

T.C.
DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUK PROGRAMI
DOKTORA TEZİ

MEDENÎ USÛL HUKUKUNDA HAKEM-BİLİRKİŞİLİK

Ahmet ŞENSÖZ

Danışman
Prof. Dr. Muhammet ÖZEKES

2025

T.C.
DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUK PROGRAMI
DOKTORA TEZİ

MEDENÎ USÛL HUKUKUNDA HAKEM-BİLİRKİŞİLİK

Ahmet ŞENSÖZ

Danışman
Prof. Dr. Muhammet ÖZEKES

İZMİR – 2025

DOKTORA
TEZ ONAY SAYFASI

Üniversite : Dokuz Eylül Üniversitesi
Enstitü : Sosyal Bilimler Enstitüsü
Adı ve Soyadı : Ahmet ŞENSÖZ
Öğrenci No : 2016800646
Tez Başlığı : Medeni Usûl Hukukunda Hakem-Bilirkişilik

Savunma Tarihi : 18/02/2025

Danışmanı : Prof.Dr.Muhammet ÖZEKES

JÜRİ ÜYELERİ

<u>Ünvanı, Adı, Soyadı</u>	<u>Üniversitesi</u>	<u>İmza</u>
Prof.Dr.Muhammet ÖZEKES	- Dokuz Eylül Üniversitesi	
Prof. Dr. Oğuz SANCAKDAR	- Dokuz Eylül Üniversitesi	
Prof. Dr. Mine AKKAN	- Dokuz Eylül Üniversitesi	
Prof. Dr. Ali YEŞİLIRMAK	- İbn Haldun Üniversitesi	
Prof. Dr. Vural SEVEN	- Türk Alman Üniversitesi	

Ahmet ŞENSÖZ tarafından hazırlanmış ve sunulmuş olan bu tez savunmada başarılı bulunarak oy birliği() / oy çokluğu() ile kabul edilmiştir.

Prof. Dr. Zehra Nilüfer KARACASULU
Müdür

YEMİN METNİ

Doktora Tezi olarak sunduğum “Medenî Usûl Hukukunda Hakem-Bilirkişilik” adlı çalışmanın, tarafımdan, akademik kurallara ve etik değerlere uygun olarak yazıldığını ve yararlandığım eserlerin kaynakçada gösterilenlerden oluştuğunu, bunlara atıf yapılarak yararlanılmış olduğunu belirtir ve bunu onurumla doğrularım.

09/01/2025

Ahmet ŞENSÖZ

ÖZET
Doktora Tezi
Medenî Usûl Hukukunda Hakem-Bilirkişilik
Ahmet ŞENSÖZ

Dokuz Eylül Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü
Özel Hukuk Anabilim Dalı
Özel Hukuk Programı

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 193. maddesinde delil sözleşmeleri düzenlenmiş olup bu şekilde taraflara davada başvuracakları delil veya delilleri seçme yetkisi düzenlenmiştir. Ancak kanunda hakem-bilirkişilik sözleşmeleri düzenlenmemiştir. Hakem-bilirkişilik, delil sözleşmelerinden farklı, uzman ve tarafsız üçüncü kişi olarak, hakem-bilirkişinin taraflar arasındaki çekişmeli vakıya ilişkin, tarafları ve mahkemeyi bağlayıcı tespitte bulunduğu bir alternatif uyuşmazlık çözüm yoludur. Çalışmamızda, tarafların kanunda düzenlenmemiş hususlarda usûl sözleşmesi yapıp yapamayacağını ve hakem-bilirkişilik sözleşmesinin bir delil sözleşmesi olup olmadığı, mukayeseli hukuk ve hukukumuzdaki görüşler esas alınarak incelenmeye çalışılacaktır.

Dört bölümden oluşan çalışmamızın birinci bölümünde, hakem-bilirkişilik kurumunun tanımı ve terim sorunu açısından tarafların hakem-bilirkişi atayacaklarına dair hakem-bilirkişilik sözleşmesiyle ve taraflarla hakem-bilirkişi arasındaki hakem-bilirkişi sözleşmesi ayrımı açıklanmaya çalışacaktır. Sonrasında, medenî usûl hukukunda sözleşme özgürlüğü ve bunun sınırları, hakem-bilirkişilik kurumunun tarihi gelişimi, karşılaştırmalı hukukta hakem-bilirkişilik, hakem-bilirkişiliğin benzer kurumlardan ayrılması, hakem-bilirkişiliğin alternatif uyuşmazlık çözüm yolları bakımından değerlendirilmesi, hakem-bilirkişiliğin yargılama ilkeleriyle ilişkisi ve hakem-bilirkişilik kurumunun önemi incelenecektir.

Çalışmamızın ikinci bölümünde, hakem-bilirkişiliğin hukukî dayanakları, karşılaştırmalı hukukta hakem-bilirkişilik sözleşmesi türleri, hakem-bilirkişilik

sözleşmesinin hukukî niteliği, hakem-bilirkişilik sözleşmesinin kurulması, şekli, genel işlem koşulları bakımından denetlenmesi ve hakem-bilirkişilik sözleşmesinin etkisi incelenecektir.

Çalışmamızın üçüncü bölümünde, tarafların üçüncü kişi olarak hakem-bilirkişiyle yapmış oldukları hakem-bilirkişi sözleşmesinin kurulması, şekli ve hukukî niteliği incelenecektir. Sonrasında, hakem-bilirkişinin nasıl seçileceği, hakem-bilirkişide bulunması gereken özellikler, hakem-bilirkişinin hukukî durumu, hakem-bilirkişinin hak ve yükümlülükleri ve sorumluluğu incelenecektir.

Çalışmamızın son bölümünde, hakem-bilirkişinin hakem-bilirkişi raporunu hazırlamak için nasıl bir inceleme yapacağı, hakem-bilirkişi raporu içeriği, şekli, etkisi, hakem-bilirkişi raporunun iptal sebepleri, iptal davası ve hakem-bilirkişi raporunun iptalinin sonuçları incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Hakem-bilirkişilik Kurumu, Hakem-bilirkişilik Sözleşmesi, Delil Sözleşmesi, Münhasır Delil Sözleşmesi, Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları

ABSTRACT
Doctoral Thesis
Doctor of Philosophy(PhD)
Expert-Determination in Civil Procedure Law
Ahmet ŞENSÖZ

Dokuz Eylül University
Graduate School of Social Sciences
Department of Private Law
Private Law PhD Program

Article 193 of the Code of Civil Procedure No. 6100 regulates evidential agreements and authorises the parties to select the evidence or evidence to be used in the case. However, the law does not regulate expert-determination agreements. Unlike evidential agreements, expert-determination is an alternative dispute resolution method in which the expert as an expert and impartial third party makes a binding determination on the disputed fact between the parties and the court.

In this study, we will try to examine whether the parties may conclude a procedural agreement in matters not regulated by the law and whether the expert-determination agreement is an evidential agreement, based on the comparative law and the opinions in our law.

In the first part of our study, which consists of four parts, we will try to explain the definition of the expert-determination institution and the distinction between the expert-determination agreement that the parties will appoint an expert and the expert agreement between the parties and the expert in terms of the terminology problem. Subsequently, the freedom of contract and its limits in civil procedural law, the historical development of expert-determination, expert-determination in comparative law, the distinction of expert-determination from similar institutions, the evaluation of expert-determination in terms of alternative dispute resolution methods, the relationship between expert-determination and

principles of jurisdiction and the importance of expert-determination will be examined.

In the second part of our study, the legal basis of expert-determination, the types of expert-determination agreements in comparative law, the legal nature of the expert-determination agreement, the establishment of the expert-determination agreement, the form of the expert-determination agreement, the control of the expert-determination agreement in terms of general transaction conditions and the effect of the expert-determination agreement will be examined.

In the third part of our study, the establishment, form and legal nature of the expert agreement concluded by the parties with the expert as a third party will be analysed. Subsequently, how to select the expert, the qualifications of the expert, the legal status of the expert, the rights and obligations of the expert, and the liability of the expert will be examined.

In the last part of our study, how the expert will conduct an examination to prepare the expert-determination report, the content, form and effect of the expert-determination report, the reasons for the cancellation of the expert-determination report, the cancellation action and the consequences of the cancellation of the expert-determination report will be examined.

Keywords: Expert-determination Institution, Expert-determination Agreement, Evidence Agreement, Exclusive Evidence Agreement, Alternative Dispute Resolution Methods

MEDENÎ USÛL HUKUKUNDA HAKEM-BİLİRKİŞİLİK

İÇİNDEKİLER

TEZ ONAY SAYFASI	ii
YEMİN METNİ	iii
ÖZET	iv
ABSTRACT	vi
İÇİNDEKİLER	viii
KISALTMALAR	xvii

GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

KAVRAM, TEMEL BİLGİLER VE KURUMUN HUKUKÎ NİTELİĞİ

I. KAVRAM, TERİM VE TANIM	4
A. Kavram ve Terim Sorunu	4
B. Tanım	10
II. USÛL İŞLEMLERİ VE USÛL SÖZLEŞMELERİNE GENEL BAKIŞ	14
A. Genel Olarak	14
B. Usûlî İşlemler Hakkında Görüşler	17
C. Usûl İşlemleri Sınıflandırılması	21
D. Medenî Usûl Hukukunda Sözleşme Özgürlüğü ve Kapsamı	26
1. Sözleşme Özgürlüğünü Reddeden Görüş	27
2. Sözleşme Özgürlüğünü Kabul Eden Görüş	30
E. İspat ve Delil Sözleşmeleri	36
1. Genel Olarak	37
2. İspat Sözleşmeleri	47
3. Delil Sözleşmesi	52
a. Genel Olarak	52
b. Delil Sözleşmesi Türleri	56
aa. Münhasır Olmayan Delil Sözleşmesi	59

bb. Münhasır Delil Sözleşmesi	60
F. Hakem-Bilirkişilik Sözleşmesi Bakımından Değerlendirme	61
III. HAKEM-BİLİRKİŞİLİĞİN TARİHİ GELİŞİMİ	66
A. Roma Hukuku	66
B. İslâm ve Osmanlı Hukuku	71
C. Cumhuriyet Dönemi	76
IV. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA HAKEM-BİLİRKİŞİLİK	80
A. Genel Olarak	80
B. Almanya	82
C. İsviçre	83
D. Avusturya	84
E. Fransa	86
F. İtalya	87
G. Amerika Birleşik Devletleri	89
H. İngiltere	91
V. HAKEM-BİLİRKİŞİLİĞİN BENZER KURUMLARDAN AYRILMASI	93
A. Tahkim ve Hakem-Bilirkişilik	93
1. İki Kurumun Niteliği ve İşlevi Bakımından Ayırılabilmesi	93
2. İki Kurumun Ortak Özellikleri ve Temel Farkları	97
B. Sigorta Tahkim ve Hakem- Bilirkişilik	102
C. Bilirkişilik ve Hakem-Bilirkişilik	108
D. Hakem Dispeççi ve Hakem-Bilirkişilik	109
E. Sigorta Eksperi, Hakem-Eksper ve Hakem-Bilirkişilik	110
F. Uzman Görüşü ve Hakem-Bilirkişilik	113
G. Delil Tespiti ve Hakem-Bilirkişilik	115
VI. HAKEM-BİLİRKİŞİLİĞİN ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YOLLARI İLİŞKİSİ	119
A. Genel Olarak Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları	119
B. Hakem-Bilirkişilik Açısından Değerlendirme	127
C. Hakem-Bilirkişilik ve Hibrit Yöntemler	133
1. Hakem-Bilirkişilik ve Müzakere	134
2. Hakem-Bilirkişilik ve Tahkim	136

3.Hakem-Bilirkişilik ve Mahkeme Bilirkişisi	138
4.Hakem-Bilirkişilik ve Arabuluculuk (Med-Ex)	139
VII. HAKEM-BİLİRKİŞİLİĞİN BAZI YARGILAMA İLKELERİYLE İLİŞKİSİ	142
A. Genel Olarak	142
B. Tasarruf İlkesi Bakımından	143
C. Taraflarca Getirilme İlkesi Bakımından	145
D. Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi Bakımından	149
VIII. HAKEM-BİLİRKİŞİLİK KURUMUNUN ÖNEMİ, AVANTAJ VE DEZAVANTAJLARI	152
A. Hakem-Bilirkişiliğin Önemi	152
B. Hakem-Bilirkişiliğin Avantajları	157
C. Hakem-Bilirkişiliğin Dezavantajları	160
İKİNCİ BÖLÜM	
HAKEM-BİLİRKİŞİLİK SÖZLEŞMESİ	
I. HAKEM-BİLİRKİŞİLİĞE İLİŞKİN DÜZENLEMELER VE TASLAKLAR	163
A. Kanun Taslakları ve İnsan Hakları Eylem Planı	163
B. Sigorta Genel Şartlarındaki Düzenlemeler	165
C. Ad-Hoc ve Kurumsal Hakem-Bilirkişilik	173
II. HAKEM-BİLİRKİŞİLİK SÖZLEŞMESİ TÜRLERİ	176
A. Genel Olarak	176
B. Hakem-Bilirkişilik Sözleşmesi Türleri	177
1.Genel Olarak	177
2.Geniş Anlamda Hakem-Bilirkişilik Sözleşmeleri	181
a. Sözleşmeye İlişkin Edim Belirleme	181
b. Sözleşmeye İlişkin Edimin Uyarlanması	185
3.Dar Anlamda Hakem-Bilirkişilik Sözleşmeleri	187
a. Sözleşmedeki Belirsizlikleri (Vakıaları) Açıklama	187
b. Vakıa Tespit Faaliyeti	188

C. Değerlendirme ve Görüşümüz	190
III. HAKEM-BİLİRKİŞİLİK SÖZLEŞMESİNİN HUKUKÎ NİTELİĞİ	197
A. Genel Olarak	197
B. Maddî Hukuk Teorileri	199
C. Usûl Hukuku Teorileri	208
D. Karma Sözleşme Görüşü	221
E. Değerlendirme ve Görüşümüz	224
IV. HAKEM-BİLİRKİŞİLİK SÖZLEŞMESİ, İÇERİĞİ VE ŞEKLİ	230
A. Hakem-Bilirkişiliğe Elverişlilik ve Tarafların Anlaşması	230
1. Hakem-Bilirkişiliğe Elverişlilik	230
2. Tarafların Anlaşması	232
B. Hakem-Bilirkişilik Sözleşmesinin İçeriği	235
1. Zorunlu Unsurlar	235
a. Çekişmeli Vakıa	235
b. Hakem-Bilirkişi İfadesi	236
c. Tarafları ve Mahkemeyi Bağlaması İfadesi	237
d. Açıkça Hakkaniyete Aykırılık veya Açıkça Yanlışlık İfadesi	238
2. İhtiyari Unsurlar	239
C. Hakem-Bilirkişilik Sözleşmesinin Şekli	240
V. GENEL İŞLEM ŞARTLARI BAKIMINDAN HAKEM-BİLİRKİŞİLİK SÖZLEŞMELERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ	245
A. Genel Olarak	245
B. Sigorta Genel Şartlarının Hukukî Niteliği ve Özelliği	249
C. Hakem-Bilirkişilik Sözleşmesi Yönünden Değerlendirme ve Denetimi	252
1. Genel İşlem Koşulları Açısından Denetlenmesi	253
2. Hukuk Muhakemeleri Kanunu Madde 193/II Yönünden Denetlenmesi	260
VI. HAKEM-BİLİRKİŞİLİK SÖZLEŞMESİNİN ETKİSİ	265
A. Sözleşmenin Taraflarına Etkisi	265
1. Hakem-Bilirkişilik Sözleşmesinin İleri Sürülmesi	265
2. Hakem-Bilirkişi Raporundan Önce Dava Açılması	270

3. Hakem-Bilirkişilik Sözleşmesinin Tarafları ve Mahkemeyi Bağlaması	277
B. Hakem-Bilirkişilik Sözleşmesinin Üçüncü Kişilere Etkisi	278
1. Genel Olarak	278
2. Toplu İş Sözleşmesi ve Hakem-Bilirkişilik Şartı	279
3. Dava Arkadaşlığında Durum	281

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

HAKEM-BİLİRKİŞİ SÖZLEŞMESİ, HAKEM-BİLİRKİŞİNİN SEÇİMİ, NİTELİĞİ, HUKUKÎ DURUMU

I. HAKEM-BİLİRKİŞİ SÖZLEŞMESİ	284
A. Hakem-Bilirkişi Sözleşmesinin Kurulması	284
B. Hakem-Bilirkişi Sözleşmesinin İçeriği	288
C. Hakem-Bilirkişi Sözleşmesinin Şekli	290
II. HAKEM-BİLİRKİŞİ SÖZLEŞMESİNİN HUKUKÎ NİTELİĞİ	292
A. Genel Olarak	292
B. Hakem-Bilirkişinin Ücret (İvaz) Almadığı Durum	293
C. Hakem-Bilirkişinin Ücret (İvaz) Aldığı Durum	295
1. Vekâlet veya İş Görme Sözleşmesi Görüşü	295
2. Eser (İstisna) Sözleşmesi Görüşü	297
3. Hizmet Sözleşmesi Görüşü	300
4. Kendine Özgü (Sui Generis) Sözleşme Görüşü	302
D. Değerlendirme ve Görüşümüz	302
III. HAKEM-BİLİRKİŞİNİN SEÇİMİ	305
A. Hakem-Bilirkişi veya Hakem-Bilirkişilerin Seçilmesi	305
1. Tek Hakem-Bilirkişinin Seçilmesi	305
2. Taraf Hakem-Bilirkişilerinin Seçimi	308
3. Üçüncü Hakem-Bilirkişinin Seçilmesi	309
a. Hakem Bilirkişilerin Sayısı ve Taraf Hakem-Bilirkişileri	
Dışındakilerin Seçimi	309
b. Taraflarca Atanan Hakem-Bilirkişilerce Seçim	310

c. Mahkemece Seçim	311
d. Üçüncü Bir Şahıs veya Kurum Tarafından Seçimi	314
B. Hakem-Bilirkişinin Azli, İstifası ve Ölümü	316
1. Hakem-Bilirkişinin Azli	316
2. Hakem-Bilirkişinin İstifası ve Ölümü	317
IV. HAKEM-BİLİRKİŞİNİN NİTELİKLERİ	319
A. Gerçek veya Tüzel Kişi Olabilmesi	319
B. Uzman ve Tecrübeli (Deneyimli) Olması	322
C. Hakem-Bilirkişinin Tarafsız ve Bağımsız Olması	325
1. Genel Olarak	325
2. Hakem-Bilirkişinin Reddi	329
V. HAKEM-BİLİRKİŞİNİN HUKUKÎ DURUMU	335
A. Kısmî Hakem veya Hâkim Görüşü	335
B. Hâkim Yardımcısı Görüşü	338
C. Kendine Özgü (Sui Generis) Görüşü	339
D. Değerlendirme ve Görüşümüz	340
VI. HAKEM-BİLİRKİŞİNİN YÜKÜMLÜLÜKLERİ VE HAKLARI	342
A. Hakem-Bilirkişinin Yükümlülükleri	343
1. Hakem-Bilirkişi Raporunun Hazırlanması	343
2. Hakem-Bilirkişinin Görevini Şahsen Yerine Getirmesi	345
3. Hakem-Bilirkişinin Özen Yükümlülüğü	347
4. Hakem-Bilirkişinin Sadakat Yükümlülüğü	348
a. Genel Olarak	348
b. Hakem-Bilirkişinin Açıklama Yükümlülüğü	349
c. Hakem-Bilirkişinin Sır Saklama Yükümlülüğü	350
5. Hakem-Bilirkişinin İştirak Yükümlülüğü	352
6. Hakem-Bilirkişinin Tarafların Talimatlarına Uyması, Bilgi ve Hesap Vermesi ve Belgeleri İade Yükümlülüğü	353
a. Hakem-Bilirkişinin Tarafların Talimatlarına Uyma Yükümlülüğü	353
b. Hakem-Bilirkişinin Bilgi ve Hesap Verme Yükümlülüğü	355
c. Hakem-Bilirkişinin Belgeleri İade Yükümlülüğü	356

B. Hakem-Bilirkişinin Hakları	357
1. Hakem-Bilirkişinin Ücret Hakkı	357
a. Hakem-Bilirkişinin Ücret Hakkının Temeli ve Ücretten Sorumluluk	357
b. Hakem-Bilirkişi Ücretinin Belirlenmesi	360
aa. Hakem-Bilirkişi Ücretinin Sözleşmede Düzenlenmiş Olması	360
bb. Hakem-Bilirkişi Ücretinin Sözleşmede Düzenlenmemiş Olması	361
2. Hakem-Bilirkişinin Avans ve Giderleri (Masrafları) İsteme Hakkı	367
VII. HAKEM-BİLİRKİŞİNİN SORUMLULUĞU	369
A. Hakem-Bilirkişinin Hukukî Sorumluluğu	369
B. Hakem-Bilirkişinin Cezaî Sorumluluğu	377

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

HAKEM-BİLİRKİŞİ İNCELEMESİ, RAPORU, RAPORUN İPTALİ

I. HAKEM-BİLİRKİŞİNİN İNCELEMESİ VE İŞLEVLERİ	379
A. Hakem-Bilirkişilerin İncelemeleri ve Tarafların İştirak Yükümlülüğü	379
1. Genel Olarak	379
2. Tarafların İncelemede Yükümlülükleri	383
B. Hakem-Bilirkişi Raporu Bakımından Hakem-Bilirkişiler Arasındaki İlişki ve İşbirliği	387
II. HAKEM-BİLİRKİŞİ RAPORU	390
A. Hakem-Bilirkişi Raporunun Düzenlenme Süresi	390
B. Hakem-Bilirkişi Raporunun Şekli ve İçeriği	392
C. Hakem-Bilirkişi Raporunun Etkisi	395
1. Hakem-Bilirkişi Raporunun Tarafları ve Mahkemeyi Bağlaması	395
a. Bağlayıcı Etki	395
b. Bağlayıcı Etki ve Hukukî Sorun Meselesi	399
c. Bağlayıcı Etki Çeşitleri	409

aa. Genel Olarak	409
bb. Tek Tarafı Bağlayıcı Model	410
cc. Geçici Bağlayıcı Model	411
dd. Bağlayıcı Olmayan veya Geciktirici Şarta Bağlı Model	412
d. Değerlendirme ve Görüşümüz	413
2. Hakem-Bilirkişi Raporu ve Alacağın Muacceliyeti Sorunu	420
D. Delillerin Serbestçe Değerlendirilmesi İlkesi ve Hakem-Bilirkişi Raporunun Hukukî Niteliği	428
1. Genel Olarak Delillerin Serbestçe Değerlendirilmesi	428
2. Hakem-Bilirkişi Raporunun Hukukî Niteliği Açısından Değerlendirme	430
III. HAKEM-BİLİRKİŞİ RAPORUNUN İPTALİ	440
A. Hakem-Bilirkişi Raporu İptal Sebepleri	440
1. Genel Olarak	440
2. Maddî Hukuk Kaynaklı İptal Sebepleri	443
a. Terim Sorunu	443
b. Hakem-Bilirkişi Raporunun Gerçek Durumdan Önemli Ölçüde Farklı Olması	446
aa. Raporun Gerçek Durumdan Farklı Olması	447
bb. Farklılığın Önemli Ölçüde Olması	448
c. Hakem-Bilirkişilik veya Hakem-Bilirkişi Sözleşmelerinin Geçersiz Olması	451
aa. Asıl veya Hakem-Bilirkişilik Sözleşmesi Açısından Geçersizlik	451
bb. Hakem-Bilirkişi Sözleşmesi veya Hakem-Bilirkişinin İrade Bozukluğu Hâllerine Maruz Kalması Açısından Geçersizlik	454
d. Hakem-Bilirkişinin Yetki Sınırlarını Aşması	455
3. Usûl Hukuku Kaynaklı İptal Sebepleri	457
a. Hakem-Bilirkişinin Tarafsız ve Bağımsız Olmaması	458
b. Hakem-Bilirkişinin Taraflara Eşit Davranmaması	462

c. Hakem-Bilirkişinin Taraflara Hukukî Dinlenilme Hakkı Tanımaması	463
d. Hakem-Bilirkişi Raporunun Gerekçeli Olmaması	470
4. İptal Sebeplerinin İleri Sürülmesi	472
B. Hakem-Bilirkişi Raporu İptal Davası	477
1. Genel Olarak	477
2. İptal Davası Talep Süresi	478
3. Görevli ve Yetkili Mahkeme	482
4. İptal Davasının Hukukî Niteliği	483
5. Mahkemenin İncelemesi	487
6. İptal Davasında Karar ve Karara Karşı Başvuru Yolları	493
a. Karar	493
b. Karara Karşı Başvuru Yolları	497
C. Hakem-Bilirkişi Raporunun İptalinin Sonuçları	502
SONUÇ	505
KAYNAKÇA	521

KISALTMALAR

ABGB	Österreich Bürgerliches Gesetzbuch
ABD	Ankara Barosu Dergisi
AcP	Archiv für Civilistische Praxis
AD	Adalet Dergisi
Art.	Artikel
aşa.	Aşağıda
AÜHFD	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
BATİDER	Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BB	Betriebsberater
BGB	Bürgerliches Gezetzbuch
BGE	Bundesgericht (Schweizerischen) Entscheidungen
BGH	Bundesgerichtshof
bkz.	Bakınız
C	Cilt
Diss.	Dissertation
dn.	Dipnot
E.	Esas
E.T	Erişim Tarihi
FS	Festschrift
HMK	Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HUMK	Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu
HD	Hukuk Dairesi
İBD	İstanbul Barosu Dergisi
İİK	İcra ve İflas Kanunu
İÜHFM	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İzBD	İzmir Barosu Dergisi
karş.	Karşılaştırınız
K.	Karar
KTS	Konkurs-Treuhand und Schiedsgerichtswesen
m.	Madde
MDR	Monatschrift für deutsches Recht

OR	Obligation Recht
para.	Paragraf Numarası
RG	Resmî Gazete
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Rn	Randnummer
s.	Sayfa
S.	Sayı
SGŞ	Sigorta Genel Şartları
SchZPO	İsviçre Medenî Usûl Kanunu
SchVVG	İsviçre Sigorta Sözleşmeleri Kanunu
TBBD	Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TKHK	Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
TMK	Türk Medenî Kanunu
TTK	Türk Ticaret Kanunu
TBK	Türk Borçlar Kanunu
vb.	Ve benzeri
vd.	Ve devamı
VersR	Versicherungsrecht
VersP	Versicherungspraxis
VVG	Versicherungsvertragsgesetz
Yarg.	Yargıtay
Yarg. TD	Yargıtay Ticaret Dairesi
Yarg. HGK	Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
Yarg. İBHGK	Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu
yuk.	Yukarıda
ZPO	Zivilprozessordnung
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess

GİRİŞ

Hukuk kuralları, belli vakıaların bir araya gelmesi hâlinde, hukukî sonuç bağlanan kurallardır. Diğer bir ifadeyle, birlikte olması gereken vakıalar, hukukî sonucun koşulu olan vakıalar olup bu vakıalara ilişkin ispat faaliyeti gerçekleşip gerçekleşmediğine göre, mahkeme davanın kabulü veya reddine karar verebilecektir. Nitekim medenî usûl hukukunun temel amaçlarından biri olan sübjektif hakların gerçekleşmesi, hukukî sonucun uygulanmasını talep eden kişinin, o hukukî sonucun koşul vakıalarını, hâkime ispat edebildiği takdirde gerçekleşecektir. Bu nedenle ispat, usûl hukukunun temelini oluşturmaktadır. İspatın amacı, adil bir yargılama süreci ve mahkemelerde hukukî kararların doğru ve adil bir şekilde verilmesini sağlamaktır. İspat yoluyla, mahkemeler gerçeklerin ortaya çıkmasını ve hukuka uygun sonuçların elde edilmesini sağlarlar. İspat, taraflarca uygun olarak sunulan ve hâkim tarafından değerlendirilen ispat aracı olan deliller aracılığıyla gerçekleştirilir.

Medenî usûl hukuku, özel hukuka ilişkin uyuşmazlıkların adil, etkili bir şekilde uygulanmasını düzenleyen bir hukuk dalı olduğu için taraflara özel hukukta tanınan sözleşme özgürlüğü çerçevesinde, belirli hâllerde, bazı haklar ve yetkiler tanınarak, tarafların davaya iradeleriyle etki etmeleri sağlanır. Kanun koyucu, yargılama içinde taraflara bazı hak ve yetkiler tanımıştır. Yargılama belirli kurallar ve sınırlarla yürütülse de tarafların bazı konular üzerinde anlaşmaları ve bu çerçevede sözleşme yapmaları mümkündür. Bunlardan biri de 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 193. maddesinde düzenlenen delil sözleşmeleridir. Taraflara bu sayede davada kullanacakları delil veya delilleri seçebilme ve düzenleyebilme imkânı tanınmıştır. Bu kapsamda, ancak kanunda hakem-bilirkişilik sözleşmeleri düzenlenmemiştir. Hakem-bilirkişilik sözleşmeleri, delil sözleşmelerinden farklı, uzman ve tarafsız üçüncü kişi olarak, hakem-bilirkişinin taraflar arasındaki çekişmeli vakıaya ilişkin, tarafları ve mahkemeyi bağlayıcı tespitte bulunduğu bir alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından biridir. Bu nedenle çalışmamızda, tarafların kanunda düzenlenmemiş hususlarda sözleşme yapıp yapamayacağını ve hakem-bilirkişilik sözleşmesinin, bir delil sözleşmesi olup olmadığını, mukayeseli hukuk ve hukukumuzdaki görüşler esas alınarak incelenmeye çalışılacaktır.

Hakem-bilirkişilik kurumu, taraflar arasındaki uyuşmazlık konusu hakkında miktar, değer ya da yeterlilik gibi bir unsurun, tarafsız ve uzman bir üçüncü kişi tarafından tespit edilmesi ve bu raporun hem tarafları hem de hâkimi bağlayıcı olmasını ifade eder. Bu yönüyle hakem-bilirkişilik, taraflar arasındaki uyuşmazlığa ilişkin vakıayı tespit ederek, tarafların dava açmasını genel olarak engelleyebilme potansiyeli olduğundan, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından birisidir. Nitekim bu kurumla amaçlanan, uyuşmazlığın ilk aşamada engellenmesi ve çözüme kavuşturulmasıdır. Hakem-bilirkişilik, uyuşmazlığın sona ermesinde önemli bir rol oynadığı gibi, uyuşmazlığın mahkemeye taşınması hâlinde dâhi alınan rapor kural olarak, tespit edilen vakıayla sınırlı olarak hâkimi bağladığı için davanın sonuçlandırılmasını da hızlandırmaktadır.

Mukayeseli hukukta, Almanya, İsviçre ve Anglo-Sakson hukuklarında sıkça karşımıza çıkan hakem-bilirkişilik kurumu, özellikle inşaat, enerji, sigorta, bilişim, şirketlerin birleşmesi, bölünmesi, şirket payının devri gibi benzeri sözleşmelerde genel olarak kullanılmaktadır. Hakem-bilirkişilik hukukumuzda açık bir yasal düzenlemeye sahip değildir. Bununla birlikte, sigorta hukukunda, sigorta poliçesi genel şartlarında ve bazen de inşaat sözleşmelerinde yer aldığı görülmektedir. Mukayeseli hukukta hakem-bilirkişilik kurumuna önem verilmekte, ulusal ve uluslararası birçok sözleşmede alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olarak kullanılmaktadır.

Hukukumuzda bağımsız olarak, usûl sözleşmeleri incelenmekle birlikte, hakem-bilirkişilik sözleşmeleri hakkında ayrıntılı bir monografik bir çalışmanın olmaması, konunun doktora tezi olarak seçilmesine neden olmuştur. Hakem-bilirkişilik kurumuna ilişkin çalışmamızda, yeterli kanunî düzenlemenin bulunmaması nedeniyle öğreti ve yargı kararları ışığında, bu kurumun ispat hukukuna yapmış olduğu etki, hâkimin bu kurum karşısındaki tutumu ve uygulama esasları incelenecektir. Bunlar incelenirken usûl hukuku ilkelerinden, Yargıtay kararlarından yararlanılacak ve hakem-bilirkişilik sözleşmesinin mukayeseli hukuktaki görünümüne yer verilecektir. Sonuç olarak, tezin amacı mukayeseli hukukta sıklıkla kullanılan hakem-bilirkişilik kurumunun oradaki uygulamalarının tanıtılması ve bu sayede hukukumuzda da hakem-bilirkişilik kurumunun yasal düzenlemeye kavuşturulmasının önemi anlatılacaktır. Nitekim hukukumuzda da 2021 yılında Adalet Bakanlığı

tarafından yayınlanan İnsan Hakları Eylem Planı'nda, hakem-bilirkişiliğin kanunda gelecekte düzenleneceği belirtilmiştir.

Çalışmamız dört bölümden oluşmakta olup, birinci bölümünde, hakem-bilirkişilik kurumunun tanımı ve terim sorunu açısından tarafların hakem-bilirkişi atayacaklarına dair hakem-bilirkişilik sözleşmesi ve taraflarla hakem-bilirkişi arasındaki hakem-bilirkişi sözleşmesi ayrımı açıklanmaya çalışacaktır. Sonrasında, medenî usûl hukukunda sözleşme özgürlüğü ve bunun sınırları, hakem-bilirkişilik kurumunun tarihi gelişimi, karşılaştırmalı hukukta hakem-bilirkişilik, hakem-bilirkişiliğin benzer kurumlardan ayrılması, hakem-bilirkişiliğin alternatif uyuşmazlık çözüm yolları bakımından değerlendirilmesi, hakem-bilirkişiliğin yargılama ilkeleriyle ilişkisi ve hakem-bilirkişilik kurumunun önemi incelenecektir.

Çalışmamızın ikinci bölümünde, hakem-bilirkişiliğin hukukî dayanakları, karşılaştırmalı hukukta hakem-bilirkişilik sözleşmesi türleri, hakem-bilirkişilik sözleşmesinin hukukî niteliği, hakem-bilirkişilik sözleşmesinin kurulması, şeklî, genel işlem koşulları bakımından denetlenmesi ve hakem-bilirkişilik sözleşmesinin etkisi incelenecektir.

Çalışmamızın üçüncü bölümünde, tarafların üçüncü kişi olarak hakem-bilirkişiyle yapmış oldukları hakem-bilirkişi sözleşmesinin kurulması, şeklî ve hukukî niteliği incelenecektir. Sonrasında, hakem-bilirkişinin nasıl seçileceği, hakem-bilirkişide bulunması gereken özellikler, hakem-bilirkişinin hukukî durumu, hakem-bilirkişinin hak ve yükümlülükleri ve sorumluluğu incelenecektir.

Çalışmamızın son bölümünde, hakem-bilirkişinin hakem-bilirkişi raporunu hazırlamak için nasıl bir inceleme yapacağı, hakem-bilirkişi raporunun içeriği, şeklî, etkisi, hakem-bilirkişi raporunun iptal sebepleri, iptal davası ve hakem-bilirkişi raporunun iptalinin sonuçları incelenecektir.

BİRİNCİ BÖLÜM

KAVRAM, TEMEL BİLGİLER ve KURUMUN HUKUKÎ NİTELİĞİ

I. KAVRAM, TERİM ve TANIM

A. Kavram ve Terim Sorunu

Hakem-bilirkişilik kurumuyla taraflar, aralarındaki uyuşmazlık konusu hakkında, miktar, değer veya nitelik gibi belli bazı hususların, taraflarca atanmış uzman ve tarafsız hakem-bilirkişi veya birden fazla hakem-bilirkişiler şeklinde oluşturulacak kurulca tespit edilmesini, bu vakıa tespitini içeren hakem-bilirkişi raporunun hem tarafları hem de hâkimi bağlayacağını kararlaştırırlar¹.

¹ Baki Kuru, **Hukuk Muhakemeleri Usûlü Cilt III**, 6. Baskı, Demir-Demir Yayınevi, İstanbul 2001, (Usûl Cilt III), s. 2899; Baki Kuru, Ramazan Arslan ve Ejder Yılmaz, **Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı**, 25. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2014, s. 442; Baki Kuru, **İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı**, Yetkin Yayınları, Ankara 2017, (Usûl Hukuku), s. 325; Baki Kuru ve Burak Aydın, **İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı**, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2023, (Usûl Ders Kitabı), s. 335-336; Baki Kuru ve Burak Aydın, **Medenî Usûl Hukuku El Kitabı Cilt I**, Yetkin Yayınları, Ankara 2021, (Usûl El Kitabı Cilt I), s. 851; Hakan Pekcanıtez, Oğuz Atalay ve Muhammet Özekes, **Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı**, On İki Levha Yayıncılık, 12. Bası, İstanbul 2024, (Usûl Ders Kitabı) s. 384; Hakan Pekcanıtez, Oğuz Atalay ve Muhammet Özekes, **Medenî Usûl Hukuku**, 14. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2013, (Usûl Hukuku), s. 718; Oğuz Atalay, **Pekcanıtez Usûl Medenî Usûl Hukuku Cilt II**, 15. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, (Pekcanıtez Usûl Cilt II), s. 1752; Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar Ayvaz ve Emel Hanağası, **Medenî Usûl Hukuku**, 10. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2024, s. 521; Süha Tanrıver, **Medenî Usûl Hukuku Cilt I Temel Kavramlar ve İlk derece Yargılaması**, 6. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2024, (Usûl Cilt I), s. 909-910; Metin Tuluay, **Delil Anlaşmaları**, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, Tarihsiz, s. 71-72; Ejder Yılmaz, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi 3. Cilt**, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2021, (Şerh), s. 3626; Sema Taşpınar, **Medeni Yargılama Hukukunda İspat Sözleşmeleri**, Yetkin Yayınları, Ankara 2001, (İspat Sözleşmeleri), s. 142; Özcan Atalay, “Hakem-Bilirkişi Kavramı”, **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl: 1976, S. 5, s. 870-871; Tahir Sebük, “Hakem, Hakem-Bilirkişi ve Kanunî Hakem Kararlarının Mukayesesi ve Tahkim Şartı”, **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl: 1966, S. 3, s. 503; Ali Yeşilırmak, “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolu Olarak Hakem-Bilirkişilik”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 11, Özel Sayı 2009, (Hakem-Bilirkişilik), s. 694; Ali Yeşilırmak, **Türkiye’de Ticari Hayatın ve Yatırım Ortamının İyileştirilmesi İçin Uyuşmazlıkların Etkin Çözümünde Doğrudan Görüşme, Arabuluculuk, Hakem-Bilirkişilik ve Tahkim: Sorunlar ve Çözüm Önerileri**, XII Levha Yayınevi, İstanbul 2022, (Öneri), s. 24; Tunç Cantaymaz, **İspat Hukukunda Hakem-Bilirkişilik**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2002, s. 40; Duygu Demirel, “Hakem-Bilirkişi Sözleşmesi ve Uygulaması Esasları”, **Terazi Dergisi**, C. 9, S. 93, Mayıs 2014, s. 24; Recep Aşit, **Delil Sözleşmeleri Bakımından İrade Serbestisinin Sınırı**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2015, (Delil Sözleşmesi), s. 131-132; Tahsin Hatipoğlu, **Medeni Yargılama Hukukunda Delil Sözleşmeleri**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020, s. 91; Tutku Ecem Aslan, **Medeni Usûl Hukukunda Münhasır Delil Sözleşmesi**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Hacettepe

Hakem-bilirkişilik kurumunu, daha iyi ifade edebilmek ve anlam farklılıklarına son vermek için bazı terimlerin açıklığı kavuşturulması ve terim sorunları açısından çalışmamızda hangi terimleri kullanacağımıza ilişkin hususların belirlenmesi gerekir.

Öncelikle “sözleşme” (Vertrag) ve “anlaşma” (Vereinbarung) kavramlarından hangisinin kullanılması gerektiğini belirlememiz gerekir. Yargılama hukukunda bir sözleşme yapılıp yapılamayacağı sorunu, sözleşme veya anlaşma kavramlarından hangisinin kullanılması gerektiği şeklinde terminolojik bir tartışmayı da beraberinde getirmiştir.

Schiedermair’e göre, Alman hukukunda özel hukuktaki sözleşme kavramının, yargılamaya ilişkin kanunların bunları kolaylıkla kabul etmediği, bu nedenle sözleşme (Vertrag) kavramının değil, onun yerine anlaşma (Vereinbarung) veya mutabakat/muvafakat (Einigung) kavramının kullanılması gerektiğini ileri sürmüştür². Ayrıca, bunlar arasındaki ayrımın, tarafların anlaşmasının münhasıran mahkemenin yetkilerini genişletmeye yönelik olması hâlinde bir muvafakat beyanından söz etmemiz gerekirken; tarafların birbirlerine karşılıklı haklar tanımayı istediklerinde ise bir sözleşme mevcut olduğunu ileri sürmüştür³.

Wagner’e göre, bu ayrımlarda kullanılan ölçütler yetersiz olup yargılama hukuku düzeni, süreci yönlendirmeyi veya işletmeyi tarafların iradesini mahkemeye karşı açıklamalarına bağlı tutmuşsa, muvafakat/mutabakat beyanı söz konusuysa; diğer bütün durumlarda tarafların usûlî yetkiler üzerinde tasarruf ve bununla da usûl sözleşmesi mevcuttur. Bu şekilde muvafakat/mutabakat durumunda, mahkemenin katılımı veya buna ilişkin bir karar vermesi söz konusuysa; sözleşme mahkemeden bağımsız olarak varlık göstermektedir⁴.

Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Ankara 2023, s. 64; Ali Haydar Yıldırım, **Sigorta Tazminatı ve Bedelinin Muacceliyeti (TTK 1427)**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2020, s. 192; Aktan Özkan, “Sigorta Sözleşmelerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklarda Hakem-Bilirkişilik”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukukta Disiplinlerarası Yaklaşımlar Konferansları No.2 “Hukukta Anlaşmazlık Çözüm Yolları” Uluslararası Sempozyumu**, Adalet Yayınevi, Ankara 2021, s. 532; Işıl S. Tekdoğan Bahçivancı, “Hakem-Bilirkişilik Sözleşmesine Uygulanacak Hukuk”, **Atipik Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk**, Onikilevha Yayınevi, İstanbul 2020, s. 360; Didem Yardımcıoğlu, “İş Hukukunda Dava Şartı Arbuluculuk ile Hakem-Bilirkişiliğin Birlikte Uygulanması Hakkında Karşılaşılabilecek Durumlar”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Y. 14, S. 56, Ekim 2023, s. 467.

² Gerhard Schiedermair, **Vereinbarungen im Zivilprozess**, Ludwig Rohrscheid Verlag, Bonn 1935, s. 2; Taşpınar, İspat Sözleşmeleri, s. 50.

³ Schiedermair, s. 28; Taşpınar, İspat Sözleşmeleri, s. 52.

⁴ Gerhard Wagner, **Prozessverträge Privatautonomie im Verfahrensrecht**, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen 1998, s. 339; Taşpınar, İspat Sözleşmeleri, s. 52-53.

Hukukumuzda bu şekilde bir tartışma yapılmamakla birlikte, bazı farklılıklara dikkat çekilmektedir. *Konuralp*, esas olarak anlaşmanın da sözleşme gibi, tarafların hak ve yükümlülüklerini ve tarafların belli konudaki iradelerinin uyumunu ifade ettiğini belirtir. Ancak Fransız hukukunda, deliller hakkında sözleşme (contrat) sözcüğü yerine, anlaşma (convention) tercih edilse de bu kavramların birbiri yerine kullanılabileceğini ifade etmektedir⁵. Bu kapsamda doktrinde sadece mutabakat/muvafakat beyanları ile sözleşme ve anlaşma kavramları birbirinden ayrılmakta olup sözleşme ve anlaşma kavramları birbiri yerine kullanılmakta ve ayrılmamakta olduğundan çalışmamızda anlaşma kavramı yerine, sözleşme kavramını kullanacağız.

Hakem-bilirkişilik kurumu ve hakem-bilirkişiye ilişkin, Alman, İsviçre ve Avusturya hukuklarında kullanılan terimlerde yeknesaklık yoktur. İlk dönemlerde hakem-bilirkişi için Roma hukuku kaynaklı, “*Arbitrator*”, değer biçen anlamına gelen “*Schätzer*” veya uzlaştırma fonksiyonu görevini yerine getiren “*Schiedsmann*” ifadesi kullanılmaktaydı⁶. *Weismann*, bu terimlerin hakem-bilirkişi ifadesi için uygun olmadığını ifade ederek, “*Schiedsgutachter*” ifadesini ilk olarak kullanmış ve doktrinde bu ifade benimsenmiştir⁷. Ancak 1908 tarihli Alman Sigorta Sözleşmeleri Kanunu’nda (VVG) hasar sigortasında istemin unsurlarının veya uğranılan zararın

⁵ Halûk Konuralp, **Medenî Usûl Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009 (İspat), s. 59, dn. 15; Taşpınar, İspat Sözleşmeleri, s. 51.

⁶ Wilhelm Kisch, **Der Schiedsmann im Versicherungsrecht**, Mannheim, Berlin, Leipzig 1924, (Schiedsmann), s. 2; Wilhelm Kisch, “Die Rechtliche Bedeutung des Schiedsgutachtens in Versicherungsachen”, **Rhein Zeitschrift**, 1917/18, (Rhein) s. 12; Fritz Arens, **Arbitri (Schiedsrichter) und Arbitratoren (Schiedsmänner) Nach Heutigem Reichsrecht**, Mainz 1911, s. 1-2; Arthur Bachmann, **Der Schiedsgutachter**, Zürich 1949, s. 37; Bernhard Garger, **Das Schiedsgutachtenrecht**, Manzschke Verlags, Wien 1996, s. 261; Albert Ehrenzweig, **Deutsches (Österreiches) Versicherungsvertragsrecht**, Wien 1952, (VVG), s. 190.

⁷ Jakob Weismann, “Das Schiedsgutachten”, **AcP 72** (1888), (AcP 72), s. 269; Jakob Weismann, Die §§ 355-357 des Entwurfs Eines Bürgerlichen Gesetzbuchs (Leistung nach Ermessen eines Dritten “Arbitrator”), **AcP 74** (1889), (AcP 74), s. 422; Bert Rauscher, **Das Schiedsgutachtenrecht Unter Besonderer Berücksichtigung der Regelungen der Praxis des Massenverkehrs**, Dissertation, Frankfurt 1969, s. 23; Arno Wittmann, **Struktur und Grundprobleme des Schiedsgutachtenvertrags**, Köln, Berlin, Bonn, München 1978, s. 6; Martin Borowsky, **Das Schiedsgutachten im Common Law**, Nomos Verlag, Baden-Baden, München 2001, (Schiedsgutachten), s. 184; Ramon Sieveking, **Schiedsgutachtenverträge Nach Deutschem und New Yorker Recht**, Peter Lang Verlag, Frankfurt am Main, Berlin, Bern, Bruxelles, New York, Oxford, Wien 2007, s. 14; Reinhard Greger ve Christian Stubbe, **Schiedsgutachten**, Beck Verlag, München 2007, s. 1-2; Jens Kleinschmidt, **Delegation von Privatautonomie auf Dritte**, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen 2014, s. 47; Carolin Maus, **Das Schiedsgutachten im Allgemeinen Bürgerlichen Recht**, Humblot Verlag, Berlin 2021, s. 24; Bernadette Lorenzen, **Schranken Für Die Rechtliche Bewertung Innerhalb Der Schiedsgutachterlichen Tätigkeit**, Lit Verlag, Hamburg, Berlin 2020, s. 7.

miktarının tespiti (VVG § 64) ve kaza sigortasında (VVG §184) bu ifadenin yerine uzman prosedürü anlamına gelen “*Sachverständigenverfahren*” ifadesi kullanılmıştır. Aynı şekilde 2008 tarihinde, 1908 tarihli Alman Sigorta Sözleşmeleri Kanunu yürürlükten kalkmış, yeni Alman Sigorta Sözleşmeleri Kanunu’nda da hasar sigortasında (VVG § 84) ve kaza sigortasında (VVG § 189) “*Sachverständigenverfahren*” ifadesi kullanılmıştır. Ancak doktrin tarafından, buradaki faaliyetin hukukî ilişkinin bir unsuru veya münferit vakıanın tespitini içerdiğinden, bir tahkim değil, hakem-bilirkişilik olduğu ifade edilmektedir⁸.

Hakem-bilirkişilik kurumu açısından taraflar kendi aralarında ve hakem-bilirkişiyle olmak üzere iki tane sözleşme yapmakta ve bu sözleşmelerin tarafları ve hukukî nitelikleri ve onlara uygulanacak hükümler farklı olduğundan, birbirinden ayrılması gerekir. Alman hukukunda, tarafların kendi aralarında hakem-bilirkişi atayacaklarına dair sözleşmeye “*Schiedsgutachtenvertrag*” denirken; hakem-bilirkişiyle taraflar arasında yapılacak sözleşme için “*Schiedsgutachtervertrag*” ifadesi kullanılmaktadır⁹.

İsviçre hukukunda da Roma hukukunun etkisiyle, ilk dönemlerde hakem-bilirkişi yerine “*arbitrator*” denilmekteyken, günümüzde “*Schiedsgutachter*” ifadesi kullanılmaktadır¹⁰. Hem hakem-bilirkişi kurumuna hem de hakem-bilirkişi raporuna

⁸ Werner Asmus, *Das Sächverständigenverfahren*, Dissertation, Hamburg 1961, s. 6-8; Wiebke Heinrich, *Das Sachverständigenverfahren Im Privatversicherungsrecht*, Peterlang Verlag, Hamburg 1995, s. 54; Jürgen Prölss, Anton Martin ve Wolfgang Voit, *Versicherungsvertragsgesetz mit Nebengesetzen, Vertriebsrecht und Allgemeinen Versicherungsbedingungen*, 31. Auflage, München 2021, s. 709, § 84 VVG, Rn. 4; Ernst Brück, Hans Möller ve Katherine Johannsen, *Versicherungsvertragsgesetz Grosskommentar Dritter Band § 74-99 VVG*, 9. Auflage, Berlin 2010, s. 462-463, § 84 VVG, Rn. 11.

⁹ Gustav Meckenstock, *Der Schiedsgutachtervertrag und seine Anwendung im Arbeitsrecht*, Dissertation, Köln 1932, s. 4; Bettina Meyer, *Der Schiedsgutachtervertrag Eine Untersuchung des Rechtlichen Verhältnisses zwischen Schiedsgutachtern und Parteien mit Vergleichenden Ausführung zum Schiedsrichtervertrag*, Dissertation, München 1995, s. 1; Stein Friedrich, Martin Jonas ve Peter Schlosser, *Kommentar zur Zivilprozessordnung Band 10 § 1025-1066*, 23. Auflage, Tübingen 2014, s. 40, vor § 1025, Rn. 66; Karl Heinz Schwab, Gerhard Walter ve Adolf Baumbach, *Schiedsgerichtsbarkeit*, 7. Auflage, Helbing-Lichtenhahn 2005, s. 12-13; Heinz Thomas ve Hans Putzo, *Zivilprozessordnung*, 42. Auflage, München 2021, s. 1530-1531, § 1029 Vorb, Rn. 6; Otto Palandt ve Christian Grüneberg, *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch mit Nebengesetzen Band 7 § 315-319 BGB*, 80. Auflage, München 2021, s. 538, § 317 Rn. 3; Joachim Gernhuber, *Das Schuldverhältnis Begründung und Aenderung Pflichten und Strukturen Drittwirkungen*, Tübingen 1989, s. 302-303.

¹⁰ Bachmann, s. 27; Werner Wenger, *Zum Obligationenrechtlichen Schiedsverfahren im Schweizerischen Recht Eine Rechtsvergleichende und Historische Studie zur Unterscheidung zwischen Schiedsrichter und Schiedsgutachter unter Besonderer Berücksichtigung des “arbitrato libero” des Italienischen Rechts*, Basel 1968, s. 12-15; Otto Hagenbüchle, *Das*

“*Schiedsgutachten*” denilmektedir. Nitekim bu ifade İsviçre hukukunun kanunî düzenlemelerinde de kullanılmaktadır. Yürürlükten kalkan Zürich Medenî Usûl Kanunu’nun 258. maddesinde üst başlık olarak “*Schiedsgutachten*” ifadesi kullanılmıştır¹¹. Aynı şekilde 2011 yılında yürürlüğe giren, İsviçre Medenî Usûl Kanunu’nun 189. maddesinde de “*Schiedsgutachten*” ifadesi kullanılmıştır¹². İsviçre hukukunda da Alman hukukundaki gibi, tarafların hakem-bilirkişi atayacaklarına ilişkin sözleşme olan hakem-bilirkişilik sözleşmesine “*Schiedsgutachtenvertrag*” denilirken; taraflarla hakem-bilirkişi arasındaki sözleşmeye “*Schiedsgutachtervertrag*” denilmektedir¹³. Ancak hakem-bilirkişinin cinsiyetinin de belirtilmesine yönelik gramer sorunları ve sadece bir harfin farklı olmasından kaynaklanan sorunlar sebebiyle son kitaplarda, tarafların kendi aralarında çekişmeli vakıa için hakem-bilirkişi atayacaklarına ilişkin sözleşmeye “*Schiedsgutachtenparteivertrag*” denilirken; taraflarla hakem-bilirkişi arasındaki sözleşmeye de “*Schiedsgutachtendrittvertrag*” ifadesi kullanılmaktadır¹⁴.

Avusturya hukukunda da ilk dönemlerde Roma hukukunun etkisiyle “*arbitrator*” ifadesi kullanılmaktayken, günümüzde “*Schiedsgutachter*” ifadesi

Schiedsgutachten im Schweizerischen Recht, Dissertation, Fraunfeld 1952, s. 11; Olivia Pelli, **Beweisverträge im Zivilprozess**, DIKE Verlag, Dissertation, Zürich, St. Gallen 2012, s. 11; Luca Angstmann, **Das Schiedsgutachten im Schweizerischen Recht Ein Beitrag zum Verhältnis von Privat und Prozessrecht**, Schultless Verlag, Dissertation, Zürich, Basel, Genf 2020, s. 9; Jeffrey Brosi, **Das Schiedsgutachten gemäss Art. 189 ZPO Unter Besonderer Berücksichtigung der sich Stellenden Abgrenzungsfragen zur Leistungbestimmung und Vertragsänderung durch einen Dritten**, Schultless Verlag, Dissertation, Zürich, Basel, Genf 2023, s. 4; Walther J. Habscheid, **Schweizerischen Zivilprozess und Gerichtsorganisationsrecht Ein Lehrbuch**, 2. Auflage, Basel 1990, (Schweiz ZPO), s. 519; Richard Frank, Hans Sträuli ve Georg Messmer, **Kommentar für Zürcherischen Zivilprozessordnung**, 3. Auflage, Zürich 1997, s. 770; Max Guldener, **Schweizerisches Zivilprozessrecht**, 3. Auflage, Zürich 1979, (Schweiz ZPO), s. 597; Annette Dolge, **Basler Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung**, 3. Auflage, Basel 2017, s. 1050, § 189, Rn. 1; Thomas Sutter Somm, Franz Hasenböhler ve Christoph Leunberger, **Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung**, 3. Auflage, Zürich 2016, s. 1409, § 189, Rn. 6; Bernhard Berger, **Berner Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung Band II: Art. 150-302 ZPO**, Bern 2012, s. 1959, § 189, Rn. 1; Alexander Brunner, Dominik Gasser, Ivo Schwander ve Heinrich Andreas Müller, **Schweizerische Zivilprozessordnung ZPO Kommentar**, 2. Auflage, Zürich/St. Gallen 2016, s. 1539, § 189, Rn. 4; Kilian Perroluaz, **Schweizerische Zivilprozessordnung Stämpflis Handkommentar**, Bern 2010, s. 737, § 189, Rn. 1.

¹¹ Frank, Sträuli ve Messmer, s. 773, Rn. 8.

¹² Pelli, s. 13; Angstmann, s. 69-70; Brosi, s. 4; Jean Baptiste Zufferey, **L’expertise Arbitrage/ Das Schiedsgutachten**, Zürich 2013, s. 7.

¹³ Angstmann, s. 123, Rn. 257; Brosi, s. 5, Rn. 8; Tarkan Göksu, **Schiedsgerichtsbarkeit**, Dike Verlag, Zurich-St. Gallen 2014, s. 36, Rn. 88; Zufferey, s. 12.

¹⁴ Barbara Carl, **Aussergerichtliche Formen der Streitbehandlung im Bauvertragsrecht unter Besonderer Berücksichtigung des Schiedsgutachtens, der Mediation, der Empfehlung VSS 641 510 für Streiterledigung und Weiterer Bauspezifischer Mechanismen**, Dissertation, Zürich 2010, s. 21, Rn. 45; Brosi, s. 5, Rn. 9.

kullanılmaktadır. Avusturya hukukunda da tarafların hakem-bilirkişi atayacaklarına ilişkin sözleşmeyle, taraflarla hakem-bilirkişi arasında yapılan sözleşme ayrılmakta olup ilkinde “*Schiedsgutachtenvertrag*” denilirken; ikincisi için “*Schiedsgutachtervertrag*” ifadesi kullanılmaktadır¹⁵.

İtalyan hukukunda da ilk dönemlerde hakem-bilirkişilik kurumuna ve hakem-bilirkişiye Roma hukukunun etkisinden kaynaklı “*arbitrator*” ifadesi kullanılmaktaydı. Ancak günümüzde, hakem-bilirkişiye verilen görevlerle bağlantılı olarak, “*arbitraggio*”, “*arbitrato irrituale*” “*perizia contrattuale*” terimleri kullanılmaktadır¹⁶. Fransız hukukunda hakem-bilirkişilik kurumu, “*expert arbitrage*”, “*arbitrage contractuel*” veya “*expertise obligatoire*” şeklinde ifade edilmektedir¹⁷.

İngiliz ve Amerikan hukuklarında Roma hukuku kaynaklı “*arbitrator*” ifadesi, Alman ve İsviçre hukuklarından farklı olarak, hakem-bilirkişi için değil, hakemi ifade etmek için kullanılmaktadır¹⁸. Anglo-Sakson hukukunda, hakem-bilirkişi için “*expert*” ifadesi kullanılmaktadır¹⁹. Ancak günümüzde Anglo-Sakson hukukunda, bu anlam kargaşasını da engellemek adına, genel olarak hakem-bilirkişilik kurumu için “*expert determination*” ifadesi kullanılmaktadır²⁰.

Hukukumuzda doktrinde, Alman hukukundaki “*Schiedsgutachten*” terimi gibi, hakem anlamına gelen “*Schiedsrichter*” ve bilirkişilik anlamına gelen “*Gutachten*”

¹⁵ Garger, s. 42.

¹⁶ Wenger, s. 12; Martin Hartl, **Das Schiedsgutachten im Italienischen Recht**, Dissertation, München, s. 1992, s. 8-15; Walther J. Habscheid, “Das Schiedsgutachten als Mittel der Streitentscheidung und Streitvorbeugung”, **Festschrift für Winfried Kralik zum 65. Geburtstag Verfahrensrecht-Privatrecht**, Wien 1986, (FS Kralik), s. 193.

¹⁷ Friedrich Niggemann, “Schiedsgutachten und Schiedsgerichtsähnliche Verfahren im Französischen Recht”, **Schiedsgutachten Versus Schiedsgerichtsbarkeit**, Carl Heymanns Verlag, Köln, Berlin, München 2007, s. 59; Habscheid, FS Kralik, s. 192; Ewelina Kajkowska, **Enforceability of Multi-tiered Dispute Resolution Clauses**, Oxford and Portland, Oregon 2017, s. 101.

¹⁸ Thomas Baty, “The Difference Between Arbitrator in The Roman Sense and Modern Arbitrators”, **University of Pennsylvania Law Review and American Law Register**, Vol. 65, No. 8, 1917, s. 732-733; John Kenndall, Clive Freedman ve James Farrell, **Expert Determination**, Sweet Maxwell Press, London 2008, s. 2; Borowsky, Schiedsgutachten, s. 26; Sieveking, s. 45-46.

¹⁹ Kendall, Freedman ve Farrell, s. 4; Borowsky, Schiedsgutachten, s. 15; Sieveking, s. 39.

²⁰ Kendall, Freedman ve Farrell, s. 5; Borowsky, Schiedsgutachten, s. 15; Sieveking, s. 40; Cahit Ağaoğlu, **Arbitration in Merger and Acquisition Transactions Problem of Consent in Parallel Proceedings and in The Transfer Of Arbitration Agreements in Merger and Acquisition Arbitration**, Queen Mary University, Doctoral Thesis, London 2012, s. 182-183; Anke Sessler, Corina Leimert, “The Role Of Expert Determination in Mergers and Acquisitions Under German Law”, **Arbitration International**, Volume 20, No. 2, 2004, s. 151; Utku Ilgaz Sümer, **Conflict Resolution Of Commercial Disputes by Expert Determination**, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İzmir 2023, s. 4.

kelimesinin birleşimi şeklinde, hakem-bilirkişilik kavramı kullanılmaktadır²¹. Bu kavramın, tahkim ve mahkeme bilirkişilik kurumları ile aralarındaki benzerlikler nedeniyle, kullanıldığı ifade edilmektedir²². Diğer taraftan Alman, İsviçre ve Avusturya hukukunda olduğu gibi, tarafların kendi aralarında hakem-bilirkişi atayacaklarına dair sözleşmeyle; taraflarla hakem-bilirkişi arasındaki sözleşmeyi ayırmamız önem arz edecek olup, bu sözleşmelerin tarafları ve hukukî nitelikleri farklılık arz etmektedir. Tarafların uyuşmazlık konusu çekişmeli vakıa bakımından kendi aralarında hakem-bilirkişi atayacaklarına ilişkin sözleşmeyi “*hakem-bilirkişilik sözleşmesi*” veya bu sözleşmenin bir şartı olarak yapılması durumunda “*hakem-bilirkişilik şartı*” olarak ifade edeceğiz. Ancak hakem-bilirkişilik sözleşmesinin tarafları ve hakem-bilirkişi arasında yapılan, genel olarak hakem-bilirkişinin hak ve yükümlülüklerini belirten sözleşme “*hakem-bilirkişi sözleşmesi*” olarak ifade edilecektir. Bu ayırım, aynı tarafların kendi aralarında hakem veya arabulucu atayacaklarına ilişkin sözleşmede ilkinde tahkim ikincisine arabuluculuk sözleşmesi denilirken; taraflarla hakem veya arabulucu arasındaki sözleşmeye hakem veya arabulucu sözleşmesi²³ denilmesine benzemektedir²⁴.

B. Tanım

Tanımı yapılacak sözleşme tipi, tarafların kendi aralarında uyuşmazlık konusu vakıaya ilişkin hakem-bilirkişi atayacaklarına ilişkin hakem-bilirkişilik sözleşmesi ve buna bağlı olarak, hakem-bilirkişilik kurumudur.

Hakem-bilirkişilik ne kanunlarda tanımlanmış ne de doğrudan hakem-bilirkişiliği içeren bir kanunî düzenleme söz konusudur. Bu nedenle hakem-

²¹ Tuluay doktrinde, üst başlık olarak hem akdî bilirkişilik hem de hakem-bilirkişi ifadesini parantez içine alarak birlikte kullanmıştır. Ancak çalışmasının ilerleyen kısımlarda sadece hakem-bilirkişi ifadesini kullanmıştır (Tuluay, s. 71-72).

²² Yeşilirmak, Hakem-Bilirkişilik, s. 699.

²³ Gülgün Ildır, **Alternatif Uyuşmazlık Çözümü-Medenî Yargıya Alternatif Yöntemler**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2023, s. 64; Elif Kısmet Kekeç, **Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler**, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2016, s. 151; Ömer Ekmekçi, Muhammet Özkes, Murat Atalı ve Vural Seven, **Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk - Arabuluculuğun Temel Kavramları İhtiyarî Arabuluculuk- Zorunlu Arabuluculuk-İş Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk-Ticarî Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk**, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 55-58.

²⁴ Thomas ve Putzo, § 1029 vorb, s. 1530, Rn. 6.

bilirkişiliğe ilişkin tanımlama, doktrin ve karşılaştırmalı hukuk esas alınarak yapılacaktır. Öncelikle karşılaştırmalı hukuk, sonra hukukumuz esas alınarak, hakem-bilirkişilik sözleşmesi tanımlanmaya çalışılacaktır.

Alman hukukunda hakem-bilirkişiye verilen görevler çok geniş bir faaliyet alanı oluşturmakta olup hakem-bilirkişinin bir sözleşmeye ilişkin esaslı veya esaslı olmayan bir edimi belirleme, sözleşmeye ilişkin edimin uyarlanması, sözleşmeye ilişkin belirsiz hususların açıklanması ve son olarak vakıa tespit faaliyeti görevi vardır. Bu nedenle doktrindeki tanımlarda, hakem-bilirkişinin bu görevlerinin hepsini içermektedir.

*Bluetge*²⁵, hakem-bilirkişilik sözleşmesini, bir sözleşmeye ilişkin esaslı veya esaslı olmayan edimin belirlendiği, edimin uyarlandığı, sözleşmenin içeriğinin açıklandığı veya taraflar arasındaki çekişmeli vakıaya ilişkin görüş ayrılıklarının bir hakem-bilirkişi tarafından her iki taraf için de bağlayıcı olacak şekilde açıklığa kavuşturan bir sözleşme olarak tanımlamıştır.

İsviçre hukukunda, Alman hukukundaki gibi, hakem-bilirkişiye geniş bir faaliyet alanı verilmemekte, sadece hakem-bilirkişinin vakıayı tespit görevi kabul edilmektedir. Bu nedenle tanımlamalarda vakıa tespit görevi dikkate alınarak yapılmaktadır. İsviçre hukukunda Medenî Usûl Kanunu yürürlüğe girmeden önce, Zürih Medenî Usûl Kanunu'nun 258. maddesinde tarafların serbestçe tasarruf edebileceği bir hukukî ilişkiyle ilgili vakıaların bağlayıcı olarak belirlenmesine ilişkin tarafların, hakem-bilirkişilik hususunda anlaşabileceği düzenlenmiştir²⁶. 2003 yılında yayımlanan taslak kanunda hakem-bilirkişilik, 183. maddede düzenlenmekte olup tarafların çekişmeli vakıalar hakkında hakem-bilirkişi raporu hakkında anlaşabileceği belirtilmiştir²⁷. 2006 yılında yayımlanan İsviçre Medenî Usûl Kanunu Tasarısı'nın 186. maddesinde hakem-bilirkişilik düzenlenmiş olup hakem-bilirkişilik, hukuken önemli vakıaların, uzman olan üçüncü kişi tarafınca bağlayıcı olarak belirlenmesi olarak tanımlanmıştır²⁸. 2011 yılında yürürlüğe giren İsviçre Medenî Usûl Kanunu'nun 189. maddesinde hakem-bilirkişilik düzenlenmiş olup hakem-bilirkişilik tasarıyla benzer olarak, tarafların çekişmeli vakıalar hakkında bağlayıcı hakem-

²⁵ Peter Bleutge, **Sachverständige als Schiedsgutachter**, Institut für Sachverständigenwesen Verlag, 5. Auflage, Köln 2014, s. 15; Maus, s. 24.

²⁶ Bachmann, s. 22; Frank, Sträuli ve Messmer, s. 829.

²⁷ Angstmann, s. 69, Rn. 139.

²⁸ Angstmann, s. 70, Rn. 142.

bilirkişi raporu düzenleyebileceği (SchZPO Art. 189/I) ifade edilmiştir. İsviçre Federal Mahkemesi kararında da hakem-bilirkişilik, sözleşmeye bağlı olarak atanan üçüncü tarafça hukuken önemli vakıaların bağlayıcı tespitinin yapılması olarak tanımlanmıştır²⁹.

Hukukumuzda da İsviçre hukukunda olduğu gibi, Alman hukukuna özgü olan, hakem-bilirkişinin bir sözleşmeyi tamamlaması ve uyarlaması şeklindeki görevi reddedilmekte, sadece hakem-bilirkişinin vakıayı tespit görevi kabul edilmektedir³⁰. Bu nedenle tanımlamalarda vakıa tespit fonksiyonu dikkate alınarak yapılmaktadır. Hukukumuzda kanunlarda hakem-bilirkişilik sözleşmesinin tanımı yapılmamış, bu husus doktrin ve uygulamaya bırakılmıştır. Ancak Adalet Bakanlığı tarafından hazırlanan kanun taslaklarından “*Türkiye Hakem ve Bilirkişi Odaları Birliği Kanunu Taslağı*” birinci bölüm, ikinci maddesinin beşinci bendinde, hakem-bilirkişi tanımlanmıştır. Hakem-bilirkişi, taraflar arasındaki sözleşmesinin yerine getirilmesi sırasında ortaya çıkan veya çıkabilecek teknik sorunların çözülmesi için taraflarca belirlenen kişi olarak tanımlanmıştır³¹. Hukukumuzda, ayrıca doktrinde birçok hakem-bilirkişilik sözleşmesine ilişkin tanımlama yapılmıştır.

Tuluay’a göre³², hakem-bilirkişilik, tarafların zararının miktarı, zararlar fiil arasındaki illiyet bağının mevcut olup olmadığı gibi aralarında doğmuş bulunan ihtilafa ilişkin bazı unsurların, hakem-bilirkişi denilen üçüncü kişilerle tespit edilmesi hususundaki anlaşmalardır.

Kuru’ya göre³³, hakem-bilirkişilik sözleşmesi (anlaşması), tarafların aralarındaki belli bir uyuşmazlık konusunun miktarının veya niteliklerinin, belirli (muayyen) kişiler veya kurullar (hakem-bilirkişiler) tarafından tespit edileceğini ve

²⁹ BGE 71 II 295; BGE 67 II 147 E. 2 (Brosi, s. 3).

³⁰ Tuluay, s. 77; Nevhis Deren Yıldırım, Hakem-Bilirkişi Sözleşmesinin Hukuki Mahiyeti ve Delillerin Serbestçe Değerlendirilmesi İlkesinin Vazgeçilmezliği, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. LIV, S. 1-4, s. 325; Taşpınar, İspat Sözleşmeleri, s. 145; Cantaymaz, s. 43; Aksi yönde bkz. Rasih Yeğengil, **Tahkim (L’Arbitrage)**, Cezaevi Matbaası, İstanbul 1974, s. 149-150.

³¹ Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, “**Bilirkişi ve Hakem Odaları Birliği**” “**İstanbul’da Milletlerarası Tahkim Merkezi**” Kurulması Hakkında Adalet Bakanlığı Tarafından Hazırlanan Kanun Taslakları, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 2001, s. 61.

³² Tuluay, s. 71.

³³ Kuru, Usûl Cilt III, s. 2899; Kuru, Arslan ve Yılmaz, s. 442; Kuru, Usûl Hukuku, s. 325; Kuru ve Aydın, Usûl Ders Kitabı, s. 335-336; Kuru ve Aydın, Usûl El Kitabı Cilt I, s. 851; Benzer tanımlamalar için bkz. Pekcanıtez, Atalay ve Özekes, Usûl Hukuku, s. 718; Pekcanıtez, Atalay ve Özekes, Usûl Ders Kitabı, s. 384; Atalay, Pekcanıtez Usûl Cilt II, s. 1752; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, s. 521; Tanrıver, Usûl Cilt I, s. 909-910.

hakem-bilirkişilerce yapılacak tespitin bağlayıcılığını kabul edeceklerini kararlaştırdıkları sözleşmedir.

Yeşilirmak'a göre³⁴, hakem-bilirkişilik sözleşmesi, uyuşmazlık konusunun miktar, değer veya seviye ya da yeterlilik gibi bir vasfının, güvenilen, uzman ve tarafsız bir kişi (hakem-bilirkişi) tarafından tespit edilmesi ve bu tespitin taraflar için bağlayıcı olması ve bu hususların yalnızca anılan tespitle bağlayıcılığını kabul ettikleri sözleşme olarak tanımlamaktadır.

Balcı'ya göre³⁵, tarafların aralarındaki sözleşmenin ifası sırasında orta çıkacak teknik sorunların çözümlenebilmesi için uzman bir kişi olan hakem-bilirkişiye yetki verdikleri ve hakem-bilirkişilerin kararlarının bağlayıcı olduğu sözleşmeler olarak tanımlamıştır.

Doktrindeki tanımlamalarda, hakem-bilirkişinin görevini genelde bir sınırlandırma eğilimi vardır. Ancak hakem-bilirkişinin görevini bir vakıa olarak, “zararın miktarı” veya “malın niteliği” şeklinde sınırlandırmamak gerekir. Bunlar sadece örnek teşkil edebilir; nitekim *Yeşilirmak*, bu vakıalara “değer” veya “seviye” ya da “yeterlilik” gibi bazı vakıaları da eklemiş, ancak bu tanımlamada bile, hakem-bilirkişinin görevinin sadece bu vakıalarla sınırlı olduğunu ifade edemeyiz. Bu nedenle İsviçre hukukundaki gibi genel bir tanım olarak, “hukuken önemli çekişmeli vakıa” genel bir tanımlama olması için önem arz eder. Hakem-bilirkişilik sözleşmesinin temel özelliklerinden hareket edilerek, hakem-bilirkişilik sözleşmesine ilişkin şu genel tanım verilebilir.

“Hakem-bilirkişilik, taraflar arasında çekişmeli ve hukuken önemli bir vakıanın, taraflarca seçilen uzman ve tarafsız bir kişi ya da kurulca tespit edilen, bu tespite göre ortaya çıkan raporun, tarafları ve mahkemeyi kural olarak bağladığı ve bu hususların sadece hakem-bilirkişi raporuyla ispatlanacağına taraflarca kararlaştırıldığı sözleşmeyi ifade eder”.

³⁴ Yeşilirmak, Hakem-Bilirkişilik, s. 694; Yeşilirmak, Öneriler, s. 24.

³⁵ Muharrem Balcı, *İhtilâfların Çözüm Yolları ve Tahkim*, Danışman Yayınevi, İstanbul 1999, s. 30.

II. USÛL İŞLEMLERİ ve USÛL SÖZLEŞMELERİNE GENEL BAKIŞ

A. Genel Olarak

Çalışmamız açısından, usûlî işlemler hakkında bilgi vermeden önce hukukî işlemler hakkında kısaca bilgi vermeye ve usûl işlemleriyle arasındaki farka değinmeye çalışacağız.

Hukukî işlemler, bir veya birden çok kişinin, hukuk düzeninin öngördüğü sınırlar içinde, hukukî sonuç doğurmaya yönelik irade açıklamasıdır³⁶. Dava açılmadan önce, taraflar arasında var olan “maddî hukuk ilişkisi” davanın açılması sonucunda yerini hem taraflar hem de taraflarla mahkeme arasında kurulan üçlü bir “usûl hukuku ilişkisine” bırakmaktadır³⁷. Taraflar ve mahkeme arasındaki, davanın açılmasından hükmün kesinleşmesine kadar devam eden bu üçlü ilişkide, davanın ilerlemesini sağlayan ve birbirini takip eden hem taraflar hem de mahkeme tarafından birtakım işlemler yapılmaktadır. Taraflar ve mahkeme tarafından yapılan bu işlemler, maddî hukuk işlemlerinden ayırt edilmesini sağlamak amacıyla, usûlî işlemler³⁸ olarak ifade edilmektedir³⁹.

