

T.C.
İstanbul Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü
Özel Hukuk Anabilim Dalı

Yüksek Lisans Tezi

**Bilirkişilik Sözleşmesinin Hukuki Niteliği ve
Bilirkişinin Üçüncü Kişiye Karşı Olan Sorumluluğu**

Zeynep Derya Tarman

2501010309

Tez Danışmanı Prof. Dr. Rona Serozan

İstanbul 2005

ÖZ

Bilirkişilik Sözleşmesinin Hukuki Niteliği ve Bilirkişinin Üçüncü Kişiyeye Karşı Olan Sorumluluğu Zeynep Derya Tarman

Bu çalışmanın konusu, özel hukuk alanında bilirkişilik sözleşmesinin hukuki niteliğini ve bilirkişinin üçüncü kişilere karşı olan sorumluluğunun hangi esaslara bağlandığını incelemektir.

Bilirkişilik sözleşmelerinin genel özellikleri üzerinde durmanın yararlı olacağı düşünüldüğünden çalışmanın ilk bölümünde, bilirkişilik kavramı ve çok çeşitli alanlarda karşılaşılan bilirkişilik sözleşmelerinin ortak özellikleri ana hatlarıyla açıklanmıştır.

Tezin ikinci bölümünde, bilirkişilik sözleşmesinin hangi sözleşme türüne dahil edilebileceği özellikle istisna ve vekalet sözleşmeleri ekseninde tartışılmıştır. Amaç, bu iki sözleşme türünden hangisinin bilirkişilik sözleşmesinin hukuki dayanağı olarak kabul edilmesinin daha elverişli olduğunu tespit etmek olmuştur.

Son bölümde ise bilirkişinin üçüncü kişiyeye karşı olan sorumluluğunun hangi esaslara dayandırılabilirliği üzerinde durulmuştur. Bilirkişinin sorumluluğuna haksız fiil esaslarına dayanarak mı yoksa sözleşme benzeri bir ilişkinin varlığını kabul ederek mi ulaşılabileceği incelenmeye çalışılmıştır. Bilirkişinin haksız fiil sorumluluğu ana hatlarıyla incelendikten sonra bu hükümlerin neden yeterli olmadığı ve bilirkişinin üçüncü kişiyeye karşı olan sorumluluğu alanında önerilen diğer sözleşmesel ve sözleşme benzeri çözüm yolları ele alınmıştır.

The Legal Characteristic of an Expert Agreement and the Liability of an Expert
towards Third Parties
Zeynep Derya Tarman

The scope of this thesis is to review the legal characteristics of an expert agreement and the liability of an expert towards third parties under the Turkish law.

Since, it would be beneficial to focus on the main characteristics of expert agreements, the concept “expert” and the main characteristics of expert agreements in different fields have been studied in the first part of the thesis.

The second part of this thesis explains the type of expert agreements especially whether such expert agreements should be considered as proxy or construction agreements for the purposes to find out which of them is more suitable.

In the last part, the probable legal grounds of the liability of an expert towards third parties have been analyzed. In this regard, it has been discussed whether the provisions of tort law should be taken into consideration or it should be assumed that there is an agreement between the expert and the third party. After reviewing the liability of the expert from the tort law perspective, the reasons why these provisions are insufficient have been discussed herein. Due to the fact that these provisions are inadequate to meet the needs of the third party, suggested contractual solutions to this problem have been reviewed.

ÖNSÖZ

Bilim ve teknolojideki gelişmeler, bilirkişilik kurumunun yaygınlaşmasına, çeşitlenmesine ve önem kazanmasına yol açmıştır. Günümüzde gerçek ve tüzel kişiler daha sık bilirkişilere başvurmakta ve bilirkişi raporlarını esas almaktadırlar.

Bilirkişilik faaliyetine ilişkin bir sözleşme (Bilirkişilik sözleşmesi) Türk Hukukunda özel olarak düzenlenmemiştir. Bir sözleşmenin yorumlanması ve ifası aşamalarında ve tarafların sorumluluğu tespit edilirken bir sözleşmenin hukuki niteliği önem taşımaktadır. Bu çalışmada, bilirkişilik sözleşmesinin hukuki niteliği vekalet ve istisna sözleşmeleri arasındaki farklar esas alınmak suretiyle incelenmiştir. Özellikle Alman hukukunun bu konudaki yaklaşımları ve bilirkişi raporunu ısmarlayan kişinin bilirkişi karşısında daha güçsüz bir konumda olduğu gerçeği göz önünde bulundurulmuştur.

Bilirkişi raporlarını esas alarak tasarrufta bulunan kişi günümüzde sadece raporu ısmarlayan kişi olmamaktadır. Herhangi bir üçüncü kişi de bilirkişinin verdiği rapora dayanarak sözleşme kurmakta veya sözleşmenin şartlarını bu bilgiyi esas alarak düzenlemektedir. Bu durumda, bilirkişinin üçüncü kişiye karşı olan sorumluluğunun hangi esaslara dayandırılacağı sorunu ile karşılaşmaktadır. Bilirkişilerin verilen yanlış ve eksik bilgi neticesinde zarar gören üçüncü kişiye karşı sorumlu tutulması düşüncesi kabul edilmekle beraber bu sorumluluğun hukuki niteliği tartışmalıdır. Bu çalışmada, bir bilirkişi raporuna güvenerek tasarruflarda bulunup zarar gören herhangi bir üçüncü kişinin hangi şartların varlığı halinde bilirkişinin sorumluluğuna gidebileceği meselesi özellikle Alman hukukunda önerilen çözümler değerlendirilerek ele alınmıştır.

İÇİNDEKİLER

ÖZ	iii
ÖNSÖZ	v
İÇİNDEKİLER	vi
KISALTMALAR.....	ix

GİRİŞ..... 1

I. Genel Olarak Bilirkişilik Kavramı ve Bilirkişilik Sözleşmesi..... 4

A. Bilirkişi Kavramı ve Bilirkişilik Faaliyeti.....	4
1. Bilirkişi Kavramı.....	5
a. Bilgi ve Tecrübe	5
b. Tarafsızlık	6
2. Bilirkişilik Faaliyetinin İçeriği	7
3. Bilirkişilik Faaliyetinin Amacı.....	8
4. Bilirkişilik Faaliyetinin Hukuki Dayanağı.....	9
B. Bilirkişilik Sözleşmesi.....	10
1. Bilirkişilik Sözleşmesinin Konusu	11
2. Bilirkişilik Sözleşmesinin Kurulması	12
3. Bilirkişilik Sözleşmesinden Doğan Temel Borçlar.....	13
a. Bilirkişinin Borçları.....	13
(1) Raporun Hazırlanması Borcu	13
i. Verilerin Toplanması ve İncelenmesi	14
ii. Verilerin Değerlendirilmesi ve Yorumlanması.....	16
iii. Raporun Yazılması	17
(2) Yan Borçlar	19
b. Raporu İsmarlayan Kişinin Borçları	21
(1) Ücret Ödeme Borcu	21
(2) Katkıda Bulunma Borcu	21
4. Yardımcı Şahısların Bilirkişilik Faaliyetindeki Rolü.....	22
a. Genel Olarak.....	22
b. Yardımcı Şahısların Özellikleri.....	23
c. Bilirkişinin Sorumluluğu	25

II. Bilirkişilik Sözleşmesinin Hukuki Niteliği..... 27

A. Bilirkişilik Sözleşmesinin Hizmet Sözleşmesi Olarak Nitelendirilmesi.....	29
B. Bilirkişilik Sözleşmesinin Atipik Bir Sözleşme (İsimsiz Sözleşme) Olarak Nitelendirilmesi.....	29
C. Bilirkişilik Sözleşmesinin Vekalet Sözleşmesi Olarak Nitelendirilmesi	31
1. Genel Olarak Vekalet Sözleşmesi	32
a. Tanımı	32
b. Kurulması	33
c. Vekalet Sözleşmesinin Unsurları	34
(1) Vekilin Müvekkile Karşı İş Görme Borcu Altına Girmesi	34

(2) İş Görmenin Kanunla Düzenlenmiş Başka Bir İş Görme Sözleşmesinin Konusunu Oluşturmaması.....	35
(3) İş Görmenin Başkasının Menfaatine ve İradesine Uygun Olarak Yapılması	35
(4) Vekilin Edim Borcundan Değil, Edim Fiilinden Sorumlu Olması	36
(5) Ücret	37
2. Vekalet Sözleşmesinden Doğan Borçlar	38
a. Vekilin Sadakat Borcu.....	38
b. Vekilin Hesap Verme Borcu	40
c. Müvekkilin Borçları	41
3. Vekilin Sorumluluğu.....	42
4. Sözleşmenin Sona Ermesi	44
a. Azil ve İstifa	44
b. Vekalet Sözleşmesinin Taraflardan Birinin Ölümü, Ehliyetsizliği veya İflası Sebebiyle Sona Ermesi	45
D. Bilirkişilik Sözleşmesinin İstisna Sözleşmesi Olarak Nitelendirilmesi	46
1. Genel Olarak İstisna Sözleşmesi	46
a. İstisna Sözleşmesinin Konusu	47
b. İstisna Sözleşmesinin Özelliği	48
c. Eser Kavramı	49
d. Bilirkişilik Sözleşmeleri Açısından Eser Kavramı	52
2. İstisna Sözleşmesinden Doğan Borçlar	53
a. Müteahhidin Borçları	53
(1) Eserin Meydana Getirilmesi	53
i. Müteahhidin İş Şahsen İfa Borcu.....	53
ii. Müteahhidin Araç, Gereç ve Malzeme Sağlama Borcu.....	54
(2) Eseri Teslim Borcu	55
(3) Özen Borcu	57
(4) Yan Borçlar	59
b. İş Sahibinin Borçları	60
(1) İş Sahibinin Eseri Teslim Alması.....	60
(2) Ücretin Ödenmesi	61
(3) İş Sahibinin Yan Borçları	64
3. İstisna Sözleşmesinden Doğan Sorumluluk.....	65
a. Ayıba Karşı Tekeffül Hükümleri	65
(1) Genel Olarak.....	65
(2) Bilirkişilik Sözleşmeleri Bakımından.....	68
b. Bilirkişilik Sözleşmeleri Bakımından Kusur sorumluluğu	70
c. Bilirkişinin Sorumluluğunun Sınırlandırılması	71
4. İstisna Sözleşmesinin Sona Ermesi.....	73
a. İş Sahibinin Sözleşmeden Dönme Hakkı (BK m. 369).....	73
b. Keşif Bedelinin Aşırı Ölçüde Aşılması Nedeniyle Sözleşmeyi Fesih (BK m. 367)	74
c. Eserin Telef Olması.....	75
d. Müteahhidin Aczi veya Vefatı	77

III. Bilirkişinin Üçüncü Kişiyeye Karşı Sorumluluğu.....	78
A. Bilirkişinin Haksız Fiil Sorumluluğu	79
1. Kusura Dayanan Klasik Haksız Fiil Sorumluluğu	80
2. Haksız Fiil Sorumluluğunun Yetersizliği	83
B. Bilirkişinin Sözleşmesel ve Sözleşme Benzeri Sorumluluğu.....	84
1. Bilgi ve Tavsiye Verilmesinden Ötürü Sorumluluk	86
2. Bilirkişi ile Üçüncü Kişi Arasında Sözleşme (Auskunftsvertrag)	87
3. Üçüncü Kişiyeye Koruyucu Etkili Sözleşme	89
a. Hukuki Dayanak.....	91
b. Gelişimi	92
c. Şartlar	93
(1) Edime Yakınlık (Leistungsnähe).....	94
(2) Alıcıya Yakınlık (Gläubigernähe).....	94
(3) Öngörebilirlik (Erkennbarkeit).....	96
(4) Üçüncü Kişinin Korunma İhtiyacı (Schutzbedürftigkeit)	96
d. Bilirkişinin Sorumluluğunun Üçüncü Kişiyeye Koruyucu Etkili Sözleşme ile Çözümü	97
e. Üçüncü Kişiyeye Koruyucu Etkili Sözleşmenin Sonuçları	99
(1) Borçlunun Def'ileri	100
(2) Tazminat	101
4. Bilirkişinin Yaratılan Güvenden Kaynaklanan Sorumluluğu	102
a. Genel Olarak.....	102
b. Hukuki Dayanak.....	103
c. Sözleşme Öncesi Borç İlişkisi İçin Gerekli Olan Şartlar	104
(1) Sözleşme Görüşmelerine Başlama	105
(2) Sözleşme İlişkisine Açık Olma (Vertragsanbahnung)	106
(3) Benzer İşlemsel Temaslar.....	106
d. Sözleşme Öncesi Borç İlişkisinin Tarafları.....	107
(1) Potansiyel Sözleşme Tarafları	107
(2) Üçüncü Kişi	107
i. Özel Bir Güven Yaratılması.....	108
ii. Üçüncü Kişinin Sözleşmenin Aktedilmesi Konusundaki Şahsi Menfaati	108
e. Bilirkişinin Sorumluluğu	109
f. Güven sorumluluğu için aranan şartlar	112
5. Bilirkişinin Üçüncü Kişiyeye Karşı Sorumluluğunu Sınırlandırması	113
SONUÇ	115
BİBLİYOGRAFYA.....	119

KISALTMALAR

a.e.	aynı eser
a.g.e.	adı geçen eser
AJP	Aktuelle Juristische Praxis
Aufl.	Auflage (Bası)
BauR	Zeitschrift für das gesamte öffentliche und zivile Baurecht
BB	Der Betriebs-Berater
Bd.	Band
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (Alman Medeni Kanunu)
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts (İsviçre Federal Mahkemesi Kararları Külliyatı)
BGH	Bundesgerichtshof (Alman Yüksek Mahkemesi)
BGHZ	Entscheidungen des (deutschen) Bundesgerichtshofes in Zivilsachen (Alman Yüksek Mahkemesi Medeni Hukuk Kararları Külliyatı)
BK	Borçlar Kanunu
Bkz/bkz	Bakınız
BSG	Bundessozialgericht
BverwG	Bundesverwaltungsgericht
c	Cümle
C	Cilt
c.i.c.	culpa in contrahendo
DB	Der Betrieb
dn.	Dipnotu
DVBl	Deutsches Verwaltungsblatt
E	Esas
f	Fıkra
FS	Festschrift
HD	Yargıtay Hukuk Dairesi

HGK	Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
IBK	İçtihatları Birleştirme Kararı
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristische Zeitung
K	Karar
m	Madde
MK	Medeni Kanun
N	Kenar Numarası
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	NJW-Rechtsprechungs-Report, Zivilrecht
NZV	Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht
OR	Obligationenrecht (İsviçre Borçlar Kanunu)
Rdnr	Randnummer (Kenar Numarası)
RGZ	Entscheidungen des (deutschen) Reichsgerichts in Zivilsachen
s	Sayfa
S	Sayı
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung
SPK	Sermaye Piyasası Kanunu
StGB	Strafgesetzbuch (Alman Ceza Kanunu)
TTK	Türk Ticaret Kanunu
vb.	ve benzeri
vd.	ve devamı
YKD	Yargıtay Kararları Dergisi
WPM=WM	Wertpapier Mitteilungen
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
ZSW	Zeitschrift für das gesamte Sachverständigenwesen

GİRİŞ

Günümüzde teknoloji öyle bir hızla gelişmektedir ki, artık sadece tüketiciler değil, ticaret hayatındaki bir çok kurum da bu gelişmeleri takip edip değerlendirebilecek konumdan çıkmıştır. Bundan dolayı, uzmanlık alanındaki konu hakkında bilgilerini somut olaya uygulayarak tarafları aydınatabilecek kişilere her geçen gün daha sık başvurulmaktadır. Bir eşyanın değerinin, bir mal veya hizmetin kalitesinin veya bir zararın nedeninin ve miktarının tespiti meselesiyle karşılaşan kişiler, karar verebilmek için bilirkişiye müracaat etmek durumunda kalmaktadırlar. Zira günümüzde insanlar birçok olayın içyüzünü kavramak için gerekli olan teknik bilgiye vakıf değillerdir. Bunun yanı sıra, bir bilirkişi raporu üçüncü bir kişi ile hukuki işlemlerde bulunmak amacıyla da istenmektedir. Üçüncü kişi, bilirkişinin verdiği rapora dayanarak tasarruflarda bulunmaktadır. Pay satın alan, mali denetçinin raporuna; taşınmaz satın alan bilirkişinin taşınmazın değeri hakkında verdiği bilgiye güvenerek sözleşme kurmakta veya sözleşmenin şartlarını bu bilgiyi esas alarak düzenlemektedir.

Bilirkişiye başvuranlar sadece gerçek kişiler ile sınırlı kalmamaktadır, onların yanında birçok kurum da gerektiğinde bilirkişilere başvurmaktadır. Özellikle mahkemelerin karara etkisi olan birçok olayda bilirkişilere danıştıkları görülmektedir. Bunun yanı sıra, sigorta şirketlerinin ve bankaların zarar veya değer tespiti konularında bilirkişilere ihtiyaç duydukları bilinmektedir. Ayrıca Avrupa Topluluğu bünyesinde bazı ürünlerin bilirkişilerce güvenli oldukları onaylandıktan sonra piyasaya sürülmesine ilişkin yasaların sayısı gün geçtikçe artmaktadır¹.

Bilirkişilik faaliyetine ilişkin bir sözleşme (Bilirkişilik sözleşmesi), Borçlar hukukumuzda satım, kira, karz, ariyet ve diğerleri gibi özel olarak düzenlenmemiştir. Bu açıdan bu sözleşmenin özellikle yorumlanması ve ifası aşamasında Borçlar hukukunda düzenlenmiş hangi sözleşme türüne dahil edilebileceği büyük bir önem taşımaktadır. Bilirkişilik sözleşmelerinin hukuki niteliği konusu Türk doktrininde

¹ Hans-Joachim HECK / Walter BAYERLEIN, **Praxishandbuch Sachverständigenrecht**, 3. Aufl., München 2002, s. 5.

tartışmalıdır. Asıl tartışma, istisna ve vekalet sözleşmeleri ekseninde yaşandığından bu çalışmada bu iki sözleşme türü üzerinde durulacaktır. Amaç, bu iki sözleşme türünden hangisinin bilirkişilik sözleşmesinin hukuki dayanağı olarak kabul edilmesinin daha elverişli olduğunu tespit etmektir.

Bilirkişilik sözleşmesinin istisna sözleşmesi ve vekalet sözleşmesi hükümlerine göre incelenmesine geçmeden önce çalışmanın ilk bölümünde, bilirkişilik sözleşmesinin genel özellikleri üzerinde durmanın yararlı olacağı kanısındayım. Günümüzde çeşitli iş kollarındaki uzmanlaşmanın artmasıyla çok çeşitli alanlarda bilirkişilik sözleşmeleri söz konusu olmakta ise de bilirkişilik sözleşmelerinin ortak yönleri vardır.

Bu çalışmada, bilirkişiye başvuran sözleşme tarafı için ‘raporu ısmarlayan kişi’ terimi kullanılacaktır. Bilirkişilik sözleşmesi, çalışmanın ikinci bölümünde istisna ve vekalet sözleşmeleri hükümlerine göre karşılaştırmalı olarak incelenecektir. Bilirkişilik sözleşmesinin istisna sözleşmesi hükümlerine göre ele alındığı bölümlerde, müteahhit ile bilirkişi; iş sahibi ile raporu ısmarlayan kişi kastedilecektir. Buna karşılık, vekalet sözleşmesi hükümlerine göre bilirkişi vekil, siparişi veren kişi müvekkil olarak adlandırılacaktır. Bilirkişi sözleşmesinin hangi durumlarda bir iş sözleşmesi olarak kabul edilmesi gerektiği üzerinde de kısaca durulacaktır.

Çalışmanın üçüncü bölümünde, bilirkişinin üçüncü bir kişiye karşı olan sorumluluğunun hangi hukuki esaslara dayandırılacağı üzerinde durulacaktır. Bilirkişinin sorumluluğuna haksız fiil esaslarına dayanarak mı yoksa sözleşme benzeri bir ilişkinin varlığını kabul ederek mi ulaşılabileceği incelenmeye çalışılacaktır.

Bu çalışmanın konusu avukat, doktor, mühendis, mali müşavir veya muhasebe denetçisi gibi kişilerin mesleki sorumluluğunu incelemek değildir. Meslek

sorumluluğu ayrı bir tezin konusu olabilecek kapsamlı bir konudur². Bu çalışmada, her ne kadar bu meslek gruplarının üyelerine zaman zaman değinilmişse de kastedilen bu kişilerin bilirkişilik faaliyetleridir. Örneğin, bu çalışmanın konusu açısından bir doktorun hastasını ameliyat etmesinden ziyade doktorun hastanın durumu hakkında yazdığı tıbbi bilirkişi raporu önem taşımaktadır. Bunun yanı sıra bu çalışmanın konusu, özel hukuk alanında bilirkişilik kurumunun incelenmesidir, dolayısıyla medeni usul hukuku veya ceza muhakemeleri usul hukuku kurallarına göre mahkemeler tarafından tayin edilen bilirkişiler ve bunların hukuki sorumluluğu bu çalışmanın konusu dışındadır.

² Meslek sorumluluğu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Heribert HIRTE, **Berufshaftung, Ein Beitrag zur Entwicklung eines einheitlichen Haftungsmodells für Dienstleistungen**, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München 1996.

I. Genel Olarak Bilirkişilik Kavramı ve Bilirkişilik Sözleşmesi

Bilirkişinin bir mahkeme tarafından veya bir mahkeme kararına bağlı bir takip nedeniyle değil de, bir özel hukuk kişisi tarafından görevlendirilmesi halinde özel hukuk alanında bilirkişilik müessesesinden bahsedilir³. Bir bilirkişi raporu ısmarlayan kişinin mutlaka gerçek kişi olma zorunluluğu yoktur; bir şirket veya bir devlet kurumu olabileceği gibi her hangi bir tüzel kişi de olabilir. Dolayısıyla özel hukuk bilirkişisi, bir hastanenin tesisat sistemini değerlendirme görevini üstlenebileceği gibi büyük bir finans kuruluşunun bilgi işlem sistemleri konusunda bir rapor hazırlama görevini de üstlenebilir. Sayılan bu örneklerde, bilirkişinin rapor hazırlama borcu özel hukuk hükümlerine tabii bir sözleşme ilişkisine dayanacaktır⁴.

Özel hukuk alanında bir bilirkişinin borcu, aktedilen bilirkişilik sözleşmesi uyarınca ve dürüstlük kuralı çerçevesinde bir bilirkişi raporu hazırlamaktır. Bu borcun yerine getirilmesi aşamasında, kamu hukuku alanında görevlendirilen bilirkişilerin yükümlülükleri de göz önüne alınmalıdır. Kamusal yükümlülükler dolaylı olarak özel hukuk ilişkisi için de geçerli olabilmektedir⁵.

A. Bilirkişi Kavramı ve Bilirkişilik Faaliyeti

Borçlar Kanunumuz, ne bilirkişi kavramını ne de bilirkişilik faaliyetinin hukuki niteliğini tanımlamıştır. Bilirkişilik, o kadar farklı alanlar için söz konusudur ki tüm bu alanları kapsayacak bir tanımın kanunda yer almaması aslında çok da şaşırtıcı değildir. Kanunda bir tanımın olmaması nedeniyle, içtihat ve doktrin bilirkişiyi tanımlamaya çalışmıştır.

³ Bu çalışmada, aksi açıkça belirtilmedikçe bilirkişi ile özel hukuk bilirkişisi kastedilecektir.

⁴ Heinz WESSEL / Walter BAYERLEIN, **Praxishandbuch Sachverständigenrecht**, 3. Aufl., München 2002, s. 570.

⁵ Walter DÖBEREINER / Alexander v. KEYSERLINGK, **Sachverständigenhaftung**, Berlin 1979, s. 20.

1.Bilirkişi Kavramı

Bilirkişi kavramı ve bilirkişinin borçları tanımlanırken özellikle bu kavramın kendisinden ve bilirkişilik faaliyetinin amacından hareket edilmiştir. Buna göre, en kısa tanımıyla bilirkişi, belirli bir alanda uzman olan, uzmanlığı konusunda kendisine güvenilen ve uzmanlık bilgisini tarafsız olarak sunma iradesi olan kişidir⁶.

a. Bilgi ve Tecrübe

Bilirkişi kavramının tanımında dikkat edilmesi gereken husus, her doktorun, mühendisin veya sanat tarihçisinin görevi nedeniyle uzman sayılmamasıdır. Hiç şüphesiz, belirli bir meslek sahibi olan kişiler kendi alanlarında birçok şey bilmektedirler, ancak meslek sahibi olmak tek başına bilirkişi olmak için yeterli sayılmamaktadır. Bu kişilerin bilirkişi sayılması ancak sınırları belirli bir alanda özel birtakım derin bilgilere sahip olmalarını gerektirmektedir⁷. Bu itibarla belirli bir mesleğe sahip olma sorumluluğu kuran değil, ancak sorumluluğu kuvvetlendiren bir unsur olarak kabul edilebilir⁸.

Bilirkişiler, mahkeme kararları dahil olmak üzere (medeni ve ceza usul hukuku alanında bilirkişi) birçok kişinin kararlarını etkileyebilecek güce sahip olduklarından bilirkişilik kurumu için günümüzde yüksek standartlar kabul edilmektedir. Buna göre, bir bilirkişinin faaliyet gösterdiği alanda ortalamanın üstünde ayrıcalıklı ve özel bir bilgi birikimine sahip olması şarttır⁹. Belirli bir konuda ortalamanın üstünde bir bilgi birikime sahip olmak, o alanda edinilmiş tecrübeye ile de yakından ilgilidir. Zira bir bilirkişinin verileri değerlendirip bunu bir bilirkişi raporu haline

⁶ Heinz BREMER, **Der Sachverständige**, 2. Aufl., 1973, S.21; Carl WELLMANN, **Der Sachverständige in der Praxis**, 6.Aufl., Werner Verlag, 1997, s. 1; Peter BLEUTGE, 'Die Hilfskräfte des Sachverständigen – Mitarbeiter ohne Verantwortung?', NJW 1985, s. 1187.

⁷ BREMER, a.e., s.22; HECK /BAYERLEIN, a.g.e., s. 23-31; Wolfgang ROEBNER / Walter BAYERLEIN, **Praxishandbuch Sachverständigenrecht**, 3. Aufl., München 2002, s. 170.

⁸ Çiğdem KIRCA, **Bilgi Vermeden Dolayı Üçüncü Kişiye Karşı Sorumluluk**, Ankara 2004, s. 131.

⁹ Wilhelm KLOCKE, 'Erstattung von Gutachten', **BauR**, 1986, s. 295.

getirebilecek tecrübeye ve yeteneğe sahip olması gerekmektedir. Doktrinde, gerekli olan tecrübe için genellikle 3 ila 5 sene takdir edilmektedir¹⁰. Dolayısıyla bir bilirkişi, raporunda neden o sonuca ulaştığını açık, mantıklı ve ikna edici bir biçimde ortaya koyabilmelidir. Bir bilirkişinin belirli bir konudaki bilgi birikimini takdir ederken bilirkişilik faaliyetine ilk başladığı tarih esas alınmamalıdır. Bir bilirkişi alanındaki gelişmeleri, buluşları, yeni yöntemleri takip etmeli ve kendini devamlı geliştirmelidir¹¹.

b. Tarafsızlık

Bilgi birikimi dışında bir bilirkişinin tarafsız ve bağımsız olması gerekmektedir¹². Bir bilirkişinin tarafsızlığı, raporun özellikle kendisi ile sözleşme akteden kişinin çıkarlarıyla örtüşmediği durumlarda zorluk çıkarabilir. Bir bilirkişi, sözleşme tarafının çıkarının ne olduğunu ve raporun nasıl yazılırsa o kişinin menfaati doğrultusunda olacağını tahmin edebilir, hatta çoğunlukla da bilir. Örneğin, bir trafik kazasında zararın tespiti aşamasında sigorta şirketi ile zarar gören kişinin çıkarları çatışmaktadır. Zira sigorta şirketi zararı olabildiğince düşük göstermek isterken zarar gören kişi, zararını genellikle yüksek göstermeğe çalışacaktır. Aynı şekilde bir bankadan kredi almak için evini ipotek ettiren kişi evinin değerini olabildiğince yüksek göstermek isterken banka, bu konuda daha temkinli davranmak isteyecektir.

Sayılan bu örneklerden de anlaşılacağı üzere, tarafların bir bilirkişi raporundan beklentilerinin çatışma olasılığı yüksektir. Bilirkişinin tarafsızlığı, mahkemece tayin edilmesi durumunda büyük bir sorun yaratmamaktadır, çünkü bu durumda bilirkişi davacı ve davalıya eşit uzaklıktadır ve kendisini görevlendiren bir mahkemedir, diğer bir ifadeyle üçüncü bir kişidir. Tarafsızlık meselesi, özellikle Borçlar hukuku alanındaki bilirkişilik sözleşmesi açısından önem taşımaktadır, çünkü burada bilirkişiyi görevlendiren bizzat taraflardan biridir. Ancak sadece mahkemece tayin

¹⁰ HECK /BAYERLEIN, a.g.e., s. 24.

¹¹ KLOCKE, a.g.e , s. 295.

¹² BREMER, a.g.e , s. 22; HECK /BAYERLEIN, a.g.e, s. 6-8.

edilen bilirkişi değil, bir özel hukuk kişisi ile rapor hazırlamak üzere anlaşılan bir bilirkişi de tarafsız olmalıdır¹³.

2. Bilirkişilik Faaliyetinin İçeriği

BK'da bilirkişi kavramı tanımlanmadığı gibi bilirkişilik faaliyetinin içeriği de düzenlenmemiştir. Doktrinde, bilirkişinin kendi uzmanlık alanına ilişkin soru veya sorular hakkında bilgi vermek, var olan olguları sahip olduğu bilgiye dayanarak tespit etmek ve somut olayı yorumlamak ile görevli olduğu kabul edilir¹⁴. Bilirkişilik faaliyeti incelendiğinde 3 tipik özellikten bahsedilebilir ki bunlar verilerin tespiti, değerlendirilmesi ve bir sonuca varılması aşamalarıdır¹⁵.

Bir bilirkişi raporunun sonucunun ne kendisine raporu hazırlatmak üzere başvuran kişiye ne de üçüncü herhangi bir kişiye karşı bağlayıcı bir etkisi vardır. Bilirkişi raporu, taraflara bir hak da sağlamamaktadır. Bilirkişi raporunun özelliği, taraflara karar verme aşamasında yardımcı olmasıdır¹⁶.

Bilirkişilik faaliyetinin içeriği bakımından, mahkeme bilirkişileri ile borçlar hukuku alanındaki bilirkişiler arasında bir farklılık olduğu dikkat çekmektedir. Mahkemelerin bilirkişilere sordukları sorular, genellikle davanın devam edebilmesi için gerekli olan açık sorulardır¹⁷. Halbuki, bir özel hukuk kişinin bilirkişiye yönelttiği soruların bir hakiminki kadar açık olmama ihtimali vardır. Bu durumda, raporu ısmarlamış olan tarafın bilirkişi raporunu teslim almasından sonra bilirkişiye birçok yeni soru sorma ihtimali yüksek olacaktır. Örneğin, bir inşaat zararının nedeninin tespiti ile görevlendirilen bilirkişiden bu zararın nasıl bertaraf edileceği ve bunun ne kadara mal olacağı, hangi tür tadilatın tercih edilmesi gerektiği de öğrenilmek istenebilir. Hatta bilirkişinin tadilat çalışmaları sırasında gözetmenlik

¹³ HECK /BAYERLEIN, a.e., s. 28.

¹⁴ WELLMANN, a.g.e., s. 2.

¹⁵ WELLMANN, a.e., s. 10.

¹⁶ BLEUTGE, a.g.e., s. 1186. Tahkim bilirkişilerin raporlarının bağlayıcılığı konusunda bkz. WELLMANN, a.e., s. 2.

¹⁷ WELLMANN, a.e., s. 6.

yapması da talep edilebilir. Bu durumda, bilirkişilik faaliyetinin sınırlarının aşıldığından bahsedilir. Bunun nedeni, bilirkişinin özelliklerinden birisi olan tarafsızlığının bu durumda sarsılacağı düşüncesidir¹⁸. Gerçekten de bir bilirkişi, kendisine başvuran kişinin çıkarlarını düşünmeğe başladığı dakikadan itibaren bir bilirkişi olarak tarafsızlığını, dolayısıyla üçüncü kişiler gözündeki inandırıcılığını kaybetme tehlikesi ile karşı karşıyadır. Bu noktada, bilirkişinin faaliyetinin çoğunlukla bir danışmanın faaliyeti ile karıştırılması tehlikesi söz konusudur. Bir bilirkişi, sözleşmenin diğer tarafının belirli bir şekilde davranmasının amaca daha uygun olacağını tavsiye ediyor ise danışmanlık hizmetinin varlığından bahsedilir¹⁹.

Bilirkişilik faaliyeti ile amaçlanan objektif ve genel olarak geçerli bir kararın rapora aktarılmasıdır. Bir bilirkişinin talep üzerine hazırlayıp teslim ettiği raporunun doğruluğu ve güvenilirliği konusunda tereddütü olmamalıdır. Bunun yanı sıra, bir bilirkişi bu raporun üçüncü kişilerin eline geçebileceğinin ve bu kişilerin bu rapora güvenerek malvarlıklarına ilişkin kararlar alabileceğini dikkate almalıdır²⁰. Buna karşılık, danışmanlık hizmeti sözleşme tarafının durumunun ve isteklerinin dikkate alınarak en uygun tavsiyede bulunulması amacını taşır. Pratik hayatta, bilirkişilik ile danışmanlık faaliyeti ayırma gereken önem verilmemektedir. Ancak bir bilirkişi bu iki faaliyetin farklılıkları konusunda titiz davranmalıdır. Zira bir raporun içeriği ve kaleme alınma şekli bu ayırma bağlı olacaktır. Bundan dolayı, böyle bir durumda bilirkişinin bilirkişilik faaliyetini sonuçlandırdığını açıkça ortaya koyması, diğer bir ifadeyle bilirkişilik faaliyeti ile diğer faaliyetleri birbirinden ayırması gerekmektedir.

3. Bilirkişilik Faaliyetinin Amacı

Bilirkişi raporları, belirli bir amaç için talep edilir. Nasıl ki mahkemeler, davanın seyri için önemli olan hususlarda bilirkişilere başvuruyorsa, özel hukuk alanında da bilirkişilere başvurulmasının çeşitli nedenleri vardır. Bunlardan ilki, siparişi veren

¹⁸ HECK/BAYERLEIN, a.g.e., s. 172.

¹⁹ WELLMANN, a.g.e., s. 3.

²⁰ BLEUTGE, a.g.e., s. 1186.

kişinin bir hususta karar verebilmek için ihtiyaç duyduğu, ancak sahip olmadığı bir bilgiye bilirkişi vasıtasıyla ulaşma isteği olabilir. Örneğin, kişi bir gayrimenkul satın alma kararını vermeden önce değerini tespit ettirmek amacıyla bir bilirkişiye başvurabilir.

Bir kişi, herhangi bir üçüncü kişiye sunma amacıyla da bir bilirkişi raporuna ihtiyaç duyabilir. Özellikle, üçüncü bir kişinin belirli olgular hakkında aydınlatılması veya onun kararlarının yönlendirilmesi amacıyla bilirkişilere başvurulduğu görülmektedir. Buna bilirkişi raporlarının üçüncü kişiler üzerindeki etkisi denir²¹. Örneğin, kredi almak amacıyla sahip olunan gayri menkullerin değerlerinin bilirkişi vasıtasıyla tespit edilmesi ve raporların bankaya sunulması gibi.

Bilirkişi raporlarının üçüncü kişiler için ısmarlandığı en yaygın alanlardan biri, sanat ve bununla bağlantılı olarak sanat bilirkişileridir. Bu bilirkişilere özellikle sanat eserleri ve antika ticaretinde rastlanılmaktadır. Bu kişiler, genellikle nesnelerin değerini tespit etme bilgisine vakıf olmayan alıcılar tarafından görevlendirilmektedirler. Bilirkişiler, bir sanat eserinin gerçekliği ve değeri konusunda bir tespit yaparlar, ancak unutulmaması gereken husus yapılan bu tespitin sadece alıcı tarafından değil, o sanat eseriyle ilgilenen herkes tarafından dikkate alınacağı gerçeğidir. Günümüzde, sanat eserlerinin bilirkişi raporlarına dayanarak el değiştirilmesine çok sık rastlanılmaktadır²².

4. Bilirkişilik Faaliyetinin Hukuki Dayanağı

Özel hukuk alanındaki bilirkişilik faaliyetlerinin hukuki dayanağı bir sözleşmedir. Bir bilirkişi kendi inisiyatifi ile harekete geçmemektedir, genellikle bilirkişilik faaliyetinden yararlanmak isteyen kişi bilirkişiye başvurmaktadır. Bilirkişinin kabulü ile oluşan hukuki ilişki borçlar hukuku kurallarına tabii olmaktadır. Bundan

²¹ KLOCKE, a.g.e., s. 294.

²² Günther PICKER,: 'Kunst- und Antiquitätenhandel' in: **Justiz und Recht, Schriften der deutschen Richterakademie**, Bd.2, Kunst und Recht 1985, s. 52 vd.

dolayı, tarafların bir sözleşme kurma konusundaki iradeleri önem taşımaktadır. Sadece bu iradenin uyuşması durumunda bilirkişi ile diğer kişi arasında bir sözleşme ilişkisinin varlığından bahsedilebilir. Özel hukuk alanında tarafların eşitliği söz konusudur, diğer bir ifadeyle bilirkişinin kabulü olmadan bilirkişilik faaliyetine ilişkin bir sözleşmenin tek taraflı kurulması söz konusu değildir²³.

Özel hukuk alanındaki bilirkişilik kurumunu kamu hukuku alanındaki bilirkişilik kurumundan ayıran en önemli özelliklerden biri, sözleşme serbestisi prensibidir. Özel hukuk alanındaki sözleşme serbestisi prensibi, bilirkişilik bakımından da geçerlidir. Dolayısıyla bir bilirkişi sözleşme kurup kurmama konusunda bir serbestiye sahip olduğu gibi, taraflar aralarındaki sözleşmenin konusunu, bu sözleşmeden doğacak hak ve borçları kararlaştırma özgürlüğüne de sahiptirler. Bilirkişinin ücretini de taraflar diledikleri gibi kararlaştırabilirler, bu konuda usul hukukundaki bilirkişi ücretine ilişkin ücret cetvelinin bir bağlayıcılığı yoktur²⁴.

Taraflar, sözleşmeyi akdederken karşılıklı hak ve yükümlülükleri dahil olmak üzere sözleşmenin içeriğine ilişkin önemli noktalarda bir anlaşmaya varmalıdırlar. Ne yazık ki pratikte, taraflar gerek bilgisizlikten gerekse zaman darlığından bunu yapmamaktadırlar. Tarafların genellikle sadece ana konularda yani raporun hazırlanacağı konu veya süjede ve buna ilaveten bilirkişinin ücreti ve raporun teslim tarihi konusunda anlaşmış oldukları görülmektedir. Bu durum, sözleşmenin ifası aşamasında birçok sorunu beraberinde getirmektedir. Tarafların birçok konuda farklı düşünceleri anlaşmazlığa yol açmakta ve sözleşmenin dürüstlük kuralı ve tarafların iradesi uyarınca yorumlanması ihtiyacı ortaya çıkmaktadır.

B. Bilirkişilik Sözleşmesi

Bilirkişilik faaliyetine ilişkin bir sözleşme (Bilirkişilik sözleşmesi), Borçlar hukukumuzda özel olarak düzenlenmediğinden, bu sözleşmenin özellikle

²³ WESSEL/BAYERLEIN, a.g.e., s. 570.

²⁴ ROEBNER /BAYERLEIN, a.g.e., s. 176.

yorumlanması ve ifası aşamasında hukuki niteliğinin tespiti büyük bir önem taşımaktadır. Bilirkişilik sözleşmesinin hukuki niteliği, İsviçre ve Türk doktrinde tartışmalıdır²⁵.

Bilirkişilik sözleşmesinin istisna sözleşmesi ve vekalet sözleşmesi hükümlerine göre incelenmesine geçmeden önce, çalışmanın bu bölümünde bilirkişilik sözleşmesinin genel özellikleri ve tarafların bu sözleşmeden doğan borçları incelenecektir.

1. Bilirkişilik Sözleşmesinin Konusu

Bilirkişilik sözleşmesinin konusu, hem bilirkişi hem de raporu ısmarlayan kişi tarafından kararlaştırılan bir konuda bilirkişi raporunun hazırlanmasıdır. Bilirkişi ve siparişi veren kişi, ifanın şekli ve bilirkişinin faaliyetinin hangi amaca hizmet edeceği konusunda anlaşmalıdırlar. Bu tespit, daha sonra raporun teslimine hazır olup olmadığı veya raporun ayıplı olup olmadığı konusunda dikkate alınacaktır. Bilirkişi raporunun amacı, bilirkişinin üçüncü kişilere karşı olan sorumluluğu bakımından da önem taşımaktadır²⁶.

Bilirkişi raporunun sonucunun baştan kararlaştırılması oldukça problematik bir konudur, çünkü rapor sonucunu belirlemeyi yasaklayan bir hukuki hüküm yoktur. Ancak bir bilirkişi bu tarz bir sözleşmeyi baştan reddetme hakkına sahiptir. Reddetmeden önce, bir ön inceleme ile siparişi veren kişinin görüşünü kendi fikri olarak savunup savunamayacağına karar verebilir²⁷. Ancak bilirkişinin gerekli olan incelemeleri yapmadan siparişi veren kişinin isteği doğrultusunda bir rapor yazması durumunda, bu rapor bir bilirkişi raporu olmaktan çıkar, bir hatır raporu (Gefälligkeitgutachten) veya taraf raporu haline dönüşür. Bu tarz hatır raporları ile bilirkişi, tarafsızlık perdesi arkasında siparişi veren kişinin menfaatlerini ve

²⁵ Tartışmalar için bkz. II. Bölüm.

²⁶ Bilirkişinin sözleşme tarafı olmayan herhangi bir üçüncü kişiye karşı olan sorumluluğu, bu çalışmanın üçüncü bölümünde ele alınacaktır.

²⁷ WELLMANN, a.g.e., s. 7.

isteklerini ifade etmektedir. Hatır raporları, bilirkişinin üçüncü kişiye karşı hukuki sorumluluğuna hatta bazı durumlarda cezai sorumluluğuna dahi yol açabilir²⁸.

2. Bilirkişilik Sözleşmesinin Kurulması

Sözleşmenin kuruluş aşaması, taraflar arasındaki ilişkinin en başından itibaren açık olması amacına hizmet etmelidir. Dolayısıyla bu aşama sözleşme ilişkisinin içeriğini ve borçların ne şekilde ifa edileceğinin belirlenmesi bakımından büyük bir öneme sahiptir. Bilirkişilik sözleşmelerinde özellikle bilirkişi bakımından sözleşme görüşmeleri büyük bir önem taşımaktadır. Bunun nedeni, bilirkişi ile raporu ısmarlayan kişi arasında çoğunlukla bir çıkar çatışması olmasıdır. Zira raporu ısmarlayan kişi, kendi lehine sonuçlanan bir bilirkişi raporu beklentisi içindeyken; bilirkişi, faaliyetini tarafsız bir biçimde yerine getirme yükümlülüğü altındadır. Raporu ısmarlayan tarafın kendi lehine bir raporu temin etmek amacı ile bilirkişiye başvurduğu ve bilirkişinin ücretini de bu kişinin ödediği dikkate alınırsa bilirkişinin sözleşmenin diğer tarafı aleyhine bir rapor hazırlaması sorun yaratabilir. Raporun ısmarlayan kişi tarafından teslim alınmaması veya ayıplı sayılması gibi sonuçlarla karşılaşılabilir. Dolayısıyla bilirkişinin doğabilecek tüm bu sorunları sözleşme ilişkisine girmeden evvel açıklığa kavuşturmasında yarar vardır²⁹.

