

## Alman Federal Mahkeme Kararı "BİLİRKİŞİYE KARŞI DAVANIN İHBARI"

(Çev.) Arş. Gör. Özlem YAZAR\*

### I. ÇEVİRENİN NOTU

Çalışmamızın konusu, 27 Temmuz 2006 tarihli ve VII ZB 16/06 sayılı Alman Federal Mahkemesi kararıdır. Söz konusu karar, davada bilirkişi olarak yer alan kişiye davanın ihbar edilip edilemeyeceğine ilişkindir<sup>1</sup>.

Davanın ihbarı, taraflardan birinin, derdest olan bir davada kendisine yardım etmesi amacıyla, davayı üçüncü bir kişiye bildirmesidir<sup>2</sup>. Davanın ihbarının ancak davanın tarafı olmayan üçüncü kişiye yapılabileceği, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 49. maddesinde açıkça düzenleme altına alınmıştır. Bu sebeple, "üçüncü kişi"<sup>3</sup> tabirinden ne anlaşılması gerektiği konusu önem taşımaktadır.

Görülmekte olan bir davada bilirkişi olarak yer alan kimse, taraflara göre üçüncü kişi konumunda olsa da, görevi gereği tarafsız kalması gerektiğinden, davanın ona ihbar edilemeyeceği düşünülmektedir<sup>4</sup>. Ancak, bilirkişilerin tarafsızlığıyla ilgili şüphelerin varlığı

---

\* Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı.

1 Bkz. Atalı, M., Davanın İhbarı, Ankara 2007, s. 78 dn. 37.

2 Ayrıntılı bilgi için bkz. Atalı, s. 41-50.

3 Ayrıntılı bilgi için bkz. Atalı, s. 75-80.

4 Atalı, s. 80.

halinde, usulüne uygun olarak reddedilmeleri sonrasında, davanın kendilerine ihbarı yapılabilir<sup>5</sup>.

## II. KARAR ÇEVİRİSİ

A. Davacı, iş ücretinin ödenmeyen kısmını davalılardan talep etmiştir. Bunun üzerine davalılar, işin bir kısmının davacı tarafından sözleşmeye uygun bir şekilde yapılmadığını ve bu durumun da göz önünde bulundurulması gerektiğini ileri sürmüştür.

Eyalet Mahkemesince atanan bilirkişi H., 13 Eylül 2004 tarihinde; ikinci bilirkişi olan B. ise 21 Haziran 2005 tarihinde konuyla ilgili bilirkişi raporu düzenlemiştir.

Davalılar, her iki bilirkişi raporunun bir kısmının kasten yanlış düzenlendiğini iddia etmektedir. Bu sebeple, 19 Ekim 2005 tarihli dilekçe ile bilirkişilerin ikisine birden davayı ihbar etmişlerdir. Davalılar, bilirkişi raporları sonucunda mahkeme kararının aleyhlerine olması halinde, Alman Medenî Kanununun 839. maddesi uyarınca bilirkişilere karşı tazminat talep etme haklarının doğduğunu ileri sürmektedir.

Eyalet Mahkemesi, davanın ihbarı talebini, hakkın kötüye kullanılması anlamına gelebileceği sebebiyle, geri çevirmiştir. Bu karara karşı hemen yapılan itiraz başarısız olmuştur. Davalılar, kanunen izin verilen bu itirazlarıyla, bilirkişi H. ve B.'ye davanın ihbarını amaçlamaktadır.

B. Davalıların söz konusu itirazları, Alman Medenî Usûl Kanununun 574. maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesinin birinci bendine ve aynı maddenin ikinci fıkrasına göre, yasalıdır. Ancak bu dava bakımından geçerli değildir.