³⁶ Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 29. Baskı, Legem Yayınevi, Ankara 2024 (Borçlar Genel), s. 121; Necip Kocayusufoğlu, Hüseyin Hatemi, Rona Serozan ve Abdülkadir Arpacı, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm Birinci Cilt**, Filiz Kitabevi, 7. Bası, İstanbul 2017, s. 87-88; Kemal M. Oğuzman ve Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I**, 22. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2024, s. 38; Haluk Nami Nomer, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 18. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2021, (Borçlar Genel), s. 35; Gökhan Antalya, **Marmara Hukuk Yorumu Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt V/1, 1**, Seçkin Yayınevi, 2. Baskı, Ankara 2019, s. 136.

³⁷ Necip Bilge ve Ergün Önen, **Medenî Yargılama Hukuku Dersleri**, 3. Baskı, Sevinç Matbaası, Ankara 1978, s. 275; Saim Üstündağ, **Medeni Yargılama Hukuku Cilt I-II**, 7. Bası, Nesil Matbaacılık, İstanbul 2000, (Medeni Yargılama), s. 416; İlhan E. Postacıoğlu, **Medeni Usûl Hukuku Dersleri**, 6. Bası, Sulhi Garan Matbabası, İstanbul 1975, s. 335; İlhan E. Postacıoğlu ve Sümer Altay, **Medenî Usûl Hukuku Dersleri**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015, s. 346; Nilüfer Boran Güneysu, “İşlem Türleri ve Usûlî İşlemin Bu İşlem Türleri Arasındaki Yeri”, **Haluk Konuralp Anısına Armağan Cilt I**, Yetkin Yayınları, Ankara 2009, s. 172.

³⁸ Doktrinde “usûlî işlem” kavramı kullanıldığı gibi, bu kavram yerine, “usûlî muamele”, “usûle müteallık muamele”, “muamele-i usûliye”, “adli muamele” gibi kavramlar da kullanılmaktadır. Ancak doktrinde, çoğunluk usûlî işlem kavramını kullanmaktadır (Abdurrahim Karşı, **Medeni Usûl Hukukunda Usûlî İşlemler**, Kudret Yayınevi, İstanbul 2001, (Usûlî İşlemler), s. 25-26); Taşpınar, İspat Sözleşmeleri, s. 66, dn. 112; Nur Bolayır, **Medenî Usûl Hukukunda Yetki Sözleşmeleri**, Beta Yayınevi, İstanbul 2009, (Yetki Sözleşmeleri), s. 5, dn. 2.

³⁹ Sabri Şakir Ansay, **Hukuk Yargılama Usûlleri**, Güzel Sanatlar Matbaası, 7. Baskı, Güzel Sanatlar Matbaası, Ankara 1960, (Yargılama) s. 144; İsmail Hakkı Karafakih, **Hukuk Muhakemeleri Usûlü**, Yeni Matbaa, Ankara 1952, s. 84-85; Şakir Berki, **Hukuk Muhakemeleri Usûlü**, Ege Matbaası, Ankara 1960, s. 32; Necmettin M. Berkin, **Medenî Usûl Hukuku Esasları**, Hamle Matbaası, İstanbul 1969, (Usûl), s. 111; Bilge ve Önen, s. 275; Üstündağ, Medeni Yargılama, s. 416;

Usûlî işlemler de hukukî işlemler gibi, hukukî sonuç elde etmeyi amaçlamakla birlikte, asli ve doğrudan etkilerini usûl hukuku alanında gösterdiği için maddî hukuk işlemlerinden ayrılmaktadır⁴⁰. Bu nitelendirmede, yan etkilerin diğer alanlara ait olması, söz konusu işlemin usûl işlemi veya maddî hukuk işlemi niteliğini değiştirmeyecektir⁴¹. Örneğin, dava açılmasının hem maddî hukuka hem de usûl hukukuna ilişkin sonuçları bulunmaktadır. Ancak taraf, dava açmakla yargılamayı başlatmakta ve yargılamanın esasını belirlemekte, ilk etkisini yargılama hukukunda doğurmaktadır. Buna karşılık dava açılmasının maddî hukuka ilişkin sonuçlarından birisi olan zamanaşımının kesilmesi, ikinci derecede etki doğurmaktadır. Nitekim bu etki davacının iradesinin bir sonucu olmayıp kendiliğinden meydana geldiğinden, davanın açılması bir maddî hukuk işlemi değil, bir usûlî işlemdir⁴². Diğer yandan, usûlî işlemlerin varlığı açısından, mutlaka derdest bir davanın varlığı da gerekmez. Dava açılmadan önce de davanın çözümüne yönelik yapılan bazı işlemler, örneğin tarafların dava öncesinde yetkili mahkemeyi belirlemek üzere yetki sözleşmesi yapması, dava açılmadan önce alınan ihtiyati tedbir kararı veya taraflar arasında yapılan delil sözleşmesi de usûlî işlem olarak kabul edilmektedir⁴³.

Usûlî işlemler, hukukî işlemlerden, şekil, içerik, amaç, yapılma biçimi ve irade bozuklukları şeklinde ortadan kaldırılma açısından farklılıklar arz etmektedir⁴⁴. Hukukî işlemler kural olarak herhangi bir şekle bağlı değilken (TBK m. 12); usûl işlemleri yargılamanın güvenliği ve kesinliğini temin etmek amacıyla şekle uygun yapılması gerekir⁴⁵. Bu kapsamda, medenî hukukta getirilen şekil kurallarının amacı,

Postacıoğlu, s. 335; Postacıoğlu ve Altay, s. 346; Pekcanitez, Atalay ve Özekes, Usûl Hukuku, s. 253; Pekcanitez, Atalay ve Özekes, Usûl Ders Kitabı, s. 125; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, s. 173-174; Tanrıver, Usûl Cilt I, s. 491; Yavuz Alangoya, Kâmil Yıldırım ve Nevhis Deren-Yıldırım, **Medenî Usûl Hukuku Esasları**, 8. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2011, s. 161; Abdurrahim Karşlı, **Medeni Muhakeme Hukuku**, 5. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2020, (Medeni Muhakeme), s. 347; Murat Atalı, İbrahim Ermenek ve Ersin Erdoğan, **Medenî Usûl Hukuku**, 7. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2024, s. 273; Boran-Güneysu, s. 172.

⁴⁰ Postacıoğlu ve Altay, s. 346; Pekcanitez, Atalay ve Özekes, Usûl Hukuku, s. 254; Pekcanitez, Atalay ve Özekes, Usûl Ders Kitabı, s. 126; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, s. 174; Tanrıver, Usûl Cilt I, s. 491; Boran-Güneysu, s. 188.

⁴¹ Alangoya, Yıldırım ve Deren-Yıldırım, s. 161-162; Bolayır, Yetki Sözleşmeleri, s. 11.

⁴² Karşlı, Usûlî İşlemler, s. 25; Pekcanitez, Atalay ve Özekes, Usûl Hukuku, s. 254; Pekcanitez, Atalay ve Özekes, Usûl Ders Kitabı, s. 126; Tanrıver, Usûl Cilt I, s. 494.

⁴³ Bilge ve Önen, s. 276; Pekcanitez, Atalay ve Özekes, Usûl Ders Kitabı, s. 125; Pekcanitez, Atalay ve Özekes, Usûl Hukuku, s. 253-254; Tanrıver, Usûl Cilt I, s. 491; Boran Güneysu, s. 173.

⁴⁴ Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, s. 177-178; Boran Güneysu, s. 187-188.

⁴⁵ Üstündağ, Medeni Yargılama, s. 423; Postacıoğlu, s. 336; Postacıoğlu ve Altay, s. 347; Pekcanitez, Atalay ve Özekes, Usûl Hukuku, s. 257; Pekcanitez, Atalay ve Özekes, Usûl Ders Kitabı, s. 129; Tanrıver, Usûl Cilt I, s. 492; Karşlı, Usûlî İşlemler, s. 71; Boran Güneysu, s. 176.

tarafları düşünmeye sevk etmek ve ispat kolaylığı iken; usûl hukukunda amaç yargılamanın güvenli ve emin yürütülmesidir. Bu sebeple, usûl işlemlerinde şekil kurallarına uymamanın yaptırımı da medenî hukuktan farklılık arz edecektir. Genel olarak, medenî hukukta şekil kurallarına uyulmadan yapılan işlem batıldır ve buna ilişkin dava açılmasına da gerek bulunmamaktadır. Usûl hukukunda şekil kurallarına aykırılık, her zaman butlan yaptırımının uygulanmasını gerektirmez. Sadece usûl işlemi kamu düzeni amacıyla getirilmiş bir hükme aykırılık teşkil etmekte veya usûlî işlemin güttüğü amacı sağlayan hükümlere aykırılık teşkil ediyorsa işlem batıldır⁴⁶.

Usûl işlemleri, hukukî işlemlerden farklı olarak, irade bozukluğu nedeniyle iptali söz konusu olamaz, ancak kanun yoluna başvuru ile düzeltilebilecektir⁴⁷. Ancak usûl işlemlerinin maddî bir hatadan kaynaklandığı durumlarda, geçersiz sayılması mümkündür. Örneğin, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda, maddî hataya dayanan ikrarın geri alınabileceği (HMK m. 188/II) düzenlenmiştir. Ayrıca hem usûl hukukuna hem de maddî hukuka ait unsurları bünyesinde barındıran davadan feragat, davayı kabul ve sulh gibi karma karakterli işlemler bakımından, irade bozukluğu hükümleri istisna olarak, uygulama alanı bulur⁴⁸. Usûl işlemleri herhangi bir şarta bağlanamaz⁴⁹ ve yapılmaları sırasında, usûl hukuku ilkelerine uyulması gerekir⁵⁰.

Usûlî işlemlerin tanımı ne Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu ne de Hukuk Muhakemeleri Kanunu döneminde yapılmamıştır. Usûl işlemlerine ilişkin bir tanım mukayeseli hukukta⁵¹ da hukukumuzdaki gibi, İsviçre, Almanya ve Fransız hukuklarında da yoktur⁵². Usûlî işlemin tanımı, bu şekilde doktrin tarafından yapılmaya çalışılmıştır. Diğer yandan, bu ayırmda, mahkeme usûl işlemleri, taraf usûl işlemlerine göre daha az önem arz etmektedir. Çünkü her ne kadar onlar hakkında da usûl kanunlarında da bir tanım söz konusu olmasa dâhi, mahkeme usûl işlemleri, usûl kanunlarında ayrıntılı olarak düzenlenmekte olduğu için doktrinde, daha az

⁴⁶ Pekcanitez, Atalay ve Özekes, Usûl Ders Kitabı, s. 129; Boran Güneysu, s. 176-177.

⁴⁷ Üstündağ, Medeni Yargılama, s. 417; Alangoya, Yıldırım ve Deren-Yıldırım, s. 164; Pekcanitez, Atalay ve Özekes, Usûl Hukuku, s. 255; Pekcanitez, Atalay ve Özekes, Usûl Ders Kitabı, s. 127.

⁴⁸ Üstündağ, Medeni Yargılama, s. 416; Tanrıver, Usûl Cilt I, s. 492-493; Boran Güneysu, s. 180.

⁴⁹ Üstündağ, Medeni Yargılama, s. 418; Tanrıver, Usûl Cilt I, s. 493; Pekcanitez, Atalay ve Özekes, Usûl Ders Kitabı, s. 127; Pekcanitez, Atalay ve Özekes, Usûl Hukuku, s. 255.

⁵⁰ Pekcanitez, Atalay ve Özekes, Usûl Ders Kitabı, s. 128; Pekcanitez, Atalay ve Özekes, Usûl Hukuku, s. 256; Alangoya, Yıldırım ve Deren-Yıldırım, s. 163.

⁵¹ Vatikan Usûl Kanunu'nun 144. maddesinde, usûlî işlem, bir usûlî ilişkinin ortaya çıkması, inşası, değişimi veya sona erdirilmesine doğrudan etki eden işlemler olarak tanımlanmaktadır. (Taşpınar, İspat Sözleşmeleri, s. 66); Karşlı, Usûlî İşlemler, s. 42; Boran Güneysu, s. 172.

⁵² Karşlı, Usûlî İşlemler, s. 42; Taşpınar, İspat Sözleşmeleri, s. 66; Bolayır, Yetki Sözleşmeleri, s. 8.

tartışılmaktadır⁵³. Çünkü mahkeme işlemleri bakımından, mahkeme yeknesak bir konuma sahiptir ve taraflarda olduğu gibi hukukî ilişkinin hukukî süjesi değildir. Bu nedenle, mahkeme işlemleri söz konusu olduğunda, usûl işlemi ve maddî hukuk işlemi şeklinde ayırım yapılması gerekli değildir⁵⁴. Ancak usûlî işlem, mahkeme ve taraf usûl işlemlerini kapsayan bir üst başlık olduğundan, usûlî işlemler hakkında görüşler hakkında tartışmaları⁵⁵, usûlî işlem üst başlığı altında yapmaya çalışacağız.

B. Usûlî İşlemler Hakkında Görüşler

Hukukumuz ve mukayeseli hukuk bakımından da usûlî işlemin tanımı usûl kanunlarında düzenlenmediğinden, bu tanımlama doktrin tarafından yapılmaya çalışılmaktadır. Usûlî işlemler, “dar anlamda usûlî işlem” veya “sistematik usûlî işlem” ve “geniş anlamda usûlî işlem” veya “fonksiyonel usûlî işlem” şeklinde ifade edilen, görüşler çerçevesinde tanımlanmaya çalışmıştır. Doktrin tarafından yapılan bu ayırım sadece teorik bir ayırım olmayıp pratik açıdan da önem arz etmektedir. Özellikle, iki taraflı bir usûl işlemi olan usûl sözleşmelerinin bir usûl işlemi olup olmadığı⁵⁶, davadan önce bir usûl sözleşmesi yapılıp yapılamayacağını⁵⁷ ve ayrıca taahhüt etkili bir usûl sözleşmelerinin hukukî niteliği⁵⁸ ve bunların yapılıp yapılamaması gibi hususlar açısından önem arz etmektedir.

⁵³ Karşlı, Usûlî İşlemler, s. 25; Taşpınar, İspat Sözleşmeleri, s. 66.

⁵⁴ Werner Niese, **Prozesshandlungen und Verträge über Prozesshandlungen, Dissertation**, Leipzig 1931, s. 39.

⁵⁵ *Karşlı*, bu hususta, dar ve geniş anlamda usûl işlemi tartışmalarını, taraf usûl işlemi kısmında değil, üst başlık olarak usûl işlemleri kısmında yapmıştır (Karşlı, Usûlî İşlemler, s. 42-50); Ancak *Taşpınar*, bu hususta, bir davada hâkimin ve tarafların konumu ve onların işlevine göre, farklılıklar gösteren taraf ve mahkeme usûl işlemlerinin birbirinden ayrılması kolay olduğunu, ancak diğer yandan usûl işlemleri ve usûl sözleşmeleri bağlamında, taraf işlemlerinin önem kazandığı için esas olarak usûl işlemini, taraf usûl işlemi anlamında kullanmaktadır. Bu nedenle bu hususa ilişkin tartışmaları taraf usûl işlemleri kısmında yapmıştır (Taşpınar, İspat Sözleşmeleri, s. 66-67).

⁵⁶ Gottfried Baumgärtel, **Wesen und Begriff der Prozesshandlung einer Partei im Zivilprozess**, 2. Auflage, Köln-Berlin-Bonn-München 1972, s. 68; Schidermair, s. 167; Taşpınar, İspat Sözleşmeleri, s. 69; Karşlı, Usûlî İşlemler, s. 43.

⁵⁷ Schidermair, s. 167; Taşpınar, İspat Sözleşmeleri, s. 69; Karşlı, Usûlî İşlemler, s. 89.

⁵⁸ *Wagner*, tasarruf ve taahhüt usûl sözleşmeleri ayrımının belirsiz olduğunu yükümlülük kavramının sadece özel hukuk ait olmadığını kamu hukukunda da kullanıldığını ifade etmiştir. Kamu hukuku sözleşmelerine ilişkin, modern konu teorisi altında hem tasarruf hem de taahhüt sözleşmelerinin mümkün olduğu genel olarak kabul edilmektedir. Bu genel ilkeler yargılama hukukunda da aktarılmalıdır. Çünkü haklar, yükümlülük ve yük kavramları, maddi hukukta olduğu gibi usûl hukukunda da mevcuttur. Ayrıca, negatif tasarruf usûl hukuku sözleşmeleriyle, taahhüt usûl hukuku sözleşmeleri arasında fark olmadığını böyle bir ayırmada hangi durumlarda negatif tasarruf usûl

Sistematik veya dar anlamda usûlî işlem görüşü, öncelikle maddî hukuktaki hukukî işlem ve medenî usûl hukukundaki usûlî işlem arasındaki ayrım yapmak üzerine oluşturulmuştur. Çünkü ilk dönemlerde medenî hukuk ve medenî usûl hukuku arasında ayrım yapılmamakta, medenî usûl hukuku, medenî hukukun bir parçası olarak görülmekteydi. İlerleyen dönemlerde, medenî usûl hukuku, medenî hukuktan ayrı bir bilim dalı olmuş ve bu şekilde modern medenî usûl hukuku bilim dalı doğmuştur⁵⁹.

Binder, medenî usûl hukukunu, medenî hukukun ayrılmaz bir parçası olarak görmekte, özel hukuk yasası (Privatrechtsordnung) ve hukukî koruma yasasının (Rechtsschutzordnung) aynı şey olduğunu iddia etmekte, bu nedenle hukukî işlemle usûl hukukî işlemini birbirinden ayırmamaktadır⁶⁰.

Rosenberg, tarafından sistematik veya dar anlamda usûl işlem tanımlanmış, kanun sistematigi esas alınarak, usûlî işlemi dar anlamda yorumlamıştır. Sistematik veya dar anlamda usûlî işlem şeklinde ifade edilen bu görüşe göre, bir işlemi maddî hukuk işlemlerinden ayırıp onu bir usûl işlemi olarak nitelendirebilmek için söz konusu işlemin hem bir usûlî etki yaratması hem de ona ilişkin şartların usûl hukuku tarafından düzenlenmesi gerekir⁶¹. Bu görüş, usûl işlemini sadece tek taraflı usûl işlemleriyle sınırlamakta, usûl sözleşmelerini bu kategoriye dâhil etmemektedir⁶². Sistematik veya dar anlamda usûlî işlem görüşü, Alman hukukunda hem uygulama hem de teoride hâkim olan bir görüştür⁶³. Bu görüşe göre, usûl işlemi, asıl etkisini usûl hukuku alanında gösteren, şartları usûl hukuku alanında düzenlenmiş olan,

hukuku sözleşmesi ve hangi durumlarda taahhüt sözleşmesi olacağının belirlenmesinin zor olduğunu ifade etmiştir. Usûl işlemleri, bakımından usûl sözleşmeleri ve tek taraflı usûl işlemleri ayrımı sadece önem kazanması gerekir. Usûl sözleşmelerinin çoğu yükümlülük tesis edici sözleşmeler olup, bunları maddi hukuk sözleşmesi olarak nitelemek yerine, burada tarafların hangi sonucu amaçladığına bakılmalıdır (Wagner, s. 35-38); Hukukumuzda da tasarruf ve taahhüt usûl hukuku sözleşmeleri ayrımı sonucu, usûl sözleşmesini sadece tasarruf etkili, kurucu nitelikte kabul etmenin ilk olarak sözleşmenin hukukî niteliği ve onun etkileri ile açıklayan teorilere ters olduğu, bu durumun sözleşme kavramını haksız olarak sınırladığı ifade edilmektedir (Taşpınar, İspat Sözleşmeleri, s. 63-64); Karşlı, Usûlî İşlemler, s. 133; Bolayır, Yetki Sözleşmeleri, s. 18.

⁵⁹ Niese, s. 2-3.

⁶⁰ Julius Binder, **Prozess und Recht Ein Beitrag Zur Lehre von Rechtsschutzanspruch**, Leipzig 1927, s. 104-105; Karşlı, Usûlî İşlemler, s. 109.

⁶¹ Leo Rosenberg, **Stellvertretung im Prozess**, Berlin 1908 (Stellvertretung), s. 63; Karşlı, Usûlî İşlemler, s. 42; Taşpınar, İspat Sözleşmeleri, s. 67.

⁶² Schiedermair, s. 167; Baumgärtel, s. 65; Taşpınar, İspat Sözleşmeleri, s. 67; Karşlı, Usûlî İşlemler, s. 42.

⁶³ Rosenberg, Stellvertretung, s. 63; Leo Rosenberg, **Lehrbuch Des Deutschen Zivilprozessrechts**, 8. Auflage, München-Berlin 1960, (Lehrbuch), s. 271; Leo Rosenberg, Karl Heinz Schwab ve Peter Gottwald, **Zivilprozesrecht**, 18. Auflage, München 2018, s. 354, § 63, Rn. 3; Karşlı, Usûlî İşlemler, s. 42; Taşpınar, İspat Sözleşmeleri, s. 67.

yargılamaya doğrudan yön verip davayı biçimlendiren işlemler olarak tanımlanmaktadır⁶⁴.

Sistematik veya dar anlamda usûlî işlem görüşü, hukukumuzu da etkilemiş olup yargılamanın ilerlemesi için yapılan etki ve koşullarının usûl hukukunca düzenlenmesi durumunda, o işlemin bir usûlî işlem olduğunu, savunan doktrinde görüşler bulunmaktadır. Ancak, Alman hukukundan farklı olarak, doktrinde, dar anlamda usûlî işlem tanımlamasında, usûl işlemi olarak sadece tek taraflı usûl işlemleri içine alınmamakta, ayrıca usûl sözleşmeleri de bu gruba dâhil etmektedir⁶⁵.

Sistematik veya dar anlamda usûlî işlem görüşü, özellikle usûlî işlem kavramına, sadece tek taraflı usûlî işlemi dâhil ettiği ve usûl sözleşmeleri bu kategoriye dâhil edilmediği için doktrinde eleştirilmiştir⁶⁶. Nitekim bu durum, tek taraflı usûl işlemlerine usûl hukuku kurallarının uygulanmasını; usûl sözleşmelerine de maddî hukuk kuralları uygulanması sonucu ortaya çıkarmaktadır⁶⁷. *Schiedermair* ile başlayan ve *Baumgärtel* tarafından geliştirilen, fonksiyonel veya geniş anlamda usûlî işlem görüşü temsilcileri, dar anlamda usûlî işlem görüşüne karşı çıkmışlardır.

Schiedermair'e göre, dar anlamda usûlî işlem görüşü, usûlî işlemi çok dar yorumlamış, usûl sözleşmelerini bu sınıflandırmaya dâhil etmemiştir. Ancak, dava içinde veya dava dışında gerçekleşen bütün usûl sözleşmelerini, bu sınıflandırmaya dâhil etmek gerekir. Çünkü bu tür, geniş manada usûlî işlemler, gelecekteki davayla ilgili gerçekleştirilebilecek, bir usûlî hukukî durumu şekillendirme kabiliyetine sahiptir. Dar anlamda usûlî işlem kavramını temel almak, doğrudan usûle ilişkin etkileri ve onun normlarına tâbi olan usûl sözleşmelerinin, usûl işlemlerinden ayrı, özel bir kategori olarak sınıflandırılmasına yol açacaktır. Ancak, usûl hukuku sözleşmeleri, genellikle usûle ilişkin işlemlerle aynı usûl hukuku kurallarını kullanır ve bunların özel olarak sınıflandırılmasını gerektirecek bir durum söz konusu değildir. Bu nedenle yazar usûlî işlem kavramı açısından geniş anlamda görüşü tercih etmiştir⁶⁸. Usûl sözleşmeleri, ayrıca özel hukukla usûl hukuku arasındaki ilişkiye ışık tutmakta, özel

⁶⁴ Rosenberg, *Stellvertretung*, s. 63; Taşpınar, *İspat Sözleşmeleri*, s. 67; Karşı, *Usûlî İşlemler*, s. 42; Bolayır, *Yetki Sözleşmeleri*, s. 9.

⁶⁵ Üstündağ, *Medeni Yargılama*, s. 416; Postacıoğlu, s. 336; Alangoya, Yıldırım ve Deren-Yıldırım, s. 161-162.

⁶⁶ Baumgärtel, s. 65-70; Schidermaier, s. 167; Karşı, *Usûlî İşlemler*, s. 43; Taşpınar, *İspat Sözleşmeleri*, s. 67-68.

⁶⁷ Baumgärtel, s. 67; Taşpınar, *İspat Sözleşmeleri*, s. 67-68.

⁶⁸ Schiedermair, s. 167-168.

hukuk ve usûl hukuku arasındaki sınırın açıklığa kavuşturulmasına da yardımcı olmaktadır. Çünkü artık günümüzdeki yargılama anlayışı, tarafların sadece mahkemeye olan ilişkilerini temsil etmekle kalmayıp aynı zamanda taraflar arasında da ilişkilerin oluşturduğunu açıkça ortaya koyan bir sistem olmuştur. Nitekim usûl hukukuna ilişkin sözleşmeler, usûl hukukuna ilişkin, bir ilişkinin kendisinin açık göstergesidir⁶⁹.

Baumgärtel, medenî usûl hukuku ve medenî hukuk arasında ne birbirinin tamamlayıcısı görüşünün ne de birbirinden tamamen ayrı iki hukuk dalı olduğunu kabul etmek yerine, medenî usûl hukuku ve medenî hukuk iki ayrı hukuk bilim dalı olduğunu; ancak, ikisi arasında ilişki olduğunu savunmaktadır. Bu nedenle sözleşme kavramının, sadece medenî hukuk alanına ait bir kavram olmadığını, hukukun tamamına ait bir kavram olduğunu ifade etmiştir⁷⁰. Usûl işlemini geniş olarak yorumlamakta olan yazar, usûl işlemini teolojik (amaçsal, gaî) ve fonksiyonel bir yöntemle yorumlamaktadır. Bir işlemin oluşturduğu tipik karakteristik etkiler, usûl hukukunda ortaya çıkıyorsa, o işlem bakımından ayrıca, koşullarının da usûl hukukunda düzenlenmesine gerek olmaksızın, sadece doğrudan etkilerini bu alanda göstermesi yeterli olacaktır. Çünkü doğrudan etkisini usûl hukukunda gösterip usûl hukukunda düzenlenmeyen usûl işlemlerinin var olduğunu, bu durumun dar anlamda usûlî işlem görüşünü çürüttüğünü ifade etmektedir. Bir usûlî etkinin de taraf usûl işleminin, bir özelliği olup olmadığı, onun işlevinden kaynaklanmaktadır. Bu durumda, taraf usûl işlemlerinin etkisi ve işlevi birbiriyle yakından ilişkilidir. Dar anlamda usûlî işlem görüşünün öncelikle haklı çıkabilmesi için bütün usûlî işlemlerin ve usûl hukuku sözleşmelerinin hem koşulları hem de sonuçları bakımından usûl kanunlarında düzenlenmesi gerektiğini ifade etmiştir. Ancak bu durum, usûl sözleşmelerinin sınırlı sayıda olmaması ve usûl kanunlarının bütün gelişmeleri öngörememesi sebebiyle imkânsızdır⁷¹. Usûl sözleşmeleri, usûl kanunlarında, doğrudan veya dolaylı olarak genelde belirtilmemektedir, çünkü usûl sözleşmeleri, hukuk anlayışı doğrultusunda, uygulamada kademeli olarak gelişmekte olup sınırlı sayıda olmadığı için her bir usûl sözleşmesi için sabit bir norm yoktur⁷².

⁶⁹ Schiedermair, s. 170-171.

⁷⁰ Baumgärtel, s. 63-65.

⁷¹ Baumgärtel, s. 65-70.

⁷² Niese, s. 52.

Usûlî işlemini geniş anlamda yorumlayan görüş, yapılan işlemin, usûl ilişkisi kurmaya, değiştirmeye veya sona erdirmeye yönelik doğrudan asli etkilerini dikkate almakta, işlemin talî ve yan etkilerini usûlî işlem için koşul olarak dikkate alınmamaktadır⁷³. Taraf usûl işlemlerinde, aslî karakteristik etkiler, yapılan işlemde ayrı düşünülemeyecek olan etkiler olup bu etki yalnızca usûl hukuku tarafından belirlenebilir. Ancak burada, usûle ilişkin kuralları düzenleyen normun hangi hukuk dalında düzenlendiği değil, hükmün düzenlediği hukukî alan ve usûl hukukundaki sonucu dikkate alınmalıdır⁷⁴.

Çalışma konumuzu oluşturan, hakem-bilirkişilik sözleşmeleri, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda delil sözleşmelerinden farklı olarak (HMK m. 193) açıkça düzenlenmemiştir. Ancak hakem-bilirkişilik sözleşmeleriyle taraflar aralarındaki çekişmeli vakıanın ispatını tek delil olan hakem-bilirkişi raporuyla sınırlamakta ve bu raporda tespit edilen vakıa bakımından hâkimi bağlı kılmaktadır. Bu her iki etki de doğrudan usûl hukukunda meydana gelen bir etki doğurmaktadır. Bu nedenle, bizim de katıldığımız doktrinde hâkim görüşe göre, taraflarca yapılan işlemin, aslî ve karakteristik etkilerinin usûl hukuku alanında ortaya çıkması, o işlemi usûlî işlem olarak nitelendirmemiz için yeterli olacaktır. Dolayısıyla ayrıca ona ilişkin şartların da usûl hukuku bakımından düzenlenmesi gerekli olmadığı, geniş anlamda veya fonksiyonel olarak ifade edilen usûl işlemi görüşü çalışmamızda kabul edilecektir⁷⁵.

C. Usûl İşlemleri Sınıflandırılması

Usûlî işlemler, işlemi yapan kişi veya mercie göre, mahkeme usûl işlemleri ve taraf usûl işlemleri olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.

Mahkeme usûl işlemleri, bir yargılamanın yürütülmesi ve sonuçlandırılması için hâkim tarafından, yapılan işlemler veya verilen kararlardır. Örneğin, duruşma gününün belirlenmesi, tarafların duruşmaya çağırılması, keşif gününün belirlenmesi,

⁷³ Baumgärtel, s. 69; Schiedermair, s. 167; Taşpınar, İspat Sözleşmeleri, s. 69; Karşlı, Usûlî İşlemler, s. 43.

⁷⁴ Baumgärtel, s. 68; Karşlı, Usûlî İşlemler, s. 66; Taşpınar, İspat Sözleşmeleri, s. 69.

⁷⁵ Bilge ve Önen, s. 245; Karşlı, Usûlî İşlemler, s. 48-50; Tuluay, s. 12; Taşpınar, İspat Sözleşmeleri, s. 70-71; Bolayır, Yetki Sözleşmeleri, s. 12-13; Aşit, Delil Sözleşmesi, s. 20; Hatipoğlu, s. 23.

ara kararlar ve hükümler gibi işlemler mahkeme usûl işlemleridir⁷⁶. Mahkeme usûl işlemleri⁷⁷ bakımından, derdest bir dava da şart değildir, henüz davanın açılmamış olduğu hâlde, dâhi, mahkeme usûl işlemi (ihtiyati tedbir, delil tespiti ve ihtiyati haciz kararı gibi) yapılabilmesi mümkündür⁷⁸.

Taraf usûl işlemleri, davanın açılmasından hükmün kesinleşmesine kadar, bir davanın başlaması, ilerlemesi ve sona ermesi amacıyla, tarafların kendi aralarında yaptıkları veya taraflarla mahkeme arasında yapılan ve davanın sonucu üzerine etki doğuran irade ve bilgi açıklamalarıdır⁷⁹. Taraf usûl işlemlerinin esaslı unsuru, mahkeme huzurunda yapılmış olması değil, davaya etkili olmalarıdır⁸⁰. Taraf usûl işlemlerinin davaya etki etmesi, olumlu hareket sonucu gerçekleşebileceği gibi, kanun yoluna başvurmama, süresinde cevap dilekçesi vermeme, tarafların duruşmaya gelmemesi gibi olumsuz, yani tarafın hareketsiz kalması sonucu da gerçekleşebilir⁸¹. Ayrıca, davanın çözümüne yönelik olmak şartıyla, henüz dava açılmadan önce yapılan, ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz talepleri gibi, işlemlerde bir taraf usûl işlemidir⁸².

Usûl işlemleri, yargılama hukukunda etki doğurduğundan, yargılama hukuku kurallarına tâbidir. Bu nedenle, usûl işlemleri ancak, işlemi yapan tarafın, taraf

⁷⁶ Ansay, Yargılama, s. 149; Bilge ve Önen, s. 279; Pekcanitez, Atalay ve Özekes, Usûl Ders Kitabı, s. 130; Pekcanitez, Atalay ve Özekes, Usûl Hukuku, s. 259; Tanrıver, Usûl Cilt I, s. 498; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, s. 176; Karşı, Medeni Muhakeme, s. 356; Boran Güneysu, s. 176.

⁷⁷ Doktrinde, mahkeme usûl işlemleri üçe ayrılmaktadır. Bunlardan ilki, yargılamanın iç işleyişiyle ilgili işlemler şeklinde örneğin, delillerin değerlendirilmesi, taraflara duruşmada söz verilmesi örnek olarak verilebilir. Diğer, yargılamanın dış işleyişiyle ilgili işlemler olup, bunlar davanın sevkine ilişkin işlemler olup, örneğin, duruşmanın taraflara tebliği ve dilekçelerin tebliği gibi mahkeme usûl işlemleridir. Üçüncüsü, mahkemenin vermiş olduğu kararlardır. Kararlar, mahkemenin davadan elini çekmediği davayı iletmeyi sağlayan ara karar ve mahkemenin davadan elini çektiği nihai kararlar olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Nihai kararlarda, mahkemenin dava şartı yokluğu sebebiyle usûlden vermiş olduğu usûle ilişkin karar ve esastan inceleme yaptığı esasa ilişkin kararlar olmak üzere ikiye ayrılmakta ve mahkemenin esasa ilişkin kararına ise hüküm denilmektedir (Pekcanitez, Atalay ve Özekes, Usûl Ders Kitabı, s. 130); Pekcanitez, Atalay ve Özekes, Usûl Hukuku, s. 259-260; Taşpınar, İspat Sözleşmeleri, s. 66; Karşı, Usûlî İşlemler, s. 149.

⁷⁸ Karşı, Medeni Muhakeme, s. 356.

⁷⁹ Ansay, Yargılama, s. 152; Bilge ve Önen, s. 277-278; Pekcanitez, Atalay ve Özekes, Usûl Hukuku, s. 253; Pekcanitez, Atalay ve Özekes, Usûl Ders Kitabı, s. 125; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, s. 177-178; Tanrıver, Usûl Cilt I, s. 494; Boran Güneysu, s. 173-174.

⁸⁰ Pekcanitez, Atalay ve Özekes, Usûl Ders Kitabı, s. 125; Pekcanitez, Atalay ve Özekes, Usûl Hukuku, s. 253.

⁸¹ Bilge ve Önen, s. 278; Pekcanitez, Atalay ve Özekes, Usûl Hukuku, s. 254; Pekcanitez, Atalay ve Özekes, Usûl Ders Kitabı, s. 126; Tanrıver, Usûl Cilt I, s. 494.

⁸² Karşı, Usûlî İşlemler, s. 155; Karşı, Medeni Muhakeme, s. 355; Pekcanitez, Atalay ve Özekes, Usûl Ders Kitabı, s. 125; Pekcanitez, Atalay ve Özekes, Usûl Hukuku, s. 252-523; Bolayır, Yetki Sözleşmeleri, s. 12.

ehliyetine (HMK m. 50), dava ehliyetine (HMK m. 51) ve dava takip yetkisine (HMK m.53) sahip olması durumunda geçerli sayılabilecektir⁸³.

Fonksiyonel veya geniş anlamda ifade edilen, usûlî işlem görüşünü savunduğumuz için usûlî işlem açısından, usûlî işleme ait şartların usûl hukukunca düzenlenmesi gerekli olmayıp aslî etkilerinin usûl hukukunda ortaya çıkması yeterlidir. Bu geniş tanım doğrultusunda doktrin usûl işlemlerini, işleme katılan taraf sayısı bakımından, tek taraflı⁸⁴ ve sınırlı sayıda olmayan ve bu nedenle usûl kanunlarında hepsinin düzenlenemeyeceği iki taraflı usûl sözleşmeleri olmak üzere ikiye ayırmaktadır.

Tek taraflı usûl işlemleri, yargılama hukukunda aslî etkilerini doğuran, taraflardan yalnızca birisi tarafından yapılp bir usûl ilişkisi kurulmasını, değiştirilmesini veya ortadan kaldırılmasını amaçlayan olumlu veya olumsuz işlemlerdir⁸⁵. Tek taraflı usûl işlemleri usûl sözleşmeleri dışında, kalan tüm usûl işlemleri olarak geniş bir şekilde de tanımlayabiliriz⁸⁶.

Tek taraflı usûl işlemleri bakımından doktrinde hâkim kararıyla etkili olan ve hâkim kararı verilmeksizin etkili olan şeklinde ayırım yapılmaktadır. Bu ayırmda, mahkeme kararıyla etkili olan işlemlere, talepler, iddialar ve delil gösterilmesi örnek olarak verilmektedir. Mahkeme kararı olmaksızın etkili olan taraf usûl işlemleri, yargılamada belirli bir usûlî durumu ortaya koymakta olup bu işlemler, irade açıklaması, bir arzunun beyan edilmesi ve maddî bir fiilin gerçekleşmesi şeklinde ortaya çıkmaktadır. Mahkeme kararı olmadan, kendiliğinden sonuç doğuran, tek taraflı usûl işlemlerine davanın geri alınması (HMK m. 123) ve davanın ıslahı örnek oluşturmaktadır⁸⁷.

Usûl sözleşmeleri, mevcut veya gelecekte açılması planlanan bir davaya hazırlık amacıyla, davada usûlî ilişkiyi kurmayı, değiştirmeyi veya sona erdirmeyi

⁸³ Alangoya, Yıldırım ve Deren-Yıldırım, s. 163; Tanrıver, Usûl Cilt I, s. 495; Boran Güneysu, s. 180.

⁸⁴ Üstündağ'a göre, usûl işlemleri daima tek yanlıdır (Üstündağ, Medeni Yargılama, s. 418); Aynı görüşte bkz. Mustafa Reşit Belgesay, **Hukuk Usûlû Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, Güven Basımevi, İstanbul 1939, (Şerh), s. 303-304.

⁸⁵ Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, s. 174-175; Karlı, Medeni Muhakeme, s. 362; Tanrıver, Usûl Cilt I, s. 496.

⁸⁶ Güray Erdönmez, **Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku Cilt I**, 15. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, (Pekcanitez Usûl Cilt I), s. 440; Bolayır, Yetki Sözleşmeleri, s. 13; Boran Güneysu, s. 175.

⁸⁷ Taşpınar, İspat Sözleşmeleri, s. 71; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, s. 179-180; Erdönmez, Pekcanitez Usûl Cilt I, s. 441; Boran Güneysu, s. 174.

amaçlayan veya usûlî bir edimin ifasını veya ondan kaçınılmasını sağlayan, aslî etkilerini doğrudan yargılama hukukunda gösteren iki taraflı geniş anlamda usûl işlemidir⁸⁸.

Usûl sözleşmelerinin yapılması ve geçerlilik koşulları yargılama hukuku tarafından belirlenmektedir, ancak bütün usûl sözleşmeleri yargılama hukukunda eksiksiz olarak düzenlenemezler. Bu nedenle, usûl sözleşmelerine ilişkin eksiklikler niteliğine uygun düştüğü ölçüde, maddî hukuk kurallarının kıyasen uygulanmasını gerektirir⁸⁹. Sözleşmeler, sadece maddî hukuka ait bir araç değil, hukukun bütününe ilişkin bir araç olup yargılama hukukunda, idare hukukunda ve hukukun diğer alanlarında da kurulabilir. Sözleşmenin, tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla kurulması (TBK m. 1), usûl hukuku sözleşmelerinde de aynıdır. Bu nedenle, usûl sözleşmeleri, tek taraflı usûl işlemlerinden niteliği gereği, belli bazı farklılıklar göstermektedir.

Usûl işlemleri, belli bir şekle ve süreye tâbidir, ayrıca kural olarak usûl işlemleri şarta bağlı olamazlar. Ancak usûl sözleşmeleri bakımından, bu şartlar geçerli olmayıp usûl sözleşmeleri şarta tâbi kılınabilirler⁹⁰. Ayrıca, usûl işlemleri davada bir defaya mahsus olmak üzere kısmen veya tamamen ıslah yoluyla (HMK m. 176) düzeltilebilirken; tarafların karşılıklı iradesiyle kurulan usûl sözleşmeleri, ıslahın konusu olamaz ve ıslah yoluyla düzeltilemezler. Çünkü usûl sözleşmelerinde tarafların karşılıklı birbirine uygun iradesi söz konusu olduğu için bu durum tek taraflı bir usûl işlem olan ıslahla değil, tarafların karşılıklı anlaşmalarıyla ortadan kaldırabilirler⁹¹. Son olarak, usûl işlemlerinde, iradeden çok beyan önem arz ettiğinden ve genellikle bir mahkeme huzurunda bir işlem yapıldığından, irade bozukluklarına dayanarak, usûl işlemin iptali istenemeyecek olup burada önemli olan davanın hukukî güvenliği ve kesinliğidir. Bu nedenle, hüküm kesinleştikten sonra bu husus, sadece kanun yolları çerçevesi içerisinde tartışılabilir. Ancak usûl sözleşmeleri bakımından maddî hukuk sözleşmeleri gibi, beyandan ziyade tarafın iradesine önem verilmektedir. Ayrıca usûl sözleşmeleri, genellikle hâkimin huzurunda yapılmadığından, maddî hukuktaki irade bozukluklarına ilişkin hükümler, kural olarak usûl sözleşmeleri bakımından da kıyasen

⁸⁸ Taşpınar, İspat Sözleşmeleri, s. 73; Karşlı, Usûlî İşlemler, s. 224; Tanrıver, Usûl Cilt I, s. 496.

⁸⁹ Erdönmez, Pekcanıtez Usûl Cilt I, s. 442; Tanrıver, Usûl Cilt I, s. 498.

⁹⁰ Taşpınar, İspat Sözleşmeleri, s. 73.

⁹¹ Ejder Yılmaz, **Medenî Yargılama Hukukunda Islah**, Yetkin Yayınları, Ankara 2013, (Islah), s. 143.

uygulanır⁹². Ancak usûl sözleşmeleri, mevcut veya gelecekte açılması planlanan bir davaya hazırlık amacıyla, davada usûlî ilişkiyi kurmayı, değiştirmeyi veya sona erdirmeyi amaçladığı ve asli etkilerini doğrudan yargılama hukukunda gösterdiği için bir maddî hukuk sözleşmesi değildir.

Doktrinde, usûl sözleşmeleri, mukayeseli hukukta ve hukukumuzda, oluşturdukları aslî etkiler⁹³ dikkate alınarak, gerçek usûl sözleşmeleri (Echter Prozessvertrag), usûl hukukuna ilişkin yan etkisi bulunan maddî hukuk sözleşmeleri (Privatrechtlichervertrag mit prozessualer Nebenswirkung) ve karma sözleşmeler (Gemischtrechtliche Verträge) olmak üzere üçe ayrılmaktadır⁹⁴.

Gerçek usûl sözleşmeleri, doğrudan usûlî etki yaratan ve aslî etkileri usûl hukukunda görülen sözleşmeler olup bu sözleşmeler maddî hukuk niteliğine sahip değildir. Sadece sözleşmelerin geçerlilik şartlarının saptanması, kuruluşu, irade sakatlıkları hâlinde iptali gibi hususlarda Türk Borçlar Kanunu’nun hükümleri kıyasen uygulanabilmektedir. Örneğin, yetki sözleşmesiyle, taraflar yetkisiz bir mahkemeyi yetkili hâle getirerek, sözleşmenin aslî etkileri, doğrudan usûl hukukunda meydana gelmektedir. Usûl hukukuna ilişkin yan etkisi bulunan maddî hukuk sözleşmeleri ise gerçek usûl sözleşmelerinden farklı olarak, doğrudan etkilerini, maddî hukuk alanında meydana getirmekle birlikte, bu tür sözleşmelerin usûl hukukuna ilişkin bir yan etkisi de bulunmaktadır. Usûlî etki, bir yan etki olarak ortaya çıktığı için bu sözleşmelere doğrudan Türk Borçlar Kanunu’nun uygulanması mümkündür. Örneğin, sözleşmede ifa yerinin belirtilmiş olması hâlinde, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 10. maddesine göre, ifa yeri mahkemesi de yetkili mahkeme hâline gelmektedir. Karma

⁹² Karşlı, Usûlî İşlemler, s. 237; Tanrıver, Usûl Cilt I, s. 498; Yılmaz, s. 132.

⁹³ Doktrinde, bir sözleşmenin maddi hukuk sözleşmesi mi yoksa usûl hukuku sözleşmesi olması bakımından, kısaca etki kuramı olarak ifade edilen, uzlaştırmacı görüşe dayanan, “konu veya sözleşmenin doğrudan etkilerini gösterdiği alan kuramı” olarak ifade edilen görüş esas alınmaktadır. Bu görüşten başka, tüm usûl sözleşmelerinin bir maddi hukuk sözleşmesi olduğu şeklinde “saf maddi hukuk yaklaşımı” ve bu yaklaşımın tam tersi bir görüşü savunan ve tarafların bir davada veya dava dışında davaya etki eden tüm sözleşmeleri usûl sözleşmesi kabul eden “saf yargılama hukuku” görüşü de mevcuttur. Ayrıca her iki görüşünde sakıncalarını telafi edici, uzlaştırmacı görüş başlığı altında yer alan, yalnızca dava sırasında veya mahkemede yapılan sözleşmeleri usûl sözleşmesi olarak kabul eden, “sözleşmelerin dış görünüşü kuramı”; sadece yasal düzenlemesi bulunan sözleşmeleri usûl sözleşmesi, diğerlerini maddi hukuk sözleşmesi olarak kabul eden “sözleşmenin düzenlendiği yer kuramı” ve son olarak bir sözleşmenin etkisi usûl hukukuna, unsurları maddi hukuka maddi hukukça düzenlenen “sözleşmenin etki ve unsurlarının birbirinden ayrılması kuramı” şeklinde, uzlaştırmacı görüşler de bulunmaktadır. Bu husustaki görüşlerin ayrıntıları ve eleştirileri hakkında bkz. Taşpınar, İspat Sözleşmeleri, s. 55 vd.

⁹⁴ Schiedermair, s. 38-41; Habscheid, Schweiz ZPO, § 25, s. 171, Rn 312; Erdönmez, Pekcanitez Usûl Cilt I, s. 441; Bolayır, Yetki Sözleşmeleri, s. 16-17.

sözleşmeler, doğrudan etki ettikleri alan bakımından hem maddî hukuk hem de usûl hukukuna ait özellikler barındıran sözleşmelerdir. Bu tür sözleşmelere de Türk Borçlar Kanunu'nun hükümleri kıyasen uygulanabilir. Örneğin, mahkeme huzurunda yapılan sulh sözleşmesinin bünyesinde bulundurduğu, maddî unsurlara maddî hukuk kuralları; usûlî unsurlara da usûl hukuku kurallarının uygulanması gerekmektedir⁹⁵.

Hakem-bilirkişilik sözleşmesi açısından konuyu değerlendirdiğimizde, hakem-bilirkişilik sözleşmesi bir gerçek usûl sözleşmesi değildir. Çünkü gerçek usûl sözleşmesi örneklerinden biri olan yetki sözleşmesi, etkisini sadece dava açıldığında yetkili mahkemenin belirlenmesi göstermektedir. Ancak hakem-bilirkişilik sözleşmesi ve buna bağlı olarak hakem-bilirkişi raporu dava açılmadan önce maddî hukukta bir etkiye sahiptir. Çünkü davadan önce taraflar arasında çekişmeli vakıayı tespit eden hakem-bilirkişi raporunun, öncelikle maddî hukukta tarafları bağlayıcı bir etkisi vardır. Nitekim hakem-bilirkişilik sözleşmesi, uyuşmazlığın ilk aşamada engellenmesi ve çözüme kavuşturulması şeklinde davayı engelleyici bir fonksiyona sahiptir. Ancak taraflar hakem-bilirkişi raporuna rağmen dava açtıklarında veya dava aşamasında hakem-bilirkişiliğe başvurdıklarında, hakem-bilirkişilik sözleşmesinin usûlî etkileri ortaya çıkar. Hakem-bilirkişilik sözleşmeleriyle taraflar aralarındaki çekişmeli vakıanın ispatını tek delil olan hakem-bilirkişi raporuyla sınırlamakta ve bu raporda tespit edilen vakıa bakımından hâkimi bağlı kılmaktadır. Bu her iki etki de doğrudan usûl hukukunda meydana gelen bir etki doğurmaktadır. Dolayısıyla hakem-bilirkişilik sözleşmesi, usûl hukukunda da doğrudan bir etkisi olduğundan, bir usûl hukukuna ilişkin yan etkisi bulunan bir maddî hukuk sözleşmesi de değildir. Sonuç olarak, hakem-bilirkişilik sözleşmesi hem maddî hem de usûl hukukunda etki doğuran bir karma usûl hukuku sözleşmesi niteliğinde olup Türk Borçlar Kanunu'nun hükümleri kıyasen uygulanabilir⁹⁶.

D. Medenî Usûl Hukukunda Sözleşme Özgürlüğü ve Kapsamı

Mukayeseli usûl hukuku kanunları ve hukukumuzda bazı usûl sözleşmeleri düzenlenmişken; bazı usûl sözleşmeleri ise düzenlenmemiştir. Nitekim Hukuk

⁹⁵ Pekcenatez, Atalay ve Özkes, Usûl Ders Kitabı, s. 128; Erdönmez, Pekcenatez Usûl Cilt I, s. 441; Bolayır, Yetki Sözleşmeleri, s. 42.

⁹⁶ Pekcenatez, Atalay ve Özkes, Usûl Ders Kitabı, s. 128; Boran Güneysu, s. 175.

Muhakemeleri Kanunu’nda yetki sözleşmesi (HMK m. 17), delil sözleşmesi (HMK m. 193) ve tahkim sözleşmesi (HMK m. 412) açık bir şekilde düzenlenmiştir. Kanun koyucu, kanunda düzenlenen sözleşmeler bakımından, yargılama hukukunda taraf iradelerinin etkili olabileceğini belirterek buna izin vermiştir. Ancak kanunda düzenlenmemiş usûl sözleşmeleri bakımından da tarafların usûl sözleşmesi yapip yapamayacağı ve usûl sözleşmelerinin sınırlı sayıda ve tipte olup olmadıkları hususu doktrinde tartışmalıdır. Bu konuda, kanunda düzenlenmeyen usûl sözleşmeleri bakımından, sözleşme özgürlüğünü reddeden ve kabul eden iki görüş bulunmakta olup bu görüşlerin hukukumıza etkisi incelemektir.

1. Sözleşme Özgürlüğünü Reddeden Görüş

Kohler’in yazmış olduğu, “*Über prozessrechtliche Verträge und Kreationen*” usûl hukuku sözleşmeleri ve eserleri olarak çevirebileceğimiz makalesinden⁹⁷ sonra, Avusturyalı hukukçu Ehrenzweig, bu makaleyi eleştiri mahiyetinde değerlendiren bir makale yazmıştır. Makalesinde, Avusturya ve Alman hukukunu karşılaştırmalı yönden incelemiş ve Kohler’in makalesinde savunduğu ana düşünce olan liberal görüş şeklinde⁹⁸, kanun tarafından emredici kurallarla yasaklanmamış her türlü usûl, ispat ve icra sözleşmesi yapılabileceğini, bunların sınırlı sayıda ve tipte olmadığı şeklindeki görüşünü birçok yönden eleştirmiştir. İlk olarak yazar, liberal görüşün aksine, muhafazakâr bir görüş benimseyerek “*akdi dava yasağını*” (Verbot des Konventionalprozesses) savunmuştur⁹⁹. Ehrenzweig, tarafından ilk defa ifade edilen akdi dava yasağı yaklaşımına göre, usûl sözleşmeleri bakımından, usûl kanunlarında düzenlenme şarttır. Bu nedenle usûl sözleşmeleri sadece usûl kanunlarında düzenlenen sınırlı sayıdaki sözleşme ve tipten ibaret olup mutasyon teorisine (mutatio iuris) göre, tarafların sözleşmeyle bir kamu hukuku hükümlerini değiştirmelerinin mümkün olmadığını ifade etmektedir. Bu nedenle, maddî hukuk sözleşmelerindeki irade serbestisi, bir kamu hukuku dalı olan medenî usûl hukukuna olduğu gibi yansıtılamaz. Maddî hukuk açısından var olan, özel hukukun yasaklamadığı sözleşmelere izin

⁹⁷ Josef Kohler, “Über Prozessrechtliche Verträge und Creationen”, **Gesammelte Beiträge zum Zivilprozess**, Gruch 31, 1881 (31), s. 276 vd.

⁹⁸ Kohler, s. 276 vd.

⁹⁹ Armin Ehrenzweig, “Über Prozessrechtliche Verträge und Creationen von Kohler”, **Zeitschrift für das Privat Öffentliche Recht der Gegenwart (Gruch) Wien**, 1891 (18), (Vertrag), s. 236.

verdiği görüşü, usûl hukukuna aynen yansıtılamayacak olup bunun yerine, usûl hukuku izin vermediği her şeyi yasaklar şeklinde anlaşılması gerekir¹⁰⁰. Çünkü medenî usûl hukuku, bir kamu hukuku dalı olup dava da devletin egemenlik haklarından en önemlisi olan yargılama erkinin kullanıldığı bir alandır. Hâkim de devleti temsilen yargılama faaliyetini icra etmekte olduğundan, tarafların akdi bir şekilde, yargılamayı düzenlemeleri düşünülemez. Nitekim usûl hukuku bir kamu hukuku dalı olup hükümlerinin çoğu emredici karakter taşımakta, bu yönüyle kamu düzeni ve kamu menfaatlerini ilgilendirmektedir. Bu sebeplerle, taraflar akdi bir usûl (dava) hukukunu oluşturamaz. Kanun koyucu sadece, bazı usûl sözleşmelerini düzenleyerek, diğer usûl sözleşmeleri bakımından, bunlara izin verilmediğini açıkça ortaya koymaktadır¹⁰¹. İkinci olarak, usûl kanunlarında da bir sözleşmeye ilişkin düzenleme yapılmasından kaçınmak gerekir. Çünkü sözleşme¹⁰² medenî hukuka ait bir kavramdır. Aksi takdirde, kanun koyucu, mükerrer olarak, aynı hususu hem medenî hukuk hem de medenî usûl hukuku alanında düzenler. Usûl sözleşmelerinin aslî etkilerini, usûl hukukunda doğurması, usûl kanunlarında yeniden düzenlenmesi için yeterli neden oluşturamaz. Sözleşme, kökü itibariyle medenî hukuka ait bir kavramdır¹⁰³. Dolayısıyla sözleşme kavramı, medenî yargılama hukukuna yabancı bir kavramdır. Usûl hukukunda, usûlî anlamda borçlar olmasına rağmen, gerçek anlamda haklardan söz edilemez. Usûl hukuku yetki, görev ve mükellefiyetleri düzenlerken, hakları düzenlemez. Yetki görev ve mükellefiyetler de bir sözleşmenin konusu yapılamaz. Yetki, görev ve mükellefiyetlerin nasıl kullanılacağına kanun koyucu karar verecek olup bu durum normların içeriğinden açık veya örtülü olarak çıkarılır. Yazar, ayrıca *Kohler*'in makalesinde, dava sözleşmesi olarak ileri sürdüğü çoğu durumun usûlî sözleşme olmadığını, davadan feragat, kanun yolundan feragat gibi tek taraflı usûl işlemi olduğunu veya mahkemenin de onayını gerektiren, mutabakat beyanları olduğunu yahut her iki tarafın karşılıklı olmaksızın beyanları olduğunu ifade etmiştir¹⁰⁴. Son

¹⁰⁰ Ehrenzweig, Vertrag, s. 237.

¹⁰¹ Ehrenzweig, Vertrag, s. 236-237.

¹⁰² Sözleşmeler açısından önemli olan tarafların hangi konuda tarafların karşılıklı iradesinin uyuşması iken, usûl sözleşmelerinde önemli olan bu anlaşılabilir dâhilinde neleri, mahkemeyi ibraz ettikleri veya ibraz edilenlerde neye itiraz ettikleridir. Ayrıca, bazı biçimsel bazı durumlarda da mahkemenin onayının şart olduğu mutabakat beyanları yönünden, usûl sözleşmeleri, maddi hukuk sözleşmelerinden farklılık arz eder (Ehrenzweig, Vertrag, s. 235).

¹⁰³ Ehrenzweig, Vertrag, s. 243.

¹⁰⁴ Ehrenzweig, Vertrag, s. 229-234; Tuluay, s. 2-3; Taşpınar, İspat Sözleşmeleri, s. 80-81; Karslı, Usûlî İşlemler, s. 226-227.

olarak, usûl sözleşmelerinin, sosyal hayata etkileri de olumsuz örnek teşkil edebilir. Usûl sözleşmeleri, hukuku daha az bilen gelişmemiş bir devlete ait bir toplumu örneklem aldığımızda, toplumu adlî korumadan mahrum bırakmakta ya da en azından bunu elde etmesini zorlaştırmaktadır. Nitekim, bu durum birden fazla avukata sahip olan tacirlere yaramaktadır. Kanun koyucu bu dengeleri iyi öngörmekte olup kanunda sayılı çok nadir olarak düzenlenen usûl sözleşmeleri dışında, taraflar iradî olarak usûl sözleşmeleri düzenleyemezler¹⁰⁵.

Bunsen’ e göre de medenî usûl hukuku bir kamu hukuku dalı olup usûl hukukunun bu bağlamda yasaklamadığı her şeye izin verilmeyip, sadece kanunda düzenlenmiş olana izin verilebilir. Adaletin idaresi, devletin özel hukuk alanındaki idarî işlevine ait olduğundan, devlet makamları olan mahkemelerin işlevsel faaliyetlerinin de prensipte, tarafların keyfilikinden bağımsız olması gerekir. Dolayısıyla ilgililer arasındaki bir anlaşmanın da bu yargılama faaliyetini bozup bozmadığına, sadece usûl hukuku normları karar verebilecektir. Bu nedenle usûl sözleşmeleri hakkında genelleme yapılmayıp kanunda düzenlenen istisna niteliğinde normlara dayanılması gerekir. Kanunda düzenlenmeyen usûl sözleşmeleriyle, mahkemelerin kapsamı genişletilemez ve bu tür anlaşmalar ne mahkemeleri ne de idarî makamları bağlamaz¹⁰⁶.

Hukukumuzda da mukayeseli hukukta olduğu gibi, usûl kanunlarında düzenlenmeyen usûl sözleşmeleri bakımından, akdi dava yasağı (konvensiyonel dava yasağı) görüşü azınlık görüş tarafından savunulmaktadır.

Tanriver, medenî usûl hukuku alanında, akdi muhakemenin caiz olmadığını, bunun yerine “konvensiyonel dava yasağı” görüşünün mevcut olduğunu ifade etmektedir. Yazar, medenî usûl hukukunda, sözleşme serbestisinin, borçlar hukukundan daha dar olduğunu, usûl sözleşmelerinin, ancak Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun açıkça izin verdiği hâllerde yapılabileceğini, söz konusu hâller haricinde, usûl sözleşmesi yapılamayacağını ifade etmiştir. Çünkü Kanun bizatihi, usûl sözleşmelerinin yapılabileceği alanları yine kendisi tayin etmiştir. Usûl hukukunda da borçlar hukukundaki gibi, sözleşme serbestisi olsaydı, sözleşme serbestisinin

¹⁰⁵ Ehrenzweig, Vertrag, s. 241-244.

¹⁰⁶ Bunsen, “Prozessrechtsgeschäfte”, *Zeitschrift für Deutschen Zivilprozess*, 1906 (35), s. 406-409.

sınırlarını belirleyen bir çerçeve norma, medenî usûl hukuku kanununda yer verilmesi gerektiğini ifade etmektedir¹⁰⁷.

Umar'a göre de Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda sadece açıkça izin verilen durumlar bakımından, taraflar usûlî sözleşmeler kurabilir. Kanun'da düzenlenmeyen bir usûlî sözleşmeyi, yargılama hukukunun amacına ters düşülmediği kanısına varılarak, geçerli saymanın dayanağı ve geçerliliği yoktur. Çünkü yargılama hukuku bir kamu hukuku dalı olduğu için taraflar sözleşmeyle, hukuksal sonuç yaratamazlar. Taraflar sadece açık yasal düzenlemenin tanındığı durumlarda ve ölçülerde usûl sözleşmesi kurabilirler¹⁰⁸.

2. Sözleşme Özgürlüğünü Kabul Eden Görüş

Sözleşme özgürlüğü alanında yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, en liberal yaklaşım, *Kohler* tarafından ileri sürülen, kanun tarafından, emredici kurallarla yasaklanmamış her türlü usûl, ispat ve icra sözleşmeleri yapılabileceği görüşüdür¹⁰⁹.

Bülow, emredici olan mutlak ve emredici olmayan (dispositiv) yargılama hukuku doktrininin ilk kez ortaya ileri sürmüştür. Bu görüş öncesi doktrinde mutasyon teorisi (Mutationstheorie, Mutatio Iuris) olarak ifade edilen, bireysel hukuk öznesine, kamu hukuku alanında, hiçbir zaman hukuku değiştirme yetkisi verilemeyecek şeklinde, kamu yararına bağlı olan kamu hukukunun özel keyfilikten korunması görüşü hâkimdir¹¹⁰. Yazar, öncelikle emredici hükümlerin her hukuk dalında olduğunu, bu hükümlerin ait olduğu hukuk dalının taraflarca feshedilmelerinin veya o hukuk dalının amacının engellenmesi açısından zorunlu olduğunu ifade etmiştir. Ancak, taraflara kendi durumlarını, belli sınırlar dâhilinde, düzenleme özgürlüğü verilmezse, bu durumun özellikle usûl hukukunda sorunlara yol açabilmesi mümkündür. Çünkü bir kanun ne kadar hacimli ve açık olursa olsun, hiçbir yasama organının, meydana gelebilecek sonsuz çeşitlikteki, usûl hukuku durumlarının, her biri için yeterince özel ve matematiksel kesinlikte, çalışan bir hukuk düzenlemesini

¹⁰⁷ Tanrıver, Usûl Cilt I, s. 497-498.

¹⁰⁸ Bilge Umar, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, 2. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2014 (Şerh), s. 111-113.

¹⁰⁹ Kohler, s. 276 vd.

¹¹⁰ Ehrenzweig, Vertrag, s. 237.

önceden üretmeyi başaramayacağını savunmaktadır¹¹¹. Usûl hukukunun, her zaman yeni yaşamla doldurulabilen, esnek yapı hâline gelmesi gerekir ve bu durum, yetki veren düzenlemelerin usûl hukukuna yabancı olmadığı anlamına gelir. Bu şekilde, yazar mutasyon teorisinin yerine, günümüzde geçerli olarak kabul edilen “*Ermachtigungsnormstheorie*” şeklinde, yetkilendirme teorisini savunmaktadır. Bu nedenle yazar, mutasyon teorisini kabul etmekle birlikte, tarafların, mevcut hukuka göre hareket etmek için kanunların, taraflara talimat (Anweisung), talep (Anforderung) ve bu tür işlemin hukuk sistemi tarafından da yasal olarak kabul edilebileceğine ilişkin vaat (Verheissung) şeklinde haklarının olduğunu ifade etmiştir. Bu tür durumların sadece özel hukukta değil, kamu hukukunda da olduğunu ifade ederek bu yetkilendirmelerin bütün hukuk dallarında olduğunu ifade etmiş ve bunları “*dispozitiv*” haklar şeklinde nitelendirmiştir. Bu şekilde yazar, tarafların usûlî durumlarını düzenleme konusunda yukarıdaki talimat, talep, kanunen vaat doğrultusunda, usûl hukukunun taraflara üç araç sağladığını ifade etmiştir. Bunlardan ilki, kanunun tarafların karşılıklı rızalarıyla usûlî etki meydana gelmesine izin vermesidir. İkincisi, bir tarafın tek taraflı olarak haktan feragat etmesine usûlî önem atfetmesidir. Son olarak, bir tarafın tek taraflı işlemlerine karşı, diğer tarafın hak düşürücü veya ona ilişkin savunma olanağı sağlanmasıdır¹¹².

Schiedermaier, Bülow tarafından oluşturulan “*dispozitiv*” haklar görüşünü kabul etmekte, ancak yazar, usûl sözleşmelerinin dispozitiv haklar bakımından, taraflar arasındaki karşılıklı anlaşmaların yeteri kadar ilgi görmediğini ifade etmiştir. Ancak aslında dispozitiv hakların esasını, tarafların karşılıklı yapmış oldukları sözleşmelerin oluşturduğunu ifade etmiştir. Bu şekilde, dispozitiv haklar bakımından, medenî usûl hukuku açısından, özel hukukun aslî içeriğini, ancak usûl sözleşmeleri aracılığıyla alacağını ifade etmiştir. Dolayısıyla dispozitiv haklar tasarruf ve taraflarca getirilmesi ilkeleri ve usûl sözleşmelerinin birbirinden ayrı geliştirilmeyeceğini ifade etmiştir¹¹³. Usûl kanununda düzenlenmeyen usûlî sözleşmeler bakımından, bunların geçersiz olduğu sadece tahmine dayanmakta olduğu gibi, yasal düzenlemelerin yokluğunda, borçlar hukuku temel prensibi şeklinde sözleşme özgürlüğü ilkesinin

¹¹¹ Oskar Bülow, “Dispositives Civilprozessrecht und die Verbindliche Kraft der Rechtsordnung”, *AcP* **1881 (64)**, s. 15; Karşı, Usûlî İşlemler, s. 187.

¹¹² Bülow, s. 14-29.

¹¹³ Schiedermaier, s. 52-53.

geçerli olacağı da sadece tahmine dayanmaktadır. Ancak her ikisinin de bu konuda bir kanıtı yoktur. Bu nedenle her ikisinin ortasını, yasak olmayana izin verilmiş olabilir şeklinde yorumlamak gerektiğini ifade etmiştir¹¹⁴. Dolayısıyla tarafların bireysel olarak yapamayacakları durumları, iki tarafın karşılıklı anlaşmaları olan usûl sözleşmeleriyle yapabilmeleri (Gemeinschaftsgedanken), usûl sözleşmelerini, önemli kılmakta taraflara bu konuda sayede ispat kolaylığı sağlamakta ve nitekim bu durum usûl ekonomisine hizmet etmektedir¹¹⁵.

Sachse, kamu hukuku dalı olarak medenî usûl hukuku hükümlerinin çoğu zaman emredici olduğu ve bu nedenle özel iradeye dayalı bir düzenleme ile değiştirilemeyeceği doğru olduğunu ifade etmiştir. Ancak kanunda bir sapmaya izin verilmedikçe, tüm düzenlemelerinin emredici olarak kabul edilmesinin yanlış olduğunu belirtmiştir. Bir hükmün emredici olup olmadığı, o hükmün yorumlanması meselesidir. Hükmün kamu yararına yapıp yapılmadığı ve başka bir düzenlemenin kamu yararını ihlal edip etmediği, özellikle tarafların kendi zayıflıklarını veya dikkatsizliklerini giderecek bir düzenleme sorunu olup olmadığı konusunda hükmün amacı ve anlamının belirleyici olduğunu ifade etmiştir. Bu açıdan kamu hukuku ile özel hukuk arasında hiçbir farkın olmadığını, sadece özel hukukunun kamu hukukuna göre daha esnek olduğunu ifade etmiştir. Dava yasağı görüşünün, sadece bu sınırlama dâhilinde doğru olarak kabul edilebilir olduğunu, özel hukukta olduğu gibi, boşlukları doldurmanın imkânı ve kabul edilebilirliğinin, usûl hukukunda da tanınması gerektiğini savunmaktadır. Usûl sözleşmeleri açısından kanunda düzenlenmeyene izin verilmeyeceği görüşü yerine, kanunen yasaklanmayana izin verilmiş olabilir görüşünü savunmaktadır¹¹⁶. Yasaklanmayana izin verilmiş olabilir görüşü, akdi dava yasağı

¹¹⁴ Schiedermair, s. 54.

¹¹⁵ Schiedermair, s. 60-63.

¹¹⁶ Sachse, Beweisverträge, *Zeitschrift für Deutschen Zivilprozess*, 1929 (54) s. 411-412; *Wagner*, kamu hukukunda hâkim olan mutasyon teorisi ve onun yansıması olan konvansiyonel dava yasağı görüşüne karşı çıkmaktadır. Medenî usûl hukuku alanı bir kamu dalı olsa bile, kamu hukukunda da belli hususlarda, sözleşmeyle düzenlenebileceği konusu, Roma hukuku dönemine kadar uzanmaktadır. *Bülow* tarafından ifade edilen yetkilendirici normlar hem özel hukuk hem de kamu hukuku alanında olabilir. *Digesta*'da ifade edilen (*Digesta*, 2, 14, 38) "ius publicum" kamu hukukunu değil, kamu yararına çıkarılan bütün yasal normları ifade etmekte olup, bunlar emredici normlardır (*Zwingende Rechtsnorm*). Bu normlar bir kamu hukuku dalı olarak hem usûl hukukunda hem de özel hukukta bulunabilir. Bu nedenle, kanunda düzenlenmeyen usûl sözleşmeleri bakımından, bu sözleşmelerin kabul edilemezliği usûl hukukunun yalnızca kamu hukuku niteliği sebebiyle reddedilmesi çıkarılamaz. Usûl sözleşmeleri de ahlaka ve kanunlara aykırı olamaz ve ayrıca genel işlem koşulları denetimine tabi olup, bu şekilde usûl sözleşmelerinin kötüye

görüşünün zayıflamasına sebebiyet vermiştir. Ancak yazar, burada kesin bir ifade yerine “*izin verilmiş olabilir*” şeklinde ifade ederek kesin bir hüküm vermekten kaçınmıştır. Çünkü kanun koyucu bu durumda izin vermek zorunda da değildir¹¹⁷. Sözleşme kavramının, sadece özel hukuk ait olmadığını, bütün hukuk dallarını kapsadığını, bu nedenle tarafların usûl kanunda düzenlenmeyen sözleşmeleri yapmalarının sınırını, tüm sözleşmelere uygulanan, hukuka ve ahlaka uygun olma sınırının (BGB § 138) oluşturacağını ifade etmiştir¹¹⁸.

Hukukumuzda da öncelikle medenî usûl hukukunun bir kamu hukuku dalı mı özel hukuk mu yoksa karma hukuk dalına mı ait olup olmadığı tartışmalıdır¹¹⁹. Ancak

kullanılması engellenmiş ve denetimleri yapılmış olur. Ayrıca dava öncesi yapılan usûl sözleşmeleri bakımından da belirlilik ilkesi ön plana çıkarılmalı, tarafların hangi konuda ve ne amacıyla sözleşme yaptıklarının da belirli olması gerekir (Wagner, s. 58-59).

¹¹⁷ Wagner, s. 58; Taşpınar, İspat Sözleşmeleri, s. 80.

¹¹⁸ Sachse, s. 432; Schlosser, Anayasada düzenlenen özgürlük karinesi (Freiheitsvermutung) dikkate alınmalı ve bu karinenin sadece özel hukuka değil hukukun tüm dallarını kapsadığını ifade etmiştir. Elbette, bireysel özgürlüğe karşı, kamu yararı, hukukun farklı alanlarında farklı şekilde etkisini göstererek, bireysel özgürlük alanı küçülebilir. Ancak bu durum yasanın, yorumlanmasının başlangıç noktasının her zaman ve her hukuk alanından, özgürlük karinesi olması gerçeğini değiştirmez. Demokratik olarak meşru bir devlet otoritesi bile, ancak Anayasa’ya göre, yönetilen bir hukuk sisteminde, bireyin özgürlüğü alanına müdahale kanıtlanabilir bir kamu yararının olduğu durumda mümkündür. Ancak hukuk, yalnızca halka, nitekim davada taraflara, hizmet ettiği için ve bu ölçüde değere sahiptir diyerek sözleşme özgürlüğünü savunmaktadır. Kanunda yasaklanan tarafların ilhak-ı hak şeklinde, hakkını zor kullanarak elde etme biçimidir. Bunun yerine usûl hukuku, hukukî barışı sağlama noktasında taraflara sözleşme yapma imkânı tanınmalı, bu durum iki taraf arasındaki çatışan iki amaca dayanmakta olup, kamu yararına zarar vermez. Hukuk devleti ve hukukun üstünlüğü prensibinde, tarafların anlaşarak usûl hukukunda çözümler üretmeleri, medenî usûl hukukunda maddî hukuktan farklılık arz etmez. Özel hukukta, özellikle borçlar hukukunda, bireysel hukuk düzenleme özgürlüğüne getirilen sınırlamalar, borçlar genel kısmında daha somut hale gelir ve hükümleri yorumlamada borçlar genel ilkelerinden yararlanır. Usûl hukuku açısından, usûl anlaşmaları, kanunda en baştan itibaren düzensiz ve eksiktir. Usûl kanunlarında, borçlar hukuku gibi bir genel düzenleme olmadığı için bu büyük ölçüde bir kanunu yorumlama ve analizini gerektirir. Yazar, usûl yasasının geçerliliği kapsamında, emredici hüküm nedenleriyle ve yasa tarafından yasaklanmayan şeylere ilke olarak izin verilmesi gerektiğini öngören “*in dubio pro libertate*” şüphe halinde özgürlük karinesi ilkesiyle karşı çıkmıştır (Peter Schlosser, **Einverständliches Parteihandeln im Zivilprozess**, Tübingen 1968, (Parteihandeln) s. 8-11).

¹¹⁹ Özel hukuk uyumsuzluklarının çözümüyle ilgilenmesi, tarafların dava açıp açmama, vakıa ve delillerden hangisinin yargılamada ileri sürülebileceği gibi hususlar, ayrıca açılmış olan davada usûlî işlemler yoluyla bazı usûlî tasarruflarda bulunabilmeleri, medenî usûl hukukunun özel hukuka ilişkin yönünü göstermektedir. Ancak diğer yandan, ihlâl edilen hakkın sağlanması için devlete yönelik bir talebin söz konusu olması, davanın açılmasıyla taraflarlarla taraflar ve hâkim arasında kamu kudretine dayanan kamu hukuku karakterli bir usûlî ilişkinin doğması, usûl kanunlarının genelde emredici kurallar içermesi gibi özellikleri, medenî usûl hukukunun kamu hukukuna ilişkin olan ve ağır basan yönünü ortaya koymakta, bu şekilde mahkemeler teşkilatı Anayasa ile temin edilmiş ve hâkimleri devlet tayin eder. Bu nedenle medenî usûl hukuku bir kamu hukuku dalıdır (Karafikih, s. 3-4); Ansay, Yargılama, s. 4-5; Necip Bilge, **Medenî Yargılama Hukuku Dersleri**, Sevinç Matbaası, Ankara 1965, s. 13-14; Üstündağ, Medeni Yargılama, s. 39-42; Alangoya, Yıldırım ve Deren-Yıldırım, s. 10; Medenî usûl hukukunun karma bir hukuk dalı olduğu yönünde de birtakım görüşler ileri sürülmüştür. Mahkeme teşkilatını düzenleyen kurallar şeklinde

doktrinde, bu tartışmaların teorik bir tartışma olduğu, pratik sonuçlarının olmadığını, çünkü medenî usûl hukukunun kamu hukuku hükümleri ağır basmakla beraber, özel hukuka ilişkin de hükümlerinin de bulunmakta olduğu ifade edilmektedir¹²⁰. Bu nedenle mukayeseli hukukta olduğu gibi, bizim de katıldığımız hâkim görüşe göre, usûl kanunlarında düzenlenmeyen usûl sözleşmeleri bakımından, akdi dava yasağı (konvensiyonel dava yasağı) görüşü yerine, usûl sözleşmeleri açısından, belli sınırlar dâhilinde özgürlük görüşü savunulmaktadır.