Bilirkişilik sözleşmesi, BK'da ayrıca düzenlenmediği gibi bu sözleşmenin şekli şartları konusunda bir düzenleme getirilmemiştir, diğer bir ifadeyle bir bilirkişilik sözleşmesi yazılı veya sözlü kurulabilir. Bir bilirkişilik sözleşmesinin ne zaman kurulduğu BK genel hükümlerine göre belirlenecektir. Ancak ispat kolaylığı açısından ve bilirkişinin borcunun ne olduğu hususunun tereddütlere yol açmaması için bilirkişilik sözleşmesinin yazılı yapılmasında yarar vardır³⁰.

²⁸ ROEBNER /BAYERLEIN, a.g.e., s. 204.

²⁹ ROEBNER /BAYERLEIN, a.g.e., s. 205.

³⁰ BREMER, a.g.e., s. 32.

3. Bilirkişilik Sözleşmesinden Doğan Temel Borçlar

Tarafların bilirkişilik sözleşmesinden doğan borçlarının tespit edilmesi aşamasında söz konusu sözleşmenin özelliklerinin dikkate alınması gerekir. Günümüzde bilirkişilik faaliyetleri çok çeşitli alanlar için söz konusu olabileceğinden her alan bakımından bilirkişinin hak ve borçlarının ayrı ayrı belirlenmesi gerekmektedir. Ancak her tür bilirkişilik sözleşmeleri bakımından geçerli olan temel ilkeler söz konusudur. Bunlardan biri, bilirkişinin tarafsız olması gereğidir. Diğeri ise, bilirkişinin borcunu ifa ederken kendisinden beklenen özen yükümlülüğüne uygun davranmasıdır. Bu ilkelere çeşitli kamu daireleri tarafından görevlendirilen bilirkişiler bakımından geçerli olan bilirkişilik yönetmeliklerinde de yer verildiği görülmektedir³¹.

a. Bilirkişinin Borçları

Bilirkişinin sözleşmeden doğan asli borcu, bir bilirkişi raporu hazırlamaktır. Çalışmada bu borcun kapsamı ayrıntılarıyla incelenecektir. Daha sonra ise bilirkişinin yan borçları üzerinde durulacaktır.

(1) Raporun Hazırlanması Borcu

Bilirkişi, raporunu şahsen hazırlamak ve zamanında tespit etmekle yükümlüdür. Taraflar arasındaki özel güven ilişkisi ve bilirkişilik faaliyetinin içeriği bilirkişinin ifayı şahsen yerine getirmesi sonucunu doğurmaktadır³². Sözleşme tarafı, hiç kuşkusuz bir bilirkişi ile sözleşme aktederken onun bilgisini, tecrübesini, güvenilirliğini, olayları değerlendirme ve yorumlama yeteneğini dikkate almaktadır. Ancak bu, bir bilirkişinin bundan dolayı raporunun hazırlık aşamasında kimseden

³¹ KLOCKE, a.g.e., s. 294.

³² Şahsen ifa çeşitli Alman mahkeme kararlarında da kabul edilmiştir. Kararlar için bkz. BGH ZSW 1984, 83; BSG NJW 1985, 1422; BVerwG DVBl 1984, 832.

yardım alamayacağı anlamına gelmemektedir. Hiç kuşkusuz, bilirkişi raporunun hazırlık sürecinde birtakım bilgilere ulaşmak amacıyla yardımcı şahıslardan yararlanabilir. Örneğin, fotoğraf çekilmesi, birtakım ölçümlerin yapılması gibi, ancak raporun sonucuna ilişkin önemli bilgileri takdir edecek kişi bilirkişinin bizzat kendisidir³³.

i. Verilerin Toplanması ve İncelenmesi

Bilirkişi faaliyetinin temelini somut olaya ilişkin verilerin toplanması aşaması oluşturur, dolayısıyla verilerin bilirkişi tarafından itinayla toplanması ve incelenmesi gerekir. Bilirkişi tarafından değerlendirilmesi istenen olaya ilişkin veriler, ya siparişi veren kişi tarafından hazır olarak bilirkişiye verilir ya da verilerin bilirkişi tarafından bizzat tespit edilmesi gerekir. Bazı durumlarda ise her ikisi söz konusu olabilir.

Verilerin bilirkişi tarafından tespit edilmesi söz konusu ise bilirkişinin verileri elde etme aşamasında özen göstermesi gerektiği kabul edilmektedir. Bilirkişinin verileri elde ederken var olan yanılma payını hesaba katması ve bu hususa raporunda ayrıca yer vermesi gerektiği belirtilmiştir³⁴.

Bilirkişi, öncelikle verilerin raporunu oluşturmak için elverişli olup olmadığını tespit etmelidir. Elverişli veya yeterli olmaması durumunda sözleşme tarafını bu durumdan haberdar etmelidir. Bilirkişinin bunu yapmaması durumunda sözleşmeyi kusurlu olarak ihlal ettiğinden söz edilir. Bu durum, bilirkişinin verilerin elverişli olmadığını bilmesi veya bilmesi gerekmesi halinde geçerlidir³⁵.

Bilirkişi, incelemeyi söz konusu eşyaya zarar vermeden gerçekleştiremeyecekse bunu önceden sözleşmenin karşı tarafına bildirmeli ve kişinin iznini almalıdır. Aynı

³³ HECK/BAYERLEIN, **a.g.e.**, s. 30; BREMER, **a.g.e.**, s. 32; Yardımcı şahısların bilirkişilik sözleşmelerindeki yeri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. I/B/4

³⁴ WELLMANN, **a.g.e.**, s. 10-11.

³⁵ DÖBEREINER/von KEYSELINGK, **a.g.e.**, s. 35.

şekilde incelemenin çok masraflı olacağı durumlarda raporu ısmarlayan kişi önceden bilgilendirilmelidir³⁶.

Bir bilirkişinin bazı incelemeleri özellikle raporunun güvenilirliğini sağlama açısından bizzat yapması gerekir. Değerlendirilip hakkında rapor yazılacak bir eşyanın özellikleri ise, söz konusu eşyanın mutlaka bilirkişi tarafından incelenmesi gerekecektir. Bu durum, sanat eserleri, antika eşyalar, halılar, ev eşyaları, teknik makineler, motorlu araçlar gibi maddi eşyalar ve bina veya arsa gibi taşınmaz mallar bakımından geçerli olacaktır. Bilirkişi açısından en zor durumlardan biri, kaybolmuş, yıpranmış veya yok olmuş eşyalar hakkında fotoğraflar veya üçüncü kişilerin değerlendirmeleri ışığında rapor hazırlamasıdır. Bu tür raporlar ile günlük hayatta sıklıkla karşılaşılmaktadır. Bu durumda bilirkişilere tavsiye edilen, raporlarını hangi şartlar altında yazdıklarını açıkça belirtmeleridir³⁷.

Bilirkişi, raporunu hazırlarken somut olayın özelliklerine göre üçüncü bir kişiden elde edebileceği bilgilere de ihtiyaç duyabilecektir. Örneğin, bilirkişi imar planları, imar amacı, rayiç kira bedeli, taşınmazın maliki gibi konularda çeşitli kamu dairelerinden veya bir kalorifer sistemindeki zararlar veya kullanımındaki zorluklar konusunda gerektiğinde apartman görevlisinden bilgi edinebilecektir. Bunun yanı sıra, bilirkişi kendisinin yapamayacağı birtakım kimyasal veya biyolojik deney sonuçları için başka bir bilirkişinin raporuna da ihtiyaç duyabilir.

Bilirkişinin siparişi veren kişiye karşı sorumluluğu bakımından hatalı bilginin kimden kaynaklandığı büyük bir önem taşımaktadır. Raporun üçüncü bir kişi tarafından sağlanan bilgi yüzünden eksik veya yanlış, diğer bir ifadeyle ayıplı olması durumunda bilirkişinin raporu ısmarlayan kişiye karşı bir sorumluluğu söz konusu olacaktır. Ancak raporun iş sahibi tarafından elde edilen bilgiler dolayısıyla ayıplı olması durumunda bilirkişinin sorumluluğu ancak bu bilgilerin doğru olmadığını bilebilecek durumda olması halinde söz konusu olacaktır. Bilirkişinin raporunda hangi verileri kendisinin incelediğini hangi verileri ise üçüncü bir kişiden elde edip

³⁶ ROEBNER /BAYERLEIN, a.g.e., s. 230.

³⁷ ROEBNER /BAYERLEIN, a.e., s. 231.

incelemeden rapora yansıttığını belirtmelidir. Aksi takdirde okuyucu, raporun dayandığı verilerin tamamının bilirkişi tarafından bizzat incelendiği yanılgısına düşebilir. Zira verilerin kaynağının belirtilmemesi durumunda bunların bilirkişi tarafından tespit edildiği kabul edilir. Bir bilirkişi, raporunun üçüncü kişiler tarafından okunabileceği ve dikkate alınabileceği gerçeğini hiçbir zaman göz ardı etmemelidir. Bundan dolayı, bilirkişi kendisine sunulan verilerin incelenebileceği ve inandırıcı bir şekilde raporuna yansıtılabileceği konusunda emin olmalıdır³⁸.

ii. Verilerin Değerlendirilmesi ve Yorumlanması

Bilirkişi, sözleşme konusu olay ile ilgili verileri topladıktan sonra, bunları uzmanlık alanı çerçevesinde yorumlamak ve bir sonuca ulaşmakla yükümlüdür. Bundan dolayı, bilirkişinin uzmanlık alanına hem teorik hem de pratik anlamda hakim olması gerekmektedir. Bilirkişinin sadece pratik hayattaki uygulamayı bilmesi yeterli değildir, aynı zamanda alanındaki teorik tartışmalara ve değişik çözüm yollarına da hakim olması gerekmektedir³⁹. Bir uzmanlık alanına hakim olmak aynı zamanda bu alandaki gelişmeleri takip etmeyi de beraberinde getirir. Bunun yanı sıra, bilirkişinin geçmişte meydana gelmiş olayları doğru değerlendirebilmesi için kendi dalının tarihi geçmişini ve gelişimini de bilmesi gerekir. Hiç kuşkusuz, bilirkişinin uzmanlık alanına ilişkin her şeyi bilmesi beklenemez, önemli olan güncel sorunlara vakıf olması ve neyi nerede bulacağını bilmesidir⁴⁰.

Bilirkişi, verileri değerlendirme aşamasına geçmeden önce hazırlayacağı raporun hangi amaca hizmet edeceğini öğrenmelidir. Zira raporun hazırlanacağı yöntem ve buna bağlı olarak değerlendirmenin sonucu bu amaca bağlı olacaktır. Örneğin, bir makinenin çalışan bir işletme bakımından sahip olduğu değer ile makinenin satış amaçlı piyasa değeri farklı olacaktır⁴¹.

³⁸ BGH NJW 1998, 1061 (WELLMANN, a.g.e., s. 6-7).

³⁹ DÖBEREINER/von KEYSERLINGK, a.g.e., s. 17; KLOCKE, a.g.e., s. 295.

⁴⁰ ROEBNER /BAYERLEIN, a.g.e., s. 234.

⁴¹ WELLMANN, a.g.e., s. 11.

Özel hukuk alanındaki bilirkişilik faaliyetinin en önemli tehlikelerinden biri, daha önce de belirtildiği üzere bilirkişinin verileri değerlendirme ve yorumlama aşamasında siparişi veren kişinin menfaatlerini dikkate alması yani raporu akıl ve mantık kurallarından ziyade duygularına göre yazmasıdır. Ancak, raporu ısmarlayan kişi bilirkişinin kendi çıkarları doğrultusunda bir rapor hazırlamasını talep edemeyeceği gibi, bilirkişiye bu sonuca götürecek direktifler de veremez. Dolayısıyla bu noktada sözleşme özgürlüğünün haklı olarak kısıtlandığından bahsedilir⁴². Bilirkişilik sözleşmenin kurulması aşamasında, bilirkişinin her halde sözleşme tarafının lehine bir rapor hazırlayacağı yönünde bir taahhütte bulunması onu bu yükümlülük altına sokmayacaktır, çünkü bir bilirkişinin yükümlülüğü siparişi veren kişinin aleyhine olsa bile tarafsız bir rapor hazırlamaktır. Dolayısıyla siparişi veren kişinin çıkarlarıyla uyuşmayan bir rapor uygun bir ifa olarak kabul edilmelidir.

Bilirkişinin verileri takdir ederken objektif davranmamasının temel yükümlülüklerini ihlal anlamına geleceği göz ardı edilmemelidir. Bunun yanı sıra, bu tür hatırlar raporları bilirkişinin sorumluluğuna yol açabilir⁴³ ve bilirkişinin gelecekteki inandırıcılığını zedeleyebilirler.

iii. Raporun Yazılması

Bir bilirkişi raporunun şekil ve içerik bakımından nasıl yazılacağı konusunda kanuni bir düzenleme yoktur⁴⁴, ancak bilirkişilik faaliyetinin amacı birtakım kuralların kabul edilmesi sonucunu doğurmuştur. Buna göre, bilirkişi raporu konuyla ilgisi olmayan üçüncü bir kişi için dahi anlaşılır olmalıdır. Bilirkişi, raporunu yazarken somut olaya ilişkin verilere yer vermeli ve hangi sonuca nasıl ulaştığını ortaya koymalıdır⁴⁵.

⁴² BREMER, **a.g.e.**, s. 36.

⁴³ Bilirkişinin sadece sözleşmenin karşı tarafına değil, ifa edeceği rapor ile temas edecek herhangi bir üçüncü kişiye karşı da sorumlu olduğu hakkında bkz. III. Bölüm; Bilirkişinin hatırlar raporu ile dolandırıcılığa yardımcı olmak nedeniyle ceza sorumluluğuna hakkında bkz. BGH NJW 1996, 2517.

⁴⁴ Banka ve sigorta şirketleri bilirkişi raporları bakımından standart bir form geliştirmişlerdir. Bu formlar, bilirkişiler açısından büyük bir kolaylık sağlamaktadır. Bkz. ROEBNER /BAYERLEIN, **a.g.e.**, s. 238.

⁴⁵ KLOCKE, **a.g.e.**, s. 295; WELLMANN, **a.g.e.**, s. 21.

Bir bilirkişi raporu, öncelikle raporu ısmarlayan kişinin belirtilmesi ve rapora ilişkin bilirkişilik faaliyetinin açıklanması ile başlamalıdır. Raporu ısmarlayan kişinin kimliği daha sonra raporu okuyacak kişileri yakından ilgilendirecektir. Bilirkişilik faaliyetinin neye ilişkin olduğunun belirtilmesi, hangi soru veya sorulara cevap arandığının ortaya konulması açısından çok önemlidir. Daha sonra, raporun konusunu oluşturacak olan somut olayın anlatılması ve hangi verilerle hangi sonuca ulaşıldığının belirtilmesi söz konusudur.

Bilirkişi, olaya ilişkin verilerin doğruluğu konusunda sorumludur. Bilirkişi, raporu ısmarlayan kişi tarafından ortaya konan bir olguyu doğruluğunu test etmeden kullanmışsa bu hususu raporunda açıkça belirtmelidir⁴⁶. Bilirkişi, raporuna ilişkin verileri kendi elde etmişse bunu hangi yöntemlerle elde ettiğini ve sonuçlarının kesinlik derecesini de belirtmelidir. Varılan sonuçların ihtimallere dayanması halinde bu hususun raporda belirtilmesi gerekmektedir. Örneğin, hakkında rapor yazılan eşyanın tamamen veya kısmen telef olduğu durumlarda kazanın nedeni konusunda birden fazla ihtimal söz konusu olabilir. Bilirkişinin dikkat etmesi gereken husus, yüksek bir ihtimali raporunda olayın tek nedeni olarak göstermemesidir. Bilirkişinin görevi, olayı basite indirmek değil, objektif gerçeği verebilmektir. Dolayısıyla bütün ihtimallerin değerlendirilmesi ve raporda bunlara yer verilmesi önem taşımaktadır⁴⁷.

Bilirkişinin sözleşmeden doğan yükümlülüğü, bilimsel gerçeklere uygun bir rapor hazırlamaktır, dolayısıyla bilirkişinin sözleşme konusu olay hakkındaki fikrini yüzeysel olarak açıklaması veya sadece varılan sonucun belirtilmesi yeterli değildir. Bilirkişi, ara sonuçlardan ana sonuca nasıl ulaştığını raporunda dayanan kaynakların gösterilmesi yoluyla açıkça ortaya koyabilmelidir. Diğer bir ifadeyle, bilirkişinin doktrinindeki çoğunluk görüşüne atıfta bulunarak bu görüşe katıldığını belirtmesi yeterli değildir. Bilirkişi, raporun sorumluluğunu taşıdığından vardığı sonucu gerekçelendirmelidir. Bilirkişinin çoğunluk görüşüne katılmadığı

⁴⁶ WELLMANN, a.e., s. 22.

⁴⁷ WELLMANN, a.e., s. 14.

durumlarda da hangi nedenlerden ötürü bu görüşe katılmadığını gerekçelendirmesi beklenmektedir⁴⁸.

Bir bilirkişi raporunun anlaşılır olması, raporun sistematik bir şekilde hazırlanması ve sonuca nasıl ulaşıldığının gerekçelendirilmesi ile yakından ilgilidir. Hiç kuşkusuz, her uzmanlık alanı için bilirkişi raporlarının sistematik yapısı farklı olacaktır. Ancak önemli olan, raporu okuyan kişinin bilirkişinin hangi verilerle sonuca ulaştığını rapordan görebilmesidir. Anlaşılmayan ve gerekçelendirilmeyen bir bilirkişi raporunun kural olarak bir değeri olmayacaktır⁴⁹.

Bir bilirkişi raporu, konunun ele alınış şekli, varılan sonucun gerekçelendirilmesi ve üslup açısından özenle kaleme alınmalıdır, çünkü raporun inandırıcılığı ve ikna ediciliği bu özellikler ile doğrudan ilgilidir. Bilirkişinin tarafsızlığı raporun kaleme alınış şekline de yansımalıdır. Bilirkişi kullandığı kelimelere ve ifadelere dikkat etmeli, çift anlamlara gelebilecek ve okuyucuyu tereddüde düşürebilecek ifadelerden kaçınmalıdır. Bilirkişinin raporunu hazırlarken dikkate alması gereken diğer bir husus da, raporun sadece kendi uzmanlık alanındaki kişiler için yazılmadığı gerçeğidir. Bir bilirkişi raporu, çoğu zaman belirli bir uzmanlık alanına ilişkin bir terminoloji ile yazılmak zorunda olsa da, raporu okuyacak olan kişiler için de anlaşılabilir olmalıdır⁵⁰.

(2) Yan Borçlar

Sözleşme tarafları arasındaki güven ilişkisi, bilirkişi bakımından aydınlatma, bilgilendirme, açıklama, sır saklama gibi bir takım yan borçları da beraberinde getirmektedir. Tüm bu borçlar dürüstlük kuralı çerçevesinde bilirkişilik sözleşmesinin kapsamına girmektedir⁵¹.

⁴⁸ DÖBEREINER/von KEYSERLINGK, **a.g.e.**, s. 17 ve 36; WELLMANN, **a.e.**, s. 18.

⁴⁹ DÖBEREINER/von KEYSERLINGK, **a.e.**, s. 37; BREMER, **a.g.e.**, s. 23-24.

⁵⁰ BREMER, **a.e.**, s. 26; WELLMANN, **a.g.e.**, s. 24; KLOCKE, **a.g.e.**, s. 295.

⁵¹ BREMER, **a.e.**, s. 34; WELLMANN, **a.e.**, s. 10-15; DÖBEREINER/von KEYSERLINGK, **a.g.e.**, s. 96 vd.

Bilirkişinin sahip olması gereken uzmanlık bilgisi her somut olayın özelliğine göre takdir edilir. Bilirkişi, kendi bilgi ve tecrübe düzeyinin somut olayı değerlendirmek, diğer bir ifadeyle sözleşmeyi ifa etmek için yeterli olup olmadığını tespit etmelidir. Bu konuda sözleşmenin en başından itibaren kuşkusu olan bilirkişinin siparişi veren kişi ile bilirkişilik sözleşmesi ilişkisine girmemesi, kuşkusunun daha sonra ortaya çıkması durumunda ise sözleşmenin karşı tarafını bilgilendirmesi gerekir. Siparişi veren kişi, bilirkişinin şahsına ilişkin özelliklerine güvendiğinden ötürü bilirkişi, bilgisini aşan olaylarda bunu sözleşmenin karşı tarafına açıklamakla yükümlüdür. Zira raporu ısmarlayan kişi, çoğunlukla bilirkişinin uzmanlık derecesini takdir etmekten yoksun olacaktır. Bilirkişinin bilgi yetersizliğinin sözleşmenin ifası sırasında ortaya çıkması durumunda taraflar ikinci bir bilirkişiye danışılması veya sözleşme ilişkisinin ortadan kaldırılmasına karar verebilirler⁵². Bunun yanı sıra, bilirkişi şahsi nedenlerden ötürü raporunu hazırlama aşamasında tarafsız kalamayacaksa bu durumu da siparişi veren kişiye açıklamalıdır.⁵³

Bir bilirkişinin, raporunu hazırlarken bir çok bilgi ve belgeye ihtiyacı olacaktır. Bu durum, bilirkişinin raporunu hazırlama aşamasında sözleşmenin diğer tarafı hakkında bir çok bilgiye sahip olması sonucunu doğuracaktır. Bir bilirkişinin bu bilgileri kendi menfaatine kullanması veya üçüncü kişilere açıklaması doğru değildir. Bilirkişi, bilirkişilik faaliyetine ilişkin tüm bilgiler bakımından sır saklama yükümlülüğü altındadır. Bilirkişinin sır saklama yükümlülüğü, tek taraflı bir yükümlülüktür. Raporu ısmarlayan kişi, raporu istediği kişilere sunma özgürlüğüne sahiptir. Dolayısıyla bilirkişinin sır saklama yükümlülüğü olmadığına ancak sözleşmenin diğer tarafı karar verebilir. Örneğin, bilirkişi raporunun bizzat raporu ısmarlayan kişi tarafından üçüncü kişilere verilmesi halinde bilirkişinin sır saklama yükümlülüğü olmadığı sonucuna varılabilir⁵⁴. Hatta bu durumda bilirkişinin üçüncü kişiyi gerektiğinde raporun ayrıntıları konusunda aydınlatması talep edilebilir. Bunun yanı sıra bilirkişi, raporun hazırlanması vesilesiyle elde ettiği bilgileri ve tecrübeyi raporu ısmarlayan kişinin menfaatlerini ihlal etmemek kaydıyla

⁵² DÖBEREINER/von KEYSELINGK, a.e., s. 32.

⁵³ ROEBNER /BAYERLEIN, a.g.e., s. 181; KLOCKE, a.g.e., s. 298; DÖBEREINER/von KEYSELINGK, a.e., s. 26.

⁵⁴ WELLMANN, a.g.e., s. 21.

kullanabilir. Dolayısıyla raporun tarafların isimlerine yer vermeden yayımlanması konusunda bir tereddüt olmamalıdır⁵⁵.

b. Raporu İsmarlayan Kişinin Borçları

(1) Ücret Ödeme Borcu

Günümüzde bilirkişiler faaliyetlerini profesyonelce ve bir ücret karşılığında icra ettiklerinden bilirkişi raporunu talep eden sözleşme tarafının asli borcu, karşılaştırılan ücreti ödemektir⁵⁶.

(2) Katkıda Bulunma Borcu

Bilirkişinin raporunu hazırlarken ısmarlayan kişinin işbirliğine ihtiyacı vardır. Özellikle bilirkişilik faaliyetinin ilk aşamasında, siparişi veren taraf bilirkişiye konuya ilişkin bir takım bilgiler vermek durumundadır. Bu aşamada, bilirkişinin pasif bir şekilde kendisine anlatılanlar ile yetinmeyeceği, uzman olduğu konu hakkında ek bilgiler isteyeceği gözönünde tutulmalıdır⁵⁷. Siparişi veren kişinin isteyerek veya istemeyerek yanlış, eksik, tek taraflı ve sübjektif bilgiler vermesi sık karşılaşılan bir durumdur. Bu, siparişi veren kişinin çoğunlukla bilirkişi için önem arz eden verileri tespit etmek için gerekli olan bilgi ve tecrübeden yoksun olmasından kaynaklanmaktadır⁵⁸. Bundan dolayı, siparişi veren kişinin olayları bilirkişiye nakletme aşamasında dikkatli olması ve gerektiğinde bilirkişiye hangi verilere ihtiyacı olduğunu sorması tavsiye edilmektedir. Bu yolla bilirkişi, raporu ısmarlayan kişinin kendisine yardımcı olma konusunda ne kadar istekli olduğunu da tespit edebilecektir⁵⁹.

⁵⁵ WELLMANN, a.e., s. 21; DÖBEREINER/von KEYSELINGK, a.g.e., s. 55.

⁵⁶ BREMER, a.g.e., s. 33.

⁵⁷ ROEBNER /BAYERLEIN, a.g.e., s. 229-230.

⁵⁸ WELLMANN, a.g.e., s. 6.

⁵⁹ ROEBNER /BAYERLEIN, a.g.e., s. 229.

Siparişi veren kişinin bilirkişiye yardımcı olmaması durumunda bilirkişinin korunması gerekir. Siparişi veren kişinin, bilirkişinin ihtiyacı olduğu verileri hiçbir haklı gerekçe olmadan sağlayamayacağını belirtmesi durumunda bilirkişinin sözleşme ilişkisine baştan girmemesi daha doğru olacaktır. Hatta bilirkişiye bu durumda sözleşme ilişkisini sona erdirmeye hakkı dahi tanınmalıdır. Diğer bir seçenek ise bilirkişinin raporunda kendisinin incelemesine olanak tanınmayan verilere yer verirken bunların doğruluğunu test etmediğini açıkça yazmasıdır⁶⁰.

4. Yardımcı Şahısların Bilirkişilik Faaliyetindeki Rolü

a. Genel Olarak

Bilirkişinin raporunu hazırlama aşamasında yardımcı şahıslardan yararlanması hususu çok tartışmalıdır⁶¹. Bilirkişilik sözleşmeleri bakımından, bilirkişinin şahsi özelliklerinin önemli olduğu ve bilirkişinin talep edilen raporu hazırlama görevini üçüncü bir kişiye devredemeyeceği ve raporu şahsen hazırlaması gerektiği ifade edilmiştir⁶². Ancak bilirkişi, raporunun hazırlık aşamasında, bazı verilerin toplanması, raporun kağıda dökülmesi veya gerekli olan deneylerin yapılması bakımından yardımcı şahıslara ihtiyaç duyabilir. Hatta günümüzde iş bölümüne ve uzmanlaşmaya dayalı iş hayatında, bilirkişilerin yardımcı şahıslardan yararlanması, raporunu yardımcı şahısların çalışmaları üzerine inşa etmesi bir zorunluluk olarak karşımıza çıkmaktadır⁶³.

Şahsi özelliklerin önemli olduğu bazı iş görme sözleşmeleri bakımından yardımcı şahıslardan yararlanabileceği ve bu kişiler bakımından BK m. 100 uyarınca sorumlu

⁶⁰ KLOCKE, **a.g.e.**, s. 296.

⁶¹ ROEBNER /BAYERLEIN, **a.g.e.**, s. 239; BLEUTGE, **a.g.e.**, s. 1185 vd; DÖBEREINER/von KEYSELINGK, **a.g.e.**, s. 45.

⁶² WELLMANN, **a.g.e.**, s. 17; BLEUTGE, **a.e.**, s. 1185; DÖBEREINER/von KEYSELINGK, **a.e.**, s. 44.

⁶³ BLEUTGE, **a.e.**, s. 1185.

olunacağını kabul edilmektedir. Buna dayanarak, bilirkişilik sözleşmeleri bakımından da aynı kuralın geçerli olduğunu ve bilirkişilerin raporlarını hazırlarken yardımcı şahıslardan yararlanabileceklerini kabul etmek gerekecektir.

b. Yardımcı Şahısların Özellikleri

Yardımcı şahsın bir tanımını vermek gerekirse, yardımcı şahıs – bilirkişiye bağlı veya bağımsız çalışan- bilirkişi gibi aynı uzmanlık alanında faaliyet gösteren, raporun her aşamasında bilirkişinin talimatlarına bağlı ve gözetimi altında olup raporun oluşturulmasına katkıda bulunan kişidir⁶⁴.

Yardımcı şahıslar, bilirkişinin yanında çalıştırdığı kişiler olabileceği gibi özel olarak söz konusu rapor için görevlendirilmiş kişiler de olabilirler. Önemli olan husus, yardımcı şahısların bilirkişinin talimatları doğrultusunda ve gözetimi altında çalışmalarını yapmalarıdır. Yardımcı şahsın görevi, bilirkişinin kendisinin de yapabileceği işin bir bölümünü üstlenmek olmalıdır⁶⁵.

Yardımcı şahısların nevi konusunda ikili bir ayrıma gidilmelidir. Bilirkişinin kırtasiye işleri olarak adlandırabileceğimiz işleri için - örneğin raporun hazırlanması için gerekli olan verilerin dosyalanması veya bilirkişi tarafından bizzat kaleme alınmış olan raporun bilgisayarda yazılması gibi - yardımcı şahıslardan yararlanması sorun yaratmamaktadır, çünkü bu kişiler bilirkişilik faaliyetine doğrudan etki etmemektedirler. Dolayısıyla raporun hazırlanmasına hizmet eden - tartmak, saymak, ölçmek, karşılaştırılmış bir yöntemle göre analiz etmek gibi- faaliyetler üçüncü bir kişiye devredilebilir. Ancak verilerin tespiti bir değerlendirmeye dayanıyorsa veya farklı sonuçlara yol açan birden çok deney yöntemi söz konusu ise bilirkişinin bizzat karar vermesi gerekecektir⁶⁶.

⁶⁴ BLEUTGE, a.e., s. 1188.

⁶⁵ BLEUTGE, a.e., s. 1186.

⁶⁶ WELLMANN, a.g.e., s. 17.

Uygulamada, bilirkişi raporunun hazırlık çalışmaları ile bilirkişinin devredemeyeceği şahsi çalışmaları arasındaki sınırın çok net olmadığı ve bu durumun birçok tartışmayı beraberinde getirdiği bilinmektedir⁶⁷.

Yardımcı şahıslar bakımından tartışma yaratan grup, bilirkişi ile aynı uzmanlık alanında ve bilirkişinin talimatları ile veya kontrolü altından çalışan ve raporun oluşturulması aşamasına uzmanlık bilgileri ile katkıda bulunan şahıslardır. Ancak bilirkişinin rapora ilişkin konu hakkında gerekli olan bilgiye sahip olmaması nedeniyle işi yardımcı şahsa devretmesi durumunda bilirkişinin yardımcı şahsın işini denetleyememesi söz konusu olacaktır. Dolayısıyla bu durumda yardımcı şahıs bilirkişinin yardımcı şahsı olmaktan çıkmaktadır. Bilirkişinin ancak şahsen yapabileceği işleri yardımcı şahsa devredebileceği kabul edilir⁶⁸.

Bilirkişinin kendi şahsi bilgisini ve değerlendirmesini rapora yansıtması durumunda ifanın şahsen gerçekleştirildiğinden bahsedilir. Özellikle bir karara varılması gereken, tartışmalı ve yoruma açık olaylar bakımından faaliyetin yardımcı şahıslara devredilmesi kabul edilemez. Bilirkişinin raporun altına imzasını atması, raporun hazırlık çalışmaları için gerekli olan tüm işlemleri şahsen gerçekleştirdiği anlamına gelmez. Önemli olan, rapordaki sonucun bilirkişinin görüşünü yansıtmasıdır. Bilirkişi, raporunu kendi görüşleri doğrultusunda değerlendirebilecek ve yorumlayabilecek konumda olmalıdır⁶⁹.

Bilirkişi raporunun sadece bilirkişi tarafından imzalanması kabul edilmektedir. Yardımcı şahsın raporu imzalaması, rapora ilişkin sorumluluğu üstlendiği anlamına gelir ki yardımcı şahısların bu tarz bir sorumluluğu yoktur. Dolayısıyla bir bilirkişi raporundaki çift imzanın anlamı, bir raporun iki farklı uzmanlık alanında faaliyet gösteren iki bilirkişi tarafından yazıldığıdır. Halbuki yardımcı şahıslardan

⁶⁷ BLEUTGE, **a.g.e.**, s. 1188.

⁶⁸ BLEUTGE, **a.e.**, s. 1188.

⁶⁹ ROEBNER /BAYERLEIN, **a.g.e.**, s. 240-241; DÖBEREINER/von KEYSELINGK, **a.g.e.**, s. 46.

yararlanması bu anlama gelmemektedir. Bundan dolayı yardımcı şahısların bilirkişi raporlarını imzalamamaları gerekir⁷⁰.

Bilirkişi, bazı verilerin değerlendirilmesi aşamasında kendi uzmanlık alanı olmayan konularda başka bir bilirkişinin görüşüne de ihtiyaç duyabilir. Bu durumda artık bir yardımcı şahıstan değil, bir bilirkişiden bahsedilecektir. Bu görüş, bağımsız bir bilirkişi raporu niteliğine sahip olacağından iki farklı uzmanlık alanına ilişkin birbirinden bağımsız iki veya daha fazla bilirkişi raporundan bahsedilecektir. Ancak bilirkişinin kendi uzmanlık alanı olmayan konularda bilirkişilerden yararlanması bir zorunluluk ise bilirkişiden beklenen bu uzman ‘yardımcı şahısları’ özenle seçmesi ve izlemesidir. Bilirkişinin üçüncü bir kişiye başvurması durumunda raporu ısmarlayan kişiyi bilgilendirmesi hatta iznini veya kime başvurması gerektiği konusunda fikrini alması gerektiği tavsiye edilmektedir⁷¹. Siparişi veren kişi ile bilirkişi sözleşmenin kurulma veya ifası aşamasında uzman yardımcı şahıslardan yararlanabileceğini kararlaştırabilirler. Zira taraflar sözleşme serbestisi ilkesi uyarınca sözleşmelerinin içeriğini istedikleri gibi belirleyebilirler.

c. Bilirkişinin Sorumluluğu

Bir sözleşme ilişkisinin tarafı borcun ifasında yardımcı şahıs kullanırsa, bu şahsın borca aykırı davranışlarından kusur aranmaksızın sorumlu tutulur (BK m.100). Kanun, borcun ifasında yardımcı şahıs kullanana kurtuluş kanıtı getirme imkanı tanımamıştır⁷².

Bilirkişinin yardımcı şahısların yol açtığı zararlardan doğan sorumluluğu BK m. 100 uyarınca değerlendirilecektir. Bilirkişi, yardımcı şahısların sır saklama

⁷⁰ BLEUTGE, a.g.e., s. 1190.

⁷¹ WELLMANN, a.g.e., s. 18; BLEUTGE, a.e., s. 1188.

⁷² Rona SEROZAN, **İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, 3. Cilt, 3. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2002, s. 236 vd.

yükümlülükleri dahil olmak üzere bilirkişi raporunun hazırlanmasına ilişkin yükümlülükleri ihlal etmeleri halinde sorumlu olacaktır. Bilirkişilik faaliyetinin çoğunlukla sır saklama yükümlülüğünü de kapsadığı göz önüne alındığında, bilirkişinin raporu ısmarlayan kişiye ait sırları hangi kapsamda yardımcı şahıslara açıklayacağına karar vermesi gerekir.

Bilirkişinin raporun hazırlama aşamasında kendisine yardımcı olacak kişileri seçmede ve onları denetlemede özen göstermesi gerekmektedir. Bilirkişinin seçtiği yardımcı şahsın gerekli donanıma sahip olması aranmaktadır. Bilirkişinin özen sorumluluğu yüksek takdir edilecektir⁷³.

Bilirkişinin kabul edilemez bir şekilde sözleşmeden kaynaklanan borcunu örneğin raporun oluşturulması gibi şahsen yapması gereken bir işlemi yardımcı şahsa devretmesi halinde ise raporu ısmarlayan kişinin bu devirden kaynaklanan zararını tazmin etmesi gerektiği kabul edilmektedir⁷⁴.

⁷³ DÖBEREINER/von KEYSELINGK, **a.g.e.**, s. 57.

⁷⁴ DÖBEREINER/von KEYSELINGK, **a.e.**, s. 52-53.

II. Bilirkişilik Sözleşmesinin Hukuki Niteliği

Bilirkişilik faaliyetine ilişkin bir sözleşme (Bilirkişilik sözleşmesi), Borçlar hukukumuzda özel olarak düzenlenmediğinden, bu sözleşmenin özellikle yorumlanması ve ifası aşamasında hukuki niteliğinin tespiti büyük bir önem taşımaktadır. Bilirkişilik sözleşmesinin hukuki niteliği, doktrinde tartışmalıdır⁷⁵.

Alman hukukunda, bilirkişi ile bilirkişiyeye başvuran (bilirkişi raporunu talep eden) kişi arasındaki sözleşmenin niteliği itibarıyla bir istisna (eser) sözleşmesi olduğu çoğunluk tarafından kabul edilmektedir⁷⁶. Hatta bilirkişinin raporunu sözlü bir şekilde mahkemede ifade etmesi borcu dahi istisna sözleşmesinin konusu sayılmıştır. Bilirkişinin belirli bir sonucu borçlandığı kabul edilmiştir.

İsviçre ve Türk doktrininde, bilirkişilik sözleşmesinin belirli özellikleri haiz atipik bir sözleşme (isimsiz bir sözleşme) olduğu ifade edildiği gibi⁷⁷, bilirkişilik sözleşmesinin bir istisna (eser) sözleşmesi, bir hizmet (iş)⁷⁸ veya bir vekalet sözleşmesi olarak sınıflandırılması gerektiği de ileri sürülmüştür.

İsviçre hukukunda, fikri bir eserin Alman hukukunun aksine istisna sözleşmesinin konusu olarak kabul edilemeyeceği, dolayısıyla fikri bir eserin kendine özgü bir iş görme sözleşmesi olarak sınıflandırılması veya bu sözleşmeye OR m. 394 f. 2 hükmüne göre, vekalet sözleşmesinin hükümlerinin uygulanması gerektiği belirtilmiştir⁷⁹.

⁷⁵ ROEBNER /BAYERLEIN, **a.g.e.**, s.182.

⁷⁶ BGH DB 1976, 1473; BB 1974, 578; NJW 1967, 719; BREMER, **a.g.e.**, s. 31, WESSEL/BAYERLEIN, **a.g.e.**, s. 571; DÖBEREINER/von KEYSERLINGK, **a.g.e.**, s. 65; ROEBNER /BAYERLEIN, **a.e.**, s. 183-184; BLEUTGE, **a.g.e.**, s. 1186; Matthias KILIAN, 'Der Begutachtungsvertrag nach der Schuldrechtsreform', **NZV** 2004, s. 489.

⁷⁷ Bilirkişilik sözleşmesinin belirli özellikleri haiz bir sözleşme türü olarak kabul edilmesinin gereksiz olduğu zira kanun hükümlerinin bu konuda gerekli olan düzenlemeleri içerdiği görüşü için bkz. Moritz KUHN, 'Die Haftung aus falscher Auskunft und falscher Raterteilung', **SJZ** 1986, s. 351.

⁷⁸ Bir bilirkişinin bir hizmet sözleşmesi çerçevesinde görevlendirilmesi istisnai bir durumu teşkil ettiğinden bu konu, bu çalışmada ayrıntıları ile incelenmeyecektir. Ancak bilirkişi ile aktedilen anlaşmanın bir hizmet sözleşmesi olarak nitelendirilmesi durumunda, hizmet sözleşmesine ilişkin hükümlerin (BK m. 313 vd.) uygulama alanı bulacağı belirtilmelidir.

⁷⁹ Karl HOFSTETTER, 'Gutachterhaftung gegenüber Dritten im schweizerischen Recht', **AJP** 1998, s. 261; Georg GAUTSCHI, 'Zur Qualifikation des Architektenvertrages in BGE 98 II 305 ff', **SJZ**

İsviçre ve Türk doktrinde, Alman Medeni kanununda vekaletin ücretli olabileceği kabul edilmediği için uzmanlığı gerektiren serbest meslek faaliyetlerine ilişkin sözleşmelerin hizmet ve istisna akdi kavramları içine sokulmağa çalışıldığı ileri sürülmüştür⁸⁰. Bu görüşe göre, Alman hukukuna göre vekalet sözleşmesinin ivazsız olma zorunluluğu tüm ivazlı iş görme sözleşmelerinin hizmet veya istisna sözleşmesi olarak sınıflandırılmasını gerekli kılmaktadır. Buna karşılık, kanun koyucu İsviçre ve Türk hukukları bakımından kanunen düzenlenmiş başka bir sözleşme tipine girmeyen tüm iş görme sözleşmelerini vekalet sözleşmesi kapsamına almıştır (BK m. 386 f.2, OR m. 394 f.2). Böylece, ivazlı iş görme sözleşmeleri BGB’de iş veya istisna sözleşmesi olarak sınıflandırılırken bu durum İsviçre ve Türk hukukları açısından vekalet sözleşmesi olmalıdır.

Bir bilirkişilik sözleşmesini sınıflandırırken her somut olay ayrı ayrı ele alınmalıdır, çünkü bazı durumlarda bir bilirkişilik sözleşmesi bir hizmet sözleşmesi olarak da sınıflandırılabilir. Örneğin, bilirkişinin belirli aralıklarla bir malın üretilme sürecine veya laboratuvar deneylerine ilişkin rapor yazma borcu hizmet sözleşmesinin konusu olarak görülmüştür⁸¹.

Çalışmanın bu bölümünde, bilirkişilik sözleşmesinin hizmet veya atipik bir sözleşme olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği üzerinde kısaca durulduktan sonra, bilirkişilik sözleşmesinin hukuki niteliğinin vekalet sözleşmesi olarak kabul edilip edilemeyeceği ele alınmıştır. Açıklamalarda istisna sözleşmesi temel alınarak sırasıyla hizmet, atipik ve vekalet sözleşmelerinin eksiklikleri üzerinde durulmuştur. Bu bölümün sonunda ise bilirkişilik sözleşmelerinin neden istisna sözleşmesi olarak nitelendirilmesi gerektiği ortaya konulmaya çalışılmıştır.

1974, s. 22; Aksi görüş için bkz. Peter JÄGGI, ‘Bemerkungen zu einem Urteil über den Architektenvertrag’, *SJZ* 1973, s. 301 vd.

⁸⁰ Haluk TANDOĞAN, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Cilt 2, 3. Bası, Ankara 1987, s. 365; GAUTSCHI, a.e., s. 21.

⁸¹ BREMER, a.g.e., s. 31 ; KLOCKE, a.g.e., s. 294.

A. Bilirkişilik Sözleşmesinin Hizmet Sözleşmesi Olarak Nitelendirilmesi

Bir bilirkişinin sadece bir danışmanlık görevini üstlendiği durumlarda bir hizmet sözleşmesinin varlığı kabul edilebilir. Bir hizmet sözleşmesinin konusu, kararlaştırılan faaliyetin para karşılığı özenli bir şekilde ifa edilmesidir. Bu sözleşmeyi bir istisna sözleşmesinden ayıran en önemli özellik, bir sonucun borçlanılmamasıdır. Hiç kuşkusuz, hizmet sözleşmesinde de kişi faaliyetini özenle yerine getirmek durumundadır, ancak bir sonuç borçlanılmamaktadır. İstisna sözleşmesinde, belirli bir sonucun borçlanması söz konusu iken, hizmet sözleşmesinde belirli bir faaliyetin belirli bir süre borçlanması söz konusudur. Pratik hayatta, sadece hizmetin mi yoksa aynı zamanda sonucun mu borçlanıldığı birbirinden çok kesin çizgilerle ayrılmamaktadır.

