danışmakta ve sonunda hukuku ve vakıaları özetleyerek jüriye sunmaktadırlar⁸⁷. Belirtmek gerekir ki, danışmanlar doğrudan hakime bağlıdırlar ve tarafların bu danışmanlara soru sormaları veya hakim tarafından danışmana sorulan sorulara danışmanın verdiği açıklamalar hakkında bilgi sahibi olmaları mümkün değildir. Bu sebeple, bunların delil niteliğinde olmadığı kabul edilmektedir⁸⁸.

4. “*Amicus Curiae*” (*Friends Of The Court*)

*Amicus curiae*⁸⁹, incelediğimiz hukuk sistemleri içinde, bilirkişilik müessesesine alternatif olan ve aynı zamanda bilirkişilik müessesesi kadar önem taşıyan bir müessesesedir. Bu önemine binaen, bilirkişilik müessesesine alternatif olarak üretilmiş diğer bilirkişilik türlerinden farklı olarak daha kapsamlı bir inceleme yapacağız.

a. *Anglo-Amerikan ve Fransız Hukuklarında Amicus Curiae*

Amicus curiae'nin sözlük anlamı, mahkemenin arkadaşı (*friend of the court*)'dır. *Amicus curiae* kurumu, özellikle Anglo-Amerikan hukuk sisteminde uzun zamandır varlık gösterse de, *amicus*'un görevi hiçbir zaman açıkça tanımlanmamıştır⁹⁰. *Amici*, bir davada doğrudan menfaati olmadığı halde, kendi inisiyatifıyla davaya müdahale eden, kendi bilgi birikimine dayanarak vakıa ve hukuk bakımından fikir veren ve aslında “*bystander*”; yani seyirci sıfatını verebileceğimiz kişidir⁹¹. *Grice v. R. Ferguson J* davasında, *amicus curiae* hakimin hukuk konusunda hatalı ve şüpheli olduğunu

⁸⁷ Elliot/Quinn, s. 202,203.

⁸⁸ Demirkapı, s. 56.

⁸⁹ “*Amici*”ve “*amicus*”, mahkemenin arkadaşları olarak adlandırılan bu kişileri ifade ederken; “*amicus curiae*”, bu kuruma verilen genel adlandırmadır. *Amicus, amici*'nin çoğuludur.

⁹⁰ Johannes Chan, *Amicus Curiae And Non-Party Intervention Focus On The Ma Case*, Hong-Kong Law Journal, vol. 27, 1997, s. 394.

⁹¹ Ernest Angell, *The Amicus Curiae American Development Of English Institutions, International and Comparative Law Quarterly*, vol.16, 1967, s.1017: “*A friend of the court. A term applied to a bystander, who without having an interest in the cause, on his own knowledge makes suggestion on a point of law or of fact.*” Frank M. Covey, *Amicus Curiae: Friend Of The Court*, De Paul Law Review, vol. 9, 1959-1960, s. 30 vd.

bildiren bir seyirci olarak tanımlanmaktadır⁹². *Amicus* dilekçesi (*brief*), davaya taraf olmayan; taraflardan bağımsız olarak hareket eden⁹³; diğer taraftan mahkemenin karar vereceği hukuki meselede dolaylı olarak menfaati olan bir kişi tarafından oluşturulmaktadır⁹⁴. *Amici* çoğunlukla davanın taraflarının bakış açısından farklı bir şekilde sorunları gösterebilmekte ve meseleye uygulanacak hukuk kurallarının karmaşıklaşması karşısında, mahkemenin meseleyi algılamasını kolaylaştırmaktadır⁹⁵. *Amici* vakıasal sorunlar bakımından görüş bildirebileceği gibi; hukuki konularda da görüş bildirebilmektedir⁹⁶. *Amici*'nin, hukuki konularda da görüş bildirebilmesi onu bilirkişilerden ayırmaktadır. Yüksek Mahkeme Kuralları'nın (*Rules of the Supreme Court*) 37. maddesi, *amicus curiae* uygulamasına dayanak oluşturmakta ve *amicus* dilekçesi hakkında usulü belirtmektedir. Bu maddede *amicus* dilekçesinin oluşturulabilmesi için tarafların yazılı onayının gerekli olduğu; taraflardan biri onay vermediği takdirde ise mahkemenin *amicus* dilekçesinin kabul edilmesinin takdiri için tarafların talepte bulunabileceği belirtilmektedir. Bununla birlikte, başsavcının, taraflardan yahut da mahkemenin ABD'nin menfaati için *amicus* dilekçesi oluşturulması konusunda izin almasına gerek yoktur. Bu istisna sadece Başsavcıya tanınmakta; mesela Kongre üyelerine ya da ABD Senatosuna tanınmamaktadır⁹⁷. Ayrıca *amicus* dilekçeleri mutlaka Yüksek Mahkeme Barosunun (*Supreme Court Bar*) bir

⁹² 1957, 11 DLR 699, 702.

⁹³ **Chan**, s. 394.

⁹⁴ Victor E. **Flango**/Donald C. **Bross**/Sarah **Corbally**, *Amicus Curiae Briefs: The Court's Perspective*, *The Justice System Journal*, vol. 27/2, 2006, s. 181; Paul M. **Smith**, *The Sometimes Troubled Relationship Between Courts And Their 'Friends'*, *Litigation*, vol. 24, 1998, s. 24 vd; L. T. **Munford**, *When Does The Curiae Need An Amicus?*, *Journal of Appellate Practice and Process*, vol. 1, 1999, s. 281; Susan **Hedman**, *Friends Of The Earth And Friends Of The Court: Assessing The Impact Of Interest Group Amici Curiae In Environmental Cases Decided By The Supreme Court*, *Virginia Environmental Law Journal*, vol. 10, 1990, s. 188.

⁹⁵ Andrew **Frey**, *Amici Curiae: Friends Of The Court Or Nuisances?*, *Litigation*, vol. 33/1, 2006-2007, s. 5.

⁹⁶ Dinah **Shelton**, *The Participation Of Nongovernmental Organizations In International Proceedings*, *American Journal of International Law*, vol. 88, 1994, s. 611.

⁹⁷ Judithanne Scourfield **McLauchlan**, *Congressional Participation As Amicus Curiae Before The U.S Supreme Court*, New York 2005, s. 5.

üyesi tarafından oluşturulmalıdır. *Amicus*'un dava ile olan ilgisini (*statement of interest*) göstermesi de şarttır⁹⁸. *Amicus curiae* olarak dilekçe hazırlayabilecek kişiler, Amerikan Yüksek Mahkemesi Kuralları'nın (*Supreme Court of the U.S Rules*) 5. maddesi uyarınca "Baroya kabul" başlığı altında açıkça belirtilen nitelikte Baroya kayıtlı olarak çalışan avukatları kapsamaktadır. Bu kişiler dışında kimse *amicus* dilekçesi oluşturamayacaktır. ABD Federal Temyiz Mahkemesi'nde *amicus* olarak avukatların başvurma zorunluluğuna karşın, avukat tarafından başvuru sınırlaması birçok eyalette söz konusu olmamaktadır. Örneğin Kaliforniya eyaletinde vatandaşlar avukat tarafından temsil edilmeseler de seslerini duyurabilmek amacıyla *amicus* olabilmektedirler⁹⁹.

Amicus curiae hakimin hatasını gösterdikten sonra veya mahkemeye fikrini söyledikten sonra görevi son bulmaktadır. *Amicus curiae* mahkemenin bir memuru veya kolu değildir ve yetkisini aşarak mahkemeye ait görevleri yerine getiremez. *Amicus curiae* davanın tarafı değildir ve görüş bildirdiği davada verilen kararla bağlı değildir¹⁰⁰. *Amicus curiae* müessesesi, Türk hukukundaki davaya asli ve fer'i müdahale şartlarını da taşımamaktadır. Her ne kadar *amicus curiae*, Türk hukukunda Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 53. maddesi ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 66. maddesinde düzenlenen fer'i müdahale benzese de, bu ikisi farklı niteliklere sahiptir. Diğer bir ifadeyle, *amicus curiae* müdahil değildir; Amerikan hukukunda da *amicus*'un müdahil olmadığı açıkça belirtilmektedir¹⁰¹. En temel farklılık davaya katılan üçüncü şahıs, fer'i müdahalede yanında davaya katıldığı tarafın yardımcısı olarak taraf menfaatine hareket edecektir. Halbuki, *amicus*

⁹⁸ **McLauchlan**, s. 6. Hatta uygulamada dilekçe oluşturma menfaati, *amicus curiae* dilekçesinin ilk sayfasında '*statement of interest*' başlığı altında gösterilmektedir.

⁹⁹ Ruben J. **Garcia**, A Democratic Theory Of Amicus Advocacy, Florida State University Law Review, 2007-2008, vol. 35, s. 343 vd. Hatta Kraliçe Mariette Do-Nguyen, belediyenin yapmış olduğu bir işleme karşı açılan davada, *amicus* olarak görüşünü bildiren bir dilekçe oluşturmuştur, *Lockyer v. City and County of San Francisco*, 95 P. 3d 459 (2004) (S.122923, S122865), <http://caselaw.findlaw.com/summary/opinion/casupreme-court/2004/08/12/125059.html> (Çevrimiçi 15.12.2011).