Tuluay, dava ile korunması istenen menfaatin, doğrudan tarafların menfaati olduğu göz önüne alındığında, akdi dava yasağı görüşünün geçerliliğini yitirdiğini ifade etmiştir. Ayrıca, kamu ve özel hukuk ayrımının, hukuk düzenini ikiye bölüp kesen net bir ayrım olmadığını belirtmiştir. Bu ayrım, özellikle, hukukun dallarını tasnif etmeğe ve hukuk eğitimi kolaylaştırmayı sağlayan bir ayrım olup nispi bir değer affetmenin gerekli olduğunu söylemiştir. Çünkü özel hukuk alanında da çok defa kamu düzenini ifade eden hükümler olduğu gibi, tam tersi şekilde, kamu hukuku alanında da açıkça ferdî menfaatin ağır bastığı düzenlemeler bulunmaktadır. Bu nedenle, usûl hukuku bir kamu dalı olmasına rağmen, her bir usûlî norm bir kamu menfaatini korumak amacıyla düzenlenmiş bir emredici norm niteliğinde değildir. Bu şekilde, usûl sözleşmelerinde düzenlenmeyen usûl sözleşmeleri sorununa, kamusal ve ferdi menfaat ayrımı yaparak yaklaşmıştır. Tarafların usûl sözleşmesi yapma özgürlüğü, tarafların amaçlarının, usûl kanununun prensipleri, genel amacı ile çatışmaması durumu ve usûl kanununun doğrudan hakîme tanıdığı görev ve fonksiyonları ortadan kaldıracak bir nitelik arz etmediği, sınırlı bir durumda mümkündür¹²¹. Ayrıca, sözleşme kavramının sadece maddî hukuka ait bir kavram olmadığını, hukukun her dalına ait bir kavram olduğunu, tarafların mahkemede veya mahkeme dışında sözleşme yapabilecekleri gibi, duruşmada hâkime yöneltecekleri,

mahkemelerin görevi, kesin yetkisi, kanun yolları, kesin hüküm gibi unsurları ile bir kamu hukuku dalı görünümünü yansıtmakta, ancak tarafların dava açıp açmama, davalarını takip edip etmemede serbest olmaları, yetki, sulh, feragat ve kabul gibi sözleşmeler yapabilmeleri unsurları sebebiyle bir özel hukuk dalı görünümündedir (Postacıoğlu, s. 11); Postacıoğlu ve Altay, s. 10-11; Bilge ve Önen, s. 5-7.

¹²⁰ Postacıoğlu ve Altay, s. 10-11; Pekcanitez, Atalay ve Özekes, Usûl Hukuku, s. 65; Pekcanitez, Atalay ve Özekes, Usûl Ders Kitabı, s. 15; Hakan Pekcanitez, **Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku Cilt I**, On İki Levha Yayıncılık, 15. Bası, İstanbul 2017, (Pekcanitez Usûl Cilt I), s. 38.

¹²¹ Tuluay, s. 19-25.

muvafakat beyanlarıyla da birtakım usûlî tasarruflarda bulunabileceklerini ifade etmiştir¹²².

Üstündağ, bir usûl kuralı, kamu menfaatini korumak amacıyla düzenlenmiş emredici nitelikte olmadığı sürece, taraf iradelerinin geçerli olduğunu belirtmiştir. Dolayısıyla tarafların bu durumda, bir usûl sözleşmesi yapabilmeleri karşısında, hiçbir durumun engel olamayacağını ifade etmiştir. Usûl sözleşmelerin geçerliliği açısından, tasarruf ve taraflarca getirilme ilkesi prensibini gerekçe olarak göstermiştir¹²³.

Alangoya, hem sözleşme hem de irade serbestisi kavramının, sadece medenî hukuk alanına ait olmadığını, bunların genel hukukun (Das Gesamterecht) kavramları olduğunu ve usûl hukukunda da taraf iradelerine, kendine özgü mahiyetine uygun olduğu ölçüde, inşa edici bir etkinin tanındığını ifade ederek, kanunda düzenlenmemiş usûl sözleşmelerinin de kurulabileceği görüşündedir. Ancak kanunda düzenlenmemiş usûl sözleşmeleri bakımından, bunların ne sözleşme karakteri ne de irade özgürlüğü karakteri, sözleşmenin hukukî niteliği bakımından rol oynamayacak olup burada sözleşmenin hukukî niteliğini belirleyen ölçütün, aslî hukukî tesirlerini, hangi hukuk sahasında gösterdiğidir. Ayrıca, usûl sözleşmeleri açısından, davadan önce veya sonra olması bu konuda önem arz etmeyecek olup sözleşmeye ilişkin asli tesir aynı kaldıkça, hukukî niteliği de aynı kalacağını belirtmiştir¹²⁴.

Konuralp, usûl sözleşmelerine ilişkin Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nda genel bir düzenleme olmadığını, ancak usûl hukukunun içinde yer alan anlaşmaların kabulünü kaçınılmaz bir şekilde zaruri kıldığını ifade etmektedir. Bu nedenle, usûl sözleşmeleri, kamu düzeni düşüncesiyle getirilmiş olan emredici usûl hükümlerine aykırı olmamak şartıyla, yapılabileceğini ifade etmiştir¹²⁵.

Karlı, usûl hukukunda sözleşme yasağının değil, sözleşme serbestisi prensibinin esas olduğunu, kanun koyucu tarafından açıkça yasaklanmayan hususlarda, kamu düzenine ve emredici yargılama hukuku kurallarına aykırı olmadığı

¹²² Tuluay, s. 27-28.

¹²³ Üstündağ, Medeni Yargılama, s. 418-419; Ancak Üstündağ, daha önce yayımlanmış "Medeni Usûl Hukukunda Salahiyet Anlaşmaları" adlı makalesinde, tarafların usûl sözleşme yapma yetkisinin, sadece kanunun açıkça izin verdiği hallerde mümkün olduğunu ve diğer hallerde, sözleşme yapmanın yasak olduğunu ve usûl hukuku kurallarının, şüphe halinde emredici nitelikte olduğunu ifade etmiştir (Üstündağ, Saim, "Medeni Usûl Hukukunda Salahiyet Anlaşmaları", *İHFM*, 1962, C. XXVII, S. 1-4, (Anlaşmalar), s. 310).

¹²⁴ Yavuz Alangoya, *Medenî Usûl Hukukunda Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi*, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1973, (Tahkim), s. 38-41.

¹²⁵ Konuralp, İspat, s. 59-60.

sürece, taraf iradesinin egemen olduğu ve bunun sebebinin tasarruf ilkesiyle taraflarca getirilme ilkesinin olduğunu savunmaktadır¹²⁶.

Taşpınar, usûl hukukunda irade özerkliğinin doğrudan değil, usûl hukuku ilkeleri olan, tasarruf ve taraflarca getirilme ilkeleri ile yargılamanın amacından kaynaklandığını, yargılama hukukunun genel ilkelerine ve amaçlarına aykırı olmadığı sürece, usûl sözleşmesi düzenlenmesinde engel bir durumun olmadığını ifade etmiştir. Çünkü maddî hukukla yargılama hukuku arasında işlevsel bütünlük var olup bu da usûl hukuku ilkeleri olan tasarruf ve taraflarca getirilme ilkelerine yansımıştır. Ayrıca, usûl sözleşmelerinin denetimi açısından, sözleşmelerin tâbi olduğu genel sözleşme hukukunun koruyucu olanakları ve genel işlem şartları denetiminin bu manada, tarafları koruduğunu ifade etmiştir¹²⁷.

E. İspat ve Delil Sözleşmeleri

Medenî usûl hukuku alanında, tarafların iradelerine bazı durumlarda belli bir serbest faaliyet alanı tanındığını ve bu sayede tarafların usûl kanunlarında

¹²⁶ Karşlı, *Usûlî İşlemler*, s. 235-236.

¹²⁷ Taşpınar, *İspat Sözleşmeleri*, s. 108-109; *Alangoya, Yıldırım ve Deren-Yıldırım*, konvansiyonel dava yasağı görüşüne karşı çıkmaktadırlar. Çünkü, kanun koyucunun ortaya çıkabilecek bütün usûlî durumları eksiksiz bir şekilde düzenlemesi mümkün olmadığından, tarafların iradelerine, usûl hukukunun temel prensipleri, amacı ve hâkimin fonksiyonunu engelleyici nitelikte olmadığı sürece geçerlilik tanımaktadır. Yazarlar, bu görüşlerin dayanakları açısından, tarafların kanun yolundan feragat hususunda önceden yapılan anlaşmaların geçersiz olduğunu düzenleyen, Hukuk Usûlî Muhakemeleri Kanunu'nun 535. maddesini gerekçe olarak göstermektedir. Çünkü kanun koyucu böyle bir sözleşmeyi, yasak olduğunu açıkça belirttiğinden, Kanun'da düzenlenmiş usûl sözleşmelerinin dışında, başka bir sözleşmenin yapılamayacağı kabul edilseydi, kanun koyucu böyle bir düzenleme yapmaya gerek duymayacağını ifade etmişlerdir (Alangoya, Yıldırım ve Deren-Yıldırım, s. 175-176); *Erdönmez*, medenî usûl hukukunda, kural olarak irade serbestliği özgürlüğü ilkesinin uygulanmadığını, ancak taraflara bazı durumlarda, yargılamayı doğrudan etkileyen, usûl sözleşmesi yapabilme olanağı sağlanmıştır. Nitekim taraflar medenî usûl hukukunun emredici kurallarıyla çatışmadığı sürece, usûl sözleşmeleri yapma yetkisine sahip olduklarını ifade etmiştir. Ayrıca tarafların, birden fazla kişinin katıldığı usûl sözleşmeleri aracılığıyla da usûl işlemleri yapabileceklerini ifade etmiştir (Erdönmez, Pekcanitez Usûl Cilt I, s. 440); *Bolayır*, medenî usûl hukukunun tasarruf ve taraflarca getirilme ilkesi çerçevesinde yapılandırıldığını, re'sen harekete geçme ve re'sen araştırma ilkelerinin sınırlı bir alanda uygulama alanı bulduğunu ifade etmiştir. Bu nedenle, medenî usûl hukukunda tıpkı maddî hukukta olduğu gibi, taraf iradesine üstünlük tanındığı sonucuna ulaşabiliriz. Taraflar, kamusal menfaatlerin ağır bastığı durumlar haricinde, Kanunda düzenlenmemiş olan sözleşmelerin dışında da usûl sözleşmesi yapılabilmesine izin verilmesi gerektiği görüşündedir. Borçlar kanununda sözleşmeler hakkındaki sınırlamalar (TBK m. 26, 27/I) olan, sözleşmelerin konusunun emredici hukuk kurallarına, genel ahlaka ve adaba, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya imkânsız olamayacağı şeklindeki sınırların usûl sözleşmeleri açısından da geçerli olacağını ifade etmiştir (Bolayır, *Yetki Sözleşmeleri*, s. 24-25); Aşit, *Delil Sözleşmesi*, s. 80-82; Hatipoğlu, s. 58-59.

düzenlenmeyen usûl sözleşmeleri dışında da usûl hukuku sözleşmeleri yapabileceğini inceledikten sonra, ispat ve ispat sözleşmesinin bağımsız bir türü olarak delil sözleşmeleri incelenecektir. Ancak öncelikle ispat ve deliller hakkında genel konular, tarafların senetle ispat kuralına rağmen (HMK m. 200, 201) hakem-bilirkişilik sözleşmesi kurup kuramayacağı, hakem-bilirkişilik sözleşmesinin ve hakem-bilirkişi raporunun hukukî niteliği ve diğer konularda çalışmamızı ilgilendirdiğinden kısaca incelenecektir.

1. Genel Olarak

İspat, genel olarak, bir iddianın doğruluğunu tespit etme, belirleme, sabitleme anlamına gelmektedir. Hukukî bir kavram olarak ispat, taraflarca iddia edilen talebe ilişkin hukuk kurallarının koşul vakıalarının¹²⁸ karşılamaya elverişli somut vakıaların, doğru olup olmadığı konusunda hâkimde kanaat oluşturmak üzere¹²⁹ yapılan inandırma faaliyetidir¹³⁰.

¹²⁸ Bir hukuk kuralındaki hukukî sonucun uygulanması için bir araya gelmesi gereken vakıalar, o hukuk kuralının koşul vakıalarını oluşturmaktadır (Pekcanitez, Atalay ve Özekes, Usûl Ders Kitabı, s. 338); Pekcanitez, Atalay ve Özekes, Usûl Hukuku, s. 646; Doktrinde koşul vakıa terimi yerine unsur vakıa terimi de kullanılmaktadır. Unsur vakıa, hukuk normunun soyut olarak düzenlendiği ve kendilerine hukukî sonuç bağlanan olaylardır. (Bilge Umar ve Ejder Yılmaz, **İspat Yükü**, Kazancı Matbaa, İstanbul 1980, s. 1).

¹²⁹ İspat türleri, asıl, karşı ve aksini ispat olmak üzere üçe ayrılmaktadır. İspat yükü üzerinde olan tarafın, somut bir vakıa iddiasına yönelik ispat faaliyeti asıl ispatı ifade eder. Asıl ispat faaliyetine karşı, henüz ispat sonucuna ulaşılmadan, ispat yükü üzerinde olmayan tarafça, hâkimde oluşan geçici kanaati sarsmak veya çürütmek üzere karşı tarafça yapılan ispat faaliyetine karşı ispat faaliyeti denilmektedir. Karşı ispat faaliyeti de asıl ispatın konusunu oluşturan vakaları esas alarak, bu vakıa iddiasının doğru olmadığına yönelik doğrudan ispat veya asıl ispatın dayandığı koşul vakıalara yabancı olan dolaylı vakıalar şeklinde (emare) yapılabilir. Aksini ispat, asıl ispat ve karşı ispat faaliyetlerinden farklı istisnai nitelikte bir ispat faaliyeti olup, yasal karinelerin çürütülmesini yönelik bir ispat faaliyetidir. Kanunun bazı durumlarda, ispat yükü taşıyan taraf lehine karineler getirmesi durumunda, ispat yükü üzerinde olan taraf, karine sonucunu ispat etmesine gerek olmaksızın, sadece karine temelini ispatlayarak, çekişmeli vakıayı ispatlamış sayılacaktır. Bu karine temelini ispatlanmasının ardından, karşı taraf, kanunda sonuç bağlanan karinede, karine temelini gerçekleştirmemiş olduğunu veya karine temeli menfi bir vakıaya dayandırılmışsa vakıanın gerçekleşmiş olduğu şeklinde faaliyet aksini faaliyetidir (Umar ve Yılmaz, s.2, dn. 5); Oğuz Atalay, **Medenî Usûl Hukukunda Menfi Vakıaların İspatı**, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, İzmir 2001, (Menfi Vakıaların İspatı), s. 6-7; Pekcanitez, Atalay ve Özekes, Usûl Ders Kitabı, s. 367-369; Pekcanitez, Atalay ve Özekes, Usûl Hukuku, s. 682.

¹³⁰ Umar ve Yılmaz, s. 2; Berkin, Usûl, s. 169; Bilge ve Önen, s. 491; Önen, Ergün, **Medeni Yargılama Hukuku**, Sevinç Matbaası, Ankara 1979, (Yargılama), s. 201; Postacıoğlu, s. 527; Postacıoğlu ve Altay, s. 558; Üstündağ, Medeni Yargılama, s. 613; Kuru, Usûl Hukuku, s. 231-232; Kuru, Arslan ve Yılmaz, s. 351; Kuru ve Aydın, Usûl Ders Kitabı, s. 238; Kuru ve Aydın, Usûl El Kitabı Cilt I, s. 616; Pekcanitez, Atalay ve Özekes, Usûl Ders Kitabı, s. 338; Pekcanitez, Atalay ve Özekes, Usûl Hukuku, s. 643; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, s. 419; Şanal Görgün, Levent Börü

İspat hakkı, vakıayı kimin ispat edeceği ispat yükü şeklinde (TMK m. 6, HMK m. 190) maddî hukuk kurallarından bağımsız, bir hukukî temele sahiptir¹³¹. Hukukumuzda ispat hakkı, hukukî dinlenilme hakkının¹³² unsurlarından biri olan açıklama ve ispat hakkı¹³³ şeklinde, doğrudan Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 27. maddesinin ikinci fıkrasının b bendinde düzenlenmiştir¹³⁴. Hukukî dinlenilme hakkı da adil yargılanma hakkının¹³⁵ unsurlarından biri olan hakkaniyete uygun

ve Mehmet Kodakoğlu, **Medenî Usûl Hukuku**, Yetkin Yayınevi, 13. Baskı, Ankara 2024, s. 483; Konuralp, İspat, s. 9; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, s. 489; Ali Cem Budak ve Varol Karaaslan, **Medenî Usûl Hukuku**, 8. Bası, Filiz Yayınevi, İstanbul 2024, s. 257; O. Atalay, Menfi Vakıaların İspatı, s. 5; Muhammet Özkes, **Medenî Usûl Hukukunda Hukukî Dinlenilme Hakkı**, Yetkin Yayınları, Ankara 2003, (Hukukî Dinlenilme Hakkı), s. 123-124; Muhammet Özkes, “Bilirkişinin Konumu ve Karşılaştırmalı Bir Bakış”, **Bilirkişilik Sempozyumu-Bilirkişilik Uygulama Alanları, Sorunlar, Öneriler**, TMMOB Mimarlar Odası, Ankara 2009, (Bilirkişi), s. 59; Nur Bolayır, **Hukuk Yargılamasında Delillerin Toplanmasında Tarafların ve Hâkimin Rolü**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014, (Deliller), s. 9.

¹³¹ Pınar Çiftçi, **Medenî Yargılama Hukukunda İspat Hakkı ve Sınırlamaları**, Adalet Yayınevi, Ankara 2018, (İspat Hakkı), s. 133-139; Hadda Mebrouk, **Senetle İspat Konusunda Fransız Hukukundaki Gelişmeler Türk ve Cezayir Hukuku ile Karşılaştırma**, Yetkin Yayınları, Ankara 2012, s. 15.

¹³² Hukukî dinlenilme hakkı, yargılama ile ilgili olarak bilgi sahibi olunmasını (HMK m. 27/II-a), açıklama ve ispat hakkını (HMK m. 27/II-b) ve mahkemenin, açıklamaları dikkate alarak değerlendirmesini ve kararların somut ve açık olarak gerekçelendirilmesi (HMK m. 27/II-c) unsurlarından oluşur (Özkes, Hukukî Dinlenilme Hakkı, s. 86-186); Hakan Pekcanitez, “Hukukî Dinlenilme Hakkı”, **Seyfullah Edis’e Armağan**, İzmir 2000, (Hukukî Dinlenilme Hakkı), s. 769-788; Çiftçi, İspat Hakkı, s. 235; Pekcanitez, Atalay ve Özkes, Usûl Ders Kitabı, s. 201; Pekcanitez, Atalay ve Özkes, Usûl Hukuku, s. 386-395.

¹³³ Anayasa’nın 36. maddesinde dayanağı olan, ispat hakkını, usûl hukukunda taraflar, kanunda belirtilen süre ve usûlüne uygun olarak kullanırlar (HMK m. 189/I). Bu hak ancak kanunla sınırlanır, hukuka aykırı delil (HMK m. 189/II), senetle ispat (HMK m. 200), senede karşı senetle ispat (HMK m. 201) ve teksif ilkesi (HMK m. 141) şeklinde tarafların iddia ve savunmalarını belli bir usûl kesitine kadar getirebilmeleri, kanundan kaynaklanan sınırlamalar olarak karşımıza çıkmaktadır (Pekcanitez, Atalay ve Özkes, Usûl Ders Kitabı, s. 339); Pekcanitez, Atalay ve Özkes, Usûl Hukuku, s. 643; Çiftçi, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 189. maddesinin kenar başlığının “İspat Hakkı” şeklinde temelde bir yargısal hakkı düzenlenmesine rağmen, söz konusu maddenin hakkın kendisini konu edinmesinden ziyade, hakkın sınırlamalarını düzenlemekte, bu nedenle Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 189. maddesinin üçüncü ve dördüncü fıkrasının, Anayasa’ya aykırılık teşkil ettiğini savunmaktadır (Çiftçi, İspat Hakkı, s. 150-151).

¹³⁴ Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu’nu döneminde düzenlenmeyen, davanın taraflarına ilişkin bir hak olan ispat hakkı, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda, önemi sebebiyle ayrıca, ispat hakkı kenar başlığı altında Kanun’un 189. maddesinin birinci fıkrasında tarafların, kanunda belirtilen süre ve usûle uygun olarak ispat hakkına sahip olduğu belirtilmiştir. Son olarak, Kanun’un 193. maddesinde, delil sözleşmesi kenar başlıklı, taraflardan birinin ispat hakkının kullanımını imkânsız kılan veya fevkalâde güçleştiren delil sözleşmelerinin geçersiz olduğu düzenlemiştir (Çiftçi, İspat Hakkı, s. 7-8).

¹³⁵ Adil yargılanma hakkı genel olarak dört unsurdan oluşmaktadır. Bunlardan ilki, kanunî, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından yargılanma, ikincisi makul süre içinde yargılanma, üçüncüsü aleni surette yargılanma ve son olarak da hakkaniyete uygun olarak (adil) yargılanmadır (Hakan Pekcanitez, “Medenî Yargıda Adil Yargılanma”, **İzmir Barosu Dergisi**, 1997 Nisan, (Adil Yargılanma), s. 40-49); Pekcanitez, Hukukî Dinlenilme Hakkı, s. 760; Özkes, Hukukî Dinlenilme Hakkı, s. 56; Çiftçi, İspat Hakkı, s. 159-160.

yargılanmanın bir unsurudur¹³⁶. Bu nedenle, ispat hakkı temelini, Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen hak arama hürriyeti ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkını konu alan temel yargısal bir haktır¹³⁷.

İspatın konusunu, tarafların üzerinde anlaşılmadıkları ve uyuşmazlığın çözümünde etkili olabilecek çekişmeli vakıalar¹³⁸ oluşturmaktadır (HMK m. 187/I). Vakıa, davada uygulanacak olan hukuk kuralının koşul vakıasını karşılayan somut vakıaların¹³⁹, yer ve zaman bakımından belirli, geçmişte olan veya hâlen mevcut bulunan, dış dünya ya da insanın iç dünyasına ilişkin durumlar, süreçler veya belli özelliklerdir¹⁴⁰. Herkesçe bilinen vakıalar ve ikrar edilmiş vakıalar, çekişmeli sayılmadıkları (HMK m. 187/II) için ispat edilmesine gerek yoktur. Hukuk kuralları, hâkim hukuku re 'sen uygular ilkesi (HMK m. 33) gereğince ispatın konusunu oluşturamaz. Ancak belirli durumlarda, aslında birer hukuk kuralı olan yabancı kanun hükümleri veya örf ve âdet kuralları da ispatın konusunu oluşturabilir. Ancak burada ispat yükü değil, bir yardım yükümlülüğü söz konusudur¹⁴¹.

İspatın konusunu esas olarak, taraflar arasında uyuşmazlığın çözümünde etkili olabilecek çekişmeli vakıalar oluşturmakta olup bu vakıaların ispatı¹⁴² için delil

¹³⁶ Pekcanitez, Hukukî Dinlenilme Hakkı, s. 760; Pekcanitez, Adil Yargılanma Hakkı, s. 48-49; Özekes, Hukukî Dinlenilme Hakkı, s. 58-59; Çiftçi, İspat Hakkı, s. 138-139.

¹³⁷ Pekcanitez, Hukukî Dinlenilme Hakkı, s. 784-785; Özekes, Hukukî Dinlenilme Hakkı, s. 125-126; Çiftçi, İspat Hakkı, s. 138-139; İspat hakkının hukukî niteliği hakkındaki mukayeseli hukuk ve hukukumuzdaki tartışmalar için bkz. Çiftçi, İspat Hakkı, s. 133-139.

¹³⁸ Vakıa ve vaka hukuken aynı anlama gelmemektedir. Ancak vakıa günümüzde, olay şeklinde ifade edilmekte ise de aynı şey değildir. Vakıa bir andan daha çok bütünü, diğer bir ifadeyle süreci ifade etmek için kullanılır (Özekes, Bilirkişi, s. 57).

¹³⁹ İspatı gereken vakıalar, müspet (olumlu) olabileceği gibi, menfi (olumsuz) bir vakıa şeklinde de olabilir. Hukuk kuralları bazen menfi koşul vakıalara da hukukî sonuç bağlamakta olup, bunların da ispatı gerekir (Pekcanitez, Atalay ve Özekes, Usûl Hukuku, s. 647-648); Pekcanitez, Atalay ve Özekes, Usûl Ders Kitabı, s. 342; Menfi vakıaların ispatı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. O. Atalay, Menfi Vakıaların İspatı, s. 91-121.

¹⁴⁰ O. Atalay, Menfi Vakıaların İspatı, s. 57; Pekcanitez, Atalay ve Özekes, Usûl Ders Kitabı, s. 339; Pekcanitez, Atalay ve Özekes, Usûl Hukuku, s. 644; Özekes, Bilirkişi, s. 57; Taylan Özgür Kiraz, **Medenî Yargılama Hukukunda İkrar**, 2. Baskı, Bilge Yayınevi, Ankara 2013, s. 58.

¹⁴¹ Umar ve Yılmaz, s. 20-21; Pekcanitez, Atalay ve Özekes, Usûl Ders Kitabı, s. 344; Pekcanitez, Atalay ve Özekes, Usûl Hukuku, s. 650.

¹⁴² İspat faaliyetinin içeriği bakımından, ispat doğrudan ve dolaylı ispat olarak ikiye ayrılır. İspat, doğrudan iddia olunan vakıaya ilişkin deliller aracılığıyla yapılıyorsa, buna doğrudan ispat denir. Ancak iddia edilen vakıayı doğrudan yansıtan ve kendisinden vakıanın oluşu hakkında doğrudan kanaat edinebilecek delillerle değil, emare teşkil eden diğer komşu vakıaların dayanarak, çekişmeli vakıa hakkında, hâkim tarafından delillerin değerlendirilmesiyle bir sonuç varılması yoluyla ispat çalışmak ise dolaylı ispat olarak adlandırılır (O. Atalay, Menfi Vakıaların İspatı, s. 7-8); Pekcanitez, Atalay ve Özekes, Usûl Ders Kitabı, s. 369-370; Pekcanitez, Atalay ve Özekes, Usûl Hukuku, s. 684-685.

gösterilmektedir (HMK m. 187/I). Delil, ispat faaliyetinde kullanılan ve kural olarak, dava öncesinde gerçekleşmiş olan vakıaların temsilen¹⁴³ yargılamaya aktarılmasına ve çekişmeli vakıayı temsile ya da yansıtmaya elverişli olan, hâkimde kanaat oluşturmak üzere ispat araçlarıdır¹⁴⁴.

Deliller¹⁴⁵ bakımından, mukayeseli hukuk ve hukukumuzda göre, delillerin sınırlı sayıda olup olmadığı ve delillerin hâkim tarafından serbestçe incelenip incelenmemesine göre iki farklı sistem bulunmakta olup bu sistemler hakem-bilirkişi raporunun bir delil olarak nitelendirilip nitelendirilememesi açısından önem arz etmekte olduğundan kısaca incelenecektir. Bu sistemlerden ilki, delillerin sınırlı sayıda olup olmadığına ilişkin olup burada da iki durum söz konusudur. Bunlardan ilki, bir yargılamada kullanılabilecek delillerin tek tek belirtildiği sistem olup bu sisteme katı veya sıkı (Strengbeweis) delil sistemi de denilmektedir. Katı veya sıkı delil sisteminde, deliller sınırlı sayıda olmakta (numerus clausus) hangi tür delillerin yargılamaya getirebileceğini önceden kanun koyucu tarafından belirlenmektedir. Örneğin, Alman

¹⁴³ Delilin temsili niteliğiyle kastedilen, delilin olgunun gerçekleştiği konusunda, hâkime kanaat verici olması gereğidir. Delil, uyumsuzluğu ne kadar yakınsa güvenilirliği ve temsili niteliği o kadar artacaktır. Bu anlamda, delilin temsili niteliği, senette ve tanık beyanında ön planında çıkmaktadır. Yeminin bu anlamda bir temsili niteliği yoktur. Ayrıca bilirkişi ve keşif delillerinin de temsili niteliği yoktur. Bilirkişi delili, temsili niteliği olan deliller varsa, bilirkişi onlar üzerinde inceleme yapmakta ve birtakım sonuçlar elde etmektedir. Keşif de bu açıdan bilirkişiye benzemekte olup, temsili niteliği yoktur. Keşif delili de temsili niteliği olan unsurları görmeye yaramakta olup, keşfin kendisi temsili nitelikte değildir (Konuralp, İspat, s. 10-12); Atalay da benzer yaklaşımla delilleri temsili niteliği yönüyle dar ve geniş anlamda delil olmak üzere ikiye ayırır. Dar anlamda delil, kendisinden çekişmeli bir iddianın konusu olan vakıa hakkında doğrudan doğruya bilgi edinebilecek olan, dava öncesinde hâkimin gıyabında, gerçekleşmiş bulunan vakıanın yargılama sırasında temsili yolla canlandırılmasına veya hâkime yansıtılmasına yarayan, yani aynan görevi gören araçlardır. Bu anlamda delil sadece senet ve tanıklıktan ibarettir. Çünkü sadece bu delillerle, doğrudan ispatın konusu olan vakıa ile temas ve vakıayı doğrudan hâkime yansıtılma özellikleri mevcuttur. Geniş anlamda delil, hâkimde vakıa iddiası hakkında kanaat tesisine yarayan her türlü araç (kanunî deliller çerçevesinde), o vakıanın mevcudiyetini tespit etmeye yarayan delillerdir. Bu deliller, mantık ve bilim kanunları çerçevesinde, çekişmeli bir vakıa hakkında kanaat oluşumuna elverişli tüm araçlar olduğundan, bu tür delillere bilimsel ve mantıksal deliller demek de mümkündür (Oğuz Atalay, “Delil Kavramı Üzerine”, **Hâluk Konuralp Anısına Armağan Cilt I**, Ankara 2009, (Delil), s. 130-131); Özekes de benzer bir yaklaşımla, delilin adeta ayna gibi olması gerektiğini savunmaktadır. Hâkim delillerle geçmişte, kendi dışında gerçekleşen vakıayı, hayat filmini geriye sararak, anlamaya, görmeye ve onu bilmeye çalışır. Bu sebeple bilirkişi raporu bir delil değil, hâkim bilirkişi delili yardımıyla vakıaları ve onunla bağlantılı delilleri anlamaya çalışan bir araçtır (Özekes, Bilirkişi, s. 59).

¹⁴⁴ Ansay, Yargılama, s. 251-252; Karafikih, s. 165; Bilge ve Önen, s. 492-493; Umar ve Yılmaz, s. 32; Postacioğlu, s. 528; Önen, s. 207; Üstündağ, Medeni Yargılama, s. 613; Kuru, Arslan ve Yılmaz, s. 357-358; O. Atalay, Delil, s. 130; Özekes, Bilirkişi, s. 59; Bolayır, Deliller, s. 11; Mebrouk, s. 15.

¹⁴⁵ Konuralp, deliller ve delil sistemleri bakımından, üç temel kırılma olduğunu ifade etmektedir. Bunlardan ilki akıldışı delillerin uygulandığı ilkel ve dini delillerden aklî delillere geçiştir. Diğer tanık delilinin üstünlüğü ve son olarak yazının önem kazandığı dönemdeki kanunî delil sisteminin kabulüdür. (Halûk Konuralp, **Medenî Usûl Hukukunda Yazılı Delil Başlangıcı**, Yetkin Yayınları, Ankara 2009, (Yazılı Delil Başlangıcı) s. 8).

hukukunda deliller, keşif, tanık, bilirkişi, belge (Urkunden) ve isticvaptan oluşmakta olup bu delil türleri haricinde, yargılamaya farklı bir delil türü getirmek kural olarak mümkün değildir. Diğer sistem olan serbest delil sisteminde (Freibeweis) ise, kanunda deliller belirtilmiş olsa da deliller konusunda bir sınırlama yapılmamış olup her şey delil olarak kabul edilmektedir¹⁴⁶. Hukukumuz hem Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu döneminde özel hüküm sebepleri¹⁴⁷ (HUMK m. 367) hem de Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 192. maddesinde kanunda düzenlenmemiş diğer delillere de tarafların başvurabileceğini¹⁴⁸ ifade ederek serbest delil sistemini seçmiştir¹⁴⁹.

İkinci sistem olarak, delillerin hâkim tarafından serbestçe değerlendirilip değerlendirilemeyeceğine ilişkindir. Burada da iki durum söz konusu olup bunlardan ilki hâkimin kanunda sayılan delillerle bağlı olduğu şeklinde “kanunî delil sistemi” ikincisi hâkimin deliller bakımından herhangi bir sınırlamaya tâbi olmaksızın delilleri serbestçe değerlendirdiği “delillerin serbestçe değerlendirilmesi sistemi” şeklindedir¹⁵⁰. Hukukumuzda hem Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu

¹⁴⁶ M. Kamil Yıldırım, **Medeni Usûl Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi**, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 1990, (Delillerin Değerlendirilmesi), s. 87-88; Alangoya, Yıldırım ve Deren-Yıldırım, s. 296; Konuralp, Yazılı Delil Başlangıcı, s. 26-27; Tanrıver, Usûl Cilt I, s. 906; Pekcanitez, Atalay ve Özkes, Usûl Ders Kitabı, s. 379; Pekcanitez, Atalay ve Özkes, Usûl Hukuku, s. 712; Mine Erturgut, **Medeni Usûl Hukukunda Elektronik İmzalı Belgelerin Delil Olarak Değerlendirilmesi**, Yetkin Yayınları, Ankara 2004, s. 176; Mustafa Göksu, **Hukuk Yargılamasında Elektronik Delil**, Adalet Yayınevi, Ankara 2011, (Delil), s. 111; Mebrouk, s. 77.

¹⁴⁷ Konuralp, İspat, s. 12; Konuralp, Yazılı Delil Başlangıcı, s. 27-28; Erturgut, s. 176, dn. 6; M. Göksu, Delil, s. 111.

¹⁴⁸ Nitekim bu husus Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 192. maddesinin gerekçesinde de açıkça ifade edilmiştir: “1086 sayılı Kanun'un 367. maddesine karşılık gelen bu maddeyle, kanunda düzenlenmemiş olan delillerin hukukî çerçevesi çizilmiştir. Bu düzenleme 1086 sayılı Kanun'daki anlayışı muhafaza etmekte ve delilleri tek tek sınırlamamaktadır. Her ne kadar tanık beyanı, bilirkişi görüşü, senet ve yemin ayrı ayrı düzenlenmişse de amaç, sadece düzenlenmiş olan bu unsurların delil olabilmesi değildir. Maddeyle, kanunun belirli delillerle, ispat zorunluluğunu öngörmediği hallerde, kanunda düzenlenmemiş olan diğer delillere başvurabileceği açıkça düzenlenmiş; böylece senetsiz ispatı caiz olan davalarda aklî, mantıkî ve hukuka uygun yollardan elde edilmiş olmak koşuluyla davayı aydınlatabilecek ve davanın dayanağı olan vakıaları ispatlayabilecek her türlü unsurun delil olarak değerlendirilebileceği esası tereddüte yer vermeyecek biçimde düzenlenmiştir. Böylece aslında 1086 sayılı Kanun'un mehzında da bulunmayan ve uygulanmasında daima tereddütlerle karşılaşılan özel hüküm sebepleri kavramı da terk edilmiştir.”

¹⁴⁹ Pekcanitez, Atalay ve Özkes, Usûl Ders Kitabı, s. 379; Pekcanitez, Atalay ve Özkes, Usûl Hukuku, s. 712; Tanrıver, Usûl Cilt I, s. 906-907; Çiftçi, İspat Hakkı, s. 782.

¹⁵⁰ K. Yıldırım, Delillerin Değerlendirilmesi, s. 207; Alangoya, Yıldırım ve Deren-Yıldırım, s. 296; Konuralp, İspat, s. 10; Konuralp, Yazılı Delil Başlangıcı, s. 23-24; Pekcanitez, Atalay ve Özkes, Usûl Ders Kitabı, s. 379-380; Pekcanitez, Atalay ve Özkes, Usûl Hukuku, s. 712; Murat Yavaş, **Senetle İspat ve Senede Karşı Senetle İspat Kuralları ile Bu Kuralların İstisnaları**, Seçkin Yayınevi, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2020, s. 84; Bolayır, Deliller, s. 113-114; Mebrouk, s. 76-77.

döneminde¹⁵¹ hem de Hukuk Muhakemeleri Kanunu döneminde, belli bir parasal miktar sınırını aşan hukukî işlemler bakımından kanunî delil sistemini¹⁵² benimsenmiştir. Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun kaynağı, İsviçre'nin Neuchatel Kanton Usûl Kanunu olmakla birlikte, İsviçre kanununda yer alan serbest delil sistemi alınmamıştır. Hukukumuzda İsviçre ve Alman hukukundaki delillerin serbestçe değerlendirilmesi sisteminin (ZPO § 286, SchZPO § 157) aksine, belli miktarı aşan hukukî işlemler bakımından¹⁵³, Fransız hukuku kaynaklı kanunî delil



¹⁵¹ Hukukumuzda senetle ispat kuralı, ilk kez Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu dönemi getirilmemiş olup, 1879 tarihli Usûl-i Muhakemat-ı Hukukîye Kanunu'nun 80. maddesinde senetle ispat kuralı ilk kez düzenlenmiştir (İlhan E. Postacıoğlu, **Şehadetle İspat Memnuiyeti ve Hudutları**, 2. Bası, Baha Matbaası, İstanbul 1964, (Şehadetle İspat) s. 11); Konuralp, Yazılı Delil Başlangıcı, s. 19; Yavaş, s. 55.

¹⁵² Senetle ispat kuralı özellikle Akdeniz ülkeleri olan, Türkiye, Fransa, İtalya, İspanya, Yunanistan ve Portekiz ülkelerinde benimsenmişken; Almanya ve İsviçre hukukları Kanonik hukuktan etkilenmiş senetle ispat kuralı yerine, delillerin serbestçe değerlendirilmesi sistemini seçmiştir (Yavaş, s. 59-78); Mebrouk, s. 95; Hukuk sistemlerinin hangisinin kabul edildiği, toplumun alışkanlıkları veya sosyal yapılarıyla ilgili bir husus olduğundan, diğer yargılama kuralları bakımından esaslı değişiklikler yapılabilir de delil sistemlerinde oldukça sınırlı bir değişiklik yapılmakta olup, bu nedenle Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu döneminde var olan delil sistemleri, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda da aynen muhafaza edilmiştir (Pekcanitez, Atalay ve Özkes, Usûl Ders Kitabı, s. 380); Pekcanitez, Atalay ve Özkes, Usûl Hukuku, s. 713.

¹⁵³ Hâkim, bir vakıa veya hukukî işlemin ispatında, öncelikle bu durumun ispatı bakımından, kanunda ifade edilen senetle ispat kuralını gerektiren bir husus olup olmadığını değerlendirmek ve ispata esas alınmasının mümkün olup olmadığını (caiziyetini) re 'sen göz önünde bulundurmak zorundadır. Caiz delil veya delilin kabule şayan olup olmadığı kavramı, özellikle kesin delille ispat zorunluluğunun getirdiği bir kavram olup, hâkim tahkikat aşamasında, ikame edilmek istenilen delillerden hangisinin ispat için kabul edilip edilemeyeceğini re 'sen ara karar şeklinde, gerekçeli olarak takdir edecektir (HMK m. 189/IV). Bu nedenle, kesin delille ispatın söz konusu olduğu durumlarda, takdiri deliller caiz olarak kabul edilemez ve ispata esas alınamayacaktır (Pekcanitez, Atalay ve Özkes, Usûl Ders Kitabı, s. 380); Pekcanitez, AtalayÖzkes, Usûl Hukuku, s. 713.

sistemi¹⁵⁴ olarak¹⁵⁵, senetle¹⁵⁶ ispat kuralı ve senede karşı senetle ispat kuralı¹⁵⁷ sistemi¹⁵⁸ benimsenmiştir¹⁵⁹. Hukukumuzda, sonuç olarak, belli değeri aşan hukukî

¹⁵⁴ Kanunî delil sisteminin kaynağı, Fransız hukuku kaynaklı olup, Fransız Medenî Kanunu'nun 1341. maddesine göre, kanunda belirtilen miktarı aşan davalar, kanunî deliller ve özellikle senetle ispatlanmak zorundadır. Fransız hukukunda, 10 Şubat 2016 tarihinde, Fransız Medenî Kanunu'nda önemli değişiklikler yapılmıştır. Ancak bu hükümler, senetle ispat kuralının kaldırılmasına yönelik olmayıp, senetle ispat kuralı daha düzenli hale getirilmiştir. Senetle ispat kuralının düzenlendiği, eski Fransız Medenî Kanunu'nun 1341. maddesinde yer alan belli sınırı aşan tüm hukukî olayları (toutes choses) kavramı, yeni Fransız Medenî Kanunu'nun 1359. maddesiyle, belli sınırı aşan hukukî fillere bu hususun uygulanamayacağı, sadece belli sınırı aşan hukukî işlemlere uygulanacağı açık bir şekilde ifade edilmiştir (Yavaş, s. 55-59).

¹⁵⁵ Fransız hukukunda senetle ispat kuralı, ticari ihtilaflar bakımından hiçbir şekilde uygulanmamış, onun yerine delillerin serbestçe değerlendirilmesi sistemi uygulanmıştır. Hukukumuz açısından da belli sınırı aşan hukukî işlemlere ilişkin ticari ihtilaflar bakımından, 1.1.1957 tarihine kadar, ticari ihtilaflar bakımından, senetle ispat kuralı yerine delillerin serbestçe değerlendirilmesi sistemi uygulanmaktaydı. Ancak, bu tarihten sonra Türk Ticaret Kanunu'nun dördüncü maddesi uyarınca, ticari uyuşmazlıklar bakımından senetle ispat kuralı geçerli hale gelmiş, ancak ispat zorlukları senede bağlanmaması teamülü (HMK m. 203/I-b, HUMK m. 293/b.4) ve ticari defterlerin ibrazı ve delil olması (HMK m. 222) hükümleri sayesinde aşılmaktadır (Yavaş, s. 55- 59); Ayrıca Fransız hukukunda da yazılı delil başlangıcı durumunda, tanık dinletilebilmektedir (Konuralp, Delil Başlangıcı, s. 11); Mebrouk, s. 70.

¹⁵⁶ Senet delili hukukumuzda en çok kullanılan delil olduğu için bu kavram kullanılmakta olup, burada kastedilen tarafların ispatlarını, kesin delillerle yapmak zorunda olmalarıdır (Kuru, Usûl Hukuku, s. 263; Ertugut, s. 176-177; Fransız hukukunda da en çok kullanılan delil senet olduğu için, kesin delille ispat kuralı yerine genelde senetle ispat kuralı kullanılmaktadır (Mebrouk, s. 17).

¹⁵⁷ Kanunî delil sistemi bakımından ikinci ana kural olan, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 201. maddesinde belirtilen, senede karşı tanıkla ispat yasağının da istisnaları bulunmakla birlikte, birinci kural olan senetle ispat yasağına göre daha dardır. Çünkü burada, asıl hukukî işlem bir senede bağlandığı için, artık tarafların birbirilerinden senet almalarında bir manevi imkânsızlıktan (HMK m. 203/I/a) söz edilemeyecek olup, senede karşı tanıkla ispat yasağının bir istisnası değildir. Ancak maddi imkânsızlık halleri (HMK m. 203/I/c, HMK m. 203/I/e), sözleşmedeki irade bozukluğu ve aşırı yararlanma halleri ve hukukî işlemlere karşı ve senetlere karşı üçüncü kişilerin muvazaa iddiaları istisnaları senede karşı tanıkla ispat yasağı açısından da geçerlidir. Ayrıca, senede karşı ileri sürülen savunma sebebi hakkında, karşı tarafın elinde delil başlangıcı varsa, o hukukî işlem hakkında tanık ile ispat edebilir (Kuru, Usûl Hukuku, s. 273-276); Pekcanitez, Atalay ve Özkes, Usûl Ders Kitabı, s. 410; Pekcanitez, Atalay ve Özkes, Usûl Hukuku, s. 757.

¹⁵⁸ Senetle ispat kuralının hukukumuzda artık kaldırılması gerektiği şeklinde görüşler vardır. Konuralp'e göre, senetle ispat kuralı, iki yüzyıl öncesinin hukuk politikasının bir ürünü olduğunu, son zamanlarda ispat hukuku alanında karşı karşıya kalan sorunların, artık bu kavramı tartışmaya açtığını ifade etmiştir. Özellikle, bankacılık uygulamasında, kullanılan bilgisayar sistemleri nedeniyle doğan bazı sorunların, bankaların kendi tuttukları kayıtları için "kesin delil" kavramına başvurmalarına neden olmuştur. Nitekim bu durum, anlamlı ve çağdaş bir yaklaşım olarak değerlendirilemez. Kesin delil veya senetle ispat kuralı yerine, delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesine geri dönmeli ve ispat hukukunun bilimsel çizgisiyle bağdaşmalıdır (Konuralp, İspat, s. 11); Yıldırım'a göre de Kıta Avrupası hukukunda, senetle ispat kuralı yerine delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesine giden bu şekilde hâkimi güçlü kılmaya yönelten bir yaklaşım bulunmaktadır. Yalancı tanıklıktan kurtulma amacı, eski zamanda katı ispat kurallarının uygulandığı dönemler için geçerli olduğunu ifade etmiş, artık bu ihtiyacın ortadan kalktığını, senetle ispat kuralının terk edildiğini ifade etmiştir. Nitekim, milletlerarası satış sözleşmeleri hukukunu yeknesak hale getirme sebebiyle, artık sözleşmelerde şekilsizlik esası kabul edilmektedir (K. Yıldırım, Delillerin Değerlendirilmesi, s. 211); Hukuk Muhakemeleri Kanunu döneminde, senetle ispat kuralının istisnalarını çoğaltan belge ve delil başlangıcı gibi kavramlar uygulamayı rahatlatıcı bir tercihte bulunmamış olsalardı, senetle ispat kuralı çok daha erken bir dönemde sistemi tıkanma noktasına getirebilirdi. Bu sistem ispat hakkını ölçsüzce sınırlandırdığı gibi, aynı zamanda hâkimin

işlemler bakımından, kanunî delil sistemi; belli değerin altındaki hukukî işlemler ve hukukî fiil¹⁶⁰ (haksız fiil, maddî vakıalar) bakımından serbest delil sistemi şeklinde karma bir anlayış benimsemiştir¹⁶¹. Hukukumuzda benimsenen bu karma anlayış neticesinde, deliller arasında bir hiyerarşi öngörülerek, kesin ve takdiri delil ayrımı yapılmaktadır.

Kesin delil, şartlarını hükümlerini ve sonuçlarını bizzat kanunun belirlediği ve bu şartların mevcut olması hâlinde, hâkimin bağlı olduğu ve takdir yetkisine sahip olmadığı delillerdir. Hukukumuzda kesin deliller¹⁶², senet (HMK m. 200 vd.), yemin (HMK m. 225 vd.) ve deliler arasında düzenlenmemiş olan kesin hükümdür (HMK m.

delilleri serbestçe değerlendirme yetkisini de sınırlandırması sebebiyle katmerli ispat hakkı ihlali oluşturmaktadır Çiftçi, İspat Hakkı, s. 517-518; Aksi yönde görüşte olan Yavaş'a göre, senetle ispat kuralının toplumsal, tarihi ve felsefî temellerinin yok sayılarak bu kural kaldırılmamalıdır. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu döneminde de korunan bu kural, toplumsal yapımızın ortaya koymuş olduğu özelliklerle açıklanabilmekte olup, bu tanığa olan güvensizliktir. Nitekim senetle ispat kuralı emredici ve kamu düzenine ilişkin olmayıp, birçok istisnası vardır. Özellikle Hukuk Muhakemeleri Kanunu döneminde, getirilen “yazılı delil başlangıcı” yerine “delil başlangıcı” kurumu ve “belge” kavramının açıklanması sayesinde yazılılığın atılması, teknolojik gelişmelerde elektronik belgelerde meydana gelen ispat zorluklarını aşmak, bu sayede tanık dinletmek açısından çok önemlidir. Ancak senetle ispat kuralını, toptan kaldırmak hususu çok tehlikeli bir düşüncedir (Yavaş, s. 493-498).

¹⁵⁹ Hukukumuz, bu şekilde, hem Alman, İsviçre ve Fransız kanun hükümlerinin de yer aldığı eklektik veya sentetik bir kanunlaştırmayı tercih etmiştir (Konuralp, Yazılı Delil Başlangıcı, s. 19-20); Taşpınar, İspat Sözleşmeleri, s. 43-44; Erturgut, s. 176; M. Göksu, Delil, s. 120.

¹⁶⁰ Hukukî fiil terimi hukukî işlemin karşısını oluşturmaktadır. Hukukî işlem, hukukî sonuç doğurmaya yönelik irade beyanını ifade etmektedir. Diğer yandan hukukî fiil de bazen hukukî işlem gibi sonuç doğurmaktadır. Bu bakımından hukukî fiil, hukuken önemi olmayan diğer fiillerden ayrılmakta ve bu yönüyle hukukî işlemlere benzemektedir. Ancak hukukî fiil hukukî işlemden farklıdır. Çünkü hukukî fiiller genellikle bir sözleşmedeki gibi irade beyanı içermezler. İstisna olarak hukukî fiil irade beyanı içerse bile, bu irade beyanı (hukukî işlemdeki gibi) belli bir hukukî sonuç doğurmaya yönelik değildir. Diğer bir ifadeyle, hukukî fiiller hukukî sonuç doğurmakla birlikte, o hukukî sonucu doğurmak iradesiyle ve amacıyla yapılmaz. Hukukî fiiller belli bir hukukî sonuç doğurma iradesiyle yapılmadıkları ve bu irade beyanının karşı tarafa ulaşması da şart olmadığı için, haksız fiil örneğinde olduğu gibi, bu konuda tarafların senet almaları imkânsızdır. Bunlar bakımından senetle (kesin delille) ispat zorunluğu yoktur (Kuru, Usûl Hukuku, s. 270).

¹⁶¹ Konuralp, Yazılı Delil Başlangıcı, s. 30; Pekcanitez, Atalay ve Özkes, Usûl Ders Kitabı, s. 379-380; Pekcanitez, Atalay ve Özkes, Usûl Hukuku, s. 713; Erturgut, s. 176; M. Göksu, Delil, s. 120.

¹⁶² Doktrinde mahkeme içi ikrarın bir kesin delil olup olmadığı, hususu tartışmalıdır. Mahkeme içi ikrar, doktrinde bazı yazarlar tarafından kesin ve takdiri delil ayrımında, kesin deliller arasında ifade edilmektedir (Kuru, Usûl Hukuku, s. 247; Üstündağ, Medeni Yargılama, s. 628). Doktrinde bizim de katıldığımız diğer görüşe, göre, ikrar edilen hususlar taraflar arasında çekişmeli olmaktan çıktığı için (HMK m. 187/I, HUMK m. 238/II), bu hususlarda artık, ispat faaliyetine girilmesine gerek yoktur. Bu nedenle ikrar kesin deliller arasında değil, tarafça ikrar edilen vakia bakımından ispat zorunluluğu olmayan haller kapsamında değerlendirilmelidir. Nitekim, ikrar Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda ispat ve delillere ilişkin genel hükümler kısmında düzenlenip, deliller kısmında düzenlenmemiştir. Ayrıca, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 188. maddesinin birinci fıkrasında, tarafların veya vekillerinin mahkeme önünde ikrar ettikleri vakıaların, çekişmeli olmaktan çıktığı ve ispatın gerekmediği belirtilmiştir (Umar ve Yılmaz, s. 198); Kiraz, s. 249; Pekcanitez, Atalay ve Özkes, Usûl Ders Kitabı, s. 345; Pekcanitez, Atalay ve Özkes, Usûl Hukuku, s. 652; Konuralp, İspat, s. 11; Erturgut, s. 175, dn 1; M. Göksu, Delil, s. 112.

303). Ayrıca, usûlüne göre, güvenli elektronik imza ile oluşturulan elektronik veriler de senet hükmünde (HMK m. 205/II) olup kesin delildir¹⁶³. Taraflarca hazırlanma ilkesinin uygulandığı davalarda, kesin deliller hâkimi bağlar ve artık hâkimin bu delilleri takdir yetkisi bulunmamaktadır. Ancak, taraflarca hazırlanma ilkesinin karşıtı olan kendiliğinden araştırma ilkesinin uygulandığı davalarda, hâkim her türlü delili serbestçe değerlendirebilecektir¹⁶⁴.

Takdiri deliller, koşulları ve hükümlerinin kanun tarafından belirlenmemiş olan, hâkimin serbestçe değerlendirebileceği (HMK m. 198) delillerdir. Hukukumuzda takdiri deliller, tanık (HMK m. 240-265), bilirkişi (HMK m. 266-287) ve keşiftir (HMK m. 288-292). Hukukumuz sınırlı sayıda ispat aracı olan katı (sıkı) delil sistemi yerine, takdiri delillerle ispatın mümkün olduğu olaylarda, ispat aracı¹⁶⁵ olarak her şeyin delil olarak kabul edildiği serbest delil sistemini kabul ettiğinden, her şey delil olarak kabul edilebilir.

Senetle ispat kuralının kamu düzenine (âmme intizamı) ilişkin olup olmadığı doktrinde tartışmalı olup azınlık görüş kamu düzenine ilişkin olduğunu savunmakta¹⁶⁶

¹⁶³ Kuru ve Aydın, Usûl Ders Kitabı, s. 289; Kuru ve Aydın, Usûl Usûl El Kitabı Cilt I, s. 723; Pekcanitez, Atalay ve Özekes, Usûl Hukuku, s. 728; Kuru ve Aydın, Usûl Usûl El Kitabı Cilt I, s. 618; Pekcanitez, Atalay ve Özekes, Usûl Ders Kitabı, s. 381; Erturgut, s. 187.

¹⁶⁴ Kuru ve Aydın, Usûl Ders Kitabı, s. 253; Pekcanitez, Atalay ve Özekes, Usûl Hukuku, s. 714-715; Pekcanitez, Atalay ve Özekes, Usûl Ders Kitabı, s. 382.

¹⁶⁵ Mahkeme dışı ikrar, bu anlamda bir takdiri delildir. Mahkeme dışı ikrar, tek başına sadece, takdiri delillerle, ispatın mümkün olduğu hallerde, takdiri delil olarak mahkemeye sunulabilen bir delil olmakta ve ayrıca bu ikrarın da delillerle ispatı gerekir. Ancak mahkeme dışında yapılan ikrar, özellikle bir senede bağlanmışsa, artık ikrardan değil bir senetten söz edilir (Kiraz, s. 257); Pekcanitez, Atalay ve Özekes, Usûl Ders Kitabı, s. 345; Kuru, Usûl Hukuku, s. 250; Pekcanitez, Atalay ve Özekes, Usûl Hukuku, s. 652.

¹⁶⁶ Berkin, senetle ispat kuralının kamu düzenine ilişkin olduğu görüşündedir. Yazara göre, senetle ispat kuralı mecburiyeti kuralının yalan tanıklığa fazla güvenilemeyeceğine ilişkin değildir. Bu hükmün sebebi, zamanımızın modern usûl kanunları, işlerde, emniyet, ucuzluk, az masraf ve hızlilik temini gibi her şeyden önce, adaletin ideal amaçlarını sağlamaya çalışmaktır. Bu nedenle senet, belgelediği hukukî işlemleri, basit olarak belirttiği için ihtilafları önlemekte ve bu şekilde de mahkemenin işlerini azaltmaktadır. Kanunî kaidelere uygun olarak, usûl hukukunun kamu hukuku niteliği göz önünde bulundurularak, tarafların hususî haklarının üstünde düzenlediği bazı hükümlerle, mahkemeleri davacıların elinde, onların arzu ve kaptislerini tatmin etmeye uğraşan bir oyuncak olmaktan kurtarmak istemiş ve bu nedenle senetle ispat kuralı kamu düzenine ilişkin bu amaçla düzenlenmiştir (Berkin, Necmettin M., **Usûl Hukukunda Senetler ve Senetlerin İspat Kuvveti**, Akgün Matbaası, İstanbul 1947, (Senet), s. 147-148; *Belgesay'a* göre, belli miktarı aşan hukukî işlemlere ilişkin ispatında senetsiz ispatının yasak edilmesi için iki sebep göstermektedir. Bunlardan ilki, hukukî işlemlerin senede bağlanması, hâkimlerin işini kolaylaştırmakta ve azaltmaktadır. Senedin bulunmazsa, taraflar akdın şartlarının ne olduğunu zamanla unuturlar ve bu durum aralarında daha fazla ihtilafa yol açar. Ayrıca tarafların elinde senet bulunması durumunda, doğrudan icraya başvurabileceğinden, hukukî işlemlerin senede bağlanması mahkemelerin işini azaltır. Diğer yandan, mahkemelerin tanıkları dinlemesi ve onların takdir etmesi mahkemeyi yorar ve vaktini kaybettirir. İkinci sebep olarak, yalan şahitlik tehlikesinin önlenmesidir. Ancak, birinci

iken doktrinde bizim de katıldığımız hâkim görüş¹⁶⁷ senetle ispat kuralının kamu düzenine ilişkin olmadığını¹⁶⁸ savunmaktadır. Senetle ispat kuralı kamu düzenine ilişkin olmadığından dolayı taraflar bu konuda ispat ve delil sözleşmesi yapabileceklerdir (TBK m. 27/I)¹⁶⁹. Yargıtay, 18.3.1959 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı ile bu yasağın yalan yere tanıklığa yer vermemek ve tarafların çıkarlarını

sebepler olan mahkemelerin iş yükünü azaltılmasının, yalan şahitlik tehlikesine göre önem arz ettiğini çünkü, miktarı senetle ispat kuralından az olan hukukî işlemler bakımından yalan şahitliğin olduğu, sebebiyle mahkemelerin iş yükünün azaltılmasının, senetle ispat kuralının asıl amacı olduğunu ifade etmiş ve senetle ispat kuralının kamu düzenine ilişkin bir kural olarak nitelendirmiştir. Ancak senetle ispat kuralının, ceza yargılaması alanında uygulanmasının zor olduğunu, ceza muhakemesinde senetle ispat kuralının değil, delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesinin uygulanması gerektiğini ifade etmiştir (Belgesay, Şerh, s. 151-152); Belgesay, Mustafa Reşit, **Hukuk ve Ceza Muhakemesinde Deliller**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1940, (Deliller), s. 19; Aynı görüşte bkz. Sadık Tüzel, “Beyyineye Muteallik Mukaveler”, **Adliye Ceridesi** 1938, S. 10, s. 1603-1604; Muhsin Tuğsavul, “İspat Külfeti, Kanuni Deliller ve İkamesi”, **AD** 1951/7, s. 1089-1090.

¹⁶⁷ Postacıoğlu, kanun metinlerinin lafzine göre yorum yapılmamasını, onun yerine düzenlenme gayesi, kanunun ruhu ve o normla bağlantılı şekilde diğer düzenlemelerin göz önünde bulundurularak yorum yapılması gerektiğini ifade etmiş ve senetle ispat kuralının kamu düzenine ilişkin bir kural olmadığını savunmaktadır. Çünkü senetle ispat kuralının düzenlenme sebeplerinden sadece bir tanesinin, davaların uzun süre devam etmesini engellemek ve yargılamanın seyri sırasında ortaya çıkabilecek karmaşık meselelerin doğumuna engel olma gayesi olduğunu ifade etmiştir. Ancak, bu sebebin tek başına senetle ispat kuralının kamu düzeninden sayılmasını gerektirmediğini, çünkü eğer bu senetle ispat kuralını bir kamu düzenine ilişkin bir kural olarak sayarsak, bu kuralın sadece belli değeri aşan hukukî işlemler için uygulanmasını açıklayamayacağımız belirtmiştir. Nitekim aksi halde, yalnız belli değeri aşan hukukî işlemler için değil, değeri ne olursa olsun bütün hukukî işlemler bakımından senetle ispat kuralı düzenlenmesi gerekirdi. Senetle ispat kuralı, mahkemeleri ağır iş yükünden kurtarmaya yönelik düşünceden daha çok yazının tanıklığa üstünlüğünden kaynaklanmaktadır. Matbaanın icadı ve okuma yazmanın genişlemesi sayesinde yazı, tanıklığa üstün gelmiştir. Sosyal ilişkin genişlemesi ve yayılmasıyla da bu husus bağlantılıdır. Dar yerleşkelerde, tarafların ömürlerinin sonuna kadar birbirlerinin yüzüne bakmak zorunda olduklarından, birbirlerine karşı yalan tanıklıkta bulunmaları daha zordur. Ancak günümüz toplumunda, modern hayatta, taraflar daha hızlı sosyal ilişki kurmakla birlikte, birbirlerine daha az gördüğü için o kişi hakkında, davada yalan tanıklık yapması daha kolaydır. Diğer yandan, senetle ispat kuralı kamu düzenine ilişkin olsaydı bu konuda kanunda ifade edilen istisnalar da açıklanamazdı. Bunlardan ilki, senetle ispat kuralı kamu düzenine ilişkin olsaydı, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu’nun 293. maddesinin birinci fıkrasının dördüncü bendinde yer alan, senede bağlanması teamül olmayan işlemler, şeklinde senetle ispat kuralının istisnası açıklanamazdı. Diğer, yazılı delil başlangıcı bulunması halinde, tanık dinlenebileceği kuralı da senetle ispat kuralının kamu düzenine ilişkin olmadığı en önemli ispatıdır. Ayrıca, tarafların bu konuda delil anlaşmaları yapabilmeleri (HUMK m. 287), çünkü bu durumdan istifade edip etmemek ve tanıkların yalancı şahitlik yapıp yapmayacakları hususunu en iyi bilen taraflar olduğu için buna izin vermek gerekir. Son olarak, senetle ispatı gereken hususlarda, karşı tarafın açık muvafakati halinde tanık dinlenebileceği hususları, şeklinde istisnalar, yukarıda sayılan gerekçelerle, senetle ispat kuralının kamu düzenine ilişkin olmadığını ispat etmektedir (Postacıoğlu, Şehadetle İspat, s. 28-32); Aynı görüşte bkz. Konuralp, Yazılı Delil Başlangıcı, s. 33; Erturgut, s. 179-180; K.Yıldırım, Delillerin Değerlendirilmesi, s. 212; Pekcanitez, Atalay ve Özkes, Usûl Hukuku, s. 748; Pekcanitez, Atalay ve Özkes, Usûl Ders Kitabı, s. 405; M. Göksu, Delil, s. 122; Fransız hukukunda da senetle ispat kuralı kamu düzenine ilişkin bir kural değildir (Mebrouk, s. 65).

¹⁶⁸ Senetle ispat kuralının emredici olarak nitelendirilmesinin sebebi, öncelikle hem Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu hem de Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda senetle ispat düzenlemelerinin lafzi açıdan emredici gibi düzenlenmesi oluşturmaktadır (Postacıoğlu, s. 28-32).

¹⁶⁹ Yavaş, s. 104-109.

korumak amacına dayandığına karar vererek, senetle ispat kuralının kamu düzenine ilişkin olup olmadığına ilişkin tartışmalara, bu kuralın kamu düzenine ilişkin olmadığı şeklinde kararıyla son noktayı koymuştur¹⁷⁰.

Senetle ispat kuralı (kesin delille) mutlak bir kural olmayıp¹⁷¹ istisnaları vardır. Bu istisnalar, senetle ispatın gerektiği hususlarda karşı tarafın açık muvafakati (HMK m. 200/II), senet alınmasının maddî ve manevî imkânsız olduğu hâller (HMK m. 203) ve delil başlangıcı (HMK m. 202) oluşturmaktadır. Ayrıca tarafların karşılıklı ispat, delil (HMK m. 193) ve hakem-bilirkişilik sözleşmesi yapması da senetle ispat kuralının bir istisnasını oluşturmaktadır¹⁷².

2. İspat Sözleşmeleri

Davanın yürütülmesi için davaya ilişkin belli başlı aşamalar vardır. Ancak bu aşamalar, her ülkeye ve seçtiği hukuk sistemine göre farklılık arz etmektedir. Hukukumuzda davanın aşamaları, dilekçelerin karşılıklı verilmesi, ön inceleme, tahkikat, sözlü yargılama ve hükümdür¹⁷³. Dava, başkaları tarafından, hakkı ihlâl edilen veya tehlikeye sokulan kimsenin, yeniden tartışma konusu yapılamayacak şekilde ve geleceğe yönelik olarak, bu ihlâlin ve tehlikenin bertaraf edilmesi için mahkemeden hukukî koruma talep etmesidir¹⁷⁴. Davada davacı ve davalı şeklinde iki taraf sistemi olup hâkim tarafından verilen hüküm, kimin haklı kimin haksız olduğunu tespit eder ve bu şekilde kazan-kaybet anlayışına dayanmaktadır¹⁷⁵. Dolayısıyla bir

¹⁷⁰ YİBK, E. 1958/18, K. 1959/21, T. 18.3.1959 (RG. 26.6.1959, S. 10237).

¹⁷¹ Senede karşı senetle ispat kuralı (HMK m. 201) da mutlak olmayıp istisnalara sahiptir. Ancak bu kuralın istisnaları, senetle ispat kuralına göre daha azdır. Senede karşı senetle ispat kuralının istisnaları hakkında bkz. Kuru ve Aydın, Usûl Ders Kitabı, s. 283; Kuru ve Aydın, Usûl El Kitabı Cilt I, s. 714; Pekcanitez, Atalay ve Özkes, Usûl Ders Kitabı, s. 410; Pekcanitez, Atalay ve Özkes, Usûl Hukuku, s. 757; Yavaş, s. 453-491.

¹⁷² Kuru ve Aydın, Usûl Ders Kitabı, s. 333; Kuru ve Aydın, Usûl El Kitabı Cilt I, s. 847; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, s. 477; Yavaş, s. 291 vd.; Ertugut, s. 180-181.

¹⁷³ Pekcanitez/Atalay/Özkes, Usûl Ders Kitabı, s. 284; Pekcanitez, Atalay ve Özkes, Usûl Hukuku, s. 563.

¹⁷⁴ Kuru ve Aydın, Usûl Ders Kitabı, s. 104; Kuru ve Aydın, Usûl El Kitabı Cilt I, s. 289; Pekcanitez, Atalay ve Özkes, Usûl Ders Kitabı, s. 212; Pekcanitez, Atalay ve Özkes, Usûl Hukuku, s. 411; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, s. 263.

¹⁷⁵ Pekcanitez, Atalay ve Özkes, Usûl Hukuku, s. 410; Ekmekçi, Özkes, Atalı ve Seven, s. 4-5; Kekeç, s. 7; Mustafa Serdar Özbek, **Alternatif Uyuşmazlık Çözümü**, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2022, (Alternatif Uyuşmazlık), s. 176.

davada tahkikat aşaması, evrensel ortak bir aşamadır. Çünkü ispat hukuku ve davada tahkikat şeklinde ispat aşaması, davanın ruhu, özü ve belkemiğidir¹⁷⁶.

Davanın açılmasıyla mahkeme ve taraf usûl işlemleri yapılmaktadır. Taraf usûl işlemleri tek taraflı olabileceği gibi, iki taraflı usûl sözleşmeleri şeklinde de olabilir. Usûl sözleşmeleri, davanın aşamaları arasında ayırım yapılmaksızın, davanın bütün aşamalarını esas alan aslî ve doğrudan karakteristik etkisini yargılama hukukunda doğuran sözleşmelerdir¹⁷⁷. Örneğin, taraflar yetki sözleşmesiyle, davadaki dilekçeler aşamasına ilişkin bir usûl sözleşmesi yapmakta ve yetkili olmayan mahkemeyi yetkili hâle getirmektedir. Aynı şekilde, usûl sözleşmesi olan tahkim sözleşmesinde, taraflar davanın bütünüyle yeni özel bir tahkim mahkemesinde, mahkemedeki gibi yargılama yapılmasını ve kesin hüküm elde edilmesini amaçlarlar¹⁷⁸.

İspat sözleşmeleri, usûl sözleşmelerinden farklı olarak, kapsamı daha dar bir sözleşme olup ispat kurallarına ilişkin davanın bir aşaması olan tahkikat (Beweisverfahren) aşamasıyla¹⁷⁹ sınırlıdır¹⁸⁰. Diğer bir ifadeyle, ispat sözleşmeleri, davanın sadece bir aşamasını (Verfahrenspunkt) konu edinirler ve taraflar, ispat sözleşmeleriyle davanın tahkikat aşamasını şekillendirmeyi amaçlar¹⁸¹. İspat sözleşmeleri, mahkeme kararıyla ilgili vakıaların tespiti ve değerlendirilmesi şeklinde, mahkeme kararına etki etmek üzere yapılan bütün anlaşmaları içerir¹⁸². İspat sözleşmeleri, bizi delil olmayıp derdest veya gelecekte açılması planlanan dava bakımından, ispat rejimini değiştirmeye yönelik sözleşmelerdir¹⁸³. İspat sözleşmeleri, ispat yükünü yer değiştiren veya tadil eden, belirli delillere özel bir ispat değeri atfeden

¹⁷⁶ M. Kâmil Yıldırım, Avrupa İspat Hukuku Tablosu-Kitap İncelemesi, **Mehmet Somer'in Anısına Armağan**, İstanbul 2006, (İspat Tablosu), s. 797; Pekcanitez, Atalay ve Özekes, Usûl Hukuku, s. 582-583.

¹⁷⁷ Karl Wilhelm Eickmann, **Beweisverträge im Zivilprozess**, Bochum 1987, s. 18-20.

¹⁷⁸ Otto Knecht, **Die Beweisverträge im Zivilprozess**, Freiburg, s. 1937, s. 87-88.

¹⁷⁹ Davanın her aşaması, diğerinden farklı esaslara tabi kılınmıştır. Tarafların davanın aşamalarına ilişkin bazı safhalarda usûl sözleşmesi yapma imkânları daha sınırlıyken, davanın bazı aşamalarında daha geniş bir yetkiye sahip olduğunu söyleyebiliriz. Örneğin, davanın hüküm safhasında tarafların faaliyetleri, asgari seviyeye düşürülmüştür ancak tahkikat aşamasında, tam tersi şekilde, hâkimin faaliyeti asgari seviyeye indirilip, tarafların faaliyetleri yüksek seviyeye çıkarılmıştır. Özellikle tahkikat safhasının çok uzun sürmesi ve ispata ilişkin vakıayı ispat edememe gibi risklerin de olduğu göz önüne alındığında, taraflar tahkikat aşamasında birçok sözleşme yapabilirler (Tuluay, s. 89).

¹⁸⁰ Eickmann, s. 31; Holger Jäckel, **Beweisvereinbarungen im Zivilrecht**, Dissertation, Köln 2007, s. 4; Knecht, s. 27; Bachmann, s. 54; Tuluay, s. 30, 42.

¹⁸¹ Knecht, s. 27; Eickmann, s. 31.

¹⁸² Wagner, s. 608; Taşpınar, İspat Sözleşmeleri, s. 111.

¹⁸³ Tuluay, s. 45.

ya da bu değeri ortadan kaldıran yahut hasmı ispata ilişkin belli formalitelerden muaf tutmayı hedef alan anlaşmalar olarak tanımlanmaktadır¹⁸⁴.

Davada, çekişmeli olmayan vakıaların ispatı gerekmeyeceği için öncelikle hangi vakıaların ispatının gerektiğinin belirlenmesi gerekir. İspatı gereken vakıalar bakımından, tarafların bir delil getirme ve o vakıayı kimin ispat edeceğine ilişkin bir ispat yükü bulunmaktadır. Ayrıca ispatın hangi delillerle yapılacağı ve son olarak da delillerin nasıl değerlendireceği önem kazanır. Bu aşamalar, kim, neyi, hangi delillerle ve son olarak delillerin nasıl değerlendirileceği, şeklinde soru kalıplarıyla kısaca ifade edilmektedir¹⁸⁵. Nitekim hâkimin kanaatinin sağlanması için taraflarca ifa edilmesi gereken faaliyetlerin tamamı, ispat olarak tanımlanmaktadır. İspat kelimesi, bu manada, bir neticeyi değil, bir gelişmeyi, davanın yürüyen usûlî bir safhasını teşkil eden faaliyetleri ifade eder. Bu anlamda ispat, ispat teorisinden, ispat yükünden ve ispat vasıtaları olan delillerden oluşur. İspat teorisi, genel manada, kendi içinde üç kısma ayrılarak incelenmekte olup bunlar ispat gereksinimini sağlamak (Beweisdürftigkeit), delil ikamesi (Beweisaufnahme) ve delillerin değerlendirilmesi kısımlarından (Beweiswürdigung) oluşur¹⁸⁶. Taraflar tahkikat aşamasında, her bir durum için sözleşme yapabilirler. Dolayısıyla ispat sözleşmeleri, tarafların davada tahkikat aşamasına yönelik yapmış oldukları çeşitli sözleşmelerden oluşmaktadır.

Alman hukukunda ispat sözleşmelerinden ilki, ikrar sözleşmeleridir. İkrar sözleşmeleri, ispat sözleşmesinin tarihi gelişimi bakımından ilk örneği ve ispat sözleşmelerinin en önemli görünümünü oluşturmaktadır. İkrar¹⁸⁷ sözleşmesiyle taraflar ispat ihtiyacını ortadan kaldırarak, vakıaları çekişmesiz hâle getirirler¹⁸⁸. Diğer ispat sözleşmeleri, karine, ispat yükü¹⁸⁹, delil, delil değerlendirme ve hakem-

¹⁸⁴ Tuluay, s. 45; Taşpınar, İspat Sözleşmeleri, s. 111-112.

¹⁸⁵ Taşpınar, İspat Sözleşmeleri, s. 112.

¹⁸⁶ Eickmann, s. 31; Taşpınar, İspat Sözleşmeleri, s. 112.

¹⁸⁷ İkrar ve ikrar sözleşmesi arasındaki farklar için bkz. Kiraz, s. 117-120.

¹⁸⁸ Knecht, s. 37; Eickmann, s. 32-40; Wagner, s. 610; Jäckel, s. 67; Taşpınar, İspat Sözleşmeleri, s. 112; Kiraz, s. 117-120.