Bir bilirkişilik sözleşmesinin hizmet sözleşmesi olarak sınıflandırılması bilirkişinin sorumluluğu açısından bir fark yaratacaktır. İstisna sözleşmesinde, bilirkişinin kusursuz olarak sorumlu olması söz konusu iken, hizmet sözleşmesinde bilirkişinin kusura dayanan bir sorumluluğu söz konusu olacaktır.

B. Bilirkişilik Sözleşmesinin Atipik Bir Sözleşme (İsimsiz Sözleşme) Olarak Nitelendirilmesi

Bir hizmet edimine ilişkin bir sözleşmenin istisna sözleşmesinin unsurlarını ihtiva etmemesi durumunda, bu sözleşme ya kanun tarafından düzenlenmiş başka bir sözleşmedir (örneğin, hizmet sözleşmesi, vekalet sözleşmesi, komisyon sözleşmesi vb. gibi) veya kanunen düzenlenmemiş atipik bir sözleşmedir⁸².

⁸² Theo GUHL, (bearbeitet von SCHNYDER Anton K./ KOLLER ALFRED/ DRUEY Jean Nicolas), **Das Schweizerische Obligationenrecht**, 9. Aufl., Zürich 2000, s. 522; Rona SEROZAN, **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, Filiz Kitabevi, İstanbul 2002, s. 71 vd.

BK m. 386 f.2 hükmüne rağmen, atipik sözleşmelerin hizmet edimine ilişkin sözleşmelerde söz konusu olup olmayacağı tartışılmıştır⁸³. Bir görüşe göre, BK m. 386 f. 2 karşısında artık kendine özgü yapısı olan iş görme sözleşmesi kavramını kabul etme imkanı olmadığından, vekalet sözleşmesi hükümlerinin uygulama alanı bulması gerekmektedir⁸⁴. Kanun koyucu, kanunla düzenlenmeyen iş görme sözleşmelerinde özellikle sonuç sorumluluğu yerine kusur sorumluluğu öngörmüş (BK m. 321 ve m. 330) ve iş görmeden yararlanacak olan tarafın uğranılan zararı karşılaması gereğini (BK m. 394 f.2) kabul etmiştir. Böylece, bu alanda kanuni tiplerin sınırlı sayıda olması kabul edilmiş olmaktadır⁸⁵. Ancak doktrindeki hakim görüş⁸⁶, BK m. 386 f. 2 hükmünün iş görme sözleşmelerinde atipik sözleşmelerin kurulmasını engellemediği yönündedir. Özellikle BK m. 396'nın vekaletten azil ve ondan istifanın her zaman caiz olduğunu öngören düzenlemesinin, kendine özgü yapısı olan sözleşmelere uygulanmasının yerinde olmadığı ve bu tip sözleşmelere kendi yapılarıyla bağdaşan hükümlerin uygulanması gerektiği belirtilmiştir. BK m. 386 f. 2 hükmünün gerekçesi olarak, vekalet sözleşmesi ile hizmet ve istisna sözleşmeleri arasında açık bir sınır tespiti sağlamak ve serbest meslek faaliyetlerini vekalet hükümlerine tabii tutmak isteği gösterilmiştir⁸⁷. İsviçre Federal mahkemesi de bu konudaki içtihadını değiştirmiş ve BK m. 386 f.2 hükmünün emredici bir hüküm olmadığını ve bu sebeple kendine özgü yapısı olan iş görme sözleşmelerinin olabileceğini kabul etmiştir⁸⁸.

Hizmet edimine ilişkin atipik sözleşmeler sınırlı sayıda olmamakla beraber en önemli örnekler şunlardır: İvazsız istisna sözleşmeleri, atipik bir sözleşme olarak kabul edilir⁸⁹. Bu sözleşmeleri istisna sözleşmelerinden ayıran tek unsur müteahhidin

⁸³ GUHL, a.e., s. 546; Peter GAUCH, *DerWerkvertrag*, 4. Aufl., Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich 1996, Rdnr. 17 ve 317.

⁸⁴ Carl DÜRR, *Werkvertrag und Auftrag*, Kommentar der Art. 363 bis 379 und 394 bis 406 OR, Vira 1983, s. 124.

⁸⁵ İsviçre Federal Mahkemesinin bu yöndeki kararları için bkz. BGE 104 II 110; 106 II 59.

⁸⁶ Hüseyin HATEMİ / Rona SEROZAN / Abdülkadir ARPACI, *Borçlar Hukuku Özel Bölüm*, İstanbul 1992, s. 352 ve 390; GUHL, a.g.e., s. 546; Cevdet YAVUZ, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 6. Bası, Beta, İstanbul 2002, s. 559.

⁸⁷ Fahrettin ARAL, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Yetkin Yayınları, Ankara 2000, s. 410.

⁸⁸ BGE 109 II 465; BGE 112 II 46 (GUHL, a.g.e., s. 522).

⁸⁹ GAUCH, a.g.e., Rdnr. 318. İvazsız bir istisna sözleşmesinin vekalet sözleşmesi sayılması gerektiği konusundaki tartışmalar için bkz. GAUCH, a.e., Rdnr. 115.

edimini karşılıksız ifa etme borcu altına girmesidir. BK m. 355/m. 363 OR uyarınca fikri bir eserin dahi cismani bir özellikte olması gerektiği belirtilmiştir⁹⁰. Dolayısıyla borçlanılmış olan fikri bir eserin maddi bir eşya üzerine aktarılamaması durumunda da atıpk bir sözleşmeden bahsedilebilecektir. Diğer bir örnek ise müteahhidin sürekli bir borç altına girmesi durumudur⁹¹.

Yukarıda sayılan örnekler, bilirkişilik sözleşmeleri bakımından uygulama alanı bulmamaktadır. Günümüzde bilirkişi raporları bir ücret karşılığı yazılmakta ve rapor, raporu ısmarlayan kişiye bir disket veya çıktısı alınmış kağıtlar halinde sunulmaktadır. Bundan dolayı, bilirkişilik sözleşmelerini atıpk bir sözleşme olarak nitelendirmek yerinde değildir.

C. Bilirkişilik Sözleşmesinin Vekalet Sözleşmesi Olarak Nitelendirilmesi

Bir bilirkişinin sözleşme tarafına belirli bir konuda fikir vermesi veya görüşünü açıklaması (örneğin bir binanın onarımı veya tıbbi bir terapi hakkında) durumunda istisna sözleşmesinin söz konusu olmadığı ifade edilmiştir⁹². Tavsiyede bulunma faaliyetinin, istisna sözleşmesinin konusu olabilecek bir eser olmadığı ve bu durumda taraflar arasındaki sözleşme ilişkisine vekalet sözleşmesi hükümlerinin uygulanması gerektiği belirtilmiştir.

Bu konuda özellikle BK m. 386 f. 2 hükmüne dikkat çekilmiştir⁹³. Buna göre, diğer akitler hakkındaki kanun hükümlerine tabii olmayan işlerde vekalet hükümlerinin geçerli olacağı düzenlenmiştir. Her ne kadar BK m. 386 f.2 hükmünün lafzı yorumundan bu sonuca varılsa da hükmün anlam ve amacı da göz önünde bulundurulmalıdır. Zira bazı sözleşmeler bakımından vekalet sözleşmesinin

⁹⁰ GAUCH, a.e., Rdnr 321. Ancak İsviçre Federal Mahkemesinin gösteri sanatlarını içeren birçok ifayı istisna sözleşmesinin konusu olarak kabul ettiği unutulmamalıdır (Örneğin, BGE 112 II 41; 109 II 38; 80 II 34; 70 II 218). Bu konudaki kararların eleştirisi için bkz. GAUCH, a.e., Rdnr. 45.

⁹¹ GAUCH, a.e., Rdnr. 322.

⁹² HOFSTETTER, a.g.e., s. 261; GAUCH, a.e., Rdnr. 333; KUHN, a.g.e., s. 350. Bu yöndeki karar için bkz. BGE 112 II 350.

⁹³ GAUCH, a.e., Rdnr. 17.

hükümleri (örneğin BK m. 396 gibi) yerinde olmayan sonuçları beraberinde getirmektedir.

Çalışmanın bu bölümünde, vekalet sözleşmesinin özellikleri incelenip bu sözleşme türünün bilirkişilik sözleşmesine uygulanıp uygulanamayacağı tespit edilmeye çalışılacaktır.

1. Genel Olarak Vekalet Sözleşmesi

Bir iş görme borcu doğuran sözleşme olan vekalet sözleşmesi, BK m. 386-398 arasında düzenlenmiştir. Vekalet sözleşmesinin konusu, kanunun ifadesi ile mukavele dairesinde tahmil olunan işin idaresi veya takabbül eylenen hizmetin ifasıdır (BK m. 386). Tanımdan da anlaşıldığı üzere, vekalet sözleşmesinin konusu her tür işi veya hizmeti kapsamaktadır. Sözleşme konusunun uzun bir süre devam etmesi gerekmediği gibi hukuki bir işlem olması da gerekmez⁹⁴. Bunun yanı sıra, faaliyetin malvarlığı değerlerine yönelik bir iş veya hizmet olma zorunluluğu yoktur. Faaliyetin belirli bir sonuca yönelik olup olmamasının da bir önemi yoktur⁹⁵. Vekalet sözleşmesinin konusu taraflarca sözleşmede kararlaştırılan her husus olabilir, ancak kambiyo taahhüdünde bulunma gibi bazı işler bakımından BK m. 388 f. 3 uyarınca özel bir yetkilendirme gerekir.

a. Tanımı

Tandoğan'ın vekalet sözleşmesi konusundaki tanımı şu şekildedir: Vekalet öyle bir akitir ki vekile müvekkilin menfaatine ve iradesine uygun bir sonuca yönelen bir iş görmeyi bir zaman kaydına tabi olmaksızın ve nispeten bağımsız olarak yapma

⁹⁴ Bir aracın direksiyonunun sökülmesi veya seyahate çıkmış kişinin çiçeklerinin sulanması gibi. Bu örnekler için bkz. Dieter MEDICUS, **Schuldrecht II Besonderer Teil**, 11. Aufl., Verlag C.H. Beck, München 2003, s. 193.

⁹⁵ GAUCH, **a.g.e.**, Rdnr. 21.

borcunu, sonucun elde edilememesi rizikosuna ona ait olmamak üzere yükler⁹⁶. Vekalet sözleşmesinin bu tanımında, vekilin iş görmesinin müvekkilin menfaatine ve iradesine uygun bir sonuca yönelik olması, sonucun elde edilememesi rizikosunun müvekkile ait olması, vekilin iş görme borcu bakımından bir zaman kaydına tabi olmaması ve nispeten bağımsız olması gibi önemli özellikleri yer almaktadır. Bu çalışmada, bilirkişilik sözleşmeleri çerçevesinde yapılacak olan açıklamalarda bu tanımın unsurları dikkate alınacaktır.

b.Kurulması

Vekalet sözleşmesi rızai bir sözleşme olarak, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarıyla kurulur. Zımni kabule ilişkin BK m. 387 hükmü saklı olmak üzere, sözleşmenin kurulmasına ilişkin genel kurallar (BK m. 3 vd.), vekalet sözleşmesinde de uygulanır. BK m.387'ye göre, müvekkilin icabının derhal reddedilmemesi bazı durumlarda vekalet sözleşmesinin kurulmasına neden olur. Bu durum vekilin, işin idaresi hususunda resmi bir sıfatının olması veya isin icrasının mesleğinin icabından olması veya bu gibi işleri kabul edeceğini ilan etmiş olması halinde geçerlidir⁹⁷.

Vekalet sözleşmesinin geçerliliği kural olarak herhangi bir şekilde tabii değildir. Şekil serbestisi ilkesinin, vekilin üçüncü kişilerle şekle bağlı bir sözleşme kurmayı taahhüt etmesi halinde de geçerli olduğu kabul edilmektedir⁹⁸. Zira vekilin iş görme borcunun konusu, şekle bağlı hukuki muamelenin kendisi olmayıp bu hukuki

⁹⁶ TANDOĞAN, **a.g.e.**, s. 356.

⁹⁷ Alman hukukundaki aynı düzenleme için bkz. Hans Hermann SEILER, **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**, Schuldrecht Besonderer Teil II, 4. Aufl., München 2005, § 663, Rdnr. 1-26.

⁹⁸ GUHL, **a.g.e.**, s. 548; Heinrich HONSELL, **Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil**, 4. Aufl., Bern 1997, s. 277. Vekalet sözleşmesinde şekil serbestisi ilkesine rağmen, İsviçre Federal mahkemesi, kefalet sözleşmesi kurmak için verilen vekalet, kefaletin şekline tabii tutulmasına karar vermiştir (BGE 65 II 236), bu içtihat daha sonra kanun hükmüyle (OR m. 493 f.6) teyit edilmiştir. Aynı şekilde taşınmazlar üzerindeki mülkiyet hakkının geçirilmesine ilişkin vekalet sözleşmelerinin şekle bağlı olacağı konusunda MK'da ve BK'da açık bir hüküm olmamasına rağmen, bu işlemler için Tapu Sicil Tüzüğü, Noterlik Kanunu'na göre düzenlenmiş vekaletname öngörmektedir. Alman hukukunda vekalet sözleşmesinin şekil şartları konusunda bkz. SEILER/MüKo, **a.e.**, § 662 Rdnr. 6.

muameleyi yapmaya yönelik faaliyette bulunmadır. Buna karşılık, ispat açısından şeklin yararları bulunmaktadır⁹⁹.

c. Vekalet Sözleşmesinin Unsurları

Çalışmanın bu bölümünde, vekalet sözleşmesinin yukarıda verilen tanımı dikkate alınarak vekalet sözleşmesinin bazı unsurları üzerinde durulup, bu unsurların bilirkişilik sözleşmesine uygun olup olmadığı incelenecektir.

(1)Vekilin Müvekkile Karşı İş Görme Borcu Altına Girmesi

BK m. 386 f.1’de, vekilin mukavele dairesinde kendisine tahmil olunan işin görülmesini borçlandığından söz edilmektedir. Bu hükme göre, vekaletin konusunu, hukuki muameleler ile hukuki muamele benzeri fiiller oluşturabileceği gibi maddi fiiller de oluşturabilecektir¹⁰⁰. Bir hukuki işlemin (satım, kira gibi) veya hukuki işlem benzerinin (ihtar ve mehil tayini gibi) başkası adına veya hesabına yapılması ‘hukuki fiillere ilişkin vekaletin’ konusunu teşkil eder. Bu tür vekaletin konusuna giren hukuki fiiller, doğrudan doğruya veya dolaylı temsil yoluyla yerine getirilir; vekil müvekkilin doğrudan doğruya veya dolaylı temsilcisi olarak hareket eder. Maddi fiillerin yapılmasına ilişkin vekalette ise vekil herhangi bir maddi fiili, fiili bir hizmetin ifasını taahhüt eder. Örneğin, bir hekimin hastasını muayene ve tedavi ya da ameliyat etmesi, bir mimarın inşaatı yürütmesi, özel ders verilmesi gibi. Birçok yazar, bir hukukçunun mütalaasının da maddi fiillere ilişkin vekalet kavramıyla açıklamaktadır¹⁰¹.

⁹⁹ YAVUZ, **a.g.e.**, s. 566; Philipp KUNZ, **Aktuelles Obligationenrecht**, Teil 1 OR 1.529, Basel, Genf, München 1998, s. 171.

¹⁰⁰ GUHL, **a.g.e.**, s. 546; YAVUZ, **a.e.**, s. 554; TANDOĞAN, **a.g.e.**, s. 356; ARAL, **a.g.e.**, s. 405.

¹⁰¹ TANDOĞAN, **a.e.**, s. 360; YAVUZ, **a.e.**, s. 555; ARAL, **a.e.**, s. 406. Bir doktorun tıbbi bilirkişi raporunun vekalet sözleşmesinin konusu olduğu görüşü için bkz. DÜRR, **a.g.e.**, s. 117.

(2) İş Görmenin Kanunla Düzenlenmiş Başka Bir İş Görme Sözleşmesinin Konusunu Oluşturmaması

Vekalet sözleşmesinin varlığının kabul edilebilmesi, sözleşme konusu iş görme borcunun hizmet, komisyon, istisna veya navlun sözleşmesi gibi başka bir iş görme sözleşmesinin konusunu oluşturmamasına bağlıdır. Aynı zamanda taraflar arasındaki iş görme ilişkisi bir hatır işinden kaynaklanmamalı veya kanun tarafından öngörülen bir yükümlülük olmamalıdır¹⁰².

BK m. 386 f.2'deki düzenleme ile Borçlar Kanundaki iş görme sözleşmesi tiplerinin unsurlarından biri eksik olan veya bu tiplere uymayan iş görme sözleşmelerine vekalet hükümleri uygulanmak istenmiştir¹⁰³.

Bilirkişilik faaliyetinin kanunla düzenlenmiş olan istisna sözleşmesinin konusunu oluşturan bir iş görme edimi olduğu kabul edilecek olursa bu hüküm vekalet sözleşmesi hükümlerinin uygulanmasını engelleyecektir.

(3) İş Görmenin Başkasının Menfaatine ve İradesine Uygun Olarak Yapılması

Vekalet sözleşmesinin konusunun başkasına ait olması ve iş görmenin onun menfaatine yapılması gerektiği kabul edilmektedir¹⁰⁴. BK m. 389 f.1 c.1'deki 'vekil müvekkilin sarıh olan talimatına muhalefet edemez' hükmü karşısında ve müvekkilin vekili her zaman azil hakkına sahip olması (BK m. 396 f.1) sebebiyle, vekilin

¹⁰² GUHL, **a.g.e.**, s. 546.

¹⁰³ TANDOĞAN, **a.g.e.**, s. 384. Buna karşılık, Alman hukukunda hizmet, istisna ve vekalet sözleşmeleri arasında en sık uygulama alanı bulan sözleşme tipi, istisna sözleşmesi olmaktadır. Bu durum, istisna sözleşmesinin konusunun § 631 II BGB'de daha geniş tanımlanmış olmasından kaynaklanmaktadır. Bkz. Jan BUSCHE, **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**, Schuldrecht Besonderer Teil II, Band 4, §§ 611-704, 4. Aufl., München 2005, BGB § 631 Rdnr. 1; HONSELL, **a.g.e.**, s. 282 (Özel Hükümler).

¹⁰⁴ YAVUZ, **a.g.e.**, s. 559.

müvekkilin iradesine uygun hareket etme zorunluluğu olduğu sonucu kabul edilmektedir¹⁰⁵.

Bilirkişilik sözleşmeleri açısından vekalet sözleşmesinin bu unsuru büyük bir sorun teşkil etmektedir. Zira başkasına ait bir işin görülmesinde, işin ait olduğu kimsenin - yani konumuz açısından raporu ısmarlayan kişinin- menfaatinin gözetilmesi gereği kendiliğinden kabul edilmesi lazım gelen bir unsurdur. Halbuki bilirkişilik faaliyetinin en önemli unsurlarından biri tarafsızlıktır. Bunun yanı sıra, bilirkişilik sözleşmelerinde iş görme borcu altında olan bilirkişinin mutlaka başkasına ait bir işi görmesi de söz konusu değildir.

(4) Vekilin Edim Borcundan Değil, Edim Fiillinden Sorumlu Olması

İstisna sözleşmesinden farklı olarak, vekalet sözleşmesinde sonuçtan ziyade belirli bir faaliyetin borçlanması söz konusudur¹⁰⁶. Vekalet sözleşmesi kapsamında vekilin faaliyeti hiç kuşkusuz bir sonuca yöneliktir, ancak bu sonucun vekil tarafından garanti edilmesi söz konusu değildir. Vekil, yüklendiği iş görme edimini özenle yerine getirmekle yükümlü olup, istenen sonucun gerçekleşmemesinden sorumlu değildir. Bunun nedeni, bazı faaliyetler açısından bir sonucun vaat edilmesinin mümkün olmamasıdır. Örneğin, bir doktor bir hastanın iyileşmesi sonucunun gerçekleşmesini değil; hastayı tedavi etmeyi ve iyileştirmeyi vaat eder. Aynı şekilde bir avukat bir davanın kazanılmasını değil, bir davayı üzerine almayı ve iş sahibinin menfaatlerini en iyi şekilde savunmayı vaat eder. Bundan dolayı, sonucun vekilin gerekli özeni göstermesine rağmen elde edilememesinin tehlikesi vekile ait değildir; bu tehlikeyi müvekkil taşıyacaktır¹⁰⁷.

Bilirkişilik sözleşmesini sınıflandırırken bilirkişinin ne borçlandığının tespit edilmesi önem taşımaktadır. Bir bilirkişi, raporunu hazırlamak suretiyle bir sonucu

¹⁰⁵ YAVUZ, a.e., s. 560.

¹⁰⁶ TANDOĞAN, a.g.e., s. 364; KUNZ, a.g.e., s. 172.

¹⁰⁷ HONSELL, a.g.e., s. 282 (Özel Hükümler); YAVUZ, a.g.e., s. 561.

borçlanmaktadır¹⁰⁸. Bu sonuç, somut olayın şartlarına göre bir eşyanın değerinin veya bir sanat eserinin gerçek mi sahte mi olduğunun tespiti olabilir. Vekalet sözleşmesi ile belirli bir sonuçtan ziyade sadece hizmetin borçlanması hususu, bilirkişilik sözleşmesinin amacına uymamaktadır. Raporu ısmarlayan kişi bakımından sadece bilirkişinin raporu hazırlama sürecinde yaptığı işler örneğin, araştırmalar veya deneyler bir önem taşımamaktadır. Raporu ısmarlayan kişi için önemli olan, bilirkişinin somut olay hakkında bir sonuca varmasıdır.

(5) Ücret

Vekalet sözleşmesi ile vekil müvekkile karşı iş görme borcu altına girmektedir, fakat müvekkilin ücret ödeme borcu vekalet sözleşmesinin kanuni ve zorunlu bir unsuru değildir. BK m. 386 f.2 uyarınca ücret ancak sözleşmeden, teamülden ya da özel bir kanun hükmünden doğabilecektir¹⁰⁹. Günümüzde bilirkişilik faaliyetleri dahil olmak üzere iş görme borçları, kural olarak bir mesleğin icrası şeklinde ve bir ücret karşılığı görülmektedir. Vekalet sözleşmesinin karşılıksız aktedilmesi istisnai bir durum teşkil etse de kanun tarafından varsayılmaktadır¹¹⁰.

Müvekkilin ücret ödemekle yükümlü olduğu durumlarda, vekalet sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme niteliği taşır. Buna karşılık, müvekkilin ücret ödeme borcunun bulunmaması halinde, vekalet sözleşmesi eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşme niteliğindedir. Ancak eksik iki taraflı bir sözleşmenin varlığı halinde vekil faaliyeti sonucu bir ücret talep edemese de yapmış olduğu masrafları (örneğin yol masrafları gibi) müvekkilinden BK m. 394 uyarınca talep edebilecektir. Zira vekilin müvekkilin işleri için kendi malvarlığı değerlerinden feragat etmesi beklenemez.

¹⁰⁸ Danışma ve bilgilendirme sözleşmelerinde, sonucun taahhüt edilmesinin imkansız olduğu ve bu sözleşmelerin vekalet ilişkisi olarak nitelendirilmesi gerektiği görüşü için bkz. YAVUZ, **a.g.e.**, s. 579; KIRCA, **a.g.e.**, s. 3. Danışmanlık sözleşmelerine danışmanın daha ağır sorumluluğunu çağırın istisna sözleşmesinin kurallarının da uygulanabileceği hakkında bkz. SEROZAN, **a.g.e.**, s. 81 (Borçlar Özel).

¹⁰⁹ İsviçre ve Türk hukukunun aksine, Alman hukuku vekalet sözleşmesinin sadece ivazsız aktedilebileceğini kabul etmiştir (§ 662 BGB). İş görme borcunun bir ücret karşılığı ifa edilmesi halinde ise § 675 BGB uyarınca bir hizmet veya istisna sözleşmesi söz konusudur. Bkz. SEILER/MüKo, **a.g.e.**, BGB § 662 Rdnr. 5.

¹¹⁰ HONSELL, **a.g.e.**, s. 292 (Özel Hükümler); KUNZ, **a.g.e.**, s. 171.

2.Vekalet Sözleşmesinden Doğan Borçlar

Vekalet sözleşmesinde vekilin borçlarını, vekalet çerçevesinde iş görme, sadakat ve sır saklama borcu, hesap verme borcu ile vekalet ilişkisi dolayısıyla aldıklarını verme borcu, işi özenle yapma borcu, işi bizzat yapma borcu olarak saymak mümkündür¹¹¹.

Vekil, vekalette güven unsurunun taşıdığı önem dolayısıyla sözleşme konusu işi bizzat kendisi yapmakla yükümlüdür. Vekil, sözleşme ilişkisi nedeniyle müvekkilinden almış olduğu şeyleri ve vekalet ilişkisi nedeniyle elde ettiği şeyleri iade etme borcu altındadır. Bilirkişiler bakımından iade yükümlülüğünün ancak ilk hali söz konusu olabilir. Dolayısıyla bilirkişi, raporunun hazırlanması için gerekli olan ve raporu ısmarlayan kişi tarafından kendisine verilen şeyleri iade etme borcu altındadır. Bilirkişinin vekalet ilişkisinin aksine sözleşme ilişkisi nedeniyle bir şey elde etmesi söz konusu olmayacaktır¹¹².

Bilirkişilik sözleşmeleri bakımından özellikle sadakat ve sır saklama borcu ve hesap verme borcu üzerinde durulacaktır. Vekilin diğer borçlarının bilirkişilik sözleşmelerine uygulanması sorun yaratmayacaktır.

a. Vekilin Sadakat Borcu

BK m. 390 f.2'ye göre, vekil müvekkile karşı vekaleti iyi bir surette ifa ile mükelleftir. Bu hükümde geçen 'iyi bir surette ifa' ifadesi, mehaza göre 'sadakat ve özen ile ifa' anlamında kullanılmıştır. Böylece sadakat borcu, bu hükümde kanuni dayanağını bulmaktadır¹¹³. Vekilin sadakat borcu, vekili müvekkilin yararına ve iradesini uygun hareket etme, onu zararlandırıcı davranışlardan kaçınma yükümlülüğü altına sokmaktadır. Bu itibarla, vekil müvekkilinin menfaatlerini

¹¹¹ YAVUZ, a.g.e., s. 581.

¹¹² BREMER, a.g.e., s. 54.

¹¹³ YAVUZ, a.g.e., s. 595.

korumak ve kendi menfaatini müvekkilin menfaatine tabi kılmak durumundadır¹¹⁴. Sadakat borcu kapsamında, vekilin düzenli olarak sözleşmenin ifasıyla ilgili gelişmeleri müvekkiline bildirmesi ve önemli her durumdan müvekkili haberdar etmesi beklenecektir. Bunun yanı sıra, vekilin sadakat borcu gereği, müvekkile ait sözleşme konusu işin görülmesiyle ilgili tavsiyelerde bulunma borcunu üstlendiği belirtilmiştir. Ayrıca menfaat çatışmalarını derhal müvekkile haber verme ve bu suretle müvekkilin yararına hareket zorunluluğu da sadakat borcu kapsamında değerlendirilmektedir¹¹⁵.

Sadakat borcuna ilişkin bu unsurların bilirkişilik faaliyetinin amacına uygun olmadığı açıktır. Zira vekalet sözleşmesi ilişkisinde vekil müvekkilinin çıkarlarını ve menfaatlerini göz önünde tutma borcu altında iken, bilirkişi belirli bir konuda uzman bir kişi olarak var olan durumu tespit etmekle yükümlüdür¹¹⁶.

Vekilin işin görülmesi bakımından hizmet akdindeki işçinin durumundan farklı olarak, bağımsız bir duruma sahip olduğu ve işi görürken müvekkilin iş organizasyonuna dahil bir kişi olarak hareket etmeyeceği kabul edilir¹¹⁷. Ancak vekilin bağımsızlığı işin görülmesinde müvekkilin talimatlarına uyma açısından sınırlandırılmıştır. Talimat, müvekkilin vekalet sözleşmesinin kurulmasından sonra vekile kendisine tevdi edilen işi nasıl yapılacağını belirten tek taraflı bir irade açıklamasıdır¹¹⁸. Talimatların kural olarak emredici bir nitelik taşıdığı ve BK m. 389 f. 1 c.2'deki şartlar bulunmadıkça vekilin talimatı yerine getirmekle yükümlü olduğu kabul edilir. Talimattan ayrılmanın vekilin sorumluluğuna yol açacağı hususu, BK m. 389 f. 2'de ayrıca düzenlenmiştir. Müvekkilinin talimatlarına uyma yükümlülüğü, vekilin kendisine tevdi edilen işi müvekkilin iradesine uygun olarak yapma yükümlülüğünün bir sonucu olarak ortaya çıkmaktadır¹¹⁹.

¹¹⁴ TANDOĞAN, **a.g.e.**, s. 407; ARAL, **a.g.e.**, s. 417; DÜRR, **a.g.e.**, s. 162; GUHL, **a.g.e.**, s. 549; HONSELL, **a.g.e.**, s. 285 (Özel Hükümler). Aynı şekilde SEILER/MüKo, **a.g.e.**, § 662 Rdnr. 36.

¹¹⁵ YAVUZ, **a.g.e.**, s. 595.

¹¹⁶ Bir bilirkişilik sözleşmesinin raporu ismarlayan kişinin menfaatlerini dikkate alarak hazırlanması durumunda istisna sözleşmesi olarak değil, vekalet sözleşmesi olarak kabul edilmesi gerektiği hakkında bkz. DÖBEREINER/von KEYSERLINGK, **a.g.e.**, s. 65.

¹¹⁷ ARAL, **a.g.e.**, s. 407.

¹¹⁸ TANDOĞAN, **a.g.e.**, s. 436; YAVUZ, **a.g.e.**, s. 591.

¹¹⁹ ARAL, **a.g.e.**, s. 424; YAVUZ, **a.g.e.**, s. 591.

Bilirkişilik sözleşmesini vekalet sözleşmesi olarak sınıflandırmak bu açıdan da yerinde değildir¹²⁰. Vekalet sözleşmesinin aksine, istisna sözleşmeleri bakımından uzman ve bilgi sahibi olan tarafın müteahhit olduğu ve bu açıdan müteahhidin iş sahibinin talimatlarına uymadan önceden bunların doğruluğunu ve yerindeliğini tespit etme yükümlülüğü altında olduğu ifade edilmiştir¹²¹. Bir bilirkişinin en önemli özelliklerinden biri tarafsız ve objektif olmasıdır. Bilirkişinin tarafsızlığı, raporu bizzat ısmarlayan kişiyi kapsayacak şekilde geniş anlaşılmalıdır. Dolayısıyla bilirkişi, raporu ısmarlayan kişinin raporun objektifliğini etkileyebilecek talimatlarını dikkate almamalıdır. Raporu ısmarlayan kişinin, üçüncü kişiler için önem arz edecek hususların raporda yer almamasına ilişkin talimatları bakımından da aynı şey geçerlidir¹²².

b. Vekilin Hesap Verme Borcu

BK m. 392 uyarınca, vekil müvekkille hesap vermek durumundadır. Vekilin hesap verme borcu, onun başkasına ait bir iş görmesinin doğal sonucudur. Hesap verme borcunun içeriği pratikte geniş yorumlanmaktadır. Buna göre, vekil ifa ettiği iş hakkında müvekkilini bilgilendirme, aydınlatma ve yapılan masraflar konusunda hesap verme yükümlülüğü altındadır¹²³.

Vekilin BK m. 392 uyarınca müvekkille karşı olan yükümlülüklerini bilirkişilik sözleşmesine uygulayacak olursak pek yerinde sonuçlara ulaşılamayacaktır. Bilirkişilik sözleşmeleri bakımından haber verme yükümlülüğü sadece raporun tamamlanmasına ilişkin iken, vekalet sözleşmeleri bakımından vekilin müvekkilini yaptığı her işlemde haberdar etmesi beklenir. Bilirkişilik sözleşmeleri bakımından raporu ısmarlayan kişinin raporun aşamaları konusunda devamlı haberdar edilmesi veya rapora ilişkin çalışmalar konusunda devamlı aydınlatılması olağan bir uygulama

¹²⁰ Bremer, bilirkişilik sözleşmeleri bakımından müvekkilin talimatlarına uyma yükümlülüğünü dar yorumlamakta ve örneğin araştırmaların kapsamı konusunda müvekkilin bilirkişiye talimat verebileceğini ifade etmektedir. Bkz. BREMER, **a.g.e.**, s. 52.

¹²¹ GAUCH, **a.g.e.**, Rdnr. 1953.

¹²² DÖBEREINER/von KEYSELINGK, **a.g.e.**, s. 23.

¹²³ KUNZ, **a.g.e.**, s. 174.

değildir. Bilirkişilik sözleşmelerinde bilirkişinin ücreti çoğunlukla masraflar da hesaba katılarak belirlendiğinden bilirkişinin sonradan yaptığı masrafları belgelendirmesi de gerekmemektedir¹²⁴.

c. Müvekkilin Borçları

BK m. 394’de, ‘müvekkilin borçları’ başlığı altında, vekilin yaptığı masrafları ve verdiği avansları ödeme, onu kendi adına ve müvekkil hesabına girdiği borçlardan kurtarma, vekilin vekaleti ifa dolayısıyla uğradığı zararları tazmin etme¹²⁵ borçları açıkça öngörüldüğü halde müvekkilin ücret ödeme borcundan sözedilmemiştir. Kanun koyucu, ücret ödeme borcunu sözleşmede kararlaştırılması veya teamülün varlığı halinde kabul etmektedir ki, bu düzenleme bilirkişilik sözleşmelerinin ruhuna aykırıdır. Günümüzde bilirkişilerin ücret karşılığı raporlarını hazırlamaları söz konusudur.

BK m. 394 uyarınca müvekkil, vekilin yapmış olduğu masraf ve harcamaları karşılamak ve onu üstlenmiş olduğu borçlardan kurtarmak zorundadır. Vekalet sözleşmelerinde genellikle müvekkil yapılacak olan masrafları karşılamak üzere vekile bir ön ödemede bulunmaktadır. Zira vekilin masrafları kendi cebinden karşılaması olağan karşılanmamaktadır. Buna karşılık, bilirkişilik sözleşmelerinde ön ödemede bulunulması ancak çok istisnai durumlarda söz konusu olmaktadır. Bilirkişilik sözleşmelerinde, bir ön ödemede bulunulması hususuna raporunun hazırlanmasının çok yüksek meblağlı masrafları zorunlu kılması halinde yer verilir¹²⁶.

¹²⁴ BREMER, **a.g.e.**, s. 53.

¹²⁵ Müvekkil, vekilin uğramış olduğu zararı kusursuzluğunu ispat etmedikçe karşılamakla yükümlüdür. Buna karşılık, ücretsiz vekalet sözleşmesinin varlığı halinde vekaletsiz iş görme hükümlerine dayanan doktrin, müvekkilin kusursuz sorumluluğunu kabul etmektedir. Bkz. TANDOĞAN, **a.g.e.**, s. 602; KUNZ, **a.g.e.**, s. 175. İsviçre Federal mahkemesinin aynı yöndeki kararları için bkz. BGE 48 II 491; 61 II 95.

¹²⁶ BREMER, **a.g.e.**, s. 55.

3. Vekilin Sorumluluğu

Vekalet sözleşmesini hukuki bir muamele olmayan günlük hayattaki hatır işlerinden ayırt etmek, vekilin sorumluluğu açısından önem arz etmektedir. Bu ayırım, özellikle vekalet sözleşmesinin karşılıksız olması halinde sorun yaratmaktadır. Bu durumda, sözleşmenin kurucu unsuru olan irade beyanlarının ve hukuken kendini bağlama iradesinin varlığının tespit edilmesi gerekir¹²⁷. Hatır ilişkisinde sorumluluk haksız fiil sorumluluğu ile sınırlandırılmakta iken, vekilin sorumluluğu BK m. 390 f.1 uyarınca genel olarak işçinin sorumluluğuna ilişkin hükümlere tabii tutulmaktadır. İvazlı ve ivazsız vekalet sözleşmeleri arasında sorumluluk derecesi bakımından farklı bir düzenleme getirmek gerekirken, vekilin sorumluluğu hakkında genel olarak işçinin sorumluluğuna ait hükümlere atıfta bulunulmuş olması eleştirilmiştir¹²⁸.

BK m. 390 f.1'e göre, vekil müvekkilinin işlerini görürken özen göstermelidir. Bu yükümlülüğünü kusurlu olarak ihlal etmesi halinde zararı tazmin etmek durumundadır. Zararın tazmini için müvekkilin vekilin işi iyi bir surette ifa etmediğini ispatlaması gerekir.

Vekilin sorumluluğunun kaldırılması veya sınırlandırılması çoğunluk tarafından BK m. 390 hükmünün emredici niteliğinden ötürü kabul edilmemektedir¹²⁹. Diğer bir görüş, sorumluluğun genel hükümler çerçevesinde sınırlandırılabilceğini ve bu konudaki takdir hakkının BK m. 99 f. 2 uyarınca hakime bırakılması gerektiğini ifade etmektedir¹³⁰.

Vekilin kendisine tevdi edilen bir işi üçüncü bir kişiye devretmesi ile yardımcı şahıslardan yararlanması hususunu birbirinden ayırmak gerekir¹³¹. Vekilin işi,

¹²⁷ HONSELL, **a.g.e.**, s. 279 (Özel Hükümler); SEILER/MüKo, **a.g.e.**, § 662, Rdnr. 59-61.

¹²⁸ HONSELL, **a.e.**, s. 286 (Özel Hükümler); SCHNYDER/GUHL, **a.g.e.**, s. 549. Ancak Türk Hukuku bakımından BK m. 98 f.1 c.2 deki düzenleme dikkate alınır bu eleştirilerin çok da haklı olmadığı sonucuna varılabilir.

¹²⁹ BK m. 390 ve 391 hükümleri uyarınca vekilin sorumluluğunu BK m. 99 ve 100 uyarınca sınırlandıramayacağı, vekalet sözleşmesindeki bu hükümlerin lex specialis olduğu görüşü için bkz. KUHN, SJZ 1986, s. 355; HIRTE, **a.g.e.**, s. 249.

¹³⁰ HIRTE, **a.e.**, s. 249.

¹³¹ HONSELL, **a.g.e.**, s. 285 (Özel Hükümler).

üçüncü bir kişiye devretmesi durumunda artık kendisinin işi görmemesi söz konusudur. Halbuki yardımcı şahıslardan yararlanılması durumunda, tevdi edilen işin borçlusu halen vekildir. Vekil, kendisine tevdi olunan işi yetkisi olmadan üçüncü bir kişiye tevdi etmiş ise BK m. 391 f.1 uyarınca üçüncü kişinin fiili kendi fiili gibi takdir edilir. İşin üçüncü bir kişiye devri konusunda yetkisi olan vekilin sorumluluğu ise, yetkisini kullanma ve talimat verme hususunda özenli davranması ile sınırlıdır. Bu hüküm, yardımcı şahısların BK m. 100 uyarınca sorumluluğunu ortadan kaldırmamaktadır. Vekilin işi üçüncü bir kişiye devretmeyip yardımcı şahıslardan yararlanması durumunda BK m. 390 f.1 değil, BK m. 100 geçerli olacaktır¹³². BK m. 391 f.2, vekalet sözleşmesinin konusu olan işin tümünden üçüncü bir kişiye devredilmesi halini düzenlemektedir. Bu durumda, üçüncü kişi lehine bir sözleşmenin varlığından da bahsedilebilir. Zira BK m. 391 f.3 uyarınca müvekkil vekile karşı sahip olduğu bütün hakları doğrudan doğruya üçüncü kişiye karşı da ileri sürebilecektir¹³³.

Vekalet sözleşmesinde kusura dayanan bir sorumluluk rejimi geçerli iken, istisna sözleşmeleri bakımından kusursuz bir sorumluluk öngörülmüştür. Bilirkişilik faaliyeti göz önüne alındığında, iş sahibinin bilirkişiye nazaran sözleşmenin zayıf tarafı olduğu takdir edilecektir. İş sahibi, bilirkişinin sahip olduğu bilgi ve tecrübeden yoksun olacaktır. Bu açıdan bilirkişilik sözleşmeleri bakımından kusursuz sorumluluk rejimi daha uygundur.

Vekalet sözleşmesinden kaynaklanan talep hakları BK m. 125 uyarınca on senelik bir zamanaşımına bağlıdır. Bu süre, istisna sözleşmesi ile karşılaştırıldığında iş sahibi bakımından daha uzundur. Ancak kusura dayanan bir sorumluluk rejimi, raporu ısmarlayan kişi bakımından elverişli değildir.

¹³² HONSELL, a.e., s. 286 (Özel Hükümler).

¹³³ DÜRR, a.g.e., s. 165; KUNZ, a.g.e., s. 174.

4. Sözleşmenin Sona Ermesi

Borçlar Kanununda vekalet sözleşmesinin sona ermesine ilişkin olarak, üç maddeye (BK m. 396-398) yer verilmiştir. Bunlardan 396. maddede tarafların tek taraflı irade beyanı (azil ve istifa) ile 397. maddede ölüm, ehliyetsizlik ve iflas, sözleşmenin sona erme sebebi olarak düzenlenmiştir; BK m. 398'de ise sona ermenin hükümleri tespit edilmiştir.

a. Azil ve İstifa

BK m. 396 uyarınca, vekalet sözleşmesi tek taraflı ve varması gereken bir irade beyanıyla ileriye etkili olarak ve bir nedene dayandırılmadan her zaman ortadan kaldırılabılır. Bu fesih hakkının emredici nitelikte olduğu, her çeşit vekalette müvekkilin vekili her zaman azletmek hakkından; vekilin de her zaman istifa edebilmek hakkından önceden vazgeçemeyeceği kabul edilir¹³⁴. Akdi ilişkiyi her zaman sona erdirme hakkının varlığı, vekaletin bir unsuru olarak değerlendirildiğinden, bu fesih hakkının kullanılmayacağına taahhüt eden şartlar geçersizdir¹³⁵. Bu sona erme sebebinin taraflar arasındaki güven ilişkisinden kaynaklanan emredici bir hüküm olduğu ve sözleşme ile bu hükmün aksinin kararlaştırılmayacağı veya sınırlandırılmayacağı İsviçre içtihadında da kabul edilmektedir¹³⁶. Bu hükmün emredici karakteri, özellikle ücretli vekalet sözleşmeleri bakımından birçok soruna yol açmaktadır¹³⁷.

¹³⁴ DÜRR, a.e., s. 184; KUNZ, a.e., s. 175; JÄGGI, a.g.e., s. 304. Bu hükmün vekaletin bir unsuru olmadığı ve sadece kısmen uygulanması veya ihtiyari bir hüküm olarak kabul edilmesi gerektiği hakkındaki görüşler için bkz GAUCH, a.g.e., Rdnr. 64; ARAL, a.g.e., s. 433; HONSELL, a.g.e., s. 294 (Özel Hükümler). Alman hukuku ise § 671 f.3 BGB hükmünde vekilin istifa hakkından önceden vazgeçmiş olmasına rağmen önemli bir sebebin varlığı halinde istifa edebileceğini düzenlemiştir. Bu düzenleme ile vekilin istifa hakkından önceden vazgeçebileceği kabul edilmiş olmaktadır. Bu konuda bkz. SEILER/MüKo, a.g.e., § 671 BGB Rdnr. 6.

¹³⁵ TANDOĞAN, a.g.e., s. 375; GUHL, a.g.e., s. 556.

¹³⁶ Hatta İsviçre içtihadı, istisna ve vekalet sözleşmelerinin unsurlarını ihtiva eden karma sözleşmeler bakımından da bu sona erme sebebinin geçerli olduğunu kabul etmektedir. Örnek kararlar için bkz. BGE 115 II 464; 110 II 382; 109 II 467; 106 II 159; 104 II 115 (GUHL, a.e., s. 556).

¹³⁷ HONSELL, a.g.e., s. 292 (Özel Hükümler).