¹⁰⁰ *Galbreath v. Metropolitan Trust Co.*, 134 F. 2d. 569 (C. C. A 10.th 1943).

¹⁰¹ **Covey**, s. 30 vd, *Walker v. Reynolds Metals Co.*, 87 F. Supp. 283 (Ore., 1949).

curiae taraflara değil, adaletin sağlanması için doğrudan mahkemeye hizmet etmektedir¹⁰².

Hakimin bir davaya uygulanacak hukukun belirlenmesinde (*matter of law*) emin olmadığı veya yanıldığı durumlarda, *amici curiae* mahkemeye fikrini belirtebilmektedir. Temel olarak, *amici*'lerin üç önemli görevi vardır¹⁰³: Bunlar: 1- Taraflarca sunulan vakıasal ve hukuki iddiaları kuvvetlendirmek veya tamamlamak ve bu doğrultuda bazı davalarda, taraflarca ileri sürülmeyen alternatif iddialar öne sürmek; 2- Karardaki (alt derecedeki mahkeme kararı) örtülü hususlara mahkemenin dikkatini çekmek veya davaya taraf olmayan kişi veya gruplar için istenmeyen sonuçlara dikkat çekmek; 3- Davanın öneminin altını çizmektir.

Bir davada *amicus curiae* yolunun kullanılması önem taşımaktadır; çünkü bu yolla davaya taraf olmayıp, karardan etkilenebilecek kişiler davadan haberdar edilmektedir. Ayrıca, görülmekte olan ve karardan etkilenebilecek olan diğer davaların mahkemelerine de bu yolla haber verilmiş olunmakta ve bazen de davalar arasındaki hukuki analizin farklılık gösterdiği bilgisi ilgili mahkemeye iletilmektedir¹⁰⁴.

Bu yöntem, ilk olarak Roma hukuku zamanında kullanılmış olup, daha sonra sınırlı bir şekli de Fransız mahkemelerinde kullanılmıştır. Fransız hukukunda Yüksek mahkemeye yöneltilen ilk "*amicus curiae*" taşıyıcı anneliğe yönelik bir davada söz konusu olmuştur¹⁰⁵. Mevcut Fransız hukukunda *amicus curiae* CPC'nin 143. maddesinde düzenlenmektedir. Bu hükümde "davanın çözümüne dayanan vakıalar tarafların talebiyle veya mahkemece

¹⁰² Sosyal, kamuyu ilgilendiren hususlarda *amicus curiae* uygulamasına eğilim ağırlıklıdır, Mary-Christine **Sungaila**, Effective Amicus Practice Before The United States Supreme Court: A Case Study, California Review of Law and Women's Studies, vol. 8, 1998-1999, s. 189.

¹⁰³ **Smith**, s. 24-26.

¹⁰⁴ **Smith**, s. 26.

¹⁰⁵ Bu davada seçilen uzman Profesör Jean Bernard seçkin bir onkolog olmanın yanı sıra, Ulusal Canlı Bilimi ve Sağlık Bilimleri Etik Danışmanlığı Komitesi (*National Consultative Ethics Committee for Lifesciences and Healthsciences*)'nin de başkanıdır, David W. **Duncan**, A Little Tour In France: Surrogate Motherhood And Amici Curiae In The French Legal System, Western State University Law Review, vol. 21, 1993-1994, s. 450-453.

re'sen hazırlık soruşturmasına tabi tutulabilir" denilmektedir. Fransız içtihadına göre *amicus curiae* ne bir tanıklık, ne de bilirkişiliktir¹⁰⁶.

Fransız hukuku, Anglo-Amerikan hukuk sistemindeki *amici curiae* uygulamalarından esinlenmiş olabilir; ama esas olarak *amicus curiae* kurumu eski Roma'da kabul edilmiştir¹⁰⁷.

Ancak önemle vurgulamak gerekir ki, sanıldığı gibi aksine *amicus curiae* kurumu sadece Fransız hukukunda gelişmiş bir kurum değildir. Fransız hukuku esas olarak, Amerikan ve İngiliz hukuklarının etkisiyle gelişmiştir. Şöyle ki, İngiliz hukukunda Kral III. Edward (1300)'den beri, *amici curiae*'nin görevi, mahkemeye gerçekler hakkında bilgi vermek (*inform the truth*) ve davanın taraflarının belirtmemiş olduğu veya yeterince, dürüst bir biçimde ve tarafsız olarak mahkemeye söylemediği hukuk ve vakıa sorunlarının sıralanmasını ve net bir şekilde görülmesini sağlamaktır¹⁰⁸. Erken dönem İngiliz hukukunda *amicus curiae* kurumu "mahkemenin özverili hizmetkârı" olarak görülmekteydi¹⁰⁹. Ayrıca, Amerikan hukukunda *oral shepardizing*¹¹⁰ olarak da nitelendirilmiştir¹¹¹. Bir mahkeme kararında *amicus*

¹⁰⁶ Paris, 21 juin 1988: D. 1989.341, Gaz. Pal. 1988; 6 juill. 1988, Gaz. Pal. 1988.

¹⁰⁷ **Angell**, s. 1017; Fowler V. **Harper**/Edwin D. **Etherington**, Lobbyists Before The Court, University Of Pennsylvania Law Review, vol. 101, 1953, s. 1176.

¹⁰⁸ Philip B. **Kurland**/Dennis J. **Hutchinson**/Joseph Fred **Benson**, Too Many Friends Of The Court, ABA, vol. 70, 1984, s. 16.

¹⁰⁹ J. S. **Kaye**, One Judge's View Of "Friends Of The Court", New York State Bar Journal, vol. 61, 1989, s. 8 (naklen) **Flango/Bross/Corbally**, Amicus Curiae Briefs: The Court's Perspective, s. 181.

¹¹⁰ Bu kavram Amerikan hukuk doktrininde kullanılan bir kavramdır. Bu kavram Frank Shepard'ın (1848-1902) başlattığı bir hukuk hizmetinden dolayı bu adı almıştır. 1873 yılında Frank Shepard çeşitli mahkemelerin *amicus curiae* listelerini bir seri kitap halinde yayınlamaya başlamıştır. Böylece başka davalarda da benzer durumlarla karşılaşmış mı, karşılaşıldıysa nasıl kararlar verilmiş olduğuna bakılarak yargılamada karşılaşılan zorlukların üstesinden gelinmeye çalışılmıştır. Dolayısıyla, bu kavramla, mahkemede görev alan *amicus curiae*'ler tıpkı Frank Shepard'ın kitapları gibi, fakat sözlü olarak tarafların gözden kaçırdığı hususlarda mahkemeye yol göstermektedirler, <http://www.lectlaw.com/files/lwr17.htm>; <http://www.bulawinteractive.org/libraryblog/2013/05/> (Çevrimiçi 12.11.2014); Samuel **Krislov**, The Amicus Curiae Brief: From Friendship To Advocacy, Yale Law Journal, vol. 72, 1963, s. 694-695.

¹¹¹ **McLauchlan**, s. 4.

curiae şu şekilde ifade edilmiştir: “*Amicus curiae* ‘mahkemenin arkadaşı’ söz öbeğinin Latincesini ifade etmektedir ve *amicus curiae* bir avukattan nitelik olarak ayrılmaktadır. *Amicus curiae* sadece mahkeme menfaatine hizmet etmekte ve bu doğrultuda kamu menfaatinin olduğu davalarda mahkemeye, öneriler sunarak; hakimin zaten var olan danışmanlarına ek olarak, zor ve kapsamlı meselelerin anlaşılmasını ve bu doğrultuda mahkemenin doğru bir karar vermesini sağlayarak hakime yardımcı olmaktadır¹¹². *Amicus*’un en temel görevi hakimin bilmediği vakıa ve hukuku mahkemeye getirmek¹¹³ ve ayrıca hataların önlenmesi için hakime yardımcı olmaktadır¹¹⁴. *Amicus curiae*, mahkemenin arkadaşı olarak görülmekte ve tarafların dilekçelerinin neden tıpkı *amicus* dilekçeleri gibi tatmin edici olmadığı da eleştiri konusu olmaktadır¹¹⁵. Nitekim 18. yüzyılın ortalarından itibaren, “*amici*”; yani Anglo-Amerikan hukukunda mahkemenin arkadaşı (*friends of the court*) da denilen bu kişiler, İngiliz mahkemelerinde “*advocate to the court*”; yani mahkemenin avukatı görevini üstlenmeye başlamıştır¹¹⁶.

Amicus’un görevi, ülkelerin yargılama sistemleri farklılaştıkça bu doğrultuda çeşitlenmektedir. Şöyle ki, İngiltere’de *amicus* kullanımı üç geleneksel durumla sınırlandırılmıştır. İlki, mahkemenin önündeki önemli meselelerin diğer birçok kişiyi de etkileyebileceği durumlardır¹¹⁷. İkincisi, mahkemeye adaletsizliğin önlenmesi için başvurulması halidir. Bu durumda *amicus* mahkemeye gözden kaçırılmış kararları veya hukuki noktaları göstermektedir¹¹⁸. Üçüncü olarak, temsil edilmeyen (*unpresented*) veya davada bulun-

¹¹² Alexander v. Hall, 64 F.R.D. 152, 1974.

¹¹³ AG of Canada v. Aluminum Co of Canada (1987) 35 DLR (4th) 495, 505; Romaniuk v. Alberta (1988) 50 DLR (4th) 480, 488, 489-490, 492.