¹⁸⁹ Ayrıca taraflar vakıaya ilişkin ispatın kimin tarafından yapılacağı şeklinde, objektif ispat yükü sözleşmeleri yapabileceği gibi delillerin kimin tarafından yerine getirileceğine ilişkin delil ikame yükü sözleşmesi şeklinde, sübjektif ispat yükü sözleşmeleri de yapabilirler. Bu şekilde, ispat sözleşmeleri ayrıca kombine edilerek de kullanılabilir. Delil sözleşmesiyle taraflar aynı zamanda sözleşmeye konu olan delil veya delillerin kimin tarafından ikame edileceğine de kararlaştırdıkları durumunda, bu hem bir delil sözleşmesi hem de delil ikame yükü sözleşmesidir (Pınar Çiftçi, “Bir Hukuk Genel Kurul Kararı Işığında Özellikle Medenî Usûl Hukuku Açısından Delil Sözleşmelerinin Geçerliliği Sorunu”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi**, C. 11, Özel Sayı: Bilge Umar’a Armağan, Y. 2009, Basım Yılı: 2010, (Delil Sözleşmeleri), s. 156-158).

bilirkişilik sözleşmeleridir¹⁹⁰. Her bir ispat sözleşmesinin bu noktada amacı farklı olup, her biri ispat sözleşmesinin bağımsız bir türüdür.

İsviçre hukukunda ispat sözleşmeleri daha farklı şekilde kategorize edilmekte olup temelde ispat yükü ve delil ikamesi (Beweisführungsverträge) sözleşmeleri şeklinde ikiye ayrılır. Delil ikame sözleşmeleri de delil değerlendirme, ispat ölçüsü, ispat tema sözleşmeleri (Beweisthema), delil ve hakem-bilirkişilik sözleşmelerinden oluşmaktadır¹⁹¹. İspat tema sözleşmeleri, ikrar sözleşmeleri gibi, ispat edilecek konulara ilişkin taraflar bir tema (kapsam) oluşturmakta olup belli bir olguyu ileri sürmemeyi veya karşı tarafın ileri sürdüğü belirli bir iddiaya itiraz etmemeyi taahhüt ederler¹⁹².

Doktrinde, diğer usûl sözleşmeleri (weitere prozessrechtlichesverträge)¹⁹³ olarak da ifade edilen ispat sözleşmeleri, kanunlarda yetki ve tahkim sözleşmesi gibi düzenlenmediklerinden, usûl sözleşmelerine göre, geçerliliği daha tartışmalı sözleşmelerdir¹⁹⁴. Ancak günümüzde ispat sözleşmelerinin geçerli olduğu kabul edilmektedir¹⁹⁵. Diğer yandan, ispat sözleşmelerinin, hukukî niteliğinin hepsinin bir usûl sözleşmesi olduğunu ifade edemeyiz. Eğer ispat sözleşmesi, karakteristik etkisini doğrudan usûl hukukunda doğuruyorsa, ispat usûl sözleşmesi (Beweisprozessvertrag) olarak ifade edilir. Ancak ispat sözleşmesi, doğrudan karakteristik etkisini maddî hukukta doğuruyorsa, bir maddî hukuk sözleşmesidir¹⁹⁶.

Hukukumuzda mukayeseli hukukta olduğu gibi, “ispat sözleşmeleri” kavramı bir üst başlık olarak kullanılmamakta olup doktrinde ispat sözleşmeleri bakımından bir uzlaşma sağlanmış değildir¹⁹⁷. Doktrinde genel olarak “delil sözleşmesi” veya “delil

¹⁹⁰ Knecht, s. 28-41; Eickmann, s. 31-56; Jäckel, s. 66-142; Wagner, s. 610-699; Taşpınar, İspat Sözleşmeleri, s. 112.

¹⁹¹ Pelli, s. 5; Brosi, 64-65.

¹⁹² Pelli, s. 15; Brosi, s. 65.

¹⁹³ Knecht, s. 27.

¹⁹⁴ İspat sözleşmelerinin geçerliliği hakkındaki tartışmalar için bkz. Knecht, s. 28-36; Sachse, s. 406-419; Eickmann, s. 31-33; Bachmann, s. 57-62; Taşpınar, İspat Sözleşmeleri, s. 113-198; Alman ve İtalyan hukukunda İspat sözleşmelerinin geçerliliği hakkındaki tartışmalar için bkz. Tuluay, s. 46-67.

¹⁹⁵ Bachmann, s. 58; Wagner, s. 609.

¹⁹⁶ İspat sözleşmeleri türlerinden biri olan karine veya varsayım sözleşmeleri, doktrinde tartışmalı olmakla birlikte bir maddî hukuk sözleşmesidir (Taşpınar, İspat Sözleşmeleri, s. 158).

¹⁹⁷ Taşpınar, İspat Sözleşmeleri, s. 111.

anlaşması” kavramları dikkate alınmaktadır¹⁹⁸. Bu durum, delil sözleşmelerinin kanunda açık olarak düzenlenmesinden (HUMK m. 287, HMK m. 193) kaynaklanmaktadır¹⁹⁹. Bazı yazarlarsa, delil sözleşmesi kavramını kullanmakla birlikte, bu durumdan sadece tarafların hangi tür delilleri kullanabileceği sonucunu çıkarmayıp tarafların ispat hukuku alanındaki düzenleme yetkilerini de kapsayacak şekilde geniş anlamda kullanmaktadır²⁰⁰. Ancak bazı yazarlarsa, “ispat sözleşmesi” kavramını, bir üst kavram olarak görmekte ve ispat sözleşmelerini farklı şekillerde ayırmaktadır.

Tuluay, ispat sözleşmelerini, delil sözleşmelerini de içine alan bir üst başlık olarak ikrar, delil ve ispat yükü sözleşmeleri olarak üçe ayırmakta olup ikrar sözleşmeleri alt başlığı altında, hakem-bilirkişilik (akdî bilirkişi) sözleşmelerini incelemektedir²⁰¹.

Üstündağ da ispat sözleşmelerini üçe ayırmakta sırası ile delil, ikrar ve ispat yükü sözleşmelerinden oluştuğunu ifade etmektedir. Delil sözleşmeleri ile delil ikamesi, muayyen ispat vasıtaları taraflarca düzenlenir. İkrar sözleşmelerini, mahkemenin muayyen vakıaları tespit edilmiş olarak veya tespit edilemez olarak dikkate almasının düzenleneceği sözleşmeler olarak ifade etmiştir²⁰².

Taşpınar, ispat sözleşmelerini, ilk olarak olayları ve olguları (vakıaları) çekişmesiz hâle getiren sözleşmeler, ispat yükü, delil ve delil değerlendirme sözleşmeleri şeklinde üst başlığa ayırmaktadır. Bu ayırmada olayları ve olguları (vakıaları) çekişmesiz hâle getiren sözleşmeler üst başlığı altında, ikrar, hakem-bilirkişilik, karine ve varsayım sözleşmelerini incelemiştir²⁰³.

¹⁹⁸ Kuru, Usûl Cilt III, s. 2881; Bilge ve Önen, s. 495 vd; Bilge Umar, “Delil Anlaşmaları”, **İHFM** 1962, Cilt XXVIII, S. 3-4, s. 857; Berkant Şengel, “Delil Sözleşmesi”, **Yargıtay Dergisi** 1998/3, s. 268-270; Mustafa Ateş, Hukuk Muhakemeleri Usûlünde Delil Sözleşmeleri, **Yargıtay Dergisi** 1995/3, s. 245-246; Lüfti Fikri Soner, “Senetle İspat Zorunluluğu, Delil Sözleşmesi ve Tanık Dinletilmesi, **Ankara Barosu Dergisi**, 1975/5, s. 656.

¹⁹⁹ Taşpınar, İspat Sözleşmeleri, s. 111.

²⁰⁰ Postacıoğlu, s. 593; Ansay, Yargılama, s. 288-289; Tüzel, s. 1601-1617; Ahmet Battal, “Bankacılık İşlemlerinde İspat Usûlü ve Delil Sözleşmeleri”, **Batider** 1997/XIX, s. 129; Konuralp, İspat, s. 58-61.

²⁰¹ Tuluay, s. 68.

²⁰² Üstündağ, Medeni Yargılama, s. 653.

²⁰³ Taşpınar, İspat Sözleşmeleri, s. 112 vd.

3. Delil Sözleşmesi

a. Genel Olarak

Hukukumuzda hem Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 287. maddesinde²⁰⁴ hem de Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 193. maddesinde²⁰⁵ istikrarlı bir şekilde ispat sözleşmesinin bir türü olarak, sadece delil sözleşmesi özel olarak düzenlenmiştir. İspat hükümleri bakımından mehzaz olan Fransız hukukunda ve diğer hükümlerimizin mehzazı olan Alman ve İsviçre hukuklarında delil sözleşmesi, kanunlarda düzenlenmemiştir²⁰⁶. Hukukumuzda, ispat sözleşmeleri veya hakem-bilirkişilik sözleşmesinin yerine, sadece delil sözleşmelerinin özel olarak düzenlenmesi sebebi, doktrinde sorgulanmıştır. Ancak hukukumuzda, mehzaz Kanunlarından farklı olarak, açıkça delil sözleşmesinin düzenlenmesi, taraflara liberal ve esnek bir çıkış noktası sunduğu için de olumlu görülmektedir²⁰⁷. Diğer yandan, hukukumuzda delil sözleşmesi düzenlenmeseydi dâhi, genel olarak sözleşme özgürlüğü (Anayasa m. 48) çerçevesinde, delil sözleşmesinin yapılabileceği savunulmaktadır²⁰⁸.

İslâm hukukunda, Tanzimat öncesinde ve sonrasında şeri hükümlere dayanan ceza ile hukuk davalarında müşterek olan usûl hukuku kadılar (hâkimler) tarafından uygulanmış ve kararlar verilmiştir²⁰⁹. İslâm hukukunun delil anlayışı ve delillerin tasnifi, iktibas ettiğimiz batı hukuk sisteminden farklılık arz etmekte, bu durum sistemler arasındaki farklılığı göstermektedir²¹⁰. Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu

²⁰⁴ Delil sözleşmesi, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun Sekizinci Fasıllı- "Deliller ve İkamesi" kısmının, Dördüncü Kısım olan "Senet" ile ilgili hükümler arasında yer alan, 287. maddesinin ikinci cümlesinde düzenlenmekteydi. Ancak bu durum, delil sözleşmesinin delil türlerinde bağımsız genel bir hüküm olduğu, bu nedenle sistematik açıdan yanlış yerde olduğu sebebiyle eleştirilmekteydi (Taşpınar, İspat Sözleşmeleri, s. 182-183).

²⁰⁵ Hukuk Muhakemeleri Kanunu döneminde, delil sözleşmesi, Kanunun dördüncü kısmı olan "İspat ve Deliller" ana başlığı altında "Genel Hükümler" kısmında düzenlenmiş olup, bu durum, delil sözleşmesinin amacı ve sistematik yeri açısından daha uygunluk arz etmektedir (Çiftçi, Delil Sözleşmesi, s. 143, dn 15).

²⁰⁶ Umar, Delil Anlaşmaları, s. 857; Tuluay, s. 113; K. Yıldırım, Delillerin Değerlendirilmesi, s. 27; Erturgut, s. 269; Yavaş, s. 297.

²⁰⁷ Taşpınar, İspat Sözleşmeleri, s. 181.

²⁰⁸ Kuru, Usûl Cilt III, s. 2882; Taşpınar, İspat Sözleşmeleri, s. 186; Yavaş, s. 116.

²⁰⁹ Sabri Şakir Ansay, **Hukuk Tarihinde İslâm Hukuku**, 4. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2002, (İslâm Hukuku), s. 332; Fahrettin Atar, **İslâm Yargılama Hukukunun Esasları**, 2. Baskı, Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Yayınları, İstanbul 2017, s. 40, 109; Abdulaziz Bayındır, **İslâm Muhakeme Hukûku**, Süleymaniye Vakfı Yayınları, İstanbul 2015, s. 106.

²¹⁰ Konuralp, Yazılı Delil Başlangıcı, s. 17; K. Yıldırım, Delillerin Değerlendirilmesi, s. 26.

ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu döneminde temel aldığımız senetle ispat kuralından farklı olarak, eski hukuk sistemimiz olan İslâm Hukuku'nda, tanık (şehadet) delili bakımından bir şüphe söz konusu olmamakta²¹¹ ve yargılama hukukunda tanık delili çoğunlukla kullanılmaktadır²¹². Nitekim İslâm Hukuku'nda, en mühim ve kuvvetli delil tanıklık olup hükmolunan taraflardan başka, Kadı'nın hükmü sayesinde, üçüncü kişilere karşı bile sirâyet eden bir delildir (Mecelle, 78, 1676)²¹³. Ancak tanıklık bakımından, İslâm Hukuku'nda bir takım ağır şartlar da bulunmakta ve herkesin tanıklığı da kabul edilmemektedir²¹⁴. İslâm hukukunda, tanıklığın delil niteliği, İslâm hukukunun ilk zamanlarında kadıya (hâkime) bir takdir hakkının tanındığı anlaşılmakta ise de eski şer'iyye mahkemelerinde uygulama bu şekilde olmamış, hâkim çok defa tanık beyanlarıyla bağlı²¹⁵ olmuştur²¹⁶. Ayrıca, "nisab-ı şehadet" şeklinde, tanıklığın sayı olarak belirlendiği durumlarda, örneğin, borç hakkında, iki erkek veya bir erkek iki kadın bulunması şeklinde, tanıklık hâkimi bağlayıcı nitelik arz etmektedir²¹⁷. İslâm hukukunun temel kaynağı olan Kur'an'da, yazılı belge düzenlenmesine yönelik açık hüküm (Bakara Süresi 282. Ayet) olsa dâhi, bu hüküm tavsiye olarak yorumlanmıştır. Dolayısıyla sadece ticari işlerde yazılı belgeler, önemli

²¹¹ Yalan yere tanıklık, Kur'an'da kesinlikle yasaklanmış ve büyük günahlardan sayılmıştır. Nitekim, kişinin yalan yere tanıklığı ispat olunursa, teşhir, hapis, dayak gibi ta'zir cezalarıyla cezalandırılmaktadır. Ayrıca, yalan yere tanıklıktan kaynaklanan maddi zararların tazmini de yalan söyleyen tanığa aittir (Atar, s. 249-250); Bayındır, s. 216-217.

²¹² Ansay, İslâm Hukuku, s. 340; Atar, s. 229, 237; Tuluay, s. 113; Güray Erdönmez, **Medenî Usûl Hukukunda Belgelerin İbrazi ve Mecburiyeti**, 2. Baskı, XII Levha Yayıncılık, İstanbul 2014, s. 22.

²¹³ Ansay, İslâm Hukuku, s. 340; Atar, s. 239; Konuralp, Yazılı Delil Başlangıcı, s. 17; K. Yıldırım, Delillerin Değerlendirilmesi, s. 26.

²¹⁴ Bir kimsenin tanık olabilmesi için, akıl sahibi olmalı, kör olmamalı ve tanıklığını yargıç huzurunda bildirdiği vakit de başlıca ergen, hür olmak, kör ve dilsiz, fâsık ve kazif haddi ile cezalanmış olmaması lazımdır. Aralarında erkek olmaksızın yalnız kadınların kaç kişi olursa olsun tanıklığı kabul edilmez. Hanefî mezhebine göre, yalnız bir tanıkla hükmedilemez. Erkeklerin bulunamayacakları ve göremeyecekleri hususlarda, yalnız kadınların tanıkları caizdir. Ayrıca, tanıklığı kabul olmayacaklar, çalgıcı, şarap içenler, harâm, riba yiyenler, yalancılıkla tanınmış olanlar, vekiller ve dellalların kendi fiillerine tanıklığı kabul olunmaz. Karı ve kocadan birinin o biri lehine tanıklığı makbul değildir (Ansay, İslâm Hukuku, s. 341-342); Atar, s. 242-243; Bayındır, s. 169 vd.

²¹⁵ Özellikle tevâtür şeklinde yalan üzerine ittifak etmesi mantiken mümkün olmayan rivayet ettiği haber şeklinde tanıklık, kat'î bir delil sayılır ve hilafına hiçbir beyyine (delil) getirilemez (Ansay, İslâm Hukuku, s. 342); Atar, s. 229, 247.

²¹⁶ Ansay, İslâm Hukuku, s. 342; Konuralp, Yazılı Delil Başlangıcı, s. 18; K. Yıldırım, Delillerin Değerlendirilmesi, s. 26.

²¹⁷ Atar, s. 241; Bayındır, s. 168.

bir kullanım alanına sahiptir. Sonuç olarak, İslâm hukukunda, ispatın tanıkla yapılması esas olup ispat konusunda, geniş bir serbestî bulunmaktadır²¹⁸.

Osmanlı devletinde Tanzimat Fermanından sonra İslâm hukuku, batıdan iktibas edilen hukukla birlikte uygulanmıştır. Tanzimat'ın kabulünden sonra usûl hukuku kuralları Mecellede üç kitap hâlinde düzenlenmiş olup bunlardan 15. kısım delillere ayrılmıştır. Beyyine şeklinde ifade edilen delillerde, şahsi olan beyyine tanıklık; yazılı olan ise senettir²¹⁹. Usûl Hukuku alanında, Batı hukuku kaynaklı ilk hükümler, 1861 tarihli Usûl-i Muhakeme-i Ticariye Nizamnamesi'dir. Fransız hukukundan, iktibas edilen, 1879 tarihli Usûl-i Muhakemat-ı Hukukîye Kanunu delillere ilişkin hükümler koymakla beraber, ilgili maddelerinde, ikrar, tanıklık, karine-i katia, tahlif gibi hususlarda Mecelle hükümlerinin uygulanacağını ifade etmiştir²²⁰. Fransız hukukunda delil sözleşmesi düzenlenmediğinden, iktibas edilen kanunlarda da delil sözleşmeleri düzenlenmemiştir.

Kanun koyucu, cumhuriyet döneminde, eski İslâm hukukuna dayanan ispat sistemini değiştirirken, eski hukukumuz devrinde doğmuş alışkınlıkların doğuracağı büyük tehlikeleri gözden kaçırmamıştır. Bu nedenle eski hukuk sistemimizden farklı olarak, delillere ilişkin belli bir anlaşmanın mevcudiyeti hâlinde, tarafların tanık dinletebileceklerini açık bir kanun hükmüyle düzenlenmiştir. Dolayısıyla eski hukukumuzun delil sisteminden, yeni bir delil sistemine geçilirken, karşılaşılabilecek ispat güçlüklerine ilişkin endişeler asgari düzeye indirmek düşüncesiyle, tarafların tanıkları bir delil sözleşmesi vasıtasıyla dinletebilecekleri düzenlenmiştir²²¹. Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu (HUMK m. 287) döneminde var olan içtihat, bilgi birikimi ve uygulamanın delil sözleşmesini sıkça kullanması, delil sözleşmelerinin Hukuk Muhakemeleri Kanunu döneminde de açık bir şekilde düzenlenmesini (HMK m. 193) sağlamıştır. Hukukumuzda, ispat sözleşmesi türlerinden biri olan delil sözleşmesinin, diğer ispat sözleşmesi türlerine göre, öne çıkmasının sebebi, hem Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 287. maddesinde hem de Hukuk

²¹⁸ İslâm hukukunda geniş bir ispat serbestisi olduğundan, yazılı delil başlangıcı gibi istisnai bir düzenleme de yer almamıştır (Konuralp, Yazılı Delil Başlangıcı, s. 18); Ansay, Yargılama, s. 287, dn 679; Erdönmez, s. 22.

²¹⁹ Ansay, İslâm Hukuku, s. 340; Konuralp, Yazılı Delil Başlangıcı, s. 18.

²²⁰ Ansay, Yargılama, s. 12; Konuralp, Yazılı Delil Başlangıcı, s. 19.

²²¹ Tuluay, s. 113.

Muhakemeleri Kanunu'nun 193. maddesinde özel olarak düzenlenmesidir²²². Ancak, bu durum delil sözleşmelerinin, diğer ispat sözleşmesi türleri ve üst kavram olan ispat sözleşmesi kavramının üstüne çıkarmış ve bunun sonucu olarak, ispat hukuku alanında, yapılan her türlü sözleşmenin, özellikle hakem-bilirkişilik sözleşmesinin bir delil sözleşmesinin türü olan münhasır delil sözleşmesi olarak nitelendirilmesi sorununu doğurmuştur²²³.

Delil sözleşmesi²²⁴, belli bir vakıanın belli bir delil ile veya diğer deliller yanında kararlaştırılan türdeki deliller ile de ispat edileceği konusunda taraflar arasında davadan önce veya yargılama sırasında yapmış oldukları bir usûl hukuku sözleşmesidir²²⁵. Delil sözleşmesi²²⁶, hukukumuzda belli miktarı aşan hukukî işlemler bakımından²²⁷ senetle ispat kuralı (HMK m. 200) ve senede karşı senetle ispat kuralı

²²² Taşpınar, İspat Sözleşmeleri, s. 111.

²²³ Taşpınar, İspat Sözleşmeleri, s. 112; Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 193. maddesinde açık bir şekilde düzenlenen "delil sözleşmesi" kavramının sadece tarafların hangi tür delillerle ispatı gerçekleştirebilecekleri hususundaki anlaşmaları içeren sözleşmelerde kullanılmalı, bu şekilde diğer ispat sözleşmelerinden ayırt etmesi bakımından daha yerinde bir tercih olacaktır. Tarafların ispat faaliyetine ilişkin olarak yapmış oldukları bütün anlaşmaları kapsayacak şekilde delil sözleşmesi kavramının kullanılması yerinde değildir (Aşit, Delil Sözleşmesi, s. 99).

²²⁴ *Bilge ve Önen*, delil sözleşmeleri yerine "akdi delil" kavramını kullanmakta olup, delil sözleşmesinin kesin ve takdiri delil dışında, "akdi delil" olarak üçüncü bir tür olarak nitelendirmektedir (Bilge ve Önen, s. 495); *Taşpınar*, "akdi delil" kavramının isabetli olmadığını, Nitekim delil sözleşmesinin bir üçüncü bir delil türü olmadığını, genel olarak usûl hukukunun amacı ve niteliğinden ortaya çıkan ve sınırsız bir uygulama alanı olmayan, sadece genel bir sözleşme hukukunun aracı olduğunu ifade etmektedir (Taşpınar, İspat Sözleşmeleri, s. 182, dn. 280).

²²⁵ Kuru, Usûl Cilt III, s. 2881; Kuru, Arslan ve Yılmaz, s. 441; Kuru, Usûl Hukuku, s. 322; Kuru ve Aydın, Usûl Ders Kitabı, s. 333-334; Kuru ve Aydın, Usûl El Kitabı Cilt I, s. 847; Postacıoğlu ve Altay, s. 621; Umar, Delil Anlaşmaları, s. 857-858; Pekcanitez, Atalay ve Özekes, Usûl Hukuku, s. 716; Pekcanitez, Atalay ve Özekes, Usûl Ders Kitabı, s. 382; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, s. 519; Tanrıver, Usûl Cilt I, s. 908; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, s. 517; Görgün, Börü ve Kodakoğlu, s. 513; Karşlı, Medeni Muhakeme, s. 537; Budak ve Karaaslan, s. 279; Ertugut, s. 268; Taşpınar, İspat Sözleşmeleri, s. 182; Yavaş, s. 395; Battal, s. 129; Şengel, s. 268; Çiftçi, Delil Sözleşmesi, s. 142; Ateş, s. 245; M. Göksu, Delil, s. 132; Sibel Korkmaz, **Sigorta Sözleşmelerinde İspat Sorunları**, Güncel Hukuk Yayınları, İzmir 2004, s. 120.

²²⁶ Delil sözleşmesi sadece taraflarca getirilme ilkesinin uygulandığı davalarda uygulama alanı bulup, kendiliğinden araştırma ilkesinin uygulandığı davalarda delil sözleşmesi yapılamaz. Çünkü taraflarca getirilme ilkesinin zıttı olan kendiliğinden araştırma ilkesinin uygulandığı davalarda, taraflarca getirilen delillerle yetinmek zorunda olmayıp, hâkim kendiliğinden araştırma ilkesinin uygulandığı davalarda her türlü delile re 'sen başvurabilecektir'. Ayrıca delil sözleşmesi, tarafların serbestçe tasarruf edebilecekleri haklar açısından mümkün olup, tarafların serbest tasarruf edemeyeceği durumlarda, delil sözleşmesi yapamazlar (Kuru, Usûl Cilt III, s. 2883); Konuralp, İspat, s. 60; Taşpınar, İspat Sözleşmeleri, s. 193.

²²⁷ Delil sözleşmesiyle taraflar, geçerlilik şartı olan yazılı şekil yerine, başka bir şekil veya delil şartı getiremezler. Örneğin, taraflar, bir taşınmazın aynına ilişkin devrinin şahitle ispat edileceğine ilişkin bir delil sözleşmesi düzenleseler ve bu hususu şahitle ispatlasalar hatta bu durum, taraflarca bu konu ikrar edilmiş bile olsa, maddi hukuk kanunlarında geçerlilik şartı olarak öngörülen resmî şekil şartı yerine getirilmez. Bu nedenle, taşınmazın devri bir geçerlilik koşulu olan resmî şekil şartına uygun bir devir gerçekleşmediği için delil sözleşmesinin de bir hükmü yoktur (Kuru, Usûl, Cilt III, s. 2883);

(HMK m. 201) şeklindeki katı kanunî delil sistemini yumuşatmakta ve her iki ana kuralın da istisnasını teşkil etmektedir²²⁸.

b. Delil Sözleşmesi Türleri

Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 193. maddesinin gerekçesinde²²⁹, delil sözleşmesinin türlerine yönelik münhasır ve münhasır olmayan delil sözleşmesi ayrımı benimsenmesine rağmen, doktrinde delil sözleşmesinin türlerine²³⁰ ilişkin çeşitli ayrımlar yapılmaktadır.

Delillerin hasredilip hasredilmemesine dayanan, “münhasır ve münhasır olmayan delil sözleşmesi ayrımından” başka, delil sözleşmesinin türlerine ilişkin yapılan ilk ayırım, “kanunî ispatı kolaylaştıran ve kanunî ispatı güçleştiren delil sözleşmeleri” şeklindeki ayırımdır. İspatı güçleştiren delil sözleşmelerinde, takdiri

Taşpınar, İspat Sözleşmeleri, s. 193; Pekcanitez, Atalay ve Özekes, Usûl Ders Kitabı, s. 382; Pekcanitez, Atalay ve Özekes, Usûl Hukuku, s. 716.

²²⁸ Kuru, Usûl Cilt III, s. 2881; Şengel, s. 267; Taşpınar, İspat Sözleşmeleri, s. 181; Pekcanitez, Atalay ve Özekes, Usûl Ders Kitabı, s. 382; Pekcanitez, Atalay ve Özekes, Usûl Hukuku, s. 716; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, s. 519; Erturgut, s. 180; Korkmaz, s. 120.

²²⁹ “Birinci fıkrada, tarafların kanunda belirli delillerle ispatı öngörülen vakıaların, başka delil veya delillerle de ispat edilebileceğini kararlaştırabilecekleri ya da belirli delillerle ispatı öngörülmemiş vakıaların, belirli delil veya delillerle ispatı konusunda sınırlama getirebilecekleri kabul edilmiştir. Birinci durumda, münhasır olmayan delil sözleşmesi; ikinci durumda münhasır delil sözleşmesi ortaya çıkacaktır.”

²³⁰ Mukayeseli hukuk olarak Alman ve İsviçre hukukunda, delil sözleşmeleri, taraflara başvurulacak delillerin sadece belli delillerle sınırlandırılması ya da belirli delillere başvuru yolunun o uyumsuzluk bakımından dışlanması, yani kullanılmamasını öngören düzenlendiği sözleşmeler olarak tanımlanmaktadır. Delil sözleşmeleri, delillerin sınırlandırılmasına (Die Beschränkung der Beweismittel) ve delillerin genişletilmesine (Die Erweiterung der Beweismittel) ilişkin delil sözleşmeleri olarak ikiye ayrılmaktadır. Delillerin sınırlandırılmasına ilişkin sözleşmelerde, başlangıçta, yasal olarak izin verilen bir veya daha fazla delilin hariç tutulacağı anlaşmaları içerir veya delilin sadece bir veya birkaç delille örneğin, belge deliliyle ispatın mümkün olduğu şeklindeki sözleşmeler, delillerin sınırlandırılmasına ilişkin delil sözleşmeleridir. Delileri sınırlandıran delil sözleşmelerine örnekler, tanık sayısının sınırlandırılması veya yalnızca resmî belgeler kullanılarak ispatın sağlanması, şeklindeki sözleşmeler buna örnektir. Özellikle belli delillerin hariç tutulduğu delilleri sınırlandırıcı sözleşme tipi, tarafların uzlaşma kurullarında (Schlichtungsordnungen) konuşulan konuları, ticari sırları mahkemeye getirmelerini engellemek ve ayrıca hakemin tanık olarak dinlenmesini engellemek bakımından delilleri dışlayıcı delil sözleşmeleri yapılmaktadır. Bu delil sözleşmeleri tipi, arabulucunun gizliliğinin korunmasını sağlamak açısından onun tanık olarak dinlenilmesini engellemek açısından da önem arz eder. Delillerin genişletilmesine ilişkin delil sözleşmeleri, özellikle Alman ve İsviçre hukukunda var olan, sınırlı sayıda delil türlerini kullanılmasına ilişkin “Strengbeweis” katı ispat şeklindeki, hukuken sınırlı delil kataloglarını aşmak için önemli araç olarak kullanılmaktadır. Taraflar arasındaki delil anlaşmaları, Alman Medenî Usûl Kanunu’nda (ZPO) sağlanmayan delil türleriyle bir vakıanın ispatını sağlamaya dayanabilir. Nihayetinde, bu durumlarda mesele, serbest delil usûlü (Freibeweis) üzerinde anlaşmaya varmaktır. Taraflar arasında mukabil bir anlaşma, mahkemeyi ihtilaflı olgular hakkında bile serbest delil yoluyla delil toplama pozisyonuna getirebilir. (Eickmann, s. 43-44); Wagner, s. 683; Pelli, s. 10-11.

delillerle ispatı mümkün olan bir hususun, belli bir delil veya kesin delille ispat edileceğinin kararlaştırılması hâlinde, ispatı zorlaştıran bir delil sözleşmesi söz konusu olur. Ancak, yaptıkları delil sözleşmesiyle kesin delillerle ispatı zorunlu olan bir hususun tanık deliliyle ispat edebileceklerini kararlaştırdıkları durumda ise bu ispatı kolaylaştıran delil sözleşmesidir²³¹. Doktrinde yapılan bu ayrımın delil sözleşmesinin amacına göre bir ayrım olduğu; ancak münhasır-münhasır olmayan delil sözleşmeleri bakımından ayrımın ise delillerin gösterilme şekline göre yapıldığı ifade edilmektedir²³².

Doktrinde yapılan başka bir ayrım, “delillerin daraltılması sonucunu doğuran ve delillerin genişletilmesi sonucunu doğuran delil sözleşmeleri” ayrımıdır. Doktrinde, münhasır ve münhasır olmayan delil sözleşmesi ayrımında, her iki delil sözleşmesi türünde de delilde belirlilik²³³ ilkesinin geçerli olduğu²³⁴, ancak münhasır olmayan delil sözleşmesinde başka delillerin de kabul edileceği esasının benimsendiği, bu durumun münhasır ve münhasır olmayan delil sözleşmesi ayrımını belirsizleştirdiği ifade

²³¹ Tüzcel, s. 1612-1617; Bilge ve Önen, s. 496; *Tuluay*, benzer bir sınıflandırmayı esas almış olup, bu ayrımında, “ispat rejimini güçleştiren ve kolaylaştıran delil sözleşmeleri” terimlerini kullanmaktadır (Tuluay, s. 86).

²³² Ateş, s. 259.

²³³ *Çiftçi*, münhasır ve münhasır olmayan delil sözleşmesi ayrımında, münhasır olmayan delil sözleşmelerinde her türlü delille ispatın kararlaştırılmasının, belirsizlik ilkesine aykırılık teşkil edeceği nedeniyle mümkün olmadığına yönelik doktrindeki görüşler nedeniyle, bu durumda münhasır delil sözleşmelerinin de delillerin hasredilmiş olacağını, ancak delil sözleşmelerinin ispat hakkına dayandırılması gerektiğini savunmakta, bu nedenle delil sözleşmelerinin türlere ayrılmasında delillerin hasredilmesine değil, ispat hakkına dayandırılmasının daha uygun olacağını ifade etmektedir (Çiftçi, *Delil Sözleşmeleri*, s. 154-155); *Çiftçi*, *İspat Hakkı*, s. 796-797.

²³⁴ Doktrinde genel kabul ve gören yaygın ayrım münhasır ve münhasır olmayan delil sözleşmesi ayrımıdır. Bu ayrımın eleştiri noktası yapılan, münhasır olmayan delil sözleşmelerinde, “her türlü delille ispatın yapılabileceği” şeklindeki delil sözleşmelerinin, delil sözleşmesinin geçerlilik şartı olan delilde belirlilik ilkesini ihlal ettiğidir. Doktrinde, münhasır ve münhasır olmayan delil sözleşmesi ayrımını savunan bir görüşe göre, eğer kesin delillerle ispata tabi bir hususun ispatı için delil sözleşmesi yapılıyorsa, taraflar bu hususun her türlü delille ispatının yapılabileceğini kararlaştırabilirler. Böyle bir husus hakkında delil sözleşmesi hakkında belirlilik sadece, sözleşmenin tarafları ve uyumsuzluk bakımından aranmalıdır. Eğer tarafların kesin delillerle ispatı zorunlu olmayan bir husus bakımından delil sözleşmeleri yapılması durumunda, bu halde sadece delil sözleşmesine konu delil veya delillerin açıkça yazılması, yani burada artık deliller bakımından belirlilik aranmalıdır (Aşit, *Delil Sözleşmesi*, s. 137); *Yavaş*, münhasır ve münhasır olmayan delil sözleşmesi ayrımının sadece delil sözleşmesine konu vakıanın kesin delil veya her türlü delille mi ispat edileceğine göre değil, ayrıca tarafların sözleşmede kullanılan açıklamalarının da dikkate alınması suretiyle yapılması gerektiğini ifade etmiştir (Yavaş, s. 403-404); *Hatipoğlu*, delillerde belirlilik unsurunun, yalnızca kanunun belirli delillerle ispatının öngörmediği vakıalar bakımından aranması, ancak kanunun belirli delillerle ispatının öngördüğü vakıalar bakımından, delil sözleşmelerinin her türlü delille ispatının mümkün olması gerektiğini savunmaktadır (Hatipoğlu, s. 84).

edilmektedir²³⁵. Ayrıca, belli bir delilin kullanılmamasına yönelik, olumsuz delil sözleşmeleri bakımından, münhasır ve münhasır olmayan delil sözleşmesinin yetersiz kaldığı ifade edilmektedir. Bu nedenle, delillerin daraltılması ve delillerin genişletilmesi sonucunu doğuran delil sözleşmeleri ayrımının temel alınması gerektiği savunulmaktadır²³⁶.

Doktrinde delil sözleşmesi türlerine yönelik diğer bir görüş, delil sözleşmeleri, delillerin hâkim tarafından değerlendirilip değerlendirilmesine imkân verip vermemeye göre ayrılması gerekir. Bu ayrımda hâkime delilleri değerlendirme yolunu kapatan sözleşmelerin kabule şayan olup olmadığının da incelenmesi gerektiği ifade edilmiştir²³⁷.

Hukukumuzda delil sözleşmesine ilişkin çeşitli sınıflandırmalar olmakla birlikte, doktrinde ve uygulamada genel kabul gören ayrım, delillerin hasredilip hasredilmemesine dayanan, münhasır ve münhasır olmayan şeklinde delil sözleşmesi sınıflandırılmasıdır²³⁸. Ayrıca doktrinde delil sözleşmesinin türlerine yönelik, münhasır ve münhasır olmayan delil sözleşmesi ayrımından başka diğer ayrımlar yapılsa da delil sözleşmesinin türlerine yönelik yapılan ayrımlarda, keskin bir ayrım yapılmayıp ve söz konusu türler, birbirleri yerine kullanılmaktadır²³⁹.

²³⁵ Taşpınar, İspat Sözleşmeleri, s. 183-184; Akkaya, bu ayrıma katılmakla birlikte, “daraltıcı etkili ve genişletici etkili delil sözleşmesi ayrımı kavramını kullanmayı tercih etmiştir (Tolga Akkaya, Medeni Usûl Hukukunda Delillerin Hasredilmesi, **Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, Eskişehir 2003, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), s. 67); Çiğdem Yazıcı Tıktık, **Arbuluculukta Gizliliğin Korunması**, XII Levha Yayıncılık, İstanbul 2013, s. 266-267; Bolayır, Deliller, s. 489; Hatipoğlu, s. 85.

²³⁶ Yazıcı Tıktık, s. 266-267.

²³⁷ K. Yıldırım, Delillerin Değerlendirilmesi, s. 256.

²³⁸ Kuru, Usûl Cilt III, s. 2885; Kuru, Arslan ve Yılmaz, s. 441-443; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, s. 520-521; Pekcanitez, Atalay ve Özekes, Usûl Hukuku, s. 718-719; Pekcanitez, Atalay ve Özekes, Usûl Ders Kitabı, s. 384-385; Konuralp, İspat, s. 62; Yılmaz, Şerh, s. 3615; Ateş, s. 258-259; Şengel, s. 279; Erturgut, s. 269; Korkmaz, s. 126-127; M. Göksu, Delil, s. 135-136.

²³⁹ Atalay, örneğin, münhasır delil sözleşmesi yerine “daraltıcı etki doğuran delil sözleşmesi”; münhasır olmayan delil sözleşmesi yerine de “genişletici etki doğuran delil sözleşmesi” kavramını kullanmaktadır (O. Atalay, Pekcanitez Usûl Cilt II, s. 1750-1755); Benzer şekilde *Tanrıver*, münhasır delil sözleşmesine ilişkin tanımdan sonra, münhasır delil sözleşmelerinde, tarafların ispat bakımından kullanacağı delil veya delillerin sınırlandırılması sonucunu doğuracağından ve bu durumun ispat bakımından zorluk yaratacağı göz önüne alınarak, daraltıcı etki doğuran delil sözleşmesi kavramının da kullanıldığını ifade etmiştir. Aynı şekilde, münhasır olmayan delil sözleşmesi bakımından da genişletici etkili delil sözleşmesi kavramının da kullanıldığını ifade etmiştir. (Tanrıver, Usûl Cilt I, s. 909-910).

aa. Münhasır Olmayan Delil Sözleşmesi

Münhasır ve münhasır olmayan sözleşme ayrımı, tarafların delilleri hasredip hasretmediğine dayanmaktadır. Münhasır olmayan delil sözleşmesinde, davadan önce veya dava sırasında, taraflar delillerini hasretmemiş, aksine yaptıkları sözleşmeyle aralarında çıkacak uyuşmazlıkta belli bir vakıa veya hukukî işlemin, sadece belli delil veya delillerle değil de kanunen mümkün olan deliller yanında, kendi kararlaştıracakları delillerle de ispatlanacağını kabul ederler²⁴⁰.

Kesin delille (senetle) ispat zorunluluğuna tâbi bir hukukî işlemin, tanık deliliyle²⁴¹ de ispat edilebileceğinin kabul edilmesi buna önemli örnek teşkil etmektedir. Münhasır olmayan delil sözleşmesi, bu sözleşmeyle kararlaştırılan delilleri kullanıp kullanmama noktasında taraflara bir seçimlik hak tanımaktadır. Dolayısıyla ispat yükü üzerinde olan taraf, iddia ettiği hukukî işlemi, tanık deliliyle ispat edebileceği gibi, senetle de ispat edebilir ve bu durum sözleşmeye aykırılık teşkil etmez²⁴².

Münhasır ve münhasır olmayan delil sözleşmelerine ilişkin sözleşmede açıklık olmaması durumunda, münhasır olmayan delil sözleşmesi olarak yorumlanmalıdır. Çünkü münhasır delil sözleşmesi, münhasır olmayan delil sözleşmesine göre, ispat hukuku açısından daha ağır bir sonuç teşkil etmektedir²⁴³. Nitekim bu şekilde bir

²⁴⁰ Kuru, Usûl Cilt III, s. 2921-2922; Kuru, Arslan ve Yılmaz, s. 443; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, s. 521; Pekcanitez, Atalay ve Özekes, Usûl Hukuku, s. 719; Pekcanitez, Atalay ve Özekes, Usûl Ders Kitabı, s. 385; Yılmaz, Şerh, s. 3615; Ateş, s. 258-259; Şengel, s. 279; Erturgut, s. 269; M. Göksu, Delil, s. 135; Korkmaz, s. 127.

²⁴¹ Tarafların senetle ispat kuralı uygulanan davada, sadece tanık deliline başvurabilmek için böyle bir delil sözleşmesi yapmaları, hayatın olağan akışına aykırılık teşkil eder. Kanun nasıl ki senetle ispat kuralı (HMK m. 200) bütün kesin delilleri kapsıyorsa; senede karşı tanıkla ispat yasağı (HMK m. 201) şeklindeki kural da bütün takdiri delilleri kapsayacaktır. Bu şekilde münhasır olmayan bir delil sözleşmesinde “tanık” ifadesinin münhasıran olarak anlaşılması, Kanun’un hem lafzına hem de ruhuna aykırı olur. Bu nedenle münhasır olmayan delil sözleşmesinde, her ne kadar tanık ifadesi geçse de taraflar bütün takdiri delillere başvurarak, iddialarını ve savunmalarını ispatlayabileceklerdir (O. Atalay, Pekcanitez Usûl Cilt II, s. 1755).

²⁴² Kuru, Arslan ve Yılmaz, s. 443; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, s. 521; Pekcanitez, Atalay ve Özekes, Usûl Ders Kitabı, s. 385; Pekcanitez, Atalay ve Özekes, Usûl Hukuku, s. 719; Erturgut, s. 269.

²⁴³ Kuru, Usûl, Cilt III, s. 2898; Atalay, bir delil sözleşmesinin münhasır delil sözleşmesi olarak kabul edilmesi için tarafların o sözleşmeye konu delil dışında hiçbir delile dayanmak istemediklerini hiçbir şüpheye ve aksi yoruma mahal vermeyecek şekilde açıkça ifade etmeleri gerekir. Aksi halde tarafların ispat hakkı elinde alınmış olur (O. Atalay, Pekcanitez Usûl Cilt III, s. 1755); Erturgut, s. 275; Bolayır, münhasır ve münhasır olmayan delil sözleşmeleri bakımından sözleşmenin açık olmaması halinde, her ne kadar Kanun’da buna ilişkin bir hüküm olmasa bile, burada Hukuk

yorum, hukukî dinlenilme hakkı ve bu çerçevede açıklama ve ispat hakkının sınırlanmaması yönünden daha uygun bir yorum olacaktır²⁴⁴.

bb. Münhasır Delil Sözleşmesi

Bir davada taraflar, davadan önce veya dava sırasında, belli bir vakıanın veya hukukî işlemin sadece belli delil veya delillerle ispat edileceğini kararlaştırdıklarında münhasır delil sözleşmesi yapmış olurlar. Münhasır delil sözleşmesinin varlığı hâlinde, sözleşmede belirtilen husus sadece sözleşmede kararlaştırılan delil veya delillerle ispat edebilecek olup bu konuda başka deliller kullanılamayacaktır. Taraflar münhasır delil sözleşmesiyle davada kullanacakları delilleri, aralarında yaptıkları sözleşmeyle sınırlamış, diğer bir ifadeyle hasretmişlerdir²⁴⁵.

Münhasır delil sözleşmesiyle taraflar, kesin delille (senetle) ispatı zorunlu olan bir hukukî işlemin, yalnızca tanık deliliyle ispat edilebileceğini veya takdiri delillerle ispatı mümkün olan bir hususun sadece senetle ispat edilebileceğini kararlaştırabilirler. Münhasır delil sözleşmesinde, taraflar sözleşmede tek bir delil kararlaştırabileceği gibi, birden fazla delili de kararlaştırabilirler. Ancak, delil sözleşmesinin geçerlilik şartı gereğince, bu delil veya delillerin belirli olması gerekir. Nitekim tarafların delil sözleşmesine konu olan husus bakımından, “her türlü delil ile ispat edilebilir” şeklindeki ifade delil sözleşmesinin geçerlilik şartı olan, delilde belirlilik ilkesini ihlal ettiği için geçerli değildir²⁴⁶.

Muhakemeleri Kanunu’nun 193. maddesinden yola çıkarak, taraflardan birinin ispat hakkının kullanımını imkansız kılan veya fevkâlede güçleştiren delil sözleşmelerinin geçersiz olduğuna ilişkin hükümden yola çıkarak da bir sonuca varmamız mümkündür. Sözleşmenin münhasır delil sözleşmesi olarak değerlendirilmesi, ispat yükünü taşıyan tarafın ispat hakkını büyük ölçüde sınırlandıracağından, kanun koyucunun amacına aykırı olabileceği gibi, güçlü olan tarafın kendi çıkarlarına uygun olarak hazırladığı bir baskı aracına dönüşecek olup, bu durum, taraflar arasındaki eşitlik ilkesi zedeleyecek ve adil yargılanma hakkının ihlal edecektir (Bolayır, Deliller, s. 494-495, dn. 494).

²⁴⁴ Pekcanitez, Atalay ve Özkes, Usûl Hukuku, s. 719; Pekcanitez, Atalay ve Özkes, Usûl Ders Kitabı, s. 385.

²⁴⁵ Kuru, Usûl Cilt III, s. 2885; Kuru, Arslan ve Yılmaz, s. 442; Pekcanitez, Atalay ve Özkes, Usûl Hukuku, s. 718; Pekcanitez, Atalay ve Özkes, Usûl Ders Kitabı, s. 384; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, s. 520; Tanrıver, Usûl Cilt I, s. 909; Yılmaz, Şerh, s. 3615; Erturgut, s. 268-269.

²⁴⁶ Kuru, Usûl Cilt III, s. 2887-2888; Kuru, Arslan ve Yılmaz, s. 442; Pekcanitez, Atalay ve Özkes, Usûl Hukuku, s. 718; Pekcanitez, Atalay ve Özkes, Usûl Ders Kitabı, s. 382; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, s. 520-521; Erturgut, s. 275; Korkmaz, s. 124; M. Göksu, Delil, s. 135.

Uygulamada²⁴⁷ sıkça karşılaşılan, doktrinde ağırlıklı görüş ve Yargıtay kararlarına göre²⁴⁸, münhasır delil sözleşmesinin tipik bir örneği, hakem-bilirkişilik sözleşmeleridir. Çünkü taraflar hakem-bilirkişilik sözleşmesiyle, aralarında uyuşmazlık konusunun miktar veya değerinin ya da vasıflarının, üzerinde anlaştıkları belli kişi ya da kurul tarafından tespit edilmesini sağlamaktadır. Hakem-bilirkişinin tespitleri içeren hakem-bilirkişi raporu tarafları ve mahkemeyi bağlamakta ve taraflar hakem-bilirkişi raporundan başka bir delile başvurmamayı kabul ederek, delillerini tek delil olan hakem-bilirkişi raporuna hasretmektedirler²⁴⁹. Ancak hakem-bilirkişi raporunun bağlayıcı niteliği mutlak olmayıp taraflar, hakem-bilirkişi raporunun adalet ve nesafete açıkça aykırı olduğunu iddia ederek, mahkemeden iptalini isteyebilirler²⁵⁰.

F. Hakem-Bilirkişilik Sözleşmesi Bakımından Değerlendirme

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda, yetki sözleşmesi (HMK m. 17), delil sözleşmesi (HMK m. 193) ve tahkim sözleşmesi (HMK m. 412) gibi bazı usûl hukuku sözleşmeleri özel olarak düzenlenmiştir. Ancak hakem-bilirkişilik sözleşmesi usûl

²⁴⁷ Örneğin, bir inşaat sözleşmesinde, müteahhidin yaptığı işlerin miktar ve değerinin ve nitelikçe sözleşmeye uygun olup olmadığının tespiti, tarafsız bir mühendise bırakılmış ve bu mühendis tarafından hazırlanacak raporun tarafları o konuda bağlayıcı olacağı ve çıkacak uyuşmazlıklarda başkaca delil kullanılamayacağı kararlaştırılmış ise bu bir münhasır delil sözleşmesi olan hakem-bilirkişilik sözleşmesidir. Aynı şekilde sigorta poliçelerinde, hasarın seçilecek olan hakem-bilirkişiler tarafından tespit edileceği ve tespit tarafları ve mahkemeyi bağladığı kararlaştırılmaktadır (Kuru, Arslan ve Yılmaz, s. 443); Kuru, Usûl Hukuku, s. 325; Kuru ve Aydın, Usûl Ders Kitabı, s. 336; Kuru ve Aydın, Usûl El Kitabı Cilt I, s. 581; Pekcanitez, Atalay ve Özkes, Usûl Hukuku, s. 718-719; Pekcanitez, Atalay ve Özkes, Usûl Ders Kitabı, s. 384-385.

²⁴⁸ “...Sigorta mukavelesinden doğan tazminat miktarının nasıl tespit edileceği bu mukavelede 9 uncu maddesinde gösterilmiştir. Bu madde hükmü gereğince taraflar uyuşmadıkları takdirde hakem bilirkişiler bu miktarı tayin ve takdir edeceklerdir. Sigortacının sorumluluk miktarına ilişkin, sözü edilen 9 uncu madde hükmü H.U.M.K.nun 287 inci maddesi gereğince delil mukavelesi niteliğindedir. O halde mahkemece bu yönden başka delillere itibar edilerek hüküm verilemez...” 11.HD., E. 1974/110, K. 1974/386, T. 25.6.1974, (Kazancı İçtihat-Bilgi Bankası, E.T. 10.10.2024). Aynı yönde diğer kararlar için bkz. 15.HD., E. 2003/2660, K. 2003/8892, T. 6.10.2003; 15.HD., E. 1989/864, K. 1989/2444, T. 22.5.1989, (Kazancı İçtihat-Bilgi Bankası, E.T. 10.10.2024).

²⁴⁹ Kuru, Usûl Cilt III, s. 2889; Kuru, Arslan ve Yılmaz, s. 442-443; Kuru, Usûl Hukuku, s. 325; Kuru ve Aydın, Usûl Ders Kitabı, s. 335-336; Kuru, Usûl El Kitabı Cilt I, s. 851; Pekcanitez, Atalay ve Özkes, Usûl Hukuku, s. 718-719; Pekcanitez, Atalay ve Özkes, Usûl Ders Kitabı, s. 384; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, s. 521; Tanrıver, Usûl Cilt I, s. 909; Şengel, s. 281; Battal, s. 134; Konuralp, İspat, s. 64; Korkmaz, s. 120.

²⁵⁰ Kuru, Usûl Cilt III, s. 2899-2921; Kuru, Usûl Hukuku, s. 326; Kuru ve Aydın, Usûl Ders Kitabı, s. 337; Kuru ve Aydın, Usûl El Kitabı Cilt I, s. 854; Pekcanitez, Atalay ve Özkes, Usûl Ders Kitabı, s. 385; Pekcanitez, Atalay ve Özkes, Usûl Hukuku, s. 719; Yılmaz, Şerh, s. 3628; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, s. 521.

kanunlarında düzenlenmemiş, sadece sigorta genel şartları gibi yerlerde genel olarak düzenlenmektedir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda, hakem-bilirkişilik sözleşmelerinin düzenlenmemiş olması, hukukumuzda bu konuda sözleşme yapılamayacağı sonucunu doğurmamıştır. Çünkü doktrinde ve Yargıtay kararlarında hakem-bilirkişilik sözleşmeleri, delil sözleşmesinin türü olan münhasır delil sözleşmesi olarak nitelendirilmiştir. Delil sözleşmeleri (HMK m. 193) kanunda özel olarak düzenlendiğinden, hakem-bilirkişilik sözleşmeleri bakımından kanunda düzenlenmemesi hukukî bir sorun teşkil etmemiştir. Ayrıca doktrin²⁵¹ ve Yargıtay kararlarına²⁵² göre, delil sözleşmesi kanunda düzenlenmese dâhi, Anayasa'nın 48. maddesinde düzenlenen sözleşme hürriyetinin doğal sonucu olarak taraflar delil sözleşmesi yapabileceklerdir.

²⁵¹ Doktrinde, delil sözleşmelerine ilişkin bir hüküm olmadığı varsayımında dâhi, usûl kanunlarında düzenlenmeyen usûl ve ispat sözleşmelerinin düzenlenebileceği ifade edilmektedir. Çünkü tarafların genel olarak sözleşme özgürlüğü çerçevesinde, ispata ve delillere ve kanunî delil sistemine ilişkin kuralların, devletin ekonomik, siyasal veya ahlakî bir menfaatini koruma amacı saikini taşımadığından, diğer bir ifadeyle, kısaca kamu düzenini saikiyle konulan bir hükümler değildir. Bu nedenle tarafların deliller üzerinde, hakimin tahkikata ilişkin yetkilerine dokunmamak şartıyla, kanunda delil sözleşmesi düzenlenmese bile, doktrinde, tarafların delil sözleşmesi yapma yetkilerinin olduğu ifade edilmektedir (Kuru, Usûl Cilt III, s. 2882); Tuluay, s. 113; Taşpınar, İspat Sözleşmeleri, s. 186; Yavaş, s. 87; Aşit, Delil Sözleşmesi, s. 83; Hatipoğlu, s. 60.

²⁵² Nitekim Yargıtay'da, Anayasa'nın 48. maddesindeki, herkesin dilediği alanda çalışma ve sözleşme özgürlüğünün bulunduğu maddeye atıf yaparak, delil sözleşmelerinin sözleşme hürriyetinin doğal bir sonucu olduğuna ilişkin karar vermektedir “...*Delil sözleşmesinin geçerli olması, sözleşme hürriyetinin (Anayasa m. 48) doğal bir sonucudur. Genel hükümler uyarınca yapılacak bazı sözleşmelerde, yanlara bazı kanıtlarla yazılı biçimde ispat hakkının sınırlı olarak tanınması halinde, bu sınırlar dışında kanıt gösterilmesi olanaksızdır. Anayasanın 48. Maddesinde sözleşme özgürlüğü esası benimsendiğine göre, bu esaslar uyarınca düzenlenecek sözleşmenin ispatı biçimi de belirlenebilir ve sınırlanabilir. Bu esas, sözleşme özgürlüğüne dayanmaktadır. 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 19. maddesi (şimdiki: TBK'nın 26. maddesi), Anayasanın yukarıda sözü edilen maddesinde benimsenen özgürlüğü hukuk ilkelerine uygun olarak sınırlandırmış ise de bu sınırlama içinde, deliller bakımından tarafların sözleşme yaparken birleşen iradeleri ile sınırlama yapılamayacağını öngörmemiştir...*” (HGK., E. 2010/15 609, K. 2010/634, T. 8.12.2010 (Kazancı İçtihat-Bilgi Bankası, E.T. 05.10.2024). “...*Genel hükümler uyarınca yapılacak bazı sözleşmelerde yanlara bazı kanıtlarla yazılı biçimde ispat hakkının sınırlı olarak tanınması halinde bu sınırlar dışında kanıt gösterilmesi olanaksızlığı belirlenmiştir. Anayasanın 40. maddesinde (şimdiki: 48. maddesinde) sözleşme özgürlüğü esası benimsendiğine göre bu esaslar uyarınca düzenlenecek sözleşmenin ispatı biçimi de belirlenebilir ve sınırlandırılabilir. Bu esas sözleşme özgürlüğüne dayanmaktadır. Borçlar Yasasının 19. maddesi (şimdiki: TBK'nın 26. maddesi) Anayasanın yukarıda sözü edilen maddede benimsenen özgürlüğü hukuk ilkelerine uygun olarak sınırlandırmış ise de bu sınırlama içinde deliller bakımından tarafların sözleşme yaparken birleşen iradeleri ile sınırlama yapılamayacağını öngörmemiştir. Sonuç olarak sözleşme özgürlüğü içerisinde o sözleşmenin belirli kanıtlarla ispatlanabilmesi esası da vardır. Bu esasa göre ve 2490 sayılı Yasa uyarınca yapılmış olan sözleşmelerde yanların sözleşme sırasında birbirlerini Usûlün 287. Maddesinde öngörüldüğü üzere sınırlamaları Anayasanın 40. Maddesine (şimdiki: 48. maddesine) uygun olup bu sınırlamanın Anayasaya aykırı olduğu ileri sürülemez...*” (Yargıtay 4. HD., T. 3.3.1977, E. 1997/2220, K. 1997/2429 sayılı kararı, (Kuru, Usûl Cilt III, s. 2882).

Mukayeseli hukuk olarak Almanya²⁵³, İsviçre ve Fransız hukuklarında ne ispat ne de delil sözleşmeleri düzenlenmiştir. Hukukumuzda, mukayeseli hukuktan farklı tarihî ve sosyolojik gerekçelerle hem Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 287. maddesinde hem de Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 193. maddesinde istikrarlı bir şekilde, ispat sözleşmesinin bir türü olarak, sadece delil sözleşmesi düzenlenmiştir.

Mukayeseli hukukta, hakem-bilirkişilik ve delil sözleşmesi, davanın tahkikat aşamasını esas alan sözleşmeler olduğundan, üst başlık olarak ispat sözleşmesinin bir türü olarak nitelendirilmektedir²⁵⁴. Hukukumuzda ise delil sözleşmelerinin kanunda özel olarak düzenlenmesi, delil sözleşmelerini ön plana çıkarmış ve özellikle hakem-bilirkişilik sözleşmelerinin de bir delil sözleşmesinin türü olarak nitelendirilmesine sebebiyet vermiştir²⁵⁵.

Hukukumuzda doktrinde, ispat sözleşmelerini bir üst başlık olarak gören görüşler, hakem-bilirkişilik sözleşmelerinin, bir delil sözleşmesi olmadığını belirtmektedir. Bu kapsamda, hakem-bilirkişilik sözleşmelerini diğer ispat sözleşmeleri olan ya ikrar sözleşmeleri²⁵⁶ başlığı altında ya da vakıaları çekişmesiz hâle getiren sözleşmeler²⁵⁷ arasında incelemiştir. Ancak bu durum, hakem-bilirkişilik sözleşmelerinin hukukî niteliğine ilişkin görüşlerinden farklılığından kaynaklanmakta olup hakem-bilirkişilik sözleşmesinin ispat sözleşmesinin bağımsız bir türü olması gerçeğini değiştirmeyecektir.

Hakem-bilirkişilik sözleşmesi, delil sözleşmesinden farklılıklar arz etmektedir. Delil sözleşmeleri açısından genel kabul gören delillerin hasredilip hasredilmemesine dayanan münhasır ve münhasır olmayan delil sözleşmeleri ayrımı ve diğer delil sözleşmeleri ayrımları hakem-bilirkişilik sözleşmesinin bir delil sözleşmesi türü olduğunu açıklayamaz. Çünkü delil sözleşmelerinin sadece delilleri sınırlandırıcı

²⁵³ Mukayeseli hukuk bakımından, Alman mahkeme içtihatları, usûl kanunlarında düzenlenmeyen, usûl sözleşmeleri hakkında, hukukî nitelik tartışmasına girmeksizin, öncelikle kamu hukuku alanı olan usûl hukukunda, konvansiyonel dava yasağı sebebiyle, bunların geçerli olmadığına hükmetmeyip; bunun yerine özel hukuktaki, taraflara geniş bir irade serbestisinin esas alındığı, bir maddi hukuk sözleşmesi olarak nitelendirmektedir (Wagner, s. 52).

²⁵⁴ Alman hukukunda, doktrinde ispat sözleşmelerini konu alan eserlerde, ispat sözleşmelerinin bir üst başlık olduğunu, delil ve hakem-bilirkişilik sözleşmesinin ayrı alt başlık olduğu hakkında bkz. Eickmann, s. 31-44; Knect, s. 28-41; Jäckel, s. 40-66; Wagner, s. 608-683; Aynı şekilde İsviçre hukukunda da hakem-bilirkişilik sözleşmesi, ispat sözleşmesi türleri arasında incelenmiştir Pelli, 4-32; Brosi, 63-66.

²⁵⁵ Taşpınar, İspat Sözleşmeleri, s. 112; Aşit, Delil Sözleşmesi, s. 99.

²⁵⁶ Tuluay, s. 68-77.

²⁵⁷ Taşpınar, İspat Sözleşmeleri, s. 113-151; Aşit, Delil Sözleşmesi, s. 133-134; Cantaymaz, s. 52-54.

menfi etkisi vardır. Diğer yandan, hakem-bilirkişilik sözleşmesinde de taraflar, çekişmeli vakıa tespitlerinin sadece hakem-bilirkişi raporuyla ispatlanacağını ifade ederek, bu menfi etkiyi kabul etmektedir. Ancak, hakem-bilirkişilik sözleşmesinin delilleri sınırlandırıcı menfi etkisinden farklı olarak, hakem-bilirkişinin yapmış olduğu vakıa tespitleriyle ilgili değerlendirmeleri ve tespitleri bakımından mahkemenin ve tarafların bağlı olduğuna ilişkin müspet etkisi olup bu durum delil sözleşmesi türleriyle açıklanamaz²⁵⁸. Örneğin, taraflar münhasır delil sözleşmesi yaparak, senetle ispat kuralı yerine, ispatın tanıkla yapacaklarını söyleseler dâhi, hâkim tarafından tanık delili serbestçe değerlendirilecektir. Dolayısıyla tarafların münhasır delil sözleşmesiyle tanık delili ile ispata imkân vermeleri, tanık delilinin takdiri delil olma özelliğini etkilemeyecektir²⁵⁹. Diğer farklılık olarak, münhasır delil sözleşmesinde, tarafların bir veya birden fazla delili hasretmeleri mümkündür²⁶⁰. Ancak hakem-bilirkişi raporu mutlaka tek bir delil olmak zorundadır bu yönüyle münhasır delil sözleşmesinden ayrılır. Ayrıca, münhasır delil sözleşmesinde taraflar sadece delili kendi aralarında hasrederler bir üçüncü bir kişiye ihtiyaç duymazlar. Ancak hakem-bilirkişilik sözleşmesinde, taraflar delillerini hakem-bilirkişi raporuna hasretmekte ve hakem-bilirkişi raporunu tarafların kendisi değil; üçüncü kişi olarak seçecekleri uzman, bağımsız ve tarafsız hakem-bilirkişi veya hakem-bilirkişiler tarafından düzenlenmektedir²⁶¹. Hakem-bilirkişi raporunun iptali, sadece hakem-bilirkişi raporunun açıkça hakkaniyete aykırı veya yanlış olması durumunda mümkün olabilecektir. Ancak delil sözleşmeleri bakımından, delil sözleşmesinin iptalini sağlayan bir müessese yoktur. Tarafların yeni bir delil sözleşmesi yapma²⁶², ispat hakkının kullanımının imkânsız kılınması veya fevkâlade güçleştirilmesi (HMK m. 193/II)²⁶³ ya da sadece münhasır delil sözleşmesine konu olan delilin niteliğine göre,

²⁵⁸ Baumgärtel, s. 253-254; Schlosser, Parteihandeln, s. 89; Stein, Jonas ve Schlosser, vor § 1025, s. 37, Rn. 60; Udo Kornblum, **Probleme Der Schiedsrichterlichen Unabhängigkeit**, München 1968, s. 100-101; Hakem-bilirkişiye tespit etmesi için havale edilen hususların onun hazırladığı raporun dışında bir delille ispatı imkansızdır. Bu şekilde hakem-bilirkişi sözleşmesinin delil anlaşmaları kategorisine sokulması, sadece menfi etkinin ortaya çıkmasına neden olmaktadır. Ancak hakem-bilirkişi raporunun bağlayıcılığı bu etki ile açıklanamamaktadır (Deren-Yıldırım, s. 327).

²⁵⁹ Konuralp, İspat, s. 61, 75; Erturgut, s. 273; M. Göksu, Delil, s. 139; Yavaş, s. 414.

²⁶⁰ Kuru, Usûl Cilt III, s. 2887; Kuru, Arslan ve Yılmaz, s. 442; Pekcanitez, Atalay ve Özkes, Usûl Ders Kitabı, s. 384; Pekcanitez, Atalay ve Özkes, Usûl Hukuku, s. 718; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, s. 520.

²⁶¹ Schlosser, Parteihandeln, s. 88.

²⁶² Kuru, Usûl Cilt III, s. 2898.

²⁶³ Çiftçi, Delil Sözleşmeleri, s. 159-160, 177; Çiftçi, İspat Hakkı, s. 796-797; Pekcanitez, Atalay ve Özkes, Usûl Ders Kitabı, s. 383-384; Pekcanitez, Atalay ve Özkes, Usûl Hukuku, s. 717.

senette sahtelik (HMK m. 211), yalan yere yemin (HMK m. 239), yalan yere tanıklık (HMK m. 264) ve bilirkişinin kasten veya ağır ihmal sebebiyle düzenlediği raporlarda (HMK m. 285), tazminat sorumluluğu şeklinde tarafların bazı imkânları vardır. Ancak, münhasır delil sözleşmelerinde, hakem-bilirkişi raporunun açıkça hakkaniyete aykırı veya yanlış olduğu durumlarda olduğu gibi, hakem-bilirkişi raporunun iptalini sağlayan, bir müessese söz konusu değildir. Bu nedenle münhasır delil sözleşmesine göre, hakem-bilirkişilik sözleşmesi, tarafları daha koruyucu mekanizmalara sahiptir. Dolayısıyla hakem-bilirkişilik sözleşmesi, delil sözleşmesi gibi, ispat sözleşmesinin bağımsız bir alt türüdür. Bu nedenle, alt kavram olan delil sözleşmelerini, yine bir alt kavram olan hakem-bilirkişilik sözleşmesiyle açıklayamayacağımızdan dolayı, bir üst kavram gerekli olup bu üst kavram ispat sözleşmeleridir. Kanaatimizce, yukarıdaki gerekçelerle, hakem-bilirkişilik sözleşmesi, delil sözleşmesi veya delil sözleşmesinin bir türü olan münhasır delil sözleşmesi değil; ispat sözleşmesinin bağımsız bir türüdür.

Yukarıda yaptığımız açıklamalar değerlendirildiğinde, hakem-bilirkişilik sözleşmesi, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda düzenlenmese de taraflar aralarındaki çekişmeli vakıanın ispatını tek delil olan hakem-bilirkişi raporuyla sınırlamakta ve bu raporda tespit edilen vakıa bakımından hâkimi bağlı kılarak doğrudan usûl hukukunda etki gösterdiğinden, bir geniş anlamda usûlî işlemdir. Hakem-bilirkişilik sözleşmesi, tarafların karşılıklı iradelerinin uyuşması sonucu ortaya çıktığından ve doğrudan etkilerini usûl hukukunda gösterdiğinden, bir usûl hukuku sözleşmesidir. Ancak hakem-bilirkişilik sözleşmesinin dava açılmadan önce, hukuken çekişmeli vakıa hakkında tarafları bağlayıcı maddî hukuk ve bu etkiye bağlı dava engelleyici özelliğinden dolayı, usûl hukuku sözleşmesi türlerinden gerçek bir usûl hukuku sözleşmesi değildir. Tarafların dava öncesi hakem-bilirkişilik kurumuna başvurusu sonrası dava açması veya dava aşamasında hakem-bilirkişiliğe başvurusu durumunda, hakem-bilirkişilik sözleşmesinin usûlî etkileri olan çekişmeli vakıanın ispatının tek delil olan hakem-bilirkişi raporuyla sınırlanması ve bu raporda tespit edilen vakıa bakımından hâkimin bağlı kılınması şeklinde doğrudan usûlî etkileri ortaya çıkacağından, usûl hukukuna ilişkin yan etkisi bulunan bir maddî hukuk sözleşmesi de değildir. Bu kapsamda, hakem-bilirkişilik sözleşmesi hem maddî hem de usûl hukukunda etki doğuran bir karma usûl hukuku sözleşmesi niteliğindedir²⁶⁴.

²⁶⁴ Pekcanitez, Atalay ve Özkes, Usûl Ders Kitabı, s. 128; Boran Güneysu, s. 175.

Hakem-bilirkişilik sözleşmesi sonuç olarak, medenî usûl hukukunda sınırlı da olsa sözleşme özgürlüğünün bir yansıması olarak, delil sözleşmelerinin değil, üst başlık olan ispat sözleşmelerinin bir türüdür.

III. HAKEM-BİLİRKİŞİLİĞİN TARİHİ GELİŞİMİ

Hakem-bilirkişilik kurumunu bir bütün hâlinde inceleyebilmek için öncelikle bu kurumun her şeyden önce tarihçesini²⁶⁵ incelemek gerekir. Kurumun tarihi, geleceğe ışık tutacak ve konunun daha iyi anlaşılmasını sağlayacaktır. Özel hukukumuzun temeli Roma Hukukuna dayandığı için öncelikle konuyu Roma Hukuku açısından, daha sonra konuyu İslâm, Osmanlı hukuku ve Cumhuriyet dönemi çerçevesinde incelemeye çalışacağız.

A. Roma Hukuku

Hakem-bilirkişilik kurumunun tarihçesi bakımından, ilk olarak dâhil olduğumuz Kıta Avrupası hukuk sistemi içinde özel hukukumuzun temellerini oluşturan Roma Hukuku bakımından incelemeye çalışacağız. Klasik Roma hukuku döneminde tahkim kurumu bilinmekte olup ve hakem “*arbiter*” olarak ifade edilmektedir. Ancak, hakem-bilirkişilik kurumu ilk dönemlerde bilinmemektedir²⁶⁶.

Hakem-bilirkişilik tarih boyunca, daima bir sözleşmeye ilişkin esaslı bir edim belirlenmesinin, üçüncü kişi olarak hakem-bilirkişi tarafından yapılması yönüyle ele alınmıştır. Bu durum Roma Hukukunda tartışmalara sebebiyet vermiştir. Prensip olarak, Roma hukukunda, geçerli bir satım sözleşmesi bakımından, satım sözleşmesine konu olan şeyin fiyatının, belirli en azından belirlenebilir olması

²⁶⁵ Mitolojik hikayelerde de hakem-bilirkişi ve tahkim gibi hukukî kurumlar kullanılmıştır. Mitolojide, Troya savaşı öncesinde Paris’in üç tanrıçadan hangisinin en güzel olduğu konusundaki Yunan prenses Helen’in kararı Paris’in tahkimi (Arbitration of Paris) olarak bilinmektedir. Ancak burada üç kişi arasından hangisinin en güzel olduğuna ilişkin bir vakıa tespiti söz konusu olduğu için burada bir tahkim değil; hakem-bilirkişilik kurumu vardır. Diğer yandan, bu belirlemede Afrodit, en güzel tanrıça seçilebilmek için prenses Helen’e rüşvet verdiği için iptal edilmesi gereken bir hakem-bilirkişi raporu söz konusudur (Kendall, Freedman ve Farrell, s. 3, dn 7); Yeşilırmak, Hakem-Bilirkişilik, s. 699, dn 36; Yeşilırmak, Öneri, s. 29, dn. 72.

²⁶⁶ Wenger, s. 85; Wolfram Buchwitz, **Schiedsverfahrensrecht in Antike und Mittelalter**, Wien 2020, s. 8; Greger ve Stubbe, s. 1, Rn. 3; Sieveking, s. 45; Yeğengil, s. 25-26; Taşpınar, İspat Sözleşmeleri, s. 142; İpek Sevdâ Söğüt, **Roma Hukukunda Tahkim**, XII Levha Yayınevi, İstanbul 2011, s. 21; Taşpınar, İspat Sözleşmeleri, s. 142.

gerekmektedir. Bu durum özellikle satım sözleşmesinin esaslı unsuru olan fiyat unsurunun tek taraflı veya üçüncü bir kişi tarafından belirlenme ihtimalini ortadan kaldırmıştır²⁶⁷. Roma Hukukçularından bazıları olan Labeo ve Cassius sözleşmeye ilişkin esaslı bir edimin üçüncü kişi tarafından belirlenmesine, edimin belirlenebilirliği ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle itiraz etmiştir. Diğer Romalı hukukçular Proculus ve Ofilius, üçüncü kişinin sözleşmeye ilişkin esaslı edim belirlemesi durumunda, bunun mümkün olduğunu, ancak üçüncü kişinin bu edimi belirlememesi durumunda, sözleşmenin geçersiz olacağını ifade etmişlerdir²⁶⁸. Justinianus bu konuda ikinci görüşü savunmuştur. Justinianus, kendi kanunlarında bu şekilde bir şartı kapsayan satış sözleşmesinin geçerli olacağına, ancak şartlı olan sözleşmede, üçüncü şahsın bedeli tayin edememesi veya etmek istememesi hâlinde, sözleşmenin hükümsüz kalacağını²⁶⁹ düzenlemiştir²⁷⁰.

Hakem ve hakem-bilirkişi arasındaki ayrımı ilk olarak ifade eden milattan sonra birinci yüzyılda yaşayan Proculus'tur²⁷¹. Proculus iki tür hakem (arbiter) olduğunu ifade etmiştir ve bunu Corpus Iuris Civilis'in bir bölümü olan Digesta kitabında yazmıştır²⁷². Digesta kitabında, Proculus iki farklı özel hakem türü olduğunu tanımlar: bunlardan ilki, hakem (arbiter) olup hakem anlaşması temelinde atanır (ex compromisso) vermiş olduğu karar bakımından sonuç ne olursa olsun onun kararına uyulmalıdır (sive aequum sit sive inicum). Diğer yandan, diğer, yani hakem-bilirkişi raporu, "vir bonus" standardına göre kontrol edilmekte ve bu nedenle yalnızca makul olanın belirli bir çerçevesinde kalması durumunda bağlayıcılık arz etmektedir. "Actio pro socia" davalarında, şirket hisselerinin değerinin belirlenmesine ilişkin uyuşmazlıklarda, bu ikinci tür hakem-bilirkişinin rapor vermesi durumunu örnek olarak verilmiştir²⁷³. Proculus, iki ortağın paylarını belirlemek için ortak arkadaşları

²⁶⁷ Kleinschmidt, s. 198.

²⁶⁸ Kleinschmidt, s. 198-199.

²⁶⁹ Fransız Medeni Kanunu'nun 1592. maddesi Roma Hukuku'ndan iktibas edilmiş olup, satım sözleşmesinde, malın bedelinin üçüncü bir şahıs tarafından belirlenebileceği ve üçüncü şahıs bunu belirlememesi durumunda, satım sözleşmesinin hükümsüz kalacağı düzenlenmiştir. (Kleinschmidt, s. 198); Yeğengil, s. 145.

²⁷⁰ Kleinschmidt, s. 200; Yeğengil, s. 145-146.

²⁷¹ Buchwitz, s. 11; Kleinschmidt, s. 196.

²⁷² Digesta 17.2.76 (Proculus 5. Beyanname Şerh Kitabı) ... "arbitrorum enim genera sunt duo, unum eiusmodi, ut sive aequum sit sive iniquum, parere debeamus (quod observatur, cum ex compromisso ad arbitrum itum est), alterum eiusmodi, ut ad boni viri arbitrium redigi debeat, etsi nominatim persona sit comprehensa, cuius arbitrato fiat." Digesta 17, 2, 76- 80 (Buchwitz, s. 11); Sieveking, s. 45; Wenger, s. 97; Kleinschmidt, s. 197, dn 291.

²⁷³ Buchwitz, s 11.

Nerva'yı üçüncü kişi olarak belirlediklerini ve Nerva'nın bir ortağa üçte bir; diğer ortağa üçte iki şekilde payları bölüştürdüklerini bildirmektedir²⁷⁴.