Vekalet sözleşmesinin gerek vekil gerekse müvekkil tarafından her zaman sona erdirilebilmesi – uygun olmayan bir zamanda azil veya istifa halinde zararın tazmini öngörölmüş olsa dahi¹³⁸ - bilirkişilik sözleşmesinin niteliğine uymamaktadır. Bir bilirkişilik sözleşmesinde bilirkişiyeye bu imkanın tanınması söz konusu olmamaktadır¹³⁹. Yukarıda sayılan nedenler dışında, BK m. 396 hükmü nedeniyle de bir bilirkişilik sözleşmesinin vekalet sözleşmesi olarak sınıflandırılması yerinde olmayacaktır.

b. Vekalet Sözleşmesinin Taraflardan Birinin Ölümü, Ehliyetsizliği veya İflası Sebebiyle Sona Ermesi

Vekalet sözleşmesinin diğer sona erme sebepleri ise aksinin kararlaştırılmadığı durumlarda müvekkilin veya vekilin ölümü, aczi veya iflası halidir. Bu düzenleme ile vekalet sözleşmesinin en karakteristik edimi olan vekilin iş görme borcunun kişisel niteliği gözetilmiştir.

Vekilin ölümü, bilirkişilik sözleşmelerinin niteliğine uygun bir sona erme sebebidir. Ancak müvekkilin ölümü veya aczi halinde sözleşme ilişkisinin sona ermesi bilirkişilik sözleşmeleri bakımından özellik arz eder. Bilirkişilik sözleşmeleri bakımından kişiye olan bağlılık bilirkişinin şahsına olan bağlılıktır. Dolayısıyla müvekkilin ölümünün veya aczinin kural olarak sözleşme ilişkisine bir etkisi olmayacaktır. Ancak bilirkişilik faaliyetinin, raporu ısmarlayan kişinin şahsına bağlı olması durumunda bu sona erme sebebi bilirkişilik sözleşmeleri bakımından istisnaen kabul edilebilir¹⁴⁰.

Vekalet sözleşmesinin sona ermesi durumunda, müvekkilin zor durumda kalmaması için vekilin veya mirasçısının işleri devam etme yükümlülüğünden bahsedilmektedir (BK m. 397 f. 2). Bu yükümlülüğün bilirkişilik sözleşmelerine uygulanması söz

¹³⁸ BK m. 396 f.2 uyarınca, haksız azil veya istifa halinde karşı taraf, güvendiği vekaletin uygun olmayan zamanda ortadan kalkmasından dolayı uğradığı menfi zararın tazminini isteyebilecektir. Bkz. TANDOĞAN, **a.g.e.**, s. 638; HONSELL, **a.e.**, s. 295 (Özel Hükümler).

¹³⁹ ROEBNER /BAYERLEIN, **a.g.e.**, s.254.

¹⁴⁰ BREMER, **a.g.e.**, s. 57.

konusu değildir, çünkü bilirkişilik faaliyetinin bir başkası tarafından devam ettirilmesi mümkün değildir¹⁴¹.

D. Bilirkişilik Sözleşmesinin İstisna Sözleşmesi Olarak Nitelendirilmesi

Çalışmanın bu bölümünde, bilirkişilik sözleşmesinin istisna (eser) sözleşmesi olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği istisna sözleşmesinin özellikleri dikkate alınarak açıklanmaya çalışılacaktır¹⁴². Bilirkişinin hak ve borçlarının kapsamının istisna sözleşmesi hükümleri uyarınca incelenmesi yöntemi izlenecektir. Dolayısıyla terminoloji açısından çalışmanın bu bölümünde, müteahhit ile bilirkişi; iş sahibi ile raporu ismarlayan kişi kastedilecektir.

1. Genel Olarak İstisna Sözleşmesi

İstisna sözleşmesi, BK m. 355-371 hükümleri ile düzenlenmiş olan ivazlı¹⁴³, şekle tabi olmayan, rızai nitelikte ve tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. İstisna sözleşmesi ile müteahhit belirli bir eseri meydana getirmeği, buna karşılık iş sahibi de kararlaştırılan ücreti ödemekle yükümlüdür (BK m. 355). Sözleşmenin konusunu belirli bir eserin meydana getirilmesi ve kararlaştırılan ücretin ödenmesi oluşturmaktadır¹⁴⁴.

¹⁴¹ BREMER, a.e., s. 58.

¹⁴² Eser sözleşmesi teriminin kullanılması gittikçe yaygınlaşmaktadır. Ancak bu çalışmada, istisna sözleşmesi terimi kanuni bir terim olması dolayısıyla tercih edilmiştir. Aynı sonuç için bkz. HATEMI/SEROZAN/ARPACI, a.g.e., s. 347-348; YAVUZ, a.g.e., s. 444; TANDOĞAN, a.g.e., 1-2; ARAL, a.g.e., s. 325.

¹⁴³ Eser meydana getirme borcunun ivazsız olarak veya ücret ödemedi başka bir edim karşılığında taahhüt edilmesi halinde istisna sözleşmesinden söz edilemeyeceği, bu durumda vekalet sözleşmesinin veya istisna sözleşmesi benzeri bir karma sözleşme bulunduğunu kabul etmek gerektiği hakkında bkz. GAUCH, a.g.e., Rdnr. 115; TANDOĞAN, a.e., s. 24; ARAL, a.e., s. 326. Aksi görüş için bkz. HONSELL, a.g.e., s. 269 (Özel Hükümler).

¹⁴⁴ YAVUZ, a.g.e., s. 444; ARAL, a.e., s. 325.

a. İstisna Sözleşmesinin Konusu

BK m. 355'te istisna sözleşmesinin konusunu ifade etmek için 'bir şeyi imal etmeden' sözedilmiştir. Kanundaki 'şey' kelimesini, İsviçre OR m. 363'e uygun olarak, 'eser' (Werk) şeklinde anlamak gerekir. Zira şey kelimesi maddi bir varlığı ifade etmektedir. Halbuki, bugün artık müteahhidin taahhüt ettiği edim sonucunun mutlaka maddi bir varlığa sahip olması gerekmediği, maddi olmayan/soyut bir sonuç da olabileceği kabul edilmektedir¹⁴⁵.

BK m. 355, istisna sözleşmesinin konusunu 'bir şey imal etmek' şeklinde tanımlamaktadır ki, istisna sözleşmesinin değişik görünüm şekilleri dikkate alınacak olursa 'imal' kelimesi yerine, 'meydana getirme' veya 'ortaya koyma' deyimlerinin tercih edilmesi yerinde olacaktır¹⁴⁶. Zira istisna sözleşmesinin değişik görünüm şekilleri söz konusudur¹⁴⁷: Örneğin, iş sahibinin tesisatındaki işler (döşeme, bakım, temizlik); iş sahibi tarafından verilen eşyalara ilişkin işler (Kuru temizleme, araba tamiri, elbise dikimi vb.); el sanatları; fikri eserler (bilirkişilik faaliyeti, tercüme, pazar analizi, sanatsal gösteriler ve temsiller, bilgisayar programı yazılımı vb.); Endüstriyel işleme (metal işleme, çeşitli analizler vb.); İş sahibinin vücudu ile ilgili işler (kuaför, masör, diş teknisyeni vb.); inşaat işleri (mimarlık işleri¹⁴⁸, tesisat vb.).

¹⁴⁵ HATEMI/SEROZAN/ARPACI, **a.g.e.**, s. 348 vd; GAUCH, **a.g.e.**, Rdnr. 24 ve 33; ARAL, **a.e.**, s. 325; JÄGGI, **a.g.e.**, s. 303; TANDOĞAN, **a.g.e.**, s. 19; Yavuz, **a.e.**, s. 447; BUSCHE/ MüKo § 631, **a.g.e.**, Rdnr. 2.; KUNZ, **a.g.e.**, s. 163; HONSELL, **a.g.e.**, s. 247 (Özel Hükümler); GUHL, **a.g.e.**, s. 521. Aksi görüş için bkz. GAUTSCHI, **a.g.e.**, s. 21 vd.; DÜRR, **a.g.e.**, s. 5. Bu yazarlar, özellikle ayıba karşı tekeffül hükümlerinin sadece maddi eserler bakımından uygulama alanı bulabileceği gerekçesini ileri sürmektedirler.

¹⁴⁶ TANDOĞAN, **a.e.**, s. 1; YAVUZ, **a.e.**, s. 449; ARAL, **a.e.**, s. 325.

¹⁴⁷ Bu örnekler için bkz. GAUCH, **a.g.e.**, Rdnr. 34; MEDICUS, **a.g.e.**, s. 162; DÜRR, **a.g.e.**, s. 117. İstisna sözleşmelerinin konusunu günümüzde ağırlıklı olarak taşınır veya taşınmaz malın yeniden yaratılması veya var olan malın değiştirilmesi, yenilenmesi çalışmaları oluşturmaktadır. Maddi hizmet sonuçları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. GAUCH, **a.e.**, Rdnr. 25-32.

¹⁴⁸ Mimarlık sözleşmelerinde genellikle tek bir sözleşme ile çeşitli faaliyetlerin borçlanılması söz konusu olabilir. Örneğin, inşaat planlarının hazırlanması sonuca yönelik inşaatın yürütülmesi ve kontrolü hizmete yöneliktir. Bundan dolayı mimarlık sözleşmelerinin sınıflandırılması güç olmakta ve içtihat da fikrini değiştirebilmektedir. Alman yüksek mahkemeleri bu sözleşmeleri önce hizmet sözleşmesi olarak sınıflandırmış (bkz. RGZ 86, 75; 137, 83), ancak daha sonra istisna sözleşmesi olduğuna karar vermiştir (BGHZ 31, 224). İsviçre Federal mahkemesi de mimarlık sözleşmesini önce vekalet sözleşmesi olarak sınıflandırmış (BGE 98 II 305 vd., bu kararı destekleyen görüş için bkz. GAUTSCHI, **a.g.e.**, s. 21 vd; bu kararı eleştiren görüş için bkz. JÄGGI, **a.g.e.**, s. 301 vd.); daha sonra ise bir mimarlık sözleşmesinin planların çizilmesi ile sınırlandırılması durumunda istisna sözleşmesi olarak, mimarlık sözleşmesinin aynı zamanda inşaatı gözetme borcunu içermesi halinde vekalet

Dikkat edilmesi gereken husus, BK. 355/OR m. 363 düzenlemesinin § 631 II BGB ile karşılaştırıldığında daha dar olduğudur. Alman düzenlemesine göre, istisna sözleşmesinin konusu bir maddenin yaratılması veya değiştirilmesi olabileceği gibi bir hizmet sonucu gerçekleştirilebilecek bir sonucu da kapsamaktadır. Mal veya insan taşımacılığına ilişkin bir sözleşme, İsviçre ve Türk hukukunda vekalet veya navlun sözleşmesi olarak nitelendirilirken, Alman hukukunda istisna sözleşmesi olarak nitelendirilmektedir¹⁴⁹.

b. İstisna Sözleşmesinin Özelliği

İstisna sözleşmesini diğer sözleşme türlerinden ayıran özelliklerden biri¹⁵⁰, müteahhidin kararlaştırılan sonucu gerçekleştirmekle yükümlü olmasıdır. Müteahhidin borcu, sadece kararlaştırılan sonucun gerçekleşmesi için gerekli olan çalışma faaliyeti değildir; bu faaliyet sadece sonucun gerçekleşmesi yönünde bir araçtır. Müteahhidin borcunu ifa etmiş sayılması sonucun meydana getirilmiş olmasına bağlanmaktadır¹⁵¹. Ancak, çoğu zaman sadece hizmetin mi yoksa aynı zamanda bir sonucun da mı borçlanıldığı tereddütlere yol açmaktadır¹⁵².

sözleşmesi olarak kabul etmiştir. Bugün ise hem eser hem de vekalet sözleşmesinin öğelerini içeren karma sözleşmelerin varlığından bahsedilmektedir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. SEROZAN, **a.g.e.**, s. 65 (Borçlar Özel); HIRTE, **a.g.e.**, s. 254; GAUCH, **a.e.**, Rdnr. 47-64; HONSELL, **a.g.e.**, s. 250 (Özel Hükümler). Aynı yöndeki karar için bkz. 10. HD, 22.1.1976, E. 4935/K. 1294 (YKD 1976, s. 678 vd.).

¹⁴⁹ HONSELL, **a.e.**, s. 247 (Özel Hükümler).

¹⁵⁰ İstisna sözleşmesinin hizmet sözleşmesi dışındaki sözleşme türlerinden ayrımı daha kolaydır. Kanunda özel kurullarla düzenlenmiş faaliyetler bakımından geçerli olan sözleşme türleri istisna sözleşmesinin önüne geçecektir. İstisna sözleşmesinin benzeri sözleşmelerden ayırt edilmesi konusunda bkz. TANDOĞAN, **a.g.e.**, s. 35 vd.; MEDICUS, **a.g.e.**, s. 164.

¹⁵¹ GAUCH, **a.g.e.**, Rdnr. 18.

¹⁵² Örneğin bir doktorun hastası ile arasındaki sözleşmenin hizmet veya vekalet sözleşmesi olduğu zira doktorun iyileşme sonucunu değil buna yönelik çabayı göstermeyi borçlandığı belirtilmektedir, ancak belirli ameliyatlar bakımından örneğin apandist ameliyatı, çeşitli estetik ameliyatlar veya saç dikimi ameliyatı bakımından istisna sözleşmesinin söz konusu olması gerektiği ileri sürülmüştür. Ancak bu görüş kendini kabul ettirememiş ve azınlıkta kalmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. GAUCH, **a.e.**, Rdnr. 31 ve 44; HONSELL, **a.g.e.**, s. 250 (Özel Hükümler); MEDICUS, **a.g.e.**, s. 163; DÜRR, **a.g.e.**, s. 116-117.

Hizmet sözleşmesi ile karşılaştırıldığında müteahhidin işçiye oranla çok daha büyük bir riziko altında olduğu görülmektedir, çünkü müteahhidin ödemeyi talep etme hakkı, sonucu meydana getirmiş olmasına bağlıdır. Dolayısıyla müteahhit, düzenli çalışmış olmasına rağmen sonuç gerçekleşmediyse ücretini talep edemeyecektir¹⁵³. Bunun yanı sıra, müteahhidin edim yükümü, hizmet sözleşmesinde işçinin edim yükümünden farklı olarak (BK m. 313 f.1), belirli veya belirsiz zaman boyunca sürekli olarak ifa edilmesi gereken devamlı bir borç niteliği taşımaz. Bundan dolayı istisna sözleşmesinin ani edimli bir sözleşme olduğu belirtilir¹⁵⁴.

Sonucun nasıl gerçekleştireceği tamamen müteahhidin sorumluluk alanındadır. Bundan dolayı, istisna sözleşmesinde müteahhidin iş sahibine nazaran bağımsız olarak işini görmesi ve eserini meydana getirme aşamasında kural olarak talimatlara bağlı olmaması gerekir. Bunun yanı sıra, istisna sözleşmesinin sonuca bağlı olmasından ve kanuni garanti sorumluluğundan bahsedilir. Bir müteahhit, sözleşme ilişkisinden doğan asli borçlarını ihlal etmesi halinde kural olarak ayıba karşı tekeffül hükümleri uyarınca kusursuz sorumlu olacaktır¹⁵⁵.

c. Eser Kavramı

Eser kavramının kapsamına neler gireceği hususu doktrinde ve uygulamada oldukça tartışmalı olan konulardan biridir. Eser kavramını maddi varlığı olan şeylere hasredenler bulunmasına rağmen, hakim görüş maddi olmayan varlıkların da eser olarak kabul edilmesi gerektiği yönündedir¹⁵⁶.

¹⁵³ İstisna ve hizmet sözleşmeleri arasındaki ayrımı en iyi ortaya koyan örnek, inşaat sözleşmeleridir. İnşaat sahibi ile inşaat müteahhidi arasındaki anlaşma istisna sözleşmesi iken, inşaat müteahhidi ile işçiler arasında bir hizmet sözleşmesinin varlığı söz konusudur. İnşaatın bitmeden evvel tesadüf sonucu zarar görmesi durumunda işçilerin ücret talep etme hakkı saklı kalacaktır, çünkü işçiler sözleşme sonucu borçlandıklarını (inşaatçı çalışma borcu) yerine getirmişlerdir. Buna karşılık, inşaat müteahhidi inşaat sahibine karşı bir talepte bulunamayacaktır, çünkü sözleşme konusu sonucu (inşaatçı teslim etme) yerine getirememiştir. Bkz. MEDICUS, **a.e.**, s. 163; GAUCH, **a.e.**, Rdnr. 19; KUNZ, **a.g.e.**, s. 163.

¹⁵⁴ YAVUZ, **a.g.e.**, s. 452; ARAL, **a.g.e.**, s. 326.

¹⁵⁵ YAVUZ, **a.e.**, s. 452.

¹⁵⁶ Bu görüşü benimseyenler için bkz. dn.145.

Bu çalışmada, eser kavramı emek ürünü olan ve maddi bir varlığı bulunmayan sonuçları kapsayacak şekilde ele alınmıştır. Böylece bilimsel veya sanatsal bir faaliyetin sonucu olup maddi olmayan (fikri) bir eserin de istisna sözleşmesinin konusu olabileceği görüşü kabul edilmektedir. Bu görüş, İsviçre Federal Mahkemesi tarafından *BGE 98 II 311* sayılı kararına kadar desteklenmiştir¹⁵⁷. Ancak mahkeme *BGE 98 II 311* sayılı kararı ile o tarihe kadarki içtihadını değiştirmiş ve sadece maddi/fiziksel eserlerin istisna sözleşmesinin konusu olarak kabul etmiştir. Buna göre, fikri bir faaliyet borçlanan kişi istisna sözleşmesi anlamında müteahhit olarak tanımlanamaz. Sözleşmenin hizmet sözleşmesi olarak kabul edilememesi halinde vekalet sözleşmesinin uygulama alanı bulacağı belirtilmiştir. Örneğin, inşaat planları yapan mimar veya bilirkişi raporu veren hukukçu gibi. Planların ve bilirkişi raporlarının kağıda aktarılmasına rağmen aslen fikri bir faaliyet ve buna bağlı olarak maddi olmayan bir sonuç olduğu belirtilmiştir. Maddi olmayan eserlere istisna sözleşmesinin ayıba karşı tekeffül hükümlerinin uygulanamayacağı belirtilmiştir. İçtihat değişikliği getiren bu kararı, daha sonra kanton mahkemeleri de takip etmiştir. Ancak bu karar gerek maddi ve maddi olmayan eserler arasındaki çizginin çok ince olması ve gerekse ayıba karşı tekeffül hükümlerinin maddi olmayan eserler bakımından uygulama alanı bulmayacağı görüşü bakımından doktrinde çok tartışılmıştır¹⁵⁸. İsviçre Federal Mahkemesi, bu eleştiriler karşısında içtihadını tekrar değiştirme ihtiyacı duymuştur (*BGE 109 II 37*). Söz konusu kararda, bir geometricinin faaliyeti istisna sözleşmesinin konusu olarak kabul edilmiştir. İsviçre Federal Mahkemesi, 22. 12.1981 tarihli yayımlanmamış başka bir kararında da *BGE 98 II 311* sayılı kararında desteklediği görüşün doğru olmadığını açıkça kabul etmiştir. Böylece İsviçre Federal Mahkemesi, büyük tartışmalara neden olan *BGE 98 II 311* sayılı kararından önceki uygulamasına geri dönmüştür ki bu görüş bugüne dek defalarca onanmıştır¹⁵⁹.

¹⁵⁷ Bu görüşü destekleyen kararlar için bkz. *BGE 64 II 12*; *83 II 529*; *70 II 218*.

¹⁵⁸ İsviçre Federal Mahkemesinin söz konusu kararı çok tartışılmıştır. Mahkeme kararını destekleyen görüş için bkz. GAUTSCHI, **a.g.e.**, s. 21 vd; Kararı eleştiren görüş için bkz. JÄGGI, **a.g.e.**, s. 301 vd.

¹⁵⁹ *BGE 109 II 465*; *113 II 266*; *114 II 56*; *115 II 53*; *119 II 45* (GAUCH, Rdnr. 41). Yargıtayın mimari bir proje yapılmasına ilişkin bir sözleşmeyi istisna sözleşmesi olarak kabul ettiği kararı için bkz. 15. HD, 20.9.1976, E 2108/K. 3038 (YKD 1978, s. 423 vd.).

Günümüzde, istisna sözleşmesi ile müteahhidin maddi bir eser dışında fikri/soyut bir eser de borçlanabileceği İsviçre içtihadı tarafından da kabul edilmiştir. Ancak maddi olmayan bir eserin istisna sözleşmesinin konusu olarak kabul edilmesi için iki şartın varlığı aranmaktadır¹⁶⁰. Bunlardan ilki, maddi olmayan bir eserin doğası gereği bir sonuç borcu olarak kabul edilmesi gereğidir. Örneğin bir doktorun, hastasını iyileştirme sonucunu borçlanamayacağı, çünkü bu sonucun doktorun çabası dışında bir çok dış faktöre bağlı olduğu kabul edilmektedir. Ancak doktorun faaliyetinin tıbbi bir bilirkişi raporu hazırlaması veya birtakım laboratuvar testleri yapması borcu ile sınırlandırılması durumunda istisna sözleşmesinin varlığı kabul edilmiştir¹⁶¹.

Maddi olmayan eserler bakımından ikinci sınırlama ise, maddi olmayan sonucun özellikle eserin teslimi ve muayenesi için bir şekilde maddi bir esere aktarılması gereğidir¹⁶². Örneğin, müteahhidin fikri faaliyetinin kağıda veya disket/CD gibi elektronik bilgisayar kaydında kendini gösteren ve devamlılık taşıyan maddi bir nesneye aktarılması gerekmektedir. Ancak bu sınırlamanın özellikle spor ve sanat gösterilerini seyretme veya dinlemeye ilişkin sözleşmeler bakımından dikkate alınmadığı görülmektedir. Günümüzde konser, tiyatro ve sahne gösterilerine ilişkin sözleşmeler istisna sözleşmesi olarak kabul edilmektedir¹⁶³.

Sonuç olarak, objektif olarak tespiti mümkün olan, belirli bir maddi veya maddi olmayan bir sonucun meydana getirilmesi istisna sözleşmesinin konusunu oluşturabilir. Ancak maddi olmayan bir sonucun istisna sözleşmesinin konusu olabilmesi için yukarıda açıklanan iki şartın gerçekleşmesi gerekir. Bilirkişilik

¹⁶⁰ GAUCH, a.e., Rdnr. 42.

¹⁶¹ İnsan vücuduna ilişkin ameliyatların - iyileştirme gayesi dışında estetik amaçlı olanlar dahil olmak üzere- şahsi özelliğinden ötürü vekalet sözleşmesi olarak sınıflandırılması gerektiği görüşü için bkz. DÜRR, a.g.e., s. 116-117; GAUCH, a.e., Rdnr. 43-44; GUHL, a.g.e., s. 522; TANDOĞAN, a.g.e., s. 19; YAVUZ, a.g.e., s. 448. Yargıtayın estetik ameliyatını istisna sözleşmesi olarak kabul ettiği kararı için bkz. 13. HD, 5.4.1993, E. 131/K. 2741 (YKD 1994, s. 79).

¹⁶² GAUCH, a.e., Rdnr. 45.

¹⁶³ HONSELL, a.g.e., s. 247 (Özel Hükümler); GAUCH, a.e., Rdnr. 45. Belirli bir gündelik karşılığında bir gazinoda şarkı söylemeyi taahhüt eden bir sanatçı ile gazino sahibi arasındaki sözleşmeyi istisna sözleşmesi olarak kabul eden Yargıtay kararı için bkz. 23.2.1968, E. 12/K.76 (TANDOĞAN, a.g.e., s. 17-18). Spor ve sanat gösterilerini seyretme veya dinlemeye ilişkin sözleşmelerin istisna sözleşmesi olarak niteleyen mahkeme kararlarının isabetli olmadığı görüşü için bkz. TANDOĞAN, a.e., s. 19-20; YAVUZ, a.g.e., s. 448; ARAL, a.g.e., s. 331.

sözleşmesinin istisna sözleşmesi olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği sorunu bu sonuca göre çözümlenmelidir.

d. Bilirkişilik Sözleşmeleri Açısından Eser Kavramı

Bir bilirkişi raporunun hazırlanmasına ilişkin sözleşmeye Alman mahkemeleri yıllardır istisna sözleşmesinin hükümlerini uygulamaktadırlar¹⁶⁴ ve doktrin de bu faaliyeti istisna sözleşmesinin konusu olarak sınıflandırmaktadır¹⁶⁵. Bilirkişilik sözleşmesi açısından tereddüt yaratan nokta, bir bilirkişi raporunun istisna sözleşmesi anlamında bir eser olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği meselesidir. Yukarıda açıklandığı üzere, bir istisna sözleşmesinin konusu sadece maddi eşyaların meydana getirilmesi değildir; fikri faaliyetler ve hizmetler de istisna sözleşmesinin konusu olabilirler.

Bilirkişinin şahsına duyulan güven olgusu dışında raporun içeriğine ilişkin ve belirli bir amaca yönelik bir sonuç beklentisi de söz konusudur. Beklenen sonuç, raporun tespit edilen sorunlar hakkında bir görüş ihtiva etmesi, raporu ısmarlayan kişinin sorularının açık ve tereddütte yer vermeyecek şekilde cevaplandırılması, kullanılan iş yönteminin açıklanması ve yararlanılan kaynakların gösterilmesidir. Böylece verilerin dürüstçe ve objektif olarak değerlendirildiği ve bilimsel ve teknolojik gelişmelerin dikkate alındığı anlaşılacaktır¹⁶⁶.

Bugün İsviçre’de fikri eserlerin istisna sözleşmesinin konusu olabileceği kabul edildiğine göre¹⁶⁷, bilirkişi raporlarının da istisna sözleşmesinin konusunu oluşturduğu kabul edilebilir.

¹⁶⁴ BGH NJW 1965, 106; BGH NJW 1966, 539; BGH NJW 1967, 719; BGH NJW 1972, 625; BGH BB 1974, 578; BGH NJW 1976, 1502; Bilirkişi raporunun eşya niteliğini onaylayan karar için bkz. BGH NJW 1993, 2436.

¹⁶⁵ BREMER, **a.g.e.**, s. 31; WELLMANN, **a.g.e.**, s. 5; BUSCHE/MüKo, **a.g.e.**, BGB § 631 Rdnr. 2; DÖBEREINER/KEYSERLINGK, **a.g.e.**, s. 65.

¹⁶⁶ GAUCH, **a.g.e.**, Rdnr. 332.

¹⁶⁷ Bkz. dn. 159.

2. İstisna Sözleşmesinden Doğan Borçlar

a. Müteahhidin Borçları

İstisna sözleşmesinde, müteahhidin iki asli borcu bulunmaktadır. Bunlardan biri eser meydana getirme, diğeri eseri teslimdir. Bunların yanında müteahhidin özen yükümü ve diğey yan borçları yer alır. Çalışmanın bu bölümünde, müteahhidin bu borçları özellikle bilirkişi ve bilirkişilik faaliyeti çerçevesinde ele alınacaktır.

(1) Eserin Meydana Getirilmesi

Müteahhidin ilk asli borcu, bir eser meydana getirme borcudur; bu borç istisna sözleşmesini tanımlayan BK m. 355'te yer alan, 'müteahhit bir şey imalini borçlanır' ifadesinden çıkartılmaktadır. İfa yükümlülüğünün konusu, müteahhidin kararlaştırılan sonuç borcudur ki bu borç kanuna ve ahlaka aykırı olmamak üzere her şeye ilişkin olabilir. Bilirkişilik sözleşmeleri bakımından ise ifa yükümlülüğünün konusu bir bilirkişi raporunun hazırlanması borcudur.

Müteahhidin bir eser meydana getirme borcu çerçevesinde, şahsen ifa veya kendi yönetimi altında yaptırma (BK m. 356/II) ve araç, gereç ve malzemeleri sağlama (BK m. 356 f. 3 ve m. 357) borçları bulunmaktadır.

i. Müteahhidin İşi Şahsen İfa Borcu

BK m. 356 f.2'ye göre, müteahhit imal olunacak şeyi bizzat yapmağa veya kendi idaresi altında yaptırmağa mecburdur. Fakat işin mahiyetine nazaran şahsi maharetinin ehemmiyeti yoksa, taahhüt ettiği şeyi başkasına dahi imal ettirebilir.

BK m. 67'ye göre, borçlu kural olarak şahsen ifada bulunmakla yükümlü olmadığı halde; BK m. 356 f.2 müteahhidin borcunun kişisel niteliğini karine olarak kabul

edilmiştir. Müteahhit, eserin yapılmasına kişisel niteliklerinin önemi olmadığını iddia ederse bunu ispatlamak zorundadır¹⁶⁸.

Müteahhidin işi şahsen ifa borcu altında olup olmadığı, müteahhidin edimleri göz önünde bulundurulmak suretiyle belirlenir. Bu belirlemede, sözleşme konusuyla ilgili teamül ve uygulama önemli bir rol oynar. Yapılacak eser, müteahhidin maddi ve fikri kişisel yeteneklerinden etkileniyorsa işin müteahhitçe yapılması zorunlu olacaktır, çünkü bu durumda eser, özgün yapısını ve değerini onu yapanın kişiliğinden alacaktır. Müteahhidin eseri şahsen ifa borcunun bulunduğu hallerde, işi başkasına yaptırması, sözleşmeye aykırılık teşkil edecek ve onun bu sebeple doğan zarardan sorumlu tutulmasına yol açacaktır¹⁶⁹.

Bilirkişilik faaliyeti de kişinin şahsına o kadar bağlıdır ki, bilirkişinin sözleşmeyi şahsen yerine getirme yükümlülüğü altında olduğu ve yükümlülüklerini tamamen veya önemli bir kısmının üçüncü kişilere devredemeyeceği kabul edilir¹⁷⁰. Ancak bilirkişinin işi şahsen ifa borcu, onun raporu hazırlarken yardımcı şahıslara hiçbir şekilde başvuramayacağı anlamına gelmemektedir. Hatta günümüzün ekonomik ve teknik koşulları, işbölümünü ve yardımcı şahıslara başvurmayı zorunlu kılmaktadır¹⁷¹.

ii. Müteahhidin Araç, Gereç ve Malzeme Sağlama Borcu

Borçlar Kanunu, istisna sözleşmesinde malzemelerin kimin tarafından temin edileceği konusunu açıkça düzenlememiştir. BK m. 357 f.1'in ifadesinden ve m. 356 f. 3'ün zıt anlamından, aksine bir anlaşma bulunmadığı takdirde, gerekli malzemelerin iş sahibi tarafından sağlanması gerektiği sonucu çıkarılabilir¹⁷².

¹⁶⁸ HONSELL, **a.g.e.**, s. 251 (Özel Hükümler); YAVUZ, **a.g.e.**, s. 463; ARAL, **a.g.e.**, s. 337.

¹⁶⁹ YAVUZ, **a.e.**, s. 463; GAUCH, **a.g.e.**, Rdnr. 640; ARAL, **a.e.**, s. 338.

¹⁷⁰ BLEUTGE, **a.g.e.**, s. 1187; ROEBNER /BAYERLEIN, **a.g.e.**, s.187.

¹⁷¹ Yardımcı şahısların bilirkişilik sözleşmelerindeki rolü hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. I. Bölüm.

¹⁷² GAUCH, **a.g.e.**, Rdnr. 74; ARAL, **a.g.e.**, s. 344. BK m. 357 f.1 hükmünün malzemeyi kural olarak müteahhidin sağlayacağı yorumuna daha elverişli olduğu hakkında bkz. TANDOĞAN, **a.g.e.**, s. 105.

Bir bilirkişi raporunun hazırlanması için gerekli olan malzeme, iş sahibinin konuya ilişkin sunacağı bilgidir. Dolayısıyla bilirkişilik sözleşmesinde malzemeyi sağlamak çoğunlukla iş sahibine düşmektedir. Bu durumda, BK m. 357 f. 2 uyarınca bilirkişi, iş sahibi tarafından kendisine verilen her türlü belgeyi özenli olarak kullanıp sözleşme ilişkisinin sonunda iş sahibine geri vermekle yükümlüdür. Bilirkişi bakımından kendisine verilen belgelerin özenle kullanma yükümü, onların gerekli şekilde muhafaza edilmesini ve üçüncü kişilerin olumsuz etkilerinden (çalınma, tahrip edilme gibi) korunmasını da gerektirir.

Malzemenin iş sahibi tarafından sağlanması durumunda müteahhidin BK m. 357 f. 3'te sayılan durumlarda iş sahibini derhal bilgilendirme yükümlülüğü söz konusu olmaktadır. Buna göre, işin devamı esnasında, iş sahibinin verdiği malzemenin veya gösterdiği arsanın ayıplı olduğu anlaşılır yahut işin gereği gibi veya zamanında ifa edilmesini tehlikeye sokacak durumlar ortaya çıkarsa, müteahhit iş sahibine bunları bildirmek zorundadır. Aksi takdirde müteahhit, kendi aleyhine bazı sonuçlara katlanmak durumundadır. Bu durumda müteahhit, her ayıptan ötürü sorumlu olmakta (BK m. 359 ve bununla bağlantılı olarak m. 361), BK m. 365 f.2'ye göre beklenmedik nedenlerden ötürü ücretin artırılması talebini kaybetmekte, eserin arsanın veya malzemenin özelliğinden ötürü telef olması halinde ifa edilen iş için ücret talep etme hakkını yitirmektedir (BK m.368 f.2). Bilirkişilik sözleşmeleri bakımından da bilirkişi kendisine sunulan veriler ile eserini yani raporunu hazırlayıp hazırlayamayacağını takdir etmelidir ve eksik veya yetersiz bilgi halinde bunu iş sahibine derhal bildirmelidir.

(2) Eseri Teslim Borcu

Borçlar Kanununun istisna sözleşmesini düzenleyen hükümleri arasında müteahhidin meydana getirdiği eseri teslim etme borcu açıkça ve ayrıca düzenlenmemiştir, ancak işin niteliği icabı ve istisna akdine ilişkin hükümlerde yer yer teslimden sözedildiği (BK m. 359 f.1, m. 363 f.2 ve m. 364) için müteahhidin böyle bir borç altında

bulunduğu kabul edilir. Eserin niteliğinden ötürü teslim mümkün değilse eserin bitirilmiş olması yeterlidir¹⁷³.

Müteahhidin eserini zamanında teslim etmesi gerekmektedir, dolayısıyla müteahhit aynı zamanda işe zamanında başlama ve devam etme borcu altındadır. Bu borca aykırılık halinde, iş sahibinin BK m. 358 f.1 uyarınca belirli şartların varlığı halinde sözleşmeden dönebilmesi imkanı vardır¹⁷⁴. Zamanında teslim ile kastedilen, faaliyetin taraflarca kararlaştırılan zaman dilimi içinde veya belirli bir tarihte teslim edilmesidir. Taraflar teslim için belirli bir tarih kararlaştırmışlarsa teslim en geç o gün gerçekleşmelidir. Tarafların teslim için belirli bir gün kararlaştırmamaları halinde, BK m. 74 uyarınca işe sözleşme yapılır yapılmaz hemen başlanması gerekir. Teslim tarihi ise şartlara, amaca ve umumi adetlere ve hukuki ilişkinin niteliğine göre belirlenir¹⁷⁵. Bilirkişilik sözleşmelerinin çok farklı alanlar için söz konusu olabileceği dikkate alınırsa her somut olayın ayrıca değerlendirilmesi gerekir.

Eserin teslim borcunun ifa edileceği yer, tarafların açık veya zımnı irade beyanlarıyla belirlenmemişse (BK m. 73/1), aranılacak borç sayılır (BK m. 73/b.2 ve 3). İfa yeri, sözleşme konusuna göre de özellik arz edebilir.

İş sahibinin ücreti ödeme yükümlülüğu teslim anında doğacaktır. Bundan dolayı, bilirkişinin kural olarak masrafları kendi karşılamak suretiyle raporunu teslim edilecek şekilde hazırlaması, diğer bir ifadeyle bilirkişinin fikri faaliyetini maddi bir eşyaya nakletmesi gerekmektedir. Maddi olmayan iş görme sonuçlarında, eserin üzerinde devamlı olarak biçimlendiği şeyin verilmesiyle teslim borcunun yerine getirildiği kabul edilir. Dolayısıyla bilirkişinin kağıda aktarılmış veya disket/CD'ye kaydedilmiş raporları teslim hazırlanmış kabul edilmektedir¹⁷⁶.

¹⁷³ YAVUZ, **a.g.e.**, s. 471-472; GAUCH, **a.g.e.**, Rdnr. 8; ARAL, **a.g.e.**, s. 326; MEDICUS, **a.g.e.**, s. 168.

¹⁷⁴ BK m. 358 hükmünün uygulanması şartları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. YAVUZ, **a.e.**, s. 471; ARAL, **a.e.**, s. 351-354.

¹⁷⁵ GAUCH, **a.g.e.**, Rdnr. 649.

¹⁷⁶ ROEBNER /BAYERLEIN, **a.g.e.**, s.187; BREMER, **a.g.e.**, s. 44; DÖBEREINER/KEYSERLINGK, **a.g.e.**, s. 69; GAUCH, **a.e.**, Rdnr. 90; TANDOĞAN, **a.g.e.**, s. 125.

(3) Özen Borcu

Türk ve İsviçre Kanunları, müteahhidin özen borcunu kanuni bir borç olarak düzenlemişlerdir. Kanun koyucunun özen yükümlülüğü bakımından özel bir hüküm getirmiş olması (BK m, 356 f.1), istisna sözleşmesinde özen borcunun ne denli önemli olduğunu göstermektedir¹⁷⁷.

BK m. 356, özen borcunu düzenlemekle beraber bu borcun derecesini de belirtmektedir. Buna göre, müteahhidin sorumluluğu işçinin hizmet sözleşmesindeki sorumluluğuna ilişkin hükümlere bağlanmıştır. Bu hükmün istisna sözleşmeleri bakımından istisnai olan bir durumu kural olarak düzenlemiş olmasına dikkat çekilmiş ve bu hükmün gerek istisna sözleşmelerinin ruhuna gerekse pratik hayatın ihtiyaçlarına cevap veremediği belirtilmiştir¹⁷⁸. İstisna sözleşmesinin özel niteliğinin farklı bir değerlendirmeyi gerektirdiği ve müteahhidin özen yükümlülüğünün kural olarak işçiye nazaran daha ağır olması gerektiği ifade edilmiştir. Müteahhidin iş sahibine oranla işten daha iyi anlaması ve iş sahibinden talimat alma hususunda daha bağımsız durumda bulunması söz konusudur. Bu durum, müteahhidin sorumluluğunun işçiye oranla daha ağır olarak takdir edilmesini gerektirmektedir. Mesleki açıdan uzman olan tarafın bilirkişi olduğu bilirkişilik sözleşmeleri bakımından da bu durum geçerlidir. Ancak ayıba karşı tekeffül hükümleri bakımından kusursuz sorumluluk esası geçerli olduğundan özen yükümlülüğüne aykırı davranılıp davranılmadığı sadece kusur sorumluluğu bakımından önem arz edecektir¹⁷⁹.

BK'nun istisna sözleşmesini düzenleyen hükümleri arasında müteahhidin sadakat borcu özel olarak düzenlenmiş değildir. Buna karşılık, vekalet sözleşmesinde vekilin sadakat borcu açıkça düzenlenmiştir (BK m. 390). Müteahhidin iş sahibine karşı vekilden farklı olarak özel bir sadakat yükümlülüğü olmadığı belirtilmiştir¹⁸⁰. MK

¹⁷⁷ YAVUZ, a.g.e., s. 459.

¹⁷⁸ HATEMI/SEROZAN/ARPACI, a.g.e., s. 357-358.GAUCH, a.g.e., Rdnr. 840; ARAL, a.g.e., s. 348.

¹⁷⁹ HONSELL, a.g.e., s. 252 (Özel Hükümler).

¹⁸⁰ HONSELL, a.g.e., s. 252 (Özel Hükümler).

m. 2'deki dürüstlük kuralının müteahhit ve iş sahibi arasında geçerli olduğu konusunda bir şüphe yoktur. Örneğin, müteahhidin sır saklama yükümlülüğü bu hükümden kaynaklanmaktadır. Ancak hakim görüşe göre¹⁸¹, özen borcu müteahhidin yazılı olmayan sadakat borcunun bir ifadesidir ve dolayısıyla BK m. 390'a kıyasen müteahhidin iş sahibine karşı sadakat borcunun bulunduğu ifade edilmiştir. Hakim görüşün kabul edilmesi durumunda dahi, bilirkişilik sözleşmeleri bakımından sınırlı bir sadakat yükümünün geçerli olduğunu kabul etmek gerekecektir. Bilirkişinin işini raporu ısmarlayan kişinin menfaatlerine göre icra etmesi beklenmemektedir; bilirkişinin en önemli borcu işini objektif olarak icra etmektir.

Müteahhidin göstermekle yükümlü olduğu genel özen görevleri, BK m. 357 f.2 (iş sahibi tarafından verilen malzemenin özenle kullanılması) ve BK m. 357 f.3'te (eserin meydana getirilmesinin tehlikeli olması halinde ihbar yükümü) somut olarak düzenlenmiştir. Bunların dışında, kanunla düzenlenmemiş olup, somut istisna sözleşmesinin özelliklerinden kaynaklanan özen yükümleri de vardır. Örneğin, bir bilirkişi öncelikle kendisinden beklenen faaliyeti kendi bilgi ve tecrübesi ile yerine getirip getiremeyeceğini objektif olarak değerlendirmelidir. Bilirkişinin sözleşmenin ifası için gerekli olan uzmanlığa sahip olmamasına rağmen, sözleşme ilişkisine girmesi halinde özen yükümlülüğüne aykırı davrandığı kabul edilmelidir¹⁸². Bilirkişinin diğer özen yükümlülükleri yan borçlar altında incelenmiştir.

¹⁸¹ GAUCH, a.g.e., Rdnr. 820; TANDOĞAN, a.g.e., s. 49; YAVUZ, a.g.e., s. 458; ARAL, a.g.e., s. 349.

¹⁸² GAUCH, a.e., Rdnr. 835.

(4) Yan Borçlar

BK’da açıkça düzenlenmemiş olmakla beraber, müteahhidin asli borçlarının yanı sıra sözleşmenin amacından ve dürüstlük kuralından kaynaklanan birtakım yan borçları da vardır¹⁸³. Sözleşmenin her iki tarafı da, sözleşmenin usulüne uygun bir şekilde ifa edilmesi ve engel olunabilecek zararların önüne geçilmesi için her türlü çabayı göstermekle yükümlüdürler.

Bilirkişinin yan borçları, güvene dayalı bir ilişkiden kaynaklanan borçlardır. Bilirkişi, sahip olduğu özel bilgi birikiminden ötürü bazı durumlarda iş sahibini aydınlatma, ona bilgi verme veya bazı şeyleri açıklama durumunda kalabilir. Örneğin, bilirkişi raporunun hazırlanmasının çok masraflı olacağını öngören bir bilirkişinin bu durumu iş sahibine sözleşme görüşmeleri sırasında açıklaması, aynı şekilde raporun hazırlanması için gerekli olan bilgilerin elde edilmesinin imkansız olduğunu bilen bilirkişinin bunu iş sahibine söylemesi gerekir¹⁸⁴.

Bilirkişinin saklama ve muhafaza etme yükümlülüğü, iş sahibi tarafından kendisine belge, evrak, doküman gibi eşyaların verilmesi durumunda söz konusu olabilir. Örneğin, iş sahibi sanat bilirkişisine incelemesi için tablosunu veya bir antika eşyasını teslim etmiş olabilir. Bu durumda bilirkişinin bu eşyaları özenle muhafaza etmesi gerekir, hatta gerektiğinde teslim almış olduğu eşyaları kaybolma veya zarara karşı sigortalaması gerekebilir. Bazı durumlarda, bilirkişinin raporunu hazırlayabilmesi için kendisine teslim edilen eşyaları belirli bir deneye tabii tutması gerekebilir. Deney sonucu eşyaların zarar görme tehlikesinin olması durumunda bilirkişinin deneylere girişmeden önce, iş sahibine danışması hatta iznini alması gerektiği kabul edilir. Bilirkişinin ayrıca istisna sözleşmesi kapsamında sır saklama yükümlülüğü bulunduğu kabul edilmelidir. Bilirkişi, kendisine teslim edilmiş olan

¹⁸³ GAUCH, a.e., Rdnr. 834.