¹¹⁴ Sylvia H. **Walbolt**/Joseph H. **Lang**, *Amicus Briefs: Friends Or Foe Of Florida Courts?*, Stetson Law Review, vol. 32, 2002-2003, s. 269-270. *Amicus curiae*’nin 17 yy.’da varolan, hataları önleme amacı, bugün de devam etmektedir, Reagan William **Simpson**/Mary R. **Vasalty**, *The Amicus Brief: How To Be A Good Friend Of The Court*, USA, 2004, s. 2.

¹¹⁵ Ryan v. Commodity Futures Trading Commission, 125 F. 3d 1063,1064 (7. Circuit 1997).

¹¹⁶ Cf. Beard v. Travers (1949) 1 Vesey Sen. 313, 27 Eng. Rep. 1052.

¹¹⁷ Morelle v. Wakeling (1955) 2 QB 379; Re Scandinavian Bank Plc (1987) 2 WLR 752, 756.

¹¹⁸ Protector v. Geering (1656) 145 ER 394; R v. Wong Yin-Ping (1997) 2 HKC 312.

mayan (*absent*) taraf için tartışmalı hususların daha derin şekilde irdelenmesi halidir¹¹⁹. Günümüzde, İngiltere’de *amicus curiae* uygulaması pek de yaygın değildir. İngiliz hukukundan farklı olarak, Amerikan hukukunda ise *amicus curiae* müessesesi yaygın olarak uygulanmaktadır. Bunun en önemli sebebi İngiliz hukukunda hukuk yargılamalarında, dava ücret ve masrafları hakkında Amerikan hukukundan çok farklı düzenlemelerin mevcut olmasıdır¹²⁰. İngiltere’de sadece yargılamanın belirli aşamalarında davacılar tarafından az miktarda ücret ödenmesi gerekmektedir. Dolayısıyla, İngiliz hukukunda taraflar çekinmeden davaya müdahil olabilmektedir¹²¹. Amerikan hukukunda ise taraflar davacı veya müdahil olmak konusunda tereddüt içindedirler¹²². Çünkü ancak davada haklı çıktıkları takdirde yapmış oldukları dava masrafları kendilerine ödenmektedir (*contingent fee*). Böylece Amerikan hukukunda *amicus* uygulaması dava masrafları konusunda bir çare oluşturmakta ve yaygın olarak kullanılmaktadır¹²³.

Amerikan hukukunda, 1812 yılı itibariyle fikir verme yöntemi olarak adlandırabileceğimiz ve *amicus curiae* yönteminin ilk görünüm şekillerinden olan “*way of suggestion*” yönteminin kullanımına Yüksek Mahkemece izin verildiğini görmekteyiz¹²⁴. Örneğin, Amerika’da Güney Karolina’dan 19. yüzyılın ilk dönemlerinin ünlü avukatı Henry Clay’in, çok sayıda davacıya sahip bir tapu davasında (*land title suit*) -*Green v. Biddle*¹²⁵- davanın esaslı noktalarını (*merits*) yeniden ifade etmek ve sözlü olarak yeniden tartışmak üzere *amici* (*friend of the court*) olması Yüksek Mahkeme tarafından kabul edilmiştir. Böylece 19. yüzyılın ortalarında bu tip aynı davalarda (*in rem proceedings*) *amicus curiae*’ye başvurmak yaygın bir hal almıştır. Bu dava Kentucky eyaletindeki arazilerle ilgilidir; fakat bu davada Kentucky eyaletinin temsilcisi yoktur. İşte *amici* bu davada, görüş ve incelemelerini bildirerek Kentucky eyaletinin temsilci eksikliğini tamamlamış olmaktadır.

¹¹⁹ C v. D. (1992) 2 HKC 248.

¹²⁰ Chan, s. 397-398.

¹²¹ Gary F. Smith/Beth E. Terrell, The Amicus Curiae: A Powerful Friend For Poverty Law Advocates, Clearinghouse Review, vol. 29, 1995-1996, s. 774 vd.

¹²² Ruben Garcia, s. 342.

¹²³ Chan, s. 398.

¹²⁴ The Schooner Exchange v. McFaddon, 11 U.S. (7 Cranch) 116.

¹²⁵ Green v. Biddle (1823) 21 U.S (8 Wheat.)1.

Daha sonra, bu kuruma olan ilgi topluluk davaları (*class suit*) ve hile iddialarının söz konusu olduğu davalar gibi birçok davada da artarak devam etmiştir. Hatta resmi müdafî ile “*amicus curiae*” arasındaki çizgi bile yok denecek kadar azalmıştır¹²⁶. Zamanla, “*amicus curiae*” oluşumu daha da yaygınlaşmış ve Yüksek Federal Mahkeme ve Eyalet Mahkemelerinin yanı sıra, ilk derece mahkemelerinde bile uygulanabilir hale gelmiştir. Siyaset bilimci Samuel Krislov, “*amicus brief*”lerin özellikle müvekkillerin hukuki yeteneğinin -delil bulma konusunda- zayıf olduğu durumlarda büyük önem taşıdığını savunmaktadır¹²⁷. Bu tip davalarda, güçlü bir *amicus* dilekçesi, neredeyse davanın esasını oluşturan belgelerin (*merits brief*) yerini tutmaktadır. Bununla beraber, davanın esasına yönelik belgeler yeterli olsa bile, bir *amicus* dilekçesi, mahkemenin kararına dayandırabileceği bir bilgi olarak, mahkeme açısından çok değerli bir yardımcı rol üstlenmektedir¹²⁸. Öyle ki, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarında dahi *amicus curiae* uygulaması görülmektedir¹²⁹. ICSID Tahkim Kuralları’nın 37/2. maddesi uyarınca *amicus* uygulamasına izin verilmektedir¹³⁰.

b. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinde Amicus Curiae

Amicus curiae müessesesine uluslararası alanda, özellikle insan hakları davalarında sıkça rastlanmaktadır¹³¹. *Amicus curiae* müessesesi, uluslararası

¹²⁶ Angell, s. 1018.

¹²⁷ Krislov, s. 711; Kelly J. Lynch, Best friends? Supreme Court Law Clerks On Effective Amicus Curiae Briefs, *Journal of Law and Politics*, vol. 20, 2004, s. 34.

¹²⁸ Krislov, s. 711; Brown v. Board of Education of Topeka, 347 U.S 483, 1954.

¹²⁹ Eugenia Levine, Amicus Curiae In International Investment Arbitration: The Implications Of An Increase In Third-Part Participation, *Berkeley Journal of International Law*, 2011, vol. 29, s. 200 vd; Andrew de Lotbinière McDougall/Ank Santens, ICSID Tribunals Apply New Rules On Amicus Curiae, Mealey’s International Arbitration Report, 2007, vol. 22/2, http://www.whitecase.com/files/Publication/1c8e8d96-9588-4e86-8c13-523252138974/Presentation/PublicationAttachment/37e1af34-0172-4412-a094-5639d34243e6/article_ICSID_Tribunals.pdf (çevrimiçi 15.12.2011).

¹³⁰ Eugenia Levine, s. 210. Örnek karar için bkz. Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania, ICSID Case No. ARB/05/22, Procedural Order No. 5 (February 2, 2007), http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC1589_En&caseId=C67 (çevrimiçi 15.12.2011).

¹³¹ Chan, s. 399.

boyutta “üçüncü taraf” (*third party*) statüsü altında düzenlenmekte; bu da Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)’nin 36. maddesi ve mahkeme iç tüzüğü’nün 44. kuralında detaylandırılmaktadır. *Amicus curiae* müessesesine, AİHS’nin 36. maddesinde üçüncü şahsın¹³² müdahalesi (*third party intervention*) başlığı altında yer verilmektedir. Bu hükmün birinci bendinde *Daire ve Büyük Daire önündeki tüm davalarda, vatandaşlarından birinin başvuran taraf olması halinde, Yüksek Sözleşmecî tarafın yazılı görüş sunma ve duruşmalarda bulunma hakkının olduğu ve ikinci bendinde mahkeme başkanının, adaletin doğru sağlanabilmesi amacıyla, yargılamada taraf olmayan herhangi bir Yüksek Sözleşmecî Tarafı yazılı görüş sunma veya duruşmalara katılmaya davet edebileceği* belirtilmektedir.