Proculus bu şekilde, günümüzdeki hakem (Schiedsrichter-Arbiter) ve hakem-bilirkişi (Schiedsgutachten-Arbitrator) terimleriyle²⁷⁵ anılan karar ve rapor verme özelliğini, keskin bir şekilde farklılaştırmış ve aynı zamanda her durumda neyin önemli olduğunu açıkça formüle etmiştir²⁷⁶. Kategorilerin bu şekilde erken oluşumu, özel hakemin, kamu tarafından atanan bir yargıçla aynı işlevi yerine getirdiğini gösterdiğinden dogmatik özel hakem figürünün gelişimi için büyük önem taşımaktadır. Özel hakemin kararı nihayet hukukî bir uyumsuzluğa sona erdirmeye hizmet etmekte ve bu nedenle hakemin kararı, içerik açısından kontrol edilmemektedir. Diğer yandan, kararı (raporu) vir bonus standardına göre kontrol edilebilen hakem-bilirkişi, tek bir olgusal sorun hakkında karar (rapor) veren, ancak hukukî uyumsuzluğun tamamı hakkında raporunda tespitte bulunmayan, sadece bir "hakem-bilirkişidir". Bu nedenle kararı daha sonra, hukukî bir anlaşmazlıkta yeniden gözden geçirilebilir. Örneğin Proculus'un bahsettiği şirketin feshedilmesinden sonra şirket hisselerinin değeri hakkında bir ihtilaf olması durumunda, "actio pro socia" davasında şirket paylarının, hakem-bilirkişi tarafından, vir bonus standartlarına göre belirlenip belirlenmediği, hâkim veya hakem tarafından denetlenebilmekteydi²⁷⁷. Burada ölçüt "*manifesta iniquitas*" olarak ifade edilen açıkça hakkaniyete aykırılık sınırıdır. Bu durumda, Praetor, hakem-bilirkişinin arbitrium boni viri standartlarına göre vermiş olduğu raporu denetleyebilir ve değiştirebilirdi²⁷⁸.

Roma Hukuku'nun diğer dönemlerinde de hakem-bilirkişilik kurumuna önem verilmektedir. Glassatorler ve daha sonra onları takip eden postglassatorler dönemlerinde de bu kurum bilinmekte ve o dönemlerde de hakem-bilirkişi "*arbitrator*" olarak ifade edilmektedir²⁷⁹. Sonuç olarak, Roma Hukuku döneminden

²⁷⁴ Kleinschmidt, s. 197.

²⁷⁵ Latince olarak 1271 yılında Durantis tarafından yazılan "Speculum Judicale" adlı eserde o da Roma hukukunu kaynaklarını esas alarak hakem ve hakem-bilirkişi arasındaki ayrıma eserinde değinmiştir. Durantis'e göre, usûl hukuku kurallarına göre karar veren hakemken; hakkaniyete göre karar veren hakem-bilirkişidir (Heinrich, s. 26-27, s. 54).

²⁷⁶ Buchwitz, s. 11-12.

²⁷⁷ Buchwitz, s. 12.

²⁷⁸ Kleinschmidt, s. 684.

²⁷⁹ Buchwitz, s. 11; Sieveking, s. 45.

beri, hakem (“Arbiter”-Schiedsrichter) ve hakem-bilirkişi (“Arbitrator”-Schiedsgutachten) kurumları doktrinde ve uygulamada, birbirinden ayrılmaktadır²⁸⁰.

Postglassatorlare göre, hakem ve hakem-bilirkişi arasındaki fark, onların maddî ve usûl kurallarıyla bağlı olup olamamasından kaynaklanmaktaydı. Hakem, bir hukukî bir anlaşmazlığa hâkim gibi karar verir ve bu kararını alırken, maddî ve usûl hukuku kurallarıyla bağlıdır. Ancak, hakem-bilirkişi, geçerli maddî ve usûl hukukuna bağlı olmaksızın, hakkaniyet (Nach Billigkeit) üzerine sonuçlarına ulaşmaktadır²⁸¹.

Pandekt hukuku döneminde de hakem ve hakem-bilirkişi arasındaki ayrım benimsenmiştir. Ancak, bu ayrımda iki yasal figürün içeriği doğrudan ve yalnızca Roma hukukunun kaynakları ile kavranmaya çalışılmıştır. Pandekt hukukçularına göre, hakem ve hakem-bilirkişi arasındaki temel fark, bir yandan görevin farklı içeriğinde ve diğer yandan bağlayıcı etki oluşturulurken kullanılan ölçütlerin farklılığından kaynaklanmaktadır²⁸². Hukukî bir uyuşmazlığı sanki bir hâkimin kararı gibi, maddî ve usûl hukuku kurallarına bağlı kalarak çözmek bir hakemin görevidir. Diğer yandan, hakem-bilirkişiye sözleşmenin esaslı (Wesentlichen Punkt- Essentialia Negotii) unsurlarını tamamlamak şeklinde sınırlı bir görev verilmiştir²⁸³.

Hakem-bilirkişi sözleşme hükümlerini tamamlarken, tarafların sözleşmede kararlaştırdıkları ölçütlere göre de ikiye ayrılmaktadır. Bunlardan ilki, tarafların iradesi doğrultusunda, hakem-bilirkişinin sözleşme hükmünü, kendi takdir yetkisine (Nach Freiem Belieben) göre belirlemesi durumu olup bu durum “*arbitrium merum*” olarak ifade edilmektedir²⁸⁴. Diğer, hakem-bilirkişinin sözleşmedeki hükmü hakkaniyete göre (Nach Billigkeit), belirlemesi olup bu durumda “*arbitrium boni viri*” şeklinde ifade edilmektedir²⁸⁵. Arbitrium boni viri durumunda, hakem-bilirkişi tarafından yapılan sözleşmedeki edim belirleme, “*manifesta iniquitas*” sınırına kadar hâkimi bağlamaktadır; ancak “*manifesta iniquitas*” şeklinde açıkça hakkaniyete aykırılık denetimi sınırını aşması durumunda, hâkimi ve tarafları bağlamamaktadır²⁸⁶.

²⁸⁰ Sieveking, s. 45; Buchtwitz, 11; Wenger, s. 85; Greger ve Stubbe, s. 1; Taşpınar, İspat Sözleşmeleri, s. 142.

²⁸¹ Wenger, s. 112; Sieveking, s. 45.

²⁸² Sieveking, s. 45-46.

²⁸³ Wenger, s. 88; Kleinschmidt, s. 773.

²⁸⁴ Wenger, s. 34; Sieveking, s. 46; Kleinschmidt, s. 51, 196.

²⁸⁵ Wenger, s. 85; Sieveking, s. 46; Kleinschmidt, s. 51.

²⁸⁶ Sieveking, s. 46.

Arbitrium boni viri durumunda, hakem-bilirkişinin kapsam ve sınırları daha belirli iken; “*arbitrium merum*” da kapsam ve sınırlar hakem-bilirkişinin kendi takdirine bırakılmıştır. Burada artık “*manifesta iniquitas*” denetimi mahkeme tarafından yapılmayacaktır. *Arbitrium merum* durumunda mahkeme tarafından denetim, sadece hakem-bilirkişinin kötü niyeti söz konusu olduğunda mümkün olabilecektir²⁸⁷.

Pandekt Hukuku, Kıta (Kara) Avrupası hukuk sistemini²⁸⁸ esas alan ülkelerin medenî hukuk kurallarını etkilemiştir. Bu etkilenme en çok İtalya, Fransa ve Alman hukukunda olmuştur. 1942 tarihli İtalyan Medenî Kanunu’nun 1349. maddesinde hem *arbitrium merum* hem de *arbitrium boni viri* birlikte düzenlemiştir²⁸⁹. Aynı şekilde, bu durum hem Prusya hem de Alman hukukunda da önem arz etmiştir²⁹⁰. Alman Kanun koyucusu, pandekt hukuku dönemine ait hakem-bilirkişilik sözleşmesinin iki türü olan, *arbitrium merum* ve *arbitrium boni viri* ile ilgili hükümleri, Alman Medenî Kanunu’nda (BGB) düzenlemiştir. BGB § 317/I maddesinde hakkaniyete göre sözleşmedeki edimi belirleyen “*arbitrium boni viri*”; BGB §319/II kendi takdirine göre, sözleşmedeki edimi belirleyen “*arbitrium merum*” düzenlenmiştir²⁹¹. Hakem-bilirkişinin kendi takdirine (Nach Freiem Belieben) göre raporunu düzenlediği, hakem-bilirkişilik sözleşmesi türü bakımından, hâkim, açıkça hakkaniyete aykırılık denetimi değil, hakem-bilirkişinin kötü niyetli olup olmadığı yönünden denetim yapabilecek ve bunun sonucunda raporun bağlayıcı olup olmadığına karar verebilecektir²⁹².

²⁸⁷ Wenger, s. 97; Kleinschmidt, s. 643-644.

²⁸⁸ Pandekt hukukunun etkisiyle Avrupa hukukunu kapsayan bu düzenleme, aynı şekilde, Avrupa Sözleşme Hukuku Prensipleri’nin (Principles of European Contract Law-PECL) altıncı bölümünün 106. maddesinde, sözleşmedeki edimin üçüncü kişi tarafından belirlenebileceği belirtilmiş olup, sözleşme taraflarının, bu edim belirlemesinin büyük ölçüde makul değilse “*grossly unreasonable*” şeklinde bağlayıcılığını sona erdirmek için itiraz hakkı tanıdıkları için bu tasarıda da “*arbitrium merum*” şeklinde, serbestçe belirleme düzenlenmemiştir (Kleinschmidt, s. 244).

²⁸⁹ Wenger, s. 143; İtalyan Medenî Kanunu’nun 1349. maddesinin birinci ve ikinci fıkrasında bu durum açıkça hükme bağlanmıştır. Hükme göre, “edimin tespiti üçüncü kişiye bırakılmışsa ve taraflarca onun serbestçe takdir etmesinin (*Arbitrium merum*) istendiği anlaşılamıyorsa, üçüncü kişinin takdirini hakkaniyetle yapması gerekir. İkinci fıkrada, üçüncü kişinin kendi takdirine bırakılmışsa, onun kötü niyeti ispat edilmedikçe, bu takdire itiraz edilemez (Tuluay, s. 79, dn. 190).

²⁹⁰ Alman hukuku düzenlemeleri sadece satış sözleşmelerini esas almayıp, genel olarak sözleşmeye ilişkin bir edim belirlenmesini esas almıştır. Ayrıca hakem-bilirkişinin edimi belirlememesi, belirlemek istememesi veya belirlemekte gecikmesi durumunda, sözleşmenin sona ermesi yerine, doğrudan mahkemenin karar vereceğini düzenleyerek, Roma hukuku Justinianus düzenlemelerinden farklılık içermektedir (BGB § 319/I) (Sieveking, s. 10).

²⁹¹ Wenger, s. 143; Sieveking, s. 47.

²⁹² Wenger, s. 97; Maus, s. 114.

Avusturya ve İsviçre hukukunda, Almanya ve İtalyan hukukundaki gibi, hakem-bilirkişinin kendi takdir yetkisine göre tespitlerde bulunabildiği, “*arbitrium merum*” durumunu, doğrudan düzenleyen bir düzenleme yoktur. Bu hukuk sistemlerinde, açıkça hakkaniyete aykırı (Offenbar Unbillig) veya açıkça yanlış (Offenbar Unrichtigkeit) bir hakem-bilirkişi raporuna itiraz etmeye düzenli olarak izin verilmekte olup bu şekilde “*arbitrium merum*” düzenlenmemiştir²⁹³.

B. İslâm ve Osmanlı Hukuku

İslâm hukuku bakımından, tahkim²⁹⁴ ve bilirkişilik²⁹⁵ kurumu bilinmekle birlikte, hakem-bilirkişilik kurumu bugünkü anlamıyla tam bilinmemektedir. İslâm hukukunda, bilirkişilik için “ehl-i hibre” ve “ehl-i vukuf” terimleri kullanılmaktadır. Ehl-i hibre, teknik, ölçme ve değerlendirmeyi ifade etmesine karşılık; ehl-i vukuf, daha genel anlamda somut vakıyı bilen kişi olarak ifade edilmektedir²⁹⁶. Ehl-i vukuf olan kişi, bu kapsamda aynı zamanda şahit vasfını da taşıyabilir. Bu duruma, Alman hukukunda “Sachverständiger Zeuge” ifadesi şeklinde, şahit ehl-i vukuf ifadesi kullanılmaktadır²⁹⁷. Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu’nda da bilirkişilik hakkındaki bazı hükümlerde ehl-i vukuf (HUMK m. 270, 276, 277, 278, 279, 282, 284) bazılarında ehl-i hibre (HUMK m. 368, 423, 447, 466) terimi kullanılmaktadır. Bu durum doktrinde eleştirilmekte ve günümüz bilirkişi ifadesine en uygun terim olarak teknik, ölçme ve değerlendirmeleriyle raporunu yazan ehl-i hibrenin kanunda kullanılması gerektiği ifade edilmektedir²⁹⁸. Nitekim Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda bu terimler yerine, yeknesaklık sağlanması adına sadece bilirkişi (HMK m. 266 vd.) ifadesi kullanılmıştır²⁹⁹.

²⁹³ Wenger, s. 143; Garger, s. 45; Bachmann, s. 19.

²⁹⁴ Yeğengil, s. 63; Ansay, İslâm Hukuku, s. 345; Atar, s. 283.

²⁹⁵ Atar, s. 261; Ahmet Kılınç, **Osmanlı Yargılama Hukukunda Bilirkişilik**, Adalet Yayınevi, Ankara 2019, s. 28 vd; Nâsi Aslan, **İslâm Yargılama Hukukun Şühûdü’l Hal Jürî Osmanlı Devri Uygulaması**, Beyan Yayınları, İstanbul 1999, s. 102; Barış Toraman, **Medeni Usûl Hukukunda Bilirkişi İncelemesi**, Yetkin Yayınları, Ankara 2027, s. 35.

²⁹⁶ Kılınç, s. 22-23; Karafakih, s. 211; Toraman, s. 37.

²⁹⁷ Karafakih, s. 212.

²⁹⁸ Kılınç, s. 27, Toraman, s. 38.

²⁹⁹ Toraman, s. 38.

Diğer yandan, İslâm hukukunda hakem-bilirkişilik kurumuna bazı yönlerden benzeyen “müftü”, “kassâm” ve “şuhûdül hâl” kurumları vardır. Ancak bunlar bugünkü anlamda hakem-bilirkişiliğin tam karşılığı değildir.

Müftü, bir mesele hakkında, İslâm hukukunun ona ilişkin hükmünü bildiren fetvayı vermeye yetkili olan bir makam olarak tanımlanmaktadır³⁰⁰. Fetva veren kimse, ya bir müçtehit hukukçu olmalı veya bağlı olduğu mezhep müçtehitlerinin görüşlerini nakletmesi gerekir³⁰¹. Hem fıkıh kitapları hem de örfî hukuk kuralları kadıların (hâkimlerin) fetvalara dayanabileceklerini düzenlemektedir. Ancak, bu hususun zorunluluk olup olmadığına kadıya (hâkime) bağlı olduğu ifade edilmiştir. Diğer yandan, Mecelle’nin 1811’inci maddesinde, kadının (hâkimin), gerektiğinde başkalarından şer’î bir sorunun çözümünü sorabileceğini belirtmiştir. Bu şekilde, hâkimin hukukî bir konuda, başka bir hukukçu olan müftüden, hukukî bilgi bağlamında teknik ve özel bilgi alması desteklenmiştir³⁰². Doktrinde müftü fetvalarının bağlayıcı olup olmadığı noktasında iki görüş bulunmaktadır.

Doktrinde birinci görüşe göre, yargı merciinde kullanılan bu fetvalar, hukukçu bilirkişi kurumunu işaret etse de bu fetvalar tam anlamıyla hukukçu bilirkişi raporu niteliğinde değildir. Çünkü bu fetvalar, her ne kadar söz konusu davada dikkate alınıyor olsa dâhi, geneldir ve tüm Müslümanlar için geçerlilik ve bağlayıcılık arz etmektedir³⁰³.

Doktrinde ikinci görüşe göre, müftünün fetvası kural olarak, hâkimi ve tarafları bağlayan bir niteliğe sahip olmayıp bir tavsiye niteliğindedir. Ancak bu fetvalar, Kur’an ve peygamber hadislerine dayanmakta olduğundan, taraflarda manevi bağlılık oluşturmaktadır³⁰⁴. Diğer yandan günümüzde, özellikle İslâm bankacılığı ve finans konularında, bankalar müftülerden fetva talep etmektedir. Müftünün vermiş olduğu fetvanın bağlayıcı olup olmadığına ilişkin, Endonezya’da Ulusal Şariat Kurulu, İslâmî bankacılık ve finans faaliyetlerine ilişkin fetvaların yayınlanmasında çok önemli bir

³⁰⁰ Kılınç, s. 73; Mehmet Akif Aydın, **Türk Hukuk Tarihi**, 15. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2018, s. 93.

³⁰¹ Kılınç, s. 74; Aydın, s. 93-94.

³⁰² Kılınç, s. 74; Aydın, s. 94.

³⁰³ Kılınç, s. 75; Müftünün fetvaları, kadıları bağlayıcı hale getirmesi de mümkündür. Belli bir hukukî görüş şeklinde fetvanın uygulanmasının padişah veya sultan tarafından, emredilmesi durumunda artık kadıların bazı hususlarda sınırlandırılması anlamına gelmekte ve kadılar sadece bu görüşü uygulamak zorundaydılar (Aydın, s. 94).

³⁰⁴ Abdul Rasyid, “Relevance of Islamic Dispute Resolution Processes in Islamic Banking and Finance”, **Arab Law Quarterly** 27 (2013), s. 365.

işlev oynamaktadır. Bu nedenle, Endonezya bankaları, müftü fetvalarının bağlayıcı olduğunu içeren düzenlemeler yapmışlardır. Benzer şekilde Malezya'da Şer'i Danışma Konseyi tarafından verilen kararlara veya fetvalara tüm İslâmî bankacılık ve finans işletmeleri tarafından uyulması gerektiği ifade edilerek, fetvaların hem hakemler hem de mahkeme açısından bağlayıcı olduğuna ilişkin düzenlemeler getirilmiştir³⁰⁵. Nitekim Alman hukukunda da İslâm hukuku açısından, müftünün fetvası, hakem-bilirkişilik kurumuna (Schiedsgutachten) örnek olarak verilmektedir³⁰⁶.

İslâm Hukuku'nda hakem-bilirkişi kurumuna yakın bir diğer kurum, “*kassâm*” şeklinde ifade edilen kişi veya resmî görevlilerdir. Kassâm, miras³⁰⁷, şirket, ganimet gibi konularda, her çeşit taşınır ve taşınmaz malı bölerek, bölünmemiş malları belirli hâle getiren kişidir. Kassâm, miras davalarında, bizzat dava mahalline giderek, gerekli tahkikatı yapıp ayrıca bu tahkikat sırasında hukukî sorun var olduğu durumda, bunun hakkında da sonuca ulaştıktan sonra ihtilafı hükme bağlayan ve terekeyi vârisler arasında dağıtan görevliyi ifade etmektedir³⁰⁸. Kâssamlar, ölen kimsenin geride bıraktıkları mallarını, İslâm miras hukuku esaslarına göre, ölenin mirasçılarına dağıtmaktadırlar³⁰⁹. Kassâmlar sahip oldukları, özellikle ve yaptıkları faaliyet ile bilirkişiliğe benzemektedirler. Nitekim kassâmlar, sahip oldukları, özel ve teknik bilgiye sahip tarafsız kişilerdir. Ancak kassâmların bilirkişiden farklı olarak, miras paylaşımında olduğu gibi kazaî yetkileri de vardır. Kassâmlar, kazaî konularda tek başlarına karar verebilmiş ve bu konudaki görüşlerini kadı ve benzeri diğer kurumlara sunmamışlardır³¹⁰. Ancak kâssamların vermiş olduğu kararların, taraflar ve mahkeme açısından bağlayıcı olup olmadığı hakkında bir yorum yapılamadığından, bir hakem-bilirkişilik kurumu olup olmadığını belirtemeyiz.

Hakem-bilirkişilik kurumuna benzeyen diğer bir kurum, İslâm hukukunda, “*şuhûdü'l hâl*” kurumudur. Şuhûdü'l hâl kurumu, İslâm yargılama hukukunda “*jüri*” kurumu olarak da ifade edilmektedir.

³⁰⁵ Rasyid, s. 366-367.

³⁰⁶ Jochen Heller, **İslamisches Recht im Deutschen Schiedsgerichtsverfahren?**, Köln 2014, Masterarbeit, s. 143.

³⁰⁷ Alman hukukunda da hakem-bilirkişilik miras ve şirket hukukunda genel olarak kullanılmaktadır. Miras hukuku açısından, her ne kadar BGB § 2065/II hükmünde, tarafların üçüncü kişi tayin etmelerini, miras hukukunun kişiye bağlı özel tasarrufları olduğundan yasaklansa da genel olarak hakem-bilirkişilik kurumu kullanılmaktadır (Kleinschmidt, s. 841).

³⁰⁸ Kılınç, s. 60.

³⁰⁹ Kılınç, s. 61.

³¹⁰ Kılınç, s. 62.

Hagenbüchle'ye göre, hakem-bilirkişilik kurumuna en yakın kurum, özel hukuk yargılamalarındaki “jüri”³¹¹ kurumudur³¹². İslâm yargılama hukukunda özel hukuk davalarında da “*şuhûdü'l hâl*” şeklinde ifade edilen jüri benzeri bir sistem mevcuttur³¹³. Şuhûdü'l hâl, yargılamada iki temel işlevi icra etmektedir. Bir yandan yargılamanın aleniyeti; diğer yandan denetimini sağlamakta, ayrıca meselenin maddî vakıa boyutunu tespit³¹⁴ etmektedir³¹⁵. Dava konusu meselenin türüne ve özelliklerine göre, “*şuhûdü'l hâl*” seçilmektedir. Örneğin, dava vergi ile ilgili bir mesele ise şehir kethüdası, şehir ayanı ve esnaf temsilcilerinin isimleri mutlaka *şuhûdü'l hâl* kısmında yer almaktaydı ve en az iki kişiden oluşmaktaydı³¹⁶. “*Şuhûdü'l hâl*” üyeleri diğer mahkeme görevlileri gibi, resmî bir memur statüsünde görevli olmadıkları için sürekli değişmektedir³¹⁷. Hâkim “*şuhûdü'l hâl*” heyeti ile yaptığı müzâkere neticesinde, hâkim, şuhûdü'l hâl tespitleriyle değildir. Ancak bu durum hiçbir şekilde “*keyfilik*” olarak anlaşılmamalıdır. Bu durum, hâkimin, Allah katında bizatihi sorumlu olmasından kaynaklanmaktadır³¹⁸. Ancak sonuç olarak, *şuhûdü'l hâl*, tarafların seçememesi ve mahkemeyi bağlamaması yönünden bir hakem-bilirkişilik kurumu değildir.

Hakem-bilirkişilik sözleşmesinin diğer boyutunu oluşturan, sözleşmedeki esaslı bir edimin üçüncü kişi tarafından belirlenmesinin, İslâm hukukunda mümkün (câiz) olup olmadığını incelemeye çalışacağız. İslâm Hukuku'nda bir sözleşmede boşluk olması, o sözleşmenin fesadına sebebiyet verecek bir hâl olarak öngörülmüştür. Bu boşluk sebepleri hem sözleşmenin esaslı unsurlarına hem de yan unsurlarına ilişkin olsun mutlaka hiçbir şekilde sözleşmede boşluk olmaması gerekir. Bu nedenle İslâm hukuku bakımından, bir sözleşmenin kurulması, taraflar arasında anlaşmazlığın çıkıp işin mahkemeye yansımalarının önüne geçmek amacıyla sözleşmeye ilişkin hem esaslı hem de yan unsurlar bakımından bir boşluk içermemesi gerekmekte olup aksi hâlde

³¹¹ N. Aslan'a göre, Fransa ve Anglosakson hukuk sistemlerindeki şühud (jüri) kurumu, Haçlı seferleri neticesinde İslâm Hukukundan Batı'ya geçmiştir (N. Aslan, s. 51-52).

³¹² Hagenbüchle, s. 22.

³¹³ N. Aslan, s. 166; Kılınç, s. 70.

³¹⁴ Anglo-Sakson hukukunda olan özel hukuk jürili yargılamada, hukuk ve vakıa ayrımı büyük önem arz eder. Jüri tarafından vakıa tespiti gerçekleştirilirken, hâkim hukukî konularda tespit yapıp karar vermektedir (M. Göksu, Delil, s. 104).

³¹⁵ N. Aslan, s. 114, 128, 159; Kılınç, s. 70.

³¹⁶ N. Aslan, s. 60.

³¹⁷ N. Aslan, s. 179.

³¹⁸ N. Aslan, s. 173.

sözleşme kurulmamış olacaktır. İslâm Hukuku'nda, tarafların sözleşme için hem esaslı hem de yan unsurlar bakımından anlaşmış olmaları kaydıyla sadece sözleşme kurulmuş sayılır. Aksi hâlde, bu şekilde bir durumda İslâm Hukuku'na göre, bir sözleşmeden bahsedilemez ve İslâm Hukuku'nda sözleşmede boşluğun bir kadı (hâkim) tarafından doldurulması da mümkün değildir³¹⁹.

İslâm Hukuku bakımından sözleşmedeki esaslı bir edimin, üçüncü kişi olarak hakem-bilirkişi tarafından belirlenmesi hususu, anlaşmazlıkların önlenmesi ilkesi prensibi³²⁰ sebebiyle mümkün değildir. Hanefî mezhebi akit teorisine göre, bir malın fiyatının takdirinin müşteriye, taraflardan birine, takdir edici üçüncü kişilere veya kadıya (hâkime) bırakılması sahih değildir. Çünkü bu durum, tarafların rızasına zarar vermekte olup sonuç olarak taraflar arasında anlaşmazlıklar ortaya çıkarmaktadır. Nitekim bu durum, sübjektif belirlemelerinin ortaya çıkmasına ve taraflardan her birinin kendi menfaatine uygun bir bedel belirlemesine sebebiyet vermektedir. Diğer taraftan, satıcı fiyat belirleme işini havale ettiği müşterinin ya da üçüncü bir başka kişinin hangi miktarı belirleyeceğini bilemediği için fiyat (semen) meçhul kalmaktadır³²¹.

Osmanlı devleti klasik dönemi sonrası, Batıya yaklaşan yeni dönemde, 1839 yılı Tanzimat dönemi sonrasında, batıya ait bazı Kanunlar iktibas edilmiştir³²². Bu kanunlar tahkim kurumunu yaygınlaştırması esas alınarak, Batı hukukundan alınmıştır. 1861 tarihli Ticaret Usûlü Muhakemesine ait Nizamnamede de nitekim tahkim kurumu düzenlenmektedir. Bu nizamname, 1806 tarihli Fransız Muhakeme Usûlü Kanunu'ndan kısmen iktibas edilmiştir. Bu Nizamname'nin 38. maddesinde, hesap görülmesini veya evrak ve defterlerin incelenmesini gerektiren veya karışık ve dolaşık olan davalarda, meselenin tahkik ve intacı için tarafların bir komisyona veya hakemlere sevki gerektirdiği takdirde, tarafları sulh etmek ve edemediği takdirde, kanuna göre, davanın neticesini tayin edecek bir rapor tanzim etmek üzere, mahkemece üç veya beş kişilik bir komiser veya hakem he' yeti tayin edileceği ve verilecek raporun taraflar, hakem veya komiserler ve mahkeme huzuru ile tetkik edilip beyan ve itirazlar dinlendikten sonra, heyetçe tasdik veya tadil olunacağı

³¹⁹ Ali Haydar Bölükbaş, **İslâm Borçlar Hukukunda Niza**, STS Yayınları, Rize 2020, s. 48.

³²⁰ Bölükbaş, s. 164.

³²¹ Bölükbaş, s. 221.

³²² Yeğengil, s. 76.

düzenlenmiştir. Ancak doktrinde, burada düzenlenen, husus olan evrak ve defterlerin incelenmesinin bir hukukî uyumsuzluk olmadığı, bir maddî vakıa olduğu, bu nedenle, bu kişilerin, hakem ve komiser hakem sıfatına haiz olmadığı, bunların eksper (uzman) ve bilirkişi şeklinde nitelendirilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Ayrıca mahkemeler, bu kişilerin düzenlemiş oldukları, rapor ve kararlarını tasdik, tadil ve reddetmek yetkisine de sahiptir³²³. Ancak Nizamname’de hakem olarak nitelendirilen üçüncü kişinin raporunun, taraflar ve mahkeme tarafından bağlayıcı olup olmadığı hususunda bir düzenleme olmadığı için bir hakem-bilirkişi değildir.

C. Cumhuriyet Dönemi

Türkiye’de uygulanan kanunların çoğunun Kıta Avrupası hukuk sisteminin etkisi ile hazırlandığı bir gerçek olmakla birlikte, bu etki açısından Türkiye Cumhuriyeti’nin kuruluşunu başlangıç almamak gerekir. Osmanlı Devleti zamanında da Tanzimat Fermanı’nın ilanından sonra, Kıta Avrupası hukuk sistemi esas alınarak, yasal düzenlemeler yapılmıştır. Osmanlı devletinde Tanzimat Fermanı’ndan sonra kurulan Nizâmiye mahkemelerinde uygulanmak üzere Avrupa kanunlarından iktibas edilmek suretiyle yargılama hukuku alanında usûl nizamnâmleri ve kanunları hazırlanmaya başlanmıştır. Hukuk tarihimizde, bu yönüyle medenî usûl hukukuna ilişkin ilk yasal düzenleme, 1861 yılında kısmen Fransız Medenî Usûl Kanunu’ndan alınmış olan “*Usûlî Muhakeme-i Ticariye Nizamnamesi*”dir. Bu nizamnameye ek olarak aynı yıl çıkarılan “*Divanı Ahkâmı Adliye Nizamname-i Dahilisi*” ve 1872 yılında hazırlanan “*Mehâkimi Nizamiye Hakkında Nizamname*” ile şeriye ve nizamiye mahkemelerine ilişkin çeşitli düzenlemeler yapılmıştır³²⁴. Daha sonra hukuk ve ticaret mahkemelerinde uygulanmak üzere, daha genel bir yargılama kanunu niteliği taşıyan ve bazı maddelerinde Mecelle’ye atıflarda bulunan ve 24 Nisan 1806 tarihli Fransız Medenî Usûl Kanunu (Code de Procédure Civile) mehzaz alınarak hazırlanan, “*Usûl-ü Muhakeme-i Hukukîyye Kanun-u Muvakkati*”, 22 Haziran 1879 tarihinde yürürlüğe

³²³ Yeğencil, s. 77.

³²⁴ Karafakih, s. 12; Atar, s. 76-77; Ali Cem Budak ve Yavuz Özkan, “Türk Medeni Usûl Hukukunun Yüzyıllık Tarihi”, **Adalet Dergisi**, Sayı 71, 2023/II, s. 90; Tülay Özer, **HUMK’tan HMK’ya Medeni Usûl Kanunu Tasarıları**, Yeditepe Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2012, s. 7.

girmiştir³²⁵. Cumhuriyetin ilanından sonra medenî usûl hukuku alanındaki ilk değişiklikler 1924 yılında Mayıs Adli İnkılabı ile gerçekleştirilmiş, bu kapsamda istinaf mahkemeleri ve şer’i mahkemeler yürürlükten kaldırılmıştır³²⁶. 1925 yılında uzunca bir süre Alman Medenî Usûl Kanunu’nun (ZPO) iktibası amaçlı yürütülmekte olan yeni medenî usûl kanunu hazırlığı çalışmaları yarıda bırakılarak, İsviçre’nin Neuchâtel Kantonu Medenî Usûl Kanunu’nu esas alan, 1086 sayılı Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu, 18.06.1927 tarihinde yürürlüğe girmiştir³²⁷. Diğer yandan, 1879 tarihli “Usûl-ü Muhakeme-i Hukukîyye Kanun-u Muvakkati” hükümleri, 1927 yılına kadar 48 yıl yürürlükte kalmış ve bu kanun dönemindeki içtihatlar ve doktrinde eski kanunun uygulandığı dönemde oluşan görüşler, 1086 sayılı Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu’nu da etkilemiştir³²⁸.

Delil ve hakem-bilirkişilik sözleşmeleri ile ilgili düzenlemeler açısından, 1879 tarihli “*Usûl-ü Muhakeme-i Hukukîyye Kanun-u Muvakkati*” hükümlerinde delil sözleşmeleri düzenlenmemiştir³²⁹. Ancak 1086 Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu’nun 287. maddesinde delil sözleşmeleri düzenlenmiştir. Doktrinde, bu hükmün mehzazının, 1806 tarihli Fransız Medenî Usûl Kanunu’nun 1340. maddesi olduğu ifade edilmiş³³⁰, ancak Fransız Hukuku’nda da delil sözleşmeleri kanunî bir düzenlemeye sahip değildir³³¹. Aynı şekilde, 1086 Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu’nun mehzazı olan İsviçre ve Alman hukuklarında da delil sözleşmeleri

³²⁵ Karafakih, s. 12; Budak ve Özkan, s. 91; Özer, s. 102-103; Yavuz Özkan, **1879 Tarihli Usûl-i Muhâkeme-i Hukukîyye Kanûn-u Muvakkatinin Modern Usûl Hukukuna Etkileri**, Filiz Kitabevi, İstanbul 2021, s. 8.

³²⁶ Budak ve Özkan, s. 94-95.

³²⁷ Budak ve Özkan, s. 89; Karafakih, s. 13.

³²⁸ Budak ve Özkan, s. 114-115; Y. Özkan, s. 17.

³²⁹ Y. Özkan, s. 153.

³³⁰ “Delil serbestliği esasını kabul etmiş olan CPCN (Code de procédure civile de Neuchâtel-İsviçre Neuchâtel Kantonu Medenî Usûl Kanunu) de ve ZPO (Zivilprozessordnung-Alman Medenî Usûl Kanunu) da böyle bir hüküm yoktur. Bu hüküm bize, Fransız Medenî Kanunu’nun 1340. maddesinden geçmiştir.” (Necip Bilge ve Ramazan Arslan, “**Yargıtay İçtihat Birleştirme Kararları Işığında Hukuk Muhakemeleri Usûl Kanunu**, Olgaç Matbaası, Ankara 1977, HUMK m. 287, s. 174-175).

³³¹ Fransız Hukuku’nda hukukumuzdan farklı olarak, delil sözleşmesi kanunda düzenlenmediği için delil sözleşmesinin yapılıp yapılamayacağı tartışmalıdır. Ancak bu doktrindeki tartışmalardan bağımsız, mahkemeler, senetle sahtelik durumu ve kişisel durumlara ilişkin iddialar hariç, genellikle deliller alanında yapılan anlaşmaları geçerli olarak kabul etmektedir (Umar, Delil Anlaşmaları, s. 857); Yavaş, s. 400-402.

kanunlarda³³² düzenlenmemiştir³³³. 1086 sayılı Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun hazırlık çalışmaları, adliye encümenine sevk edilen metin ve madde gerekçeleri Resmî Gazete'de yayımlanmadığından, hükmün mehzazı hakkında yeterli bilgiye sahip değiliz³³⁴. Doktrinde, bu nedenle hükmün, kanun komisyonu tarafından hazırlanan, hukukumuzda özgü bir hüküm olduğu ifade edilmektedir³³⁵. 1086 sayılı Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun tamamıyla değiştirilmesi için 1948, 1952, 1955, 1967, 1971 ve 1993 yılında altı farklı tasarı meydana getirilmiş, ancak kanun hâline gelememiştir. Bu tasarı kanun hükümlerinde hem delil hem de hakem-bilirkişilik sözleşmeleri düzenlenmemiştir³³⁶. Bu kanun tasarılarına takiben hazırlanan yedinci tasarı 2011 yılında Hukuk Muhakemeleri Kanunu olarak yürürlüğe girmiş ve 1806 sayılı Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nu yürürlükten kaldırmıştır. Delil sözleşmesine ilişkin, bu temel hukuk felsefesi ve politikası, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu (HUMK m. 287) döneminde var olan içtihat, bilgi birikimi ve uygulamanın sıkça kullanması sonucu, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı (HMK Tasarı m. 199)³³⁷ ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu döneminde de kanunda (HMK m. 193) açık bir şekilde yer almıştır. Diğer yandan, hakem-bilirkişilik sözleşmeleri Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarı'sında ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda kanunen düzenlenmemiştir. Sonuç olarak, cumhuriyet dönemi ve sonrası bakımından, usûl kanunlarında hakem-bilirkişilik doğrudan düzenlenmemiştir. Ancak bazı kanunlarda, hakem-bilirkişilik hakkında dolaylı düzenlenmeler var olup bunları incelemeye çalışacağız. Cumhuriyet'in ilanından sonra, Osmanlı dönemine ait kanunlarını değiştirmek amacıyla birtakım komisyonlar kurulmuştur. Bu komisyonlardan bir tanesi de Ticaret Kanunu ile ilgili çalışmaları yürütmekle görevlendirilmiştir.

³³² 16 Mart 1942 tarihli, İtalyan Medenî Kanunu'nun 2725. maddesinde, tarafların sözleşmenin varlığının yazılı bir belgeyle kanıtlanması gerektiği konusunda anlaşmaya varmaları durumunda, tanıkların delil olarak hariç tutulacağı şeklinde delil sözleşmeleri yapabileceği açıkça kanunda düzenlenmiştir (Pelli, s. 10, dn. 43).

³³³ Umar, Delil Anlaşmaları, s. 857; Tuluay, s. 113; K. Yıldırım, Delillerin Değerlendirilmesi, s. 27; Erturgut, s. 269; Yavaş, s. 297.

³³⁴ Budak ve Özkan, s. 99.

³³⁵ Y. Özkan, s. 153.

³³⁶ Tüm kanun tasarılarının metinleri ve gerekçeleri le tasarıların getirdiği yeniliklere ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Özer, s. 8 vd.

³³⁷ Alangoya, Yıldırım ve Deren-Yıldırım, s. 676.

Komisyonun çalışmaları sonucunda, Genel Kurulca 26 Mayıs 1926 tarih ve 865 sayılı Türk Ticaret Kanunu kabul edilmiştir³³⁸.

865 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 700. madde ve devamında nakliye sözleşmeleri düzenlemektedir. Kanun'un 700. maddesinde, semenin muayyen olması veya veçhi tayininin tespit edilmesinin şart olduğu ifade edilerek, semenin sözleşmenin esaslı unsuru olduğu ifade edilmiştir³³⁹. Aynı Kanun'un 701. maddesinde, semenin tayini hakkının, mukavelename ile üçüncü bir şahısça belirlenmesinin caiz olduğunu düzenlemiştir. Eğer üçüncü şahıs, herhangi bir sebeple semeni tayin etmeyecek olursa, müşteri, mebiinin satış günündeki rayiç fiyatını ve o günkü fiyat müteaddit ise vasatisini tediye mecburdur. Hükmün ikinci fıkrasında, rayici fiyat bulunmadığı hâlde, artık bedelinin misli mahkemece tayin olunur. Üçüncü şahsın tayin hakkı, mutlak olabileceği gibi taraflarca muayyen ölçülere de bağlanmış olabilir şeklinde düzenlenmiştir³⁴⁰. Üçüncü şahsın ölümü hâlinde, bu akdin sona erip ermediği, hâlin icabına göre takdir edilmelidir. Eğer, fiyatı belirleyecek kimsenin şahsına bilhassa ehemmiyet verilmişse, artık onun ölümüyle akit sona erer. Ancak aksi hâlde, 701. maddeye göre, semen satış günündeki rayiç fiyat ve o günkü fiyat müteaddit ise vasatisi üzerinden tespit edilir. Rayiç fiyat bulunmazsa da artık misli mahkemece tayin olunur. Hâkim fiyatı tayin ederken, hak ve nesafet kaidelerine göre hareket eder³⁴¹. Doktrinde, burada semeni tayin eden üçüncü kişinin, tarafları bağlayıcı bir bedel tayini yaptığından dolayı, onun bir hakem-bilirkişi olduğu ifade edilmektedir³⁴². Ancak, 865 sayılı Kanun'u yürürlükten kaldıran, 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu³⁴³ hükümlerinde bu düzenlemeye benzer bir hüküm yoktur³⁴⁴. Aynı şekilde, 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun yürürlükten kaldıran, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu³⁴⁵ hükümlerinde de buna benzer bir düzenleme yoktur.

³³⁸ Halil Arslanlı, **Kara Ticareti Hukuku Dersleri Umumî Hükümler**, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1960, (Kara Ticareti), s. 5; Sabih Arkan, **Ticarî İşletme Hukuku**, 24. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 2018, s. 7.

³³⁹ Halil Arslanlı, "Ticari Bey'in Mevzuu", **İÜHF**, Yıl 1946, Cilt 12, S. 2-3, (Ticari Bey'in Mevzuu), s. 646.

³⁴⁰ Arslanlı, Ticari Bey'in Mevzuu, s. 649.

³⁴¹ Arslanlı, Ticari Bey'in Mevzuu, s. 649.

³⁴² Yeğengil, s. 145.

³⁴³ RG., 9.7.1956, S. 9353.

³⁴⁴ Yeğengil, s. 145.

³⁴⁵ RG., 14.2.2011, S. 27846.

IV. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA HAKEM-BİLİRKİŞİLİK

A. Genel Olarak

Hakem-bilirkişilik kurumu, bazı ülkelerde uygulanmakta iken bazı ülkelerde uygulanmamaktadır. Hakem-bilirkişilik kurumunun uygulandığı ülkelere örnek olarak, Amerika Birleşik Devletleri, Avustralya, Endonezya, Hollanda, Hong-Kong, Hindistan, İngiltere, İrlanda gösterilebilir. Kıta Avrupası Hukuk sistemi bakımından bazı ülkelerde hakem-bilirkişilik düzenlenmekteyken; bazı ülkelerde bu kurum açıkça düzenlenmemektedir. Örneğin, Almanya, Avusturya, İsviçre, Fransa, İtalyan Hukuk'larında bu kurum bilinmekte ve uygulanmaktadır. Ancak Çek Cumhuriyeti, İspanya, Yunanistan'da hakem bilirkişilik kurumu uygulanmamaktadır. Ayrıca İslâm Hukuku'nun uygulandığı Arap Ülkelerinde, Çin, Rusya ve Güney Amerika ülkelerinde, hakem-bilirkişilik bu yönüyle tam olarak uygulanmamaktadır³⁴⁶.

Hakem-bilirkişilik kurumu, Roma Hukuku'ndan, Kıta Avrupası hukuk sistemine geçmiştir³⁴⁷. Ayrıca Anglo-Sakson hukukunda ve onu takiben milletlerarası alanda meydana gelişmeler doğrultusunda, bir alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olarak, teknik uyuşmazlıkları çözmek için sıklıkla kullanılmaktadır³⁴⁸. Karşılaştırmalı hukuk incelendiğinde, hakem-bilirkişilik kurumunun kullanımının gün geçtikçe arttığı bir gerçek söz konusudur³⁴⁹. Özellikle, Anglo Amerikan Hukuku'nda ve bu hukuk sistemini takip eden ülkelerde kullanıldığı görülmektedir. Örneğin, Channel Tunnel Projesi³⁵⁰, Boston Otobanı Projesi, Hong-Kong Havalimanı Projesi veya Boğaz Tüp

³⁴⁶ Kendall, Freedman ve Farrell, s. 310-325; Yeşilırmak, Hakem-Bilirkişilik, s. 697-698; Yeşilırmak, Öneri, s. 26-27.

³⁴⁷ Wenger, s. 97; Kleinschmidt, s. 643-644.

³⁴⁸ Kendall, Freedman ve Farrell, s. 5, para. 1.1.11; Sessler ve Leimert, s. 151; Ağaoğlu, s. 97; Martin Valasek, Frederic Wilson, Distinguishing Expert Determination from Arbitration: The Canadian Approach in a Comperative Perspective, **Arbitration International**, Vol. 29, No. 1, 2013, s. 64; Ank Santens, Expert Determination Clauses in Contrast Providing for International Arbitration What Happens When The Expert's Decision is Not Final and Binding", **Arbitration International**, Vol. 23, No. 4, 2007, s. 687-688; Yeşilırmak, Hakem-Bilirkişilik, s. 699-700; Yeşilırmak, Öneri, s. 29; Sümer, s. 9-10; Tekdoğan-Bahçivancı, s. 361.

³⁴⁹ Sessler ve Leimert, s. 151; Valesek ve Wilson, s. 64; Taşpınar, İspat Sözleşmeleri, s. 141.

³⁵⁰ Channel Tunnel Group Ltd v. Balfour Beatty Construction Ltd (1993) (AC 334) (Susan Blake, Julie Browne ve Stuart Sime, **A Pratical Approach To Alternative Dispute Resolotion**, Third Edition, Oxford 2014, s. 379, para. 24.13.

Geçiş Projesi gibi, altyapı ve inşaat projelerinde yapılan işin miktarı ve değerinin tespitinde, hakem-bilirkişiliğe başvurulmuştur³⁵¹.

Hakem-bilirkişilik kurumunun uygulanması çok çeşitli bir faaliyet alanını teşkil etmektedir. Hakem-bilirkişilik ulusal ve uluslararası sözleşmeler bakımından, özellikle mal satımlarında kalitenin tespiti (Qualität Arbitrage)³⁵² (Survey Verfahren)³⁵³ (Look-Sniff Arbitration)³⁵⁴, inşaat hukuku³⁵⁵ veya şirket birleşme ve bölünme sözleşmelerinde ve ayrılan ortağın payının değerinin tespitinde³⁵⁶ uygulanmaktadır. Ayrıca enerji hukuku³⁵⁷, bilişim hukuku³⁵⁸, spor hukuku³⁵⁹, marka ve patent hukuku³⁶⁰, antika ve sanat eserleri hukuku³⁶¹, arazi hukuku³⁶², miras hukuku³⁶³ ve sigorta sözleşmelerinde ve diğer benzeri sözleşmelerde yer alan teknik problemler açısından hakem-bilirkişilik kurumuna, sözleşmenin şartı veya ayrı bir sözleşme olarak yer verilmekte ve kullanılmaktadır³⁶⁴. Çalışmamızda hakem-bilirkişilik kurumunun uygulandığı ülkeler olan, Almanya, İsviçre, Avusturya, Fransa, İtalya, Amerika Birleşik Devletleri ve İngiltere bakımından, hakem-bilirkişilik hakkında kısaca bilgi vermeye çalışacağız.

³⁵¹ Kendall, Freedman ve Farrell, s. 85; Yeşilırmak, Hakem-Bilirkişilik, s. 694-695; Yeşilırmak, Öneri, s. 24.

³⁵² Stein, Jonas ve Schlosser, s. 26, vor § 1025, Rn. 43; Schwab, Walter ve Baumbach, s. 16; Greger ve Stubbe, s. 100.

³⁵³ Rauscher, s. 40.

³⁵⁴ Borrowsky, s. 191; Özbek, Alternatif Uyuşmazlık, s. 230; Mustafa Serdar Özbek, **Tahkim Hukuku Cilt I**, Yetkin Yayınları, Ankara 2022, (Tahkim Cilt I), s. 202.

³⁵⁵ Karla Klasen, **Alternative Streitbeilegung beim Bau von Offshore-Windparks Dispute Boards, Schiedsgutachten, Mediation**, Dissertation, Köln 2018, s. 102; Carl, s. 18; Greger ve Stubbe, s. 85; Blake, Browne ve Sime, s. 378.

³⁵⁶ Sessler ve Leimert, s. 151; Anke Sessler, "Schiedsgutachten in Post- M&A-Streitigkeiten", Schiedsgutachten versus Schiedsgerichtsbarkeit, Carl Heymanns Verlag, Köln, Berlin, München 2007, s. 97; Greger ve Stubbe, s. 95; Kendall, Freedman ve Farrell, s. 31; Emre Türkmen, **Adi Ortaklıkta Çıkma ve Çıkarılma**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2020, s. 350.

³⁵⁷ Klasen, s. 38; Blake, Browne ve Sime, s. 378; Kendall, Freedman ve Farrell, s. 55; Sümer, s. 12.

³⁵⁸ Kendall, Freedman ve Farrell, s. 61; Sümer, s. 12.

³⁵⁹ Sümer, s. 11-12.

³⁶⁰ Sümer, s. 12.

³⁶¹ Sümer, s. 14-15.

³⁶² Blake, Browne ve Sime, s. 378; Kendall, Freedman ve Farrell, s. 20.

³⁶³ Kleinschmidt, s. 841.

³⁶⁴ Kendall, Freedman ve Farrell, s. 20-83; Greger ve Stubbe, s. 77-102; Yeşilırmak, Öneri, s. 24; Yeşilırmak, Hakem-Bilirkişilik, s. 695.

B. Almanya

Alman hukukunda hakem-bilirkişilik (Schiedsgutachten) kurumu, kanunda doğrudan düzenlenmemiştir. Ancak Roma hukukunun etkisiyle, sözleşmede bir edimin üçüncü kişi tarafından belirlenmesini düzenleyen, Alman Medenî Kanunu'nun (BGB) § 317 ile § 319 hükümleri, hakem-bilirkişiliğe doğrudan veya kıyasen uygulanmaktadır. Ancak hakem-bilirkişinin faaliyet alanı, sadece sözleşmeye ilişkin bir edim belirlenmesi değil, sözleşmeye ilişkin edimin uyarlanması, sözleşmedeki belirsiz hususların açıklanması ve vakıa tespitinden oluşan geniş bir görev alanı vardır³⁶⁵.

Alman hukukunda, 1926 yılında yürürlüğe giren, Alman İş Mahkemeleri Kanunu'nun § 106. hükümlerinde, “Schiedsgutachtenvertrag”, şeklinde hakem-bilirkişilik sözleşmesi ilk defa kanunen düzenlenmiştir³⁶⁶. Ancak 1926 tarihli Alman İş Mahkemeleri Kanunu, 1952 tarihli yeni İş Mahkemeleri Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle yürürlükten kalkmış ve yeni olan bu kanunda hakem-bilirkişilik düzenlenmemiştir³⁶⁷.

Ayrıca 1908 tarihli Alman Sigorta Sözleşmeleri Kanunu'nun § 64. hükmü, zarar sigortalarında “Sachverständigenverfahren” şeklinde, hakem-bilirkişiliği düzenlemekte olup hakem-bilirkişi istemin unsurlarının ve zararın miktarını tespit etmekteydi. Aynı Kanun'un § 184. hükümlerinde de kaza sigortaları bakımından hakem-bilirkişi maluliyet ve derecesini tespit etmekteydi. Ancak 1908 tarihli Alman Sigorta Sözleşmeleri Kanunu, 2008 yılında yeni Alman Sigorta Sözleşmeleri Kanunu'yla yürürlükten kalkmıştır. Yeni Alman Sigorta Sözleşmeleri Kanunu'nda “Sachverständigenverfahren” şeklinde hakem-bilirkişilik kurumu açısından bir değişiklik yapılmamış olup daha önce var olan hakem-bilirkişilik uygulamasını devam ettirmiştir. Yeni Alman Sigorta Sözleşmeleri Kanunu'nun § 84. hükümleri, aynı şekilde zarar sigortalarında hakem-bilirkişinin istemin unsurlarının ve zararın

³⁶⁵ Maus, s. 24-27; Bleutge, s. 8-12; Rauscher, s. 63-68; Wittmann, s. 6-9; Greger ve Stubbe, s. 35-102.

³⁶⁶ Meckenstock, s. 2; Wilhelm Weiler, **Das Schiedsgutachten im Arbeitsrecht**, Dissertation, Köln 1934, s. 3.

³⁶⁷ Rauscher, s. 142-143.

miktarını ve § 189. hükümlerinde de kaza sigortasında hakem-bilirkişinin maluliyet ve derecesini tespit edebileceğini düzenlemiştir³⁶⁸.

Hakem-bilirkişilik kurumu, borçlar hukukunun bütün alanlarında, miras, eşya, inşaat hukuku, ticaret hukukunda özellikle şirketler hukukunda bir payın satılması, şirketin satılması ve birleştirilmesi, sigorta uyuşmazlıklarında, ayrıca bir malın kalitesine belirlenmesine ilişkin “*Qualitätsarbitrage*” şeklinde ulusal veya uluslararası mal alım ve satımlarında genellikle kullanılmaktadır³⁶⁹.

C. İsviçre

İsviçre hukuku, Roma ve diğer Kıta Avrupası hukuk sistemleri gibi, hakem-bilirkişinin görevi açısından, sözleşmede edimin belirlenmesi şeklindeki bir düzenleme yapmaktan kaçınmış ve hakem-bilirkişinin faaliyetini sadece vakıa tespit faaliyetiyle sınırlandırmıştır³⁷⁰.

İsviçre’de Medenî Usûl Kanunu yürürlüğe girmeden önce, her kantonun kendine özgü bir usûl kanunu vardır. Bazı Kantonlarda hakem-bilirkişilik kurumuna ilişkin düzenlemeler mevcutken; bazı kantonlarda ise hakem-bilirkişiliğe ilişkin düzenlemeler mevcut değildi³⁷¹. Örneğin, yürürlükten kalkan, Züriç Medenî Usûl Kanunu’nun 258. maddesinde, Kanun’un dördüncü kısmında, hakem-bilirkişilik kurumu, tahkimle aynı kısımda düzenlemiş olup hakem-bilirkişinin görevi, sadece vakıa tespit faaliyetiyle sınırlandırılmıştır³⁷².

1 Ocak 2011’de yürürlüğe giren, İsviçre Medenî Usûl Kanunu, hakem-bilirkişiliği, Kanun’un 189. maddesinde düzenleyerek ülkede yeknesaklık oluşturmuştur. İsviçre Medenî Usûl Kanunu’nun (SchZPO), 189. maddesinde de hakem-bilirkişinin görevi, sadece yine vakıa tespit faaliyetiyle sınırlandırılmıştır³⁷³.

³⁶⁸ Brück, Möller ve Johannsen, s. 458, VVG § 84, Rn. 1; Heinrich, s. 24-25; Pröller, Martin ve Voit, s. 709, VVG § 84, Rn. 1; Yıldırım, s. 212-213.

³⁶⁹ Greger ve Stubbe, s. 77-102; Kleinschmidt, s. 1-3; Rauscher, s. 31-57; Wittmann, s. 6-11.

³⁷⁰ Bachmann, s. 27-31; Hägenbüchle, 34-35; Anstmann, 9-10; Brosi, 18.

³⁷¹ Hakem-bilirkişilik kurumunun düzenlendiği kantonlar, Züriç Kantonu Medenî Usûl Kanunu’nun 258 maddesinde, St. Gallen Kantonu Medenî Usûl Kanunu’nun 118. maddesi ve Glarus Kantonu Medenî Usûl Kanunu’nun 178. maddesinde düzenlenmiştir (Brosi, s. 3, dn. 5).

³⁷² Brunner, Gasser, Schwander ve Müller, § 189, Rn. 12, s. 1542.

³⁷³ Angstmann, s. 69-71; Brosi, s. 4.

İsviçre hukukunda hakem-bilirkişiliğe ilişkin diğer bir düzenleme, İsviçre Sigorta Sözleşmeleri Kanunu'nun § 67. hükmünde bulunmaktadır. Hükümde, taraflar sigorta anlaşmazlıklarını çözmek için kendi aralarında özel sözleşmeler yapabileceklerini düzenlemektedir. Doktrinde, bu özel sözleşmeler bakımından, sigorta hukukunda tarafların zararın tespitini bağlayıcı şekilde yapabilecekleri, hakem-bilirkişilik sözleşmelerinin de bunlara dâhil olduğu ifade edilmektedir³⁷⁴.

İsviçre hukukunda hakem-bilirkişilik kurumu, şirketler hukukunda şirketin devralınması, şirketteki payın devri veya şirket birleşmeleri, sigorta uyuşmazlıklarında hasar ve zararın tespiti, miras uyuşmazlıklarında, ulusal veya uluslararası mal satımlarında malın kalitesinin belirlenmesi, inşaat uyuşmazlıkları ve bilişim sektörü gibi alanlarda sıklıkla kullanılmaktadır³⁷⁵.

D. Avusturya

Avusturya hukukunda, hakem-bilirkişilik, kanunlarda doğrudan düzenlenmemiştir³⁷⁶. Roma hukukunun etkisiyle, 1812 tarihli Avusturya Medenî Kanunu'nun § 1056-1060 hükümlerinde, satış sözleşmesinde (Kaufvertrag) satılan şeyin fiyatının, üçüncü bir kişinin belirleyebileceği düzenlenmekte olup bu hükmün bir hakem-bilirkişilik olduğu ifade edilmektedir³⁷⁷. Hakem-bilirkişi satış sözleşmesinde edimi belirlemezse, Alman hukukundan farklı olarak, edimin mahkeme kararıyla belirlenmesi yerine, sözleşmenin kurulmamış olacağı düzenlenmiştir (§ 1056 ABGB). Ayrıca edimin üçüncü kişi tarafından belirlenmesi şeklinde genel bir düzenleme yerine, Roma hukukundaki gibi, satış sözleşmesiyle sınırlı bir düzenleme yapılmıştır. Ancak, bu hüküm, kıyasen diğer sözleşme tiplerine de uygulanmaktadır³⁷⁸. Hakem-bilirkişi tarafından fiyat belirlenmesine ilişkin, sadece yarıdan fazla bir fark olması durumunda, itiraz edebilecekleri ifade edilmiş olup diğer durumlarda edim

³⁷⁴ Bachmann, s. 22; Hagenbüchle, s. 46; Brosi, s. 48; Otto Friedli Banwill, **Feststellung und Beweis des Schadens in der Schadenversicherung, insbesondere das Sachverständigenverfahren**, Dissertation, Drückerei Gebr. Kürzi, Siebnen 1948, s. 36-37.

³⁷⁵ Bachmann, s. 13-17; Brosi, s. 44-49; Angstmann, s. 165-200; Michael Schöll, "Das Schiedsgutachten im Schweizer Recht-Grundriss und Praxisfragen", **Schiedsgutachten Versus Schiedsgerichtsbarkeit**, Carl Heymanns Verlag, Köln, Berlin, München 2007, s. 25-26.

³⁷⁶ Garger, s. 1-2.

³⁷⁷ Garger, s. 45; Habscheid, FS Kralik, s. 191.

³⁷⁸ Garger, s. 44.

belirlemesi, tarafları ve mahkemeyi bağlamaktadır (§ 1060 ABGB). Ancak tarafların, bu konuda istedikleri oranları sözleşmeyle serbestçe belirleyebilme imkânları vardır³⁷⁹.

Avusturya hukukunda, hakem-bilirkişilik, sigorta hukukunda büyük önem arz eder. Avusturya Sigorta Sözleşmesi Kanunu'nun § 64. hükmünün birinci fıkrasında, zarar sigortalarında, sigorta hukukundaki alacağın münferit ön koşullarının veya zararın tespitinin hakem-bilirkişi tarafından yapılabileceği düzenlenmiştir. İkinci fıkrasında, hakem-bilirkişi veya hakem-bilirkişiler tarafından yapılan tespit, sadece gerçek durumdan önemli ölçüde sapmanın açıkça belli olması durumunda, hakem-bilirkişi raporunun bağlayıcı olmadığı belirtilmiş ve bu durumda mahkemenin karar vereceği düzenlenmiştir. Ayrıca hakem-bilirkişinin zarar tespitini yapamaması, yapmak istememesi veya ertelemesi hâlinde de mahkemenin karar vereceği belirtilmiştir. Hükmün üçüncü fıkrasında, hakem-bilirkişilerin zararın meydana geldiği yer mahkemesi tarafından atanabilecekleri düzenlenmiştir³⁸⁰. Hakem-bilirkişilik kaza sigortalarında § 184. hükmünde düzenlenmiştir. Hükmün birinci fıkrasında, sigortadan alacağın bireysel ön koşulları veya kazanın neden olduğu çalışma gücü kaybının boyutu hakem-bilirkişi veya hakem-bilirkişiler tarafından tespit edileceği belirtilmiştir. Hakem-bilirkişinin tespiti, gerçek durumdan önemli ölçüde sapmanın açıkça belli olması durumunda bağlayıcı olmayıp bu durumda mahkeme karar verecektir. Aynı durum hakem-bilirkişilerin tespiti yapamaması, yapmak istememesi veya ertelemesi hâlinde de mahkeme karar verecektir. Hükmün üçünü fıkrasında, hakem-bilirkişilerin mahkeme tarafından atanmasına ilişkin, §64/II hükmünün kıyasen uygulanacağı belirtilmiştir³⁸¹.

Avusturya hukukunda hakem-bilirkişilik hakkında doğrudan kanunî düzenleme olmamasına rağmen, sigorta hukukunda, sözleşmeler hukukunda, ulusal veya uluslararası mal satımlarında malın kalitesinin belirlenmesi, şirketler hukukunda, şirketteki payın devri veya şirket birleşmeleri, iş hukuku gibi alanlarda genellikle hakem-bilirkişilik kullanılmaktadır³⁸².

³⁷⁹ Garger, s. 45; Habscheid, FS Kralik, s. 191.

³⁸⁰ Garger, s. 47-48; Ehrenzweig, VVG, s. 190-191; Heinrich Honsell ve Roland Beckmann, **Berliner Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz Kommentar zum Deutschen und Österreichischen VVG, Berlin 1998**, § 64, s. 1096, Rn. 52.

³⁸¹ Garger, s. 49; Ehrenzweig, VVG, s. 449-450; Honsell ve Beckmann, § 184, s. 2224, Rn. 1.

³⁸² Garger, s. 12-35.

E. Fransa

Hakem-bilirkişilik, Fransız hukukunda açıkça düzenlenmemiştir. Fransız hukukunda hakem-bilirkişilik, “expert arbitrage”, “arbitrage contractuel” veya “expertise obligatoire” şeklinde ifade edilmektedir³⁸³.

Fransız hukuku da Roma hukukunun etkisiyle satış sözleşmesinde üçüncü bir kişinin, satış konusu şeyin fiyatını belirleyebileceğini Fransız Medenî Kanunu’nun 1592. maddesinde düzenlenmiş olup doktrinde bu hükmün bir hakem-bilirkişilik kurumu olduğu ifade edilmektedir³⁸⁴. Hükme göre, üçüncü kişi satış sözleşmesine konu olan bir şeyin fiyatını belirleyecek olup üçüncü kişinin fiyat belirlemeyi yapmayı istemediği veya yapamadığı durumlarda satış sözleşmesinin geçersiz olacağı düzenlenmiştir. Tarafların üçüncü kişi üzerinde anlaşamadıkları durumda, sözleşme geçersiz olacak ve ayrıca mahkeme tarafından üçüncü kişinin atanmasına ilişkin bir hüküm de düzenlenmemiştir. Üçüncü kişi tarafından yapılan fiyat belirlenmesi tarafları veya mahkemeyi bağlamaktadır³⁸⁵. Üçüncü kişi tarafından gerçekleştirilen fiyat belirlenmesi, sadece açıkça büyük yanlış “erreour grossiere” olması durumunda bağlayıcı değildir. Bu durumda, mahkeme bilirkişi yardımıyla dâhi olsa, yargılama yoluyla fiyatı belirleme yetkisine sahip olmayıp sadece hakem-bilirkişi raporunun iptaline karar verebilecektir³⁸⁶. Hüküm sadece sınırlı olarak satış sözleşmelerini konu olarak düzenlense de tüm sözleşme ilişkileri için bu hüküm kıyasen uygulanmaktadır³⁸⁷.

Ayrıca Fransız Ticaret Kanunu’nun şirketler hukuku kısmında, 1843-4. maddesinde, şirkette bir pay sahibinin payının devrine veya şirket tarafından payının geri alınmasına ilişkin hükümde, bu payların değerinin ihtilaf durumunda, görevlendirilen bir uzman tarafından belirlenebileceği düzenlenmiştir. Uzman tarafından belirlenen fiyat, tarafları ve mahkemeyi bağlayıcı niteliğe sahiptir. Fransız Medenî Kanunu’nun 1592. maddesindeki gibi, bu fiyat açıkça büyük yanlış “erreour grossiere” olması durumunda bağlayıcı değildir. Hâkimin, üçüncü kişinin fiyatının

³⁸³ Niggemann, s. 59; Kajkowska, s. 101.

³⁸⁴ Niggemann, s. 60; Kajkowska, s. 102; Habscheid, FS Kralik, s. 193.

³⁸⁵ Niggemann, s. 60-61; Kajkowska, s. 102; Habscheid, FS Kralik, s. 193.

³⁸⁶ Niggemann, s. 61; Kajkowska, s. 102; Habscheid, FS Kralik, s. 193.

³⁸⁷ Niggemann, s. 60.

bağlayıcı olmadığını tespit etmesi durumunda, fiyatı kendisi belirlemeyip yeni bir uzman ataması imkânı vardır³⁸⁸.

Fransız hukukunda diğer bir kavram ise, tarafların bir olguyu bir uzmana veya bir bilirkişi heyetine (örneğin, malların değeri veya tanımı veya bir kusurun nedeni ile ilgili olarak) sunduğu ve bu rapora bağlı kalacaklarını kabul ettikleri geri alınamaz uzmanlık (irrevocable expertise) kavramıdır³⁸⁹. Bu konuda öngörülen bir prosedür yoktur ve içtihat çok sınırlıdır. Prensip olarak, uzmanlar yalnızca vakıaları tespit eder ve bu vakıaların yasal sonuçlarına raporlarına yer vermediği için tahkim kuralları geçerli değildir. Bununla birlikte, Fransız mahkemeleri, taraflar aralarındaki, bir uyuşmazlık hakkında üçüncü bir tarafa, nihaî karar verme yetkisi verilmesi durumunda, bu şartı bir tahkim şartı olarak kabul etmektedir³⁹⁰.

Fransız hukukunda hakem-bilirkişilik en çok şirketler hukukunda uygulanmaktadır. Ayrıca başta satım sözleşmesi ve diğer sözleşmelerde esaslı veya yan unsurların belirlenmesi açısından özellikle inşaat hukukunda genellikle kullanılmaktadır³⁹¹.

F. İtalya

Hakem-bilirkişilik kurumu, İtalyan hukukunda açıkça düzenlenmemiştir³⁹². İtalyan hukuku da Roma hukukunun etkisiyle, İtalyan Medenî Kanunu'nun 1349. maddesinde, sözleşmeye ilişkin edimin, üçüncü kişi tarafından belirlenebileceğini düzenlemiş olup doktrinde bu hükmün, bir hakem-bilirkişilik kurumu olduğu ifade edilmektedir³⁹³. Hakem-bilirkişi sözleşmede edimi belirlerken, edimi kendi takdirine göre belirlerse, “*arbitrium merum*” olarak ifade edilmekte, bu durumda mahkeme sadece hakem-bilirkişinin kötü niyeti olması durumunda, hakem-bilirkişi raporuna müdahale edebilmektedir. Ancak hakem-bilirkişiye tarafların kendi takdirine göre raporu düzenleme yetkisi verip vermediği anlaşılamıyorsa, üçüncü kişi olarak hakem-bilirkişinin bu edimi, hakkaniyetle yapması gerekmekte olup bu durum “*arbitrium*

³⁸⁸ Niggemann, s. 62-63.

³⁸⁹ Kendall, Freedman ve Farrell, s. 318.

³⁹⁰ Kendall, Freedman ve Farrell, s. 318, para. 18.6.5.

³⁹¹ Niggemann, s. 59-60.

³⁹² Hartl, s. 1.

³⁹³ Hartl, s. 8-9; Habscheid, FS Kralik, s. 194.

boni viri” olarak ifade edilmektedir³⁹⁴. İtalyan hukukunda, hakkaniyete uygun değerlendirmeyi tanımlamak için genel bakım standartı olan iyi ev babası manasına gelen “*buon padre di famiglia*” (bonus pater familias) kavramı kullanılmaktadır³⁹⁵. Taraflar edim belirlemeye, sadece açıkça hakkaniyete aykırı ve açıkça yanlış olması durumunda itiraz edebilir ve bu durumda edimin belirlenmesi mahkemece yapılır. Üçüncü kişi fiyat belirlemiyor ve taraflar üçüncü kişinin değiştirilmesi konusunda anlaşıyorlarsa, sözleşme geçersiz hâle gelir³⁹⁶. İtalyan Medenî Kanunu’nun 1349. maddesine benzer bir düzenleme, aynı Kanun’un 1473. maddesinde, sözleşme bedelinin üçüncü kişi tarafından belirlenebileceği hususu düzenlenmektedir. Tarafların, bedelin belirlenmesini sözleşmede seçilmiş veya sonradan seçilecek bir üçüncü kişiye bırakabilecekleri düzenlenmiştir. Ancak üçüncü kişi görevi kabul etmezse, mahkemece üçüncü kişi atanacaktır³⁹⁷. Üçüncü kişi tarafından sözleşmeye ilişkin edim belirlenmesi hususu doktrinde “*arbitraggio*” olarak ifade edilmektedir³⁹⁸.

İtalyan hukukunda “*arbitrato rituale*” tahkim olarak ifade edilmekte ve İtalyan Medenî Usûl Kanunu’nda düzenlenmektedir³⁹⁹. İtalyan hukukunda ayrıca, İtalyan Medenî Usûl Kanunu’nun tahkim için öngörülen usûl kurallarına uygun olarak gerçekleşmeyen “*arbitrato irrituale*” şeklinde uygulamada gelişen bir kurum vardır. İtalya’da yirminci yüzyılın sonundan itibaren yaygın olan arbitrato irrituale, tahkime ilişkin dar yasal hükümleri aşmak için uygulama tarafından geliştirilen tahkim benzeri bir uygulamadır⁴⁰⁰. Tahkime konu olan her şey “*arbitrato irrituale*” de konu olabilmekte olduğundan, hukukî ihtilaflar da “*arbitrato irrituale*” ye konu olabilmektedir. Ancak “*arbitrato irrituale*” durumunda verilen hüküm, kesin hüküm teşkil etmez ve doğrudan icra edilemeyen, sadece taraflar arasındaki “*arbitrato irrituale*” sözleşmenin esas alındığı bir uygulamadır⁴⁰¹. Burada bir nevi, taraflar bir kâğıdın altına boş imza atarlar ve bu imza üçüncü kişi tarafından doldurulmaktadır⁴⁰².

³⁹⁴ Hartl, s. 9; Habscheid, FS Kralik, s. 194.

³⁹⁵ Hartl, s. 10.

³⁹⁶ Hartl, s. 10-11.

³⁹⁷ Hartl, s. 11.

³⁹⁸ Hartl, s. 8.

³⁹⁹ Hartl, s. 15.

⁴⁰⁰ Hartl, s. 15.

⁴⁰¹ Hartl, s. 16-17.

⁴⁰² Habscheid, FS Kralik, s. 194.

Bu nedenle doktrinde, “*arbitrato irrituale*” kurumunun, bir hakem-bilirkişilik kurumu olduğu ifade edilmektedir⁴⁰³.

İtalyan hukukunda son olarak, kanunda düzenlenmeyen, mahkeme içtihatları tarafından geliştirilen, üçüncü kişinin takdir yetkisine veya hakkaniyete göre karar vermek zorunda olmayıp yalnızca kendi uzmanlığını kullanarak vakıa tespit faaliyetinde bulunduğu, “*perizia contrattuale*” kurumu bulunmaktadır. Doktrinde bu kurumun, bir hakem-bilirkişilik olduğu ifade edilmektedir⁴⁰⁴. Perizia contrattuale terimi, yirminci yüzyılın başında ortaya çıkan ve mahkeme içtihatlarıyla gelişen yeni bir terimdir. Perizia contrattuale durumunda, hakem-bilirkişinin raporu sonraki mahkeme işlemlerinde de bağlayıcıdır ve hâkim tarafından bir bilirkişi raporuyla da değiştirilemez. İtalyan Mahkemeleri kararlarında, İtalyan Medenî Kanunu’nun 1349. maddesinin, perizia contrattuale açısından kıyasen uygulanması reddedildiğinden, taraflar hakem-bilirkişi raporuna açıkça hakkaniyete aykırılık veya açıkça yanlışlık sebebiyle itiraz edemez. Ancak taraflar, bu hususu sözleşmede serbestçe kararlaştırabilirler⁴⁰⁵.

İtalyan sigorta kanununda, hakem-bilirkişilik hakkında düzenleme olmasa dâhi, İtalyan Sigorta Şirketleri Birliği (ANIA-Associazione Nazionale fra le Imprese Assicuratrici) tarafından oluşturulan sigorta genel şartlarında hakem-bilirkişiliğe zarar sigortalarında genel olarak yer verilmektedir. Ayrıca arazi, inşaat ve şirketler hukukunda hakem-bilirkişilik genel olarak kullanılmaktadır⁴⁰⁶.

G. Amerika Birleşik Devletleri

Federal Amerikan Kanunlarında, hakem-bilirkişilik kurumu düzenlenmemiştir. Tarihsel olarak, hakem-bilirkişi terimi, tarafsız uzmanların tahkim veya mahkeme işlemlerinde kullanılmak üzere, belirli vakıaları tespit ettiği bir süreç olarak tanımlamıştır. Son zamanlarda, ancak hakem-bilirkişilik terimi ek anlamlar geliştirmiştir. Amerika Birleşik Devletleri merkezli şirketler, sıklıkla Dünya Bankası gibi, uluslararası kuruluşlardan, kredi çekilirken, hakem-bilirkişilik uygulamalarına

⁴⁰³ Hartl, s. 17.

⁴⁰⁴ Hartl, s. 13-14; Habscheid, FS Kralik, s. 194.

⁴⁰⁵ Hartl, s. 14.

⁴⁰⁶ Hartl, s. 125-144.

katılma zorunluluğu öngörülmüştür. Yurt içinde, belgesel kanıtların tarafsız değerlendirmelerini sağlayan uzmanlardan veya birden fazla hakem-bilirkişiden oluşan "anlaşmazlık çözüm kurulları" veya "anlaşmazlık inceleme kurulları" şeklinde benzer sistemler mevcuttur. Ancak bu sistemlerin, doğrudan mahkemeyi bağlayıcı bir özelliği olmayıp tarafları sözleşme ilkeleri çerçevesinde bağlar. 1970'lerden bu yana, anlaşmazlık çözüm kurulları, malın vasfını belirleme ve inşaat sektörlerindeki karmaşık işlemlerde yüksek değerli birçok anlaşmazlığı çözmek için kullanılmıştır⁴⁰⁷. Hakem ve hakem-bilirkişi ayırımında, hakemin devlet mahkemesi kararının yerine geçeceğini, hakem-bilirkişi raporunun özel hukukta vakıa tespitlerinde bulunduğu için mahkeme yargılamalarında jüri sisteminin yerini aldığı ifade edilmektedir⁴⁰⁸.

Amerika Birleşik Devletleri'nde uluslararası hakem-bilirkişi tespitlerinin uygulanmasına ilişkin çok az içtihat mevcuttur. Mahkemeler genellikle bir anlaşmazlık çözüm kurulu kararını verene kadar, eşzamanlı mahkeme işlemlerini durdurmaktadır. Birçok mahkeme, "keyfi veya rasyonel bir temelden yoksun" olmamaları koşuluyla, anlaşmazlık çözüm kurulu kararlarını tanımayı da seçmektedir⁴⁰⁹.