¹⁸⁴ DÖBEREINER/von KEYSELINGK, a.g.e., s. 42.

şeylerin yapılmasında uygulanan yeni bir fikri veya bir meslek sırrını kendi hesabına kullanamayacağı gibi başkasından da saklı tutmak zorundadır¹⁸⁵.

b. İş Sahibinin Borçları

Borçlar Kanunu, iş sahibinin borçları başlığı altında yer alan BK m. 364-366 hükümlerinde sadece ücret ödeme borcunu düzenleme konusu yapmıştır. Ancak iş sahibinin ücret ödeme borcu dışında eseri teslim alma borcu ve bazı yan borçları da bulunmaktadır.

İş sahibinin bilirkişilik sözleşmesi bakımından borçları, sözleşmeye uygun olarak hazırlanmış olan bilirkişi raporunu teslim almak, bilirkişinin kararlaştırılan ücretini teslim anında ödemek ve bilirkişi raporunun hazırlanması aşamasına katkıda bulunmaktır¹⁸⁶.

(1) İş Sahibinin Eseri Teslim Alması

İş sahibi, siparişini verdiği eseri teslim almakla yükümlüdür. Teslim alma ile kastedilen tıpkı satım sözleşmesinde olduğu gibi müteahhit tarafından ortaya çıkarılan eserin maddi olarak devralınmasıdır¹⁸⁷. Bilirkişilik sözleşmesi bakımından bilirkişi fikri bir faaliyette bulunduğundan teslimatın ne şekilde gerçekleşeceği düşünülebilir. Bilirkişi raporunun kağıda aktarılması, bir diskete veya bir ses kayıt cihazına kaydedilmesi halinde teslim alınabileceği kabul edilmektedir¹⁸⁸.

Bilirkişinin raporunun kabul edilemeyecek derecede ayıplı veya sözleşme şartlarına muhalif olması durumunda, iş sahibi eseri BK m. 360 uyarınca kabulden imtina

¹⁸⁵ ROEBNER /BAYERLEIN, **a.g.e.**, s.190-192.

¹⁸⁶ BREMER, **a.g.e.**, s.41.

¹⁸⁷ Son zamanlarda kabul için ayrıca iş sahibinin eserin sözleşmeye uygun olduğunu ifade etmesi gerektiği belirtilmiştir. Bu şart, özellikle maddi olmayan eserlerin teslimi halinde söz konusu olabilir. Ancak iş sahibinin eserin uygun olduğuna icazet vermesi olağan olmadığından eserin tamamlanmış olması yeterli sayılmalıdır. Bkz. BGH NJW 1973, 1792 (MEDICUS, **a.g.e.**, s. 168).

¹⁸⁸ BUSCHE/MüKo, **a.g.e.**, BGB § 640 Rdnr. 8.

edebilir. İş sahibinin haklı gerekçe ile kabulden imtina etmesi durumunda ücreti ifa borcu muaccel olmayacaktır. Ancak dikkat edilmesi gereken husus, kabulden imtinanın haklı sayılması için eserdeki ayıbın ehemmiyeti haiz bir kusur olması gereğidir.

İstisna sözleşmesinde eserin teslim anı birçok hukuki sonuç doğurmaktadır. İş sahibinin teslim alma fiiline bağlanan hukuki sonuçları genellikle bilmemesi günlük hayatta birçok sorunu beraberinde getirmektedir. Teslim anı ile yarar ve hasar müteahhitten iş sahibine geçer (BK m. 368). Teslim ile iş sahibi, müteahhidin ifa yükümlülüğünü yerine getirdiğini kabul etmiş olduğundan teslim anından sonra ayıba karşı tekeffül hükümleri uygulama alanı bulacaktır¹⁸⁹. Teslim ile ayıba karşı tekeffül hükümleri bakımından muayene ve ihbar süreleri ve davaların tabii olduğu zamanaşımı süreleri işlemeye başlar (BK m. 363). Dolayısıyla iş sahibinin bir eseri ayıplarını bile bile kabul etmesi ve ihbarda bulunmaması durumunda ayıba karşı tekeffül hükümlerini kaybetmesi tehlikesi söz konusudur. Ancak müteahhidin kasten sakladığı ve muayenede tespit edilemeyecek ayıplar bakımından hakları saklı kalmaktadır. İş sahibinin ödeme borcu da teslim ile muaccel olmaktadır. İspat hukuku açısından da teslim anı önemlidir, çünkü teslim ile ispat yükümlülüğü müteahhitten iş sahibine geçmektedir. Teslim anına kadar müteahhit eserin sözleşmeye uygun olduğunu ispat etmekle yükümlü iken teslimden sonra iş sahibi eserin ayıplı olduğunu ispatlamakla yükümlü olacaktır.

(2) Ücretin Ödenmesi

İş sahibinin ana borcu, kararlaştırılan ücretin ödenmesidir. İş sahibinin ücreti ödeme borcu, sözleşmenin kurulması ile oluşmakla beraber bu borç eserin teslimi anında muaccel olmaktadır¹⁹⁰. Ücret alacağının muacceliyet kazanması için kural olarak, müteahhidin eseri ayıpsız ve sözleşmeye uygun şekilde tamamlamış olarak teslim etmesi gerekir. İş sahibinin teslimi haksız gerekçelerle reddetmesi durumunda

¹⁸⁹ GUHL, a.g.e., s. 525.

¹⁹⁰ YAVUZ, a.g.e., s. 492.

teslimin hukuki sonuçlarının gerçekleşeceği yani ödeme borcunun muaccel olacağı kabul edilir¹⁹¹.

İş sahibinin teslimden önce müteahhide ödemede bulunması ancak sözleşmede bu hususun kararlaştırılması veya umumi adetlerin bunu gerekli kılması hallerinde geçerlidir¹⁹². Bilirkişilik faaliyetinde ön ödemenin umumi adetten sayıldığı bir duruma henüz rastlanmamıştır, hatta bilirkişinin sözleşmede açık bir hüküm bulunmadığı durumlarda iş sahibinden avans veya ödemenin bir kısmını istemesi çok nadirdir¹⁹³.

Ücretin miktarı, genellikle taraflarca istisna sözleşmesinde belirlenir. Taraflar, ücretin miktarını toplu bir meblağ olarak belirleyebilecekleri gibi saat veya gün başına göre de belirleyebilirler. Anlaşma sırasında vergi meselesinin de açıklığa kavuşturulmasında yarar vardır. Bilirkişinin ücreti dışında bazı somut olaylarda bilirkişinin seyahat, telefon, fotokopi gibi diğer masraflarının da karşılanması sözkonusu olabilir¹⁹⁴.

BK m. 365 f.1 uyarınca müteahhidin ücretinin götürü (sabit) olarak belirlendiği durumlarda, müteahhit eseri kararlaştırılan fiyata yapmaya mecburdur. Eserin meydana getirilmesi daha fazla bir masrafa neden olmuş olsa dahi müteahhit kural olarak bedelin arttırılmasını isteyemeyecektir. Aynı şekilde eserin önceden kararlaştırılan miktardan daha az bir meblağa mal olması durumunda iş sahibi de ücretin indirilmesini talep edemeyecektir (BK m. 365 f. 3)¹⁹⁵.

Tarafların ücreti sözleşmeyi kurarken kesin olarak tespit etmeleri durumunda kural olarak ücretin değişmemesi asıldır. Ancak kanun koyucu, evvelce tahmin olunamayan ya da tahmin olunup da iki tarafça nazara alınmayan haller bakımından bir istisna getirmiştir (BK m.365 f.2). Olağanüstü hallerin varlığı halinde

¹⁹¹ HONSELL, **a.g.e.**, s. 269 (Özel Hükümler).

¹⁹² Hartwig SPRAU, **PALANDT, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**, 62. Aufl., München 2003, § 641 Rdnr. 2 ve 9.

¹⁹³ ROEBNER /BAYERLEIN, **a.g.e.**, s.246.

¹⁹⁴ ROEBNER /BAYERLEIN, **a.e.**, s. 209.

¹⁹⁵ ARAL, **a.g.e.**, s. 382.

müteahhidin hakime başvurma hakkı olduğu kabul edilir. Bu durumda, hakim ücreti arttırabileceği gibi sözleşmenin feshedilmesine de karar verebilir. Bu hüküm *clausula rebus sic stantibus* (emprevizyon, öngörülemezlik) prensibinin bir uygulaması niteliğindedir¹⁹⁶. Ancak önemli olan husus, evvelce tahmin olunamayan hallerin varlığı tespit edilirken müteahhidin bakış açısının temel alınması gereğidir. Değerlendirmede uzman olan kişinin bilgi ve tecrübesi hesaba katılacaktır¹⁹⁷. Bu hükmün bu şekilde yorumlanması bilirkişilik sözleşmelerinin amacına da uygun düşmektedir. Bir durumun öngörülemez olup olmadığını tespit, bilirkişinin konusunda uzman ve özenli bir kişi olarak kendisinden beklenen dikkati sarfedip sarfetmediğini araştırmak gerekecektir.

Çok sık görülmemekle beraber, ücretin kararlaştırılmadığı veya takribi bir surette karşılaştırıldığı durumlarda ise ücret BK m. 366'a göre yapılan şeyin kıymetine ve müteahhidin masrafına göre takdir edilir¹⁹⁸. BK m. 366'ya göre takribi bir surette kararlaştırılan ücret ile BK m. 367'deki keşif bedelinin birbirine karıştırılmaması gerekir, çünkü hukuki sonuçlar bakımından iki ayrı durum söz konusudur¹⁹⁹. BK m. 357 anlamında masrafların yaklaşık olarak tespitinde eser için ödenecek ücret değil, yapılacak masraflar yaklaşık olarak tespit edilmektedir. Bu şekilde bir masraf belirlenmesi müteahhit için bağlayıcı değildir. Ancak BK m. 366 anlamında takribi bir surette kararlaştırılan bir ücretin varlığı halinde iş sahibi bununla bağlıdır²⁰⁰.

Bilirkişi raporunun tek bir seferde değil de parça parça teslim edilmesi söz konusu ise taraflar ücretin her parçanın tamamlanması sonucu ifa edileceğini kararlaştırabilirler. Bu durum uzun süren araştırmalar veya çeşitli istatistik sonuçlarının bir araya getirilmesi durumunda söz konusu olabilir. Ancak taraflar

¹⁹⁶ KUNZ, **a.g.e.**, s. 168.

¹⁹⁷ GAUCH, **a.g.e.**, Rdnr. 1076; BK m. 365 f. 2 hükmünün uygulanması şartları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. YAVUZ, **a.g.e.**, s. 487 vd; ARAL, **a.g.e.**, s. 384 vd.

¹⁹⁸ Ücret miktarının tespiti için öngörülen bu iki prensibin belirlenmesinde gözönüne alınması gereken hususlar için bkz. TANDOĞAN, **a.g.e.**, s. 299-300.

¹⁹⁹ Bu husus istisna sözleşmesinin en tartışmalı konularından birdir. Tartışmalar için bkz. ARAL, **a.g.e.**, s. 386-387.

²⁰⁰ GAUCH, **a.g.e.**, Rdnr. 938 ve 940.

bilirkişi ücretinin son parçanın teslim edilmesiyle muaccel olacağını da kararlaştırmakta serbesttirler²⁰¹.

(3) İş Sahibinin Yan Borçları

İş sahibinin eser sözleşmesinden kaynaklanan güven ilişkisi çerçevesinde müteahhide karşı bir takım yan borçları vardır. Bunlardan en önemlisi iş sahibinin ifadaki yardımcı rolüdür. Her ne kadar BK m. 356/f.3, müteahhidin imal olunacak şeyin icrası için gerekli olan araç ve gereci sağlamakla yükümlü olduğunu ifade etmişse de, bilirkişilik sözleşmesi bakımından bilirkişinin raporun hazırlanması için gerekli olan tüm belge ve bilgileri sağlaması mümkün değildir. Hiç kuşkusuz, bir bilirkişinin raporunu hazırlama sürecinde iş sahibinin kendisine sunacağı nesnelere veya rapor, fatura, şirket sözleşmeleri, fotoğraflar, planlar ve taslaklar gibi çeşitli belgelere ihtiyacı olacaktır. BK m. 357'deki malzeme terimi, bir eserin meydana gelmesi için gerekli olan her türlü nesne şeklinde anlaşılmadır²⁰². Bilirkişinin hazırlık sürecinde bazı yerleri incelemesi gerekebilir ve bunun için de iş sahibinin sağlayacağı izinlere ihtiyacı olabilir. Bunun yanı sıra bilirkişi, raporu için bazı belgeleri resmi kurumlardan ancak iş sahibinin vekaleti ile talep edebilir. Bu durumda da iş sahibinin bilirkişiye bu konularda vekalet vermesi veya gerekli olan belgeleri bizzat bilirkişiye ulaştırması beklenir²⁰³. Bilirkişinin iş sahibinin ifada yardımcı olmasını dava yoluyla talep etmesi mümkün değildir. Ancak raporun hazırlanması için gerekli olmasına rağmen iş sahibinin yardım etmemesi durumunda kanun koyucu bilirkişiyi koruyucu birtakım hükümlere yer vermiştir.

Bu yükümlülük dışında, iş sahibinin bilirkişiyi aydınlatma ve ona bilgi verme yükümlülüğünden bahsedilir. Bir iş sahibi, bilirkişiye yanlış bilgiler veya belgeler vermek suretiyle veya hileli davranışlarıyla raporun kendi lehine sonuçlanmasına sebep olmuşsa bu yükümlülüğüne aykırı davrandığı kabul edilir. Aynı şekilde iş

²⁰¹ BREMER, a.g.e., s. 45.

²⁰² Bu konuda bkz. BGH NJW 1973, 318 (BUSCHE/MüKo, a.g.e., BGB § 645 Rdnr. 6).

²⁰³ BREMER, a.g.e., s. 46.

sahibi belirli yerlerin keşfi sırasında bilirkişinin güvenliği için gerekli olan önlemleri almakla yükümlüdür²⁰⁴.

3. İstisna Sözleşmesinden Doğan Sorumluluk

a. Ayıba Karşı Tekeffül Hükümleri

Çalışmanın bu bölümünde, ayıp kavramı ve ayıba karşı tekeffül hükümleri üzerinde durulacaktır. Bu konu önce genel olarak, sonra bilirkişilik sözleşmeleri bakımından ele alınacaktır.

(1) Genel Olarak

Ayıp, sözleşmede üzerinde anlaşılan (müteahhidin esere ilişkin olarak zikrettiği) niteliklerin veya lüzumlu niteliklerin bulunmaması şeklinde kendini gösterir²⁰⁵. Bir eserin ayıplı olması, somut istisna sözleşmesinin muhtevasına bağlı olduğundan nisbi bir kavramdır. Bunun tespiti için sözleşmede aranılan niteliklerle eserin fiilen taşıdığı nitelikleri karşılaştırmak gerekir. İş sahibinin sözleşmenin içeriğine ve dürüstlük kuralına göre nasıl bir eser beklemekte haklı sayılabileceği esas alınmalıdır.

İstisna sözleşmesinin konusu olan eserin ayıplı, kanunun ifadesiyle kusurlu olup olmadığı BK m. 360'a göre iki şekilde tespit edilir. Öncelikle tarafların sözleşmede kararlaştırdıkları özellikler, ikinci aşamada ise amaçlanan veya genel olarak kabul edilen kullanım tarzı dikkate alınır²⁰⁶.

Eserin ayıplı olduğunun tespit edilmesi halinde iş sahibinin müteahhidin kusurundan bağımsız bir takım hakları vardır. Bu aşamada iş sahibinin BK m. 359 f.1 uyarınca

²⁰⁴ ROEBNER /BAYERLEIN, a.g.e., s. 198.

²⁰⁵ YAVUZ, a.g.e., s. 473.

²⁰⁶ Bilirkişilik sözleşmeleri gibi maddi olmayan fikri eserlerin de ayıplı olabileceği görüşü için bkz. GAUCH, a.g.e., Rdnr. 1472.

eseri muayene ve ihbar etme yükümlülüğü olduğu unutulmamalıdır²⁰⁷. İş sahibinin bu yükümlülüğünü ihmal etmesi - müteahhidin kasten sakladığı ayıplar dışında - eserin kabul edildiği anlamına gelmektedir (BK m. 362 f.1 ve f.2). Eserdeki ayıbın daha sonra ortaya çıkması (gizli ayıplar) halinde ise iş sahibinin bu durumu BK m. 362 f. 3 uyarınca öğrenir öğrenmez müteahhide bildirmesi gerekir.

Kanun koyucu, ayıbın ağırlığına göre iş sahibinin haklarını düzenlemiştir. Buna göre, ayıbın BK m. 360 f.1 uyarınca ehemmiyetli olması halinde iş sahibi sözleşmeden dönebilir. İş sahibinin hakkaniyet gereği kabulün kendisinden beklenemeyeceği derecede ayıplı bir eser karşısında bulunup bulunmadığı, somut olayın şartları gözönünde tutularak, tarafların karşılıklı menfaatlerinin tartılması suretiyle belirlenir²⁰⁸. Eserin çok önemli bir ayıbı ihtiva etmemesi durumunda ise iş sahibi BK m. 360 f. 2'ye göre, müteahhidin ücretini ayıp oranında indirebilir veya eserin ayıpsız hale getirilmesi çok büyük bir masrafa yol açmayacaksa müteahhidi tamire mecbur edebilir. Kanun koyucu, mahiyeti itibariyle sökülmesi çok zor olacak inşaat eserleri bakımından ayıbın derecesi ne olursa olsun BK m. 360 f.2 hükmünün uygulama alanı bulacağını düzenlemiştir²⁰⁹.

İş sahibi, müteahhitten, BK m. 360 f.1 ve 2 uyarınca, şeyi kabulden kaçınarak sözleşmeden dönme veya ücretin indirilmesini yahut eserin onarılmasını isteme yanında, ayıp sonucu ortaya çıkan zararın (Mangelfolgeschaden) tazminini de isteyebilir²¹⁰. Ayıba karşı tekeffülden doğan dönme, ücretin indirilmesi veya tamir (onarım) haklarının kullanılması için müteahhidin kusurlu olması şart değildir; bunlardan dolayı müteahhit kusursuz sorumluluk ilkesine göre sorumludur. Ancak

²⁰⁷ Muayene ve ihbarın nasıl gerçekleşeceği taraflarca sözleşmede kararlaştırılabilir. Örneğin, taraflar muayene ve ihbarın ortak bir şekilde veya bir bilirkişi tarafından yapılması konusunda anlaşabilirler. Bu konuda bilgi için bkz. GAUCH, **a.e.**, Rdnr. 2472; HONSELL, **a.g.e.**, s. 257-258 (Özel Hükümler); YAVUZ, **a.g.e.**, s. 476; KUNZ, **a.g.e.**, s. 166.

²⁰⁸ YAVUZ, **a.e.**, s. 481.

²⁰⁹ İş sahibinin müteahhide karşı sahip olduğu haklar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. YAVUZ, **a.e.**, s. 481 vd.; ARAL, **a.g.e.**, s. 370 vd.; TANDOĞAN, **a.g.e.**, s. 191 vd.; GAUCH, **a.g.e.**, Rdnr. 1527 vd.; HONSELL, **a.g.e.**, s. 259 vd. (Özel Hükümler).

²¹⁰ Bu maddede öngörülen tazminat talep hakkının sözleşmeden dönme, ücretin indirilmesi veya tamirin yerine kullanılacak bir hak olmadığı; bu üç seçimli hakka ek olarak ve onlarla birlikte kullanılabilen bir hukuki imkan olduğu kabul edilmektedir. Bu konuda bkz. HONSELL, **a.e.**, s. 263 (Özel Hükümler); GUHL, **a.g.e.**, s. 534; TANDOĞAN, **a.e.**, s. 204; GAUCH, **a.e.**, Rdnr. 1850; ARAL, **a.e.**, s. 375.

müteahhidin, ayıbı takip eden zarardan doğan sorumluluğu kusura dayanır ve BK m. 96'a göre müteahhit kusursuz olduğunu ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilir²¹¹. Ayıbı takip eden zararlardan sorumluluk bakımından özen yükümü önem taşır; bu durumda müteahhidin kusuru, onun özen yükümüne aykırı davranıp davranmadığına göre belirlenir²¹².

BK m. 363 f.1, yapılan şeyin kusurlu olmasından dolayı iş sahibinin haiz olduğu hakları, müşterinin haklarının tabi olduğu zamanaşımı hükmüne tabi tutmaktadır. Birinci fıkranın gönderme yaptığı BK m. 207 f.1'de, taşınır malların satımında ayıba karşı tekeffülden dolayı açılacak her türlü davanın, teslim tarihinden itibaren bir yıl geçmekle zamanaşımına uğrayacağı hükmü yer almaktadır²¹³. Ancak BK m.363 f. 2 uyarınca gayrimenkul inşaata müteallik kusurlardan dolayı iş sahibinin müteahhide ve inşaata iştirak eyliyen mimar ve mühendise karşı mütalebesi, tesellüm zamanından itibaren beş senelik zamanaşımına tâbidir.

İş sahibi, haklarını ayıplara bizzat kendisinin neden olması halinde kaybedecektir. Bunun en tipik örneği, iş sahibinin müteahhidin açık uyarıların rağmen talimatlarında direnmesi ve eserin iş sahibinin talimatları nedeniyle ayıplı olmasıdır (BK m.361). Bundan çıkan sonuç, müteahhidin talimatların anlamsız olduğunu bilmesi halinde bunu iş sahibine bildirmesi gereğidir. Aksi takdirde, eserin talimatlara uygun şekilde meydana getirilmesi dolayısıyla meydana çıkan ayıplardan müteahhit sorumlu olacaktır²¹⁴.

²¹¹ HONSELL, a.e., s. 262 (Özel Hükümler); YAVUZ, a.g.e., s. 484.

²¹² GAUCH, a.g.e., Rdnr. 853; ARAL, a.g.e., s. 351.

²¹³ 29.06.1956 tarihli ve 6773 sayılı kanunla eklenen BK m.126 b.4 nedeniyle BK m. 363 f.1 hükmünün ilga olunmuş sayılıp sayılmayacağı hakkındaki tartışmalar için bkz. YAVUZ, a.g.e., s. 479 vd. Yargıtay, BK m. 126 b.4 hükmünün BK m. 363'ü ilga ettiği ve ayıba karşı tekeffülden iş sahibi lehine doğan hakların taşınmaz inşaat niteliğinde olmayan eserlerde de beş yılda zamanaşımına uğrayacağı sonucuna varmıştır. Bu karar için bkz. HGK 31.10.1995, E 12066/K 14247 (YKD 1996, s. 522-525).

²¹⁴ YAVUZ, a.e., s. 477; KUNZ, a.g.e., s. 166; ARAL, a.g.e., s. 365.

(2) Bilirkişilik Sözleşmeleri Bakımından

Bilirkişi raporunun ayıplar içermesi veya önceden garanti edilen unsurları içermemesi durumunda²¹⁵ iş sahibinin ayıba karşı tekeffül borcundan kaynaklanan hakları söz konusu olacaktır.

Bilirkişi, kendi kanaatine aykırı olarak iş sahibinin menfaatlerini koruma borcu altında değildir, bilakis tarafsız ve objektif bir rapor hazırlama borcu altındadır. Dolayısıyla raporun iş sahibinin çıkarlarıyla çatışması mümkündür ve bu durumda dahi söz konusu raporun iş sahibi tarafından sözleşmeye uygun hazırlanmış bir rapor olarak kabul edilmesi gerekmektedir²¹⁶. Ancak iş sahibi sözleşme ilişkisine girmeden evvel maddi ve hukuki durumu bilirkişiye anlatmış ve bilirkişi olaya ilişkin görüşünü açıklayıp bu görüşü raporunda destekleyeceğini açıkça ifade etmişse durum farklıdır. Zira bu durumda raporun içeriğine ilişkin bir söz verilmiş olmaktadır ki bunun yerine getirilmemesinin ayıba karşı tekeffül hükümlerinin uygulanması sonucunu doğuracağı kabul edilir²¹⁷.

Bilirkişi raporunun ayıplı olması çeşitli şekillerde söz konusu olur. Bilirkişilik sözleşmeleri bakımından en tipik ayıp, bilirkişi raporunun içeriğinin hatalı olmasıdır²¹⁸. Bilirkişinin somut olaya ilişkin verileri değiştirmesi, bazı önemli verileri raporda hiç dikkate almaması, yanlış bir deney yöntemi uygulaması, deney sonuçlarını karıştırması veya bilirkişinin vardığı sonucun günün bilim ve teknoloji düzeyine uymaması durumlarında ayıplı bilirkişi raporlarından söz edilir. Sayılan hataları içeren bilirkişi raporlarının çoğunlukla doğru sonuçlara ulaşamayacakları ortadadır. Ancak bilirkişinin istisnaen de olsa hatalı yöntemlerle doğru sonuca ulaşması halinde dahi rapor ayıplı sayılır, çünkü esas olan doğru sonuca ulaşmak

²¹⁵ Örneğin, bilirkişinin bir gayrimenkulün değerini takdir ederken dikkate alacağı unsurlar konusunda raporu ısmarlayan kişiye söz vermesi durumunda garanti edilen unsurlardan bahsedilebilir. Ancak bu hususun sözleşmenin içeriğine dahil edilmiş olması gerekmektedir. Bu konu hakkında bkz. DÖBEREINER/von KEYSERLINGK, **a.g.e.**, s. 68.

²¹⁶ BREMER, **a.g.e.**, s. 36.

²¹⁷ BREMER, **a.g.e.**, s. 36; aynı şekilde DÖBEREINER/von KEYSERLINGK, **a.g.e.**, s. 68.

²¹⁸ KILIAN, **a.g.e.**, s. 489.

kadar sonuca nasıl ulaşıldığının rapordan anlaşılmasıdır²¹⁹. Bu amaçla bazen raporda varılan sonucun hangi verilere dayandırıldığına gösterilmesi amacıyla bilirkişi raporunun ek belgelerle desteklenmesi gerekebilir. Bilirkişinin raporundaki sonuca nasıl ulaşıldığının anlaşılabilmesi, raporun bazı sorulara ilişkin çözümlere hiç yer vermemesi veya raporun günün bilimsel ve teknik düzeyinin dikkate alınmadan hazırlanmış olması durumunda da ayıplı bir raporun varlığı söz konusu olacaktır²²⁰.

Bir bilirkişi raporunun üçüncü bir kişi tarafından sağlanan bilgi yüzünden eksik veya yanlış diğer bir ifadeyle, ayıplı olması durumunda bilirkişi iş sahibine karşı kusursuz sorumludur. Ancak raporun iş sahibi tarafından elde edilen bilgiler dolayısıyla ayıplı olması durumunda bilirkişinin kusursuz sorumluluğu ancak bu bilgilerin doğru olmadığını bilebilecek durumda olması halinde söz konusu olacaktır. Bu durumda, iş sahibinin eserin ayıplı olması durumunda sahip olduğu hakları kullanamaması hakkındaki BK m. 361 uygulama alanı bulabilir. Bu hüküm, bilirkişilik sözleşmelerinin ruhuna uygun düşmektedir, çünkü bilirkişilik sözleşmeleri bakımından aktif bir rol oynayan, kural olarak plan, proje veya çeşitli bilgileri temin eden kişi iş sahibidir. BK m. 361 uyarınca, iş sahibini yanlış talimatlar konusunda uyarma yükümlülüğü müteahhide aittir. Bilirkişilik sözleşmeleri bakımından da iş sahibini uyarma ve aydınlatma yükümlülüğü sözleşme konusu hakkında uzman olan bilirkişiye aittir.

İstisna sözleşmesinin ayıba karşı tekeffül hükümleri, bilirkişi raporları bakımından özellik arz edecektir, çünkü bu hükümlerin hukuki sonuçları bakımından bilirkişi raporlarının maddi olmayan özelliğini dikkate almak gerekmektedir. Ancak bu durum maddi olmayan eserler bakımından ayıba karşı tekeffül hükümlerinin uygulanamayacağı anlamına gelmemektedir²²¹.

²¹⁹ WELLMANN, **a.g.e.**, s. 25.

²²⁰ BREMER, **a.g.e.**, s. 23; DÖBEREINER/von KEYSERLINGK, **a.g.e.**, s. 67-68.

²²¹ BREMER, **a.g.e.**, s. 35. İstisna sözleşmesinin ayıba karşı tekeffül hükümlerinin maddi olmayan eserlere uygulanamayacağı hakkındaki mahkeme kararı için bkz. BGE 98 II 305; bu kararın eleştirisi için bkz. JÄGGI, **a.g.e.**, s. 304.

Bilirkişi raporları bakımından, ayıbın iş sahibi için kabulü beklenemez derecede olup olmadığı ve iş sahibinin hangi hakkı kullanmasının yerinde olduğu hakkaniyet esaslarına göre belirlenecektir. Bilirkişi raporundaki ayıpların giderilmesi hakkı (onarım hakkı) bakımından, bunun iş sahibinin işine yarayıp yaramayacağı ve ayıbın giderilmesi için gerekli zaman ve masrafların göz önünde tutulması gerekir. Ayıplı bir bilirkişi raporunun genellikle hiçbir objektif değeri bulunmayacaktır. Bu açıdan bu durumda ücretin indirilmesi hakkı yerine BK m. 202 f. 3 kıyasen uygulanarak, iş sahibinin sadece sözleşmeden dönebileceğini kabul etmek yerinde olacaktır²²².

b. Bilirkişilik Sözleşmeleri Bakımından Kusur sorumluluğu

İş sahibinin ayıplı bir bilirkişi raporunun sebep olduğu zararı talep edebilmesi bilirkişinin zarara kasten veya ihmali sonucu sebep olması halinde söz konusu olacaktır (BK m. 360 f. 1 ve f. 2 c. 2). Bilirkişinin tazminat sorumluluğu açısından kusur sorumluluğu önem taşımaktadır, çünkü ayıba karşı tekeffül hükümlerinin aksine bilirkişinin tazminat sorumluluğu kusurlu olmasına bağlıdır.

Bir bilirkişinin sözleşmenin ifası aşamasında kasten veya ihmali sonucu bir zarara sebep olması mümkündür. Örneğin, bir otomobilin fren sistemlerini inceleme ve değerlendirme işiyle görevlendirilen bir bilirkişi, frenlerin tutmadığını bilmesine rağmen, raporunda frenlerin iyi bir durumda olduğunu yazar ve daha sonra frenler tutmadığı için bir kaza meydana gelirse bilirkişi kazadan doğan zararı tazminle sorumlu olacaktır. Burada tazmin yükümlülüğünün temeli kasten yanlış hazırlanmış olan rapora dayanmaktadır.

Alman hukukunda, ayıplı bir bilirkişi raporunun yol açtığı zararın tazmini (Mangelfolgeschäden) sorunu, gerek sonuçları gerekse uzun zamanaşımı süresi

²²² Ücretin indirilmesi hakkı çerçevesinde indirilecek miktarın ücrete eşit olması durumunda sözleşmeden dönülebileceğini kabul eden görüş için bkz. TANDOĞAN, **a.g.e.**, s. 186; GAUCH, **a.g.e.**, Rdnr. 1639.

bakımından çok tartışılmıştır²²³. Bu bağlamda, iş sahibinin bilirkişi raporunun doğruluğuna güvenerek açtığı, ancak kaybettiği dava dolayısıyla uğramış olduğu zararı da tazmin edebileceği ifade edilmiştir²²⁴.

Bir bilirkişi, dolaylı zarardan iki şartın varlığı halinde sorumlu olmaktadır. İlk şart, söz konusu zararın ayıplı bilirkişi raporuna dayanmasıdır; ikinci şart ise bu ayıba bilirkişinin ihmalinin neden olmasıdır. Bilirkişinin ihmalinin olup olmadığı hususunun ise her somut olayda ayrıca tartışılması gerekir ve çoğu zaman bu konuda hakimin takdir yetkisi söz konusu olmaktadır. Günümüzde bilirkişilik faaliyetleri profesyonelce ve yüksek meblağlar karşılığında icra edildiğinden bir bilirkişinin özen yükümlülüğü bakımından yüksek standartların kabul edildiği gözlemlenmektedir²²⁵. Özen yükümlülüğüne aykırılık konusundaki en tipik örnek, bilirkişilik sözleşmesi ile yükümlülük altına giren bir kişinin kendi borcunu şahsen ifa etmeyip bu işi başkasına yaptırtması ve daha sonra kendi raporu imişçesine sunmasıdır²²⁶.

Bilirkişinin borcunu ifa ederken yardımcı şahıslardan yararlanması söz konusu olabilir. Bilirkişilerden beklenen özen yükümlülüğü, yardımcı şahısların faaliyetleri bakımından da beklenecektir ve bilirkişi BK m.100 uyarınca iş sahibine karşı sorumlu olacaktır. Bunun nedeni, bazı işlerin üçüncü kişilere devredilmesi olanağının raporu ısmarlayan kişinin aleyhine sonuçlanmamasıdır²²⁷.

c. Bilirkişinin Sorumluluğunun Sınırlandırılması

Sözleşme özgürlüğü ilkesi çerçevesinde, taraflar aralarındaki sözleşmeyi BK. m. 19 ve 20'ye aykırı olmamak şartıyla istedikleri gibi şekillendirebilirler. Bilirkişinin kast veya ağır kusuru durumunda sorumlu olmayacağına dair bir kaydın sözleşmede

²²³ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. DÖBEREINER/von KEYSERLINGK, **a.g.e.**, s. 82 vd. Bu tartışmalar, 1.01.2002 tarihindeki kapsamlı borçlar kanunu değişikliğinden sonra önemini büyük ölçüde kaybetmiştir, çünkü zamanaşımı süreleri bakımından Alman borçlar hukuku tek bir süre kabul etmiştir.

²²⁴ BREMER, **a.g.e.**, s. 38.

²²⁵ KLOCKE, **a.g.e.**, s. 298; GUHL, **a.g.e.**, s. 537.

²²⁶ WELLMANN, **a.g.e.**, s. 26.

²²⁷ WELLMANN, **a.e.**, s. 27.

yer alması halinde bu sorumsuzluk kaydı BK m.99 uyarınca geçersiz olacaktır. Dolayısıyla, her tür kusur derecesini kapsayacak genişlikteki sorumsuzluk kayıtları geçerli olmayacaktır²²⁸.

Bilirkişinin iş sahibi ile önceden anlaşmak suretiyle sorumluluğunu belirli bir miktar ile veya belirli bir zaman dilimi bakımından sınırlayabileceği kabul edilmektedir. Özellikle teknik alandaki bilirkişi raporları bakımından sorumluluğun belirli bir zaman dilimi ile sınırlandırılması tavsiye edilmektedir. Zira birçok durumda bilirkişi (veya bilirkişinin vefatı halinde mirasçıları) raporun, yazıldığı dönemdeki teknolojik gelişmeye uygun olarak kaleme alındığını ispat edecek belgelere sahip olmamaktadır²²⁹.

Bir bilirkişilik sözleşmesinde, bilirkişinin sorumluluğunu sınırlayan şartların zarar gören üçüncü kişiye karşı da ileri sürülüp sürülemediği konusunun da incelenmesi gerekir. Üçüncü bir kişinin sözleşme tarafı olan kişiye nazaran daha fazla haklara sahip olmaması gerektiği ve bu nedenle bilirkişinin sorumluluğunu üçüncü kişilere karşı da sınırlandırabileceği kabul edilebilir. Ancak bu görüş, bir bilirkişi raporunun teslimi ile bir güven olgusu yaratıldığını ve bundan kaynaklanan bir sorumluluk olacağını hesaba katmamaktadır. Bir bilirkişi raporu özünde, raporun iyiniyetle ve tarafsız olarak kaleme alındığı ve bilirkişinin raporu bakımından üçüncü kişilere karşı sorumlu olduğu güvencesini ihtiva etmektedir. Örneğin, bir bankanın arsanın değerini tespit eden bir bilirkişi raporuna güvenerek bir kredi tahsis ettiğini; daha sonradan bilirkişinin sorumluluğunu sınırlayan ancak bankanın varlığından dahi haberdar olmadığı bir şartın bankaya karşı ileri sürüldüğünü düşünelim. Bu durumun kabul edilmesi, bilirkişi raporlarının inandırıcılığına ve güvenilebilirliğine büyük ölçüde zarar verecektir²³⁰.

Bir bilirkişi, sorumluluğunu dış dünyaya karşı sınırlamak istiyorsa çekincelerini, raporun hangi verilere dayandığını bunlardan hangilerinin kendisi tarafından teyit

²²⁸ HONSELL, **a.g.e.**, s. 265 (Özel Hükümler); KUHN, **a.g.e.**, s. 354; DÖBEREINER/von KEYSERLINGK, **a.g.e.**, s. 166 vd.

²²⁹ WELLMANN, **a.g.e.**, s. 33.

²³⁰ Bilirkişinin üçüncü kişiye karşı sorumluluğu için bkz. III. Bölüm

edildiğini, hangilerinin teyit edilmeden rapora alındığını, raporun hangi şartlar altında hazırlandığını raporunda açıkça belirtmelidir²³¹.

4. İstisna Sözleşmesinin Sona Ermesi

Bir istisna sözleşmesi ifa dışında farklı sebeplerle sona erebilir. Sözleşmenin iş sahibi ve müteahhidin bu konuda anlaşmaları veya sözleşme ile kararlaştırılmış olan bir fesih hakkını kullanmaları halinde sona erdirilmesi mümkündür. Bu sebepler dışında istisna sözleşmesi aşağıdaki hallerde sona erebilir²³².

a. İş Sahibinin Sözleşmeden Dönme Hakkı (BK m. 369)

İstisna sözleşmesi, BK m.369 hükmü ile sözleşmelerin bağlılığı ilkesine aykırı bir hüküm ihtiva etmektedir. Buna göre, iş sahibi sözleşme konusu eser tamamlanıncaya kadar hiçbir neden göstermeden veya bir ihbar süresi vermeden sözleşmeyi her zaman feshedebilir. Hatta iş sahibi eserin tamamlanamamasına bizzat kendi yol açmış olsa dahi bu hakkını kullanabilir²³³. İş sahibinin sahip olduğu bu özel fesih hakkının gerekçesi, istisna sözleşmesinin özelliğinden kaynaklanmaktadır. Zira iş sahibinin menfaati sözleşme konusu eserin oluşturulması iken, müteahhidin menfaati sadece kararlaştırılan ücretin tahsilidir. İş sahibi eseri isteği dışında kabul etmek zorunda değildir. İş sahibi fesih hakkını tek taraflı, yöneltilmesi gereken bir irade beyanı ile kullanır. Bu irade beyanı, doğrudan olabileceği gibi bilirkişiye verilen evrakın geri istenmesi ile dolaylı bir şekilde de vukuu bulabilir. Önemli olan, bunun evrakın sadece geçici bir süre için iadesinin istenilmesi olarak algılanmamasıdır²³⁴.

İş sahibinin fesih hakkı zaman açısından sınırlıdır, çünkü iş sahibi sözleşmeyi ancak yapılan şey bitene kadar feshedebilir. Bilirkişinin eseri ayıplardan ari bir şekilde

²³¹ WELLMANN, a.g.e., s. 33.

²³² YAVUZ, a.g.e., s. 494 vd.

²³³ GAUCH, a.g.e., Rdnr. 524; GUHL, a.g.e., s. 539.

²³⁴ GAUCH, a.e., Rdnr. 526.

teslim etmesinden sonra BK m. 369 uyarınca sözleşmenin fesh edilmesi mümkün değildir²³⁵.

Kanun koyucu, bir yandan iş sahibine bu fesih hakkını tanıırken, müteahhidin yapmış olduğu kısmın bedelini isteme ve zarar ve ziyanını tazmin etme hakkını da güvence altına almaktadır²³⁶. İş sahibinin fesih beyanı ile sözleşme ilişkisi ileriye dönük olarak ortadan kalkar, ancak sözleşme geçmişte ifa edilmiş hizmetler bakımından hukuki dayanağını korumaya devam eder. Dolayısıyla iş sahibi henüz bitmemiş olan eserin teslimini talep edebileceği gibi müteahhit de yapılan kısmın bedelini ve uğradığı zarar ve ziyanı talep edebilir²³⁷.

BK m.369'un getirdiği düzenlemenin emredici nitelikte olup olmadığı hususu tartışmalıdır²³⁸. Kanımca taraflar sözleşme ile bu hükmün uygulama alanı bulmayacağını veya bu hükmün farklı bir şekilde uygulanacağını kararlaştırabilirler. Ancak bunu yaparken taraflardan birinin hukuki durumunun diğerine göre zayıflatılmamasına dikkat edilmelidir.

İş sahibinin tazminat karşılığı sözleşmeyi feshetme imkanı, bilirkişilik sözleşmeleri bakımından da isabetli bir düzenlemedir. Bilirkişilik sözleşmelerinde özellikle iş sahibinin bilirkişiye duyduğu güven önem arz etmektedir. Bu hüküm, raporu ısmarlayan iş sahibine her ne sebeple olursa olsun artık güven duymadığı bir bilirkişiyle arasındaki ilişkiyi dilediği zaman sona erdirmeye imkanı tanımaktadır.

b. Keşif Bedelinin Aşırı Ölçüde Aşılması Nedeniyle Sözleşmeyi Fesih (BK m. 367)

BK m. 367 hükmünün uygulama alanı bulması için iş sahibi ile müteahhidin masrafı takribi bir surette kararlaştırmış olmaları gerekmektedir. Bu masraf tahmini,

²³⁵ YAVUZ, **a.g.e.**, s. 499.

²³⁶ KUNZ, **a.g.e.**, s. 170.

²³⁷ İş sahibinin müteahhide ödeyeceği tazminatın hesaplanması hakkındaki metodlar için bkz. HONSELL, **a.g.e.**, s. 254(Özel Hükümler); ARAL, **a.g.e.**, 392-394; YAVUZ, **a.g.e.**, s. 501-502.

²³⁸ Bu tartışmalar için bkz. TANDOĞAN, **a.g.e.**, s. 343.

bağlayıcı nitelikte olmayan ve sözleşmenin muhtevasına girmeyen, sadece eserin muhtemel maliyeti hakkında yapılmış bir tahmindir²³⁹. Taraflar BK m. 365 uyarınca götürü pazarlık etmişse, müteahhit yapılacak şeyi kararlaştırılan fiyata yapmağa mecburdur. Bu durumda, müteahhit bedelin arttırılmasını isteyemeyeceği gibi BK m. 367 de uygulama alanı bulamayacaktır, çünkü bu durumda masrafın takribi bir surette kararlaştırılmış olması söz konusu değildir²⁴⁰.

BK m. 367 uyarınca, fesih hakkının kullanılması için harcamaların önceden kararlaştırılan miktarı önemli bir derecede aşması yeterlidir, kusur aranmaz. Önemli bir derecede aşma, tartışmalı bir kavram olup her somut olayın özellikleri dikkate alınarak doktrin ve mahkemelerce yorumlanmaktadır. Örneğin, çoğunluk %10 sınırının aşılması halinde önemli bir ihlalin söz konusu olabileceğini ifade ederken²⁴¹, BGH bir kararında masraf miktarının %27 lik bir artış göstermesini olağan saymıştır²⁴².