Mahkemenin *amicus curiae* uygulamasına temel olarak üç tip katılım söz konusu olmaktadır¹³³: 1-AİHM önünde görülen davada menfaati olan kişiler tarafından¹³⁴; 2-Özel hukuki uzmanlığa veya bilgiye sahip tüzel kişi,

¹³² Çalışmada “*third party intervention*” kavramının, üçüncü tarafın müdahalesi şeklinde Türkçeleştirmek yerine “üçüncü şahsın müdahalesi” olarak Türkçeleştirilmesi tercih edilmiştir. Çünkü AİHM uygulamasında 36. madde kapsamında, mahkeme Yüksek Sözleşmecî Tarafın görüş bildirmesine ya da duruşmaya katılmasına izin verecektir. *Amicus curiae* uygulaması, fer’i müdahale’ye benzese de fer’i müdahale kurumundan farklılık arz etmektedir; çünkü fer’i müdahalede üçüncü kişi, davayı kazanmasında yararlı olan taraf yanında davaya katılmakta ve yanında katıldığı tarafı bu davada koruyarak, hukuki durumunun olumsuz etkilenmesini önlemeye çalışmaktadır, Hakan **Pekcanitez**, Medeni Usul Hukukunda Fer’i Müdahale, Ankara 1992, s. 21. *Amicus curiae* müessesesinde ise *amicus* taraflardan birinin yardımcısı değildir, mahkemenin adil bir karar vermesi amacıyla davaya katılarak görüş bildirmektedir. Bu anlattıklarımızdan hareketle, AİHS’nin 36. maddesinde bahsedilen taraf, AİHS’e taraf Yüksek Sözleşmecî taraf (devlet) anlamında kullanılmaktadır. Yani müdahil olabilmek için mutlaka AİHS’e taraf olmak gerekmele birlikte, müdahil olacakların davaya taraf olmaması gerekmektedir. Dolayısıyla burada kavram benzerliğinden kaynaklanan bir karışıklık söz konusudur. Ayrıca AİHM açıkça, *amicus curiae*’nin davaya taraf olmadığını belirtmiştir. Bu doğrultuda, örneğin başvurandan farklı olarak *amicus*, AİHS’in 41. maddesinde düzenlenen “zarar görenin tazmini” konusunda hiçbir hak idda edemeyecektir, *Koua Poirrez v. France*, no. 40892/98, Chamber (Second section), Judgement 30.09.2003, 124, §68-69, <http://www.svb.nl/images/4089298.pdf> (çevrimiçi 15.12.2011).

¹³³ Lance **Bartholomeuz**, The Amicus Curiae Before International Courts And Tribunals, Non-State Actors And International Law, vol. 5, 2005, s. 209-286.

¹³⁴ İlgili diğer kararlar: Monako Prensesi Caroline bir Alman magazin yayıncısının yayınladığı fotoğraflardan şikayetçi olmuştur. Sonrasında İnsan Hakları Mahkemesine taşınan

grup veya kişiler tarafından¹³⁵; 3- Başvuranla yakın görüşe sahip ve aynı endüstri grubundaki menfaat sahipleri tarafından yapılan başvurulardan oluşmaktadır.

İlk tip katılana örnek olarak, sekiz İngiliz vatandaşının Heathrow Havaalanı'nın sebep olduğu yüksek ses seviyesinden şikayetçi olduğu davayı gösterebiliriz. Bu davada Heathrow Havaalanı'nın başlıca kullanıcısı olan British Airways'in yazılı görüşünü bildirmesine mahkemece izin verilmiştir¹³⁶. Diğer bir davada, on Türk başvuran, bir şirketin imtiyazlı izin alarak altın çıkardığı bir alanda yaşamakta ve şirketin izninin iptalini talep

davada yayıncının davaya katılmasına mahkemece izin verilmiştir, *von Hannover v. Germany*, no. 59320/00, Chamber (Third section), Judgement 24 June 2004. Bir başka örnek olarak, başvuran tarafından öldürülmüş olan çocuğun ebeveynlerinin mahkemede yazılı ve sözlü görüş bildirmelerine izin verilmiştir, *T. v. United Kingdom*, no. 24724/94, Grand Chamber, Judgement, 16 December 1999, <http://www.worldlii.org/eu/cases/ECHR/2004/294.html> (çevrimiçi 15.12.2011).

¹³⁵ Demokratik Toplum Partisinin AYM kararı ile kapatılması üzerine bu partinin dört kurucusu AİHM'e başvurmuştur. Bu dört kurucunun milletvekili dokunulmazlığı düşürülerek vatanın bölünmez bütünlüğünü bozmak suçundan hüküm giymişlerdir. Başvuranlar haklarındaki ceza yargılamasının siyasi amaçlı olduğunu ileri sürmüşlerdir. AİHM, Parlamentolararası Birlik (*IPU- The Inter-Parliamentary Union*)'in yazılı görüş bildirmesine izin vermiştir. Ayrıca mahkeme bir sivil toplum kuruluşu olan INTERRIGHTS'in görüş bildirmesine de izin vermiştir, *Sadak and Others v. Turkey* (No. 2), no. 25144/94, 26149/95 to 26154/95, 27100/95 and 27101/95, Chamber (Fourth Section) Judgement 11 June 2002. Mahkeme kararında IPU'nun birçok görüşüne gönderme yapmıştır, *Sadak and Others v. Turkey* (No. 1), no.29900/96, 29901/96, 29902/96 and 29903/96, Chamber (First Section), Judgement 17 July 2001, <http://www3.eurolii.org/eu/cases/ECHR/2006/1310.html> (çevrimiçi 15.12.2011) *Pretty v. United Kingdom* davasında ise, ölüme yardım ve ötenazi konusunda AİHM, Gönüllü Ötenazi Topluluğu (*Voluntary Euthanasia Society*) ve Katolik Piskoposlar (*Catholic Bishops*) örgütleri'nin görüşlerini bildirmelerine izin vermiştir. Bu iki örgüt, mahkemeye birbirine zıt görüşler bildirmişlerdir, *Pretty v. United Kingdom*, no. 2346/02, Chamber (Fourth Section), Judgement 29 April 2002, http://www.pusc.it/can/p_martinagar/Irgiurisprinternaz/HUDOC/Pretty/PRETTY%20vs%20UNITED%20KINGDOMen2346-02.pdf (çevrimiçi 15.12.2011).

¹³⁶ *Hatton and Others v. United Kingdom*, no. 36022/97, Chamber (Third section), Judgement, 2 October 2001, <http://sim.law.uu.nl/sim/caselaw/Hof.nsf/1d4d0dd240bfee7ec12568490035df05/bfe2e060d4047c2ec1256adb0026636c?OpenDocument> (çevrimiçi 15.12.2011).

etmekteydi. Mahkeme, altın çıkarıcı şirketin yazılı görüş bildirmesine izin vermiştir¹³⁷.

İkinci tip katılana örnek olarak, *Pini, Bertani, Manera and Atripaldi v. Roumenia* davasını gösterebiliriz. Mahkeme bu davada, Romanya'nın Avrupa Birliği üyeliğine yönelik başvurusunu inceleyen ve Romen evlat edinme uygulamasını bilen Avrupa Parlamentosu'ndan özel bir raportörün görüş bildirmesine kabul etmiştir¹³⁸. Homoseksüellere yapılan muamelelerde farklılık ve ayrımcılıktan doğan *Karner v. Austria* davasında ise mahkeme, üç sivil toplum örgütüne görüş bildirmesi için izin vermiştir. Bu sivil toplum örgütleri (Liberty, ILGA Europe, Stonewall) cinsel eğilimler hususunda ayrımcılık meselesinde uzmanlığı olan örgütlerdir. Mahkeme bu örgütlerin görüş bildirmesiyle bütün Yüksek Sözleşmeciler Taraf devletler açısından meselenin önemini altının çizileceğini belirtmiştir¹³⁹.

Son tip katılıma örnek olarak, Monako Prensesi Caroline'in bir Alman magazin editörünün yayınladığı fotoğraflardan şikayetçi olduğu davada, mahkeme Alman Magazin Yayıncıları Derneğinin (*Verband Deutscher Zeitschriftenverleger*) görüş bildirmesine izin vermiştir¹⁴⁰.

AIHM ağırlıklı olarak davaya müdahale edenlerin yazılı görüş bildirmesine izin verse de, çok nadir olarak sözlü görüş bildirmeye de izin vermektedir¹⁴¹.

¹³⁷ Taşkın and Others v. Turkey, no. 46117/99, Chamber (Third section), Judgement 10 November 2004, <http://www.rimmrights.org/Documents/2005turkeytaskinandothers.PDF> (çevrimiçi 15.12.2011).

¹³⁸ Pini, Bertani, Manera and Atripaldi v. Roumenia, no. 78028/01 and 78030/01, Chamber (Second Section), Judgement 22 June 2004, <http://sim.law.uu.nl/sim/caselaw/Hof.nsf/1d4d0dd240bfec7ec12568490035df05/bbf2716c7df25b01c1256ec1002b1295?OpenDocument> (çevrimiçi 15.12.2011).

¹³⁹ Karner v. Austria, no. 40016/98, Chamber (First Section), Judgement, 24 July 2003, §27.

¹⁴⁰ von Hannover v. Germany, no. 59320/00, Chamber (Third Section), Judgement, 24 June 2004.

¹⁴¹ 1998-2005 yılları arasında kabul edilen otuz beş amicus uygulamasından sadece üçünde amicus sözlü görüş bildirmiştir, Karner v. Austria, no. 40016/98, Judgement, Chamber (First Section), 24 July 2003, at 132; T v. United Kingdom, no. 24724/94, Judgement, Grand Chamber, 16 December 1999, at 127; Pini, Bertani, Manera and Atripaldi v.

Uluslararası alanda oluşturulan bu *amicus* dilekçelerinin büyük çoğunluğu sivil toplum örgütleri tarafından oluşturulmaktadır. Bu sivil toplum örgütleri mahkemenin doğru ve adil bir karar vermesi adına görüş bildirebilmektedir. Örneğin, *Lingens v. Austria*¹⁴² davasında, Uluslararası Basın Enstitüsü (*International Press Institute*) İnsan Haklarının Hukuken Korunması için Uluslararası Merkez (*INTERIGHTS- The International Centre For The Legal Protection Of Human Rights*)'in de yardımıyla yazılı görüş bildirmiştir. Aynı şekilde, *Soering v. U.K*¹⁴³ davasında, davalı suçlu bulunduğu takdirde, bu suçlunun ABD'ye iadesi söz konusu olacak ve idam cezasına mahkum edilecektir. Bu davada Uluslararası Af Örgütü (*Amnesty International*) ölüm hücresi cezası ve Avrupa'da idam cezasına ilişkin hukuki düzenlemeler hakkında görüş bildiren uzun bir *amicus* dilekçesi vermiştir.