Amerika'nın New York eyaleti, diğer eyaletlerden farklı olarak, hakem-bilirkişilik kurumunu doğrudan düzenlemiştir. New York Medenî Usûl Kanunu'nun 76. maddesinin, § 7601. hükmünde, bir değer biçme, değer belirleme veya başka bir konu veya ihtilafın, adı geçen veya seçilecek bir kişi tarafından karara bağlanmasına ilişkin bir anlaşmayı özel olarak icra etmek için özel bir işlem başlatılabileceği ifade edilmiştir. Mahkemenin, bu şekilde bir anlaşmayı tahkim anlaşmasıymış gibi, icra edebileceğini, bu durumda yargılamanın, bu bölümün yetmiş beşinci maddesi kapsamında düzenlenen, tahkimdeki gibi yürütüleceği ifade edilmekte ve bunun tek istisnasının yangın sigortası poliçeleri oluşturduğu düzenlenmiştir⁴¹⁰. Bu düzenlemeyle, hakem-bilirkişilik ve tahkim kurumları birbiriyle uyumlu hâle getirilmiş ve hakem-bilirkişi raporlarının, bazı durumlarda, icra edilebilirliği düzenlenmiştir⁴¹¹. Bu düzenlemenin öncelikle Federal Amerikan Kanunlarına ve diğer ülke hukuklarına özellikle Alman hukukuna bir rol model olup olmayacağı her

⁴⁰⁷ Kendall, Freedman ve Farrell, s. 311; Yeşilırmak, Hakem-Bilirkişilik, s. 701.

⁴⁰⁸ Sieveking, s. 203.

⁴⁰⁹ Kendall, Freedman ve Farrell, s. 311, para. 18.3.3.

⁴¹⁰ Sieveking, s. 199; Borowsky, Schiedsgutachten, s. 148.

⁴¹¹ Sieveking, s. 40, 196.

yönüyle bir inceleme konusu olmuştur⁴¹². Doktrinde, bu düzenlemenin, aynen 1958 Tarihli New York Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi şeklindeki uluslararası sözleşme gibi, hakem-bilirkişilik açısından, gelecekte evrensel bir hüküm hâline geleceği ifade edilmektedir. Bu sayede hakem-bilirkişilik kurumunun, uluslararası sözleşmeler bakımından yaygınlaşacağı, hakem-bilirkişinin vermiş olduğu raporun da aynen tahkim kararlarının tanınması ve tenfizi gibi diğer ülkelerde de icrasının gerçekleştirebileceği ifade edilmektedir⁴¹³.

Amerikan hukukunda hakem-bilirkişilik genel olarak, inşaat, sigorta hukukunda özellikle yangın sigortası, şirketler hukukunda şirketlerin birleşmesi, bölünmesi, devralınması veya payın devri, sözleşme hukuku ve gayrimenkul hukuku alanlarında kullanılmaktadır. Ancak ulusal veya uluslararası mal satımlarında malın kalitesinin belirlenmesi bakımından, bazen hakem-bilirkişilik bazen tahkim (look-sniff arbitration) kurumu kullanılmaktadır⁴¹⁴.

H. İngiltere

İngiliz hukukunda, hakem-bilirkişilik kurumu kanunlarda düzenlenmemiştir⁴¹⁵. Ancak uygulamada ve mahkeme kararlarında, hakem-bilirkişilik en az iki yüz elli yıllık bir geçmişe sahiptir. Bu konuda kayıt altına alınan ilk dava 1754 tarihinde Belchier v. Reynolds davasıdır. Dava konusunda, tarafların, genellikle gelecekte bir ödeme yapma yükümlülüğünün ortaya çıktığı, ancak bunun pazarlıksız ve müzakere yapmaksızın, bir fiyat belirleme mekanizması olarak kurmak istediği durum, bir hakem-bilirkişilik olduğu ifade edilmiştir. Taraflar o fiyat üzerinde anlaşamadıkları durumlarda, satın alma fiyatının, uzman üçüncü kişi olarak hareket eden hakem-bilirkişinin belirleyeceğini sözleşmeyle düzenlemişlerdir⁴¹⁶.

İngiliz hukukunda, tahkimde görev yapan hakem “arbitrator” olarak ifade edilmekteyken, hakem-bilirkişi genellikle “expert” olarak ifade edilmektedir. Bu

⁴¹² Sieveking, s. 425.

⁴¹³ Sieveking, s. 40-41.

⁴¹⁴ Borowsky, Schiedsgutachten, s. 127-136; Martin Borowsky, “Das Schiedsgutachten im Common Law-ein Überblick zu Expert Determination und Appraisal”, **Schiedsgutachten Versus Schiedsgerichtsbarkeit**, München 2007, (Common Law), s. 50-52.

⁴¹⁵ Kendall, Freedman ve Farrell, s. 7, para. 1.2.5; Kajkowska, s. 54; Yeşilırmak, Hakem-Bilirkişilik, s. 697.

⁴¹⁶ Belchier v. Reynolds (1754) e Kenny, 87 (Kendall, Freedman ve Farrell, s. 6, para. 1.2.1).

durum hakem-bilirkişi şartlarına yansımış ve genel şart olarak “*as an expert and not as an arbitrator*” şeklinde, hakem değil, hakem-bilirkişi olacağı ifade edilmiştir⁴¹⁷. Ancak “arbitrator” ifadesi Roma hukukundan günümüze kadar, Kıta Avrupası hukuk sistemine tâbi Almanya, İsviçre, İtalyan hukuk sistemlerinde hakem-bilirkişiyi ifade etmekteyken; “arbitrator” ifadesi hakemi ifade etmektedir⁴¹⁸. Nitekim günümüzde hakem-bilirkişilik ifadesi için İngiliz hukukunda “*expert determination*” ifadesi kullanılmaktadır⁴¹⁹.

Hakem-bilirkişilik kurumu, İngiliz hukukunda, mülkiyet (Land), kira (Rent), sözleşmeler hukuku (Contract Law), sigorta hukuku, şirketler hukuku, bankacılık ve finans, enerji, inşaat hukuku, bilişim teknolojileri (Information Technology), gemi hukuku gibi birçok alanda kullanılmaktadır⁴²⁰. İngiliz hukukunda, ancak inşaat hukuku açısından, klasik bağlayıcı hakem-bilirkişilik yerine, İngiliz hukukunda temellerini bulan geçici bağlayıcı (interim determinations) niteliğe sahip “*adjudication*” kurumu daha çok kullanılmaktadır⁴²¹. Ayrıca İngiliz hukukunda ulusal veya uluslararası mal satımlarında kalitenin belirlenmesi açısından, hakem-bilirkişilik yerine, genellikle tahkim (look-sniff arbitration) tercih edilmektedir⁴²².

İngiliz hukukunda, ticaret hukuku alanlarında, hakem-bilirkişilik şartlarında hem nihaî hem de bağlayıcı “*final and binding*” ifadesi birlikte kullanılmaktadır. Şartlarda yer alan nihaî anlamına gelen “*final*” kelimesi, hakem-bilirkişi raporunun artık bir incelemeye tâbi olmadığını; bağlayıcı ifadesi tarafların ve mahkemenin hakem-bilirkişi raporlarına bağlı olduğu anlamına gelmektedir. Özellikle geçici bağlayıcı “*adjudication*” kurumundan ayırt etmek için bu ifadeler sıklıkla kullanılmaktadır⁴²³. İngiliz hukukunda açıkça hata anlamına gelen “*manifest error*” ifadesi, sadece tarafların sözleşmede açıkça bu ifadeye yer vermesi durumunda önem arz eder. Ayrıca mahkemeler sözleşmede bu şekilde bir terim olmadığı durumda, bu

⁴¹⁷ Kendall, Freedman ve Farrell, s. 4, para. 1.1.8; Borowsky, Schiedsgutachten, s. 64; Borowsky, Common Law, s. 53.

⁴¹⁸ Borowsky, Schiedsgutachten, s. 51; Sieveking, s. 45; Greger ve Stubbe, s. 1.

⁴¹⁹ Borowsky, Schiedsgutachten, s. 21, 65; Kendall, Freedman ve Farrell, s. 1; Borowsky, Common Law, s. 49; Ağaoğlu, s. 182-183; Yeşilırmak, Hakem-Bilirkişilik, s. 699.

⁴²⁰ Kendall, Freedman ve Farrell, s. 1-2, para. 1.1.1; Borowsky, Schiedsgutachten, s. 53-59; Borowsky, Common Law, s. 51; Kajkowska, s. 54-55; Yeşilırmak, Hakem-Bilirkişilik, s. 694-695.

⁴²¹ Kendall, Freedman ve Farrell, s. 72; Borowsky, Schiedsgutachten, s. 61-63; Kajkowska, s. 55.

⁴²² Borowsky, Common Law, s. 51-52.

⁴²³ Kendall, Freedman ve Farrell, s. 117, para. 7.8.2.

ifadenin zımni terim (imply a term) olarak kabul edilmesini ve mahkemenin hakem-bilirkişi raporunu açıkça hata yönünden de denetlemesini reddetmişlerdir⁴²⁴.

Hakem-bilirkişi raporları, sözleşmede hüküm bulunmasa dâhi, sahtecilik, yolsuzluk, kara paranın aklanması gibi daha çok cezaî sonuçlar doğuran ve kamu düzenine aykırılık teşkil eden durumlarda, hâkim tarafından re'sen denetlenmekte, diğer durumlarda taraflar arasındaki sözleşmenin esaslarına göre denetim yapılmaktadır⁴²⁵. Bu nedenle mahkeme kararlarında hakem-bilirkişi, kendisine verilen görev ve yetki çerçevesinde, doğru soruyu yanlış cevaplamış olsaydı, bağlayıcı olurdu; ancak yanlış soruya doğru cevap vermesi durumunda, bağlayıcı olmadığı ifade edilmekte olup hakem-bilirkişi raporları için adeta yargılanamaz anlamına gelen “judge-proof” kavramı kullanılmaktadır⁴²⁶.

V. HAKEM-BİLİRKİŞİLİĞİN BENZER KURUMLARDAN AYRILMASI

A. Tahkim ve Hakem-Bilirkişilik

1. İki Kurumun Niteliği ve İşlevi Bakımından Ayırdedilmesi

Hakem-bilirkişilik, bazen tahkim kurumuyla karıştırılmaktadır. Taraflar sözleşmede, hakem yerine hakem-bilirkişi veya hakem-bilirkişi yerine hakem yazabilmesi mümkündür. Burada tarafların yazmış oldukları ifadeler değil, tarafların gerçek iradelerine (TBK m. 19/I) göre sözleşmenin yorumlanması ve buna göre belirleme yapılarak, mahkemece karar verilmesi gerekir⁴²⁷. Mahkemelerin hangi kriterlere göre ayırım yapacağı mukayeseli hukuk⁴²⁸ ve hukukumuzda farklılıklar arz etmektedir.

Alman hukukunda, hakem-bilirkişinin faaliyetleri çok geniş bir faaliyet alanını içermektedir. Hakem-bilirkişiye, sözleşmeye ilişkin esaslı bir edimin belirlenmesi,

⁴²⁴ Kendall, Freedman ve Farrell, s. 117, para. 7.8.5.

⁴²⁵ Kendall, Freedman ve Farrell, s. 230-231.

⁴²⁶ Nikko Hotels (UK) Ltd v. MEPC (Kendall, Freedmann ve Farrell, s. 219).

⁴²⁷ Greger ve Stubbe, s. 4; Heinrich, s. 54; Rauscher, s. 169.

⁴²⁸ Kanada hukukunda bu konuda ilke karar olarak, 1988 yılında alınan Sport Maska Inc. v. Zitter (Sport Maska) verilmektedir. Mahkeme bu kararda iki aşamalı bir test uygulamış ilk testte bir uyumsuzluk olup olmadığını incelemiş daha sonra usûl kurallarına uyulmuş mu uyulmamış mı ilkesini uygulamıştır (Valesek ve Wilson, s. 71-72).

sözleşmedeki edimin uyarlanması, sözleşmede belirsiz hususların açıklanması ve vakıa tespit görevleri verilmektedir. Bu görevlerin genişliği, hakem-bilirkişilik ve tahkim sözleşmelerini ayırt etmede daha fazla zorluklara yol açmaktadır⁴²⁹. Alman hukukunda hakem-bilirkişilik ve tahkim sözleşmelerini ayırmak için özellikle hakem-bilirkişinin vakıa tespit faaliyetinde bulunduğu durumlarda, objektif kriter veya görev (Aufgabe) kriteri olarak adlandırılan ölçüt kullanılmaktadır. Bu kritere göre, üçüncü kişinin hukukî ilişkisinin tamamı hakkında mı yoksa hukukî ilişkisinin bir unsuru veya münferit bir vakıa tespiti hakkında mı sonucuna ulaştığına göre ayırım yapılmaktadır. Üçüncü kişi, bir hukukî ilişki hakkında karar veriyorsa bir tahkim, diğer durumda daha çok hakem-bilirkişilik sözleşmesi vardır⁴³⁰.

Doktrinde, ancak tahkim mahkemelerinin de salt vakıa tespit faaliyetinde bulunabilmesinin mümkün olduğu; çünkü hukukî yararın sadece devlet mahkemelerinde aranabileceği, ancak tahkim mahkemelerinin özel mahkemeler olup hukukî yararın onlar açısından aranamayacağı ifade edilmektedir. Dolayısıyla tahkim mahkemeleri açısından sadece ekonomik yararın aranabileceği⁴³¹ ifade edilmektedir. Bu nedenle, doktrinde tahkim mahkemelerinin de salt vakıa tespit faaliyetinde bulunabileceği savunulmaktadır⁴³². Diğer yandan her durumda bir hukukî ilişki mi hukukî sorun mu yoksa vakıa sorunu mu olduğu anlaşılamamaktadır. Çünkü Alman mahkemeleri, hakem-bilirkişinin, vakıa tespit faaliyetinin yanında, vakıayı hukuken sınıflandırmasına ve vakıa tespiti yaparken karşılaştığı hukukî ön sorunlar (Rechtsvorfragen) hakkında da tespitte bulunmasına izin vermekte olduğundan, bu ayırım kriteri de sorunlara yol açmaktadır⁴³³. Ayrıca hakem-bilirkişinin sözleşmeyi uyarlama faaliyetinde, objektif kriter tamamen yetersiz kalmaktadır. Zira hem tahkim

⁴²⁹ Maus, s. 24-26; Lorenzen, s. 12-13; Wittmann, s. 13-41; Greger ve Stubbe, s. 2-3.

⁴³⁰ Wittmann, s. 155-156; Rauscher, s. 169.

⁴³¹ Hukukî yarar (hukukî menfaat) ve ekonomik menfaat aynı kavramlar değildir. Gerek öğreti gerek uygulamaya göre, bir davanın kabule şayan olabilmesi için ideal veya ekonomik menfaatin varlığı yeterli değildir. Ayrıca, salt bilimsel ya da akademik bir menfaat de dava açmakta menfaatin varlığına vücut etmez. Bir davanın kabule şayan olabilmesi için, dava açmaktaki menfaatin mutlaka hukukî olması gerekir (Emel Hanağası, **Davada Menfaat**, Yetkin Yayınları, Ankara 2009, s. 136-137); Hukukî menfaat kavramından, anlaşılan, davanın kazanılması için ekonomik bir menfaat ihlalini iddia etmenin yeterli olmadığı, bunun yerine hukuken korunan bir menfaatin, yani hakkın ihlalini iddia etmenin gerekli olduğudur (Hanağası, s. 152).

⁴³² Weismann, AcP 72, s. 281-283; Wittmann, s. 163; Henry Stieglmeier, **Vertragsarbitrage und Internationales Privat und Zivilverfahrensrecht**, Dissertation, Berlin 2018, s. 115.

⁴³³ Rauscher, s. 170-171; Wittmann, s. 157-158; BGH Urt. v. 18.2.1955 LM Nr. 8 zu § 1025 (Rauscher, s. 171, dn. 44).

hem de hakem-bilirkişilikte, sözleşmeyi uyarlama talepleri bakımından, aynı konuyu ele almaktadır⁴³⁴.

Habschied, bu nedenle, objektif veya görev kriterinin yetersiz kaldığı durumlarda, hakem-bilirkişinin yapmış olduğu faaliyete göre değil, tarafların ne istediğine ve üçüncü kişinin rapor veya kararının etkisine odaklanan sübjektif kriter veya etki kriteri (Wirkung) olarak ifade edilen kritere göre, mahkemece belirleme yapılması gerektiğini savunmaktadır. Sübjektif veya etki kriterine göre, tarafların kesin hüküm teşkil eden ve icra edilebilen, sadece usûl hukuku denetimine tâbi olan bir kararı mı kastettikleri yoksa kesin hüküm teşkil etmeyen ve icra edilemeyen bir rapor ve bu raporun maddî hukuk denetimi şeklinde açıkça hakkaniyete aykırılık veya açıkça yanlışlık denetimi ve sınırlı usûl hukuku denetimine tâbi olmasını mı kastettiklerine göre ayırım yapılması gerektiğini savunmaktadır⁴³⁵. Alman Federal Mahkemesi de bir kararında görev kriterinin yetersiz olduğuna, bunun yerine etki kriterine göre ayırım yapılması gerektiğine karar vermiştir⁴³⁶. Ayrıca mahkemeler, iki kriter olan görev ve etki kriterinin uygulanmasına rağmen, herhangi bir sonuç elde edemedikleri durumda, doktrin ve içtihat bu konuda bir şüphe kuralı geliştirmiştir. Bu şüphe kuralına göre, tahkim kararı maddî bir denetime tâbi olmadığı, ancak hakem-bilirkişi raporunun açıkça hakkaniyete aykırılık veya açıkça yanlışlık denetimi şeklinde, bir maddî hukuk denetimine tâbi olduğu için taraflara daha az zarar vermekte olacağından, burada bir hakem-bilirkişilik sözleşmesinin varsayılacağına karar vermiştir⁴³⁷. Ancak doktrinde, hakem-bilirkişilik kurumunun belirsizlikler içerdiği ve adil yargılanma hakkının unsurlarının tam olarak uygulanmadığı ifade edilerek, şüphe

⁴³⁴ Wittmann, s. 163.

⁴³⁵ Walter J. Habscheid, "Das Schiedsgutachten Ein Grenzgebiet Zwischen Materiellem Recht und Prozesrecht", **Das Deutsche Privatrecht in Der Mitte Des 20. Jahrhunderts Festschrift für Heinrich Lehmann II. Band**, Berlin- Tübingen-Frankfurt am Main 1956, (FS Lehmann), s. 808; Walter J. Habscheid, "Aus Der Höhrstrichterlichen Rechtsprechung zur Schiedsgerichtsbarkeit", **KTS 1970/I**, (KTS 1970/I), s. 11; Walter J. Habscheid, "Zur Neuren Entwicklung im Recht des Schiedswesens", **KTS 1970/II**, (KTS 1970/II), s. 145; Wittmann bu konuda görev kriterinin yetersiz olduğunu, hakem-bilirkişi tarafından yapılacak her şeyin hakem tarafından yapılabileceğini; aynı şekilde hakem tarafından yapılabilecek her şeyin hakem-bilirkişi tarafından da yapılabileceğini savunmaktadır. Hukukî yarar sadece mahkemeye özgüdür, ancak tahkim mahkemesinde hukukî yarar değil, ekonomik yarar aranır. Bu nedenle burada önemli olanın mahkeme kararlarına ilişkin denetimden ve kararın maddi anlamda kesin hüküm teşkil edip etmemesi şeklindeki etki kriterinin uygulanması gerektiğini savunmaktadır (Wittmann, s. 164-166); Stieglmeier, s. 116.

⁴³⁶ BGH Urt. v. 17. 5. 1967 BB 1967, 694 (Habschied, KTS 1970/I, s. 11, dn. 46).

⁴³⁷ Wittmann, s. 172; Sieveking, s. 54; BGH vom 04.06.1981, VersR 1981, 882, 883 (Sieveking, s. 54, dn. 141).

durumunda, tahkim sözleşmesinin varlığından söz edilmesi gerektiğinin daha doğru olacağı da savunulmaktadır⁴³⁸.

İsviçre hukukunda da hakem-bilirkişilik ve tahkim arasında ayırım yapılabilmesi, bazı münferit durumlarda zor olabilmektedir. Ancak, İsviçre hukukunda hakem-bilirkişinin görevi, salt vakıa tespit faaliyeti olduğundan, sadece görev kriteri uygulanmaktadır. Hakem, hukukî ilişkinin tamamı hakkında karar verirken, hakem-bilirkişi onun bir unsurunu veya münferit vakıa tespitini konu almaktadır⁴³⁹. İsviçre Medenî Usûl Kanunu, hakem-bilirkişinin sadece vakıa (Tatsachen) tespitlerinde bulunabileceği düzenlenmiştir. İsviçre hukukunda da tahkim ve hakem-bilirkişilik sözleşmelerine ilişkin şüphe durumunda, hakem-bilirkişilik sözleşmelerinin varsayılacağı hususu hakkında, doktrin ve kararlarda hangisinin tercih edileceğine ilişkin, herhangi bir görüş ve karar yoktur⁴⁴⁰.

İsviçre hukukunda olduğu gibi, hukukumuzda da hakem-bilirkişinin görevi sadece vakıa tespit faaliyeti olduğundan ayırım daha kolay olmaktadır. Ayrıca hukukumuzda, hakem-bilirkişi, hukukî sorunlar hakkında tespitte bulunamaz. Doktrin⁴⁴¹ ve Yargıtay kararlarına göre, uyuşmazlığın hukukî yönünün hakem-bilirkişinin yetkisi içinde olmadığı kabul edilmektedir⁴⁴². Hukukumuzda da mahkeme içtihatlarında, tarafların hakem-bilirkişilik mi yoksa tahkim sözleşmesi kurduklarının

⁴³⁸ Borowsky, Schiedsgutachten, s. 211-212.

⁴³⁹ Bachmann, s. 40; Pelli, s. 40; BGE 117 Ia 365 E. 5. a (Pelli, s. 40, dn. 181.

⁴⁴⁰ Pelli, s. 41; BGE 117 Ia 365 E.7.

⁴⁴¹ Bu konu hakkında ilerde ayrıntılı olarak incelenecektir bkz. Dördüncü Bölüm, II, C, 1, b.

⁴⁴²“Hakem-bilirkişi kurumu, HUMK m. 287. maddesinde düzenlenen bir delil sözleşmesi hükmündedir. Hakem-bilirkişilerin, hakem gibi yetki ve sorumlulukları olmadığından taraflar arasındaki uyuşmazlığın hukukî yönüyle ilgileri bulunmamaktadır. Aslî fonksiyonları, sigorta ettiren ile sigortacı arasında sigorta tazminatı bakımından, bir uyuşmazlık çıktığı takdirde, sigorta menfaat değeri ile hasar miktarını saptamaktır. “(Yargıtay 11. HD. E. 2005/11134, K. 2006/11943, T. 20.11.2006) (Kazancı İçtihat-Bilgi Bankası, E.T. 22.10.2024); Uyuşmazlık, rizikonun taraflar arasındaki sigorta sözleşmesi kapsamında kalıp kalmadığı noktasında toplanmaktadır. Oysa, değinilen genel şartlar maddesi salt hasarın miktarında sigorta ilişkisi tarafları arasında belirecek uyuşmazlığın hakem bilirkişiler eliyle çözümünü öngörmektedir. Davada uygulama yeri olmayan hakem bilirkişi yöntemine başvurulması sigorta sözleşmesinin unsuru ve ayrılmaz eki niteliğindeki genel şartlar hükmüne aykırı görüldüğünden kararın öncelikle bu yön bakımından bozulması gerekmektedir” (Yargıtay 11. HD., E. 2005/6412, K. 2006/9020, T. 21.9.2006) (Kazancı İçtihat-Bilgi Bankası, E.T. 22.10.2024); Aynı yönde kararlar için bkz. Yargıtay HGK, E. 2014/11-176, K. 2016/572, T. 4.5.2016 (Kazancı İçtihat-Bilgi Bankası, E.T. 22.10.2024); Yargıtay 11. HD., E. 1998/4714, K. 1998/8716, T. 10.12.1998 (Kazancı İçtihat-Bilgi Bankası, E.T. 22.10.2024); Yargıtay 17. HD., E. 2015/17433, K. 2018/4968, T. 14.5.2018 (1998 (Kazancı İçtihat-Bilgi Bankası, E.T. 22.10.2024).

anlaşılamadığı kararlar bulunmaktadır⁴⁴³. Bu kararlarda, İsviçre hukukundaki gibi görev kriteri olan, hakem-bilirkişinin hukukî uyuşmazlığın tamamı hakkında tespitte bulunamayacağı, hakem-bilirkişinin sadece onun bir unsuru veya münferit vakıa hakkında tespitte bulunabileceği kriteriyle tarafların, hakem-bilirkişilik mi tahkim sözleşmesi mi kastettikleri tespit edilmektedir.

2. İki Kurumun Ortak Özellikleri ve Temel Farkları

Hakem-bilirkişilik ve tahkim kurumunun öncelikle ortak özelliklerine daha sonra farklarına kısaca değinilecektir. Hukukî uyuşmazlık hakkında karar veren veya vakıa tespitine ilişkin rapor yazan hem hakemin hem de hakem-bilirkişinin tarafsız ve bağımsız olması gerekir⁴⁴⁴. Tahkim ve hakem-bilirkişilik kurumuna sadece tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği konularda başvurulabilecektir⁴⁴⁵. Hakem-bilirkişilik ve tahkim sözleşmeleri tarafların irade özerkliği çerçevesinde kurduğu sözleşmelere dayanır. Bu irade özerkliği sadece kurumların seçimi açısından değil, aynı zamanda belli ilkelere uyulmak şartıyla, nasıl yürütüleceğini de içermektedir⁴⁴⁶. Hem tahkim hem de hakem-bilirkişilik kurumu, bir alternatif uyuşmazlık çözüm yoludur⁴⁴⁷. Bunların, hakem-bilirkişilik ve tahkim kurumunun ortak özellikleri olduğunu ifade edebiliriz, ancak diğer yandan hakem-bilirkişilik ve tahkim birbirinden tamamen farklı iki kurumu oluşturmaktadır.

Tahkim, özel hukuk uyuşmazlıklarında, mahkemeler dışında, hukukî uyuşmazlığın tarafsız ve bağımsız hakemler tarafından, bir yargılama yapılarak, kesin hüküm teşkil edecek şekilde, nihaî hakem kararı ile çözülmesidir⁴⁴⁸. Bu şekilde,

⁴⁴³ Yargıtay 15. HD. E. 2018/5058, K. 2019/4457, T. 7.11.2019 (Kazancı İçtihat-Bilgi Bankası, E.T. 22.02.2024); Yargıtay 15. HD. E. 2008/5601, K. 2008/6837, T. 17.11.2008 (Kazancı İçtihat-Bilgi Bankası, E.T. 22.10.2024); Yargıtay 15. HD. E. 2007/429, K. 2007/8164, T. 25.12.2007 (Kazancı İçtihat- Bilgi Bankası, E.T. 22.10.2024).

⁴⁴⁴ Kuru, Usûl Cilt III, s. 2907; Yeşilirmak, Hakem-Bilirkişilik, s. 703; Yeşilirmak, Öneri, s. 32; Cantaymaz, s. 97; Demirel, s. 31; Yıldırım, s. 206.

⁴⁴⁵ Angstmann, s. 73; Brosi, s. 120; Yeşilirmak, Hakem-Bilirkişilik, s. 706-707; Yeşilirmak, Öneri, s. 35.

⁴⁴⁶ Kuru, Usûl Cilt III, s. 2916; Yeşilirmak, Hakem-Bilirkişilik, s. 703; Yeşilirmak, Öneri, s. 32.

⁴⁴⁷ Maus, s. 30-31; Greger ve Stubbe, s. 2; Yeşilirmak, Hakem-Bilirkişilik, s. 694; Yeşilirmak, Öneri, s. 29; Taşpınar, İspat Sözleşmeleri, s. 141; Demirel, s. 24.

⁴⁴⁸ Alangoya, Tahkim, s. 4; Baki Kuru, **Hukuk Muhakemeleri Usûlü Cilt VI**, 6. Baskı, Demir-Demir Yayınevi, İstanbul 2001 (Usûl Cilt VI), s. 5875; Kuru, Usûl Hukuku, s. 659; Kuru ve Aydın, Usûl Ders Kitabı, s. 694; Kuru, Arslan ve Yılmaz, s. 778; Pekcanitez, Atalay ve Özkes, Usûl Hukuku, s.

taraflar kendi aralarında anlaşarak, hukukî uyuşmazlığın mahkemeler dışında çözülmesini ihtiyarî olarak kararlaştırabilmekte olup buna ihtiyari tahkim denir. Ancak, özel kanunî düzenlemelerle, bazı durumlarda tahkime başvurmak zorunlu kılınıyorsa, bu tahkim türüne zorunlu tahkim denir⁴⁴⁹.

Hukukumuzda tahkim yabancılık unsuru içerip içermediğine göre, millî ve milletlerarası tahkim şeklinde ikiye ayrılmaktadır. Millî tahkim, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 407 ve devamındaki hükümlerinin uygulandığı yabancılık unsuru içermeyen ve tahkim yerinin Türkiye olduğu (HMK m. 407) tahkim türüdür. Milletlerarası tahkim, hukukî uyuşmazlığın yabancılık unsuru içerdiği (MTK m. 2) ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği uyuşmazlıklar olup bu uyuşmazlıklara, Milletlerarası Tahkim Kanunu (MTK)⁴⁵⁰ uygulanacaktır⁴⁵¹. Hakem kararları, millî tahkimse Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 412 ve devamı maddelerine göre; milletlerarası tahkimse, Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun beşinci bölümde düzenlenen 15. madde ve devamı hükümlerine göre icra edilecektir⁴⁵². Ayrıca, nihai hakem kararı, yabancı ülkelerde de 1958 tarihli New York Antlaşması gereğince tanınır ve tenfiz edilebilir⁴⁵³. Tahkim konusunda yasal düzenlemelerin yanında kabul

1064; Pekcanitez, Atalay ve Özekes, Usûl Ders Kitabı, s. 614; Özbek, Tahkim Cilt I, s. 140; Süha Tanrıver, **Medenî Usûl Hukuku Cilt II**, 2. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2022, (Usûl Cilt II), s. 353; Yeşilirmak, Öneri, s. 58; Yeşilirmak, Hakem-Bilirkişilik, s. 702; Sebük, s. 502; Nuray Ekşi, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Tahkim**, 2. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2019, s. 71; Fatih Aydemir, **Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmeleri**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, s. 55.

⁴⁴⁹ Zorunlu tahkim istisnai bir nitelik taşır ve özel kanun hükümlerine dayanır. Bunlara örnek olarak,

“3533 Sayılı Umumi Mülhak ve Hususi Bütçelerle İdare Edilen Daireler ve Belediyelerle Sermayesinin Tamamı Devlete veya Belediye veya Hususi İdarelere Ait Daire ve Müesseseler Arasındaki İhtilafların Tahkim Yoluyla Halli Hakkında Kanun”, Futbol Fededasyon Tahkim Kurulu, belli parasal sınırlar için Tüketici Hakem Heyetleri, 1136 Sayılı Avukatlık Kanu'nun 42. Maddesinin son fıkrasında vekâlet ücretinden kaynaklanan uyuşmazlıklar verilebilir (Kuru, Usûl Cilt VI, s. 5876-5917); Tanrıver, Usûl Cilt II, s. 354-355; Hakan Pekcanitez ve Ali Yeşilirmak, **Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku Cilt III**, 15. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, (Pekcanitez Usûl Cilt III), s. 2613-2616; Özbek, Tahkim Cilt I, s. 204-205; Ekşi, s. 18-33.

⁴⁵⁰ 4886 Sayılı ve 21.6.2001 tarihli Kanun, RG 5.7.2001/24453.

⁴⁵¹ Pekcanitez ve Yeşilirmak, Pekcanitez Usûl Cilt III, s. 2604-2605; Kuru, Usûl Hukuku, s. 661; Kuru, Arslan ve Yılmaz, s. 778; Kuru ve Aydın, Usûl Ders Kitabı, s. 694; Tanrıver, Usûl Cilt II, s. 361-362; Özbek, Tahkim Cilt I, s. 140-141; Engin Nomer, **Devletler Hususî Hukuku**, 23. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2021, s. 588; Cemal Şanlı, **Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları**, 8. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2023, s. 332-333; Gülin Güngör, **Türk Milletlerarası Özel Hukuku**, 2. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2021, s. 337.

⁴⁵² Pekcanitez ve Yeşilirmak, Pekcanitez Usûl Cilt III, s. 2970; Yeşilirmak, Hakem-Bilirkişilik, s. 702-703; Yeşilirmak, Öneri, s. 31.

⁴⁵³ 25 Eylül 1991 Tarih ve 211002 sayılı Resmî Gazete'de yayınlanmıştır. Anayasa'nın 90. Ve 244 Sayılı Kanun hükümleri ile Andlaşma'nın 12. madde hükmü gereğince, Andlaşma onay ve katılma belgesinin Birleşmiş Milletler'e tevdiini takip eden 90. günde, yani 1 Ekim 1992 tarihinde yürürlüğe girmiştir (Yeşilirmak, Hakem-Bilirkişilik, s. 703, dn 46); Yeşilirmak, Öneri, s. 31.

gören çok sayıda uluslararası kurallar (ICC Tahkim Kuralları, UNCİTRAL Tahkim Kuralları gibi) bulunmaktadır⁴⁵⁴.

Hakem-bilirkişilikte, uyuşmazlığın tamamı hakkında tespit yapılmayıp uyuşmazlığa ilişkin bir vakianın, uzman, bağımsız ve tarafsız hakem-bilirkişi veya hakem-bilirkişiler tarafından tespiti bir rapor şeklinde yapılmaktadır. Hakem-bilirkişi haklar ve hukukî ilişkilerin tespitini değil, hukukî uyuşmazlık için önem arz eden vakıayı tespit eder⁴⁵⁵. Hakem-bilirkişi tarafından hazırlanan raporda tespit edilen vakıa bakımından hem taraflar hem de mahkeme bağlıdır⁴⁵⁶. Hakem-bilirkişilikte bir yargılama faaliyeti yoktur. Hakem-bilirkişi, kimin haklı kimin haksız olduğu veya kimin kime ne kadar ödemesi gerektiğine ilişkin yorumlarda bulunamaz. Bu nedenle hakem-bilirkişi, hasarı tespit ettikten sonra, kimin ne kadar hasar nedeniyle tazminat ödeyeceğine karar veremeyecek olup bu karar verme yetkisi mahkeme veya tahkime aittir⁴⁵⁷. Hakem-bilirkişilik bir yargılama faaliyeti olmadığı için hakem-bilirkişiye başvuru dava veya tahkime başvuru gibi, zaman aşımını kesme özelliğine (TBK m. 154) sahip değildir⁴⁵⁸. Geçerli bir tahkim sözleşmesinin varlığına rağmen, dava açılması durumunda, davalı taraf ilk itiraz yoluyla cevap dilekçesinde bu hususu ileri sürerek (HMK m. 116/I-b, HMK m. 117) tahkime tabî uyuşmazlıkların mahkemede çözülmesini usûlden ret kararıyla (HMK m. 413) engelleyebilir. Ancak hakem-bilirkişilik sözleşmesi durumunda, uyuşmazlığın mahkeme veya tahkime gitmesi engellenemez, sadece ilgili vakıa hakkında, bilirkişiye başvurulması engellenir⁴⁵⁹. Hakem-bilirkişilerin hazırladığı rapor, sadece vakıa tespit faaliyeti içerdiğinden, doğrudan icra edilemez. Taraflar bu nedenle hakem-bilirkişi raporunu esas alarak, aralarında, hukukî ilişkiyi esas alan bir sulh sözleşmesi yapabilmeleri⁴⁶⁰ veya hakem-

⁴⁵⁴ Yeşilırmak, Hakem-Bilirkişilik, s. 704; Yeşilırmak, Öneri, s. 33; Özbek, Tahkim Cilt I, s. 172-173.

⁴⁵⁵ Alangoya, Tahkim, s. 4; Kuru, Usûl Cilt VI, s. 5928; Kuru, Usûl Cilt III, s. 2899; Pekcanıtez, Atalay ve Özkes, Usûl Hukuku, s. 1072; Pekcanıtez, Atalay ve Özkes, Usûl Ders Kitabı, s. 619; Ö. Atalay, s. 871; Sebük, s. 503; Yeşilırmak, Hakem-Bilirkişilik, s. 703; Yeşilırmak, Öneri, s. 32; Özbek, Tahkim Cilt I, s. 192.

⁴⁵⁶ Alangoya, Tahkim, s. 5; Kuru, Usûl Cilt III, s. 2899; Ö. Atalay, s. 870; Sebük, s. 504; Özbek, Tahkim Cilt I, s. 192; Mehmet Feridun İzgi, **Türk Hukukunda Tahkim Benzeri Uyuşmazlık Çözüm Yolları**, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul 2023, s. 293.

⁴⁵⁷ Kuru, Usûl Cilt III, s. 2914; Ö. Atalay, s. 871; Sebük, s. 503; Pekcanıtez, Atalay ve Özkes, Usûl Hukuku, s. 1072; Pekcanıtez, Atalay ve Özkes, Usûl Ders Kitabı, s. 619; Pekcanıtez ve Yeşilırmak, Pekcanıtez Usûl Cilt III, s. 2602; Özbek, Tahkim Cilt I, s. 193.

⁴⁵⁸ Kuru, Usûl Cilt III, s. 2909; Kuru, Usûl Cilt VI, s. 5929; Pekcanıtez ve Yeşilırmak, Pekcanıtez Usûl Cilt III, s. 2602; Yeşilırmak, Hakem-Bilirkişilik, s. 704.

⁴⁵⁹ Yeşilırmak, Hakem-Bilirkişilik, s. 704; Yeşilırmak, Öneri, s. 32-33.

⁴⁶⁰ Yeşilırmak, Hakem-Bilirkişilik, s. 703; Yeşilırmak, Öneri, s. 32.

bilirkişi raporunun icra edilebilmesi için mahkeme veya tahkime başvurarak bir eda kararı⁴⁶¹ almaları gerekmektedir⁴⁶². Hakem-bilirkişi raporuna karşı doğrudan temyiz kanun yolu mevcut değildir, taraflar sadece ilk derece mahkemesinde hakem-bilirkişi raporunun adalet ve nesafete aykırı olduğundan hareketle, raporun iptaline ilişkin dava açabilirler⁴⁶³. Hakem-bilirkişi bir yargılama faaliyetinde bulunmadığından, rapor kesin hüküm teşkil etmez ve bu nedenle HUMK m. 445 (HMK m. 374 vd.) yargılamanın iadesi (yargılamanın yenilenmesi) yoluna da başvurulamaz⁴⁶⁴.

⁴⁶¹ “Kesinleşen zarar tespitine ilişkin hakem-bilirkişi raporuna göre ödeme yapılması halinde, bir çekişmenin doğmayacağı tabii olup, ödememe halinde ise eda hükmü içermeyen, bir başka deyişle kesinleşmiş bir yargı kararı olmayan rapora dayanarak, alacağın tahsiline kalkışılmasının mümkün olmadığı kuşkusuzdur. Böyle bir durumda, alacaklının kesinleşmiş hakem-bilirkişi raporunda saptanan miktardaki alacağının tahsilini mümkün hale getirebilmek için bir eda davası açması gerekecektir.” (Yargıtay 11. HD., E. 2000/9633, K. 2000/9263, T. 24.11.2000) (Kazancı İçtihat-Bilgi Bankası E.T. 22.10.2024).

⁴⁶² Kuru, Usûl Cilt III, s. 2916; Ö. Atalay, s. 871; Sebük, s. 503-504; Pekcanıtez ve Yeşilirmak, Pekcanıtez Usûl Cilt III, s. 2602; Özbek, Tahkim Cilt I, s. 193.

⁴⁶³ “Öğretide açıkça kabul edildiği üzere; hakem-bilirkişi raporları, HUMK'nun 516'ncı ve devamı maddelerinde öngörülen hakem kararı niteliğinde olmayıp HUMK'nun 287/2'nci maddesinde belirtilen münhasır delil sözleşmesi hükmündedir. Hakem-bilirkişiler normal bilirkişilerden farklı oldukları gibi hakeimlerden de farklıdırlar. Hakem-bilirkişi raporları normal raporların aksine gerek taraflar ve gerekse de mahkemeyi bağlayıcı niteliktedir (Bkz: Prof. Dr. Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usûlü: 4. baskı 1980 C. II S. 1986 ve devamı). Olayda olduğu gibi sigorta poliçelerinde, hasarın seçilecek olan hakem-bilirkişiler tarafından tesbit edileceği ve tesbitin tarafları bağlayacağı kararlaştırılmaktadır. Bu da yukarıda belirtildiği üzere bir tahkim şartı olmayıp, sadece delil sözleşmesi niteliğindedir. Hakem-bilirkişilerin verecekleri raporları bir hakem kararı olmadığından temyiz de edilemez. Ancak hakem-bilirkişi raporlarının mahkemeyi bağlaması için hakem-bilirkişi sözleşmesinin gerek şekil gerek içerik bakımından geçerli bulunması, bu kişilerin usûlüne uygun şekilde seçilmesi ve yetkileri dahilinde rapor düzenlemiş olmaları gerekir. Mahkeme bu şartların varlığını re'sen araştırır, rapor usûlüne uygun değilse mahkeme için bağlayıcı değildir. Bunun yanında taraflardan biri, hakem bilirkişi raporunun adalet ve nesafete (poliçe md. 18/g'ye göre, kararın aşikâr olarak hakiki durumdan önemli şekilde farklılığına) açıkça aykırı olduğu gerekçesiyle bu raporun iptali için mahkemede dava açabilirler (age S. 1987). - Bu açıklamaların ışığı altında; mahkemenin hakem-bilirkişi raporunu bir hakem kararına gibi yorumlayarak, bu raporun denetiminin de Yargıtay görevinden bulunduğu yolundaki gerekçesinin yanlış olduğu ortaya çıkmaktadır. Burada görev Yargıtay'a ait olmayıp mahkemenindir. - Bu nedenle işin esasına gidilerek, yangın poliçesi genel şartlarının 18 ve HUMK'nun 287/f-2 maddesi uyarınca gerekli inceleme yapıp hasıl olacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken, mahkemece yazılı olduğu şekilde, davaya bakmanın mahkemenin görevine girmediğine dair verilen karar bozmayı gerektirmiştir” (Yargıtay 11. HD. E. 8198/1987, K. 1373/1987, T. 10.3.1987) (Kuru, Usûl Cilt III, s. 2920, dn. 91c).

⁴⁶⁴ “Davacı sigorta şirketi yargılamanın iadesine karar verilmesini istemiş ve mahkemece hakem-bilirkişi raporunun bir mahkeme kararı olmadığı belirtilerek istemin reddine karar verilmiştir. Gerçekten hakem-bilirkişi raporları mahkeme kararı niteliğinde değildir. Yerel mahkemenin bu konudaki görüşü doğrudur. Ancak, davacı sigorta şirketi rizikonun sigorta poliçesinin düzenlenmesinden önce meydana geldiğini ve bu nedenle ödemelerin durdurulduğunu öne sürmüştür. Poliçe genel şartlarının hükümlerine göre sigorta teminatı içinde kalan zararlar için hakem-bilirkişi tayin edilebilir. Davacı sigorta, oluşan zararın sigorta tazminatının dışında kaldığını ileri sürmesine göre bu uyuşmazlıkta zararın tespiti hakem-bilirkişilere değil mahkemece tayin edilen bilirkişiler aracılığıyla yargılama aşamasında saptanır. Açıklanan bu duruma göre zararın sigorta teminatının dışında kaldığı öne sürülmesi nedeniyle taraflar arasındaki

Hakem-bilirkişilik sözleşmesi de hem millî hem de milletlerarası sözleşmelere konu olabilir; ancak 1958 tarihli New York Andlaşmasının, hakem-bilirkişi raporlarına uygulanamamasından dolayı uluslararası sözleşmeler bakımından icra edilememesi sebebiyle, milletlerarası tahkime göre, daha az tercih edilmektedir⁴⁶⁵. Ayrıca, yabancı hakem kararları da karşılıklılık (mütekabiliyet) şartı (MÖHUK m. 54/I/a) olmadığı için karar tenfiz edilemezse (ve tanınamaz ise), Türk mahkemelerinde açılan davada, yabancı hakem kararını vermiş olan hakem kararı, hakem-bilirkişi raporu sayılamaz. Ayrıca verilen yabancı hakem kararı da tahvil nazariyesi yorumuyla, hakem-bilirkişi raporu olarak kabul edilemez. Ancak verilen hakem kararının, davada delil olarak değerlendirilmesinde, kanunî bir engel yoktur⁴⁶⁶.

*uyuşmazlığın çözümünde dava konusu yapılan hakem-bilirkişi raporunun herhangi bir değeri yoktur ve dolayısıyla infazı da olanaksızdır. Bu itibarla, davacı sigorta şirketinin yargılamanın iadesine ilişkin istemin reddi sonucu itibarıyla doğru olmakla yerel mahkeme kararının bu gerekçelerle onanması gerekmiştir.” (Yargıtay 11. HD., E. 1992/1195, K. 1993/2299 K., T. 8.4.1993) (Işıl Ulaş, **Uygulamalı Sigorta Hukuku Mal ve Sorumluluk Sigortaları**, 2. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 1998, (Uygulamalı Sigorta), s. 133).*

⁴⁶⁵ Kendall, Freedman ve Farrell, s. 72; Borowsky, Schiedsgutachten, s. 61-63.

⁴⁶⁶ “Dava, (7.000) ton ay çiçeği küspesi satışıyla ilgili akdin yerine getirilmemesinden dolayı uğranılan 437.500 dolar ve sterlin zarar karşılığı 6.072.258 liranın tahsili istemine ilişkindir. - Davanın, yabancı hakem kararının şekil hukuku yönünden infazım sağlamak amacı ile açılmış bir (tenfiz davası) olmadığı hususunda, taraflar arasında bir uyuşmazlık bulunmamaktadır. - Uyuşmazlık, sözleşmede yer alan (tahkim şartına) dayalı olarak Londra’da oluşturulan hakem kurulu önünde taraflar huzuruyla görülen davada verilen ve temyizden de geçmek suretiyle kesinleşen hakem kararının Türkiye’de yerine getirilmesinin olanaksız bulunması nedeniyle, sözleşmedeki tahkim şartının HUMK’nun 287/2. maddesindeki (delil sözleşmesi) ve hakem kararının da (hakem-bilirkişi kararı) olarak kabul edilip edilemeyeceği noktasında toplanmaktadır. - HUMK’nda yabancı hakem kararlarının Türkiye’de nasıl yerine getirileceğini düzenleyen hükümler bulunmamaktadır. Ancak, hakem kararın, uyuşmazlığı çözen kazai bir tasarruf olduğundan, yabancı mahkeme kararları gibi HUMK’nun 537 ve onu izleyen maddelerindeki hükümlere (şimdi; MÖHUK m. 43-45 hükümlerine) göre, yerine getirilmek gerekir. Hakem kararlarının bu niteliğine karşı, HUMK’nun 287/2. maddesindeki delil sözleşmesi bir uyuşmazlıkta belli bir hususun ne gibi bir delil ile ispatlanacağını taraflarca yazılı olarak saptanması şeklinde bir sözleşmedir. - Bu itibarla; hakemler hâkimler gibi taraflar arasındaki uyuşmazlığı inceleyerek çözüp karara bağlamak suretiyle kazai tasarrufta bulunduklarından, uyuşmazlığın hakemler tarafından çözülmesini amaçlayan (tahkim sözleşmesi) veya sözleşmedeki (tahkim şartının), davacının kanuni ikametgahının bulunduğu İsviçre ve hakemlerin kanunları otoritesine tabi olarak karar verdikleri İngiltere ile Türkiye arasında, (ilamların karşılıklılık infazı) konusunda sözleşme veya bir anlaşma bulunmaması nedeniyle, davada dayanılan hakem kurulu kararının Türkiye’de infazının HUMK’nun 540/1. maddesi (şimdi; MÖHUK m. 44 son fıkra, m. 38a) hükmü gereğince olanaksız olduğundan söz edilerek bu hakem kararının ve dayanağı olan sözleşmedeki tahkim şartının aynı Kanunun 287/2. maddesindeki (delil sözleşmesi) olarak kabulü olanaksızdır. Böyle bir kabul, (hukuki işlemlerin geçerli olabilecekleri biçimde yorumlanması) şeklinde tanımlanabilecek çevirme teorisi (tahvil nazariyesi) ile de olanak içine giremez. Çünkü, sözleşmedeki tahkim şartı ve buna dayalı hakem karar ile delil sözleşmesinin yukarıda açıklanan nitelikleri böyle bir yoruma elvermediği gibi, tahkim şartı geçersiz değildir ki, sözleşmedeki bu şartın geçerli olabilecek şekilde yani (delil sözleşmesi) olarak yorumlanması söz konusu olsun. Esasen davada söz konusu olan, tahkim şartının geçersizliği değil, bu şart gereğince oluşturulan yabancı hakem kurulu kararının, Türkiye’de yerine getirme olanağının bulunmaması keyfîyettir. Yabancı hakem kararının

B. Sigorta Tahkim ve Hakem- Bilirkişilik

5684 sayılı Sigortacılık Kanunu'nun⁴⁶⁷ sekizinci bölümünün 30. maddesinde sigortacılıkta tahkim düzenlenmiş ve Türkiye Sigorta, Reasürans ve Emeklilik Şirketleri Birliği bünyesinde, Sigorta Tahkim Komisyonu⁴⁶⁸ oluşturulmuştur. Ayrıca Sigorta Tahkim ve Komisyonu'nun oluşumu ve görevleri, Sigortacılıkta Tahkime İlişkin Yönetmelik⁴⁶⁹ ile ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Sigorta ettiren veya sigorta sözleşmesinde menfaat sağlayan kişiler ile riski üstlenen taraf arasında sigorta sözleşmesinden veya Hesaptan faydalanacak kişiler ile Hesap arasında doğan uyuşmazlıklar, Sigorta Tahkim Komisyonu tarafından belirlenen hakem veya hakem heyeti tarafından çözümlenecektir (Sigortacılık Kanunu m. 30/I)⁴⁷⁰. Sigorta tahkime başvuru için sigortacılık yapan kuruluşlardan, sigorta tahkim sistemine üye olmak isteyenler, durumu yazılı olarak komisyona bildirmek zorundadır. Ancak sigorta tahkim sistemine üye olan kuruluşlarla, uyuşmazlığa düşen karşı taraf uyuşmazlık

Türkiye'de yerine getirilmesinin olanaksızlığı ile sözleşmedeki tahkim şartının geçersizliğinin birbirinden tamamen ayrı, başka şeyler olduğu ise, açıklama yapmayı gerektirmeyecek şekilde açıktır. - Bu bakımdan, çevirme teorisinin (tahvil nazariyesinin) davada uygulama olanağı bulunmamaktadır. - Hakem tıpkı hâkim gibi olguları, kanun veya tarafların kararlaştırdıkları kurallar çerçevesinde inceleyerek bir hüküm vermekle yükümlü olan kimse olduğu halde, (hakem-bilirkişi bir hukuki meselenin çözümü kendisine bağlı olduğu bir olguyu tayin ve saptamakla görevli ve bu nedenle de sınırlı yetkili bir kimsedir. - Hakemin, uyuşmazlığı çözen bir hüküm vermesine karşılık, hakem-bilirkişiler oluşan bir zararın miktarını, bir şeyin kıymetini kendi uzmanlıklarına dayanarak tayin ve saptarlar, (haklar) ve (hukuki ilişkiler) üzerinde hüküm veremezler. Bu itibarla, hakem kararının hakem-bilirkişi karar şeklinde yorumlanması da olanaksızdır. - Yukardan beri açıklanan durum karşısında sözleşmedeki (tahkim şartı) ve buna dayalı yabancı hakem kurulu kararının HUMK'nun 287/2. maddesindeki (delil sözleşmesi) veya (hakem bilirkişi) kararı olarak kabulü olanaksız bulunduğundan, yalnızca yabancı hakem kurulu kararına dayanılarak ve bununla yetinilerek, HUMK'nun 540/1 maddesi (şimdi: MÖHUK m. 44 son fıkra m. 38a) hükmü gereğince, Türkiye'de yerine getirilmesi olanaksız bulunan hakem kararının yerine getirilmesine müncer olacak şekilde hüküm tesisi usûl ve kanuna aykırı olur. Ancak, hakem kararının, bu davada delil olarak göz önünde bulundurulmasına da kanuni bir engel bulunmamaktadır.” (Yargıtay 11 HD. E. 5258/1978, K. 5916/1948, T. 28.12.1978) (Kuru, Usûl Cilt III, s. 2905-2906, dn. 55).

⁴⁶⁷ RG, 14.6.2007, S. 26552.

⁴⁶⁸ Sigorta tahkim komisyonu, bir Müsteşarlık temsilcisi, iki Birlik temsilcisi, bir tüketici derneği temsilcisi ile Müsteşarlıkça belirlenecek bir akademisyen hukukçu temsilcilerinin katılımı ile oluşur (Sigortacılık Kanunu madde 30/II).

⁴⁶⁹ RG, 17.8.2007, S. 26616.

⁴⁷⁰ Ekşi, s. 42; Fatma Dilek Kabukçuoğlu Özer, **Sigortacılık Kanunu Şerhi**, XII Levha Yayınevi, İstanbul 2012, s. 333-354; Mertol Can, **Türk Özel Sigorta Hukuku (Ders Kitabı) Cilt I**, Adalet Yayınevi, Ankara 2018, s. 4; Serdal Kale ve Müjgan Tunç Yücel, “Sigortacılık Kanununda Tahkim”, **Hâluk Konuralp Anısına Armağan**, Cilt I, Yetkin Yayınları, Ankara 2009, s. 461; Vural Seven, “Sigorta Şirketleriyle Yaşanan Uyuşmazlıklarda Alternatif Bir Çözüm Yöntemi: Sigorta Tahkim Komisyonu”, **Franchiese Market Türkiye**, S. 5, Ekim 2018, (Sigorta Tahkim), s. 30; Özbek, Alternatif Uyuşmazlık, s. 1227; Vildan Nuran Batar, **Sigorta Tahkimde İspat Sorunları**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir 2022, s. 21.

konusu sözleşmede özel bir hüküm olmasa dâhi, tahkim usûlünden faydalanabilecektir. Ayrıca, ilgili mevzuat ile zorunlu sigortalardan kaynaklanan bu fıkra kapsamındaki uyuşmazlıklar için ilgili kuruluşun sigorta tahkim sistemine üye olmasa dâhi, hak sahiplerinin bu bölüm hükümlerine göre, tahkim usûlünden faydalanabilecektir (Sigortacılık Kanunu m. 30/I). Bu nedenle sigorta tahkim için sigortacı ile sigorta ettiren arasında, genel tahkimden farklı olarak, ayrıca yazılı bir tahkim sözleşmesinin (HMK m. 412) yapılması gerekli değildir⁴⁷¹.

Sigortacılık Kanunu'nun 30. maddesinin 13. fıkrasına göre, sigorta tahkim komisyonuna gidilebilmesi için, sigortacılık yapan kuruluşla uyuşmazlığa düşen kişinin, uyuşmazlığa konu teşkil eden olay ile ilgili olarak sigortacılık yapan kuruluşa gerekli başvuruları yapmış ve talebinin kısmen ya da tamamen olumsuz sonuçlandığını belgelemesi gerekir. Sigortacılık yapan kuruluşun, başvuru tarihinden itibaren on beş iş günü içinde yazılı olarak cevap vermemesi de komisyona başvuru için yeterli olduğu düzenlenmiştir. Bu düzenlemeden dolayı sigorta ettirenin, sigorta tahkim komisyonuna başvuruda bulunabilmesi için sigorta kuruluşuna gerekli başvuruların yapılması ve yapılan başvuruların olumsuz sonuçlanması gerekmektedir⁴⁷².

Sigorta ettiren veya sigorta sözleşmesinden menfaat sağlayan kişi mutlaka sigorta tahkime başvurmak zorunda değildir. Bu nedenle sigorta tahkimini zorunlu tahkim olarak nitelendiremeyiz. Sigorta ettiren veya sigorta sözleşmesinden menfaat sağlayan kişi, mahkemede de dava açabilir. Bu durumda, sigortacı tahkim ilk itirazında bulunamayacaktır. Sigorta şirketiyle uyuşmazlık yaşayan sigorta ettiren kişi arzu ettiği takdirde, genel tahkim yoluna da başvurabilir⁴⁷³.

⁴⁷¹ Ekşi, s. 44; Kabukçuoğlu Özer, s. 497; Kale ve Tunç Yücel, s. 464; Özbek, Alternatif Uyuşmazlık, s. 1227; Seven, Sigorta Tahkim, s. 30; Batar, s. 21.

⁴⁷² Bu şartlara ilişkin benzer düzenlemeler, 6704 sayılı 65 Yaşını Doldurmuş Muhtaç, Gücsüz ve Kimsesiz Türk Vatandaşlarına Aylık Bağlanması Hakkında Kanun'un 5. maddesiyle 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 97. maddesinde değişiklik yapılarak zarar görenin, dava açmadan önce ilgili sigorta kuruluşuna başvurma zorunluluğu getirilmiştir. Doktrinde Sigortacılık Kanunu'nun 30. maddesinin 18. fıkrası ve Karayolları Trafik Kanunu'nun 97. maddesi, hükümlerinde belirtilen şartlar özel dava şartı ve bu şartları sağlamadan, diğer bir ifadeyle sigortacıyla uyuşmazlığa düşmeden yapılan başvurularda, başvuranın hukukî yararından bahsedilemeyeceği ifade edilmektedir. Bu şekilde hak sahiplerinin, sigortacıya başvurmadan ve sigortacıya başvursa dâhi kanunda belirtilen şartları sağlamadan açtığı yargılamalar, özel dava şartı yokluğundan usûlden reddedilmesi gerekir. Nitekim bunun nedeni açılan davalarda ve Sigorta Tahkim Komisyonu'na yapılacak başvurularda, hak sahiplerinin haklarını elde etmeleri imkân dahilinde olduğu hâlde yargı yollarına başvurulmalıdır. (Vural Seven, "Mahkemeye- Tahkime Başvurmadan Önce Sigorta Şirketine Başvuru Zorunluluğu", **İzmir Barosu Dergisi**, Mayıs 2018, (Başvuru Zorunluluğu), s. 123-125).

⁴⁷³ Ekşi, s. 44.

Mahkemeye ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun hükümleri uyarınca, Tüketici Sorunları Hakem Heyetine intikal etmiş uyuşmazlıklarla ilgili olarak, artık sigorta tahkime başvuru yapılamaz (Sigortacılık Kanunu m. 30/XIV). Zorunlu arabuluculuk bakımından Sigortacılık Kanunu'nda düzenleme olmasa dâhi, dava şartı arabuluculuğu düzenleyen, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 18/A maddesinin 18. fıkrasında bu konuda düzenleme vardır. Hükme göre, “Özel Kanunlarda tahkim veya başka alternatif uyuşmazlık çözüm yoluna başvurma zorunluluğunun olduğu veya tahkim sözleşmesinin bulunduğu hâllerde, dava şartı arabuluculuğa ilişkin hükümler uygulanmaz”, şeklindeki ifadeden, sigorta tahkime konu uyuşmazlıkların niteliği ne olursa olsun, dava şartı arabuluculuğa tâbi olmadığı ifade edilmektedir⁴⁷⁴.

Doktrinde sigorta tahkimin hukukî niteliğinin, zorunlu veya ihtiyarî tahkim olmadığı ifade edilmektedir. Çünkü sigorta tahkimde uyuşmazlığın çözümünün tahkimde görülebilmesi için her iki tarafın rızasına bırakılmamış, sadece taraflardan birinin rızası yeterli kabul edilmiş ve ayrıca taraflar hakemleri kendisi seçmemekte, komisyon tarafından hakem veya hakem heyeti seçilmektedir. Bu nedenle doktrinde, sigorta tahkimin, kendine özgü münhasır bir yapısının olduğu ifade edilmektedir⁴⁷⁵. Nitekim Sigortacılık Kanunu'nun 30. maddesinin gerekçesinde de sigortacılık alanında ihtisas mahkemelerinin olmaması, yargı sürecinin zaman alması ve masraflı olması, sigorta ettirenin mağduriyetine neden olmakta ve zararın telafisi uzun zaman aldığından sigortanın var olma amacına aykırılık teşkil ettiği belirtilmektedir. Bu nedenle uluslararası uygulamalarda var olan “Ombudsman Sistemi”nin işleyişinin esas alındığı, ülkemizdeki hukuk sistemi ile paralellik sağlanmasını teminen, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nda (Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda) yer alan tahkim sisteminin temel esas ve usûlleri çerçevesinde sistemin şekillendirildiği ifade edilmiştir⁴⁷⁶. Sigorta tahkim sistemi, mahkemelerin iş yükünü azaltması, uyuşmazlık taraflarını daha az maliyetle ve daha kısa sürede çözüme kavuşturması uyuşmazlığa

⁴⁷⁴ Batar, s. 31.

⁴⁷⁵ Ekşi, s. 44-45; Sigortacılık Kanunu ile oluşturulan Tahkim Sisteminde hem uluslararası ombudsman uygulamalarından hem de mülga Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nda yer alan tahkim sisteminden izler bulmak mümkündür (Kabukçuoğlu Özer, s. 495); Batar, s. 23; İzgi, s. 434; Özbek, Alternatif Uyuşmazlık, s. 1228.

⁴⁷⁶ Kabukçuoğlu Özer, s. 49; Seven, Sigorta Tahkim, s. 30; Özbek, Alternatif Uyuşmazlık, s. 1226-1227.

ilişkin alanında uzman hakemlerce çözülmesi gibi avantajlara sahiptir. Ancak sigorta hakemleri açısından, tanığın ve belgenin zorla getirilememesi, yabancı mahkemelerin istinabe edilememesi, resmî makamlardan belge talep edilememesi gibi yetkilerinin olmaması bu sistemin dezavantajlarını oluşturmaktadır⁴⁷⁷.

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na göre, tahkime ilişkin hükümler, yabancılık unsuru içermeyen ve tahkim yerini Türkiye olarak belirlediği uyuşmazlıklar bakımından uygulama alanı bulurken, 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu yabancı unsurlu tahkim uyuşmazlıklarında uygulanmaktadır. Ancak Sigortacılık Kanunu'nda düzenlenen tahkim sistemine göre, yabancılık unsuru içersin veya içermesin, sigorta sözleşmesinden kaynaklanan tüm uyuşmazlıklar için tahkime gidilebilir⁴⁷⁸. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 415. maddesine göre, taraflar tek sayı olmak şartıyla hakem sayısını belirlemekte serbesttir. Ancak Sigortacılık Kanunu'nda, hakemleri taraflar kendileri seçmezler, hakem atama konusunda tek yetkili Sigorta Tahkim Komisyonu olup uyuşmazlık konusu miktarına göre, tek hakem veya en az üç kişilik hakem heyeti atanır. Ayrıca Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndan farklı olarak, Sigortacılık Kanunu ile her ne kadar taraflar kendileri hakem seçmese de hakemlerde belirli nitelikler aranmıştır⁴⁷⁹. Hakemlerin reddi gibi durumlar bakımından, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun reddini öngören düzenlemeler kıyasen uygulanacaktır, ancak sigorta hakeminin reddinde son aşamada mahkeme karar verilemeyecek olup bu konuda Sigorta Tahkim Komisyonu'nun kararı kesindir⁴⁸⁰.

Sigorta Tahkim Komisyonu'nca sigorta hukukuna ilişkin uyuşmazlığa göre atanan hakem, incelemesini sadece kendisine verilen evrak üzerinden yapar ve bu inceleme sonucunda kararını verir (Sigortacılık Kanunu m. 30/XV). Sigorta tahkimde hakem, çözümü hukuk dışında özel ve teknik bilgiyi gerektiren hâllerde, taraflardan birinin talebi üzerine yahut kendiliğinden bilirkişiden oy ve görüş alınmasına karar verebilir (Sigortacılıkta Tahkime İlişkin Yönetmelik m. 16/XII). Ancak Sigortacılık Kanunu ve yönetmeliğinde, hakemin keşif, tanık delilleri ve duruşma yapısı yapmayacağı yönünden bir düzenleme yoktur. Doktrinde, yargılamada hızlılığın sağlanması adına, ombudsmanlık sisteminin örnek alınmasıyla kurulan bu sistemde,

⁴⁷⁷ Batar, s. 22-23.

⁴⁷⁸ Kabukçuoğlu Özer, s. 496-497.

⁴⁷⁹ Hakemler, en az dört yıllık yüksek okul mezunu ve sigorta hukukunda en az beş yıl veya sigortacılıkta en az on yıl deneyimi bulunması gerekir (Sigortacılık Kanunu m. 30/VIII).

⁴⁸⁰ Kabukçuoğlu Özer, s. 499; Ekşi, s. 43.

duruşma ya da keşif yapılması veya tanık dinletilmesinin sigortacılık tahkim sistemine uygun olmadığı ifade edilmektedir⁴⁸¹. Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda hakemlerin karar verme süresi bir yıl iken (HMK m. 427), sigorta tahkimde hakemlerin karar verme süresi, dört ay olarak düzenlenmiş olup taraflar anlaşarak dört aylık süreyi uzatabilirler. Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 439. maddesine göre, hakem kararlarına karşı tarafların sadece iptal davası açabileceği düzenlenmiştir. Ancak Sigortacılık Kanunu’nda tahkime ilişkin belli miktarı geçen miktarlar bakımından, hakem kararı açısından iptal yolu değil, doğrudan kanun yolu düzenlenmiştir. Yargıtay İçtihatları Birleştirme Hukuk Genel Kurulu Kararı’nda da temyiz kanun yolu⁴⁸² olduğuna karar verilmiştir (Sigortacılık Kanunu m. 30/XII)⁴⁸³. Kesinleşen sigorta hakem kararı, İcra ve İflâs Kanunu’nun 24. maddesi ve devamı hükümlerine göre, ilâmlı icraya konulabilir⁴⁸⁴.

Sigorta Tahkimi, yukarıda ifade ettiğimiz üzere birçok yönden genel tahkim yargılamalarından farklılık arz etmektedir. Nitekim Sigortacılık Kanunu’nun 30. maddesinin gerekçesinde de ifade edildiği gibi, uluslararası uygulamalarda var olan “Ombudsman Sistemi”nin işleyişi esas alınarak oluşturulmuştur. Ancak Sigorta Tahkim sisteminde de hakem, uyuşmazlığın tamamını esas alan haklar, sigorta sözleşmesinin geçerli olup olmadığı ve hukukî uyuşmazlık hakkında hukukî sonucu içeren bir karar vermektedir. Bu nedenle tahkim ve hakem-bilirkişilik arasındaki farklılıklar, sigorta tahkimi açısından da geçerlidir. Diğer yandan, tarafların her ikisinin yazılı tahkim sözleşmesi yaparak iradelerine gerek duyulmaması ve hakemleri kendilerinin seçmemeleri genel tahkim ve hakem-bilirkişilik açısından önemli bir farklılığı oluşturmaktadır. Ayrıca Sigorta Tahkim sisteminde de adil yargılanma hakkının unsuru olarak taraflara hukukî dinlenilme hakkının sağlanması anlamında, duruşma yapılmaması, tanıkların zorunlu olarak getirilememesi gibi özellikler genel tahkimden ayırıcı özelliklerdir. Aynı şekilde hakem-bilirkişilik kurumu açısından da tanıkların ve belgelerin zorla yerine getirilmesinin sağlanması şeklinde ve hakem-bilirkişinin taraflara hukukî dinlenilme hakkını sağlamasına ilişkin düzenleme yoktur.

⁴⁸¹ Batar, s. 101.

⁴⁸² Yargıtay İBHGK, E. 2019/4, K. 2020/1, T. 19.6.2020 (RG, 11.11.2020, S. 31301) (E.T. 03.10.2024).

⁴⁸³ Ekşi, s. 48; Kabukçuoğlu Özer, s. 499-500; Kale ve Tunç Yücel, s. 473; Batar, s. 54; Özbek, Alternatif Uyuşmazlık, s. 1232.

⁴⁸⁴ Kale ve Tunç Yücel, s. 476.

Sigorta tahkim⁴⁸⁵ hukukumuzda zorunlu olarak başvurulacak bir tahkim sistemi olmadığından, taraflar ister sigorta tahkime isterse de sigorta poliçelerinde hakem-bilirkişilik kaydı veya rizikodan sonra hakem-bilirkişilik sözleşmesi kurmak şartıyla hakem-bilirkişilik kurumuna başvurabilirler. Hakem-bilirkişi hukukî konularda tespitte bulunamayacağından, taraflar hakem-bilirkişi raporuna dayanarak, sigorta tahkime de başvurmaları mümkündür. Nitekim taraflar arasında bir hakem-bilirkişilik sözleşmesi varsa dava açılmadan ya da sigorta tahkime başvurulmadan önce hakem-bilirkişiye başvurulmasının daha doğru olduğu ifade edilmektedir. Çünkü hakem-bilirkişilik sözleşmesine göre hazırlanan tarafları ve mahkemeyi bağlayıcı hakem-bilirkişi raporu esas alınarak, sigortacının hasar bedelini ödemesi sonucunda tarafların dava veya tahkimde dava açmalarına gerek kalmaması sonucunu doğurabilir⁴⁸⁶. Ancak uygulamada tarafların bunu tercih etmedikleri görülmektedir. Çünkü sigorta şirketleri pek çok uyuşmazlık bakımından, haklı veya haksız olarak, sigorta uyuşmazlığını esas alan hukukî sorun şeklinde rizikonun teminat kapsamı dışında kaldığını iddia etmeleri mümkündür. Ancak hakem-bilirkişinin hukukî konularda tespitte bulunma yetkisi yoktur. Ayrıca, hakem-bilirkişi raporunun tarafları ve mahkemeyi bağlayıcı özelliği sayesinde, tarafların rapora karşı itiraz imkânının bulunmaması da tarafların hakem-bilirkişi raporundan sonra sigorta tahkime⁴⁸⁷ başvurmamasında büyük etkidir⁴⁸⁸.

⁴⁸⁵ Sigorta tahkim hukukunda, sürekli sakatlıktan doğan tazminat talepleri bakımından, başvuru şartı olarak düzenlenen, sağlık kurulu raporu, hakem-bilirkişilik sözleşmesi gibi tarafların karşılıklı iradelerine dayanmayıp, kanundan doğan zorunluluk sebebiyle alınan bir belge olduğundan (Karayolları Trafik Kanunu m. 99), bir hakem-bilirkişi raporu niteliğinde değildir. Ancak, eğitim ve araştırma hastanelerinin adli tıp ana bilim dallarından alınan sağlık kurulu raporu bakımından her iki taraf bu raporun bağlayıcı olduğunu kararlaştırmaları durumunda, bu raporun hakem-bilirkişi raporu şeklinde nitelendirebiliriz. Ancak bu konuda taraflar arasında raporun bağlayıcılığı konusunda anlaşma sağlanamadığı durumda, artık bu raporun hukukî niteliği bir uzman görüşü niteliğindedir (Batar, s. 159-160).

⁴⁸⁶ Kuru, Usûl Cilt III, s. 2909; Batar, s. 127.

⁴⁸⁷ Ancak taraflar arasında akdedilmiş, bir hakem-bilirkişilik sözleşmesi bulunmasına rağmen, henüz hakem-bilirkişiye başvurulmamış ya da henüz rapor tanzim edilmemişse sigorta tahkim yargılaması sırasında da bu eksiklikler giderilecek ve hakem-bilirkişi raporu doğrultusunda karar verilecektir (Batar, s. 130). Ancak bu konuda, sigorta hakemlerinin kararlarının yer aldığı, Sigorta Hakem Karar Dergisi'nde hakem-bilirkişilik hakkında hiçbir kararın yer almadığını, bu nedenle sigorta hakemlerinin dört ay gibi kısa sürede karar verme zorunluluklarının da göz önüne alındığında, tarafların hakem-bilirkişileri seçmesine izin verilmeden, doğrudan sigorta hakemlerinin karar verdiğini ifade edebiliriz.

⁴⁸⁸ Batar, s. 129-130.

C. Bilirkişilik ve Hakem-Bilirkişilik

Bilirkişi, mahkemenin çözümü hukuk dışında, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hâllerde (HMK m. 266), yargılama esnasında, mahkemece bilgi ve tecrübesine başvurulmuş ve doktrinde hâkim yardımcısı olarak nitelendirilen, tarafsız ve bağımsız kişidir⁴⁸⁹. Aynı şekilde, hakem-bilirkişi de tarafsız ve bağımsız olarak, kendisinden teknik ve özel bilgi gerektiren bir konuda bir tarafların talebi üzerine, vakıa hakkında tespitte bulunmaktadır. Bu bakımdan her ikisinin uzman, tarafsız ve bağımsız olarak rapor hazırlaması ortak özellikleridir. Ayrıca hem hakem-bilirkişi hem de bilirkişi sadece vakıa konularında rapor yazabilmesi mümkündür. Nitekim bilirkişi açısından hukukî konularda görüş bildirememesi yasağı bulunmaktadır (HMK m. 266/I, 279/IV). Diğer yandan, hakem-bilirkişi raporu tarafları ve mahkemeyi bağlayıcı etkisi gösterirken; bilirkişi raporu takdirî delil olarak mahkemeyi bağlamaz ve mahkeme bilirkişi raporunu serbestçe takdir eder (HMK m. 282)⁴⁹⁰.

Hakem-bilirkişi, tarafların aralarındaki sözleşmeye dayanarak görevlendirilir. Bu nedenle hakem-bilirkişi, vakıa tespitini yaparken, nasıl bir yöntem izleyeceği hakkında tarafların aralarındaki sözleşmeyle bağlıdır. Sözleşmede bu konuda hüküm olmadığı durumda, vakıa tespitini yaparken hangi yöntemi kullanacağı konusunda serbesttir. Diğer bir ifadeyle Hukuk Muhakemeleri Kanunu hükümleriyle doğrudan bir bağlılığı yoktur. Ancak bilirkişilerle taraf arasında sözleşmeye dayalı bir ilişki olmayıp doğrudan yargısal kamu hukuku ilişkisi vardır. Bilirkişi, taraflardan birinin talebi üzerine veya re'sen mahkemece atanmakta olup bilirkişi Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun bilirkişi hakkındaki hükümlerine (HMK m. 266-281) uyarak raporunu hazırlamak zorundadır⁴⁹¹.

⁴⁸⁹ Süha Tanrıver, **Medenî Yargıda Bilirkişilik**, Yetkin Yayınları, Ankara 2016, (Bilirkişilik), s. 26; Bilirkişi raporu, hâkime geçmişe götürme yönünde ayna olma vazifesini taşımadığından dolayı bir delil olmayıp, delillerle konulan gerçekleri hâkimin algılamasına yardımcı olan araçtır. Bu nedenle, bilirkişi delil değil, hâkimin yardımcısıdır (Özekes, Bilirkişi, s. 59); Toraman, s. 78; Pekcanitez, Atalay ve Özekes, Usûl Ders Kitabı, s. 424; Pekcanitez, Atalay ve Özekes, Usûl Hukuku, s. 779-780.