Bilirkişilik sözleşmelerinin görüşme aşamasında da, iş sahibi bilirkişiye raporun ne kadara mal olacağını sorabilir. Bu durumda bilirkişi tahmini bir rakam verebilir. Kural olarak, tecrübeli bir bilirkişi kendi ücreti dışında yapılması zorunlu olan masrafların ne kadar olacağını aşağı yukarı bilir. Ancak bilirkişiler genellikle işi almak için yaklaşık keşif bedelini düşük tespit edebilirler. Kanun koyucu, iş sahibini korumak amacıyla önceden tespit edilen masraf miktarının aşılması durumunda BK m. 367 hükmü uyarınca imal esnasında ya da imalden sonra sözleşmeyi fesh etme imkanı tanımıştır. Profesyonel bilirkişiler karşısında raporu ısmarlayan kişilere de BK m. 367'ye dayanarak bilirkişilik sözleşmesini feshetme imkanı tanımak yerinde olacaktır.

c. Eserin Telef Olması

²³⁹ GAUCH, **a.g.e.**, Rdnr. 937-938; ARAL, **a.g.e.**, s. 390.

²⁴⁰ HONSELL, **a.g.e.**, s. 271 (Özel Hükümler).

²⁴¹ GAUCH, **a.g.e.**, Rdnr. 985; KUNZ, **a.g.e.**, s. 169; SPRAU/PALANDT, **a.g.e.**, § 650 Rdnr. 2; BUSCHE/MüKo, **a.g.e.**, BGB § 650 Rdnr. 10.

²⁴² Bu karar için bkz. BGH NJW- RR 87, 337 (SPRAU/PALANDT, **a.e.**, § 650 Rdnr. 2).

İstisna sözleşmelerinde, kural olarak müteahhit ücret rizikosunu taşımaktadır²⁴³. Eserin teslimden evvel kazara telef olması halinde, müteahhit iş sahibinin alacaklı temerrüdünde olması dışında kural olarak yaptığı işin ücretini ve masraflarını talep edemez (BK m. 368). Telef olan malzeme bakımından ise BK m. 368 f.2 uyarınca malzemenin sahibi zarara katlanmak durumundadır.

Bu kuralın istisnasını BK m. 368 f. 3 düzenlemektedir. Buna göre, eser iş sahibi tarafından verilen malzemenin veya gösterilen arsanın kusurundan veya iş sahibinin talimatlarından ötürü telef olmuş ise müteahhit, tehlikeleri zamanında ihbar etmiş olması şartı ile yapılan işin ücretini ve masraflarını talep edebilecektir. Bunun yanı sıra, iş sahibinin kusuru halinde müteahhit zararının tazminini talep edebilecektir. Bu düzenlemenin altında yatan düşünce, herkesin kendi tehlike alanından sorumlu olması gereğidir. Aynı düşünce, BK m. 370 düzenlemesinde dikkat çekmektedir²⁴⁴. Sözleşmenin ifası, iş sahibinin nezdinde meydana gelen bir nedenden ötürü mümkün olamıyorsa müteahhidin yaptığı işin ücretini ve masraflarını talep etme hakkı vardır (BK m. 370). Ayrıca müteahhit iş sahibinin kusurunun olması durumunda zararının da tazminini talep edebilir.

Bilirkişilik sözleşmeleri bakımından eserin telef olması durumu ile pek sık karşılaşılacaktır. Bilirkişi, hazırlamış olduğu raporu aktardığı kağıt parçasının telef olması durumunda bilgisayarında kayıtlı verilerin yardımıyla aynı rapora ulaşabilecektir. Ancak bilirkişilik raporları bakımından rapordan ziyade raporun hazırlık aşamasında kullanılan verilerin telef olma ihtimali vardır. Bu duruma örnek olarak, bilirkişi tarafından incelenmesi gereken verilerin kaybolması, iş sahibinin bilirkişinin laboratuvarını ziyaret ettiği sırada raporun dayandığı verilere zarar vermesi sayılabilir. Bu durumda tam iki taraflı sözleşmelerin imkansızlığına ilişkin hükümler uygulama alanı bulacaktır²⁴⁵.

²⁴³ HONSELL, **a.g.e.**, s. 255 (Özel Hükümler).

²⁴⁴ HONSELL, **a.e.**, s. 256 (Özel Hükümler).

²⁴⁵ BREMER, **a.g.e.**, s. 47.

d. Müteahhidin Aczi veya Vefatı

Müteahhidin sözleşmenin inikadı anından sonra aczi veya vefatı halinde istisna sözleşmesi sona erebilir. Bu durum, özellikle müteahhidin şahsı dikkate alınarak aktedilmiş olan sözleşmeler bakımından geçerlidir. Böyle bir sözleşmenin varlığı ise tarafların sözleşmedeki iradelerinden veya sözleşme konusu işin niteliğinden anlařılacaktır²⁴⁶.

Müteahhidin şahsı ve kişisel yetenekleri gözönünde tutularak aktedilen istisna sözleşmelerinde, diğer şahısların ifa edebilme imkanı nazara alınamayacağı için müteahhidin ölümü veya işi yapma yeteneğini kaybetmesi sözleşmenin sona ermesi sonucunu doğuracaktır. Bilirkişilik sözleşmelerinin bilirkişinin kişisel niteliklerinin, onun bilgi ve uzmanlığının dikkate alınarak aktedildiği konusunda bir tereddüt olmamalıdır. Bu nedenle bir bilirkişi raporu hazırlama borcu altındaki müteahhidin lm, BK m. 371 hükmünün tipik rneği olarak gsterilmektedir²⁴⁷. BK m. 371 hükmü, bilirkişilik sözleşmeleri açısından yerinde bir düzenlemedir.

Bu durumda, istisna sözleşmesi kanundan dolayı ve ileriye etkili olarak sona erer. Yapılan miktarın iş sahibi açısından kullanılması mümkün ise, iş sahibi onu kabule ve bedelini müteahhide veya vefat halinde mirasçılarına vermeğe mecburdur (BK m. 371 f. 2). Müteahhidin mirasçıları ise iş sahibine ait bulunan eşyaları iade etmekle yükümlüdürler.

²⁴⁶ TANDOğAN, **a.g.e.**, s. 333; ARAL, **a.g.e.**, s. 400.

²⁴⁷ GAUCH, **a.g.e.**, Rdnr. 756.

III. Bilirkişinin Üçüncü Kişiyeye Karşı Sorumluluğu

Çalışmanın ikinci bölümünde, bilirkişinin raporu ısmarlayan kişi diğere bir ifadeyle, bilirkişilik sözleşmesinin karşı tarafı ile olan sözleşmesel ilişkisi incelenmeye çalışılmıştır. Bu bölümde ise, bilirkişinin bilirkişilik sözleşmesinin tarafı olmayan üçüncü kişilere karşı olan sorumluluğu ele alınacaktır.

Bilirkişilik faaliyetinin amaçlarından biri, iş sahibini uzman olmadığı konularda aydınlatmak ve ona karar vermesi gereken konularda yardımcı olmaktır. Ancak bilirkişilik faaliyetinin amacı bununla sınırlı değildir. Bir bilirkişi raporu ile amaçlanan, iş sahibinin satım, kira vb. bir sözleşme ilişkisine girmek istediği herhangi bir üçüncü kişiyi ikna etmek de olabilir²⁴⁸. Örneğin, kredi almak için bankaya başvuran kişiden ipotek olarak göstereceği gayri menkulün değerinin çoğunlukla bir bilirkişi vasıtasıyla tespit edilmesi istenecektir. Bu nedenle kredi almak isteyen kişi, bankaya sunmak için ihtiyacı olan raporu temin etmek için bir bilirkişi ile temasa geçecektir. Aktedilen bilirkişilik sözleşmesine göre, bilirkişinin borcu objektif olarak söz konusu gayri menkulün değerini tespit etmek olacaktır. Bu örnekte, bilirkişinin sözleşmesel yükümlülük altına girdiği sözleşme tarafı kredi talep eden kişidir. Bilirkişinin kredi tahsis edecek olan banka ile sözleşmesel bir ilişkisi söz konusu değildir. Ancak banka bilirkişinin raporunun doğruluğuna güvenerek krediyi tahsis edecek veya talebi reddedecektir. Bu durumda, bilirkişinin sözleşme ilişkisi bakımından üçüncü bir kişi olan bankaya karşı sorumlu olup olmadığı, sorumlu ise bu sorumluluğun hangi hukuki temele dayandığı bu bölümde ele alınacaktır.

Bilirkişinin üçüncü bir kişiyeye karşı olan sorumluluğu bir sözleşmeye dayanarak ya da sözleşme benzeri ilişkiler yaratarak çözümlenebileceği gibi bilirkişinin haksız fiil sorumluluğu da söz konusu olacaktır.

²⁴⁸ DÖBEREINER/von KEYSERLINGK, a.g.e., s. 21; KILIAN, a.g.e., s. 493.

Bilirkişinin üçüncü kişiye karşı olan sorumluluğu, haksız fiil sorumluluğu dışında iki kavramla açıklanabilir: Bilirkişilik sözleşmesinin üçüncü kişiyi koruyucu etkisi ve bilirkişinin üçüncü kişi olarak c.i.c.den kaynaklanan güven sorumluluğu²⁴⁹. Çalışmada, bilirkişinin haksız fiil sorumluluğu genel hatlarıyla açıklandıktan sonra, özellikle bu iki kavram üzerinde durulacaktır.

A. Bilirkişinin Haksız Fiil Sorumluluğu

Bilirkişinin haksız fiil sorumluluğu, ne Türk Borçlar Kanunu'nda ne de Kıta Avrupa'sı ülkelerinin Borçlar kanunlarında özel olarak düzenlenmiştir. Bunun nedeni, bu kanunların hazırlanıp yürürlüğe sokulduğu dönemlerde, bilim ve teknolojinin günümüzde olduğu kadar gelişmemiş ve bilirkişilik faaliyetlerinin çeşitlenmemiş olmasından kaynaklanmaktadır. Bu açıdan bilirkişinin haksız fiil sorumluluğunun hukuki dayanağı BK m. 41 vd. olmaktadır.

İsviçre hukukunda Alman hukukunun aksine üçüncü kişiye karşı sorumluluk meselesinin ekseriyetle haksız fiil hükmü (m. 41 OR) çerçevesinde çözümlendiği görülmektedir²⁵⁰. Bunun nedeni, m. 41 OR'nin, Alman sorumluluk hukukunun aksine genel bir madde olması, diğer bir ifadeyle § 823 BGB'deki düzenlemenin aksine korunan değerleri teker teker saymamış ve dolayısıyla malvarlığı zararlarını da kapsamına almış olmasıdır²⁵¹.

²⁴⁹ Reinhard DAMM, 'Entwicklungstendenzen der Expertenhaftung', **JZ** 1991, s. 377-381; Bilirkişiler bakımından c.i.c.'den kaynaklanan sorumluluğun uygulama alanı bulması gerektiğini Canaris uzun zamandan beri ifade etmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Claus-Wilhelm CANARIS, 'Die Reichweite der Expertenhaftung gegenüber Dritten', **ZHR** 1999, s. 207 vd.; Claus-Wilhelm CANARIS, 'Schutzwirkungen zugunsten Dritter bei Gegenläufigkeit der Interessen', **JZ** 1995, s. 441 vd.; Claus-Wilhelm CANARIS, 'Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen', **JZ** 2001, s. 499 vd.

²⁵⁰ HIRTE, **a.g.e.**, s. 250.

²⁵¹ § 823 f.1 BGB'ye göre her kim kasten veya ihmal ile bir kimsenin yaşamını, vücut bütünlüğünü, sağlığını, özgürlüğünü, mülkiyetini veya başka bir hakkını hukuka aykırı bir şekilde ihlal ederse bundan doğan zararı tazminle sorumludur. Alman haksız fiil hükümlerine göre, § 823 f.1 BGB bilirkişinin sorumluluğu alanında meydana gelebilecek olan malvarlığı zararları bakımından uygulama alanı bulamayacaktır. Zarar gören kişi, § 823 f.2 BGB'ye dayanarak malvarlığı zararlarını talep edebilir, ancak bu hükme göre sorumluluk zarar gören kişiyi korumaya yönelik bir normun ihlal edilmesi şartına dayanmaktadır. § 823 f.2 BGB bağlamında ihmal sonucu malvarlığı zararlarına ilişkin bir fiili düzenleyen bir koruma normu söz konusu olmadığından ancak kast halinde islenebilen bir suç olan dolandırıcılık (§ 263 StGB) söz konusu olabilir. Ancak birçok olay bakımından

1. Kusura Dayanan Klasik Haksız Fiil Sorumluluğu

Sözleşme dışı kusurlu bir davranışla bir kimseye verilen zararın giderilmesi, kusura dayanan haksız fiil sorumluluğunun konusunu oluşturur²⁵². Sözleşmesel sorumluluktan farklı olarak, zarara uğrayan herhangi bir üçüncü kişi bu hükme dayanarak zararın tazminini talep edebilir. Dolayısıyla zararının haksız fiil hükümlerine göre tazminini talep eden kişi, bilirkişilik sözleşmesi ile hiçbir ilgisi olmayan, ancak rapordan yararlanan herhangi bir üçüncü kişi de olabilir.

Bilirkişinin haksız fiil sorumluluğunun doğması için, zararın varlığı²⁵³, hukuka aykırılık²⁵⁴, fiille zarar arasında uygun illiyet bağı²⁵⁵ ve kusur aranır. Bilirkişilik

bilirkişinin kastı söz konusu olmayacaktır. Alman haksız fiil hükümlerine göre, malvarlığı zararlarına dayanak teşkil eden diğer bir madde de § 826 BGB hükmüdür. Ancak bu madde zararın ahlaka aykırı ve kasten meydana gelmiş olmasını şart koşmaktadır. Bunun için de bilirkişi bakımından iki şartın gerçekleşmesi aranmaktadır: Bilirkişi, herhangi bir üçüncü kişinin raporun doğruluğuna güvenerek hareket edeceğini ve raporundaki verilerin yanlış olabileceğini hesaba katmış olduğu takdirde sorumlu olacaktır. Bkz. Heinz THOMAS, PALANDT, **Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**, 62. Aufl., München 2003, § 826, Rdnr. 25-28. Alman hukukunda, bilirkişinin haksız fiil sorumluluğu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. DÖBEREINER/von KEYSERLINGK, **a.g.e.**, s. 114 vd.; Günter NiBL, **Die Haftung des Experten für Vermögensschäden Dritter – Bedingt durch unrichtige Gutachten- im deutschen, englischen und amerikanischen Recht**, München 1971, s. 93-95.

²⁵²Kemal OĞUZMAN / Turgut ÖZ, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 3. Bası, İstanbul 2000, s. 461 vd., 469 vd.

²⁵³Zarar bir kimsenin malvarlığında rızası dışında meydana gelen azalmadır. Malvarlığının zarar verici fiil olmasa idi bulunacağı durumla fiil sonucu aldığı durum arasındaki fark, zararı teşkil eder. BK m. 41, doğrudan zarar ile dolaylı zarar arasında bir ayırım gözetmemekte ve ikisini aynı sonuca bağlamaktadır. Doğrudan zarar, bir hukuka aykırı fiille maruz kalan kimsenin bu fiil yüzünden kendisinin araya ilave bir sebep girmeden uğradığı zarardır. Dolaylı zarar ise hukuka aykırı fiilin mağdura verdiği doğrudan zarara bağlı olarak ilave bir sebeple mağdurun uğradığı zarardır. Doğrudan zararda, fiille zarar arasındaki illiyet bağı kolayca görülürken, dolaylı zararlardan hangilerinin tazmin edileceği uygun illiyet bağının bulunup bulunmadığını araştırılmasını gerektirir. Öğretide doğrudan zarar ile dolaylı zarar arasındaki sınırın nasıl tespit edileceği konusu çok tartışmalıdır. Bu tartışmalar için bkz. Hans GIGER, **Berner Kommentar**, Obligationenrecht Band VI, 2.Abteilung, 1.Teilband, Die einzelnen Vertragsverhältnisse Art, 184-215 OR., Bern 1979, Art. 195, N. 22 vd.; OĞUZMAN/ÖZ, **a.g.e.**, s. 495, 498-499; KIRCA, **a.g.e.**, s. 9 vd.

²⁵⁴Haksız fiilde hukuka aykırılık unsuru, kanunda tanımlanmadığından en çok tartışılan konulardan biridir. Bugün baskın görüş olan objektif teoriye göre, hukuka aykırılık, zarar gören değeri korumak için hukuk düzeninin yasakladığı bir davranışta bulunmaktır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. OĞUZMAN/ÖZ, **a.g.e.**, s. 474-475; Roland BREHM, **Berner Kommentar**, Obligationenrecht Band VI, 1.Abteilung, 3.Teilband, Allgemeine Bestimmungen und Kommentar zu Art. 41-61 OR, 2. Aufl., Bern 1998, Art. 41, N. 33 vd; KIRCA, **a.g.e.**, s. 13 vd.

²⁵⁵Bir zararla fiil arasında uygun illiyet bağının bulunduğunu kabul edebilmek için hayat tecrübelerine göre olayların normal akışında fiilin bu zararı meydana getirebileceği sonucuna varmak gerekir. Önemli olan failin sonucu öngörebilmesi değil, objektif olarak fiilin o zararı meydana getirebileceğinin olayların normal akışına göre kabul edilmesidir. Bu konu hakkında bkz. Berner Kommentar/BREHM, **a.g.e.**, Art. 41 OR, N. 103 vd.; Anton K SCHNYDER, (Hrsg. HONSELL Heinrich/VOGT Peter/WIEGAND Wolfgang), **Kommentar zum schweizerischen Privatrecht**,

sözleşmeleri bakımından dolaylı zarar söz konusu olacaktır. Zira zarar hatalı olan bilirkişi raporundan ziyade bu rapordaki bilgiye dayanarak yapılmış olan bir davranıştan kaynaklanacaktır²⁵⁶.

Bilirkişi raporundaki bir hatanın hukuka aykırılık olarak nitelendirilmesi zor görünmekle beraber, İsviçre Federal mahkemesi haklı bir güvenin yaratılıp üçüncü kişinin aldatılmasını MK m. 2'ye aykırılık olarak görmüş ve BK m. 41 anlamındaki hukuka aykırılığın gerçekleştiği sonucuna varmıştır²⁵⁷. Ancak hakim görüş, MK m.2'ye aykırılığın tek başına hukuka aykırılık olarak değerlendirilemeyeceği yönündedir²⁵⁸.

Bilirkişinin haksız fiil sorumluluğu bakımından kusurun belirlenmesi büyük bir önem taşımaktadır. Bilirkişinin BK m. 41 vd. anlamında haksız fiil nedeniyle sorumlu tutulabilmesi için kusur unsurunun zarar gören üçüncü kişi açısından nitelendirilmesi gerekir.

Bilirkişiler bakımından genel bir özen yükümlülüğü geliştirilmiştir²⁵⁹. Özen yükümlülüğünün temeli, hukuki ya da ticari alanda menfaat sağlayan kişinin, başkalarının zarara uğramaması için gerekli önlemleri almakla yükümlü olması ilkesine dayandırılmıştır²⁶⁰. Bilirkişinin özen yükümlülüğü, her somut olayın şartlarına göre objektif olarak takdir edilecek bir kavramdır. Örneğin, bir bilirkişi konusunda ne kadar uzman ve tanınıyor ise özen yükümlülüğü de o derece ağır takdir edilir. Bilirkişi, raporunu hazırlama aşamasında azami özeni göstermek

Obligationenrecht I; Art. 1-529 OR, 2. Aufl., Basel 1996, Art. 41, N.16. ATAMER, toplumsal alanda yaşanan gelişmelere koşut olarak sorumluluğun sınırlandırılmasında başvuru kuramlarının yeniden ele alınmasını savunmaktadır. Uygun nedensellik bağı kuramından tamamen vazgeçilmemesini, ancak normun koruma amacının sorumluluk sınırının belirlenmesi açısından önceliği olması gerektiğini ifade etmektedir. Uygun nedensellik bağı kuramının ihtiyaçlara cevap vermektense uzak olduğu görüşü için bkz. Yeşim M. ATAMER, **Haksız Fiillerden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması (Özellikle Uygun Nedensellik Bağı ve Normun Koruma Amacı Kuramları)**, İstanbul 1996, s. 62-69.

²⁵⁶ KUHN, **a.g.e.**, s. 352.

²⁵⁷ BGE 111 II 473 vd. (HOFSTETTER, **a.g.e.**, s. 264); Markus WICK, 'Die Vertrauenshaftung im schweizerischen Recht: Versuch einer kurzen Orientierung nach dem Swissair-Entscheid', **AJP**, 1995, s. 1280; KUHN, **a.e.**, s. 353.

²⁵⁸ Görüşler için bkz. Berner Kommentar/BREHM, **a.g.e.**, Art. 41 OR, N. 53 a; WICK, **a.e.**, s. 1280.

²⁵⁹ DÖBEREINER/von KEYSELINGK, **a.g.e.**, s. 29; HIRTE, **a.e.**, s. 250.

²⁶⁰ Kommentar zum schweizerischen Privatrecht/SCHNYDER, **a.g.e.**, Art. 41, N. 38.

yükümlülüğü altındadır. Bu konuda sanayi ve ticaret odalarının bilirkişi yönetmelikleri yol gösterici bir işlev oluşturabilirler²⁶¹.

Bilirkişiden beklenen, raporunu günün bilim ve teknolojik düzeyini göz önüne alarak hazırlaması ve yazmasıdır²⁶². Ancak raporun hazırlanması aşamasında bilim ve tekniğin tüm imkanları seferber edilmiş ama buna rağmen daha sonra raporun gerçeği yansıtmadığı tespit edilmişse, bu artık öngörülemeyen bir hata olarak kabul edilir. Bu durumda bilirkişinin özen yükümlülüğüne aykırı davrandığından söz edilemez ve bilirkişinin kusuru söz konusu olmadığından haksız fiil sorumluluğuna da gidilemez. Buna karşılık, raporun gerçeği yansıtmadığı raporun yazıldığı sırada günün bilgi düzeyi uyarınca öngörülebiliyor ise bilirkişi bu hatasından dolayı haksız fiil hükümleri uyarınca sorumludur. Zira kendisinden beklenen özen yükümlülüğüne aykırı davrandığı kabul edilir.

Bilirkişi, raporunu hazırlama aşamasında birçok veriye ihtiyaç duyacaktır, kendisine verilen bilgilerin eksik veya yetersiz olması ve tamamlanamaması durumunda bunu raporuna yansıtmalıdır. Aksi takdirde, genel özen yükümlülüğüne aykırı davrandığı kabul edilir. Bilirkişiden beklenen özen yükümlülüğü, raporunun temelini teşkil eden verilerin kontrollerinin özenli bir şekilde yapılmasını da gerektirir. Böylece hataların rapora yansımadan tespit edilebilmesi imkanı olacaktır. Bunun yanı sıra, bilirkişi çalışanlarını seçerken, onlara talimat verirken ve onları denetlerken gereken özeni göstermekle mükelleftir. Ayrıca bilirkişi çalışma ortamını öyle bir organize etmelidir ki hatalı raporlar ortaya çıkmasın. Bilirkişiler günümüzde faaliyetleri dolayısıyla yüksek maddi çıkar sağlamaktadırlar, dolayısıyla bilirkişi raporundan kaynaklanabilecek zararların önüne geçmek amacıyla tüm önlemleri alma yükümlüne bağlı tutulmalıdırlar.

Bilirkişinin kusuru tespit edilirken, rapordaki hatalı bilgiye güvenerek hareket eden üçüncü kişinin meydana gelen zarardaki kusuru da incelenir. Üçüncü kişinin rapora güvenmekte kusurlu olması durumunda bilirkişinin tüm zararı karşılaması

²⁶¹ DÖBEREINER/von KEYSELINGK, **a.g.e.**, s. 30-31.

²⁶² DÖBEREINER/von KEYSELINGK, **a.e.**, s. 41.

gerekmediği, somut olayın şartlarına göre zarara kısmen katlanması gerektiği belirtilmiştir²⁶³.

2. Haksız Fiil Sorumluluğunun Yetersizliği

İsviçre ve Türk hukukunda hakim olan objektif hukuka aykırılık teorisi, saf malvarlığı zararları bakımından hukuka aykırılığın söz konusu olması için bu değerleri koruma amacı güden bir normun ihlal edilmesini aramaktadır²⁶⁴. Bilgi vermeden dolayı üçüncü kişilerin uğradıkları zararların tazminini öngören koruma normları sadece istisnai bazı düzenlemelerde yer aldığından²⁶⁵ BK m. 41 f.1 zarara uğrayan üçüncü kişi bakımından elverişli bir koruma sağlamamaktadır.

Zarara uğrayan üçüncü kişilerin saf malvarlığı zararları BK m. 41 f. 2 hükmüne göre tazmin edilebilir²⁶⁶. Ancak ahlaka aykırı bir şekilde kasıtlı davranış arayan BK m. 41 f.2 hükmü bilirkişinin sorumluluğu açısından elverişli değildir. Zira bilirkişinin üçüncü kişiye karşı sorumluluğu kural olarak ihmalden kaynaklanacaktır.

Bunun yanı sıra, bilirkişinin sorumluluğu bakımından zarar gören kişinin BK m. 41'e dayanması halinde ispat yükü kendi üzerinde olacaktır. Buna göre, zarar gören kişi, fiilin hukuka aykırılığını, zararını, zarar ve fiil arasındaki uygun nedensellik bağının yanı sıra bilirkişinin kusurlu olduğunu da ispat etmek zorundadır. Böylesi bir ispatın zarar gören kişi bakımından ne kadar zor olduğu hatta bazen imkansız dahi olduğu takdir edilebilir.

²⁶³ KUHN, **a.g.e.**, s. 354; DÖBEREINER/von KEYSERLINGK, **a.e.**, s. 129.

²⁶⁴ Berner Kommentar/BREHM, **a.g.e.**, Art. 41 N. 36; OĞUZMAN/ÖZ, **a.g.e.**, s. 476. Alman hukukunda ise BGB § 823 f.2 bunu açıkça öngörmektedir.

²⁶⁵ Örneğin, SPK m.16'da yer alan bağımsız denetim kuruluşlarının sorumluluğunu düzenleyen norm, anonim ortaklık denetçilerinin sorumluluğunu öngören TTK'daki düzenlemeler, yeminli mali müşavirlerin sorumluluğunu düzenleyen Vergi kanundaki normlar. Bu normların koruma normu olup olmadıkları konusundaki tartışmalar ve ayrıntılı bilgi için bkz. KIRCA, **a.g.e.**, s. 21 vd.

²⁶⁶ SEROZAN, **a.g.e.**, s. 213 ve 244; İsviçre hukukunda bilirkişinin üçüncü kişiye karşı olan sorumluluğunun hukuki dayanağının OR m. 41 f.2 olduğu hakkında bkz. HONSELL, **a.g.e.**, s. 281 (Özel Hükümler); WICK, **a.g.e.**, s. 1281 vd.

Alman hukukunda da, haksız fiile dayanan bir talebin varlığı halinde ispat yükü zarar görenin üzerindedir²⁶⁷. Ancak Alman yüksek mahkemesi, bazı durumlarda bu ispat kuralını zarar gören lehine değiştirmiştir²⁶⁸. Bilirkişinin sorumluluğu alanında ise ispat yükünün zarar gören lehine değiştirilmesini kabul etmemekle beraber, zarar görenin ispat yükünü kolaylaştırmaktadır (Anscheinsbeweis)²⁶⁹.

İmalatçının sorumluluğu alanında ispat yükünün yer değiştirilmesini kabul etmeyen Türk mahkemelerinin bilirkişinin sorumluluğu alanında farklı bir uygulamada bulunacaklarını düşünmemekteyim. Gerçi tazminatın miktarını tayin bakımından BK m. 42 f. 2 hakime bir takdir yetkisi vermektedir. Ancak bu madde sadece bir ispat kolaylığı sağlamakta, ispat yükünü tümünden zarar görenin üzerinden almamaktadır.

B. Bilirkişinin Sözleşmesel ve Sözleşme Benzeri Sorumluluğu

Bir sözleşme ilişkisi, belirli kişiler arasında kurulmuş özel bir ilişki olduğundan kural olarak borç ilişkisinin nisbiliği ilkesi geçerlidir²⁷⁰. Bundan dolayı, asıl borçlar olduğu kadar yan borçlar da sadece bu ilişkinin tarafları arasında söz konusu olmaktadır. Sözleşmesel talep hakları ancak bu kişiler arasında ileri sürülebilir. Taraflar dışındaki üçüncü kişiler ise kural olarak sadece haksız fiil hükümlerine başvurabilirler.

²⁶⁷ DÖBEREINER/von KEYSERLINGK, **a.g.e.**, s. 120.

²⁶⁸ Alman hukukunda, imalatçının sorumluluğu alanında, Tavuk vebası (Hühnerpest) adlı dava ile (BGH NJW 1969, 269 vd.) kusuru ispat yükü yer değiştirmiş, zarar gören kişinin üründeki hatayı ve zararı ispatlamasına karar verilmiştir. Bu ve bunu takip eden birçok kararda imalatçı bakımından bir kusur karinesi kabul edilmiştir. Bundan böyle imalatçı, hem kendisinin hem de üretim sürecinde ürün ile temas eden tüm müstahdemlerinin özen yükümlülüğünün gereklerine uygun bir şekilde hareket ettiklerini ispatlamakla yükümlüdür. (THOMAS/PALANDT, **a.g.e.**, § 823, Rdnr. 219).

²⁶⁹ DÖBEREINER/von KEYSERLINGK, **a.g.e.**, s. 121.

²⁷⁰ Borç ilişkisinin nisbiliği ilkesinin sonuçları hakkında bkz. Yeşim M. ATAMER, 'Üçüncü Kişinin Uğradığı Zararın Sözleşmesel Sorumluluk Kurallarına Göre Tazmini', **YD** 1996, C. XXII, S 1-2, s. 99-100; KIRCA, **a.g.e.**, s. 32- 35. Nisbilik ilkesini aşmak için Alman hukukunda getirilen çözümler için bkz. ATAMER, **a.e.**, s. 108-112 (ATAMER, **YD** 1996).

Hukuk düzenlerine bakıldığında sözleşmesel sorumluluğun şartlarının haksız fiil sorumluluğuna nazaran daha sert olduğu görülmektedir. Kanun koyucunun aralarında bir sözleşme ilişkisi bulunan kişileri daha ağır bir sorumluluk rejimine tabii tutmasının nedeni, taraflar arasında haksız fiilde olduğu gibi tesadüfi bir ilişkinin değil, özel bir ilişkinin olmasıdır²⁷¹. Bundan dolayı, BK m. 96'ya göre sözleşmeye aykırılık halinde borçlu bakımından kusur karinesi geçerlidir ve borçlu kusursuzluğunu ispat etmek durumundadır. Buna karşılık, BK m. 41 uyarınca kusuru ispat yükü iddia eden tarafın üstündedir. Aynı şekilde, yardımcı şahısların fiillerinden dolayı sorumluluk bakımından BK m. 100, BK m.55'e nazaran daha ağır şartlar öngörmektedir. Bunun yanı sıra, iki sorumluluk rejimi arasında zamanaşımı süreleri bakımından farklılıklar mevcuttur²⁷². İsviçre ve Türk hukukunda hakim olan objektif hukuka aykırılık teorisine göre, saf malvarlığı zararlarının tazmini BK m. 41 f.1'e göre kural olarak mümkün değildir. Halbuki sözleşme sorumluluğunda saf malvarlığı zararlarının tazmini bakımından koruma normunun ihlal edilme şartı aranmamaktadır²⁷³.

Gerek içtihat gerekse doktrin çok uzun zamandan beri sözleşme ilişkisinin tarafı olmayan üçüncü kişilerin belirli şartların varlığı halinde sözleşmesel korumadan yararlanabileceği konusunda görüş birliği içerisindedirler²⁷⁴. Özellikle kusuru ispat yükünü tersine çevirmek (BK m. 96), daha uzun zamanaşımı süresine tâbi olmak (BK m. 125), yardımcı kişinin fiilinden dolayı borçluyu kurtuluş kanıtı getiremeyeceği şekilde kusursuz sorumlu tutabilmek gibi (BK m.100), sözleşmeye aykırılık halinde zarar gören kişinin haksız fiilden zarar görenle kıyaslandığında daha elverişli konumda olması gerçeği sözleşmesel sorumluluğun sınırlarının genişletilmesine neden olmuştur

²⁷¹ SEROZAN, s. 212; KIRCA, **a.e.**, s. 35.

²⁷² Alman BGB yönünden bir farka değinmek gerekir. Alman Medeni Kanunundaki değişiklikten sonra sözleşmesel sorumluluk ile haksız fiil sorumluluğundan doğan taleplerin zamanaşımı süreleri açısından var olan farklılık ortadan kaldırılmıştır.

²⁷³ KIRCA, **a.g.e.**, s. 36.

²⁷⁴ ATAMER, **a.g.e.**, s. 101-106 (YD 1996); Hans BROX, / Wolf-Dietrich WALKER, **Allgemeines Schuldrecht**, 29. Aufl., Verlag C.H. Beck, München 2003, s. 351-352.

Bilirkişi raporu nedeniyle zarara uğrayan üçüncü kişinin bilirkişiye karşı sözleşmesel hakları olup olmadığı tartışılmış ve bilirkişinin sorumluluğuna çeşitli sözleşmesel veya sözleşme benzeri yollarla hukuki geçerlilik tanınmaya çalışılmıştır²⁷⁵. Bu tartışmalar, özellikle Alman hukukunda çeşitli hukuki kurumların yaratılması yoluyla önem kazanmıştır. Buna karşılık, İsviçre hukukunun sözleşmesel çözümler konusunda çekimser olduğu gözlemlenmektedir²⁷⁶.

1. Bilgi ve Tavsiye Verilmesinden Ötürü Sorumluluk

Bilirkişi raporlarında belirli bir konuda bilgi verilmesi hususu, Alman doktrininde bilirkişinin sorumluluğunun § 675 BGB çerçevesinde tartışılmasına sebep olmuştur. § 675 f. 2 BGB, başlı başına bir tavsiyenin tazminat sorumluluğu doğurmayacağını açıkça düzenlemiştir. Bu hüküm, Roma hukukundan kaynaklanan bir düşünceye dayanmaktadır: Sadece müvekkilin menfaatinin söz konusu olduğu işler bağlayıcı değildir (mandatum tua gratia)²⁷⁷. Bu kanun hükmü, aslında çok olağan bir durumu düzenlemektedir. Her kim kendi menfaati olmadan bir başkasına bir tavsiyede bulunursa (örneğin belirli bir yolu kullanması veya belirli bir malı satın alması konusunda) diğer tarafın mutlaka bu tavsiye yönünde karar vermesini beklememekte, diğer tarafı tavsiyeyi uygulama borcu altına sokmamaktadır²⁷⁸.

§ 675 BGB'ye göre, bir sözleşme ilişkisinden kaynaklanan sorumluluk ve haksız fiil sorumluluğu saklı kalmak üzere, bir kişi verdiği bir tavsiyenin veya bilginin uygulanması sonucu diğer bir kişide meydana gelen zararı karşılamakla yükümlü değildir. Kanun koyucu bu hüküm ile - bilgi verme olgusunun bir sözleşmenin konusu olması hali istisna olmak üzere - bilgi verilmesi olgusunun açıkça hukuki bir

²⁷⁵ DAMM, **a.g.e.**, s. 375 vd. Bilirkişinin üçüncü kişiye karşı sorumluluğu alanında üçüncü kişinin zararının tazmini (Drittschadensliquidation) kurumu uygulama alanı bulamayacaktır, çünkü burada tesadüf sonucu meydana gelen bir zarar yığılması söz konusu değildir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. NIESSL, **a.g.e.**, s. 101-109.

²⁷⁶ HOFSTETTER, **a.g.e.**, s. 262; HIRTE, **a.g.e.**, s. 250.

²⁷⁷ Peter W. HEERMANN, **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**, Schuldrecht Besonderer Teil II, Band 4, §§ 611-704, 4. Aufl., München 2005, § 675 BGB, Rdnr. 110; MEDICUS, **a.g.e.**, s. 199.

²⁷⁸ DÖBEREINER/von KEYSERLINGK, **a.g.e.**, s. 135; KUHN, **a.g.e.**, s. 346; GAUCH, **a.g.e.**, Rdnr. 35.

niteliği olmadığını ve dolayısıyla tek başına bir sorumluluk nedeni olmayacağını düzenlemiştir²⁷⁹.

İsviçre ve Türk hukuku, yanlış bir tavsiyeden ötürü sorumluluk sorununu özel olarak düzenlemediğinden, bu konuda borçlar hukukunun genel hükümlerinden ve MK m. 1 hükmünden yararlanılmıştır²⁸⁰. Borçlanma iradesi olmaksızın hatır için ve bir hukuki ilişki kurmak iradesi olmaksızın bedava ve sorumluluk yüklenilmeksizin ya da istenilmeden mütalaa veya tavsiye vermeler dolayısıyla bir vekalet ilişkisinin doğduğunun kabul edilemeyeceği ifade edilmiştir²⁸¹.

2. Bilirkişi ile Üçüncü Kişi Arasında Sözleşme (Auskunftsvertrag)

Zarar gören kişinin bilirkişiye karşı sözleşmesel talep haklarını ileri sürebilmesi için bilirkişi ile arasında bir sözleşme ilişkisi olması gerekmektedir. Bundan dolayı, doktrinde üçüncü kişi ile bilirkişi arasında bir sözleşmenin varlığının kabul edilip edilmeyeceği tartışılmıştır. Böyle bir ilişkinin var olduğunu kabul etmek, bilirkişinin raporun sunulacağı üçüncü kişileri çoğunlukla tanımadığı gerçeği de göz önüne alınırsa son derece zor olacaktır²⁸².

Alman mahkemeleri, üçüncü kişi ile bilirkişi arasında şu şartların varlığı halinde zımni olarak kurulmuş bir bilirkişilik sözleşmesinin varlığını, dolayısıyla sözleşmeden doğan sorumluluğu kabul etmişlerdir²⁸³: 1. Verilen bilgi, üçüncü kişi bakımından büyük bir öneme sahip olup üçüncü kişi bu bilgiyi önemli kararlarında ve tasarruflarında dikkate almış olmalıdır. 2. Bilginin, alan için önem taşıdığı ve

²⁷⁹ HEERMANN/MüKo, **a.g.e.**, § 675 BGB, Rdnr. 116.

²⁸⁰ KUHN, **a.g.e.**, s. 347.

²⁸¹ TANDOĞAN, **a.g.e.**, s. 361.

²⁸² Bilirkişinin sorumluluğunun bir sözleşmeye dayanarak çözümlene çabalarının hukuk kurumlarını suni bir şekile zorlayan çabalar oldukları görüşü için bkz. KILIAN, **a.g.e.**, s. 494, Heinrich HONSELL, 'Die Haftung für Gutachten und Auskunft unter besonderer Berücksichtigung von Drittinteressen', **FS für Dieter Medicus zum 70. Geburtstag**, (1999), s. 219; DAMM, **a.g.e.**, s. 375; DÖBEREINER/von KEYSERLINGK, **a.g.e.**, s. 141; HOFSTETTER, **a.g.e.**, s. 265; KIRCA, **a.g.e.**, s. 67.

²⁸³ Bu durumda sözleşmesel bir sorumluluktan değil, sözleşme benzeri bir sorumluluktan bahsedilmesi gerektiği hakkındaki görüş için bkz. DÖBEREINER/von KEYSERLINGK, **a.e.**, s. 66.

malvarlığına ilişkin düzenlemelerde esas alınacağına bilgi veren tarafından öngörülebilir olması gerekmektedir. 3. Bilgiyi veren kişinin uzman olup belirli bir güven uyandırması veya ticari bir menfaatinin olması gerekmektedir²⁸⁴.

Bilirkişinin hazırladığı raporun üçüncü kişi için ısmarlandığını bilmesi yeterli görülmüştür. Bilirkişinin ücretinin kimin tarafından ödendiğinin veya bilirkişinin raporu üçüncü kişiye doğrudan veya dolaylı iletmış olmasının bir önemi olmadığı belirtilmiştir. Bilirkişinin raporundan ötürü zarar gören üçüncü kişiye karşı sözleşmesel sorumluluğun doğması için bilirkişi ile zarar gören kişinin bir sözleşme ilişkisine girme iradesine sahip olmaları dahi beklenmemektedir²⁸⁵.

Alman yargısında altmışlı ve yetmişli yıllarda bilgi vermeden dolayı üçüncü kişiye karşı sorumluluk, zımnen kurulan bilirkişilik sözleşmesine dayanılarak çözülmüştür. Ancak mahkeme daha sonra hukuki işlem öğretisine değinerek zımnen kurulan bir bilirkişilik sözleşmesinin sadece istisnai durumlarda söz konusu olabileceğini karara bağlamıştır²⁸⁶.

İsviçre hukukunda da, üçüncü kişi ile bilgi veren veya belirli bir konuda tavsiyede bulunan kişi - konumuz bakımından bilirkişi - arasında sözleşmesel bir ilişki belirli şartların varlığı halinde kabul edilmektedir²⁸⁷. Bu şartlara örnek olarak şunlar verilebilir: Belirli bir konuda bilgi verme faaliyetinin ticari bir amaçla veya para karşılığı yapılması, bilgi veren kişinin ticari menfaati, uzmanlık alanına ilişkin bir konuda bilgi verilmesi, verilen bilginin üçüncü kişi açısından önemi gibi.

İsviçre içtihadı, bilgi veren kişinin hukuki iradesinin bağlayıcı olup olmadığını tespit ederken uzun bir süre sadece iki kriter üzerinde durmuştur. Buna göre, bilgi veren kişinin bu işi meslek icabı, ticari bir amaçla veya bir para karşılığı yapması gerektiği ifade edilmiştir. İsviçre Federal Mahkemesi, bu kriterlerden birinin varlığını tespit

²⁸⁴ KIRCA, **a.g.e.**, s. 63; Kararlar için bkz. RGZ 52, 365; BGHZ 7, 371, BGH WM 1978, 576; BGHZ 74, 103=JZ 1979, 438; BGH WM 1985, 450=JZ 1985, 951; BGH NJW 1979, 1595; BGHZ 100, 117=JZ 1987, 720 (HEERMANN/MüKo, **a.g.e.**, § 675 BGB, Rdnr. 122).

²⁸⁵ WELLMANN, **a.g.e.**, s. 28; DAMM, **a.g.e.**, s. 376; KIRCA, **a.g.e.**, s. 64.

²⁸⁶ KIRCA, **a.e.**, s. 64. Karar için bkz. BGH, WM 1978, s. 556 vd.

²⁸⁷ KUHN, **a.g.e.**, s. 348; DÖBEREINER/von KEYSERLINGK, **a.g.e.**, s. 136.

edememesi durumunda sözleşmesel sorumluluğun olmadığına karar vermiştir²⁸⁸. Ancak mahkemenin sözleşmesel sorumluluğun varlığını kabul ederken zamanla başka kriterlerden de yararlanmaya başladığını aşağıdaki örnek göstermektedir:

Bir bilirkişi, telefonda yapılan bir tasvir sonucu Emile Galle'ye ait bulunan bir lambanın fiyatı konusunda bilgi vermiş, ancak sonradan yapılan fiyat tahmininin lambanın gerçek değerinin çok altında olduğu anlaşılmıştır. İsviçre Federal Mahkemesi, bilirkişinin sorumluluğunun hangi esaslara göre belirleneceğini incelemiştir²⁸⁹. Mahkeme, bu davada bilgi verme olgusunu sözleşme ilişkisinin varlığı için yeterli görmüştür. Bu karar ile sözleşme ilişkisinin kurulması için ticari bir amaçla veya bir para karşılığı bilgi verilmesinin şart olmadığı vurgulanmıştır. Sözleşmesel sorumluluğa yol açan öğeler, kişinin bilgi almak için bilgi veren kişinin uzmanlığına güvenmiş olması ve verilen bilginin kişi açısından taşıdığı önemdir. Bu kriterlerin varlığı, mahkemeye konu olan olayda tespit edildiğinden bilirkişinin sözleşmesel sorumluluğu onaylanmıştır.

3. Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme

Alman doktrini, bilirkişinin üçüncü kişiye karşı olan sorumluluğunun hukuki temelini, bilirkişinin iş sahibi ile yaptığı sözleşmeye dayandırarak açıklamaya çalışmıştır²⁹⁰. İş sahibi ile aktedilen bu sözleşmenin bilirkişi ve üçüncü kişi arasında hak ve yükümlülükler doğurması Alman hukukunda uygulamadan doğmuş bir kavram ile açıklanmaya çalışılmıştır²⁹¹: Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme (Vertrag mit Schutzwirkung auf Dritte). Bu kavram, Alman Medeni Kanunu'nda yer almayıp öğretisi ve uygulama tarafından zarar görenin haksız fiil hükümlerine göre

²⁸⁸ KUHN, a.e., s. 348; HOFSTETTER, a.g.e., s. 263.

²⁸⁹ BGE 112 II 347. Vekalet sözleşmesinin varlığının kabul edildiği bu karar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Hans MERZ, 'Die Privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1986', ZBJV 1988, s. 215-218; HONSELL, a.g.e., s. 280 (Özel Hükümler).

²⁹⁰ DAMM, a.g.e., s. 377.

²⁹¹ Bilirkişinin sözleşmesel sorumluluğuna bir an için üçüncü kişi yararına sözleşme ile ulaşılabilir ulaşamayacağı düşünülebilir, ancak bunun için bilirkişinin ifayı üçüncü kişinin talep edeceğini açıkça kabul etmesi gerekir ki bu günlük hayatta pek ihtimal dahilinde değildir.

daha elverişli olan borca aykırılık hükümlerinden yararlanması amacıyla geliştirilmiştir²⁹².

Türk hukukunda, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kavramı kabul edilmiş ve hukuki temeli MK m. 2 esas alınarak edim yükümünden bağımsız borç ilişkisine dayandırılmıştır²⁹³. Alman hukukunun ortaya attığı üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kavramı İsviçre hukuk doktrinde tartışmalıdır²⁹⁴. Bir görüşe göre, Alman hukukunun bu kavrama dayandığı olaylar aslında haksız fiil sorumluluğunun konusunu oluşturmaktadır. Sözleşmesel sorumluluğun sözleşme ilişkisine yabancı üçüncü kişiler bakımından genişletilmesi yerine haksız fiil hükümlerinin somut olayın şartlarına göre yorumlanmasının amaca daha uygun olduğu belirtilmiştir. Örneğin, OR m. 55 hükmüne göre sorumluluktan kurtulma şartlarının ağırlaştırılması önerilmiştir²⁹⁵. Buna karşılık, İsviçre doktrinindeki hakim görüş üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmeyi savunmaktadır. Ancak İsviçre Federal Mahkemesinin bu kurumu kabul eden bir kararı bulunmamaktadır²⁹⁶.

Çalışmanın bu bölümünde, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kavramının bilirkişinin üçüncü kişiye karşı olan sorumluluğu bakımından tatmin edici bir çözüm olup olmadığı tespit edilmeye çalışılacaktır. Ancak öncelikle bu kavramın hukuki dayanağı, gelişimi ve Alman içtihadı tarafından geliştirilen şartları üzerinde kısaca durulacaktır.

²⁹² Peter GOTTWALD, **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**, Schuldrecht Allgemeiner Teil, Band 2 a, §§ 241-432, 4. Aufl., München 2003, § 328, Rdnr. 96 vd.; Walter BAYER, 'Vertraglicher Drittschutz', **JuS** 1996, s. 473 vd.; ATAMER, **a.g.e.**, s. 108-110, 112 (YD 1996).

²⁹³ Yargıtayın üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmeyi kabul ettiği karar için bkz. HGK, 6.5.1992, E. 13-213, K. 1992/315 (YKD 1992, C. 18, S. 8, s. 1176 vd.). Bu karar hakkında bilgi için bkz. ATAMER, **a.e.**, s. 99 (YD 1996).

²⁹⁴ Çeşitli görüşler için bkz. Peter GAUCH/Walter R SCHLUEP/Jörg SCHMID/Heinz REY, **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil**, Band 1-2, 8. Aufl., Zürich 2003, Rdnr. 4048.

²⁹⁵ INGEBORG SCHWENZER, **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil**, 3. Aufl., Bern 2003, s. 470.

²⁹⁶ KIRCA, **a.g.e.**, s. 105.

a. Hukuki Dayanak

Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kavramının hukuki dayanağı konusu tartışmalıdır²⁹⁷. Mahkemeler ilk zamanlar bu kavramı, kanunda düzenlenmiş olan üçüncü kişi yararına sözleşme temelleri üzerine oturtmuşlardır²⁹⁸. Ancak daha sonra bu sözleşme türünün üçüncü kişiyi koruyucu sözleşmeden farklı olduğu ve bu kavrama uygulanamayacağı konusunda görüş birliğine varılmıştır. Üçüncü kişinin yararına sözleşmede, taraflar borcun üçüncü kişiye ifa edileceğini kararlaştırırlar ve üçüncü kişinin borcun ifasını şahsen talep etme yetkisi söz konusudur (BK m. 111). Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmede ise durum farklıdır. Zira borçlunun üçüncü kişiye karşı olan borcu bir ifa borcu değil bir özen yükümlülüğü (Schutzpflichten) borcu olmaktadır²⁹⁹.

Özen yükümlülüğü ile kastedilen, tarafların sözleşme ilişkisinden doğan borçlarını ifa ederken birbirlerinin haklarını, hukuki varlıklarını ve menfaatlerini dikkate almalarıdır. Taraflar arasındaki bu yükümlülük, sözleşme aktedilmeden önceki dönemde de söz konusudur. Bazı olaylar bakımından özen yükümlülüğünün üçüncü kişiyi kapsayacak şekilde genişletilmesi sözleşmenin tamamlayıcı şekilde yorumlanması sonucu söz konusu olmaktadır³⁰⁰. Bu çalışmada incelenen olaylar da göstermektedir ki bu kavram daha sonra mahkemeler tarafından dürüstlük kuralına dayanarak geliştirilmiş kendine özgü bir kavram niteliğini kazanmıştır. Üçüncü kişi ile sözleşmesel bir ilişkisi olmayan kişiler arasında özen yükümlülüğüne ilişkin bir borç ilişkisi kurulmuştur³⁰¹.

²⁹⁷ GOTTWALD/MüKo, **a.g.e.**, § 328, Rdnr. 101; BROX/WALKER, **a.g.e.**, s. 353. Bu kurumun hukuki temeline ilişkin görüşler için bkz. KIRCA, **a.e.**, s. 84-102.

²⁹⁸ KIRCA, **a.e.**, s. 73. Bu kurumun üçüncü kişi yararına sözleşmenin bir başka çeşidi olduğu konusunda bkz. NIESSL, **a.g.e.**, s. 111.

²⁹⁹ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, **a.g.e.**, Rdnr. 4141.

³⁰⁰ GOTTWALD/MüKo, **a.g.e.**, § 328, Rdnr. 107; Markus FINN, 'Zur Haftung des Sachverständigen für fehlerhafte Wertgutachten gegenüber Dritten', **NJW** 2004, s. 3752.

³⁰¹ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, **a.g.e.**, Rdnr. 4144.

b. Gelişimi

İki sorumluluk rejimi arasındaki farklardan ötürü Alman mahkemeleri pek çok olayda, sözleşme tarafı olmayan üçüncü bir kişiyi sözleşme ilişkisine dahil etme çabası içinde olmuşlardır. Özellikle kira sözleşmeleri bu kurumun ana çekirdeğini oluşturmuştur. Kira sözleşmesinin genellikle aile büyüğü ile ev sahibi arasında imzalandığı, ancak kiracının eve aile fertleri ile beraber taşındığı ve onlarla beraber oturduğu bilinmektedir. Örneğin, mahkeme önüne gelen bir olayda, ev sahibinin ihmali sonucu evi dezenfekte etmemesi nedeniyle kiracının kızı tüberküloz nedeniyle hastalanmıştır. Bu olayda, kiracının kızının ev sahibine karşı doğrudan bir sözleşmesel talep hakkı olup olmadığı sorunu ile karşılaşmıştır³⁰². Kiracının kızının ev sahibine karşı sözleşmeden kaynaklanan ana borcun ifasını talep etme yetkisi olmadığından üçüncü kişi yararına sözleşme reddedilmiştir. Mahkeme, ev sahibinin sadece sözleşme tarafı olan aile büyüğüne karşı değil, aile fertlerine karşı da bir özen yükümlülüğü olduğunu kabul etmiştir. Dolayısıyla, evin kızının ev sahibine karşı sözleşmeden kaynaklanan bir tazminat talebi olduğu belirtilmiştir. Mahkeme, bu kararı ile evin kızını ev sahibi ile kiracı arasında var olan sözleşmesel ilişkinin koruyucu etkisi altına almıştır. Kararın gerekçesinde, sözleşme tarafı olan kiracı ile aynı evde yaşayan aile fertlerinin ayrı sorumluluk rejimine tabii olmalarının hakkaniyete aykırı olduğuna dikkat çekilmiştir³⁰³.

Kira sözleşmelerinin belirli şartların varlığı halinde sözleşme tarafı olmayan üçüncü kişileri de koruma altına alabileceği Alman mahkemeleri tarafından kabul edildikten sonra, içtihat daha da gelişmiştir³⁰⁴. İctihadın gelişimi bakımından bir adım olan başka bir olayda, alıcı paslanmayı önleyici bir madde satın almış, ancak satıcı bu maddenin dikkatli kullanılması gerektiği, aksi takdirde kolay bir şekilde alev alabileceği konusundaki aydınlatma yükümlülüğünü ihmal etmiştir. Gerekli olan aydınlatılmanın yapılmaması sonucu, somut olayda bizzat alıcı değil alıcının

³⁰² Bu karar için bkz. RGZ 91, 21 (BROX/WALKER, a.g.e., s. 353).

³⁰³ Hiç kuşkusuz zarar gören kişinin ev sahibine karşı haksız fiilden doğan talepleri söz konusudur, ancak yukarıda bu hükümlerin sözleşmeye aykırılık hükümleri ile karşılaştırıldığında zarar gören kişinin aleyhine olduğu ortaya konulmaya çalışılmıştır.

³⁰⁴ BAYER, a.g.e., s. 473 vd.

işletmesinde çalışan üçüncü bir kişi yaralanmıştır. Bu kişinin alıcı ile satıcı arasındaki sözleşmeden kaynaklanan bir talep hakkı olup olmadığı tartışılmıştır³⁰⁵. Bu davada, mahkeme alıcı ile satıcı arasındaki sözleşmeyi yorumlayarak satıcının alıcıya karşı olan özen yükümlülüğünün alıcının işletmesindeki çalışanları da kapsayacak şekilde geniş yorumlamıştır. Satıcının bu yükümlülüğüne aykırı davrandığını ve zarar gören kişinin satım sözleşmesinin tarafı olmamasına rağmen sözleşmesel bir talep hakkı olduğunu kabul etmiştir. Bu davanın önemi, mahkemenin üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kavramını üçüncü kişinin yararına sözleşmeden bağımsız olarak tanımlamış ve bu kavramın şartlarını ortaya koymuş olmasıdır³⁰⁶. Alman mahkemeleri, bu kavramı daha sonra sözleşme öncesi ilişkiler bakımından da kabul etmişlerdir³⁰⁷.

c. Şartlar

Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin uygulanabilmesi için aranan şartlar, Alman Medeni Kanununda düzenlenmemiştir. Borçlunun davranışı yüzünden zarar gören her üçüncü kişinin alacaklı ve borçlu arasındaki sözleşmeye dayanarak tazminat talep etmesinin doğru olmayacağı konusunda görüş birliği vardır³⁰⁸. Aksi takdirde, sözleşmesel sorumluluk ile haksız fiil sorumluluğu arasındaki çizginin tamamen yok olması tehlikesi vardır. Dolayısıyla, sözleşmeden kaynaklanan özen yükümlülüğünün sadece içtihat tarafından geliştirilen belirli şartların varlığı halinde üçüncü kişileri kapsamı söz konusudur. Çalışmanın bu bölümünde, bu şartlar teker teker incelenip bu şartların bilirkişilik sözleşmeleri bakımından uygun olup olmadıkları ortaya konulmaya çalışılacaktır.

³⁰⁵ BGH JZ 1960, 124 (*'Capuzol' davası*); Werner LORENZ, 'Die Einbeziehung Dritter in vertragliche Schuldverhältnisse-Grenzen zwischen vertraglicher und deliktischer Haftung', **JZ** 1960, s. 108.

³⁰⁶ LORENZ, **a.e.**, s. 110.

³⁰⁷ *'Gemüseblatt'* davasına (BGHZ 66, 51) konu olan olayda bir kız çocuğu alışveriş etme niyetinde olan annesiyle bir markete gitmiş ve yerdeki salata yaprağına düşüp yaralanmıştır. Mahkeme, anne ile market sahibi arasında c.i.c.'den kaynaklanan sözleşme öncesi özen yükümlülüğünün kız çocuğunu da kapsadığına karar vermiştir. Bu dava hakkında daha geniş bilgi için bkz. Gerhard HOHLOCH, 'Vorvertragliche Haftung nach culpa-in-contrahendo-Grundsätzen auch zugunsten Dritter? –BGHZ 66, 51', **JuS** 1977, s. 302 vd.

³⁰⁸ BROX/WALKER, **a.g.e.**, s. 354.

(1) Edime Yakınlık (Leistungsnähe)

Üçüncü kişinin borçlunun özen yükümlülüğüne aykırı davranmasının yol açacağı tehlikelere tıpkı alıcı gibi açık olması gerekmektedir. Örneğin, bir kira sözleşmesinin tehlike alanına kiracı ile aynı evi paylaşan kişilerin dahil olduğu kabul edilmektedir. Kiracının kendisiyle beraber yaşayan çocukları bakımından ifa yakınlığı kabul edilirken, çocukların eve ziyaret amacıyla gelen arkadaşları bakımından kabul edilmemektedir³⁰⁹.

Üçüncü kişinin sözleşmeden kaynaklanabilecek tehlikelere açık olması için sözleşme konusu ifa ile bir temasa geçmiş olması gerekir³¹⁰. Söz konusu ilişki, genellikle sözleşmenin alıcısı vasıtasıyla gerçekleşmektedir. Örneğin, bir işçi işverenin satın almış olduğu mallar ile işveren vasıtasıyla temasa geçmektedir. Zira işçi, işveren ile arasındaki sözleşme gereği satın alınan malları açma ve işleme görevini üstlenmiştir. Bilirkişilik sözleşmeleri bakımından da raporu üçüncü kişiye genellikle raporu ısmarlayan kişi sunacaktır. Böylece üçüncü kişi bilirkişilik sözleşmesinin konusu olan raporla temasa geçmiş olacaktır.

(2) Alıcıya Yakınlık (Gläubignähe)

Sözleşme tarafı olan alıcının üçüncü kişinin korunması yönünde şahsi ve haklı bir menfaati olmalıdır. Bunun için de üçüncü kişinin sözleşmenin tarafı olan alıcı ile belirli bir ilişkisi olması gerekmektedir. Bu şart, içtihadı uzun süre meşgul etmiştir. Zira bu şart sözleşmesel sorumluluğun herkes için geçerli olmasını engellemekte ve bir süzgeç fonksiyonu görmektedir³¹¹.

Mahkeme, alıcı yakınlığını, alıcının üçüncü kişiye karşı bir koruma ve destek olma mükellefiyeti (Wohl und Wehe) olduğu durumlarda kabul etmiştir. Yukarıda örnek

³⁰⁹ GOTTWALD/MüKo, a.g.e., § 328, Rdnr. 110; BROX/WALKER, a.e., s. 354.

³¹⁰ Sözleşme konusu ifa ile yetkisi olmadan temas etmiş üçüncü kişiler koruyucu etki altına girmemektedirler. Örneğin, hırsızlık amacı ile bir iş yerine giren kişilerin mallardan zarar görmesi gibi.

³¹¹ BAYER, a.g.e., s. 475.

verilen davalar göz önüne alındığında, anne babanın çocuklarına veya bir işverenin işçilerine karşı böyle bir yükümlülüğü olduğu açıktır. Ancak koruma ve destek olma mükellefiyeti olarak tanımlanan bu kriterin birçok olay açısından yeterli olmadığı ortaya çıkmıştır³¹². Özellikle üçüncü kişinin vücut bütünlüğünün veya sağlığının değil de, malvarlığı değerlerinin zarar görmesi durumunda mahkemeler bu kriter ile çalışmamaya başlamıştır. Bunun üzerine, mahkemeler bu şartı zamanla geliştirmişlerdir, ancak bu durum doktrinde büyük tartışmaları da beraberinde getirmiştir. Doktrinde, bu kriterin genişletilmesinin sözleşmesel sorumluluğun sınırlarının yok olması anlamına geleceği endişesini dile getirilmiştir³¹³.

Alman mahkemeleri, alıcıya yakınlık kriterine ilk defa Testamentsfall³¹⁴ davasında ayrı bir tanımlama getirmişlerdir³¹⁵. Söz konusu olayda mirasçı, avukatının kusuru nedeniyle torunu lehine bir vasiyetname hazırlayamadan vefat etmiştir. Mirasçının torununun, avukat ile vefat eden kişi arasında aktedilmiş olan sözleşmenin koruyucu etkisinde olduğu, dolayısıyla torunun avukatın kusuru nedeniyle malvarlığında meydana gelen zarar talebini avukata yöneltebileceğine karar verilmiştir. Bu davada, üçüncü kişiyi koruyucu etkinin kapsamı, üçüncü kişinin korunma ihtiyacı da göz önünde tutularak özellikle sözleşmenin amacına ve üçüncü kişinin sözleşme konusu ifaya olan yakınlığına göre belirlenmeye çalışılmıştır. Söz konusu davada, torunun sözleşme ilişkisine dahil edilmesinin nedeni, vasiyetnamenin aslında onun lehine olmasından ileri gelmektedir³¹⁶.

Bugün, bu şartın özellikle bilirkişilik sözleşmeleri bakımından sözleşmede kararlaştırılan ifadan üçüncü kişinin de eşit derecede yararlanması veya tarafların iradesinin üçüncü kişinin korunması yönünde ipucu vermesi halinde de gerçekleştiği

³¹² GOTTWALD/MüKo, **a.g.e.**, § 328, Rdnr. 111.

³¹³ BAYER, **a.g.e.**, s. 475; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, **a.g.e.**, Rdnr. 4146.

³¹⁴ BGH NJW 1965, 1955.

³¹⁵ BAYER, **a.g.e.**, s. 476. Özellikle imalatçının sorumluluğu alanında BGH, imalatçı ile son alıcı arasındaki ilişkinin alıcıya yakınlık kriterini yerine getirmedigine karar vermiştir. Bu dava için bkz. BGH NJW 1969, 269 vd. Bu karara ve gerekçesine dayananlar, mahkemenin bilirkişilik sözleşmeleri açısından ayrı bir tanımlama getirmesini eleştirmişlerdir. Eleştiriler için bkz. NIESSL, **a.g.e.**, s. 115-119.

³¹⁶ NIESSL, **a.e.**, s. 113. Bu davada üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kavramına başvurmanın yersiz olduğu, avukat ile torun arasında üçüncü kişi yararına bir sözleşme olduğu görüşü için bkz. SCHWENZER, **a.g.e.**, s. 470. BAYER, **a.e.**, s. 476.

kabul edilir. Buna göre mahkeme, bilirkişi raporunun iş sahibi dışında başka bir kişiye sunulacağını bilirkişinin bilmesi durumunda üçüncü kişiye karşı olan sorumluluğunu kabul etmektedir³¹⁷.

(3)Öngörebilirlik (Erkennbarkeit)

Sözleşme borçlusu, koruyucu etkiden faydalanabilecek olan üçüncü kişilerin çerçevesini ve buna bağlı olarak kendi sorumluluk rizikosunu öngörebilmelidir³¹⁸. Bu şart, borçlunun sözleşmenin koruyucu etkisine girebilecek kişilerin isimlerini veya sayılarını tam olarak bilmesi gerektiği anlamına gelmemektedir. Borçlu, geniş de olsa sorumlu olabileceği insan grubunu sınırlandırabilmelidir. Ancak o zaman borçlunun sorumluluk rizikosunu hesaplayıp sigorta ettirme imkanı söz konusu olabilecektir. Yukarıda verilen örneklerde, satıcı kimyasal maddelerin bizzat işveren tarafından değil, işçiler tarafından açılacağını³¹⁹, aynı şekilde avukat hazırlanacak olan vasiyetnamenin torunun lehine olacağını öngörebilecektir³²⁰.

Bilirkişilik sözleşmeleri bakımından öngörülebilirlik kriteri genellikle bilirkişilik faaliyetinin amacı ile yakından ilgilidir. Bilirkişi, raporun hangi amaçla ve kim veya kimler için yazıldığını çoğunlukla bilebilecek konumdadır.

(4)Üçüncü Kişinin Korunma İhtiyacı (Schutzbedürftigkeit)

Bu şart, aslında üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kurumunun varlık nedenini ortaya koymaktadır. Zira sözleşmesel sorumluluğu üçüncü kişilere yaymanın amacı, üçüncü kişinin aksi takdirde haksız fiil hükümleri ile yeterince korunamayacağı endişesidir³²¹.

³¹⁷ BREMER, a.g.e., s. 41; BROX/WALKER, a.g.e., s. 355.

³¹⁸ GOTTWALD/MüKo, a.g.e., § 328, Rdnr. 116.

³¹⁹ BGH JZ 1960, 124 ('Capuzol' davası).

³²⁰ BGH NJW 1965, 1955 ('Testament' davası).

³²¹ GOTTWALD/MüKo, a.g.e., § 328, Rdnr. 117.

Bu kurumun amacı, zarar gören kişiye sözleşmesel talepler yöneltebileceği bir borçlu yaratmaktır, yoksa amaç zarar gören kişi için ek bir borçlu bulmak değildir. Dolayısıyla zarar gören üçüncü kişinin, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kurumuna ikincil derecede başvurması gerekmektedir. Üçüncü kişinin, alacaklıya veya borçluya karşı aynı derecede sözleşmesel bir talebinin olmaması gerekir. Örneğin, alt kiracı kendi kiralayanına karşı sözleşmesel talep hakkı olması durumunda ana kiralayana başvuramayacaktır. Aynı şekilde, borçlu aslında alıcı ile üçüncü kişi arasındaki bir sözleşme ilişkisinde yardımcı şahıs olarak bir ifade bulunmuşsa, zarar gören kişi taleplerini ancak kendi sözleşme tarafına yöneltebilecektir. Önemli olan, sözleşmesel bir talep hakkının var olup olmadığıdır. Üçüncü kişinin icra takibi nedeniyle sözleşmesel talep haklarını ileri sürememesi önem taşımamaktadır³²².

d. Bilirkişinin Sorumluluğunun Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme ile Çözümü

Bilirkişilik sözleşmeleri, kural olarak üçüncü kişiyi koruyucu düzenlemelere yer verilmeden akte dilmektedir. Üçüncü kişilerin bilirkişilik sözleşmesinin koruyucu etkisine girip girmediği meselesi, mahkemelerin yorumuna kalmıştır³²³. Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kavramının bilirkişilik sözleşmeleri açısından tartışılması, Alman yüksek mahkemesinin Dachboden³²⁴ kararı ile olmuştur. Karara konu olayda, taşınmaz maliki taşınmazının değerini tespit için bir bilirkişi görevlendirmiştir. Bilirkişi, yüzeysel bir incelemeden sonra taşınmazın iyi durumda olduğuna ve taşınmazın herhangi bir onarıma ihtiyacı olmadığına dair bir rapor hazırlamıştır. Bu rapora dayanarak taşınmazı satın alan alıcı, sonradan raporun yanlış verilere dayandığını ve taşınmazın çatısının tamamen değişmesi gerektiğini

³²² BGHZ 133, 168 ('Nitrierofen' davası).

³²³ Üçüncü kişi yararına bir şarta bilirkişilik sözleşmesinde istisnaen yer verilebilir. Bu durum, raporu ısmarlayan kişinin raporun sonucu hakkında önceden bilgi sahibi olup raporu özellikle üçüncü kişiyi inandırmak amacıyla istemesi durumunda söz konusu olabilir. Bu konuda bkz. NIESSL, a.g.e., s. 117-119.

³²⁴ BGHZ 127, 378 ('Dachboden' davası)

öğrenmiştir. Mahkeme, bu davada zarar gören alıcının bilirkişiye karşı bilirkişilik sözleşmesinden kaynaklanan bir tazminat talebi olup olmadığını tartışmıştır.

Mahkeme, taşınmazı satın alan alıcının bilirkişilik sözleşmesinin koruyucu etkisine girdiğine ve dolayısıyla bilirkişiye karşı tazminat talebi olduğuna karar vermiştir. Alman içtihadı daha sonraki kararlarında da bilirkişinin sadece sözleşme tarafına karşı değil, üçüncü kişilere karşı da sözleşmesel sorumluluğu olduğunu kabul etmiştir³²⁵.

Bu karar, içtihat tarafından geliştirilen ve yukarıda incelenen dört kriterden biri bakımından önemli bir değişiklik getirmiş ve dolayısıyla doktrinde büyük tartışmalara neden olmuştur³²⁶. Mahkemenin daha önceki kararlarında olabildiğince dar yorumladığı ‘alıcıya yakınlık’ kriteri, bu davada tekrar tanımlanmıştır. Bu karar ile sözleşme tarafı olan kişi ile zarar gören üçüncü kişi arasındaki ilişkinin mutlaka bir koruma ve destek olma ilişkisi olması gerekmediği vurgulanmıştır. Üçüncü kişinin alıcıya yakınlığı tespit edilirken, sözleşme taraflarının iradesi değil, sözleşme ilişkisinden kaynaklanan olağan sosyal menfaatler, üçüncü kişinin hukuki beklentileri ve hakkaniyet kuralları gibi objektif kriterler dikkate alınmıştır³²⁷.

Bilirkişilik sözleşmeleri bakımından dikkat çeken husus, üçüncü kişi ile raporu ısmarlayan kişinin menfaatlerinin genellikle çatışmasıdır. Söz konusu olayda, sözleşme tarafı (satıcı) kendi taşınmazının değerinin raporda yüksek takdir edilmesini memnuniyetle karşılayacaktır. Bilirkişilik sözleşmeleri bakımından üçüncü kişinin alıcıya olan yakınlığı kriterinin tespit edilmesi daha zor olmaktadır. Ancak mahkeme, menfaatlerin aynı yönde olmaması durumunda dahi bir sözleşmenin üçüncü kişiyi koruyucu etkisinden bahsedilebileceğini belirtmiştir³²⁸. Sözleşmenin alıcısı ile üçüncü kişinin menfaatlerinin mutlaka aynı olması gerekli

³²⁵ BAYER, **a.g.e.**, s. 476; CANARIS, **a.g.e.**, s. 209. Bu konudaki kararlar için bkz. BGH, NJW 2004, 3035; BGH NJW 2001, 512; BGH NJW 1998, 1059; BGH NJW 1995, 392; BGH NJW 1984, 355 (GOTTWALD/MüKo, **a.g.e.**, § 328, Rdnr. 138).

³²⁶ CANARIS, **a.g.e.**, s. 441 (JZ 1995) ; BAYER, **a.e.**, s. 474; HONSELL, **a.g.e.**, s. 211; DAMM, **a.g.e.**, s. 377.

³²⁷ BAYER, **a.e.**, s. 476.

³²⁸ KIRCA, **a.g.e.**, s. 83.

değildir. Ayrıca alıcının üçüncü kişinin korunması yönünde bir çıkarının olması da gerekmemektedir³²⁹. Bilirkişilik sözleşmesinin yorumlanması sonucu, üçüncü kişilerin bilirkişi raporunun sonucu ile ilgili oldukları ve bilirkişinin bunun bilincinde olduğu kabul edilmektedir³³⁰.

Alman yüksek mahkemesi, bilirkişi ile raporu elde eden üçüncü kişi arasında başka bir sözleşme ilişkisi bulunmaması halinde hatalı bilirkişi raporundan kaynaklanan sözleşmesel bir sorumluluğun varlığını kabul etmiştir. Bu durumda, bilirkişinin ücretinin üçüncü kişi tarafından ödenmemiş olması önem arz etmemektedir. Önemli olan, bilirkişi raporunun üçüncü bir kişi tarafından da kullanılabilir olmasıdır ki bilirkişi iş sahibinin raporu genellikle üçüncü bir kişiye sunacağını bilmekte veya bilmek durumundadır. Bilirkişinin raporun sunulacağı üçüncü kişileri tanıması veya ismen bilmesi gerekmediği ifade edilmiştir³³¹. Öğretideki eleştirilere rağmen, Alman mahkemeleri bilirkişinin üçüncü kişiye karşı olan sorumluluğunu bilirkişilik sözleşmesinin üçüncü kişiyi koruyucu etkisi ile çözmektedirler³³².

e. Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşmenin Sonuçları

Bilirkişinin üçüncü kişiye karşı olan sorumluluğu, iş sahibi ile bilirkişi arasında aktedilmiş bulunan bilirkişilik sözleşmesinden kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla bu sözleşmenin yorumlanması aşamasında sözleşmede yazılı olarak ifade edilmemiş, ancak tarafların sözlü olarak anlaştıkları hususlar da dikkate alınacaktır. Bu tarz hususların bazı durumlarda üçüncü kişinin aleyhine olabileceği göz ardı edilmemelidir³³³.

³²⁹ BAYER, **a.g.e.**, s. 476.

³³⁰ KILIAN, **a.g.e.**, s. 494

³³¹ BREMER, **a.g.e.**, s. 42; BGH NJW 1995, s. 392; BGH NJW 1987, s. 1760 (KILIAN, **a.g.e.**, s. 494).

³³² Alman yüksek mahkemesinin bilirkişinin üçüncü kişiye karşı sorumluluğu hakkındaki en son kararlarından biri için bkz. NJW 2004, s. 3035 vd. Bu karar hakkındaki eleştiriler için bkz. FINN, **a.g.e.**, s. 3752-3754.

³³³ FINN, **a.e.**, s. 3754.

(1) Borçlunun Def'ileri

Üçüncü kişinin sahip olduğu talep hakkı, alıcı ile borçlu arasında aktedilmiş olan sözleşme ilişkisinden kaynaklandığından, sorumluluğun sınırlarını da bu sözleşme belirleyecektir. Üçüncü kişinin talebi, sözleşme alıcısının hukuki durumundan kaynaklanan şartlara bağlıdır, dolayısıyla üçüncü kişi bu sözleşmeden kaynaklanan def'ilerin kendisine karşı da ileri sürülebileceğini hesaba katmalıdır. Özellikle alıcı ile borçlu arasında geçerli olan kanuni ve sözleşmesel sorumluluk sınırlandırmaları üçüncü kişi bakımından geçerli olacaktır³³⁴.

Üçüncü kişinin hukuki durumu, birlişiklik sözleşmesinin kapsamına alınmasından ötürü daha da kötüleşmemelidir. Bundan dolayı, üçüncü kişinin haksız fiil hükümleri uyarınca sahip olduğu talep hakları saklıdır ve bunlar alıcı ile borçlu arasındaki sözleşmesel sorumluluk sınırlandırmalarından etkilenmeyecektir³³⁵.

Alman doktrininde, sınırlamaların üçüncü kişileri de kapsaması § 334 BGB³³⁶'nin kıyasen uygulanmasına ve dürüstlük kuralına dayandırılmıştır³³⁷. Üçüncü bir kişinin sözleşme tarafı olan kişiye nazaran daha avantajlı bir konumda bulunması dürüstlük kuralına aykırı bulunmuştur. Sorumluluğun sınırlandırılması açısından Alman yüksek mahkemesinin Dachboden adlı kararı bu konuda bir istisna getirmiştir. Bazı sözleşmeler bakımından – örneğin birlişiklik sözleşmeleri- tarafların § 334 BGB'nin uygulanmayacağını kararlaştırmış sayılacağı karara bağlanmıştır. Kararın gerekçesi olarak ise, bu tür sınırlandırmaların söz konusu sözleşmenin ruhuna aykırı olduğu belirtilmiştir³³⁸. Çünkü verilen bilgiye güven, onun yanlışlığına raporun yapılmasını talep eden kişinin kusuru sebep olsa da, birlişikinin karşı tarafa sorumlu olmasından bağımsız olarak önem taşır³³⁹.

³³⁴ GOTTWALD/MüKo, **a.g.e.**, § 328, Rdnr. 168; DÖBEREINER/von KEYSERLINGK, **a.g.e.**, s. 148.

³³⁵ BROX/WALKER, **a.g.e.**, s. 357.

³³⁶ Bu hükme göre borçlunun sözleşmenin diğer tarafına karşı sahip olduğu def'iler üçüncü kişilere karşı da geçerlidir.

³³⁷ BAYER, **a.g.e.**, s. 477.

³³⁸ BAYER, **a.g.e.**, s. 477; Bu kararın eleştirisi için bkz. CANARIS, **a.g.e.**, s. 444 (JZ 1995).

³³⁹ KIRCA, **a.g.e.**, s. 83.

(2) Tazminat

Yukarıdaki şartların gerçekleşmesi durumunda borçlu ile üçüncü kişi arasında sözleşme benzeri bir ilişkinin varlığı kabul edilir. Bu ilişkiden ötürü, borçlunun sözleşmenin diğer tarafı dışında üçüncü kişiye karşı da bir özen yükümlülüğü olduğu kabul edilir. Üçüncü kişi, vücut bütünlüğünün ve/veya ve sağlığının zarara uğraması halinde meydana gelen masraflarını borçludan talep edebilir. Borçlunun tazminat yükümlülüğü, sözleşmesel sorumluluk kurallarına göre belirleneceğinden BK m.100 geçerli olacaktır. Borçlunun BK m. 55 uyarınca sorumluluktan kurtulması söz konusu olmayacaktır.

Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kurumunun çıkış noktası, özen yükümlülükleri olmasına rağmen içtihat bununla sınırlı kalmamıştır. Üçüncü kişinin asli borcun ihlali yüzünden bir zarara uğraması halinde bu zararı da talep edebileceğine karar verilmiştir. Böylece, vücut bütünlüğünde meydana gelen zararlar dışında ifa yerine zararların da talep edilmesi söz konusu olacaktır³⁴⁰. Örneğin, yukarıda ele alınan Testamentsfall³⁴¹ davasında, mirasçı olması gereken kişinin avukata karşı tazminat talebini ileri sürebileceği kabul edilmiştir.

BK m. 98 f. 2'in haksız fiil hükümlerine yaptığı yollama neticesinde, tazminatın indirilmesi ile ilgili olan BK m. 44 hükmü, sözleşme alanında da geçerli olacaktır. Buna göre, üçüncü kişi kendi kusurundan ötürü zarara neden olmuşsa bunun sonuçlarına katlanmak durumundadır. Ancak alıcının kusurları bakımından ikili bir ayrıma gidilmesi gerekir. Alıcının üçüncü kişinin kanuni temsilcisi veya yardımcı şahsı sıfatını haiz olması durumunda alıcının kusuru üçüncü kişiye karşı da hüküm ifade etmelidir. Ancak üçüncü kişinin alıcı ile böyle bir ilişkisinin olmadığı

³⁴⁰ BROX/WALKER, a.g.e., s. 356; NIESSL, a.g.e., s. 112; KIRCA, a.e., s. 75.

³⁴¹ BGH NJW 1965, 1955.

durumlarda, sözleşme tarafı alıcının kusurunun üçüncü kişiye karşı ileri sürülüp sürülemeyeceği doktrinde tartışmalıdır³⁴².

4. Bilirkişinin Yaratılan Güvenden Kaynaklanan Sorumluluğu

Bilirkişinin sorumluluğunun tesisi bakımından değişik yöntemler önerilmiştir. Bunlardan biri de, bilirkişi ile zarar gören kişi üçüncü kişi arasında, sözleşme benzeri bir güven ilişkisinin, yani edim yükümlerinden bağımsız bir sözleşmesel davranış yükümleri ilişkisinin varlığını kabul etmektir³⁴³.

Haksız fiil sorumluluğunun eksiklikleri ve açıkları, sözleşme öncesinde ve ötesinde belirli bir yoğunluk derecesine ulaşmış olan güven ilişkilerinde sözleşmesel edim yükümlerinden bağımsız sözleşme benzeri borç ilişkisinin kabul edilmesine yol açmıştır. Bu sayede sözleşme hükümlerinin söz konusu ilişkiye uygulanması mümkün olmaktadır³⁴⁴.

Bilirkişilerin üçüncü kişiye karşı olan sorumluluklarının güven sorumluluğuna dayandırılıp dayandırılmayacağı konusuna geçmeden önce, güven sorumluluğunun bir alt başlığı olan c.i.c. kurumuna değinmenin yerinde olduğu kanısındayım.

a. Genel Olarak

Alman içtihadı tarafından geliştirilen sözleşme ilişkisi olmadan sözleşmesel sorumluluk öngören c.i.c, Alman borçlar hukukunda çok önemli bir yere sahiptir. Buna göre, özen yükümlülüğünü kapsayan bir borç ilişkisi sözleşme aktedilmeden önceki dönemde de söz konusu olabilmektedir. Böylece, haksız fiil hükümlerinin

³⁴² BROX/WALKER, **a.g.e.**, s. 357.

³⁴³ CANARIS, **a.g.e.**, s. 206 vd.; CANARIS, **a.g.e.**, s. 441 vd. (JZ 1995); CANARIS, **a.g.e.**, s. 499 vd. (JZ 2001); KILIAN, **a.g.e.**, s. 494; WICK, **a.g.e.**, s. 1275; Sözleşmesel sorumluluk ve haksız fiil sorumluluğu dışında sınırları belirsiz bir güven sorumluluğu yaratmanın yerinde olmadığı görüşü için bkz. MERZ, **a.g.e.**, s. 217.

³⁴⁴ SEROZAN, **a.g.e.**, s. 213.

uygulama alanı bulmadığı veya yetersiz kaldığı noktalarda bu kurum vasıtasıyla sözleşmesel sorumluluk rejimi uygulama alanı bulabilmektedir. Örneğin, bir araba satın almak üzere bir galeriye giden A, satın sözleşmesini imzalamadan önce, kendi seçtiği bir araba ile deneme sürüşüne çıkıyor. B'nin yardımcı şahıslarının sebep olduğu bir hata nedeniyle deneme sürüşü sırasında bir kaza meydana geliyor ve A bu kazada ağır derecede yaralanıyor. A'nın BK m. 55 uyarınca galeri sahibi B'ye karşı açtığı davada, B'nin kendi kusursuzluğunu ispat ederek sorumluluktan kurtulması mümkün olabilecektir. Buna karşılık, bu kaza satın sözleşmesinin aktedilmesinden sonra meydana gelmiş olsa idi, B'nin sorumluluğunun temeli BK m. 100 olacaktı. C.i.c'yi hesaba katmazsak, B'nin sorumluluğunun ağırlığı sadece sözleşmenin imzalanması anına bağlı olacaktır ki bu sonuç, hakkaniyete aykırı bulunmuştur. Bu durumda, taraflar arasında sözleşmenin aktedilme zamanından bağımsız olarak özel bir ilişkinin var olduğu kabul edilmiştir³⁴⁵.

Culpa in contrahendo, sadece sağlık ya da mülkiyeti koruma yolundaki davranış yükümüne aykırılıktan ibaret değildir. Malvarlığını arttırma çıkarının ihlali de c.i.c'nin kapsamına dahildir. Sözleşme görüşmelerini gereksiz ve haksız yere kesme, sözleşmenin geçersizliğine yol açma, sözleşmenin kuruluşu sırasında yanlış ya da eksik bilgi vererek elverişsiz koşullarda sözleşme kurdurma da c.i.c. sorumluluğuna yol açabilir³⁴⁶.

b. Hukuki Dayanak

Kısa bir süre öncesine kadar, Alman Medeni Kanununda düzenlenmemiş olan bu kurum, 1.1.2002 tarihindeki kapsamlı Borçlar kanunu değişikliği sırasında § 311 f. 2 BGB hükmünde yerini almıştır. Ancak § 311 f. 2 BGB, c.i.c olarak adlandırılan kurumu ayrıntılı olarak düzenlememiştir. Bu hüküm ile sadece hangi şartların varlığı halinde sözleşme öncesi borç ilişkisinin varlığından bahsedileceği sayılmıştır. Bu

³⁴⁵ BROX/WALKER, a.g.e., s. 61.

³⁴⁶ SEROZAN, a.g.e., s. 215.

borç ilişkisi, tarafları birbirlerinin haklarına, hukuki değerlerine ve menfaatlerine saygı göstermekle yükümlü kılmaktadır (§ 241 II BGB)³⁴⁷.

Bu kurum, Alman hukukunun aksine İsviçre ve Türk hukuklarında kodifiye edilmemiştir. Culpa in contrahendo sorumluluğu İsviçre ve Türk hukukunda sadece kusuruyla hataya düşüp de sözleşmeyi iptal edene, hilede ve ikrahta bulunana ve temsilci kimliğine bürünen yetkisiz temsilciye karşı yasada açıkça öngörülmüştür (BK m. 26, 36 II ve 39). Bu kurumun hukuki niteliği, İsviçre içtihadında ve doktrininde çok tartışılmıştır³⁴⁸. Hukuki dayanak münferit yasal düzenlemelerin yanısıra MK m. 2'nin dürüstlük kuralıdır: güven ilkesidir³⁴⁹.

Günümüzde sözleşme görüşmeleri sırasında tarafların birbirlerine karşı olan sorumluluklarının genel haksız fiil hükümlerine göre özellik arz ettiği ve dolayısıyla c.i.c.'den kaynaklanan bir talebin zamanaşımı, ispat yükü ve yardımcı şahısların sorumluluğu açısından genel haksız fiil hükümlerinden ziyade sözleşmesel sorumluluk hükümlerine dayandırılmasının yerinde olduğu kabul edilmektedir³⁵⁰.

c. Sözleşme Öncesi Borç İlişkisi İçin Gerekli Olan Şartlar

§ 311 f. 2 BGB, hangi şartların varlığı halinde karşılıklı özen yükümlülüğünü içeren bir sözleşme öncesi borç ilişkisinden bahsedilebileceğini düzenlemektedir. Bunun için aynı mekanda bulunmaktan kaynaklanan bir sosyal ilişki tek başına yeterli

³⁴⁷ Volker EMMERICH, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Schuldrecht Allgemeiner Teil, Band 2 a, §§ 241-432, 4. Aufl., München 2003, § 311, Rdnr. 50-194.

³⁴⁸ İsviçre doktrininde, c.i.c'nin haksız fiil sorumluluğu altında değerlendirilmesi gerektiğini savunanlar olduğu kadar, bu kurumun sözleşmesel sorumluluk karakterini savunanlar da vardır. Ayrıca bu kurumun kendine özgü bir sorumluluk rejimi getirdiği de ifade edilmiştir. Bu görüşler için bkz. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, *a.g.e.*, Rdnr. 976 vd.; WICK, *a.g.e.*, s. 1272; SCHWENZER, *a.g.e.*, s. 297. İsviçre Federal Mahkemesi, c.i.c'nin hukuki niteliği hakkında önceleri açık bir görüş beyan etmemeyi tercih etmiştir. Günümüzde ise c.i.c'yi, haksız fiil sorumluluğu ile sözleşmesel sorumluluk arasında üçüncü bir sorumluluk kategorisi olarak kabul edilen güven sorumluluğu kapsamında görmektedir. Bu karar için bkz. BGE 121 III 350 (SCHWENZER, *a.g.e.*, s. 298).

³⁴⁹ SEROZAN, *a.g.e.*, s. 214-215; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, *a.e.*, Rdnr. 948.

³⁵⁰ SCHWENZER, *a.g.e.*, s. 298. İsviçre Federal Mahkemesinin culpa in contrahendo kaynaklanan taleplerin zamanaşımı süreleri konusunda OR m. 60 hükmünü uyguladığı kararları için bkz. BGE 101 II 269; BGE 104 II 94; BGE 108 II 422; BGE 121 III 355 (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, *a.e.*, Rdnr. 971).

sayılmamaktadır. § 311 f. 2 BGB, içtihat tarafından geliştirilen kriterleri somutlaştırmıştır. Buna göre, öncelikle tarafların arasında bir ticari ilişkinin varlığı aranmaktadır ki, bu ilişki üç durumda söz konusu olmaktadır³⁵¹.