Nüfusun büyük çoğunluğunun dini duygularını rencide etmesi sebebiyle bir filmin yasaklanması üzerine açılan *Wingrove v. United Kingdom*¹⁴⁴ davasında ise, *INTERIGHTS* dine hakaret edilmesi (*blasphemy laws*) hakkında görüş ve bilgilerini bir *amicus* dilekçesiyle mahkemeye sunmuştur.

Bir başka önemli AİHM kararında açıkça üçüncü kişi statüsü yani *amicus curiae* olarak da bilinen müessese aracılığıyla, devletlere davaya yazılı ve sözlü incelemelerini bildirmelerine izin verilmiştir. Soile Lautsi adlı

Roumania, no. 78028/01 and 78030/01, Judgement, Chamber (Second section), 22 June 2004, at 122.

¹⁴² (1986) 8 EHRR 193. Bu davada, Lingens Avusturyalı bir gazeteci ve aynı zamanda söz konusu derginin editörüdür. Lingens Avusturya Şansölyesinin davranış ve tutumu hakkında bir Viyana dergisinde makale yazmış ve bu makalede Şansölye hakkında “fırsatçı, ahlaksız, şerefsiz” gibi ithamlarda bulunmuştur. Bunun üzerine Lingens'e iftira davası açılmıştır. Avusturya Ceza Kanunu'na göre, eğer bu ithamların doğruluğu iddia eden tarafından ispatlanırsa iftira suçu gerçekleşmemiş olmaktadır (Avusturya Ceza Kanunu madde 111). Lingens iddialarını doğrulayamamıştır ve suçlu bulunmuştur. Bunun üzerine Lingens Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinde, AİHS madde 10 gereğince düşünce özgürlüğünün ihlal edildiği gerekçesiyle şikayetçi olmuştur. AİHM, AİHS madde 10'un ihlal edildiğine karar vermiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. <http://sim.law.uu.nl/SIM/CaseLaw/hof.nsf/0/55babb6b1b20bbd9c1256640004c2384?OpenDocument> (çevrimiçi 30.11.2011).

¹⁴³ (1989) 11 EHRR 439.

¹⁴⁴ (1997) 24 EHRR 1.

İtalyan vatandaşının İtalya’da kamuya ait okullardaki sınıflarda çarmıha gerilmiş Hz. İsa figürlü haç (*crucifix*) bulunmasının laiklik ve devletin tarafsızlık ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle açtığı davada¹⁴⁵, AİHM tarihinde ilk defa bir davaya, davalı devletin yanında on Avrupa devletin birden katılmasına ve görüş bildirmesine izin vermiştir¹⁴⁶.

c. *Amicus Curiae* Hakkında Değerlendirme

Kısaca *amicus curiae*’yi önemli kılan noktayı belirtmek gerekirse, tarafların sahip olmadığı uzmanlığı ve ihtiyaç duyulan ek bilgiyi mahkemeye sunarak davanın önemini vurgulaması, ayrıca, çoğu zaman tarafların yapmadığı, ele almadığı hukuki tartışmaları da ele almasıdır¹⁴⁷.

2000 yılında yapılan bir araştırmaya göre, Amerikan Yüksek Mahkemesinde oluşturulan *amicus curiae* dilekçeleri elli yılda %800 artış göster-

¹⁴⁵ Lautsi and others v. Italy, application no. 30814/06, 18 March 2011, http://www.echr.coe.int/echr/resources/hudoc/lautsi_and_others_v_italy.pdf (çevrimiçi 15.12.2011).

¹⁴⁶ Mahkemenin bu talebe olumlu yanıt vermesinin ardından, Ermenistan, Bulgaristan, Güney Kıbrıs Rum Kesimi, Yunanistan, Litvanya, Malta, Monako, Romanya, Rusya ve San Marino hükümetleri davaya katılmışlardır. Bu devletlere ek olarak Avrupa Parlamentosu’nun Hristiyan Demokrat ve muhafazakâr gruplarına mensup, çoğunluğu İtalyan ve Polonyalı otuz üç parlamenter de davanın yazılı aşamasına görüşleriyle katılmışlardır. “European Centre for Law and Justice”, “Zentralkomitee des deutschen Katholiken”, “Semaines sociales de France” ve “Associazioni cristiane lavoratori italiani” (İtalyan hükümetinin lehine) ve “Greek Helsinki Monitor”, “Associazione nazionale del libero Pensiero”, “Eurojuris”, “International Commission of Jurists”, “Interrights” ve “Human Rights Watch” (davacı Soile Lautsi’nin lehine) görüş bildirmişlerdir. AİHM, madde 2 ve 10’un ihlal edilmediğine karar vermiştir. Kararı ayrıntılı olarak incelemek için bkz. http://www.echr.coe.int/echr/resources/hudoc/lautsi_and_others_v_italy.pdf (çevrimiçi 01.12.2011). *Crucifix* davası AİHM bakımından önemli bir emsal teşkil etmektedir. Çünkü genellikle üye devletler müdahil olmaktan kaçınmakta ve dava sadece devletin vatandaşını etkilediği zaman madde 36/1 kapsamında müdahil olmaktadır. Bu davada on devlet birden müdahil olarak aslında mahkemeye, yetkisinin sınırlarını, üye devletlerin istekleri aleyhine olarak yeni haklar yaratma sınırını açıklamaktadırlar. Bu müdahale bir nevi gücün dengelenmesi olarak görülmektedir.

¹⁴⁷ Flango/Bross/Corbally, s. 180 vd.

miştir¹⁴⁸. Buna göre: 20. yüzyılın ilk dönemlerinde Yüksek Mahkeme önünde görülen davaların %10'unda *amicus curiae* uygulaması söz konusu olurken¹⁴⁹; 1986-1995 arasında mahkemenin gördüğü davaların %85'inde *amicus curiae* usulu gerçekleştirilmiştir¹⁵⁰. 1996-2003 yılları arasında görülen davaların %95'inde en az bir *amicus* dilekçesi oluşturulmuştur¹⁵¹. Şu an mevcut Amerikan hukukunda geçmişe nazaran daha fazla *amicus curiae* dilekçesi oluşturulmaktadır. Aslında bu artış tüm eyaletler dikkate alınarak yapılan bir artışı ifade etmektedir. Eyaletlere göre ise artış oranlarında büyük farklılıklar söz konusudur. Örneğin, 2004 yılında yapılan bir araştırmaya göre, on sekiz eyalette bu oran artmışken, on üç eyalette bu oran sabit kalmış ve on dokuz eyalette bu oran düşme göstermiştir¹⁵². Amerikan hukukunda son yıllarda *amicus curiae* dilekçelerinin gereksiz görülerek sayılarının azaltılması amacıyla araştırmalar yapılmaya başlanmıştır. Bu doğrultuda bu dilekçelerin çoğunluğu gereksiz görülerek reddedilmektedir ve mahkemeye de zaman kaybettirmektedir¹⁵³. Faydaları görülse de zamanla mahkemeden çok, taraflardan birinin “arkadaşı” konumuna gelmişlerdir. Kurland, *amicus curiae*'lere karşı çıkmakta ve bu dilekçelerin kimse tarafından okunmadığını düşünmektedir¹⁵⁴. Bazı yazarlar ise *amicus curiae* dilekçelerinin okunmasının bile zaman kaybından ibaret olduğunu ileri sürmektedirler¹⁵⁵. Diğer taraftan bazı yazarlar ise *amicus* dilekçelerinin çok da önemli olmadığı yönünde düşünenlerin aslında bir kavram kargaşası yaşadığını belirtmek-

¹⁴⁸ Joseph D. **Kearney**/Thomas W. **Merrill**, The Influence Of Amicus Curiae Briefs On The Supreme Court, University of Pennsylvania Law Review, vol. 148, s. 749.

¹⁴⁹ **Kearney/Merrill**, s. 744.

¹⁵⁰ **Kearney/Merrill**, s. 744, 753.

¹⁵¹ Ryan J. **Owens**/Lee **Epstein**, Amici Curiae During The Rehnquist Years, Judicature, vol. 89, 2005, s. 129.

¹⁵² Sarah F. **Corbally**/Donald C. **Bross**/Victor E. **Flango**, Filing Of Amicus Curiae Briefs In State Courts Of Last Resort: 1960-2000, Justice System Journal, vol. 25, 2004, s. 44 vd.

¹⁵³ Voices for Choices v. III Bell Tel. Co., 339 F. 3d 542, 544 (7. Circuit 2003) <http://caselaw.findlaw.com/us-7th-circuit/1293418.html> (çevrimiçi 15.12.2011); Ryan v. Commodity Futures Trading Comm'n, 125 F 3d 1062 (7. Circuit 1997).

¹⁵⁴ Bill **Winter**, Critiquing The Supreme Court, ABA, vol. 69/4, April 1983, s. 424.