⁴⁹⁰ Tanrıver, Bilirkişilik, s. 31; Toraman, s. 104; Yeşilırmak, Hakem-Bilirkişilik, s. 706; Yeşilırmak, Öneri, s. 34; Demirel, s. 32.

⁴⁹¹ Tanrıver, Bilirkişilik, s. 30-31; Toraman, s. 104-105; Yeşilırmak, Hakem-Bilirkişilik, s. 706; Yeşilırmak, Öneri, s. 35; Demirel, s. 32.

Bilirkişilik, sadece mahkemenin çözümü teknik ve özel bilgi gerektiren bir konuda⁴⁹², hâkimin dava aşamasında başvuracağı bir delilken; hakem-bilirkişilik dava öncesi ve dava aşamasında başvuru alternatif uyuşmazlık çözüm yoludur⁴⁹³. Bilirkişilik görevi bir kamu görevi olduğu (HMK m. 284) için göreve başlamadan önce yemin etme (HMK m. 271), belirli meslek grupları açısından, bu görevi kabul etme zorunluluğu (HMK m. 270) ve bilirkişinin reddi (HMK m. 272) doğrudan kanunen düzenlenmiştir. Hakem-bilirkişi kendisine verilen görevi kabul edip etmeme hususunda serbestiye sahiptir⁴⁹⁴. Bilirkişi hukukî statüsü sebebiyle bir kamu görevlisi (HMK m. 284) olduğu için hem hukukî (HMK m. 285) hem de cezaî sorumlulukları (TCK 276) özel kanun hükümleriyle düzenlenmiştir. Hakem- bilirkişiler, bir kamu görevlisi olmadığı için yapmış olduğu faaliyetleri nedeniyle işleyecekleri hukuka aykırı fiiller hakkında, özel bir ceza hükmü yoktur⁴⁹⁵.

D. Hakem Dispeççi ve Hakem-Bilirkişilik

Hakem-dispeççi⁴⁹⁶ veya dispeç⁴⁹⁷ kurumu, hakem-bilirkişilik kurumundan farklı bir kurumdur. Deniz ticaret hukukunda karşımıza çıkan dispeç, müşterek avarya sayılan zarar ve masrafların gemi, yük ve navlun arasında paylaşırma işlemidir. Bu paylaşım ile ilişkin hesapların gösterildiği belgeye “dispeç raporu” (TTK m. 1284) denir. Dispeç, ilgililerin oy birliği ile atayacakları bir veya birden fazla dispeççi tarafından yapılır; ilgililer arasında oy birliği sağlanamazsa, dispeççi veya dispeççileri, dispecin yapıldığı yer mahkemesi atar (TTK m. 1280/I)⁴⁹⁸. Dispeç raporuyla tespit edilen

⁴⁹² Hâkimlik mesleğinin gerektirdiği hukukî bilgiyle çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişiye başvurulamaz (HMK m. 266/I); Bilirkişi hâkim tarafından yapılması gereken hukukî nitelendirme ve değerlendirmelerde bulunamaz (HMK m. 279/IV); Tanrıver, Bilirkişilik, s. 39; Özekes, Bilirkişi, s. 61; Toroman, s. 155; “*Somut olayda gerekçe olarak toplanan kanıtlar bir yana bırakılmış, alınan bilirkişi raporuna bağlı kılınarak hüküm tesis edilmiştir. Bu şekilde hüküm tesisi bilirkişi egemenliğine terk edilmiştir. Bu husus usûle aykırı olup, tek başına bozma nedenidir.*” (Yargıtay 15. HD, E. 2002/4351, K. 2002/454, T. 31.01.2002) (Özekes, Bilirkişi, s. 61).

⁴⁹³ Halûk Konuralp, “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolu ve Bilirkişilik”, Bilirkişilik Sempozyumu, Samsun, **TBB Ankara, 9-10 Kasım 2001**, (Bilirkişilik), s. 508; Toraman, s. 107-108.

⁴⁹⁴ Tanrıver, Bilirkişilik, s. 31.

⁴⁹⁵ Tanrıver, Bilirkişilik, s. 31-32; Yeşilirmak, Hakem-Bilirkişilik, s. 706; Yeşilirmak, Öneri, s. 35; Demirel, s. 32.

⁴⁹⁶ Kuru, Usûl Cilt VI, s. 5931.

⁴⁹⁷ Emine Yazıcıoğlu, Rayegan Kender ve Ergon Çetingil, **Deniz Ticareti Hukuku**, 16. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2020, s. 457.

⁴⁹⁸ Yazıcıoğlu, Kender ve Çetingil, s. 457.

müşterek avarya alacaklılarının borçlulardan talepte bulunabilmesi için dispeç raporunun mahkemece onaylanması gerekir. Hakem-dispeç kararları, hakem-bilirkişi raporlarından farklı olarak, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 412 ve devamı hükümlerine göre, bir hakem kararı niteliğindedir⁴⁹⁹. Ayrıca hakem-dispeççi kararları, temyiz edilebilen bir karardır⁵⁰⁰. Dispeç raporunun onaylanması hakkındaki kararın kesinleşmesiyle, bu karar raporda gösterilen alacakların ödetilmesi için verilmiş bir ilâm niteliğini kazanır⁵⁰¹.

Hakem-dispeççi kararları ilâm niteliğinde (TTK m. 1284/I) kabul edildiğinden, doğrudan ilâmlı icra hükümlerine göre (İİK m. 24 vd.) icra edilebilmektedir⁵⁰². Hakem-bilirkişi bir yargılama faaliyetinde bulunmamakta sadece vakıa tespiti yapmaktadır. Hakem-bilirkişi raporu ne ilâm ne de ilâm niteliğinde belge niteliğinde olmadığından, sadece mahkeme veya tahkimden hakem-bilirkişi raporunun, yargısal bir karara esas alınması durumunda icra edilebilir.

E. Sigorta Eksperi, Hakem-Eksper ve Hakem-Bilirkişilik

5684 sayılı Sigortacılık Kanunu'nun⁵⁰³ ikinci maddesinin “m” bendinde, sigorta eksperi tanımlanmıştır. Bu tanıma göre, sigorta eksperi, sigorta konusu risklerin gerçekleşmesi sonucunda ortaya çıkan kayıp ve hasarların miktarını, nedenlerini ve niteliklerini belirleyen ve mutabakatlı kıymet tespiti, ön ekspertiz ve hasar gözetimi gibi işleri mutat meslek olarak yapan tarafsız ve bağımsız kişiyi ifade

⁴⁹⁹ “Konişmentoda müşterek avarya halinde, olayda müşterek avaryanın olup olmadığının hakem dispeççi marifetiyle karara bağlanacağı yazılı bulunduğu takdirde, bu kayıt hadisenin tahkim yoluyla halli muteber bir tahkim mukavelesi mahiyetindedir.” (TD. 3.3.1951, 1243/1257) (Kuru, Usûl Cilt VI, s. 5931).

⁵⁰⁰ “Dispeç raporu, TTK' nun 1207 vd. devamı maddelerinde düzenlenmiş bulunan, müşterek avarya sayılan zarar ve masrafların gemi, yük ve navlun arasında paylaşılması esaslarını düzenleyen bir belgedir. Bu prosedür içinde yer alan dispeç raporunun düzenlenmesi aşamasında, tarafların anlaşmaları halinde konişmento veya navlun sözleşmelerine konulan hükümle tahkim şartı getirilerek, dispeçin. hakem dispeççiler aracılığı ve tahkim prosedürü içerisinde düzenlenmesi de mümkün olmaktadır. Bu gibi durumlarda, hakem-dispeççiler tahkim usûlü hükümleri çerçevesinde dispeç raporunu dispeç- hakem kararı şeklinde hükme bağlarlar. Bu tür kararlar HUMK.nun 516 vd. maddelerinde öngörülen koşullar çerçevesinde yapılan yargılama sonucunda verilen kaza-i nitelik taşıyan kararlar olduğundan TTKnün 1210. maddesinde öngörülen itirazı kabil kararlardan olmayıp, HUMK.nun 533. maddesindeki koşullar çerçevesinde temyizi kabil kararlardandır” (Yargıtay 11. HD., E. 3119/1999, K. 6022/1999, T. 29.6.1999 (Kuru, Usûl Cilt VI, s. 5936, dn. 103).

⁵⁰¹ Yazıcıoğlu, Kender ve Çetingil, s. 459.

⁵⁰² Kuru, Usûl Cilt VI, s. 5936; Yargıtay 12. HD., E. 7883/1997, K. 9057/1997, T. 22.9.1997 (Kuru, Usûl Cilt VI, s. 5936, dn. 104).

⁵⁰³ RG., 3.6.2007, S. 26552.

eder. Aynı kanunun sigorta eksperleri üst başlıklı 22. maddesine göre, sigorta eksperliğinin gerçek ve tüzel kişilerce yapılacağını, sigorta eksperliği yapmak isteyen kişilerin, Hazine müsteşarlığından sigorta eksperlik ruhsatı alması gerektiğini ve Türkiye’de faaliyette bulunan sigorta şirketleri ile reasürans şirketleri için Türkiye Sigorta ve Reasürans Şirketleri Birliği tarafından, sigorta eksperleri ve acenteleri için ise Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği tarafından ayrı ayrı düzenlenecek faal olarak çalışanlara ilişkin kayıtları gösterir levhaya yazılı olması gerekir. Sigorta eksper, Hazine Müsteşarlığından, sigorta eksperlik ruhsatı alması durumunda, sigorta eksperliği ünvanı kazanacaktır⁵⁰⁴. Hakem-bilirkişiler de sigorta eksperleri gibi, tarafsız ve bağımsız olmak zorundadır, ancak sigorta eksperlik ruhsatı alması ve levhaya yazılı olması gerekmemektedir. Hakem-bilirkişi olarak seçilebilmek için çekişmeli vakıa bakımından, uzmanlık sahibi olması yeterli olup ayrıca sigorta eksper veya sigorta hakemi (Sigortacılık Kanunu m. 2/n) ünvanına sahip olması gerekmemektedir⁵⁰⁵. Her iki kurum da faaliyetleri bakımından birbirine bazı benzerlikler gösterse de farklı kurumlardır. Ayrıca, Sigorta Eksperleri Yönetmeliğinde⁵⁰⁶, sigorta eksperleri ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiş ve sigorta eksperlerinin nasıl atanacağına ilişkin, Sigorta Eksperleri Atama Yönetmeliği⁵⁰⁷ bulunmaktadır. Sigorta eksperleri hakkında geniş bir mevzuat var iken, hakem-bilirkişilik hakkında sadece sigorta genel şartlarında düzenlemeler bulunmaktadır.

Sigortacılık Kanunu’nun 22. maddesinin 17. fıkrası ile sigorta eksperleri tarafından düzenlenen raporun bir delil niteliğinde olduğu belirtilmiştir. Doktrinde bizim de katıldığımız bir görüşe göre, bu delilin hâkim tarafından serbestçe değerlendirilen bir takdiri delil olarak anlaşılması gerekir⁵⁰⁸. Doktrindeki diğer bir görüş, burada ikili bir ayırım yapılması gerektiğini ifade etmektedir. Eğer sigorta genel ve özel şartlarıyla zararın veya tazminatın belirlenmesi için eksper atanmışsa, eksperin raporu taraflar için bağlayıcıdır. Bu hâlde, eksper atanması, bir münhasır delil sözleşmesidir. Buna karşılık, tarafların arasında eksper atanmasına ilişkin sigorta genel veya özel şartlarında bir düzenleme yoksa sigortacı edimin kapsamını araştırmak için

⁵⁰⁴ Kabukçuoğlu Özer, s. 333-354; Can, s. 90.

⁵⁰⁵ Can, s. 96.

⁵⁰⁶ RG., 22.6.2008, S. 26914.

⁵⁰⁷ RG., 25.8.2015, S. 29456.

⁵⁰⁸ Can, s. 94-95.

ekspert atayabilir ve bu ekspert tarafından hazırlanan rapor takdirini delil olarak nitelendirilmelidir⁵⁰⁹.

Sigorta poliçesi genel şartnameleri ile tarafların sigorta ekspertinin vermiş olduğu rapor üzerinde uzlaşamaması durumunda, bir sonraki inceleme ve tespit işleminin hakem-bilirkişi veya hakem-bilirkişiler tarafından yaptırılacağı belirtilebilmektedir. Diğer bir ifadeyle, sigorta ekspertinin yaptığı tespiti itiraz edilir veya bu itiraz sigorta şirketi tarafından kabul edilmezse, taraflarca hakem-bilirkişi veya hakem-bilirkişiler atanacak ve onun hazırladığı rapor, çekişmeli vakıa bakımından, tarafları ve mahkemeyi bağlayacaktır⁵¹⁰. Ancak, Sigorta Ekspertleri Atama Yönetmeliği'nin⁵¹¹ 8. maddesinde hakem ekspert ataması şeklinde yeni bir kurum düzenlenmiştir. Hükümün birinci fıkrasına göre, motorlu araç sigortalarında, sigorta ekspertleri raporlarının, müsteşarlıkça usul ve esasları belirlenen Ekspert Atama ve Takip Sistemine girişine ilişkin bildirim yapılmasından itibaren üç iş günü içinde taraflardan birinin talebi hâlinde, hakem ekspert atanacağı ifade edilmiştir. Aynı hükümün ikinci fıkrasına göre, hakem ekspert atanmasının, en az on yıl bilfiil sigorta ekspertliği yapmış olan sigorta ekspertleri tarafından, Müsteşarlıkça belirlenecek bölge, branş, iş dağılımı gibi objektif kriterler dikkate alınarak Ekspert Atama ve Takip Sistemi üzerinden tesadüfi olarak yapılacağı düzenlenmiştir. Üçüncü fıkrası ile hakem ekspert, atama tarihinden itibaren en geç üç iş günü içinde dosya üzerinden inceleme yaparak raporunu hazırlayacağı belirtilmiştir. Dördüncü fıkrasına göre, hakem ekspert tarafından düzenlenecek olan raporun, nihaî rapor olarak kabul edileceği ifade edilmiştir. Bu şekilde hakem-bilirkişilik kurumunun, sigorta hukukunda uygulanma olasılığını azaltıcı bir düzenleme getirilmiştir. Düzenleme, hakem-bilirkişilikten hem taraflarca atanmama hem de raporun açıkça hakkaniyete aykırılık ve yanlışlık denetimine tâbi olmaması yönünden farklılık arz etmektedir. Kanaatimizce, hakem eksperti tarafların seçmemesi, hakem ekspert raporunun üç iş günü gibi kısa sürede hazırlanması ve raporunun nihaî olması şeklinde, bu rapor hakkında, herhangi bir itiraz yolunun öngörülmemesi ayrıca bu hükümün sigorta ettiren sıfatıyla, tüketiciler hakkında uygulanması da göz önüne alındığında, bu hükümün ispat hukuku açısından,

⁵⁰⁹ Yıldırım, s. 190-191.

⁵¹⁰ Rezzan Selçuk Barış, "Genel Hatlarıyla Sigorta Hukukunda Hakem-Bilirkişi Müessesesi", **İzmir Barosu Dergisi**, S. 1, Ocak 1994, s. 32; Can, s. 95; Yıldırım, s. 194-195.

⁵¹¹ RG, 25.8.2015, S. 29456.

çok ağır bir hüküm olduğunu ifade edebiliriz. Bu nedenle yönetmelikteki bu maddenin tarafların ispat ve savunma hakkını ağır derecede sınırlandıran (Anayasa m. 36) bir hüküm olduğunu, dolayısıyla Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilmesi gerektiğini savunmaktayız.

F. Uzman Görüşü ve Hakem-Bilirkişilik

Taraflar, dava konusu olayla ilgili olarak, uzmandan bilimsel mütalaa alabilirler. Ancak bu tür talep tahkikat aşamasında mahkemeye sunulmak istenirse, tarafa bunun için ek süre verilmeyecektir (HMK m. 293/I). Taraflar uzmandan, hem dava ile ilgili bir vakıa hakkında hem de salt hukukî nitelendirmeye ilişkin uzman görüşü alabilirler⁵¹². Bu şekilde, taraflar dilekçelerini hazırlayabilmek ve buna ilişkin iddia ve savunmalarını güçlendirmek için bir uzmana başvurarak yardım alabilirler veya bu görüşü dava açıldıktan sonra da alabilirler. Uzman görüşü hem hukukî nitelendirme hem de maddî vakıa hakkında alınabilirken; hakem-bilirkişi raporu sadece vakıa tespit faaliyetiyle sınırlıdır⁵¹³.

Mahkeme uzman görüşünü, davayla ilgili olması hâlinde, mutlaka dikkate almak ve değerlendirmek zorundadır. Ancak uzman görüşü, bu konuda isabetli ve inandırıcı olsa dâhi, mahkemenin bilirkişiye başvurmamasını (HMK m. 266) engellemez⁵¹⁴. Diğer yandan, hakem-bilirkişi raporu, sözleşmenin taraflarının her ikisi tarafından istenilmekte ve hakem-bilirkişi kendi uzmanlık ve tecrübelerini kullanarak, vakıa tespit faaliyetinde bulunmaktadır. Ayrıca hakem-bilirkişi raporu her iki tarafı ve mahkemeyi bağlayıcı bir özelliğe sahip olduğu için artık mahkemenin bilirkişiye başvurmamasını engelleyecektir.

Uzman görüşü raporu, resmî bilirkişi raporu gibi teknik anlamda bir delil olmayıp tarafın mahkemeye sunduğu yazılı belgeye bağlı bir beyanı açıklamasıdır. Dolayısıyla uzman görüşü, hâkimin kişisel görüşünün oluşturması için yardım

⁵¹² Hakan Pekcanitez, “Özel Uzman (Bilirkişi) Görüşü ve Değerlendirilmesi”, **Prof. Dr. Saim Üstüdağ’a Armağan**, Adalet Yayınevi, Ankara 2009, (Uzman Görüşü), s. 406-407; Sultan Işık, **Uzman Görüşü**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2015, s. 90; Ali Said Yazıcı, **Medenî Yargılama Hukukunda Uzman Görüşü**, Yetkin Yayınevi, Ankara 2024, s. 335-336; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, s. 567-568.

⁵¹³ Atalı, Ermenek ve Erdoğan, s. 568.

⁵¹⁴ Pekcanitez, Uzman Görüşü, s. 415-416.

aracıdır⁵¹⁵. Ancak hakem-bilirkişilik sözleşmesi doktrinde hâkim görüşe göre, münhasır delil ve sözleşmesi ve hakem-bilirkişi raporu da bir delildir⁵¹⁶.

Hakem-bilirkişiliğe tahkimdeki gibi, sadece tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği uyuşmazlık konuları üzerinde başvuru mümkünken; uzman görüşü bakımından bu şekilde bir sınırlama yoktur⁵¹⁷.

Hâkim, talep üzerine veya re'sen, kendisinden rapor alınan uzman kişinin davet edilerek dinlenmesine karar verebilir. Uzman kişinin çağrıldığı duruşmada hâkim ve taraflar gerekli soruları sorabilir (HMK m. 293/II). Ayrıca uzman kişi çağrıldığı duruşmaya geçerli bir özrü olmadan gelmezse, hazırlamış olduğu rapor mahkemece değerlendirmeye tâbi tutulmayacaktır (HMK m. 293/III). Ancak hakem-bilirkişi bakımından, bu şekilde bir düzenleme yoktur.

Uzman görüşünden yararlanan tarafın, davada haklı çıkması hâlinde, uzman kişinin ücretini yargılama gideri içinde istenemez. Çünkü tarafın sırf kendi görüşünü desteklemek amacıyla aldığı uzman özel raporunun yargılama gideri sayılmaması gerekir⁵¹⁸. Aynı şekilde, hakem-bilirkişinin ücreti de bir yargılama gideri olarak kabul edilmemektedir⁵¹⁹.

Doktrinde bir görüş⁵²⁰, hukukî nitelendirme hakkında alınan uzman görüşünün, ispat faaliyetiyle ve tahkikatla ilgili olmadığını, bu şekildeki bir raporun tarafın hukukî nitelendirme hakkında açıklamaları olarak kabul edilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Ayrıca, dinlenilmesine karar verilen uzman geçerli bir mazereti olmaksızın çağrıldığı duruşmaya gelmezse, bu görüş mahkemece dikkate alınmayacaktır (HMK m. 293/III). Ancak, maddî bir vakıa hakkında alınan uzman görüşü bakımından ikili bir ayırım yapılmaktadır. Eğer karşı taraf da bu uzmanın görüşünü kabul ettiğini belirtirse, bu durumda esasen taraflar arasında bir delil sözleşmesi şeklinde hakem-bilirkişilik

⁵¹⁵ Pekcanitez, Uzman Görüşü, s. 398; Pekcanitez, Atalay ve Özekes, Usûl Ders Kitabı, s. 440; Pekcanitez, Atalay ve Özekes, Usûl Hukuku, s. 798; A. Yazıcı, s. 93.

⁵¹⁶ Bu konu ileride ayrıntılı olarak incelenecektir bkz. aşağı. İkinci Bölüm, III, C, 2.

⁵¹⁷ A. Yazıcı, s. 138; Demirel, s. 32.

⁵¹⁸ Pekcanitez, Uzman Görüşü, s. 402; Pekcanitez'e göre, taraf kendisine karşı açılan bir davada, dava dilekçesine cevap verebilmek için mutlaka uzman görüşü almak zorundaysa, bunun için ödediği ücreti davanın sonunda haklı çıkması halinde, yargılama gideri içinde isteyebilmelidir. Ancak burada, ücretin miktarı, resmî bilirkişiye ödenen ücreti aşmayacak bir ücret olması gerekir (Pekcanitez, Uzman Görüşü, s. 403).

⁵¹⁹ Bu konu ileride ayrıntılı olarak incelenecektir bkz. aşağı. Üçüncü Bölüm, V, B, 1.

⁵²⁰ Atalı, Ermenek ve Erdoğan, s. 568.

sözleşmesi meydana geldiği belirtilmektedir. Ancak karşı taraf uzman görüşünü kabul etmezse, bir uzman görüşü niteliğindedir.

Taraflardan biri tarafından sadece hakem-bilirkişinin seçilmesi, hakem-bilirkişinin tarafsız ve bağımsızlığına aykırılık teşkil eder. Uzman kişi, her ne kadar uzman görüşünü hazırlarken, verilerini yalnızca sahip olduğu bilimsel temeller üzerine oluştursa da taraf ile arasındaki kişisel sözleşme ilişkisi, uzman kişinin vereceği rapor üzerinde çoğu kez bir ön yargı oluşturmaktadır⁵²¹. Dolayısıyla kanaatimizce, bu görüşün, hakem-bilirkişinin tarafsızlığını ve bağımsızlığını etkilemesi ve tarafın kendisinin hakem-bilirkişisini seçmemesi, ayrıca hakem-bilirkişi raporunu sonradan kabul eden kişinin, açıkça hakkaniyete aykırılık veya açıkça yanlışlık bakımından iptal davası açıp açmayacağı şeklinde belirsizlikler, göz önüne alındığında, kabul edilmemesi gerekir. Uzman görüşünün, bilirkişi raporu gibi delil olmamasının en büyük sebebi, uzman görüşünü hazırlayan kişinin, tarafsız ve bağımsızlığının sağlanmasına ilişkin, birçok teminattan yoksun olmasıdır⁵²². Nitekim bu konuda Alman Federal Mahkemesi, uzman görüşünün, her iki tarafın kabulü hâlinde, sadece mahkeme bilirkişi raporu olarak değerlendirilmesi gerektiğine karar vermiştir⁵²³.

G. Delil Tespiti ve Hakem-Bilirkişilik

Delil tespiti, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 400. maddesi ve devamında düzenlenmiştir. Hükme göre, taraflardan her biri, görülmekte olan bir davada henüz inceleme sırası gelmemiş yahut ileride açacağı davada ileri süreceği bir vakıanın tespiti amacıyla keşif yapılması, bilirkişi incelemesi yaptırılması ya da tanık ifadelerinin alınması gibi işlemlerin yapılmasını talep edebilir (HMK m. 400/I). Delil tespiti öncelikle, tespit davasından farklılık arz etmektedir. Tespit davasıyla, mahkemeden bir hakkın veya hukukî ilişkinin varlığı ya da yokluğu yahut bir belgenin sahte olup olmadığı talep edilmektedir (HMK m. 106/I, ZPO § 256). Ancak maddî vakıalar tek başlarına tespit davasının konusunu oluşturmaz (HMK m. 106/III). Delil tespiti ilgili bulunduğu davaya bağlı bir işlem olup bir dava değil, geçici hukukî korumanın bir

⁵²¹ A. Yazıcı, s. 138.

⁵²² Pekcanitez, Uzman Görüşü, s. 396-397.

⁵²³ BGHZ 98, s. 40; BGH NJW 1997, s. 3381; BGH NJW 1993, s. 2282 (Pekcanitez, Uzman Görüşü, s. 415, dn. 56).

türüdür⁵²⁴. Delillerin tespiti bir dava olmadığından, dava öncesi delillerin tespiti talebi ile dava açmanın sonuçları ortaya çıkmayacağından, delil tespitiyle zamanaşımı kesilmeyecektir⁵²⁵. Hem delil tespiti⁵²⁶ hem de hakem-bilirkişilik öncelikle bir dava değildir ve bu nedenle zamanaşımını kesme özelliğine sahip olmayıp ayrıca her ikisinin de konusunu maddî vakıalar oluşturmaktadır.

Doktrinde delil tespitinin dava açılmasının önleyici fonksiyonu olduğu ifade edilmektedir. Çünkü tarafların, delil tespitine konu olan bilirkişi raporundaki tespitler sayesinde, ileride açılacak olan davada, haklı bulunma ihtimalleri büyük bir oran teşkil ettiği belirtilmektedir. Bu durumda tarafların delil tespiti kararına dayanarak, dava açılmadan önce yapacakları görüşme veya sulh müzakereleri ya da arabuluculuk sayesinde, dava açılmadan önce anlaşmalarının mümkün olduğu ifade edilmektedir. Dolayısıyla delil tespiti kararı, muhtemel davaları engelleyici fonksiyona sahiptir⁵²⁷. Ancak, delil tespiti bir dava veya alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından biri değildir. Ayrıca delil tespiti kararı kesin hüküm teşkil etmez, ilâm veya ilâm niteliğinde belge değildir. Delillerin tespitine itiraz (HMK m. 402/III) edilememesi, esas davanın görülmesi sırasında, buna karşı itiraz hakkını ortadan kaldırmaz ve yapılacak itirazın incelenmesine de engel teşkil etmeyecektir⁵²⁸.

Tarafların arasında hakem-bilirkişilik sözleşmesi olmasına rağmen, taraflardan birinin delil tespitine başvurması durumunda, mahkemenin nasıl karar vermesi

⁵²⁴ Baki Kuru, Ali Cem Budak, *Tespit Davaları*, 2. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2010, s. 268; Muhammet Özkes, *İcra ve İflâs Hukukunda İhtiyati Haciz*, Seçkin Yayınevi, Ankara 1999, (İhtiyati Haciz), s. 50; Birce Arslandoğan, *Medenî Yargılama Hukukunda Delil Tespiti*, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020, s. 49; Pekcanitez, Atalay ve Özkes, *Usûl Ders Kitabı*, s. 610; Pekcanitez, Atalay ve Özkes, *Usûl Hukuku*, s. 1051; Sinem Turan, *Medeni Usûl Hukukunda Delil Tespiti Kurumunun Fonksiyonları*, Adalet Yayınevi, Ankara 2020, s. 22-23.

⁵²⁵ Kuru ve Budak, s. 270; Arslandoğan, s. 29; Özkes, *İhtiyati Haciz*, s. 51.

⁵²⁶ Delil tespiti, hakka yönelik olmadığından, karşı tarafın hukukî durumu etkileyecek şekilde, ihtiyati tedbir ve hacizdeki gibi ciddi bir tehlike söz konusu değildir. Dolayısıyla ihtiyati tedbir ve ihtiyati hacizde öngörülen özel bir itiraz ve tamamlayıcı prosedür veya teminata ilişkin düzenlemeye de ihtiyaç duyulmamıştır. Zira, sadece deliller bakımından maddî bir durumun tespiti ve korunması söz konusudur. Ancak bu durumdan karşı tarafın haberdar edilmesi, bu çerçevede karşı tarafın da itiraz da bulunması mümkündür (HMK m. 402/III) (Özkes, *İhtiyati Haciz*, s. 51).

⁵²⁷ Turan, s. 76.

⁵²⁸ Kuru ve Budak, s. 270-271; Turan, s. 81-82; Arslandoğan, s. 230-231; “*HUMK’nun 368-374. maddeleri uyarınca istenen delil tespitinin konusu, maddi vakıalar olup, bu dosyadan alınan bilirkişi raporuna karşı, davalı tarafından itiraz edilmemiş olması, miktar yönünden davacı lehine kazanılmış hak doğurmayacağından, gerçek zarar miktarının belirlenmesi yönünden, hiçbir inceleme yapılmaksızın, delil tespit dosyasından alınan bilirkişi raporu ile yetinilmesi de yanlış olmuş ve kararın açıklanan nedenle dahi davalı yararın bozulmasına karar vermek gerekmiştir*” (Yargıtay 11. HD., E. 2014/11430, K. 2005/10281, T. 25.10.2005 (Kuru ve Budak, s. 271, dn. 10); Özkes, *İhtiyati Haciz*, s. 51.

gerektiği doktrinde tartışmalı olup burada esas alınması gereken tarafın delil tespitine başvurulmasında hukukî yararının olup olmadığıdır⁵²⁹. Alman hukukunda ve hukukumuzda, tarafın bir delil tespitine başvurabilmesi için öncelikle bu konuda, bir hukukî yararının olması gerekir⁵³⁰. Nitekim Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 400. maddesinin ikinci fıkrasına göre, delil tespiti istenebilmesi için hukukî yararın varlığının şart olduğu ve kanunda açıkça öngörülen hâller dışında, delilin hemen tespit edilmesi hâlinde kaybolacağı yahut ileri sürülmesinin önemli ölçüde zorlaşacağı ihtimal dâhilinde bulunuyorsa, hukukî yararın varsayılacağı düzenlenmiştir.

Alman hukukunda, delil tespiti (Selbständiges Beweisverfahren), ZPO § 485'te iki farklı durumda başvurabilecek bir yol olarak düzenlenmiştir. Bunlardan ilki ZPO § 485/I'de düzenlenen karşı tarafın rızasını esas alınarak delil tespitine başvurulmasıdır. Böyle bir durumda, taraflar arasında hakem-bilirkişilik sözleşmesi olmasına rağmen, karşı tarafın rızası alınarak, bir delil tespitine başvurulduysa, artık hakem-bilirkişilik sözleşmesinden vazgeçildiği veya vazgeçilmeyip delil tespitine başvurunun karşı tarafın rızasıyla geçerli olduğu kabul edilmektedir. Dolayısıyla tarafın delil tespitine başvurulmasında hukukî yararının, bu durumda olduğu varsayılmaktadır⁵³¹. Ancak ZPO § 485/II' de düzenlenen delil tespitinde, karşı tarafın rızası aranmaksızın başvurulacak hâllerdir. ZPO § 485/II' ye göre, mahkemeden dört hususa ilişkin tespit yapılması talep edilebilecektir. Bunlar bir kişinin durumunun tespit edilmesi, bir eşyanın durumunun veya değerinin tespit edilmesi, kişisel zarar, maddî zarar veya hasarın sebebinin belirlenmesi ve son olarak da kişisel zarar, maddî zarar veya hasarın engellenmesi için yapılması gereken masrafların tespit edilmesidir⁵³².

Bernuth'a göre, ZPO § 485/I hükmünde, karşı tarafın rızasıyla alınan bir delil tespiti olduğu için burada hukukî yararın var olduğunu ifade etmiştir. Ancak ZPO § 485/II hâlinde, mahkemenin tarafların hakem-bilirkişi veya hakem-bilirkişileri seçtiğini veya hızlı bir şekilde onların seçebileceğine kanaat getirmesi durumunda, delil tespitine ve hakem-bilirkişiliğe konu olan vakıanın aynı olması durumunda, tarafın delil tespitine başvurulmasında hukukî yararının olmadığını gerekçe göstererek,

⁵²⁹ Wolf H. von Bernuth, "Schiedsgutachterabreden und Die Durchführung Selbständiger Beweisverfahren", **ZIP 1998**, Heft 50, s. 2081.

⁵³⁰ Von Bernuth, s. 2083; Özekes, İhtiyati Haciz, s. 51; Arslandoğan, s. 130; Turan, s. 31.

⁵³¹ Von Bernuth, s. 2083.

⁵³² Von Bernuth, s. 2083; Arslandoğan, s. 134.

delil tespiti talebinin reddedilmesi gerektiğini savunmaktadır⁵³³. Ancak, buna rağmen mahkeme delil tespitine başvurulmasında hukukî yararın var olduğunu varsayar veya taraf hakem-bilirkişilik sözleşmesine ilişkin itirazda bulunmaz yahut mahkemenin bu hususu gözden kaçırmaması durumunda bir delil tespiti kararı alınabilir⁵³⁴. Mahkemeden delil tespiti kararı alınsa dâhi, bu durum hakem-bilirkişi raporunun esas alınmasını da engellemez. Bu durumda mahkeme delil tespiti kararı yerine, tarafları ve mahkemeyi bağlayıcı hakem-bilirkişi raporunu esas alması gerekir⁵³⁵.

İsviçre hukukunda delil tespiti (SchZPO Art. 158) ve hakem-bilirkişilik kurumlarının birbirlerini dışlamadıkları, aksine birbirini tamamladıkları ifade edilmektedir. Özellikle hakem-bilirkişi atanmasının gecikmesi durumunda, tarafların delillerinin risk altında olduğunu ve korunmaya değer hukukî yararlarını ispatlanması durumunda, mahkeme tarafından delil tespiti yapılabilmesine izin verilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Çünkü eğer delil tespitine başvurulmazsa, daha sonra hakem-bilirkişilik prosedüründe artık o delil olamayacağından, vakıa tespitinin yapılamayacağı endişesini ortaya çıkaracağı belirtilmektedir⁵³⁶.

Kanaatimizce, delil tespiti ve hakem-bilirkişilik kurumları etkileriyle itibariyle farklı sonuçlar gösterse de yapılan faaliyet bakımından bazı durumlarda keşşedilmektedir. *Bernuth*, tarafından savunulan, bu görüşe katılmaktayız. Çünkü, taraflar hakem-bilirkişilik sözleşmesinin kullanılmasını engellemek amacıyla kötü niyetli olarak delil tespitine başvurabilir. Ayrıca, delil tespiti açısından, diğer geçici hukukî koruma türlerinden farklı olarak, tamamlayıcı merasim şeklinde, tarafların belli bir süre içerisinde esas davayı açma zorunluluğu da yoktur⁵³⁷. Delil tespiti talebi,

⁵³³ Von Bernuth, s. 2083.

⁵³⁴ Von Bernuth, s. 2086.

⁵³⁵ Von Bernuth, s. 2086.

⁵³⁶ Brosi, s. 8.

⁵³⁷ Örneğin, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 397. maddesinin birinci fıkrasına göre, ihtiyati tedbir kararı dava açılmadan önce verildiği durumda, ihtiyati tedbir talep eden, bu kararın uygulanmasını talep ettiği tarihten itibaren iki hafta içinde esas hakkındaki davasını açmak ve dava açtığına ilişkin evrakı, kararı uygulayan memura ibrazla dosyaya koydurmak ve karşılığında belge almak zorundadır. Aksi halde tedbirin kendiliğinden kalkacağı düzenlenmiştir (Pekcanitez, Atalay ve Özkes, *Usûl Ders Kitabı*, s. 597-598); Pekcanitez, Atalay ve Özkes, *Usûl Hukuku*, s. 1036; Geçici hukukî korumanın türleri olan ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz geçici özelliğe sahip olduğundan, geçici durumun menfaatler dengesi gereği bir an önce normal yargılama veya ihtiyati haciz bakımından takip yoluyla açıklığı kavuşturulması gerekliliği bulunmaktadır. Delil tespitinde ise, özellikle karşı tarafı ihtiyati hacizdeki gibi, sınırlayan malvarlığını etkileyen bir düzenleme söz konusu değildir. Bunun sonucu olarak da asıl yargılama veya takip için özel bir tamamlayıcı prosedüre ihtiyaç duyulmamıştır. Aynı şekilde karşı tarafın ya da malvarlığının etkilenmesi, zarar

hakem-bilirkişilik sürecindeki delillerin güvence altına alınmasını sağlıyorsa bu durumda hukukî yararın var olduğu kabulü gerekir. Ancak hakem-bilirkişilik ve delil tespitine konu olan vakıanın aynı olması durumunda, tarafın, delil tespitine başvurmasında hukukî yararının olup olmadığı hususunda, mahkemenin daha katı bir yorum yapması gerektiğini savunmaktayız. Bu noktada şayet delil tespitinin konusu hakem-bilirkişilikle tamamen aynıysa o zaman burada delil tespiti bakımından hukukî yararın olmadığına karar vermek gerekir. Bunun dışındaki durumlarda, özellikle delil tespiti talebi, hakem-bilirkişilik sürecindeki delillerin güvence altına alınmasını sağlıyorsa, mahkemenin bu durumda hukukî yararın bulunduğuna hükmederek delil tespiti kararı vermesi gerekir.

VI. HAKEM-BİLİRKİŞİLİĞİN ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YOLLARIYLA İLİŞKİSİ

A. Genel Olarak Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları

Bir hukukî ilişkinin tarafları arasında, hukukî ilişkiden kaynaklanan bir uyuşmazlık ortaya çıktığında, ilk başvurulacak yer devlet mahkemeleri olacaktır. Ancak, özel hukuktan doğan, her uyuşmazlığa ilişkin çözümün devletten beklenmesi, mahkemelerin aşırı iş yükü ile karşı karşıya kalmalarına ve sonuç olarak yargılamanın uzun sürede sona ermesine sebebiyet vermekte⁵³⁸ ve bir adil yargılanma hakkı ihlali

görmesi ihtimali, ihtiyati tedbir ve hacizdekine benzerlik göstermediğinden, özel bir teminat ve tazminat düzenlemesine de ihtiyaç duyulmamıştır (Özekes, İhtiyati Haciz, s. 52).

⁵³⁸ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesi kapsamında, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi medenî hak ve yükümlülüklerle ilişkin davalarda da aynı ceza davalarında olduğu gibi uyulması gereken makûl süreden ne anlaşılması gerektiği hakkında birtakım ölçütlere bağlamaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, davanın süresinin makullüğünün davanın koşulları ışığında davanın karmaşıklığı, başvuranların tutumu ve ilgili makamların ihtilaf durumunda başvuranlar için neyin risk teşkil ettiği gibi ölçütlere dayanarak belirlenmesi gerektiğini belirtmiştir (Frydlender-Fransa [BD], 30979/96). Bu konuda Türkiye'den Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne giden davalara örnek olarak, Hasan-Demir-Türkiye Davası (Başvuru No: 20653/07), AİHM 2. Dairesi, 28.09.2010 tarihinde yargı sürecinin 13.01.1986 tarihinde başlayıp 17 Kasım 2006 tarihinde sona ermesi nedeniyle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinin ihlâli iddiasıyla açtığı dava açısından mahkeme makul sürede yargılanma hakkının ihlâlüne karar vermek istese de davanın dostane çözümle sona ermesi nedeniyle kayıttan düşürülmesine karar vermiştir (Oğuz Sancakdar, "Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında AİHM'nin 2010 Yılında Türkiye İle İlgili Verdiği Başlıca Kararlar ve Değerlendirilmesi, **Ceza Hukuku Dergisi**, Aralık 2011, S. 17, s. 7-9); Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi artık bu ölçütlerin tek başına belirleyici olmadığına kanaat getirmiştir. Bu nedenle yargılama sürecindeki tüm gecikme periyotlarının ayrı ayrı tespiti ile bu kriterlerin toplam etkisi

meydana getirmektedir. Bu nedenle, devlet yargısına alternatif teşkil eden, çeşitli uyuşmazlık çözüm yöntemleri⁵³⁹ tercih edilmektedir⁵⁴⁰. Anlaşmazlık ve uyuşmazlık kavramları birbirinin yerine kullanılan kavramlar gibi gözükse de aynı kavramlar olmayıp potansiyel bir çatışma durumunu ifade eden anlaşmazlık, dışa yansıyan bir talebe dönüşür ve daha alenî bir hâl alması durumunda, o zaman uyuşmazlık (dispute) söz konusu olacaktır⁵⁴¹.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları terimindeki “*alternatif*” ifadesi doktrinde terim olarak tartışılmıştır. Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları, yargının alternatifi olan ve dolayısıyla yargısal sistemin yerine ikame edilmeye çalışılan veya onunla rekabet içerisinde bulunan, bir süreçler bütünü şeklinde anlaşılmamalıdır. Yargısal yolların yanında yer alan ve kural olarak ilgililerin talepleri hâlinde, taraflar arası ilişkilerin kazan-kazan anlayışıyla ve adil bir karardan ziyade, her iki tarafı tatmin edici olacağı şekilde yöntemler bütünü olarak anlaşılmalıdır⁵⁴².

değerlendirilmek suretiyle, hangi unsurun yargılamanın gecikmesi açısından daha etkili olduğunun saptanması gerektiğini kabul etmektedir. Aynı şekilde Anayasa Mahkemesi de bu ölçütlerin tek başına belirleyici olmadığını bu kriterlerin toplam etkisi değerlendirilmek suretiyle, hangi unsurun yargılamanın gecikmesi açısından daha etkili olduğunun saptanması gerektiğini kabul etmektedir. Bu kararlar hakkında bkz. AYM, 2.7.2013, 2012/13 §46; AYM, 19.12.2013, 2013/3283, § 33 (RG., 7.1.2014, S. 28875) (Çiftçi İspat Hakkı, s. 216-218, dn. 263).

⁵³⁹ Alternatif uyuşmazlık çözüm yolu şeklinde kavram olarak, yüksek yargılama masrafları sebebiyle ilk olarak Amerika Birleşik Devletleri’nde daha sonra İngiltere’de gelişmiştir. Amerika’da 1976 yılında, Amerika Barolar Birliği (American Bar Association) desteğiyle gerçekleştirilen bir “Adalet Yönetiminde Karşılaşılan Ortak Sorunların Nedenleri Hakkında Ulusal Konferansta” pilot bölgede tahkimin ve arabuluculuğun kullanılması tavsiye edilmiştir. Amerika’da 1980 sonrası, mahkeme teşkilatlarında, alternatif uyuşmazlık çözüm yolları kullanılmaya başlanmıştır (Özbek, Alternatif Uyuşmazlık, s. 259); İbrahim Özbay, “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri”, **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. X, S. 3-4, Y. 2006, s. 462.

⁵⁴⁰ Ildır, s. 26; Özbek, Alternatif Uyuşmazlık, s. 178-179; Kekeç, s. 8; Yazıcı Tıktık, s. 5-6; Emre Kıyak, **Dönüştürücü Arabuluculuk Problem Çözücü Arabuluculuk ile Uyumsallaştırılması**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2018, s. 26-27; Süha Tanrıver, “Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 64, Y. 2006, (Alternatif Uyuşmazlık), s. 152; Özbay, s. 459.

⁵⁴¹ Ildır, s. 22; Kıyak, s. 81-82; Kekeç, s. 4-5; Özbek, Alternatif Uyuşmazlık, s. 156; Ekmekçi, Özkes, Atalı ve Seven, s. 2; İzgi, s. 7-8.

⁵⁴² Tanrıver, Alternatif Uyuşmazlık, s. 154-155; Özbek, Alternatif Uyuşmazlık, s. 208-209; Muhammet Özkes, “Zorunlu Arabuluculuğun Hak Arama Özgürlüğü ve Arabuluculuk İlkeleri Bakımından Değerlendirilmesi-Zorunlu Arabuluculuğa Eleştirel Bir Yaklaşım”, **Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu**, Yargıtay’ın 150. Kuruluş Yılı Dönümü Etkinliği, Ankara 2019, (Arabuluculuk İlkeleri), s. 115; Muhammet Özkes, “Arabuluculuk Mahkemelerine Doğru Tehlikeli Gidiş”, **Kayseri Barosu Dergisi Duruşma Arası**, Sayı 1, Y. 2019, (Arabuluculuk Mahkemeleri), s. 53; Nitekim alternatif uyuşmazlık çözüm yolunun uygulanabileceği alanlar, kamu düzeninden sayılmayan ve tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği işlerden kaynaklanan uyuşmazlıklardır. Bu nedenle, “alternatif uyuşmazlık çözüm yolu” terimi yerine “dostane bir biçimde uyuşmazlık çözüm yöntemleri” teriminin kullanılması önerilmiştir (Tanrıver, Alternatif Uyuşmazlık, s. 155).

Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından biri olarak, tahkimin bu yollara dâhil edilip edilmediği doktrinde tartışmalı olup bu tartışma kabul edilen hukuk sistemlerine göre farklılık arz etmektedir. Anglo-Sakson hukuk sisteminde, tahkim alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına genel olarak dâhil edilmektedir⁵⁴³. Ancak Kıta Avrupası hukuk sisteminde, tahkimde bir yargılama faaliyeti yapıldığı ve hakem kararı kesin hüküm teşkil ettiği için tahkim alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına genelde dâhil edilmez⁵⁴⁴. Hukukumuzda da hâkim görüş, tahkimde yargılama yapıldığı ve hakem kararı kesin hüküm teşkil ettiği için tahkimin alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından biri olarak nitelendirilemeyeceği yönündedir⁵⁴⁵.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları bakımından, doktrinde en çok ifade edilen türleri, müzakere, vakıaların tespiti, tarafsız ön değerlendirme, kısa duruşma ve arabuluculuktur. Ancak alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri sınırlı sayıda değildir⁵⁴⁶. Bu yöntemlerle hakem-bilirkişilik arasındaki farklara, çalışmamızı ilgilendirdiği ölçüde kısaca değinilecektir.

Müzakere, taraflar arasındaki görüşmelere kural olarak hakem-bilirkişi gibi üçüncü kişilerin dâhil olmadığı, tarafların doğrudan veya temsilcileri aracılığıyla, bir araya gelerek fikir alışverişinde bulundukları, tarafların nihayetinde bir anlaşmaya varmayı hedefledikleri en klasik alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemidir⁵⁴⁷.

Vakıaların saptanması, uyuşmazlığın ilk aşamalarında uygulanan ve taraflara yeni bir bakış açısı kazandırmaya çalışan, bağlayıcı olmayan bir yöntemdir. Bu yöntem bir uyuşmazlığı doğrudan çözmekten ziyade, uyuşmazlığın temelindeki vakıaların doğru tespitini sağlaması yönüyle hakem-bilirkişiliğe benzemektedir. Ancak, bu

⁵⁴³ Blake, Browne ve Sime, s. 31; Kendall, Freedman ve Farrell, s. 2; Greger ve Stubbe, s. 7; Özbek, Alternatif Uyuşmazlık, s. 218; Özbek, Tahkim Cilt I, s. 143; Kıyak, s. 27.

⁵⁴⁴ Greger ve Stubbe, s. 7-8; Özbek, Alternatif Uyuşmazlık, s. 219.

⁵⁴⁵ Tanrıver, Alternatif Uyuşmazlık, s. 171; İldır, s. 27; Kekeç, s. 22; Aksi görüş Özbek, Alternatif Uyuşmazlık, s. 218-219.

⁵⁴⁶ Diğer yandan, alternatif uyuşmazlık çözüm yolları, sınırlı sayıda olmayıp her ülke kendi koşullarını ve sosyal gerçekliğini dikkate almak suretiyle, bunları bir araya getirmek şeklinde karma yöntemler meydana getirebileceği gibi, bunların dışında yeni başka bir alternatif uyuşmazlık çözüm yolları da oluşturabilir (Özbek, Alternatif Uyuşmazlık, s. 300); Tanrıver, Alternatif Uyuşmazlık, s. 160; İldır, s. 77; Kıyak, s. 29; Ekmekçi, Özekes, Atalı ve Seven, s. 10.

⁵⁴⁷ Tanrıver, Alternatif Uyuşmazlık, s. 160; Ekmekçi, Özekes, Atalı ve Seven, s. 12-13.

yöntemin tarafları ve mahkemeyi bağlayıcı niteliği olmadığı için hakem-bilirkişilikten ayrılmakta ve bu nedenle mahkemede doğrudan bir sonuç doğurmamaktadır⁵⁴⁸.

Tarafsız bir ön değerlendirme, uyuşmazlığın başlangıç aşamasında, daha fazla yararlı sonuçlar doğuran bir yöntemdir. Tarafların uyuşmazlıkla ilgili iradi olarak sundukları bilgi ve belgelere dayanılarak, uyuşmazlığın ortaya çıkışı, gelişimi ve gelecekte nasıl bir süreçle karşılaşılabileceği hakkında, uzman ve tarafsız bir kişi tarafından, hakem-bilirkişi raporundan farklı olarak bağlayıcılık arz etmeyecek biçimde, onları gerçekçi değerlendirmeler yapmaya ve düşünmeye sevk etme amacı gütmekte ve bu sayede daha gerçekçi karar almalarını sağlamaktadır⁵⁴⁹.

Kısa duruşma, tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişiyle taraf temsilcilerinden oluşan bir kurulun, hakem-bilirkişi raporundan farklı olarak bağlayıcılık arz etmeyecek bir biçimde, uyuşmazlığı gizlilik içinde ortadan kaldırmasını hedefleyen, tarafların anlaşmasına, arabuluculuk, uzlaştırma ve ihtiyari tahkime ilişkin bazı özellikleri de bünyesinde taşıyan karma bir usûldür. Bu yöntemde, taraflar iradi olarak, verdiği bilgi ve belgeler sonucunda, karşılıklı iddia ve savunmalarını gerçek olmayan, gayri resmi bir duruşmada ileri sürerler. Genelde, tarafsız üçüncü kişi, emekli bir hâkim ya da kıdemli bir avukattan oluşmakta olduğundan “özel hâkim” adını alır. Hukukumuzda bu yöntemin uygulanmasına engel bir durum olmamakla birlikte, yargı sistemimizin uygun olmaması, toplumda bu şekilde bir alışkanlığın olmaması ve hakem-bilirkişi raporu gibi tarafları bağlamaması sebebiyle pek tercih edilmez⁵⁵⁰.

⁵⁴⁸ Ekmekçi, Özkes, Atalı ve Seven, s. 13-14; Tanrıver, Alternatif Uyuşmazlık, s. 163; Ildır, s. 80-82; Kekeç, s. 18; Vakıalar uyuşmazlıkların esasının çözümünde davanın ve savunmanın temelini, tahkikat ve yargılamanın esasını teşkil ettiği için bunların tespiti ve nitelendirilmesi yargılama hukuku bakımından önem taşımaktadır. Ayrıca devlet mahkemelerinde yargılamanın konusunun münferit vakıa değil, hukukî ilişki oluşturduğundan, taraflar arasındaki çekişmeli vakıanın dava açılmadan önce tespiti önem kazanmaktadır (Kıraz, s. 17-18); Tarafların teknik bilgilerine güvenerek görüşüne müracaat etme konusunda anlaştıkları bu kişiler hakemler gibi uyuşmazlık hakkında hukukî açıdan nihai karar verme yetkisine sahip olmayan arabulucu-uzlaştırıcı ile hakem arasında yer alan kişilerdir (İzgi, s. 289).

⁵⁴⁹ Hukukumuzda bu yöntemin görünüm şeklini, teknik anlamda bir delil olmayan, tarafların kendi iddia ve savunmalarını desteklemek için başvurdukları ve mahkemeye sundukları uzman görüşleri (mütalâa) oluşturmaktadır. Uzman görüşünü sadece taraflardan biri kendi iç değerlendirmesi için alabileceği gibi, iki taraf birlikte de alabilir (Ekmekçi, Özkes, Atalı ve Seven, s. 15-16); Tanrıver, Alternatif Uyuşmazlık, s. 163-164; Ildır, s. 84-87.

⁵⁵⁰ Ekmekçi, Özkes, Atalı ve Seven, s. 16; Ildır, s. 77, dn. 1; Kekeç, s. 20.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları açısından en popüler olan yöntem arabuluculuktur⁵⁵¹. Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden biri olan arabuluculuk, hukukumuzda ilk olarak, 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu⁵⁵² ve bu Kanuna istinaden yönetmelikle⁵⁵³ düzenlenmiştir. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanun'un 2. maddesinin 1. fıkrasının b bendine göre, arabuluculuk tanımlanmıştır. Hükme göre, arabuluculuk sistematik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, tarafların çözüm üretmediklerinin ortaya çıkması hâlinde çözüm önerisi getirebilen, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyari olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemini ifade etmektedir (HUAKY m. 4/I/b).

Arabuluculuk⁵⁵⁴, yabancılık unsuru taşıyanlar da dâhil olmak üzere, ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel

⁵⁵¹ Arabuluculuğun tarihi çok eskilere dayansa da profesyonel anlamda arabuluculuk, Amerika'da 20. yüzyılın başında çıkmıştır. Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri ve arabuluculuk yöntemi, Anglo-Sakson ülkelerine göre, Avrupa'da daha yavaş bir gelişim göstermiştir. Avrupa ülkelerinde alternatif uyuşmazlık çözümünün gelişmesi Avrupa Konseyi'nin Bakanlar Komitesi, Avrupa Yargısal İş Birliği Komitesi, Uzmanlar Komiteleri ve Sözleşme Komiteleri gibi farklı kuruluşlar tarafından gerçekleştiren çalışmalar doğrultusunda meydana gelmiştir. Alternatif uyuşmazlık çözümünün önemi açısından, Avrupa Birliği Komisyonu, 2002 yılında, "Medenî Hukukta ve Ticaret Hukukunda Uyuşmazlık Çözümüne İlişkin Alternatif Usûller Üzerine Yeşil Kitap", hazırlanmış 2008 yılında "Hukukî ve Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuğun Belirli Yönlerine İlişkin 21 Mayıs 2008 Tarihli Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Yönergesi" kabul edilerek yürürlüğe girmiştir. Ayrıca, Avrupa Medenî Usûl Model Kanunu (European Model Code Of Civil Procedure) Tasarısı adı altında, "uzlaştırma" başlıklı bir çalışma yapılmıştır. Uluslararası düzeyde de Birleşmiş Milletler Ticaret Hukuku Komisyonu (UNCITRAL-United Nations Commission on International Trade Law) tarafından 2002 yılında "Milletlerarası Ticari Arabuluculuğu İlişkin Model Kanun" 2002 yılında kabul edilmiştir (Kekeç, s. 23-24); Yazıcı Tıktık, s. 30-31; Ekmekçi, Özkes, Atalı ve Seven, s. 38-39.

⁵⁵² RG., 22.06.2012, S. 28331.

⁵⁵³ RG., 2.06.2018, S. 30439.

⁵⁵⁴ Arabuluculuk, yapılan faaliyete göre kolaylaştırıcı, değerlendirici ve dönüştürücü arabuluculuk olarak üçe ayrılmaktadır. Kolaylaştırıcı arabuluculukta, tarafların uyuşmazlığın temelindeki pozisyonlarını ve çözümündeki ihtiyaç ve menfaatleri bulmaya çalışır, onlara tarafların kendilerinin çözüm konusundaki seçenekleri üretmelerini ve değerlendirmelerine yardımcı olur, ancak, arabulucu kendisi çözüm üretip bu çözümü onlara empoze etmez, hukukî değerlendirme yapmaz, taraflara hukukî tavsiyelerde bulunmaz. Değerlendirici arabuluculukta, tarafların uyuşmazlıktaki zayıf yönlerini belirtip, bu konuda hâkim veya hakemin nasıl karar vereceğini tahmin etmek yoluyla tarafların uyuşmazlıklarına çözmelerine yardımcı olan türüdür. Dönüştürücü arabuluculuk, tarafların her birinin güçlendirilmesi, ihtiyaç, menfaat değer ve görüşlerinin tanınması ve bu şekilde onların geliştirilmesi fikrine dayanmaktadır. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun ilk halinde, arabulucuya "tarafların çözüm üretmediklerinin ortaya çıkması halinde çözüm önerisi

hukuk uyuşmazlıklarının çözümlenmesinde uygulanacak olup aile içi şiddet iddiaları arabuluculuğa elverişli değildir (HUAK m. I/2). Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları, sadece tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri, sulh olacakları mümkün olan uyuşmazlıklar bakımından uygulama alanı bulacağından, hukukumuzda, evliliğin iptali, boşanma, nesebin reddi, babalık davaları gibi tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyeceği uyuşmazlıklar arabuluculuğa elverişli değildir⁵⁵⁵.

Arabuluculuğa ilişkin temel düzenleme olan 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun kabul edildiği ve yürürlüğe girdiği tarihte ihtiyarî arabuluculuk esas alınarak, arabuluculuğa ilişkin temel ilkelerde iradî olma esası (HUAK m. 3/I) temel alınmış ve tüm düzenlenmeler de bu sistem esas alınarak yapılmıştır. Ancak, daha sonra sırasıyla bazı iş⁵⁵⁶ davaları⁵⁵⁷, ticarî davalar⁵⁵⁸,

getirebilen” ifadesi yoktu. Bu değişiklik, 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 17. maddesiyle eklenmiştir, ancak bu durum hukukumuzdaki, arabuluculuk faaliyetini, kolaylaştırıcı arabuluculuk türünden değerlendirici arabuluculuk türüne geçişi olarak algılanmamalıdır. Arabuluculuk sürecinde yargılama yapmaz, arabulucu, hukukî tavsiyelerde ve değerlendirmede bulunmaz herhangi bir karar vermez. Bu bakımdan, arabuluculuğun temelini, taraflar arası müzakere oluşturmakta olup, arabuluculuk geliştirilmiş bir müzakere yöntemi olarak ifade edilebilir (Kekeç, s. 7); Kıyak, s. 92-99.

⁵⁵⁵ Ekmekçi, Özekes, Atalı ve Seven, s. 48-53; Özbek, Alternatif Uyuşmazlık, s. 1499-1501; Pekcanitez, Atalay ve Özekes, Usûl Ders Kitabı, s. 645; Tanrıver, Usûl Cilt II, s. 267-268.

⁵⁵⁶ İş hukukunda dava şartı arabuluculuk söz konusu olduğunda, kanunda belirtilen başvuru ve arabuluculuk süreci için öngörülen süreler geçirilmemek şartıyla arabulucuya gitmeden önce ya da arabuluculuk süreci esnasında tarafların hakem-bilirkişiden rapor alabilmeleri mümkündür. Ancak hakem-bilirkişi raporu, arabuluculuk sürecinin niteliği gereği, bu süreçte bağlayıcı olmayacaktır. Çünkü arabuluculuk bir yargılama faaliyeti olmayıp, tarafların serbest iradeleriyle şekillenmektedir. Bu sebeple, taraflar dilerse hakem-bilirkişi raporunu göz önünde bulundurarak, bir çözüm sürecinde anlaşabilecekleri gibi dilerse hakem-bilirkişi raporundaki tespitle bağlı olmaksızın farklı bir çözüm üzerinde mutabık kalabilirler (Yardımcıoğlu, s. 490).

⁵⁵⁷ 7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 3. Maddesinde, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebiyle açılan davalarda, arabulucuya başvurulmuş olması dava şartı olarak düzenlenmiştir. (Pekcanitez, Atalay ve Özekes, Usûl Ders Kitabı, s. 643); Ekmekçi, Özekes, Atalı ve Seven, 145.

⁵⁵⁸ 7155 sayılı Abonelik Sözleşmesinden Kaynaklanan Para Alacaklarına İlişkin Takibin Başlatılması Usûlü Hakkında Kanun'un 20. maddesiyle Türk Ticaret Kanunu'nun 5/A maddesine eklenmiştir. Bu maddede belirtilen ticari davalardan konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartı olarak düzenlenmiştir. 7155 sayılı Kanun'un 22. maddesiyle, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununa yeni dava şartı olarak arabuluculuk kenar başlıklı 18/A maddesi eklenerek, ayrıntılı düzenleme yapılmıştır. Aynı Kanun'un 23. maddesiyle, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 3 maddesindeki arabuluculuğa ilişkin temel ilke olan iradi olmada, dava şartı olarak arabuluculuğa ilişkin 18/A maddesi hükmü saklı olacağı ifade edilmiştir. Ayrıca 7445 sayılı Kanun'la dava şartı arabuluculuğa tabi uyuşmazlıklarda, itirazın iptali ve menfî tespit ve istirdat davalarında da dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurulmuş olması dava şartı olarak kabul edilmiştir (Pekcanitez, Atalay ve Özekes, Usûl Ders Kitabı, s. 643); Ekmekçi, Özekes, Atalı ve Seven, s. 287.

tüketici uyuşmazlıkları⁵⁵⁹, kira uyuşmazlıkları ve ortaklığın giderilmesi davaları⁵⁶⁰ hakkında dava açmadan arabulucuya başvuru zorunlu⁵⁶¹ olarak düzenlenmiştir. Dava şartı arabuluculuk uygulamasındaki zorunluluk, arabulucuya başvurma yönünden sınırlı olup sürecin devamına, sürecin sonlandırılmasına veya bu süreçten vazgeçmek konusunda bir zorunluluk yoktur⁵⁶². Dava şartı arabuluculuk uygulaması⁵⁶³, doktrinde, hak arama özgürlüğü ve tarafların aynı statüde olmadıkları noktaları yönünden eleştirilmektedir⁵⁶⁴. Çünkü zorunlu arabuluculukta, yargısal güvencelerin dışarda bırakıldığı, ayrıca arabuluculuk ilkelerinin de uygulanmadığı melez bir kurum ortaya çıkmakta, tabiri caizse adeta adı konulmamış bir “arabuluculuk mahkemesi” ortaya

⁵⁵⁹ 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un 66. maddesi ve devamında tüketiciler bakımından, belli bir parasal miktara kadar, tüketici sorunları hakem heyetine başvuru zorunlu olup, tüketici sorunlarını, hakem heyetlerinin uyuşmazlıkları çözmesi, bir alternatif uyuşmazlık çözüm yoludur. Ayrıca 7251 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun’un 59. maddesinde, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’a 73/A maddesi eklenerek, belirli şartlarda, tüketici mahkemelerinde görülen uyuşmazlıklarda dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması zorunludur. Ancak tüketici hakem heyetlerinin görevi kapsamındaki uyuşmazlıklar zorunlu arabuluculuk kapsamından değildir (Pekcanitez, Atalay ve Özekes, Usûl Ders Kitabı, s. 644).

⁵⁶⁰ 7445 sayılı Kanun’la Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’na 18B maddesi eklenerek, kiralana taşınmazların 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu’na göre, ilâmsız icra yoluyla tahliyesine ilişkin hükümler hariç olmak üzere, kira ilişkisinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda, taşınır ve taşınmazların paylaştırılmasına ve ortaklığın giderilmesine ilişkin uyuşmazlıklarda, Kat Mülkiyeti Kanunu’ndan kaynaklanan uyuşmazlıklarda ve komşu hakkında kaynaklanan uyuşmazlıklarda, dava açmadan önce arabulucuya başvuru zorunlu hale getirilmiştir. Ayrıca, 7445 sayılı Kanun’la Tarım Kanunu’nun 13. maddesinde yapılan değişiklikle, tarımsal üretim sözleşmesinden doğan davalarda arabulucuya başvuru olması dava şartı olarak kabul edilmiştir (Pekcanitez, Atalay ve Özekes, Usûl Ders Kitabı, s. 644).

⁵⁶¹ Dava şartı arabuluculuk uygulaması kapsamında, davacı, arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılamadığına ilişkin son tutanağın aslını veya arabulucu tarafından onaylanmış bir örneğini dava dilekçesine eklemek zorundadır. Bu zorunluluğa uyulmaması hâlinde mahkemece davacıya, son tutanağın bir haftalık kesin süre içinde mahkemeye sunulması gerektiği, aksi takdirde davanın usûlden reddedileceği ihtarını içeren davetiye gönderilir. İhtarın gereği yerine getirilmez ise dava dilekçesi karşı tarafa tebliği çıkarılmaksızın davanın usûlden reddine karar verilir. Arabulucuya başvurulmadan dava açıldığının anlaşılması hâlinde herhangi bir işlem yapılmaksızın davanın, dava şartı yokluğu sebebiyle usûlden reddine karar verileceği düzenlenmiştir (HUAK m. 18/A/2).

⁵⁶² Ekmekçi, Özekes, Atalı ve Seven, 139-140; Tanrıver, Usûl Cilt II, s. 314.

⁵⁶³ Dava şartı arabuluculuk uygulaması, Anayasa’ya aykırı bulunarak, iki defa Anayasa Mahkemesi’nin kararına konu olmuştur. İlk karar henüz dava şartı arabuluculuğun olmadığı bir dönemde gerçekleşmiş olup, Anayasa Mahkemesi arabuluculuğun temel ilkeleri, iradilik ilkesine dikkat çekilmiş ve Anayasa’ya aykırı bulunmamıştır (AYM, T. 10.07.2013, E. 2012/94, K. 2013/89 (RG, 25.01.2014, S. 288893)). İkinci karar, 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu’nun dava şartı arabuluculuğun Anayasa’ya aykırı olduğu yönünde yapılan bir başvuru olup, Anayasa Mahkemesi daha önceki arabuluculuğun ihtiyarî olması kararına atıf yapmaksızın, mahkeme yapılan iptal başvurusunun reddine karar vermiştir (AYM, T. 11.07.2018, E. 2017/178, K. 2018/82 (RG, 11.12.2018, S. 30622)).

⁵⁶⁴ Ekmekçi, Özekes, Atalı ve Seven, s. 149-150; Özekes, Arabuluculuk İlkeleri, s. 135-136; Özekes, Arabuluculuk Mahkemeleri, s. 63.

çıkılmış ve bu durum hak arama özgürlüğü ve adalete erişimi şüphesiz zedelemektedir⁵⁶⁵.

Tarafların arabuluculukta anlaşmaya varma konusunda bir zorunlulukları yoktur (HUAk m. 3/I). Arabuluculuk faaliyeti sonunda, tarafların anlaşmaya varılması hâlinde, üzerinde anlaşılan hususlar hakkında taraflarca dava açılmayacağı düzenlenmiştir. (HUAk m. 18/V)⁵⁶⁶. Taraflar arabuluculuk faaliyeti sonunda bir anlaşmaya varırlarsa, bu anlaşma belgesinde bir şeyi verme veya yapma yahut

⁵⁶⁵ Ekmekçi, Özekes, Atalı ve Seven, s. 150; Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin ve arabuluculuğun amacı, uyuşmazlıkların çözümünde alternatif oluşturmak olup, yargıya alternatif oluşturmak değildir. Geline son nokta örtülü şekilde yargı yetkisinin üstlenilmesidir. Ancak yargı, devletin aslı ve vazgeçilmez hem görevi hem de gücü olup, vekâleten yürütülemez, açık ve örtülü devredilemeyecek olup, aksi durum hukuk devletine aykırılık teşkil edeceği gibi sosyolojik ve ekonomik sorunlarla karşı karşıya kalmamıza sebebiyet verir (Özekes, İlkeler, s. 136); Aslında basit ve kolay gönüllü uyuşmazlık çözüm yöntemi olan arabuluculuğun, bugün gelinen noktada, ciddi bir bürokrasi, ihtiyarî ve zorunlu arabuluculuk şeklinde, her bir uygulama alanı bakımından farklı süreler, usûl öngörülmesi, artık adı konulmamış, şekilde yapısı ve her birinin kendine özel usûlleri olan adeta “arabuluculuk mahkemeleri”ne doğru gidildiğini söylemek yanlış olmayacaktır. Bu nedenle zorunlu arabuluculuk, bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olmaktan çıkmış, “alternatif yargı yoluna” dönüşme tehlikesini barındırır hale gelmiştir (Özekes, Arabuluculuk Mahkemeleri, s. 63); Diğer yandan, dava şartı arabuluculuk düzenlemesi, gerçek anlamda dava şartları olan, mahkemeye, taraflara ya da dava konusuna ilişkin bir dava şartı olmaktan çok ilk itirazlara benzediği ifade edilmektedir. Tahkim gibi doğrudan yargılama yapan bir kurum dahi, ilk itiraz olarak kabul edilmişken, arabuluculuğun bir dava şartı olarak düzenlenmesi, nitekim kendi içinde çelişki doğurmaktadır (Ekmekçi, Özekes, Atalı ve Seven, s. 154); İstisnâî bir nitelik taşıyan iş, ticarî ve tüketici uyuşmazlıklarının yanına, ilerde aile hukuku uyuşmazlıkları da eklenmesi, artık özel bir dava şartı olan arabuluculuğun adeta genel bir dava şartı haline gelmesine sebebiyet verir. Ayrıca işçi işveren ilişkisinde işçi; tüketici işlemlerinde tüketici, ekonomik açıdan diğer tarafa göre daha zayıf konumda olup, bu durum onların aktif bir biçimde arabuluculukta müzakere sürdürmeleri ve bu konuda pazarlık yapmaları mümkün değildir. Bu durum, anlaşmaların gabinle meydana geldiği iddialarının çoğalmasına sebebiyet verecektir. Dava şartı arabuluculuğun kapsamına, eşitler arası ilişkilerin özellikle ekonomik sebeplerle bulunmadığı, kamu düzeninin etkin bir biçimde kendisini hissettirdiği alanlar olan, iş ve tüketici uyuşmazlıklarının dâhil edilmemesi, işçi ve tüketici hakkındaki koruyucu hükümler de göz önüne alındığında, daha doğru bir tutum olurdu (Tanrıver, Usûl Cilt II, s. 314-316).

⁵⁶⁶ Doktrinde, ancak tarafların üzerinde anlaşılan hususlar hakkında dava açılmayacağına ilişkin hüküm, eleştirilmiştir. Çünkü bu düzenlemenin ne maddi ne de yargılama hukuku bakımından, bu hükmün anlamının olmadığı ifade edilmiştir. Çünkü tarafların dava açma haklarının elinden alınamayacağı, dava açıldığı anlaşılırsa, dilekçenin kabul edilmemesinin mümkün olmadığı, nitekim anlaşılabilir, bu durumda bu husus ilk itiraz veya dava şartı olarak düzenlenmediği için usûlden reddedilmeyeceği ifade edilmiştir. Nitekim Kanun sadece arabulucuya başvuruyla dava şartı olarak düzenlenmiştir, diğer hususlarda bu konuda dava şartı ifadesi kullanılmamıştır. Nitekim tarafların arabuluculuk sonunda anlaşmalarına rağmen, özellikle belli durum ve şartlarda yine de dava açmaları gerekebilir. Örneğin, arabuluculuk kanunu ve yönetmeliğine uygun, gerçek bir arabuluculuk faaliyeti gerçekleştirilmiyse, taraf iradesi hata, hile, tehdit (TBK m. 27) veya gabin (TBK m. 28) sebepleriyle sakatlanmışsa, arabulucu tarafsız ve eşit davranmamışsa, uyuşmazlık arabuluculuğa elverişli olmamasına rağmen faaliyet yürütülmüşse bunlara rağmen dava açılmaz demek, hukuken mümkün de doğru da değildir. Bu durum tabiri caizse, açıkça hukuka aykırı ve sakat bir belgenin hukuk âleminde varlık kazanmasına, devletin yasama ve yargı erki sonucu olan Kanun ve mahkemelerle bu hususa yardımcı olmaktan öteye geçmez (Ekmekçi, Özekes, Atalı ve Seven, s. 113-114); Özekes, Arabuluculuk İlkeleri, s. 127; Özekes, Arabuluculuk Mahkemeleri, s. 55.

yapmamayı içeren eda hükümlerini içermesi durumunda, icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesini talep edebilirler. Dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurulmuşsa, anlaşmanın icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesi⁵⁶⁷, arabulucunun görev yaptığı yer sulh hukuk mahkemesinden talep edilebilir. Davanın görülmesi sırasında arabuluculuğa başvurulması durumunda ise anlaşmanın icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesi, davanın görüldüğü mahkemeden talep edilebilir. Bu şerhi içeren anlaşma, ilam niteliğinde belge sayılır (HUAK m. 18/II).

B. Hakem-Bilirkişilik Açısından Değerlendirme

Doktrinde, bir kuruma alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olarak nitelendirebilmemiz için üç unsurun olduğu ifade edilmektedir. Bunlardan birincisi, çözüme ulaşmada üçüncü kişinin müdahalesinin gerekliliğidir. Nitekim alternatif uyuşmazlık çözüm yolunda, bir anlaşmazlığın giderilememesi alenileşmesi sonucu meydana gelen bir uyuşmazlık, taraflarca giderilemediği için tarafsız bir üçüncü kişiye ihtiyaç duyulmaktadır. İkinci unsur, bu yöntemlere, tarafların iradesiyle başvurulabileceği gibi, devlet veya tahkim yargısı devam ederken, tarafların talebi veya doğrudan hâkimin veya hakemin yönlendirmesi sonucuyla başvurulabilmesidir. Bu konuda alternatif uyuşmazlık çözüm yolunun, yargılamanın zorunlu bir parçası olarak dâhi düzenlenmesi mümkündür. Son unsur, alternatif usûller kullanılarak, ulaşılan çözümün kural olarak bağlayıcı olmamasıdır⁵⁶⁸.

Hakem-bilirkişilik açısından bu üç unsurun değerlendirilmesi gerekmektedir. İlk unsur bakımından, hakem-bilirkişilik taraflar arasındaki çekişmeli vakıaların, tarafları ve mahkemeyi bağlayıcı şekilde, üçüncü kişi olarak, uzman, tarafsız ve bağımsız bir hakem-bilirkişi tarafından tespitini amaçlandığından, bu unsur sağlanmaktadır. İkinci unsur bakımından, hakem-bilirkişilik hukukumuzda zorunlu bir dava şartı olarak öngörülmeyp tarafların davada tahkikat aşamasını esas alan bir delil

⁵⁶⁷İcra edilebilirlik şerhinin verilmesi, çekişmesiz yargı işidir ve buna ilişkin inceleme dosya üzerinden yapılır. Ancak arabuluculuğa elverişli olan aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda inceleme duruşmalı olarak yapılır. Bu incelemenin kapsamı anlaşmanın içeriğinin arabuluculuğa ve cebri icraya elverişli olup olmadığı hususlarıyla sınırlıdır (HUAK m. 18/III). Taraflar ve avukatları ile arabulucunun birlikte imzaladıkları anlaşma belgesi, icra edilebilirlik şerhi aranmaksızın ilâm niteliğinde belge sayılmaktadır HUAK m. 18/IV).