1. İtirazı inceleyen mahkeme, davanın ihbarının, mahkemedeki yargılamayı kötü etkileyebileceğini ve bilirkişinin vazgeçilemez taraf-

<sup>5</sup> Atalı, s. 82.

sızlığını tehdit edeceğini açıklamıştır. Bu nedenle, bilirkişilere dava ihbarının yapılması, kabul edilemez. Mahkeme, davanın ihbarı dilekçesini haklı olarak tebliğ etmemiştir. Davalıların amacı, bilirkişilerce gerçekleştirilecek olan davanın aydınlatılması sürecinin önlenmesidir. Mahkemece atanan bilirkişilere karşı davanın ihbarının kabul edilmesi, bilirkişinin tarafsızlığını mecburen kaybetmesi sonucunu doğurur. Şüphesiz ki davalıların avukatı da bu sonucun bilincindedir. Söz konusu olayda davayı ihbar eden için, Alman Medenî Usûl Kanununun 68. maddesi anlamında müdahale etkisinden söz edilemez.

2. İtiraz eden taraf ise şu düşünceindedir: Usul hukukunun ön koşulları gereğince, Alman Medeni Kanununun 839. maddesindeki hakların sağlanması gerekmektedir. Davalılara davayı ihbar etme hakkı tanınmadığında, yanlış bilirkişi raporundan etkilenen tarafın bilirkişiye karşı harekete geçeceğinin bildirilmesi engellenmektedir. Bilirkişiyi korumak adına davanın ihbar edilmemesinin belirli bir açıklaması yoktur. Bilirkişi, değerlendirmesini kurallara uygun bir şekilde yaparsa, korkacağı bir şey de yoktur. Bilirkişi raporunda hataların olması halinde bu yanlışlıkları düzeltmek bilirkişinin görevidir.

3. İtiraz mahkemesi, mahkemece atanan bilirkişiye davayı ihbar etmemekle haklı bir karar vermiştir. Zira davanın ihbarı dilekçesinin bilirkişiye gönderilmesi talebi, hakkın kötüye kullanılması niteliğindedir ve bu konuda verilen dilekçeler tebliğ edilmez.

a) Yargı kararlarındaki ve doktrindeki görüşe göre (OLG Koblenz, Beschluss vom 28. September 2005 - 12 W 251/05, BauR 2006, 144) und Literatur (Böckermann MDR 2002, 1348; Zöller/Vollkommer, ZPO, 25. Aufl., § 72 Rdn. 1; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 64. Aufl., § 72 Rdn. 5; Stein/Jonas/Bork, ZPO, 22. Aufl., § 72 Rdn. 3; Rickert/König NJW 2005, 1829; Kamphausen, BauR 2006, 142; differenzierend: Ulrich, BauR 2006, 724; Weise, NJW-Spezial 2006, 165), bilirkişinin görev yaptığı bir dava

varken, bu davanın bilirkişiye ihbar edilmesi mümkün değildir. Mahkemece atanan bilirkişi, tarafsız olmakla yükümlü mahkemenin yardımcısı konumundadır. Bilirkişi, dışarıdan üçüncü bir şahıs değildir; bilakis hâkim gibi yargılamaya katılan, yargılama sürecinde yer alan kişidir. Buna göre, bilirkişiye karşı davanın ihbar edilmesi genellikle hükümsüzdür.

b) Hâkimler heyetinin (vgl. auch BGH, Beschluss vom 10. Februar 2005 - VII ZB 22/04, BauR 2005, 899 = ZfBR 2005, 449), jedoch bereits im Urteil vom 12. Januar 2006 (VII ZR 207/04, BauR 2006, 716 = NZBau 2006, 239 = ZfBR 2006, 341), bilirkişiye yapılan ihbarın davaya etkisi konusunda büyük şüpheleri vardır. Hâkimler heyeti yukarıda; a) da gösterilen kanunun yorumlanmasına katılmaktadır.

Bilirkişinin hatalı olduğu iddia edilen edimleri sebebiyle talep edilen tazminat için tarafların davayı bilirkişilere ihbar etmeleri, genel olarak caiz değildir. Çünkü bilirkişi, Alman Medenî Usûl Kanununun 406. maddesinin birinci fıkrası anlamında davadaki üçüncü kişi olarak kabul edilmemektedir. Mahkemenin "hâkimin yardımcısı" olarak atadığı bilirkişi tarafsızdır ve tıpkı hâkim gibi yargılamanın içindedir. Bilirkişi, davada karar verilebilmesi için gerekli olan uzmanlık bilgisini hâkime vermekle görevlidir. Bilirkişinin tarafsızlığı zorunludur. Bilirkişinin taraf olması durumunda, Alman Medenî Usûl Kanununun 406 maddesindeki hâkimin reddine ilişkin düzenleme, uygulama alanı bulacaktır.