¹⁵⁵ Philip B. **Kurland**/Dennis J. **Hutchinson**, The Business Of The Supreme Court O.T 1982, University of Chicago Law Review, vol. 50, 1983, s. 647.

tedir¹⁵⁶. Şöyle ki Ennis'e göre, bazılarınca *amicus* dilekçeleri pasta üzerindeki krema olarak görülse de, yazara göre, *amicus* dilekçeleri pastanın kendisidir¹⁵⁷.

AİHM ise *amici curiae* uygulamasına iki temel sebeple izin vermektedir: Öncelikle hukuki menfaatleri etkilenen taraflar için “*due process*”¹⁵⁸ kapsamında etkili bir yöntem olacağı durumlarda ve ikinci olarak ise kamu yararına çalışan grupların AİHM kararlarına önemli meselelerde katkıda bulunacağı hallerde mahkeme *amicus curiae* uygulamasına izin verecektir¹⁵⁹.

Kanaatimizce, *amicus curiae* dilekçeleri tarafların ileri sürdüğü iddia ve vakıaların ötesinde davayı besleyici bilgiler içeriyor¹⁶⁰, hakimi yormadan kısa ve öz bilgilerle oluşturmuşsa, bu doğrultuda da yargılamanın uzamasına neden olmuyorsa yargılama için büyük önem taşıyan ve gerekli olan bir yöntemdir.

5. Vakıaları Doğrulayan Teknisyenler/ Danışman/ Bilirkişi (*Technicien Constatant/Consultateur/Expertise*)

Fransız hukukunda, CPC'nin beşinci bölümünde bilirkişi tarafından yapılan hazırlık soruşturması (*mesures d'instruction exécutées par un technicien*¹⁶¹) başlığı altında üç tür bilirkişilik öngörülmüştür. Bunlardan ilki, basit teknik sorulara cevaplar bulan “*constatation or factual verification*”; yani gerçeği meydana çıkarmaya yarayan bilirkişilerdir. Bu kişiler

¹⁵⁶ Bruce J. Ennis, Effective Amicus Briefs, Catholic University Law Review, vol. 33, s. 603.

¹⁵⁷ Ennis, s. 603.

¹⁵⁸ *Due process* kavramı aslında ilk şekilde sadece usuli güvenceleri sağlamak amacı ile düzenlenmiş bir kavramdır. Bugünkü anlamı usuli bir güvenceyi fazlasıyla aşmış ve usul yanında gerek federal, gerekse federe devletlerin tasarruflarının içeriğini de denetleme imkanı yaratan maddi *due process*, mahkeme içtihatlarıyla Amerikan hukukunun bir parçası haline gelmiştir, Kerem Altıparmak, “Due Process Of Law” Kavramının Amerikan Hukukundaki Yeri Üzerine Bir İnceleme, AÜHFD 1996, cilt 45, sayı 1-4, s. 219.

¹⁵⁹ Bartholomeuz, s. 241.

¹⁶⁰ Ruben Garcia, s. 321 vd.

¹⁶¹ Üç tür bilirkişinin var olmasından ötürü bunların hepsini kapsayacak bir sözcük olarak CPC'de “*technicien*”; yani teknisyen kullanılmıştır.

(*technicien constatant*), buldukları sonuçlara yönelik olarak fikirlerini belirtmezler (CPC madde 249). Bu türde sadece basit teknik sorunlara yönelik cevaplar arandığından, dava sürecinin de uzaması engellenmiş olur. Bu tür, bilirkişiliğin en basit ve yalın hali olduğu için, bulguların hukuki sonuçları (*conséquences de fait ou de droit*) veya hukuki güvenilirliği hakkında görüş bildirilemez (CPC madde 249/2).

İkinci tip bilirkişi incelemesi ise “*consultation*”; yani danışmadır. Danışma, basit şekilde bilgi-kanıt toplama ile tam anlamıyla gelişmiş bilirkişi anlayışının orta noktasında yer almaktadır (CPC madde 256). Mini bilirkişi “*mini-expertise*” de diyebileceğimiz bu türde, tam anlamıyla gelişmiş bir bilirkişilik kurumuna göre daha az resmi ve daha kolay yürütülebilen bir yöntem söz konusudur.

Üçüncü olarak tam anlamıyla gelişmiş bilirkişi “*expertise*” kurumundan bahsedebiliriz. Bu üçüncü tür, bilirkişi incelemesi türlerinden en karmaşık olanıdır. Buna göre, bir veya daha fazla bilirkişi araştırma yapar ve belirli bir konuda fikir beyan eder. Bu tip bilirkişi de kendi içinde üçe ayrılır: 1- Sevimli bilirkişi (*expertise aimable*)¹⁶², 2- Gayri-resmi bilirkişi (*expertise officieuse*)¹⁶³, 3- Adli bilirkişi (*expertise judiciaire*)¹⁶⁴. İşte Fransız hukukunda uzman kişiler tarafından farklı seviyelerde yapılan bu incelemeler, çeşitli bilirkişi türlerinin oluşumuna neden olmuştur.

6. Bilim Mahkemesi (*Science Court*)

Amerikan hukukunda, bilirkişilik müessesesine ilişkin sorunların çözümüne yönelik olarak bir bilim mahkemesi “*science court*” oluşturulması önerilmiş ve bu konu tartışılmış olsa da, gerçeklik boyutuna taşınamamıştır. Bilim mahkemesi kurulması önerilirken birden çok model önerilmiş, fakat

¹⁶² «*Friendly expert*” denilen bu tür bilirkişiliğin hukuki dayanağı, taraflar arasında yapılan bir sözleşmedir. Bu tip bilirkişiler mahkemenin memuru değildir; tarafların vekilidir, **Taylor**, s. 200.

¹⁶³ Taraflardan birinin talebi üzerine, davanın vakıalarını değerlendirmek üzere görev yapar, **Taylor**, s. 200-201.

¹⁶⁴ Mahkeme tarafından, taraflardan biri veya her iki tarafın da talebiyle yahut da mahkemenin kendi inisiyatifıyla başvuru kişilerdir. Bu tür bilirkişiler mahkemenin memuru konumundadır, **Taylor**, s. 201.

bunların içinde en dikkat çekenini “*The Kantrowitz Model*” olmuştur¹⁶⁵. Bu mahkemeye seçkin bilim adamlarından oluşturulmuş bir hakim heyetinin seçilmesi öngörülmekteydi¹⁶⁶. Bilim mahkemesine karşı oluşturulan en dikkat çekici aleyhtar görüş, bu mahkemenin aslında etkisiz olacağını düşünmeyip, tam tersine bu mahkemenin vermiş olduğu kararların kesin bilimsel meselelere dayanacağı korkusudur. Yani tahmin edilenin aksine bilimsel sonuçların çok etkili olacağı düşüncesidir¹⁶⁷. Kurulması önerilen bilim mahkemesinde bilimsel doğrular (*scientific truth*) belirlenmek amaçlanmıyordu. Asıl amaç acil cevap bekleyen sorunlara geçici çözümler bulmaktır¹⁶⁸.

Kanaatimizce bir bilim mahkemesi oluşturmak gerçekleşmesi zor bir hayalden ibarettir. Böyle bir bilim mahkemesinin hukuk sistemi içine yerleştirilmesini mümkün görmemekteyiz.

SONUÇ

Bilirkişi müessesesi Anglo-Amerikan hukukunda, jürinin sorunlu vakıalar üzerinde doğru değerlendirmeler yapabilmesi bakımından; Türk hukukunda ise, hakimin karar vermesine yardımcı olması bakımından etkili ve önemli bir yoldur. Bilirkişinin Anglo-Amerikan hukukunda görevi, jürinin gerekçeli bir tespit yapabilmesi için zorunlu olan bilginin sağlanabilmesi için, karmaşık konuları ortalama bir insanın anlayabileceği hale sokarak, açıklama yapmaktır. Ancak günümüzde jüri davalarda, bilirkişi ifadesi büyük oranda jürinin tespitlerini etkilemekte ve jürinin, bilirkişinin görüşlerini olduğu gibi kabul etmesine ve maalesef bu konuda kendisinin yeterince düşünmemesine sebep olmaktadır.

¹⁶⁵ James A. **Martin**, The Proposed “Science Court”, Michigan Law Review, vol. 75, April-May 1977, s. 1064-1069.

¹⁶⁶ Carol Henderson **Garcia**, Expert Witness Malpractice: A Solution To The Problem Of The Negligent Expert Witness, Mississippi College Law Review, vol. 12, 1991-1992, s. 60.

¹⁶⁷ **Martin**, s.1084, hatta kurulması önerilen bilim mahkemesinin adının, yapısı itibarıyla aslında “Bilim Yüksek Mahkemesi (*The Supreme Court of Science*)” olması tasarlanmaktaydı.

¹⁶⁸ **Martin**, s. 1085.

Türk hukukunda ise hakimlerin neredeyse her konuda ve en küçük duraksama yaşadıkları anda, kendilerinin araştırma ve inceleme yapmadan bilirkişi görüşüne başvurması; bilirkişiye gidilmesi gereken hallerde ise işin bütününe -sorunlar ayrıştırılmadan ve asıl istenen belirtilmeden- bilirkişiye bırakılması ve alınan raporların da aynen karara aktarılması önemli bir sorun haline gelmiştir. Bu durum özellikle Anayasa ile güvence altına alınmış olan yargı yetkisinin devredilmezliği ilkesine aykırılık teşkil etmektedir. Buradaki tehlikeli noktalardan biri de bilirkişi raporlarının tartışılmadan aynen hükme esas alınmasıdır. Hakim kural olarak bilirkişi kararı ile bağlı değildir ve bilirkişi raporunu inceleyerek takdir edecek olan hakimdir.