(1) Sözleşme Görüşmelerine Başlama

Sözleşme öncesi borç ilişkisi, öncelikle sözleşme görüşmelerinin başlaması ile oluşmaktadır³⁵². Sözleşme görüşmelerinden kaynaklanan bu hukuki ilişki, görüşmelerin tamamen sona ermesi veya görüşmeler sonucu bir sözleşme akdedilmesi ile sona ermektedir. Yukarıda verilen örnekte, A'nın kendi seçtiği bir araba ile deneme sürüşüne çıkması A ve B'nin sözleşme görüşmeleri aşamasında olduklarını göstermektedir.

Sözleşme görüşmeleri sırasında, taraflardan birinin kusurlu olarak sözleşmenin aktedilememesine sebep olması halinde c.i.c.'den kaynaklanan bir talep hakkı söz konusu olmaktadır. Sözleşme görüşmelerine son verilmesi sorumluluk bakımından tek başına yeterli sayılmamaktadır. Sözleşme görüşmelerinin sözleşme akdetme iradesi olmadan sürdürülmesi veya sözleşmenin aktedilmeyeceği hususunun en başından beri kesinlik taşıması halinde c.i.c.'den kaynaklanan bir sorumluluktan bahsedilebilecektir³⁵³.

Bunun yanı sıra, tarafların sözleşme görüşmeleri sırasında birbirlerini aydınlatma ve bilgilendirme yükümlülükleri olduğu kabul edilmektedir. Bu yükümlülüğün kusurlu olarak ihlal edilmesi halinde de c.i.c'den kaynaklanan bir talep hakkı söz konusu olabilecektir³⁵⁴. Örneğin, bir bankanın henüz müşterisi olmayan bir kişiyi bankanın hizmetleri konusunda aydınlatması, değişik yatırım araçları konusunda bilgi vermesi halinde ileride akdedilmesi söz konusu olabilecek bir sözleşme söz konusudur. Bu

³⁵¹ EMMERICH/MüKo, a.g.e., § 311, Rdnr. 65.

³⁵² EMMERICH/MüKo, a.e., § 311, Rdnr. 67.

³⁵³ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, a.g.e., Rdnr. 951.

³⁵⁴ SCHWENZER, a.g.e., s. 296.

durumda banka tarafından yanlış bir bilginin verilmesi c.i.c' ye göre değerlendirilecektir³⁵⁵.

(2) Sözleşme İlişisine Açık Olma (Vertragsanbahnung)

Sözleşme görüşmelerine başlanması şartından daha esnek bir düzenlemeyi içeren bir durumdur. Bir tarafın hukuki işlemsel bir ilişki nedeniyle diğer tarafın haklarını, hukuki değerlerini ve menfaatlerini etkileyebilecek bir durum yaratmasıyla veya bu duruma diğerinin güvenmesiyle oluşan bir sözleşme kurulması sürecini ifade eder. Buna göre, potansiyel müşterilerin sözleşme aktetmek amacı ile bir dükkana girmesi için işletmecinin dükkanını müşteri trafiğine açması yeterlidir. Bu durumda, ilgilinin dükkana adım atmasıyla işletmecinin hakimiyet alanına girdiği kabul edilir³⁵⁶. Ancak bu durum, ilgilinin satım sözleşmesi aktetmek amacı ile dükkana girmesi hali için geçerlidir. Örneğin, bir hırsızın dükkanda satıcının kusuru nedeniyle düşüp yaralanması halinde sözleşme öncesi bir borç ilişkisinden bahsedilemeyecektir³⁵⁷.

(3) Benzer İşlemsel Temaslar

Benzer işlemsel temaslar, ilk iki duruma girmeyen olaylar bakımından getirilmiş ek bir düzenlemedir. Bu durumda, henüz bir sözleşme görüşmesi aşamasına geçilmemiştir. Önemli olan, bir sözleşme aktetme veya karşı tarafla ile ticari bir ilişkiye girme amacının olmasıdır. Örneğin, satıcının ihmali nedeniyle bir dükkanda düşüp yaralanan bir kişi ile satıcı arasında gelecekte bir satım sözleşmesinin gerçekten aktedilip akteilmeyeceği meselesi önem taşımamaktadır. Hatta müşterinin sözleşme aktetme hususunda somut bir niyetinin olması dahi gerekmemektedir. Ticari bir ilişki için, müşterinin sözleşme aktedip etmeme

³⁵⁵ KUHN, **a.g.e.**, s. 351.

³⁵⁶ EMMERICH/MüKo, **a.g.e.**, § 311, Rdnr. 67.

³⁵⁷ Sözleşme görüşmelerinde bulunan tarafların birbirlerinin vücut bütünlüğünü ve malvarlığını koruma yükümlülükleri altında olduğu kabul edilmekle beraber; bu yükümlülüğün ihlali halinde genel haksız fiil hükümlerinin yeterli olduğu, içtihadın BK m. 55'i dar yorumladığı için zarar gören kişinin c.i.c'den kaynaklanan ek bir talebe ihtiyacı olmadığı görüşü için bkz. SCHWENZER, **a.g.e.**, s. 296.

konusunda karara varmak için indirimler konusunda bilgilenmek istemesi yeterlidir. Diğer bir ifadeyle, potansiyel bir hukuki ilişkinin varlığı yeterlidir³⁵⁸.

d. Sözleşme Öncesi Borç İlişkisinin Tarafları

(1) Potansiyel Sözleşme Tarafları

Sözleşme öncesi bir borç ilişkisinin tarafları, kural olarak sözleşme görüşmeleri sona erdikten sonra aktebilecek olan sözleşmenin taraflarıdır (örneğin, dükkan sahibi ile satın alma konusunda istekli olan kişi).

(2) Üçüncü Kişi

Sözleşme görüşmelerindeki kusurdan, kural olarak kurulması düşünülen sözleşmenin tarafları sorumludur. Ancak istisnai durumlarda, taraflardan biri ile ileride sözleşme tarafı olmayacak üçüncü bir kişi arasında da sözleşme benzeri bir ilişkinin meydana gelebileceği ve bu ilişki nedeniyle üçüncü kişinin bazı haklarının ve borçlarının söz konusu olabileceği kabul edilmiştir. Bundan dolayı, temsilcilerin ve bağımsız görüşme yardımcılarının sorumluluğu, kendilerine karşı güven yaratmış olmaları dolayısıyla culpa in contrahendodan sorumluluk olarak adlandırılmıştır³⁵⁹.

Üçüncü kişinin c.i.c'den sorumluluğu, Alman hukukunda 1.1.2002 tarihinden itibaren § 311 f. 3 BGB ile açıkça kanunda düzenlenmiştir³⁶⁰. Buna göre, bir borç ilişkisi sözleşmenin tarafı olmayan kişiler arasında da meydana gelebilir. Böyle bir borç ilişkisi, özellikle üçüncü kişinin özel bir ölçüde kendisi için güven sağladığı ve böylece sözleşme görüşmelerine veya sözleşmenin kurulmasına önemli ölçüde etki ettiği takdirde meydana gelir. Bu hüküm, bu konudaki sorulara cevap verebilecek ayrıntılı bir hüküm değildir, çünkü hangi şartların varlığı halinde üçüncü kişi ile sözleşmesel bir borç ilişkisinin meydana geleceği düzenlenmemiştir. Bu konunun

³⁵⁸ EMMERICH/MüKo, a.g.e., § 311, Rdnr. 68.

³⁵⁹ BROX /WALKER, a.g.e., s. 63; KILIAN, a.g.e., s. 494; SCHWENZER, a.g.e., s. 297.

³⁶⁰ EMMERICH/MüKo, a.g.e., § 311, Rdnr. 195.

düzenlenmesi bir bakıma içtihadı bırakılmıştır. Bu konuda, doktrinde iki ayrı olay grubu oluşturulmuştur³⁶¹:

i. Özel Bir Güven Yaratılması

Üçüncü kişinin özel bir güven uyandırmak suretiyle sözleşme görüşmelerini veya sözleşmenin sonucunu önemli bir derecede etkilemesi söz konusudur. Örneğin, oto galerileri, eşya pazarlayıcıları, antika müzayedecileri, seyahat acenteleri, yatırım danışmanları v.b. Bu kişiler sözleşme öncesi görüşmelerde güven uyandırarak, diğer tarafın sözleşme kurma kararını etkilemektedirler. Bu kişiler verdikleri bilgilerin doğruluğundan ötürü müşteriye karşı sorumlu olmalıdırlar. Bu sorumluluğun altında yatan düşünce, müşteriye günümüzün karmaşık işbölümü düzeninde iddialı sıfatlarla piyasaya çıkıp çevrede özel güven çeken aracı kişilere karşı özel olarak korumaktır³⁶². Bu nedenle, profesyonel bilirkişiler de yanlış ve eksik bilgi vermeden ötürü sözleşmesel güven sorumluluğuna tabii olmalıdırlar. Bu konu, 'Bilirkişinin Sorumluluğu' başlığı altında ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

ii. Üçüncü Kişinin Sözleşmenin Aktedilmesi Konusundaki Şahsi Menfaati

Üçüncü kişinin sözleşme taraflarından birini temsilen veya bir komisyoncu olarak sözleşmenin aktedilmesi aşamasına katılması durumunda da c.i.c'den kaynaklanan bir sorumluluğu söz konusu olabilir. Bu kişiler, gerçi taraflarda özel bir güven uyandırmamaktadırlar, ancak sözleşmenin aktedilmesi hususunda önemli derecede şahsi menfaatleri söz konusudur. Şahsi menfaatin sadece bir provizyon ücreti olması yeterli değildir³⁶³. Üçüncü kişinin söz konusu sözleşme ilişkisiyle şahsen ilgisi olup olmadığına bakılır. Örneğin, alıcı A'nın temsilcisi T, taşımazın maliki S ile satım sözleşmesi konusunda görüşüyor. Aynı zamanda, T ile A kendi aralarında aynı taşımazın satımı konusunda bir anlaşma imzalayıp fiyatın A ile S arasındaki satım

³⁶¹ BROX/WALKER, a.g.e., s. 63.

³⁶² SEROZAN, a.g.e., s. 216.

³⁶³ Şahsi menfaatin nasıl tanımlandığı hakkında bkz. BGH DB 2002, 1878; ZIP 1988, 1577; NJW 1990, 506 (BROX/WALKER, a.g.e., s. 63).

sözleşmesinde kararlaştırılan fiyat olacağı konusunda anlaşıyorlar. T, verdiği bir takım yanlış bilgiler ile S'yi taşımazını değerinden aşağı satması konusunda ikna ediyor. Bu örnekte, her ne kadar T, S ile aktedilecek olan sözleşmede A'nın temsilcisi sıfatıyla hareket ediyor ise de T, taşınmazın fiyatı ile A kadar ilgilidir. Zira T, A ile imzaladığı sözleşme uyarınca A'ya bu fiyatı ödemek durumundadır.

e. Bilirkişinin Sorumluluğu

Bilirkişi, üçüncü kişiyle doğrudan doğruya temas halinde olmasa bile, üçüncü kişinin tasarruflarında esas almasına elverişli, ona yönelik olarak verdiği bilgiler, üçüncü kişiye karşı güven oluşturuyor ise, bilirkişi ile üçüncü kişi arasında doğrudan doğruya bir güven ilişkisi kurulur³⁶⁴. Ancak bilirkişi sözleşmenin tarafı olmadığından bilirkişilerin sorumluluğunu üçüncü kişinin c.i.c'den sorumluluğu anlamında bir güven sorumluluğu olarak kabul etmek yerinde olacaktır.

Üçüncü kişilerin sözleşmenin kurulmasını ve içeriğini sözleşme kurulmadan önce etkilemeleri sebebiyle c.i.c'den sorumlulukları önce temsilciler için, daha sonra da temsilci niteliğini taşımayan görüşme yardımcısı ve aracılar (Sachwalter) için Alman mahkemeleri tarafından kabul edilmiştir. Ancak bilirkişilerin sorumluluğu açısından c.i.c'ye değil, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kurumuna başvurulmuştur³⁶⁵.

Bilirkişinin sorumluluğunun üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme yoluyla çözümü Canaris tarafından reddedilmiştir. Alman içtihadının aksine, Canaris bilirkişinin üçüncü kişiye karşı olan sorumluluğunun c.i.c yardımıyla çözmenin daha isabetli olduğunu, bu sayede üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmesinin sınırlarının genişletilmesine ihtiyaç olmayacağını ileri sürmüştür³⁶⁶. Canaris, bilirkişinin sorumluluğunu bilirkişi ile zarar gören üçüncü kişi arasındaki güven ilişkisini temel

³⁶⁴ CANARIS, **a.g.e.**, s. 206 vd.; CANARIS, **a.g.e.**, s. 444 (JZ 1995); SEROZAN, **a.g.e.**, s. 216; KIRCA, **a.g.e.**, s. 112.

³⁶⁵ EMMERICH/MüKo, **a.g.e.**, § 311, Rdnr. 195.

³⁶⁶ CANARIS, **a.g.e.**, s. 206 vd.; CANARIS, **a.g.e.**, s. 441 vd (JZ 1995).; CANARIS, **a.g.e.**, s. 499 vd.(JZ 2001) ; aynı şekilde FINN, **a.g.e.**, s. 3752 vd.

olarak çözmeyi önermektedir. Bu görüşe göre, bilirkişi kullandığı isim, marka veya işletme adıyla toplumda raporunun doğru olduğu güvenini uyandırmakta ve yaratılan bu güven önemli kararlarda esas alınmaktadır. Bilgiyi alan ve kullanan kişide yaratılan bu güvenin korunmaya değer olduğu kabul edilmektedir³⁶⁷. Böylelikle bilirkişinin sorumluluğunun iş sahibi ile aktetmiş olduğu anlaşmaya dayandırılması gerekmemektedir. Bu itibarla zarar gören kişinin korunması değil, üçüncü kişinin yani bilirkişinin sorumluluğu söz konusu olacaktır³⁶⁸.

2002 yılında Alman Medeni Kanununa eklenen § 313 f. 3 BGB hükmü, sözleşme tarafı olmayan bir kişi ile bir borç ilişkisinin kurulabileceğini öngörmektedir. Bu hüküm, bilirkişinin sorumluluğu açısından yeni bir tartışmayı beraberinde getirmiştir³⁶⁹. Bilirkişinin üçüncü kişiye karşı olan sorumluluğunu c.i.c.'ye dayandıranlar³⁷⁰, § 313 f. 3 BGB ile kendilerine onaylanmış görmektedirler. Bu madde ile kanun koyucunun bilirkişinin sorumluluğunun hukuki dayanağını değiştirmesi konusunda içtihadı yol gösterdiği belirtilmiştir. Kanundaki bu düzenlemenin, bilirkişilik sözleşmeleri açısından bir yenilik getirdiği ve artık bu olayların üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kavramı yerine c.i.c ile çözülmesi gerektiği belirtilmiştir.

Bu düzenlemenin bilirkişinin hangi şartların varlığı halinde sorumlu olacağına dair ayrıntılı bir düzenleme içermediği ve bilirkişilik sözleşmelerine ilişkin olayların § 313 f. 3 BGB hükmüne rağmen üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kavramı ile çözülmesi gerektiği de ifade edilmiştir³⁷¹. Zira bilirkişinin tüm insanlara yönelik hukuken bağlayıcı bir irade beyanında bulunduğundan söz edilemeyeceği ve bundan dolayı bilirkişinin sorumluluğunun üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kavramı yardımıyla sınırlandırılması gerektiği § 313 f. 3 BGB hükmünün gerekçesine dayandırılmıştır. Maddenin gerekçesine bakıldığında, üçüncü bir kişinin

³⁶⁷ KIRCA, **a.g.e.**, s. 114.

³⁶⁸ SEROZAN, **a.g.e.**, s. 216.

³⁶⁹ EMMERICH/MüKo, **a.g.e.**, § 311, Rdnr. 209.

³⁷⁰ Bkz. dn. 365.

³⁷¹ KILIAN, **a.g.e.**, s. 496.

sorumluluğunun şartlarının doktrin ve içtihat tarafından geliştirilmesi gerektiği belirtilmiştir³⁷².

Alman hukukunda geliştirilen güven sorumluluğu, İsviçre ve Türk hukukuna yabancı ve yeni bir sorumluluk türü değildir. Yeni olan, güven sorumluluğunun culpa in contrahendodan sorumluluğu da kapsayan bir üst kavram olarak ifade edilmesi ve güven sorumluluğunun bağımsız bir hukuki kurum olarak ele alınmasıdır³⁷³. Güven sorumluluğu, İsviçre Federal Mahkemesinin tarafından sözleşmesel ve haksız fiil sorumluluğu arasında ve c.i.c'den sorumluluğu da kapsamına alan üçüncü bir sorumluluk hali olarak kabul edilmiştir³⁷⁴. Bu kararlara göre, zarar gören kişi ile zarar veren kişi arasında özel bir güven veya sadakat ilişkisi gibi özel bir bağın olduğu durumlarda güven sorumluluğu devreye girmelidir³⁷⁵. İsviçre Federal Mahkemesi, *Swissair* kararı³⁷⁶ ile yavru ortaklığın ana ortaklığın bilgisiyle onun adını kullanarak başkalarına zarar vermesi halinde ana ortaklığın güven sorumluluğunu kabul etmiştir. Federal mahkemenin kararına konu olan güven teorisi, doktrinde çeşitli eleştirilere uğramış olsa da bu karardan sonra güven sorumluluğu İsviçre hukukunda hızla yerleşmiştir³⁷⁷. Bilirkişinin sorumluluğunun güven sorumluluğunun bir türü olduğu ve bilirkişi ile üçüncü kişi arasında bir güven ilişkisinin varlığının kabul edilmesi gerektiği ifade edilmiştir³⁷⁸.

Türk hukukunda edim yükümlerinden bağımsız borç ilişkisi teorisi uzun zamandan beri savunulmakta, hukuki niteliği MK m. 2'de yer alan dürüstlük kuralına dayandırılmakta ve sözleşme sorumluluğuna ilişkin hükümlerin kıyasen

³⁷² BT-Drucksache 14/6040, s. 163.

³⁷³ KIRCA, **a.g.e.**, s. 138.

³⁷⁴ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, **a.g.e.**, Rdnr. 982 c. Bu kararlar için bkz. BGE 120 II 331 vd; BGE 121 III 350 vd. (SCHWENZER, **a.g.e.**, s. 320).; 23.6.1998 tarihli 4 C. 410/1997 karar (KIRCA, **a.e.**, s. 152).

³⁷⁵ Güven sorumluluğu kavramı bir çok tartışmayı beraberinde getirmiştir. Bu kavramın sözleşmesel sorumluluk ile haksız fiil sorumluluğu arasındaki ayrımı zayıflattığı, güven sorumluluğunun sınırlarının belirsiz olduğu ve OR m. 41'e göre çözülmesi gereken olayların güven sorumluluğu ile çözmenin yerinde olmadığı ileri sürülmüştür. Tartışmalar için bkz. SCHWENZER, **a.e.**, s. 321-322.

³⁷⁶ BGE 120 II 331 vd. (WICK, **a.g.e.**, s. 1276 vd.).

³⁷⁷ KIRCA, **a.g.e.**, s. 147.

³⁷⁸ KUHN, **a.g.e.**, s. 350. Mütâla verilmesinden doğan sorumluluğun genel haksız fiil hükümleriyle çözmenin isabetli olduğu, bu konuda c.i.c'ye başvurulmasına gerek olmadığı hakkındaki görüş için bkz. HONSELL, **a.g.e.**, s. 281 (Özel Hükümler); WICK, **a.g.e.**, s. 1281.

uygulanacağı kabul edilmektedir. Son yıllarda ise edim yükümlerinden bağımsız borç ilişkisi ve bu bağlamda c.i.c kavramının genişletildiğini görmekteyiz³⁷⁹.

Bilirkişinin sorumluluğu alanında da c.i.c'den daha geniş, adeta risk sorumluluğuna yakın duran bir güven sorumluluğundan bahsedilebilir. Dolayısıyla bilirkişinin üçüncü kişiye karşı sorumluluğu alanında c.i.c'den sorumluluk yerine güven sorumluluğu ifadesini kullanmak daha elverişlidir. Zira bilirkişinin sorumluluğunu c.i.c sorumluluğu olarak nitelendirmek, sorumluluğun bilirkişinin yanlış bilgisi ve kusuru ile gerçekleşeceğine dair doğru olmayan bir görünüm yaratır. Halbuki bilirkişinin sorumluluğu için yanlış bilgi verme gerekli, ancak yeterli olmayan bir şarttır. Bilirkişinin sorumluluğu, verilen bilginin yöneldiği kişilerin davranışlarına etki edip etmeyeceğini hesaba katması durumunda gerçekleşir³⁸⁰.

f. Güven sorumluluğu için aranan şartlar

İsviçre ve Türk doktrininde güven sorumluluğu, aynı zamanda c.i.c'den doğan sorumluluğu da kapsayan ve onun daha da ötesine giderek üçüncü kişilerin yarattıkları güvenden sorumlu olmalarını kabul etmektedir³⁸¹. Bu durum, sorumluluğun hangi şartlara tabii olduğu sorusunu beraberinde getirmektedir.

İsviçre Federal Mahkemesinin güven sorumluluğuna ilişkin kararları incelendiğinde bu sorumluluk türü için aranan şartların şunlar olduğu ortaya çıkmaktadır³⁸²:

Bilirkişilerin üçüncü kişiye karşı güven sorumluluğunun gerçekleşmesi için, bilirkişi ile üçüncü kişi arasında özel bir hukuki bağlantı bulunmalıdır. Özel hukuki bağlantı, edim yükümlerinden bağımsız borç ilişkisini ifade etmektedir³⁸³. Bilirkişi ile üçüncü

³⁷⁹ SEROZAN, **a.g.e.**, s. 216.

³⁸⁰ KIRCA, **a.g.e.**, s. 117.

³⁸¹ SEROZAN, **a.g.e.**, s. 216; KIRCA, **a.e.**, s. 175.

³⁸² GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, **a.g.e.**, Rdnr. 982 e vd.; WICK, **a.g.e.**, s. 1276; KIRCA, **a.e.**, s. 153 vd.

³⁸³ KIRCA, **a.e.**, s. 187.

kişi arasında özel hukuki bağlantı, bilirkişinin özel ölçüde güven uyandıran bir davranışta bulunması ve üçüncü kişinin de bu davranışa haklı olarak güvenmesi ile gerçekleşir. Bilirkişinin ne zaman özel güven sağladığı, verdiği bilginin, üçüncü kişinin ayrıca araştırma yapmasını gerekli kılıp kılmadığı esas alınarak belirlenir³⁸⁴. Bunun yanı sıra, üçünü kişinin duyduğu güvenin korunması için, üçüncü kişinin iyiniyetli olması ve bu güvenin üçüncü kişi tarafından tasarruflarında somutlaşması gerekir³⁸⁵. Günümüzde bilirkişilerin mesleklerini profesyonelce icra ettikleri göz önünde tutulduğu takdirde üçüncü kişilerin bilirkişi raporlarının doğruluğuna haklı olarak güvenmeleri söz konusu olacaktır.

Güven sorumluluğu, korunmaya değer bir güven uyandırıp bunu dürüstlük kuralına aykırı bir şekilde ihlal eden kişinin karşı tarafın buna bağlı olarak ortaya çıkan zararını karşılamasını gerektirir³⁸⁶.

5. Bilirkişinin Üçüncü Kişiye Karşı Sorumluluğunu Sınırlandırması

Bilirkişinin sadece raporu ısmarlayan kişiye karşı (sözleşme tarafı) yükümlülükleri olmadığı, raporun teslim edilmesiyle bilirkişinin sözleşme ilişkisinde olmadığı üçüncü kişilere karşı raporun güvenilebilirliği ve tarafsızlığı konusunda da bir sorumluluğu olduğu kabul edilmektedir. Raporu ısmarlayan kişi, bilirkişiyi bu sorumluluktan, raporu kendisi için ısmarladığını ve üçüncü bir kişiye sunmayacağını söyleyerek kurtaramaz³⁸⁷.

Bilirkişi, raporun içeriğine ilişkin sorumluluğu üstlenmek istemediği takdirde (örneğin bilirkişinin raporu ısmarlayan kişi ile yakınlığı nedeniyle tarafsızlığından şüphe duyduğu veya raporunu sadece bir kaynaktan elde ettiği bilgilere dayandırmak

³⁸⁴ CANARIS, **a.g.e.**, s. 233; Bilirkişinin üçüncü kişiye karşı olan sorumluluğunun güven teorisi ile çözümü konusundaki karşı görüş için bkz. WICK, **a.g.e.**, s. 1277 vd.

³⁸⁵ HOFSTETTER, **a.g.e.**, s. 266. Bilirkişinin sorumluluğu için ayrıca vermiş olduğu bilgilerden dolayı üçüncü kişinin zarara uğraması ve bu zarar ile yanlış veya eksik bilgi arasında uygun illiyet bağı bulunması ve bilirkişinin kusurlu olması gerekir. Bu şartlar hakkında bilgi için bkz. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, **a.g.e.**, Rdnr. 982 i; KIRCA, **a.g.e.**, s. 204-205.

³⁸⁶ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, **a.e.**, Rdnr. 982 l.

³⁸⁷ WELLMANN, **a.g.e.**, s. 16.

zorunda kaldığı durumlarda) bu hususu raporunda açıkça belirtmelidir. Bu durumda, raporda ‘sadece raporu ısmarlayan kişi içindir’ veya ‘üçüncü kişilerin rapora dayanmadan önce bilirkişiye başvurması gerekmektedir’ şeklinde ifadeler yer verilebilir. Bu tarz çekinceler, herhangi bir üçüncü kişiye karşı sorumluluğun sınırlandırılması için gereklidir³⁸⁸.

Bilirkişinin üçüncü kişiye karşı olan sorumluluğunun güven teorisi ile çözümü kabul edildiği takdirde, güven olgusunun üçüncü kişi bakımından gerçekleşip gerçekleşmediği tespit edilecektir. Bir bilirkişi, raporundaki sorumluluğu sınırlayıcı ifadeler ile bu güven olgusunun oluşmasını engelleme iradesine sahip olacaktır³⁸⁹.

³⁸⁸ WELLMANN, **a.e.**, s. 17. Bilirkişi raporunda bu tarz ifadeler yer verilmesinin tek başına yeterli olmayacağı konusundaki Alman mahkeme kararı ve eleştirisi için bkz. FINN, **a.g.e.**, s. 3752.

³⁸⁹ CANARIS, **a.g.e.**, s. 239.

SONUÇ

Bilirkişilik sözleşmesi ile bilirkişi, bir ücret karşılığı teknik, tıbbi veya herhangi bir uzmanlık alanı hakkında bir raporun hazırlanması borcunu üstlenmektedir. Bilirkişi ile bilirkişiye başvuran (bilirkişi raporunu talep eden) kişi arasındaki sözleşmenin niteliği itibariyle bir istisna (eser) sözleşmesi olduğu kabul edilmelidir.

Bir bilirkişinin somut olay hakkındaki şahsi fikrini oluşturabilmesi için faaliyeti sırasında bağımsız olması gerekmektedir. Bilirkişinin bağımsızlığı, objektif bir bilirkişi raporunun olmazsa olmaz unsurudur. Bilirkişilik sözleşmesini istisna sözleşmesi olarak sınıflandırdığımız takdirde, bilirkişinin bağımsızlığı güvence altına alınmış olmaktadır. Bu durumda, bilirkişi kendi eserinden kendi sorumlu olacağından iş sahibinin talimatlarıyla bağlı olmayacaktır. Buna karşılık, vekalet sözleşmesinde vekil müvekkilinin talimatlarıyla bağlıdır. Bilirkişilik sözleşmesinin hukuki niteliğinin vekalet sözleşmesi olarak kabul edilmesi durumunda, bilirkişinin bağımsızlığının müvekkilin talimatlarına uyma yükümlüğü (BK m. 389) ile nasıl bağdaştırılacağı sorunu söz konusu olacaktır.

Bilirkişilik sözleşmesinin istisna veya vekalet sözleşmesi olarak nitelendirilmesi, bilirkişinin raporu ısmarlayan kişiye karşı olan sorumluluk rejimi bakımından önem taşımaktadır. Bilirkişilik sözleşmesinin istisna sözleşmesi olarak sınıflandırılması halinde, bilirkişi ayıba karşı tekeffül hükümleri ile bağlı olacak, diğer bir ifadeyle eserindeki ayıplardan kusursuz olarak sorumlu olacaktır. Bilirkişinin raporundan kusursuz olarak sorumlu olması raporu ısmarlayan taraf açısından çok önemli bir avantajdır. Bilirkişi raporunun hatalar içermesi durumunda, raporu ısmarlayan kişinin bir takım hakları söz konusu olacaktır. Kanun koyucu, zararın tazmini noktasında ise bilirkişinin kusurunun olması gerektiğine yer vererek taraflar arasında bir eşitlik sağlamıştır (BK m. 360 f. 1 ve 2).

Bilirkişilik sözleşmesinin vekalet sözleşmesi olarak kabul edilmesi halinde, ayıba karşı tekeffül sorumluluğu veya sonuç sorumluluğu değil, kusur sorumluluğu söz konusu olacaktır (BK m. 390). Ayıba karşı tekeffül hükümleri vekalet sözleşmesi bakımından uygulama alanı bulmayacaktır. Bilirkişi bakımından kusurlu sorumluluk esası geçerli olacağından, bilirkişinin kusursuzluğunu ispat ederek sorumluluktan kurtulabilmesi mümkün olacaktır.

İşbölümü ve uzmanlaşmaya dayalı günümüz ekonomisinde, bilirkişilerin faaliyetlerini profesyonelce ve yüksek ücretler karşılığında icra ettikleri bilinmektedir. Raporu ısmarlayan kişinin bilirkişilik faaliyetini profesyonelce icra eden kişi karşısında çoğunlukla daha güçsüz bir durumda olduğu göz ardı edilmemelidir. Bu nedenle, bilirkişilik faaliyetinden kaynaklanacak riskleri raporu ısmarlayan kişiden ziyade bilirkişilerin taşıması kabul edilmelidir. Özellikle sorumluluk rejimi ve sözleşmenin taraflarca her zaman sona erdirilmesi imkanını (BK m. 396) bilirkişiyeye tanımamak için bilirkişilik sözleşmesinin vekalet sözleşmesi olarak değil, istisna sözleşmesi olarak kabul edilmesi isabetli olacaktır.

Çalışmanın üçüncü bölümünde, bilirkişinin üçüncü kişiye karşı olan sorumluluğunu sözleşmesel sorumluluk esasına dayandırma çabaları ve bu alanda haksız fiil sorumluluğunun yetersizliği ortaya konulmaya çalışılmıştır.

Türk hukukunda, bilirkişinin sorumluluğuna ilişkin özel bir hüküm olmadığından BK m. 41 hükmünün uygulanması söz konusu olacaktır. BK m. 41'e dayanarak bilirkişinin sorumluluğuna ilişkin sorunların üstesinden gelinemeyeceği ve bu çözümün zarar görenlere çok sınırlı bir koruma getirebileceği açıktır. Bilgi vermeden doğan sorumlulukta malvarlığı zararlarının tazmini söz konusu olacaktır. Saf malvarlığı zararlarının tazmini ise bu konuda özel koruma normlarının bulunmadığı hallerde, kural olarak sadece BK m. 41 f.2 hükmünün şartlarının gerçekleşmesi ile haksız fiil hükümlerine göre talep edilebilir. Ancak kasıtlı ve ahlaka aykırı bir davranışla zarar verme olgusu bilirkişi raporları bakımından genellikle gerçekleşmemektedir. Bunun yanı sıra, bilirkişinin haksız fiil sorumluluğunu kusura bağlamak, sosyal adalet ve hakkaniyet duyguları açısından

bazı elverişsiz sonuçları beraberinde getirmektedir. Bilirkişi hazırlayıp teslim ettiği raporların hatasından kaynaklanan zarardan ancak kusurlu olduğu takdirde sorumlu olacağından bilirkişinin kusurunu ispat etmek gerekmektedir. Alman içtihadının aksine, Türk hukukunda kusuru ispat yükünün yer değiştirmesi kanımca mümkün olmadığından bilirkişinin sorumluluğu alanında da klasik ispat kuralları geçerliliklerini devam ettirmektedir. Bu durum, zarar gören kişinin büyük bir zorlukla karşı karşıya kalmasına neden olmaktadır. Dolayısıyla BK m. 41, ispat zorluğundan bazen de ispat olanaksızlığından zarar görenin taleplerini karşılayamamaktadır. Bunun yanı sıra, haksız fiil mağdurunun taleplerinin bir yıllık zamanaşımına tâbi olması diğer bir elverişsiz düzenlemedir.

Bilirkişilerin verilen yanlış veya eksik bilgi neticesinde zarar gören üçüncü kişiye karşı sorumlu tutulması düşüncesi kabul edilmekle beraber, bilirkişilerin sorumluluğunun hukuki niteliği konusu tartışmalıdır. Bilirkişinin üçüncü kişiye karşı sorumluluğunda ileri sürülen bir görüş, bilirkişi ile üçüncü kişi arasında zımnen bir bilirkişilik sözleşmesinin kurulduğudur. Ancak bu görüş, bilirkişinin üçüncü kişiye karşı yönelmiş bir irade beyanı bulunmadığı gerekçesiyle çoğunluk tarafından reddedilmiştir.

Bilirkişinin üçüncü kişiye karşı olan sorumluluğu, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kurumuna dayandırılarak açıklanmaya çalışılmıştır. Bilirkişinin sorumluluğunu üçüncü kişiyi koruyucu sözleşme yardımıyla açıklamak, bu kurumun sınırlarının genişletilmesine neden olacaktır. Zira bilirkişilerin sorumluluğuna ilişkin olaylarda alacaklı ile üçüncü kişi arasında aile hukukuna dair bir yakınlık ilişkisi bulunmamaktadır. Bunun yanı sıra, def'ilerin ileri sürülmesi bakımından bilirkişilik sözleşmeleri açısından bir istisnanın kabul edilmesi, bu kurumun sınırlarının gereksiz yere genişletilmesine neden olacaktır.

Bilirkişiler verdikleri bilgilerle güven sağlayarak üçüncü kişinin sözleşme kurmasına veya içeriğine etki etmektedirler. Bundan dolayı, bilirkişilerin üçüncü kişiye karşı olan sorumluluğunun niteliğinin üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme yerine güven sorumluluğu esasına dayandırılması gerekmektedir. Profesyonel bilirkişilerin iddialı

sıfatlarla piyasaya çıkıp yüksek ücretler karşılığında bilirkişi raporları hazırladıkları ve çevrede özel bir güven uyandırdıkları noktasından hareket edilmelidir. Gerçekten de bir bilirkişi, mesleki sıfatı, özel ve teknik bilgisi dolayısıyla kendisi için özel olarak güven sağlayan bir kişidir. Bilirkişi ile verdiği bilgilere güvenerek tasarruflarda bulunan üçüncü kişi arasında özel bir bağlantı meydana gelmektedir. Bu bağlantının dürüstlük kuralına aykırı bir şekilde ihlali, sözleşme hükümlerinin uygulandığı bir sorumluluğa sebep olmalıdır. Bilirkişinin üçüncü kişiye karşı olan sorumluluğu, zımni bir sözleşmeden veya haksız fiilden değil; yaratılan güvenden kaynaklanmalıdır.

BİBLİYOGRAFYA*

- ARAL, Fahrettin: **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Yetkin Yayınları, Ankara 2000
- ATAMER, Yeşim M.: **Haksız Fiillerden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması (Özellikle Uygun Nedensellik Bağı ve Normun Koruma Amacı Kuramları)**, İstanbul 1996
- ATAMER, Yeşim M.: ‘Üçüncü Kişinin Uğradığı Zararın Sözleşmesel Sorumluluk Kurallarına Göre Tazmini’, **YD** 1996, C. XXII, S 1-2, s. 99-132, (YD 1996)
- BAYER, Walter: ‘Vertraglicher Drittschutz’, **JuS** 1996, s. 473-478
- BLEUTGE, Peter: ‘Die Hilfskräfte des Sachverständigen – Mitarbeiter ohne Verantwortung?’, **NJW** 1985, s. 1185- 1191
- BREHM, Roland: **Berner Kommentar**, Obligationenrecht Band VI, 1.Abteilung, 3.Teilband, Allgemeine Bestimmungen und Kommentar zu Art. 41-61 OR, 2. Aufl., Bern 1998
- BREMER, Heinz: **Der Sachverständige**, 2. Aufl., 1973
- BROX, Hans/WALKER, Wolf-Dietrich: **Allgemeines Schuldrecht**, 29. Aufl., Verlag C.H. Beck, München 2003
- BUSCHE, Jan: **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**, Schuldrecht Besonderer Teil II, Band 4, §§ 611-704, 4. Aufl., München 2005
- CANARIS, Claus-Wilhelm: ‘Die Reichweite der Expertenhaftung gegenüber Dritten’, **ZHR** 1999, s. 207-245
- CANARIS, Claus-Wilhelm: ‘Schutzwirkungen zugunsten Dritter bei Gegenläufigkeit der Interessen’, **JZ** 1995, s. 441-446 (JZ 1995)
- CANARIS, Claus-Wilhelm: ‘Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen’, **JZ** 2001, s. 499-530 (JZ 2001)
- DAMM, Reinhard: ‘Entwicklungstendenzen der Expertenhaftung’, **JZ** 1991, s. 373-385

* Çalışmada sadece yazar adıyla atf yapılması yöntemi benimsenmiştir. Bir yazarın birden fazla eserine atf yapılması halinde kullanılan kısaltmalar, parantez içinde bibliyografyada gösterilmiştir.

- DÖBEREINER, Walter/ v. KEYSERLINGK, Alexander: **Sachverständigenhaftung**, Berlin 1979
- DÜRR, Carl: **Werkvertrag und Auftrag**, Kommentar der Art. 363 bis 379 und 394 bis 406 OR, Vira 1983
- EMMERICH, Volker: **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**, Schuldrecht Allgemeiner Teil, Band 2 a, §§ 241-432, 4. Aufl., München 2003
- FINN, Markus: 'Zur Haftung des Sachverständigen für fehlerhafte Wertgutachten gegenüber Dritten', **NJW** 2004, s. 3752-3754
- GAUCH, Peter: **DerWerkvertrag**, 4. Aufl., Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich 1996
- GAUCH, Peter/SCHLUEP Walter R./ SCHMID Jörg/ REY Heinz: **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil**, Band 1-2, 8. Aufl., Zürich 2003
- GAUTSCHI, Georg: 'Zur Qualifikation des Architektenvertrages in BGE 98 II 305 ff', **SJZ** 1974, s. 21-24
- GIGER, Hans: **Berner Kommentar**, Obligationenrecht Band VI, 2.Abteilung, 1.Teilband, Die einzelnen Vertragsverhältnisse Art, 184-215 OR., Bern 1979
- GOTTWALD, Peter: **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**, Schuldrecht Allgemeiner Teil, Band 2 a, §§ 241-432, 4. Aufl., München 2003
- GUHL, Theo: (bearbeitet von SCHNYDER Anton K./ KOLLER ALFRED/ DRUEY Jean Nicolas), **Das Schweizerische Obligationenrecht**, 9. Aufl., Zürich 2000
- HATEMİ, Hüseyin/SEROZAN, Rona/ARPACI, Abdülkadir: **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, İstanbul 1992
- HECK, Hans-Joachim/ BAYERLEIN, Walter: **Praxishandbuch Sachverständigenrecht**, 3. Aufl., München 2002
- HEERMANN, Peter W.: **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**, Schuldrecht Besonderer Teil II, Band 4, §§ 611-704, 4. Aufl., München 2005
- HIRTE, Heribert: **Berufshaftung, Ein Beitrag zur Entwicklung eines einheitlichen Haftungsmodells für Dienstleistungen**, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München 1996
- HOFSTETTER, Karl: 'Gutachterhaftung gegenüber Dritten im schweizerischen Recht', **AJP** 1998, s. 261-268

- HOHLOCH, Gerhard: 'Vorvertragliche Haftung nach culpa-in-contrahendo-Grundsätzen auch zugunsten Dritter? –BGHZ 66, 51', **JuS** 1977, s. 302-306
- HONSELL, Heinrich: **Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil**, 4. Aufl., Bern 1997 (Özel Hükümler)
- HONSELL, Heinrich: 'Die Haftung für Gutachten und Auskunft unter besonderer Berücksichtigung von Drittinteressen', **FS für Dieter Medicus zum 70. Geburtstag**, (1999), s. 211-233
- JÄGGI, Peter: 'Bemerkungen zu einem Urteil über den Architektenvertrag', **SJZ** 1973, s. 301-305
- KILIAN, Matthias: 'Der Begutachtungsvertrag nach der Schuldrechtsreform', **NZV** 2004, s. 489-496
- KIRCA, Çiğdem: **Bilgi Vermeden Dolayı Üçüncü Kişiyeye Karşı Sorumluluk**, Ankara 2004
- KLOCKE, Wilhelm: 'Erstattung von Gutachten', **BauR**, 1986, s. 294-298
- KUHN, Moritz: 'Die Haftung aus falscher Auskunft und falscher Raterteilung', **SJZ** 1986, s. 345-356
- KUNZ, Philipp: **Aktuelles Obligationenrecht**, Teil 1 OR 1.529, Basel, Genf, München 1998
- LORENZ, Werner: 'Die Einbeziehung Dritter in vertragliche Schuldverhältnisse-Grenzen zwischen vertraglicher und deliktischer Haftung', **JZ** 1960, s. 108-114
- MEDICUS, Dieter: **Schuldrecht II Besonderer Teil**, 11. Aufl., Verlag C.H. Beck, München 2003
- MERZ, Hans: 'Die Privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1986', **ZBJV** 1988, s. 190- 218
- NißL, Günter: **Die Haftung des Experten für Vermögensschäden Dritter – Bedingt durch unrichtige Gutachten- im deutschen, englischen und amerikanischen Recht**, München 1971
- OĞUZMAN, Kemal/ ÖZ, Turgut: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 3. Bası, Istanbul 2000
- PICKER, Günther: 'Kunst- und Antiquitätenhandel' in: **Justiz und Recht, Schriften der deutschen Richterakademie**, Bd.2, Kunst und Recht 1985, s. 43-60.

- ROEßNER, Wolfgang/ BAYERLEIN, Walter: **Praxishandbuch Sachverständigenrecht**, 3. Aufl., München 2002
- SCHNYDER, Anton K: (Hrsg. HONSELL Heinrich/VOGT Peter/WIEGAND Wolfgang), **Kommentar zum schweizerischen Privatrecht**, Obligationenrecht I; Art. 1-529 OR, 2. Aufl., Basel 1996
- SCHWENZER, INGEBORG: **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil**, 3. Aufl., Bern 2003
- SEILER, Hans Hermann: **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**, Schuldrecht Besonderer Teil II, 4. Aufl., München 2005
- SEROZAN, Rona: **İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/ Serozan/Arpacı, Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, 3. Cilt, 3. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2002
- SEROZAN, Rona: **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, Filiz Kitabevi, İstanbul 2002 (Borçlar Özel)
- SPRAU, Hartwig: **PALANDT, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**, 62. Aufl., München 2003
- TANDOĞAN, Haluk: **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Cilt 2, 3. Bası, Ankara 1987
- THOMAS, Heinz: **PALANDT, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**, 62. Aufl., München 2003
- WELLMANN, Carl: **Der Sachverständige in der Praxis**, 6. Aufl., Werner Verlag, 1997
- WESSEL, Heinz/ BAYERLEIN, Walter: **Praxishandbuch Sachverständigenrecht**, 3. Aufl., München 2002
- WICK, Markus: 'Die Vertrauenshaftung im schweizerischen Recht: Versuch einer kurzen Orientierung nach dem Swissair-Entscheid', **AJP**, 1995, s. 1270-1282
- YAVUZ, Cevdet: **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 6. Bası, Beta, İstanbul 2002