Bilirkişinin usul hukuku açısından konumunun korunması; bağımsızlığının ve tarafsızlığının sağlanması gerekir. Bilirkişiyi, Alman Medenî Usûl Kanununun 72. maddesinin birinci fıkrası bağlamında üçüncü şahıs olarak görmek ve bunun sonucunda onu davanın ihbar edilebileceği kişi konumuna getirmek, bilirkişinin aynı dava içerisindeki göreviyle bağdaşmamaktadır. Bilirkişi üçüncü şahıs olarak kabul edilirse ve Alman Medenî Usûl Kanununun 74. maddesine göre davaya katılırsa, bilirkişi, davada taraf konumuna geçecektir. Bu durum, bilirkişinin, usul hukukunca öngörülen görev dağılımı içindeki konumunu tamamen değiştirir. Böylece bilirkişi,

tarafsızlığı şüphesi ile Alman Medenî Usûl Kanununun 406. maddesine göre reddedilmeye maruz kalır ve dava taraflarınca istedikleri gibi dava dışına çıkarılır. Yani bilirkişinin davanın içinde kalıp kalmaması inisiyatifini taraflar eline alır ve böylece mahkemenin bilirkişiyi seçme hakkı zedelenmiş olur.

Davadaki tarafların korunmaya değer çıkarları, bilirkişinin, Alman Medenî Usûl Kanununun 72. maddesindeki düzenleme uyarınca üçüncü şahıs olarak kabul edilmesini gerektirmemektedir. Alman Medenî Usûl Kanununun 68. maddesine göre davaya müdahale talebinde bulunulması, bilirkişinin davadaki tarafsızlığı ile ilgili tehlike yaratır. Tehlikenin varlığından bahsedilebilmesi için bilirkişi raporunun doğru ya da yanlış olması önemsizdir (bkz. Rickert/König, NJW 2005, 1829). Bilirkişiyeye karşı yapılan davanın ihbarı genellikle hakkın kötüye kullanılmasına yönelik denemelerdir. Taraflar, bilirkişinin görüşü ile ilgili şüphelerini/düşüncelerini mevcut dava araçları ile gündeme getirmek yerine, kendi lehleri doğrultusunda rapor düzenlemeyen bilirkişiyi davadan çıkartmak isterler.

c) Mahkeme sunulan gerekçelere istinaden genel olarak dava ihbarı niteliğindeki dilekçelerin bilirkişiyeye tebliğini engellemelidir. Zira dava ihbarının bilirkişiyeye tebliği, davanın sağlıklı olarak devam etmesini engelleyecektir ki bu nedenle bilirkişiyeye yapılan dava ihbarı kabul edilemez olarak değerlendirilir. Dava ihbarı dilekçesinin tebliğ edilmesi (geçersiz olduğu kabul edilse bile), bilirkişinin davaya dâhil olması gerektiği düşüncesine ve bilirkişinin davada taraf olmasına neden olur. Böylece, tarafın hakkı kötüye kullanma eylemi başarıya ulaşmış olur. Bunu engellemek için davanın ihbarı baştan tebliğ edilmemelidir.

*Kısaltmalar Cetveli*

<b>Aufl.</b>	: Auflage
<b>BauR</b>	: Zeitschrift für das gesamte öffentliche und private Baurecht
<b>BGH</b>	: Bundesgerichtshof
<b>Bkz.</b>	: Bakınız
<b>MDR</b>	: Monatszeitschrift für Deutsches Recht
<b>NJW</b>	: Neue Juristische Wochenschrift
<b>NZBau</b>	: Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht
<b>OLG</b>	: Oberlandesgericht
<b>Rdn.</b>	: Randnummer
<b>vgl.</b>	: Vergleiche
<b>ZfBR</b>	: Zeitschrift für deutsches und internationales Bau- und Vergaberecht
<b>ZPO</b>	: Zivilprozessordnung