Amerikan hukukunda ister jürili ister jürisiz sistem olsun, uygulanacak hukuku belirleyecek ve onu yorumlayacak olan tek kişi hakim kendisidir. Yani hakim hukukun uygulanması konusunda davanın tek bilirkişisidir; dolayısıyla başka bir bilirkişi yardımına gerek yoktur. Bununla birlikte, hukukun karmaşık alanlarında hakim karar vermesi zorlaşacaktır ve hatta kimi zaman hakim hukuki bilgisi yetmeyecektir. Bu konuda Amerikan hukukunda hakim gerekli uzmanlığı edinebilmesi için, hukuki bilirkişi tanıklığına başvurmasına gerek kalmadan, çeşitli olanaklar sunulmuştur. Örneğin, hakim, görevleri hukuki araştırma ve analiz yapmak da olan adli memurları (*judicial clerks*) vardır. Hakim hukuki anlamda bilgisini eksik ve yetersiz hissettiği durumlarda uygulanacak hukuk hakkında bu danışmanlardan bilgi (*brief*) alabilmektedir.

Diğer bir konu ise Anglo-Amerikan hukukundan farklı olarak Türk ve Fransız hukuklarında taraf bilirkişiliğinin mevcut olmamasıdır. Açıkçası bu tür bilirkişiliğin düzenlenmemiş olmasını hukukumuz açısından olumlu görmekteyiz. Çünkü Anglo-Amerikan hukukunda şiddetle taraf bilirkişiliğinin adeta taraflar arasında bilirkişi savaşına dönüştüğünü ve bilirkişiliğin tarafsızlığına ve objektifliğine olan güveni azalttığına ilişkin birçok eleştiri söz konusu olmaktadır. Hatta Anglo-Amerikan hukukunda dahi tıpkı Türk hukukunda olduğu üzere mahkeme tarafından atanan (*court-appointed*) bilirkişiliğe doğru bir geçiş arzusu mevcuttur. Biz, bilirkişilerin mahkeme tarafından atanmasını, taraf bilirkişiliğinden daha tatminkar bulmaktayız. Özellikle bilirkişi ücretinin mahkeme tarafından ödenmesi bilirkişinin tarafsız-

lığının sağlanması açısından önem arz etmektedir¹⁶⁹. Ayrıca, tarafların ayrı ayrı bilirkişi getirerek onlara kendi görüşleri için etki yapması ve çatışan iki rapor ortaya çıkması mümkünken bilirkişilerin mahkeme tarafından atıldığı halde, hem bilirkişi raporu taraflardan bağımsız olacak, hem de hakim çatışan iki görüş arasında seçim yapmak zorunda kalmayacaktır. Böylece para ve zaman kaybı da azalacaktır.

Türk hukukunda olduğu üzere, Anglo-Amerikan ve Fransız hukuklarında da yargılamanın uzun sürmesi, yargılama masraflarının yüksek olması ve özellikle hukuki konularda bilirkişiye gidilmesi eleştirilen önemli hususlardandır. Bu eleştirilere karşılık, yabancı hukuklarda hakime yardım edecek çeşitli alternatif müesseseler yoluyla bu sorunların çözülmesi önerilmiştir:

Amerikan hukukunda FRE'nin 53. maddesi gereğince "jürinin olduğu davalarda, davaya ilişkin meseleler karmaşıksa; jürinin olmadığı davalarda, zararların hesaplanmasının zor olduğu durumlarda, istisnai bir durumun var olduğunu göstermek şartıyla özel uzman tayin edilebilir" denilmiştir.

Yine Amerikan hukukunda içtihatlarla ortaya çıkan teknik danışman yöntemi, Federal Kanun'a dayanmayan istisnai bir yöntemdir. Bu kişiler, hakimin ilgili konuda beceri ve uzmanlığının olmadığı ve hakime ait hukuki görev alanına girmeden hüküm verilmesini hızlandırma amacı taşıyan durumlarda mahkemece görevlendirilen kişilerdir.

Bu doğrultuda İngiliz hukukunda danışmanlar (*lay assessors*) mahkemenin bir üyesi sıfatına sahip olmadan, uzman olarak bir hakimin yanında yer alırlar ve hakime tavsiyede bulunurlar. Bu danışmanların temel görevi, delilleri dinlemek ve kararın oluşturulmasında ve meselenin yorumlanmasında gerekebilecek yardımları hakime sunmaktır. Fakat son kararı yine hakim kendi takdir edecektir.

Amicus curiae ise davanın taraflarının bakış açısından farklı bir şekilde sorunlara yaklaşmakta ve meseleye uygulanacak hukuk kurallarının karmaşıklaşması karşısında, mahkemenin meseleyi algılamasını kolaylaştırmaktadır.

¹⁶⁹ Samuel R. Gross, Expert Evidence, Wisconsin Law Review, vol. 1991, 1991, s. 1224 vd.

Bibliyografya

- Abraham**, Henry J.: *The Judicial Process, An Introductory Analysis Of The Courts Of The United States, England, and France*, New York 1998.
- Altıparmak**, Kerem: “Due Process Of Law” Kavramının Amerikan Hukukundaki Yeri Üzerine Bir İnceleme, *AÜHFD* 1996, cilt 45, sayı 1-4, s. 219.
- Angell**, Ernest: *The Amicus Curiae American Development Of English Institutions, International And Comparative Law Quarterly*, vol. 16, 1967, s. 1017-1044.
- Bartholomeuz**, Lance: *The Amicus Curiae Before International Courts And Tribunals, Non-State Actors and International Law*, vol. 5, 2005, s. 209-286.
- Blom-Cooper QC**, Sir Louis: *Experts In The Civil Courts, Expert Witness Institute*, Oxford 2006.
- Borel**, Jacques/**Boyd**, Stephen M.: *Opportunities For And Obstacles to Obtaining Evidence In France For Use In Litigation In The United States*, *International Law Review*, vol. 13, 1979, s. 35-45.
- Brazil**, Wayne D.: *Special Masters In Complex Cases: Extending The Judiciary Or Reshaping Adjudication?*, *The University Of Chicago Law Review*, vol. 53/2, Spring 1986, s. 394-423.
- Browne**, M. Neil/**Williamson**, Carrie L./**Barkacs**, Linda L.: *The Perspectival Nature Of Expert Testimony In The United States, England, Korea, And France*, *Connecticut Journal of International Law*, vol. 18, 2002.
- Bryant**, James R.: *The Office of Master In Chancery: Colonial Development*, *American Bar Association Journal*, vol. 40, July 1954, s. 595-598.
- Budak**, Ali Cem: *Anglo Amerikan Medeni Yargılama Hukukunda Bilirkişilik (Uzman Tanıklar)*, *İstanbul Barosu Dergisi*, 1991, sayı 10-12, s. 827-841.

- Cecil**, Joe S./**Willging**, Thomas E.: Court-Appointed Experts, Reference Manual On Scientific Evidence, 1994, s. 529-573.
- Champagne**, Anthony/**Easterling**, Danny/**Shuman**, Daniel W./**Tomkins**, Alan/**Whitaker**, Elizabeth: Are Court-Appointed Experts The Solution To The Problems Of Expert Testimony, *Judicature*, vol. 84/4, January-February 2001, s. 178-183.
- Chan**, Johannes: Amicus Curiae and Non-Party Intervention Focus on The *Ma Case*, *Hong-Kong Law Journal*, vol. 27, 1997, s. 391-404.
- Cope**, Sophia: Ripe For Revision: A Critique Of Federal Rule Of Evidence 706 and The Use Of Court-Appointed Experts, *Gonzaga Law Review*, vol. 39, 2003/04, s. 163-196.
- Corbally**, Sarah. F./**Bross**, Donald. C./**Flango**, Victor. E: Filing of Amicus Curiae Briefs in State Courts of Last Resort: 1960-2000, *Justice System Journal*, vol. 25, 2004, s. 39-56.
- Covey**, Frank M.: Amicus Curiae: Friend Of The Court, *De Paul Law Review*, vol. 9, 1959-1960, s. 3037.
- DeCoux**, Elizabeth L.: The Admission Of Unreliable Expert Testimony Offered By The Prosecution: What's Wrong With Daubert And How To Make It Right, *Utah Law Review*, vol. 2007, 2007, s. 131-166.
- DeGraw**, James S.: Rule 53, Inherent Powers And, Institutional Reform: The Lack Of Limits On Special Masters, *New York University Law Review*, vol. 66, 1991, s. 800-849.
- Demirkapı**, Ertan: Anglo-Amerikan Hukukunda Bilirkişilik Kurumunda Yeni Eğilimler, *DEÜHFD*, 2003, sayı 2, cilt 5, s. 39-75.
- Deryal**, Yahya: *Türk Hukukunda Bilirkişilik*, Ankara 2004.
- Di Lello**, Edward V.: Fighting Fire with Firefighters: A Proposal for Expert Judges at the Trial Level, *Columbia Law Review*, vol. 93, 1993, s. 473-507.
- Duncan**, David W.: A Little Tour in France: Surrogate Motherhood and Amici Curiae in the French Legal System, *Western State University Law Review*, vol. 21, 1993-1994, s. 447-465.
- Elliot**, Catherine/**Quinn**, Frances: *English Legal System*, 2002.

- Ennis**, Bruce J.: Effective Amicus Briefs, *Catholic University Law Review*, vol. 33, 1984, s. 603-610.
- Flango**, Victor E./**Bross**, Donald C./**Corbally**, Sarah: Amicus Curiae Briefs: The Court's Perspective, *The Justice System Journal*, vol. 27/2, 2006, s. 180-190.
- Freilich**, Robert H.: Editor's Comment: The Use of a Special Master in Complex Environmental Litigation, *The Urban Lawyer*, vol. 29/1, winter 1997, s. 1-12.
- Frey**, Andrew: Amici Curiae: Friends Of The Court Or Nuisances?, *Litigation*, vol. 33/1, 2006-2007, s. 5-6.
- Garcia**, Carol Henderson: Expert Witness Malpractice: A Solution To The Problem Of The Negligent Expert Witness, *Mississippi College Law Review*, vol. 12, 1991-1992, s. 39-72.
- Garcia**, Ruben J.: A Democratic Theory Of Amicus Advocacy, *Florida State University Law Review*, 2007-2008, vol. 35, s. 343-358, (Ruben Garcia).
- Güralp**, Ayşe Gülin: Anglo-Amerikan ve Kıta Avrupası Medeni Yargılama Hukuku Sistemlerindeki Reform Çalışmaları, *Yeni Gelişmeler Ve Türk Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi*, İstanbul 2011.
- Gürelli**, Nevzat: *Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik*, İstanbul 1967.
- Harper**, Fowler V./**Etherington**, Edwin D., *Lobbyists Before The Court*, *University Of Pennsylvania Law Review*, vol. 101, 1953, s. 1172-1177.
- Hebraud**, Pierre/**Raynaud**, Pierre: *Chronique De Procédure Civile*, *Revue Trimestrielle De Droit Civil*, vol. 58, 1959, s. 357vd.
- Hedman**, Susan: Friends Of The Earth And Friends Of The Court: Assessing The Impact Of Interest Group Amici Curiae In Environmental Cases Decided By The Supreme Court, *Virginia Environmental Law Journal*, vol. 10, 1990, s. 187-212.
- Hess**, Robert L.: Judges Cooperating With Scientists: A Proposal For More Effective Limits On The Federal Judge's Inherent Power To Appoint Technical Advisors, *Vanderbilt Law Review*, vol. 54, 2001, s. 547-589.

- Jurs**, Andrew W.: Balancing Legal Process With Scientific Expertise: A Comparative Assessment Of Expert Witness Methodology In Five Nations, And Suggestions For Reform Of Post-Daubert U.S. Reliability Determinations http://works.bepress.com/andrew_jurs/4 (çevrimiçi 10.11.2011).
- Kearney**, J. D./**Merrill** T. W.: The Influence Of Amicus Curiae Briefs On The Supreme Court, *University Of Pennsylvania Law Review*, vol. 148, s. 743-855.
- Kinley**, David/**Rose**, Alan: The Quest For The Truth: A Comparative Analysis Of The Role Of Experts In Litigation, *Australian Journal Of Forensic Sciences*, vol. 31/1, 1999, s. 5-18.
- Krislov**, Samuel: The Amicus Curiae Brief: From Friendship To Advocacy, *Yale Law Journal*, vol. 72, 1963, s. 694-721.
- Kurland**, Philip B./**Hutchinson**, Dennis J./**Benson**, Fred Joseph: Too Many Friends Of The Court, *ABA*, vol. 70, 1984, s. 16-21.
- Kurland**, Philip B./**Hutchinson**, Dennis J.: The Business Of The Supreme Court O.T 1982, *University Of Chicago Law Review*, vol. 50, 1983, s. 628-650.
- Langbein**, John H.: The German Advantage In Civil Procedure, *University Of Chicago Law Review*, vol. 52, 1985, s. 823-886.
- Leclerc**, Olivier: Les Réformes Du Droit De l'Expertise, *Revue experts*, n. 71, juin 2006, p. 2-19.
- Levine**, David I.: The Authority For The Appointment Of Remedial Special Masters In Federal Institutional Reform Litigation: The History Reconsidered, *University Of California Law Review*, vol. 17/3, Spring 1984, s. 753-805.
- Levine**, Eugenia: Amicus Curiae In International Investment Arbitration: The Implications Of An Increase In Third-Party Participation, *Berkeley Journal Of International Law*, vol. 29, 2011, s. 200-224.
- Lucas**, Allison: Friends Of The Court? The Ethics Of Amicus Curiae Brief Writing In First Amendment Litigation, *Fordham Law Journal*, vol. 26, 1999, s. 1605-1634.

- Lynch**, Kelly J.: Best Friends? Supreme Court Law Clerks On Effective Amicus Curiae Briefs, *Journal Of Law And Politics*, vol. 20, 2004, s. 33-75.
- Martin**, James A.: The Proposed “Science Court”, *Michigan Law Review*, vol. 75, April-May 1977, s. 1058-1091.
- McDougall**, Andrew de Lotbinière/**Santens**, Ank: ICSID Tribunals Apply New Rules On Amicus Curiae, *Mealey’s International Arbitration Report*, 2007, vol. 22/2, http://www.whitecase.com/files/Publication/1c8e8d96-9588-4e86-8c13-523252138974/Presentation/PublicationAttachment/37e1af34-0172-4412-a094-5639d34243e6/article_ICSID_Tribunals.pdf (çevrimiçi 15.12.2011)
- McLauchlan**, Judithanne Scourfield: *Congressional Participation As Amicus Curiae Before The U.S Supreme Court*, New York 2005.
- Munford**, Luther T: When Does The Curiae Need An Amicus?, *Journal Of Appellate Practice And Process*, vol. 1, 1999, s. 279-284.
- Owens**, Ryan J./**Epstein**, Lee: Amici Curiae During The Rehnquist Years, *Judicature*, vol. 89, 2005, s. 127-133.
- Pekcanitez**, Hakan/**Atalay**, Oğuz/**Özekes**, Muhammet: *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerine Göre Medeni Usul Hukuku*, 14. Bası, Ankara 2013.
- Pekcanitez**, Hakan: Özel Uzman (Bilirkişi) Görüşü ve Değerlendirilmesi, Prof. Dr. Saim Üstündağ’a Armağan, Ankara 2009, s. 397-418.
- Pekcanitez**, Hakan: *Medeni Usul Hukukunda Fer’i Müdahale*, Ankara 1992.
- Seidemann**, Ryan M./**Wilkins**, James G./**Heidel**, Mindy: Closing The Gate On Questionable Expert Witness Testimony: A Proposal To Institute Expert Review Panels, *Southern University Law Review*, vol. 33, 2055-2006, s. 29-91.
- Shelton**, Dinah: The Participation Of Nongovernmental Organizations In International Proceedings, *American Journal Of International Law*, vol. 88, 1994, s. 611-642.
- Silberman**, Linda J.: Judicial Adjuncts Revisited: The Proliferation Of Ad Hoc Procedure, *The University Of Pennsylvania Law Review*, vol. 137/6, June 1989, s. 2131-2178.

- Simpson**, Reagan William/**Vasaly**, Mary R.: The Amicus Brief: How To Be A Good Friend Of The Court, USA, 2004.
- Smith**, Paul M.: The Sometimes Troubled Relationship Between Courts And Their Friends, *Litigation*, vol. 24, 1998, s. 24-26.
- Sungaila**, Mary-Christine: Effective Amicus Practice Before The United States Supreme Court: A Case Study, *California Review Of Law And Women's Studies*, vol. 8, 1998-1999, s. 187-196.
- Tanverdi**, MÜcahit: Medeni Usul Hukukunda Bilirkişilik, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 1991.
- Taylor**, Robert F.: A Comparative Study Of Expert Testimony In France And The United States: Philosophical Underpinnings, History, Practice And Procedure, *Texas International Law Journal*, vol. 31, 1996, s. 181-213.
- Travis**, William J.: Impartial Expert Testimony Under The Federal Rules Of Evidence: A French Perspective, *International Lawyer*, vol. 8/3, 1974, s. 492-522.
- Underwood**, Richard H.: Truth Verifiers: From The Hot Iron To The Lie Detector, *Kentucky Law Journal*, vol. 84, 1995-1996, s. 597-642.
- Walbolt**, Sylvia H./**Lang**, Joseph H.: Amicus Briefs: Friends Or Foe Of Florida Courts?, *Stetson Law Review*, vol. 32, 2002-2003, s. 269-308.
- Weinstein**, Jack B.: Improving Expert Testimony, *University Of Richmond Law Review* 1985-1986, vol. 20, s. 473-497.
- Winter**, Bill: Critiquing The Supreme Court, *ABA*, vol. 69/4, April 1983, s. 424.
- Yıldırım**, M. Kamil: Bilirkişi Delilin Mukayeseli Hukuk ve Türk Hukukundaki Durumu, Prof. Dr. Baki Kuru'ya Armağan, Ankara 2004, s. 833-841.