⁵⁶⁸İldır, s. 27-29; Özbay, s. 463-464.

sözleşmesi olarak nitelendirilmektedir. Dolayısıyla hakem-bilirkişilik tarafların iradeleriyle başvuru olan bir yöntem olduğundan, ikinci unsur da sağlanmaktadır. Son unsur olan, alternatif usûller kullanılarak, ulaşılan çözümün kural olarak bağlayıcı olmaması hususu, hakem-bilirkişilik sözleşmesinin esaslı unsurunun, tarafları ve mahkemeyi bağlayıcı olduğu göz önüne alındığında, bu unsur sağlanmamaktadır. Ancak, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının kökeni olarak 1980'lerin başında, Amerika Birleşik Devletleri'nde, alternatif uyuşmazlık çözüm yolları ifadesi, mahkemeler dışındaki bütün uyuşmazlık çözüm yollarını tanımlamak için oluşturulmuştur. Amerika Birleşik Devletleri'ndeki ticari davalardaki jüri sistemi, yargılamanın pahalı ve uzun sürmesine sebebiyet verdiğinden, tahkim ve ona benzeyen yöntemler, mahkemeye bir alternatif olarak daha popüler hâle gelmiştir. Amerika Birleşik Devletleri'nde ilk olarak üçüncü kişinin yardımının olduğu müzakere ve arabuluculuk şeklinde bağlayıcı olmayan sistemlerden daha radikal ve tatmin edici çözümler aranmıştır. Ancak bu sistemlerden gerekli verim alınamayınca, alternatif uyuşmazlık çözüm yolları, sadece bağlayıcı olmayan sistemlerle sınırlandırılmamıştır. Dolayısıyla Amerika Birleşik Devletleri'nde alternatif uyuşmazlık çözüm yolları ifadesi, mahkemeler dışındaki tahkim dâhil, bağlayıcı ve bağlayıcı olmayan tüm sistemlere atıfta bulunmak için kullanılmaktadır⁵⁶⁹. Aynı şekilde, İngiliz hukukunda da ilk başta, alternatif uyuşmazlık çözüm yolları, genel olarak yalnızca bağlayıcı olmayan sistemlere atıfta bulunmak için kullanılmıştır. Ancak sonradan İngiliz hukuku da Amerikan hukukundan etkilenmiş ve mahkeme dışındaki bağlayıcı sistemleri içerecek şekilde genişletmiştir. Bu şekilde günümüzde, bağlayıcı sistemlerde alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına dâhil edilmiştir⁵⁷⁰. Dolayısıyla alternatif uyuşmazlık çözüm yolları geniş olarak anlaşılmakta, yargılama dışında kalan bütün uyuşmazlık çözüm yöntemleri olarak ifade edilmektedir. Bunun sonucu olarak da hakem-bilirkişilik, hem Anglo-Sakson hukuk sistemlerinde⁵⁷¹ hem de Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde⁵⁷², alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından biri

⁵⁶⁹ Kendall, Freedman ve Farrell, s. 5, para. 1.1.11; Ildır, s. 30.

⁵⁷⁰ Kendall, Freedman ve Farrell, s. 5, para. 1.1.11.

⁵⁷¹ Kendall, Freedman ve Farrell, s. 15-19; Blake, Browne ve Sime, s. 33; Kajkowska, s. 12; Ağaoğlu, s. 182-183; Valesek ve Wilson, s. 63-64; Yeşilırmak, Hakem-Bilirkişilik, s. 694; Yeşilırmak, Öneri, s. 29.

⁵⁷² Gerhard Walter, "Dogmatik der Unterschiedlichen Verfahren zur Streitbeilegung", **ZZP**, 103. Band, Heft 2, 1990, s. 147, 169; Greger ve Stubbe, s. 32-33; Maus, s. 131; Lorenzen, s. 14; Bachmann, s. 14; Angstmann, 11; Brosi, s. 301.

olarak nitelendirilmektedir. Alman hukukunda özellikle hakem-bilirkişilik kurumunun, tahkim gibi bir alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olduğunu vurgulamak için hakem-bilirkişilik, doktrinde, genel olarak ispat sözleşmeleri kısmında değil, tahkim öncesi açıklamalar bölümünde incelenmektedir⁵⁷³.

Hukukumuzda, hakem-bilirkişilik sözleşmelerinin delil sözleşmesi niteliğinde olması vurgulanmakta, bu nedenle hakem-bilirkişilik, genel olarak delil sözleşmesinin bir türü olan münhasır delil sözleşmesi kısmında incelenmektedir⁵⁷⁴. Ancak delil sözleşmeleri bir alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olmayıp tarafların kendi aralarında delil veya delilleri sınırlandırılmasını esas alan bir sözleşmedir. Ayrıca delil sözleşmelerinde, delil sözleşmesine konu olan delil bakımından, hâkimin delilleri serbestçe değerlendirme yetkisi hâlen devam etmektedir. Bu nedenle delil sözleşmeleri sadece delilleri sınırlandıran bir menfi bir etkiye sahiptir⁵⁷⁵. Hakem-bilirkişilik sadece genel olarak alternatif uyuşmazlık çözüm yollarını inceleyen eserlerde, alternatif uyuşmazlık çözüm yolları arasında incelenmektedir⁵⁷⁶.

Hakem-bilirkişilik kanaatimizce bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden birisidir. Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarındaki, uyuşmazlık ifadesi geniş manada yorumlanması gerekir. Taraflar alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleriyle hukukî uyuşmazlığın tamamını sona erdirebileceği, hukukî uyuşmazlık için önem arz eden önemli vakıa hakkında belirsizliği de sona erdirebilir. Nitekim Anglo-Sakson hukukunda, alternatif uyuşmazlık çözüm yolu çok geniş olarak yorumlanmaktadır. Örneğin, doğrudan bir uyuşmazlığı çözmek yerine, uyuşmazlığın temelindeki bağlayıcı olmayacak şekilde, vakıaların doğru tespitini sağlayan vakıaların saptanması yöntemi de alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından birisi

⁵⁷³ Stein, Jonas ve Schlosser, vor § 1025, s. 25-45; Rosenberg, Schwab ve Gottwald, § 175, s. 1093-1097; Schwab, Walter ve Baumbach, s. 7-16; Adolf Baumbach, Wolfgang Lauterbach, Jan Albers ve Peter Hartmann, Zivilprozessordnung Band 1, 78. Auflage, München 2020, vor § 1025, s. 2534-2536.

⁵⁷⁴ Kuru, Usûl Cilt III, s. 2889; Kuru, Arslan ve Yılmaz, s. 442-443; Kuru, Usûl Hukuku, s. 325; Kuru ve Aydın, Usûl Ders Kitabı, s. 335-336; Kuru, Usûl El Kitabı Cilt I, s. 851; Pekcanitez, Atalay ve Özekes, Usûl Hukuku, s. 718-719; Pekcanitez, Atalay ve Özekes, Usûl Ders Kitabı, s. 384-385; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, s. 520-521; Tanrıver, Usûl Cilt I, s. 909-910; Şengel, s. 281; Battal, s. 134; Konuralp, İspat, s. 64; Görgün, Börü ve Kodakoğlu, s. 515; Korkmaz, s. 120.

⁵⁷⁵ Baumgärtel, s. 253-254; Schlosser, Parteihandeln, s. 89; Stein, Jonas ve Schlosser, vor § 1025, s. 37, Rn. 60; Kornblum, s. 100-101.

⁵⁷⁶ Ildır, s. 170-174; Özbek, Alternatif Uyuşmazlık, s. 230; Özbek, Tahkim Cilt I, s. 192-194; Yeşilirmak, Hakem-Bilirkişilik, s. 694; Yeşilirmak, Öneri, 26.

olarak nitelendirilmektedir⁵⁷⁷. Aynı şekilde arabuluculukta da taraflar hukukî uyuşmazlığı kendi kararlarıyla sona erdirebileceği gibi, sadece hukukî uyuşmazlık için önem arz eden vakıa hakkında belirsizliği de sona erdirebilir. Bu durum arabuluculuğun bir alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olarak nitelendirilmesini sona erdirmez. Hakem-bilirkişilikte taraflar aralarında çekişmeli vakıanın bağlayıcı olarak tespiti için genel olarak, hakem-bilirkişiliğe dava açmadan önce başvurmaktadır. Taraflar aralarındaki çekişmeli vakıa hakkında, uzman, tarafsız ve bağımsız hakem-bilirkişiden uyuşmazlıkları için merkezî noktaya sahip vakıa hakkında bağlayıcı rapor düzenlemelerini talep ederler. Hakem-bilirkişinin raporu sayesinde, taraflar kendi pozisyonları hakkında gerçekçi bir görüş edinmeleri sağlanır ve gerektiğinde kendi pozisyonlarından bazı hususlarda vazgeçmelerini sağlar. Bu şekilde, hakem-bilirkişilik hızlı bir şekilde tarafların vakıa hakkındaki anlaşmazlıklarının çözümlenmesine veya en azından gelecekte açılacak davada başarı şansının düşük olmasından kaynaklı, dostane bir sulh anlaşmasına katkıda bulunur. Çünkü hakem-bilirkişinin çekişmeli vakıa hakkında düzenlemiş olduğu rapor, açıkça hakkaniyete aykırı veya açıkça yanlış olduğu sebebiyle mahkemece karar verilene kadar, tarafları ve mahkemeyi bağlamakta ve mahkeme artık diğer delillere başvuramamaktadır. Bu nedenle hakem-bilirkişilik kurumunun, davayı önleyici (Prozessvermeidungsfunktion) fonksiyonu bulunduğu ifade edilerek, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından biri olarak nitelendirilmektedir⁵⁷⁸. Ayrıca tarafların uyuşmazlıklarının sadece vakıa temelli olması durumunda hakem-bilirkişilik hem davayı önleyici hem de uyuşmazlık çözücü fonksiyona (Streitbeilegung) sahiptir⁵⁷⁹. Bu yönüyle hakem-bilirkişi raporu, tarafların vakıa üzerindeki uyuşmazlık üzerindeki uyumsuzluğunun (Dissonanz), vakıa tespiti hususuna ilişkin hakem-bilirkişi atanması konusunda iradelerinin uyumluluğu (Konsananz) kesiştiği noktada hareket eder⁵⁸⁰. Diğer yandan, tarafların dava öncesi hakem-bilirkişilik kurumuna başvurması sonrası dava açması veya dava aşamasında hakem-bilirkişiliğe başvurması durumunda, hakem-bilirkişilik sözleşmesinin usûlî

⁵⁷⁷ Ekmekçi, Özekes, Atalı ve Seven, s. 13-14; Tanrıver, Alternatif Uyuşmazlık, s. 163; Ildır, s. 80-82; Kekeç, s. 18.

⁵⁷⁸ Walter, s. 147; Habscheid, FS Kralik, s. 189, 196; Greger ve Stubbe, s. 32-33; Maus, s. 131-132; Lorenzen, s. 14; Bachmann, s. 14; Angstmann, s. 11; Brosi, s. 301; Rauscher, s. 28; Wagner, s. 664; Weiler, s. 3; Kornblum, s. 100; Ildır, s. 173.

⁵⁷⁹ Maus, s. 33; Habscheid, FS Kralik, s. 189, 196; Greger ve Stubbe, s. 137.

⁵⁸⁰ Maus, s. 32.

etkileri olan çekişmeli vakıanın ispatının tek delil olan hakem-bilirkişi raporuyla sınırlandırılması (menfî etki) ve bu raporda tespit edilen vakıa bakımından hâkimin bağlı kılınması (müspet etki) şeklinde etkileri ortaya çıkacaktır. Bu durumda, hakem-bilirkişilik hem bağlayıcı olarak vakıa belirsizliğini ortadan kaldıran alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi hem de yargılamada hâkimin o vakıa hakkında sadece hakem-bilirkişi raporuna başvurması ve bu raporla bağlı olması şeklinde, tahkikatın konusunu daraltan ve bu sayede yargılamayı hızlandıran, delil sözleşmesinden daha üst bir kavram olan, ispat sözleşmesi (Beweisvertrag) etkisini gösterir. Bu şekilde, hakem-bilirkişilik, tarafları ve mahkemeyi bağlayıcı özelliği sayesinde, hukukî uyuşmazlığın çözümüne yardımcı, alternatif bir uyuşmazlık çözüm yöntemidir.

Hakem-bilirkişilik, ayrıca hakem-bilirkişinin tarafsız, bağımsız ve uzman bir üçüncü kişi olarak, tarafları ve mahkemeyi bağlayıcı bir rapor verme yetkisine sahip olmasıyla, arabuluculuk ve vakıa tespiti kurumundan ayrılmaktadır. Ayrıca, tarafların aralarında, kurmak istedikleri sözleşme öncesi, belli bir konu hakkında hakem-bilirkişiye başvuracaklarına dair anlaşmalar ve hakem-bilirkişi raporunun bağlayıcı özelliği sebebiyle kıymet takdirinden ayrılmaktadır. Hakem-bilirkişilikte yargılama yapılmaması, hakem-bilirkişi raporunun kesin hüküm teşkil etmemesi ve adil yargılanma hakkının sınırlı olarak uygulanması yönünden de tahkimden ayrılmakta olup doktrinde karma alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak da nitelendirilmektedir⁵⁸¹.

Hakem-bilirkişilik, özellikle hukuk yargısına ilişkin reform çalışmalarının yapıldığı ve dostane uyuşmazlık çözüm yollarının önem kazandığı durumlarda, daha etkin kullanılması gereken kurumlardan biridir. Karşılaştırmalı ve milletlerarası hukuk açısından bakıldığında, hakem-bilirkişilik kurumunun kullanımının arttığı aşikâr bir sonuçtur⁵⁸². Milletlerarası özel hukuk anlaşmalarının gittikçe artan karmaşıklığının doğal bir sonucu olarak, sık sık teknik nitelikteki problemler meydana gelmekte ve bu durumlar sözleşmenin ifasını tehdit etmektedir. Bu problemler özellikle, sınaî tesislerin yapımına ve sınaî işbirliğine ilişkin sözleşmeler bakımından yaygındır. Örneğin, uluslararası bir otoyol yapımı anlaşmasında dökülen asfalt veya betonun kalitesi, bir anahtar teslim fabrika yapım sözleşmesinde, alet ve gereçlerin miktar ve

⁵⁸¹ Özbek, Tahkim Cilt I, s. 202; Özbek, Alternatif Uyuşmazlık, s. 230.

⁵⁸² Kendall, Freedman ve Farrell, s. 1-19; Sessler ve Leimert, s. 151; Vasek ve Wilson, s. 64; Şanlı, s. 489, 503; Taşpınar, İspat Sözleşmeleri, s. 141; Yeşilirmak, Öneri, s. 26.

kalitesi gibi sorunlar ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle taraflar, kendilerini ve mahkemeyi bağlayıcı hakem-bilirkişilik sözleşmelerine başvurmaktadır⁵⁸³.

Hakem-bilirkişilik diğer yandan, en çok ulusal veya uluslararası sözleşmelerde, bir malın kalitesinin bağlayıcı olarak belirlenmesine yönelik vakıa temelli uyuşmazlıklarda uygulanmaktadır. Ancak bu sistemler mukayeseli hukuk bakımından farklı olarak nitelendirilmektedir. Amerikan ve İngiliz hukukunda “*look sniff arbitration*” olarak ifade edilen genel olarak bir malın kalitesinin belirlendiği uygulamalar tahkim olarak nitelendirilmekte, ancak burada adil yargılanma hakkının bir unsuru olan hukukî dinlenilme hakkı, taraflara tanınmayıp sadece mallardan numune alınarak, malın kalitesi belirlenmektedir⁵⁸⁴. Diğer yandan, Alman hukukunda bir malın kalitesinin belirlendiği bu sistemler, ulusal sözleşmeler açısından “*Qualitätstarbitrage*”, uluslararası sözleşmeler bakımından “*Survey-Verfahren*” şeklinde ifade edilmektedir. Bu sistemler, öncelikle bir hukukî ilişki hakkında olmaması, sadece bir vakıanın tespitini esas aldığından dolayı hakem-bilirkişilik olarak nitelendirilmektedir. Ayrıca, sadece malın numunesinin alınarak, taraflara açıklama hakkı verilmeden yapılan bu sistemleri tahkim olarak nitelendirmek, adil yargılanma hakkının bir unsuru olan hukukî dinlenilme hakkının ihlali teşkil eder. Bu nedenle adil yargılanma hakkının ihlâl edilmesinin önlenmesi için hakem-bilirkişilik olarak nitelendirilmektedir⁵⁸⁵. Ancak bu yöntemde, hakem-bilirkişi hem vakıa tespiti yapmakta hem de malın istenilen kalitede olmadığı durumda, indirimli

⁵⁸³ Şanlı, s. 503-504; Uluslararası ve ticarî ve ekonomik uyuşmazlıkların çözümü alanında, kurumsal olarak hakem-bilirkişilik faaliyeti, Milletlerarası Ticaret Odası (MTO) tarafından yürütülmektedir. MTO tarafından, 1796 yılında Uluslararası Teknik Bilirkişilik Merkezi (The International Centre for Expertise) kurulmuştur. Merkezin, teknik bilirkişilik faaliyetlerini düzenleyen en son kuralları “ICC Experts Rules-Proposal of Experts and Neutrals Appointment of Experts and Neutrals, Administration of Experts Proceedings” adı altında 1 Şubat 2015 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere yürürlüğe konmuştur. Ancak bu kuruma tam olarak hakem-bilirkişilik olarak nitelendiremeyiz. Çünkü bilirkişilerin raporlar, ihtilaf tahkim veya mahkeme götürüldüğünde, bağlayıcı özelliğe sahip değildir, ancak taraflar aksini kararlaştırabilirler (Şanlı, s. 504-505); Aynı şekilde Uyuşmazlık Çözüm Kurulları (Dispute Review Boards veya Dispute Adjudication Boards) kararları, taraflar aksini kararlaştırmadığı sürece bağlayıcı olmadığından hakem-bilirkişilik olarak nitelendiremeyiz (Yeşilırmak, Öneri, s. 30); Yeşilırmak, Hakem-Bilirkişilik, s. 701.

⁵⁸⁴ Borowsky, Schiedsgutachten, s. 127-136; Borowsky, Common Law, s. 50-52; Özbek, Alternatif Uyuşmazlık, s. 230; Özbek, Tahkim Cilt I, s. 202; Kendall, Freedman ve Farrell, s. 285.

⁵⁸⁵ Rauscher, s. 38-40; Sieveking, s. 33; Greger ve Stubbe, s. 100-102; Stein, Jonas ve Schlosser, s. 26, vor § 1025, Rn. 43; Schwab, Walter ve Baumbach, s. 16-17.

fiyatını (Minderwert) belirlemekte olduğundan, temel hakem-bilirkişilik kurumundan da farklılık arz etmektedir⁵⁸⁶.

Hakem-bilirkişilik kademeli veya çok aşamalı uyuşmazlık (Eskalationsklauseln) çözümünde de bir şart (kloz) olarak kullanılmaktadır. Bu şart sonucu, taraflar bir alternatif uyuşmazlık çözüm yolundaki bir yöntemi denemeden, bir üst yönteme başvuramazlar. Genelde üç aşamalı olan bu yöntemlerde ilk aşama müzakere, ikinci aşama alternatif uyuşmazlık çözüm yolları yöntemleri ve son aşama olarak tahkim veya mahkemedir. Hakem-bilirkişilik, kademeli çok aşamalı uyuşmazlık sisteminde, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından biri olarak genelde ikinci aşamada kullanılmaktadır⁵⁸⁷.

C. Hakem-Bilirkişilik ve Hibrit Yöntemler

Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları sınırlı sayıda olmaksızın taraflara çeşitli imkânlar sunar. Taraflar çok çeşitli olan bu alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin temel öğelerini, diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemiyle birleştirebilmekte ve bu şekilde hibrit (hybrid) alternatif uyuşmazlık çözüm yolları oluşturabilmektedir⁵⁸⁸. Bu kadar geniş bir şemsiyeyi oluşturan bu yöntemler bakımından, Alman hukukunda, bunları tanıtan kuruluşlar bulunmaktadır. Çünkü tarafların bir uyuşmazlık durumunda, bir alternatif uyuşmazlık çözüm yolu üzerinde anlaşmaya varmada güçlük çekmelerinin nedeni, genellikle ya çatışmanın nedenlerini farklı değerlendirmeleri ya da mevcut alternatif uyuşmazlık çözümü araçlarıyla ilgili yeterli bilgi ve deneyime sahip olmamalarından kaynaklanmaktadır. Bu nedenle Alman hukukunda, tarafların hangi uyuşmazlıkta hangisini seçmesi gerektiğine ilişkin “*Konfliktaufstellung*” olarak ifade edilen, üçüncü kişiler bulunmaktadır. Nitekim taraflar, kendileriyle olan çatışmayı ilk adımda analiz edecek, uygun aracı ve üçüncü tarafı (veya tarafları) seçecek ve prosedürün gidişatını netleştirecek bir üçüncü kişilere yönelmektedir⁵⁸⁹.

⁵⁸⁶ Schwab, Walter ve Baumbach, s. 16; Rauscher, s. 32, 40; Stein, Jonas ve Schlosser, s. 26, vor § 1025, Rn. 43.

⁵⁸⁷ Greger ve Stubbe, s. 8-9, Rn. 20; Maus, s. 31; Ağaoğlu, s. 99.

⁵⁸⁸ Christian Stubbe, “Kombination des Schiedsgutachtensverfahren mit Anderen Verfahrenstufen”, **Schiedsgutachten Versus Schiedsgerichtsbarkeit**, München 2007, s. 80; Greger ve Stubbe, s. 137; Özbek, Alternatif Uyuşmazlık, s. 230-231; Ildır, s. 102.

⁵⁸⁹ Greger ve Stubbe, s. 83, Rn. 230.

Bunun sonucu olarak, taraflar uyuşmazlık anında hangi alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının seçileceğini, sözleşmede belirlemek yerine, sözleşmelerinde hangi alternatif uyuşmazlık çözüm yolunu seçeceklerini boş bırakmakta ve bu şekilde sözleşmelerinde, açık kloz şartlarını (Offene Vertragliche Regelung) tercih etmektedir⁵⁹⁰.

Hakem-bilirkişilik yöntemi de çok yönlü bir yöntem olup, hem alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olarak, müzakere, arabuluculuk, tahkim hem de yargılamayla uyum sağlayabilmektedir. Aşağıda, hakem-bilirkişilik kurumunun bunlara ne ölçüde dâhil edilebileceği incelenecektir.

1. Hakem-Bilirkişilik ve Müzakere

Müzakere taraflar arasındaki görüşmelere kural olarak üçüncü kişilerin dâhil olmadığı, tarafların doğrudan veya temsilcileri aracılığıyla, bir araya gelerek fikir alışverişinde bulundukları bir yöntemdir. Ancak müzakerede de taraflar arasındaki iletişimin tıklandıkları noktada, tarafsız bir üçüncü kişiye ihtiyaç duyulmakta olup bu üçüncü kişi arabulucu, hakem veya hakem-bilirkişi olabilir⁵⁹¹. Özellikle sulhla ilgili düzenlemeler, bir noktada müzakerenin hedeflemiş olduğu sonuçtaki anlaşmaya varmaya yer veren bir düzenleme olarak sayılabilir. Bu çerçevede üçüncü kişilerin yer almadığı, taraf ve taraf temsilcisi arasında davadan önce veya davadan sonra gerçekleşen sulh anlaşması, müzakerenin hukukî bakımından en kurumsal hâlidir. Müzakere, bu şekilde, yargılamayla da bağlantılı özel sonuçları olan bir alternatif uyuşmazlık çözüm yoludur⁵⁹². Sulh, ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği konularda yapılabilir⁵⁹³. Ayrıca sulh anlaşması, uyuşmazlığın tamamında yapılabileceği gibi bir kısmında da yapılabilir⁵⁹⁴. Tarafların kendi aralarında, dava öncesi alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olarak üzerinde anlaşmaya varılan çözüm, mahkeme dışı sulh niteliğindedir⁵⁹⁵. Ancak taraflar dava devam ederken, mahkeme

⁵⁹⁰ Greger ve Stubbe, s. 82-83.

⁵⁹¹ Özbay, s. 465; Tanrıver, Alternatif Uyuşmazlık, s. 165-166; Ildır, s. 66-67; Tanrıver, Usûl Cilt II, s. 247.

⁵⁹² Ekmekçi, Özekes, Atalı ve Seven, s. 13; Ildır, s. 162-167.

⁵⁹³ Ergün Önen, **Medeni Yargılama Hukukunda Sulh**, Sevinç Matbaası, Ankara 1972, (Sulh), s. 44.

⁵⁹⁴ Önen, Sulh, s. 51-52.

⁵⁹⁵ Önen, Sulh, s. 50.

dışında yapmış oldukları sulha ilişkin anlaşmayı, mahkemeye ibraz ederlerse, sulh anlaşmasının mahkemeye verildiği tutanağa yazılır (HMK m. 154/III-ç) ve sulh anlaşması tutanağa eklenir. Taraflar, duruşmada veya keşifte sulh olmak isterlerse, bu tutanağa geçirilir, okunduktan sonra taraflara imzalatılır ve mahkeme içi sulh anlaşmasına dönüşür⁵⁹⁶. Ayrıca Avukatlık Kanunu'nun⁵⁹⁷ 35A maddesi uyarınca, avukatlara, uzlaşma sağlama yetkisi getirilmiştir. Bu maddeye göre avukatlar, dava açılmadan veya açılmış olup da henüz duruşma başlamadan önce kendilerine intikal eden iş ve davalarda karşı tarafı uzlaşmaya davet edebilir. Karşı taraf bu davete icabet eder ve uzlaşma sağlanırsa, uzlaşma avukatlar ve müvekkilleri tarafın imzalanan bu tutanak, 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun⁵⁹⁸ 38. maddesine göre, ilâm niteliğinde belge sayılır ve bu şekilde ilâmlı icra takibi yapılabilir⁵⁹⁹.

Sulh sözleşmesi, diğer davaya son veren taraf usûl işlemleri olan kabul ve feragat sözleşmelerinden farklı olarak hem mahkeme öncesi hem de mahkeme içinde şarta bağlı olarak yapılabilmektedir (HMK m. 313/IV)⁶⁰⁰. Ancak şarta bağlı yapılan sulhta bu şart, hükümde belirtilemez. Davanın sulhla sonuçlanması hâlinde, taraflar sulha göre karar verilmesini isterlerse, sulh sözleşmesine göre, sulha göre karar verilmesini istemezlerse, karar verilmesine yer olmadığına ilişkin karar verilir (HMK m. 315/I).

Taraflar, sulha konu olan hukukî işlemin bir unsurunu, bağlayıcı olarak hakem-bilirkişiye bırakabilirler. Ancak bu durum, hakem-bilirkişilik sözleşmesinin hukukî niteliğini bir sulh sözleşmesi yapmayıp sulh ve hakem-bilirkişilik sözleşmesi şeklinde iki sözleşme bulunmaktadır. Sulh sözleşmesinin esaslı unsuru olan, tarafların karşılıklı fedakârlığının yerini, hakem-bilirkişi raporu almaktadır. Örneğin, taraflar sulh sözleşmesinde, aralarında bir malın cinsine, kalitesine (vasfına) veya malın fiyatına ilişkin anlaşmada bunların tespitini, üçüncü kişi olarak, bu hususlarda, bağlayıcı olarak hakem-bilirkişiye bırakabilirler. Burada, bir nevi tarafların karşılıklı fedakârlığının

⁵⁹⁶ Kuru ve Aydın, Usûl Ders Kitabı, s. 413; Pekcanitez, Atalay ve Özekes, Usûl Ders Kitabı, s. 455; Pekcanitez, Atalay ve Özekes, Usûl Hukuku, s. 827; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, s. 635.

⁵⁹⁷ RG., 19.3.1969, S. 1136.

⁵⁹⁸ RG., 9.6.1932, S. 2004.

⁵⁹⁹ Kuru ve Aydın, Usûl Ders Kitabı, s. 418; Pekcanitez, Atalay ve Özekes, Usûl Hukuku, s. 829; Pekcanitez, Atalay ve Özekes, Usûl Ders Kitabı, s. 457.

⁶⁰⁰ Önen, Sulh, s. 58-61; Pekcanitez, Atalay ve Özekes, Usûl Hukuku, s. 827; Pekcanitez, Atalay ve Özekes, Usûl Ders Kitabı, s. 455.

yerini, hakem-bilirkişi raporu almaktadır. Ancak taraflar burada, sulh sözleşmesinden farklı olarak⁶⁰¹, hakem-bilirkişi raporunun açıkça hakkaniyete aykırı veya yanlış olmadığını iddia ederek, hakem-bilirkişi raporunun bağlayıcı olmadığına ilişkin dava açabilirler⁶⁰².

2. Hakem-Bilirkişilik ve Tahkim

Hakem-bilirkişilik ve tahkim kurumları, birbirilerini dışlamamaktadır. Çünkü hakem-bilirkişinin tespit etmiş olduğu vakıalar bakımından, tarafların, hâkimin ve hakemin bağlı olması bu bağlantıyı sağlamaktadır. Ayrıca, hakem-bilirkişinin uyuşmazlığın hukukî yönüyle ilgilenmemesi, sadece vakıa tespiti yapması hakem-bilirkişiliğin eksik yanını oluşturmaktadır. Nitekim hakem-bilirkişinin de hukukî ilişkiyle ilgili vakıa tespiti yaparken, hukukî uyuşmazlıklarla karşılaşma olasılığı fazladır. Bu nedenle tarafların şartlarında (klozlarında), vakıa tespitine ilişkin tespitlerin hakem-bilirkişi tarafından; hukukî uyuşmazlıkların hakem tarafından yapılacağına ilişkin şartlar yazmaları mümkündür ve bu durum farklı hukuk sistemlerinde uygulanan bir durumdur⁶⁰³. Ancak bizim hukuk uygulamamızda bunun çok sıklıkla gerçekleştiği söylenemez.

Özellikle şirket veya şirket hissesinin satılmasında, tarafların hem tahkim hem de hakem-bilirkişiliği birlikte⁶⁰⁴ kullanmaları mümkündür. Şirket satış sözleşmesindeki, sözleşmelerin yorumlanması gibi, hukukî uyuşmazlıklarda hakeme başvurulmakta; ancak vakıa tespitlerinde hakem-bilirkişiye başvurulmaktadır. Hakem-bilirkişi raporunda tespit edilen vakıalar hakemi de bağladığı için tahkimde, bu vakıa hakkında, tekrar inceleme yapılmamakta ve bu şekilde hakem, hızlı bir şekilde hukukî uyuşmazlık hakkında karar verebilmektedir. Bu yöntem sayesinde, hakem kararı, hakem-bilirkişi raporunu esas alarak düzenlenmektedir. Ayrıca, hakem-

⁶⁰¹ Sulh ile dava sona erer, mahkeme sadece usûl hukuku kurallarına uyulup uyulmadığını inceler ve daha sonra sulhun içeriğine göre karar verir. Sulh bu şekilde ilgili bulunduğu davayı sona erdirir ve tek taraflı dönülemez. Ancak hata, hile ve ikraha dayanarak ya da aşırı yararlanma hallerinde sulhun iptali istenebilir (HMK m. 315/II) (Pekcanitez, Atalay ve Özkes, Usûl Ders Kitabı, s. 456); Pekcanitez, Atalay ve Özkes, Usûl Hukuku, s. 828.

⁶⁰² Bachmann, s. 44, dn. 3a.

⁶⁰³ Stubbe, s. 81; Greger ve Stubbe, s. 137-138; Angtmann, s. 45, Rn. 90; Ağaoğlu, s. 99-100.

⁶⁰⁴ Londra Uluslararası Tahkim Okulu Queen Mary Üniversitesi'nde yapılan 2006 yılındaki araştırmaya göre, katılımcıların %73'ünün yaklaşık olarak üçte ikisi tahkimi, diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yollarıyla birlikte kullanmayı tercih etmiştir (Ağaoğlu, s. 168).

bilirkişi raporunun doğrudan icra edilememesi dezavantajı, hakem kararının doğrudan icra edilebilmesiyle aşılmaktadır⁶⁰⁵.

Ayrıca, bu yöntemin diğer bir avantajı, hakem-bilirkişiliğin daha hızlı ve aktif olarak kullanılabilmesi açısından, hakem-bilirkişinin hakem tarafından seçilmesi, hakem-bilirkişinin reddi usûlü, hakem-bilirkişilik prosedüründe tarafların işbirliği yükümlülüğünün hakem kararıyla sağlanması, esas ve hakem-bilirkişilik sözleşmelerinin geçerli olup olmadığına ilişkin itirazlar (kompetenz-kompetenz) (HMK m. 422), hakem-bilirkişi raporunun iptali ve hakem-bilirkişinin sorumluluğu gibi yargılama gerektiren hususlar, hızlı bir şekilde hakem tarafından karara bağlanabilmektedir. Bu yöntem sonucunda, tahkime sadece hukukî bir sorun olduğunda başvurulmakta olduğundan, hakem masrafları da azalmaktadır. Diğer bir ifadeyle, sadece ihtiyaç duyulması hâlinde tahkimde hakeme başvurulmaktadır. Ayrıca, bu yöntem sayesinde tahkimde çok sayıda duruşma yapılması gibi katı şekilcilik, hakem-bilirkişilikle aşılmaktadır⁶⁰⁶.

Hukukumuzda Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 431. maddesinde, hakem veya hakem kurulunca bilirkişi seçilmesine izin verilmektedir. Ayrıca, tarafların uyuşmazlık konusunda kendi seçtikleri özel bilirkişileri de dinletebilecekleri düzenlenmiştir (HMK m. 431/II). Burada tarafların hakem-bilirkişi seçmeleri de tereddütsüz kabul edilmelidir. Çünkü burada ifade edilen özel bilirkişi kavramı, kanaatimizce hem uzman görüşünü hem de hakem-bilirkişiyi kapsamaktadır. Bu şekilde, hakem-bilirkişinin tespit etmiş olduğu vakıalar bakımından, hakem bağlı olduğundan, sadece hukukî uyuşmazlığı ve hukukî sonucu içerecek hakem kararını verebilir ve kararın doğrudan icrası kısa bir sürede sağlanabilir. Kaldı ki, devlet yargılamasında dahi geçerli olan hakem-bilirkişi kurumunun, taraf iradelerinin daha geniş kullanıldığı tahkim yargılamasında geçerli olmayacağını söylemek de mümkün değildir.

⁶⁰⁵ Stubbe, s. 82; Sessler ve Leimert, s. 155; Sessler, s. 108-112; Ağaoğlu, s. 98-99.

⁶⁰⁶ Sessler, s. 113-117; Stubbe, s. 92; Greger ve Stubbe, s. 138; Rauscher, s. 192.

3. Hakem-Bilirkişilik ve Mahkeme Bilirkişisi

Hakem-bilirkişi ve mahkeme bilirkişi arasında, her ikisinin de tarafsız ve bağımsız olması, her ikisinin de uzmanlıklarını kullanarak bir rapor hazırlaması şeklinde ortak hususlar söz konusudur. Ancak, mahkeme bilirkişi raporu takdiri delil olarak, mahkemece serbestçe değerlendirilirken; hakem-bilirkişi raporu, hakem-bilirkişi tarafından tespit edilen hususlarda tarafları ve mahkemeyi bağlayıcı özelliğe sahiptir.

Mahkemece bilirkişilerin atanmasına kadar uzun bir süre geçmesi, bilirkişi raporuna itiraz (HMK m. 281/I), ek rapor (HMK m. 281/II) veya yeni bir bilirkişi tayini (HMK m. 281/III) gibi durumlar yargılamanın uzamasına sebebiyet verebilmektedir. Bu nedenlerle, tarafların bilirkişi raporu alınması yerine, mahkemece hakem-bilirkişilik hakkında bilgi verilerek, tarafların hakem-bilirkişi raporu alması teşvik edilebilir.

Alman hukukunda, ZPO § 404/V hükmüne göre, tarafların bilirkişi olarak belirli kişiler üzerinde anlaşmaları durumunda, mahkeme bu sözleşmeye uyar, ancak mahkeme taraf seçimini belirli bir sayı ile sınırlayabilir. Bu hüküm sayesinde, tarafların tarafsız ve bağımsızlığına ve uzmanlığına güvendikleri üçüncü kişileri seçmelerine izin verilmesi göz önüne alındığında, onu bir hakem-bilirkişi olarak da niteleyebilirler. Bu sayede, mahkeme bilirkişi raporundan farklı olarak, hakem-bilirkişi raporunun tarafları ve mahkemeyi bağlayıcı etkisi sayesinde, mahkemelerin iş yükü azalacak ve uyuşmazlık çok kısa bir sürede sona ermesi sağlanabilecektir. Nitekim mahkemelerin ZPO § 278/a uyarınca, taraflara arabuluculuk ve diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yollarını önerme görevi verilmiştir. Yargılama sırasında taraflar, arabuluculuk veya başka bir mahkeme dışı uyuşmazlık çözümü usûlünü yürütmeye karar verirlerse, mahkemeler ZPO § 251 uyarınca yargılamanın durdurulmasına (Ruhen des Verfahrens) karar verir. Aynı şekilde tarafların hakem-bilirkişilik sözleşmelerine başvurmaları durumunda da bu hüküm sağlanmaktadır⁶⁰⁷.

Hukukumuzda, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 276. maddesinde, tarafların kendi bilirkişilerini seçmelerine izin verilmekteydi. Ancak Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda bu şekilde bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu konuda

⁶⁰⁷ Stubbe, s. 81; Greger ve Stubbe, s. 138.

doktrinde, tarafların Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 268. maddesinde, belirtilen listede yer alması kaydıyla, hâkimin atayacağı bilirkişi ismi üzerinde tarafların anlaşmalarının, hâkim için bir tercih sebebi olması gerektiği belirtilmiştir. Nitekim bu durumun, bilirkişinin reddi yolunu büyük ölçüde kaldıracağı ifade edilmiştir⁶⁰⁸. Dolayısıyla tarafların tarafsızlığına ve uzmanlığına güvendikleri bilirkişileri seçmesi teşvik edilmelidir. Diğer yandan Alman hukukundaki, mahkemelerin alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına teşvik hükmünü içeren ZPO § 278/a maddesine benzer bir hüküm, hukukumuzda, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 137/I ve 140/II hükümlerinde bulunmakta olup bu konuda ikinci hüküm daha açıklayıcıdır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 140. maddesinin ikinci fıkrasında, uyuşmazlık konularının tespitinden sonra hâkim tarafları, sulh ve arabuluculuğun esasları, süreci ve hukukî sonuçları hakkında aydınlatma ve teşvik etme, ayrıca bu konuda sonuç alınacağı kanaatine varılması durumunda, bir defaya mahsus olmak üzere yeni bir duruşma günü verileceği düzenlenmektedir. Alman hukukunda, ZPO § 278/a hükmünde, taraflara arabuluculuk ve diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yollarını önerme görevi verileceği ifade edilerek, hükmü sadece arabuluculukla sınırlamamaktadır. Kanaatimizce, bu hüküm arabuluculuk ve diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yollarını içerecek şekilde geniş bir şekilde yorumlanması gerekir. Çünkü alternatif uyuşmazlık çözüm yolları, sınırlı sayıda değildir. Bu nedenle hukukumuzda, sadece arabuluculuk açısından bir sınır koymak yerine, Alman hukukundaki gibi, mahkemenin arabuluculuk ve diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yollarını da içerecek şekilde geniş yorumlamak veya bu hüküm hakkında, bu hususu içeren bir kanun değişikliği yapılabilir. Şu andaki düzenlemenin de hakem-bilirkişiyi bu anlamda mümkün kıldığı konusunda tereddüt edilmemelidir. Ancak bu konuda daha açık bir düzenleme de yararlı olacaktır.

4. Hakem-Bilirkişilik ve Arabuluculuk (Med-Ex)

Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından en popüler olanı arabuluculuktur. Ancak arabuluculuk her uyuşmazlık için de uygun değildir. Genel olarak arabuluculuk sürecinde, tarafların ihtiyaç ve menfaatlerine ve odaklanan ve tarafların başlangıçta pozisyonlarından kaynaklanan tespit edemedikleri, olası çözümler üzerinde

⁶⁰⁸ Atalay, Pekcanıtez Usûl Cilt II, s. 1932.

düşünülmektedir, tarafların kendilerinin iradî olarak anlaşmaya ulaşmaları sağlanır. Ancak her çatışma türünde bu şekilde bir durum yoktur. Taraflar bazen haklı olduklarına yüksek derecede inanır, bunların sadece onaylanmasını isterler. Bu şekilde, tarafların direnç noktalarının da çok uzak olduğu ve arabulucunun taraflarla gizli oturumlar yapmasının da fayda etmediği durumlar olabilir. Taraflar, burada menfaat temelli bir çözümle ilgilenmezler, tam aksine uzman ve tarafsız üçüncü kişilerden kendi haklı olup olmadıklarına ilişkin bir uzman raporu almak isterler⁶⁰⁹.

Arabuluculuk ve hakem-bilirkişilik kurumlarının eksiklikleri, iki kurumun kombinasyonu şeklinde, hibrit bir yöntem ortaya çıkarılarak düzenlenebilir. Bu yöntem arabuluculuk ve tahkim yönteminin (Med-Arb) birleştirilerek oluşturulduğu, yöntem esas alınarak oluşturulmuştur⁶¹⁰. İngiliz ve Amerikan hukukunda, terim olarak arabuluculuk (Mediations) ve hakem-bilirkişilik (Expert-Determination) terimleri kısaltılarak, arabuluculuk-hakem-bilirkişilik anlamına gelecek “*Med-Ex*” ifadesi kullanılmaktadır. Bu yöntemde de önce arabuluculuk sonra tahkim (Med-Arb) veya bunun tam tersi (Arb-Med) mümkün olduğu gibi; arabuluculuk ve hakem-bilirkişilik yönteminde de önce arabuluculuk sonra hakem-bilirkişilik (Med-Ex) şeklinde veya önce hakem-bilirkişilik sonra arabuluculuk şeklinde de (Ex-Med) yapılabilmesi mümkündür⁶¹¹. Ancak önce hakem-bilirkişilik daha sonra arabuluculuk, uzun sürmesi ve masraflı olması sebebiyle daha az tercih edilmektedir⁶¹². Her iki yöntemin de kullanılabilmesi için öncelikle tarafların bu konuda ayrı bir sözleşme veya mevcut sözleşmeye ilişkin, bu hususta bir şart koymaları gerekir⁶¹³.

İlk olarak arabuluculuk sonra hakem-bilirkişilik yönteminde (Med-Ex), arabulucu tarafların menfaat ve ihtiyaçlarına odaklanmalarını ve onların başlangıçta pozisyonlarından kaynaklanan tespit edemedikleri, olası çözümler üzerinde tarafların düşünmelerini ve gerekirse bu konuda özel oturumlarla bunları gerçekleştirmeyi sağlar. Ancak tarafların direnç noktaları, birbirilerine çok uzaksa, bu durumda tarafları hakem-bilirkişiliğe yönlendirir. Hakem-bilirkişi raporunun, tarafları ve mahkemeyi bağlayıcı özelliği sayesinde, taraflar daha gerçekçi düşünmeye ve bu durumda dava

⁶⁰⁹ Greger ve Stubbe, s. 11, Rn. 25; Stubbe, s. 83.

⁶¹⁰ Kendall, Freedman ve Farrell, s. 93, p. 6.6.4; Johannes Schwarzmman ve Robert Walz, **Das ADR Formular Buch, 2. Auflage**, München 2016, s. 86.

⁶¹¹ Kendall, Freedman ve Farrell, s. 94, para. 6.6.4; Schwarzmman ve Walz, s. 86-87.

⁶¹² Schwarzmman ve Walz, s. 87-88.

⁶¹³ Schwarzmman ve Walz, s. 88.

açmaktan da vazgeçmeye başlarlar⁶¹⁴. Bu yöntemde arabulucu ve hakem-bilirkişi aynı veya farklı kişi olabilir. Ancak aynı kişi olması durumunda, taraflar arasındaki çekişmeli vakıalar, buna ilişkin tarafların konumu ve bakış açılarını öğrendiği için hakem-bilirkişilik daha hızlı sona erecektir. Ayrıca hakem-bilirkişilik şeklinde bağlayıcı rapor öncesi, taraflar arabuluculukta uyuşmazlıklarını çözme noktasında gayret gösterecektir. Diğer yandan tarafların daha sonra hakem-bilirkişilik sistemini kullanacakları bilmeleri, onlarda anlaşma yönünde baskı aracı olacaktır⁶¹⁵.

Diğer bir yöntem olan, önce hakem-bilirkişilik sonra arabuluculukta (Ex-Med), hakem-bilirkişi öncelikle tarafların çekişmeli olduğu vakıaya ilişkin tespitte bulunur, ancak bu tespiti taraflara bildirmez. İkinci aşamada, taraflar arabuluculuk yöntemini kullanırlar. Bu durumda, taraflar arabuluculuk görüşmelerinde, anlaşmaya varmaları durumunda, hakem-bilirkişi raporu herhangi bir önem arz etmez. Ancak arabuluculuk sonunda, herhangi bir anlaşma gerçekleşmezse, bu durumda taraflara, vakıa tespitini içeren hakem-bilirkişi raporu bildirilir. Her iki yöntemde de taraflar aynı kişiyi hem hakem-bilirkişi hem de arabulucu olarak görevlendirebilir veya farklı kişileri seçebilirler. Ancak, bu durumlarda farklı kişileri seçmesi önerilmektedir. Çünkü tarafsız kişinin arabuluculukta gizlilik yükümlülüğü ihlal etmesi veya arabuluculuk esnasında edinilen gizli bilgilerin etkisinde kalması söz konusu olabilir⁶¹⁶.

Hukukumuzda, 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 15. maddesinin altıncı fıkrasının son cümlesinde, tarafların uyuşmazlığın çözümüne katkı sağlayabilecek uzman kişileri de müzakerelerde hazır bulundurulabileceğini düzenlemiştir. Buradaki uzman ifadesinin, hakem-bilirkişiyi de kapsadığı şeklinde yorumlanması gerekir⁶¹⁷. Ayrıca, hakem-bilirkişi raporu, arabuluculuk faaliyeti olmasaydı dâhi, taraflarca elde edilebilecek delil ve bilgi ve belgeler kapsamında olacağından (HUAK m. 5), mahkeme ve tahkim yargılamasında da kullanılabilir⁶¹⁸. Bu sayede, taraflar hibrit bir yöntem olan önce arabuluculuk sonra hakem-bilirkişilik (Med-Ex) veya tam tersi (Ex-Med) yöntemini kullanmaları konusunda teşvik edilebilir.

⁶¹⁴ Stubbe, s. 85; Greger ve Stubbe, s. 139-140.

⁶¹⁵ Schwarzmänn ve Walz, s. 86-87; Kendall, Freedman ve Farrell, s. 191, para. 12.6.7.

⁶¹⁶ Schwarzmänn ve Walz, s. 86; Kendall, Freedman ve Farrell, s. 191, para. 12.6.7.

⁶¹⁷ Yardımcıoğlu, s. 490.

⁶¹⁸ Yardımcıoğlu, s. 491.

VII. HAKEM-BİLİRKİŞİLİĞİN BAZI YARGILAMA İLKELERİYLE İLİŞKİSİ

A. Genel Olarak

Medenî usûl hukukuna hâkim olan ilkeler⁶¹⁹, usûl hukukunda yıllar boyunca süren, tecrübeyle sabit bulunmuş uygulamalar sonucunda varılan temel ilkeleri ifade etmektedir. Bu ilkeler, anayasa hukukunun yargıya ve yargısal temel haklara ilişkin ilkeleri ile medenî usûl hukukunun temel prensipleridir. İlkelerin bir kısmı Anayasa’da, diğer kısmı da Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda açık veya zımnî olarak yer almaktadır⁶²⁰. Medenî usûl hukuku ilkeleri, kanunda düzenlenmeyen birçok sorunun yanıtında anahtar vazifesi görmektedir. Bu şekilde, medenî usûl hukukunun ilkeleri, kanun boşluklarının doldurulması, kanunların yorumu ve kanunlaştırma işlemlerinde önem arz etmektedir⁶²¹. Medenî usûl hukukuna hâkim olan ana ilkeler, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu’ndan farklı olarak, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun “Genel Hükümler” başlıklı birinci kısmın ikinci bölümünde, “Yargılamaya Hâkim Olan İlkeler” ana başlığıyla 24. ve 33. madde aralıklarında, bir arada genel olarak düzenlenmiştir.

Hakem-bilirkişilik sözleşmesi açısından, medenî usûl hukukuna hâkim olan temel olan ilkeler bakımından taraf iradesini göstermesi, delil ve ispat sözleşmelerini ilgilendirdiği ölçüde, tasarruf, taraflarca getirilme, hâkimin davayı aydınlatma ödevi yönünden değerlendirilecektir. Hakem-bilirkişilik hukuku açısından en tartışmalı ilke olan, delillerin serbestçe değerlendirilmesine aykırılık teşkil edip etmediğine ilişkin

⁶¹⁹ Medenî usûl hukukunun ilkeleri (Maxime) ve esasları (Grundsatz) aynı şeyler değildir. Esas, bir şeyi sağlam, sıkı bir şekilde sınırlandıran kural anlamına gelir. Hukuk süjesi olmaya dayalı temel haklara dayanmakta olup, anayasal güvenceyle temin edilmeyi gerektirir. Anayasal güvence altında olan bu değerleri, sabit değer olarak nitelendirilmeli, hukuk politikasından bağımsız olarak hukuk devleti ilkesi gereğince, uygulanmasının kanun koyucunun tercihinine bırakılmamıştır. İlkeler ise, devletin hukuk politikası ile bağlantılı olarak, yargılama organının tercihinine bırakılmış ve yargısal faaliyetin görülmesine ilişkin hâkimiyet sahasının taraf ve hâkimin yetkilerine göre paylaştırıldığı bu şekilde esnek bir yapısı olan medenî yargılamanın üst kurallarıdır (Nedim Meriç, **Medenî Yargılama Hukukunda Tasarruf İlkesi**, Yetkin Yayınları, Ankara 2011, (Tasarruf İlkesi), s. 21); Özkes, Hukukî Dinlenilme Hakkı, s. 82.

⁶²⁰ Özkes, Hukukî Dinlenilme Hakkı, s. 82; Meriç, Tasarruf İlkesi, s. 23-24; Pekcanıtez, Atalay ve Özkes, Usûl Ders Kitabı, s. 188; Pekcanıtez, Atalay ve Özkes, Usûl Hukuku, s. 353-534.

⁶²¹ Yavuz Alangoya, **Medenî Usûl Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler**, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1979, (İlkeler), s. 8; Taşpınar, İspat Sözleşmeleri, s. 93.

değerlendirme, hakem-bilirkişi raporunun hukukî niteliği⁶²² kısmında ayrıntılı olarak incelenecektir.

B. Tasarruf İlkesi Bakımından

Medenî yargılama hukukunda tasarruf ilkesi, özel hukukta geçerli olan irade serbestisinin, medenî usûl hukukundaki görünümüdür⁶²³. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 24. maddesinde düzenlenen bu ilke, yargılamanın başlatılmasını, konusunu ve sona erdirilmesini tarafların belirleyebilmelerini konu edinir⁶²⁴. Tasarruf ilkesinin sonucu olarak, hâkim iki taraftan birinin talebi olmaksızın kendiliğinden dava açamaz ve karara bağlayamaz (HMK m. 24/I), ayrıca Kanun'da açıkça belirtilmedikçe, hiç kimse kendi lehine olan davayı açmaya veya hakkını talep etmeye zorlanamaz (HMK m. 24/II). Bu sonuç, doktrinde “davacının olmadığı yerde dava ve hâkim de yoktur” şeklinde de ifade edilmektedir⁶²⁵. Bu şekilde mahkemeler, özel hukuka ilişkin uyuşmazlıkları kendiliğinden çözemez, sadece taraflar menfaatlerinin korunması için isterlerse, yargı organlarına başvurarak hukukî koruma talep edebilirler. Taraf iradesine öncelik verilmesi ve tarafın talebinin esas alınması, sadece davanın açılmasında değil, uyuşmazlık konusunun belirlenmesi ve yargılama sırasında ve yargılamanın sona erdirilmesindeki taraf usûl işlemlerinde de kendisini göstermektedir. Nitekim davacı, davasından feragat edebilir (HMK m. 307), davalı davayı kabul edebilir (HMK m. 308), taraflar sulh sözleşmesi yapabilir (HMK m. 313) veya taraflar kanun yoluna başvurmadan feragat edebilirler (HMK m. 349)⁶²⁶. Ayrıca,

⁶²² Bkz. yuk. Dördüncü Bölüm, II, D.

⁶²³ Alangoya, İlkeler, s. 2; Pekcanitez, Atalay ve Özekes, Usûl Hukuku, s. 355; Pekcanitez, Atalay ve Özekes, Usûl Ders Kitabı, s. 189; Tanrıver, Usûl Cilt I, s. 409; Taşpınar, İspat Sözleşmeleri, s. 94; Meriç, Tasarruf İlkesi, s. 19; Varol Karaaslan, **Medenî Usûl Hukukunda Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2013, s. 89; Volkan Özçelik, **Türk Medenî Usûl Hukukunda Taraflarca Getirilme ilkesi**, Adalet Yayınevi, Ankara 2020, s. 65; Fatih Tahiroğlu, **Medenî Usûl Hukukunda Re'sen Araştırma İlkesi**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021, s. 27.

⁶²⁴ Meriç, Tasarruf İlkesi, s. 53-54; Pekcanitez, Atalay ve Özekes, Usûl Hukuku, s. 356; Pekcanitez, Atalay ve Özekes, Usûl Ders Kitabı, 189-190; Tanrıver, Usûl Cilt I, s. 410; Özekes, Hukukî Dinlenilme Hakkı, s. 67; Karaaslan, s. 88; Özçelik, s. 65-66; Tahiroğlu, s. 28.

⁶²⁵ Alangoya, İlkeler, s. 2, dn. 6; Meriç, Tasarruf İlkesi, s. 27; Taşpınar, İspat Sözleşmeleri, s. 94; Pekcanitez, Atalay ve Özekes, Usûl Ders Kitabı, 190; Pekcanitez, Atalay ve Özekes, Usûl Hukuku, s. 356.

⁶²⁶ Meriç, Tasarruf İlkesi, s. 53-54; Pekcanitez, Atalay ve Özekes, Usûl Ders Kitabı, 190; Pekcanitez, Atalay ve Özekes, Usûl Hukuku, s. 356-357; Tanrıver, Usûl Cilt I, s. 411; Özekes, Hukukî Dinlenilme Hakkı, s. 67; Karaaslan, s. 88; Özçelik, s. 65-66; Tahiroğlu, s. 31.

tasarruf ilkesinin diğ er bir görünümü olan taleple bağlılık ilkesine göre, hâkim tarafların talep sonuçlarıyla bağlıdır, ondan fazlasına veya başka bir şeye karar veremez. Ancak sadece duruma göre, talep sonucundan daha azına karar verebilir (HMK m. 26/I)⁶²⁷. Ancak, tarafların süreci başlatma ve sona erdirme üzerindeki yetkisi, yargılamanın sevk ve idaresinde geçerli olmayıp yargılamayı hâkim sevk ve idare eder. Bu konuda hâkim, yargılama düzeninin bozulmaması için gerekli her türlü tedbiri alır (HMK m. 32)⁶²⁸.

Tasarruf ilkesinin karşıtı olan, re ‘sen harekete geçme ilkesinde, tarafların dışında, bir üçüncü kişi şeklinde resmî bir organ uyuşmazlığı mahkeme önüne taşımaktadır. Kanun koyucu istisna  olarak, bazı davalarda kamu yararı düşüncesiyle devlete bazı yetkiler tanımı  ve savcılara kamu adına hukuk davası açma yetkisi verilmiştir. Bu şekilde, bazı istisna  hâllerde, cumhuriyet savcısı, kanunda açıkça öngörülen hâllerde, hukuk davası açabilir veya açılmış olan hukuk davasında taraf olarak yer alabilir (HMK m. 70/I). Örneğin, evliliğin butlanı davasında, eşler yanında savcı da kamu adına dava açabilmektedir. (TMK m. 146)⁶²⁹. Medenî yargılama hukukunda, çekişmeli yargıda kural olarak tasarruf ilkesi geçerlidir. Ancak  eki mesiz yargı i lerinde, re’sen harekete geçme ilkesi uygulanır⁶³⁰.

 spat, delil ve hakem-bilirkişilik sözleşmeleri açısından, öncelikle tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olduğu, bir sözleşme olması sebebiyle (TBK m. 1/I) tarafların öncelikle, bunlara başvuruda taleplerinin olması gerekir. Ayrıca sadece tarafların serbestçe tasarruf edebileceği durumlarda, taraflar ispat, delil ve hakem-bilirkişilik sözleşmesi yapabilirler. Tarafların serbestçe tasarruf edemeyeceği, re’sen harekete geçme ilkesinin uygulandığı davalarda, ispat, delil ve hakem-bilirkişilik sözleşmesi yapılamaz⁶³¹.

⁶²⁷ Meriç, Tasarruf İlkesi, s. 113-114; Pekcanitez, Atalay ve  zekes, Usûl Ders Kitabı, 191; Pekcanitez, Atalay ve  zekes, Usûl Hukuku, s. 358-359; Tanrıver, Usûl Cilt I, s. 412;  zekes, Hukukî Dinlenilme Hakkı, s. 67-68; Karaaslan, s. 89-90; Tahiroğlu, s. 29-30.

⁶²⁸ Taşpınar,  spat Sözleşmeleri, s. 95; Tuluay, s. 11-12; Pekcanitez, Atalay ve  zekes, Usûl Ders Kitabı, s. 194; Pekcanitez, Atalay ve  zekes, Usûl Hukuku, s. 361; Tanrıver, Usûl Cilt I, s. 413.

⁶²⁹ Alangoya, s. 3; Pekcanitez, Atalay ve  zekes, Usûl Ders Kitabı, s. 190; Pekcanitez, Atalay ve  zekes, Usûl Hukuku, s. 357; Tanrıver, Usûl Cilt I, s. 414; Karaaslan, s. 89; Tahiroğlu, s. 32.

⁶³⁰ Kuru ve Aydın, Usûl Ders Kitabı, s. 689; Pekcanitez, Atalay ve  zekes, Usûl Ders Kitabı, s. 33; Tanrıver, Usûl Cilt I, s. 414; Pekcanitez, Atalay ve  zekes, Usûl Hukuku, s. 356; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayyaz ve Hanağası, s. 803.

⁶³¹ Taşpınar,  spat Sözleşmeleri, s. 108-109; Konuralp,  spat, s. 60; Ateş, s. 249; Tanrıver, Usûl Cilt I, s. 913; Tahiroğlu, s. 118.

C. Taraflarca Getirilme İlkesi Bakımından

Tasarruf ilkesi, tarafların dava konusu üzerinde etki edebilme iktidarına sahip olduklarını ifade ederken; taraflarca getirilme ilkesi, dava malzemesi olarak ifade edilen vakıa ve delillerin taraflarca getirilmesini ifade etmekte ve bu yönüyle tasarruf ilkesinden ayrılmaktadır. Ancak bu iki ilke birbirlerinden farklılıklar içerse de taraflarca getirilme ilkesi, tasarruf ilkesinin somutlaştırılması ve tamamlayıcısı şeklinde kendisini göstermektedir⁶³². Taraflarca getirilme ilkesi, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 25. maddesinde düzenlenmiştir. Hükme göre, hâkim, kanunda öngörülen istisnalar dışında, iki taraftan birinin söylemediği şeyi veya vakıaları kendiliğinden dikkate alamaz ve onları hatırlatacak davranışlarda dahi bulunamaz (HMK m. 25/I). Ayrıca hâkim, kanunda belirtilen durumlar dışında, kendiliğinden delil toplayamayacağını ifade eder (HMK m. 25/II). Hukukumuzda, medenî yargılama hukukunda çekişmeli yargıda kural olarak, taraflarca getirilme ilkesi uygulama alanı bulur. Bu davalar, kamu düzenini ilgilendirmediklerinden, söz konusu uyuşmazlıklara ilişkin, dava malzemesi olan vakıa ve delillerin, taraflarca getirilmesi devlete ekonomik bir yük getirmeyecek ve tarafların özel yaşamına müdahale oluşturmayacağından, doktrinde de taraflarca getirilme ilkesinin, bu davalarda daha uygun olacağı ifade edilmiştir⁶³³. Ancak kamu düzenini ilgilendiren davalarda ve çekişmesiz yargı işlerinde (HMK m. 385/II), taraflarca getirilme ilkesinin karşıtı olan re'sen araştırma ilkesi geçerlidir. Re'sen araştırma ilkesi uygulandığı davalarda, hâkim, tarafların ileri sürdükleri, dava malzemesi teşkil eden vakıa ve deliller bakımından bağılı olmayıp kendisi maddî vakıaları araştırabilmekte ve delil toplayabilmektedir⁶³⁴. Taraflarca getirilme ilkesi, tasarruf ilkesinin tamamlayıcısı şeklinde somutlaşmaktaysa, aynı şekilde re'sen araştırma ilkesi de re'sen harekete geçme ilkesinin tamamlayıcısıdır⁶³⁵. Re'sen araştırma ilkesine tâbi davalar, kamu düzenini ilgilendiren davalar olduğundan dolayı, tarafların bu davalarda, serbestçe tasarruf yetkileri yoktur. Ancak ispat, delil ve hakem-bilirkişilik sözleşmeleri, sadece

⁶³² Taşpınar, İspat Sözleşmeleri, s. 95-96; Özekes, Hukukî Dinlenilme Hakkı, s. 67; Meriç, Tasarruf İlkesi, s. 53; Karaslan, s. 94; Özçelik, s. 65-66.

⁶³³ Tuluay, s. 91-93; Taşpınar, İspat Sözleşmeleri, s. 96-97; Özçelik, s. 66-98.

⁶³⁴ Pekcanitez, Atalay ve Özekes, Usûl Ders Kitabı, s. 193; Pekcanitez, Atalay ve Özekes, Usûl Hukuku, s. 362; Tanrıver, Usûl Cilt I, s. 422.

⁶³⁵ Tahiroğlu, s. 33.

tarafların serbestçe tasarruf edebileceği davalarda mümkündür. Bu nedenle re’sen araştırma ilkesinin uygulandığı davalarda, ispat delil ve hakem-bilirkişilik sözleşmesi yapılamaz. Nitekim hâkim bu davalarda, her türlü delile kendiliğinden başvurabilecektir⁶³⁶.

Taraflarca getirilme ilkesi, dava malzemesi olarak ifade edilen vakıa ve delillerin taraflarca getirilmesini ifade etmekte olup taraflarca getirilme ilkesinin vakıa ve deliller bakımından iki yönü vardır.

Taraflarca getirilme ilkesinin ilk yönünü çekişmeli vakıalar oluşturmaktadır. Doktrinde, tarafların, vakıalar bakımından tasarruf yetkilerinin olup olmadığı tartışmalıdır. Hakem-bilirkişilik sözleşmesi de taraflar arasında çekişmeli vakıanın bağlayıcı olarak tespiti için yapıldığından bu tartışma önem taşımaktadır.

Doktrinde bir görüş⁶³⁷, tarafların hukukî ilişki veya hak üstünde olduğu gibi, vakıalar bakımından serbestçe tasarruf edilebilmesinin mümkün olmadığını belirtmektedir. Bu kapsamda, günlük hayatta meydana gelmiş olanın, meydana gelmemiş hâle getirilmesi anlamında bir tasarrufun söz konusu olmayacağı ifade edilmektedir. Bu şekilde, tarafların istediklerini getirip istemediklerini getirmeme veya istediklerini sadece yargılamaya aksettirme şeklindeki anlayışın geçerli olmadığı belirtilmektedir. Çünkü tarafların dürüst davranma ve doğruyu söyleme yükümlülüğü (HMK m. 29, ZPO § 138) bulunmaktadır. Bu nedenle davaya girmiş bir vakıanın, tarafların anlaşmasıyla da olsa yargılamadan çekilmesi söz konusu olamaz. Ayrıca, tarafların, vakıa üstünde tasarruf edebileceği anlayışını, usûl kanunlarının kabul ettiği ikrara (HMK m. 188) dayandırmak da isabetsizdir. Zira ikrarın tarafların vakıalar üstünde, tasarruf etmek için düzenlendiği iddiası da kanunlara yabancıdır.

Doktrinde hâkim olan bizim de katıldığımız diğer bir görüş, taraflar dava konusu üzerinde serbestçe tasarruf edebildikleri gibi, dava malzemeleri olan vakıa ve deliller üzerinde de bu konuda serbestçe tasarrufta bulunabileceklerini belirtmektedir⁶³⁸. Nitekim taraflar, aralarındaki çekişmeli vakıayı ikrar ederek (HMK

⁶³⁶ Taşpınar, İspat Sözleşmeleri, s. 108-109; Konuralp, İspat, s. 60; Ateş, s. 249; Tanrıver, Usûl Cilt I, s. 913; Tahiroğlu, s. 118.

⁶³⁷ Alangoya, İlkeler, s. 75-79.

⁶³⁸ Bülow, AcP 64, s. 13; Uve J. Ritzmann, **Über Den Feststellungsvertrag**, Dissertation, Hamburg 1973, s. 121-122; Ekkehard Becker-Eberhard, “Dava Malzemesinin Taraflarca Getirilme İlkesinin Esasları ve Sınırları”, çev. M. Kâmil Yıldırım, **İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku**, 9. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2017, s. 31; Özçelik, s. 69-70.

m. 188/I), o vakıayı çekişmeli olmaktan çıkarabilir (HMK m. 187/II). Doktrinde taraflarca getirilme ilkesiyle, tarafların dürüst davranma ve doğruyu söyleme yükümlülüğünün (HMK m. 29, ZPO § 138) çelişmediği ifade edilmektedir. Tarafların dürüst davranma ve doğruyu söyleme yükümlülüğünün, sübjektif usûlî beyan gerçeğiyle sınırlı olduğu, bu nedenle taraflardan sadece bilinçli olarak yalan beyanda bulunması, yani usûlî yalan söylemesi yasaklanmaktadır⁶³⁹. Diğer bir ifadeyle, taraflardan objektif gerçeği ifade etmesinin beklenmemesi, bunun yerine sadece her iki tarafın bilinçli olarak yalan beyanda bulunması yasaklanmıştır.

Dava malzemesi olan vakıanın taraflarca getirilme ilkesi uyarınca, her iki taraf da davayı kazanmak için kendi yararına olan vakıaları getirmek zorundadır. Ancak vakıalar çoğunlukla belirsiz olduğundan ve bunların delil ikamesi sırasında açıklığa kavuşacağından dolayı şüpheli vakıaların da taraflarca ibrazı mümkün olmalıdır⁶⁴⁰. Tarafların gerçeği söyleme yükümlülüğünü, bu nedenle bu kadar sert yorumlanmaması gerekir. Çünkü aksi hâlde hayatın içinde ve yargılamada hiç hata olmadığını varsaymak zorunda kalırdık, nitekim bu şekilde bir varsayım ise imkânsızdır. Hiç kimse objektif gerçeği bildirmeye zorlanamaz. Bu nedenle dürüst davranma ve doğruyu söyleme yükümlülüğü (ZPO §138/I), sadece bilerek yalan söylemeyi yasaklar. Ancak bir tarafın emin olmadığı koşulların iddia edilmesini veya inkâr edilmesini yasaklamaz⁶⁴¹.

Hakem-bilirkişilik sözleşmesinde, taraflar herhangi bir beyanda bulunmaksızın, aralarında çekişmeli vakıanın tespiti için üçüncü bir kişi olan hakem-bilirkişiden, vakıanın tespitine ilişkin, tarafları ve mahkemeyi bağlayıcı bir rapor alınmasını kararlaştırırlar. Burada tarafların, objektif olarak vakıa hakkında yalan söyleme şeklinde bir durumları yoktur. Ayrıca hakem-bilirkişinin gerçeğe açıkça aykırı bir rapor vermesi hâlinde de tarafların, açıkça hakkaniyete aykırı ve yanlış olduğunu iddia ederek, itiraz şeklinde, hakem-bilirkişi raporunu iptal etme hakları vardır⁶⁴². Bu nedenle, tarafların dürüst davranma ve doğruyu söyleme yükümlülüğü (ZPO §138/I), hakem-bilirkişilik sözleşmesi açısından aykırılık teşkil etmez. Ancak

⁶³⁹ Ritzmann, 121-122; Becker-Eberhard, s. 28; Eberhard Schilken, “Medeni Yargılamada Hâkimin Rolü”, çev. Nevihis Deren-Yıldırım, **İlkeler Işığı Altında Medeni Yargılama Hukuku**, 9. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2017, s. 54.

⁶⁴⁰ Schilken, s. 55.

⁶⁴¹ Ritzmann, s. 122.

⁶⁴² Ritzmann, s. 118-121; Maus, s. 88.

taraflar emredici kurallara, ahlaka, kamu düzenine aykırı bir hakem-bilirkişilik sözleşmesi de yapamazlar⁶⁴³.

Taraflarca getirilme ilkesinin, diğer yönünü deliller oluşturmaktadır. Taraflarca getirme ilkesinin uygulandığı davalarda, kural olarak, taraflar delilleri kendileri getirmek zorundadır. Ancak, hâkim, taraflarca getirilme ilkesinin uygulandığı davalarda dâhi, kendiliğinden bilirkişi (HMK m. 266), keşif (HMK m. 288) ve isticvaba (HMK m. 169/I) karar verebilir. Hâkimin, tahkikat yetkileri olarak ifade edilen bu yetkiler, takdiri delillerle ispatın mümkün olduğu durumlarda önem kazanmaktadır. Hâkimin bu yetkilerle donatılmasındaki amaç, taraflarca sunulan delillerin daha etkin bir biçimde değerlendirilmesini sağlamak olup yeni deliller elde edilmesine yönelik değildir⁶⁴⁴. Bu nedenle taraflarca getirilme ilkesi, tarafların delil ikamesinden sorumlu olduğu esasını değiştirmeyecek ve aynı şekilde delil ikamesi bakımından re'sen araştırma ilkesinin geçerli olduğu sonucunu da doğurmayacaktır. Ancak diğer yandan, taraflarca getirilme ilkesinin uygulandığı bir davada, tarafların aralarında yapmış oldukları delil veya hakem-bilirkişilik sözleşmelerine rağmen, hâkim kendiliğinden bilirkişi (HMK m. 266), keşif (HMK m. 288) ve isticvaba (HMK m. 169/I) başvurup başvuramayacağı hususu da doktrinde tartışmalıdır.

Alman ve Türk hukuku bakımından delil sözleşmeleri yönünden en önemli fark, hukukumuzda delil sözleşmelerinin Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 193. maddesinde açıkça düzenlenmesidir. Bundan hareket eden doktrindeki bir görüş⁶⁴⁵ bu şekilde açıkça taraf iradelerine üstünlük tanınmış olması sebebiyle, davaya bakan hâkimin delil sözleşmesiyle bağlı olduğu ve sözleşmede kararlaştırılanlar dışında hiçbir delile müracaat edemeyeceğini sonucunu doğursa da buna katılmak mümkün olmadığını ifade etmektedir. Örneğin, taraflar arasında akdedilen sözleşmeden kaynaklı ihtilaflarda, sadece ticari defterlere delil olarak dayanılabileceğini kararlaştırmış olsalar dâhi, hâkim, özel ve teknik bilgiyi gerektiren hususlarda, ister istemez bilirkişi incelemesine ihtiyaç duyacaktır. Benzer şekilde, taraflar davada sadece tanık delilline dayanılabileceğini kararlaştırmış olsalar dâhi, tanıkların haksız fiilin gerçekleştiği, örneğin kazanın meydana geldiği yerde dinlenebilmeleri için, hâkim keşif kararı vermek zorunda kalacaktır. Dolayısıyla anılan türden, bir münhasır

⁶⁴³ Maus, s. 88; Ritzmann, s. 150.

⁶⁴⁴ Tuluay, s. 109-111; Taşpınar, İspat Sözleşmeleri, s. 98.

⁶⁴⁵ Atalay, Pekcanitez Usûl Cilt II, s. 1751.

delil sözleşmesinin varlığına rağmen, hâkim re'sen keşif ve bilirkişi delilline müracaat edebilecek, münhasır delil sözleşmesinin varlığı, hâkimin tahkikat yetkileri olarak ifade edilen, kendiliğinden bilirkişi (HMK m. 266) ve keşfe (HMK m. 288) başvurmasına engel teşkil etmeyecektir.

Doktrinde hâkim olan bizim de katıldığımız diğer bir görüş, hâkimin bu şekilde tahkikat yetkileri olarak da ifade edilen re'sen bilirkişi incelemesi (HMK m. 266) veya keşif (HMK m. 288) yapılmasına karar verip başvurması, yeni delil ortaya çıkarılmasını sağlamaz. Taraflarca getirilme ilkesine ilişkin vakıa ve deliller bakımından, taraf hâkimiyeti geçerli olup taraflar bu hâkimiyetini bir delil veya hakem-bilirkişilik sözleşmesiyle sınırlayabilirler. Nitekim hakem-bilirkişilik sözleşmesinde, taraflar çekişmeli vakıanın tespitini, hakem-bilirkişinin vereceği, tarafları ve mahkemeyi bağlayıcı tek delil olan hakem-bilirkişi raporuna indirgeyerek, taraf iradelerini açıkça göstermişlerdir. Dolayısıyla bu noktada, hâkim, re'sen bilirkişi incelemesi (HMK m. 266) veya keşif (HMK m. 288) yapılmasına karar veremez⁶⁴⁶.

Ayrıca delil sözleşmesinden (HMK m. 193) farklı olarak, hakem-bilirkişilik sözleşmesi kanunda düzenlenmemektedir. Tarafların kanunda düzenlenmeyen ispat sözleşmelerini yapmalarının gerekçesi tasarruf ve taraflarca getirilme ilkesidir. Maddî hukukta var olan irade özerkliği, dava açıldığında da dava konusu açısından tasarruf; dava malzemesi olan vakıa ve deliller açısından taraflarca getirilme ilkesi sayesinde, onun uzantısı olarak devam etmektedir⁶⁴⁷.

D. Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi Bakımından

Hâkimin davayı aydınlatma ödevi⁶⁴⁸, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 31. maddesinde düzenlenmiştir. Bu hükme göre, hâkim uyuşmazlığın aydınlatılmasının zorunlu kıldığı durumlarda, maddî ve hukukî açıdan belirsiz yahut çelişkili gördüğü

⁶⁴⁶ Tuluay, s. 111-112; Taşpınar, İspat Sözleşmeleri, s. 98; Bolayır, Deliller, s. 493-494; Fulya Teomete Yalabık, **İngiliz ve Amerikan Hukuklarında Vakıaların Getirilmesi ile Delillerin Toplanması Hâkimin Rolü ve Türk Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016, s. 524-525; Aslan, s. 60.

⁶⁴⁷ Taşpınar, İspat Sözleşmeleri, s. 108-109.

⁶⁴⁸ Doktrinde, hâkimin davayı aydınlatma ödevi, hâkimin doğru karar verebilmesi ve medenî usûl hukukunun amacı olan maddî gerçeğe ulaşabilmesini sağlayabilmesi sebebiyle, hâkimin medenî usûl hukukundaki görevlerinin temel çekirdeği olduğu ve bu nedenle medenî yargılama hukukunun "Magna Charta" sını teşkil ettiği ifade edilmektedir (Alangoya, İlkeler, s. 135).

hususlar hakkında, taraflara açıklama yaptırabilir; soru sorabilir, delil gösterilmesini isteyebilir. Hâkimin davayı aydınlatma ödevi olarak ifade edilen bu düzenlemeyle, hâkimin doğru hüküm verebilmesi ve maddî gerçeğin bulunabilmesi amaçlanmakta olup bu faaliyet hâkim açısından bir yükümlülüktür⁶⁴⁹.

Hâkimin davayı aydınlatma ödevinin kapsamına, vakıalar, hukukî sebepler, talep sonucu ve deliller girmektedir⁶⁵⁰. Delil ve hakem-bilirkişilik sözleşmeleri açısından, hâkimin davayı aydınlatma ödevi sınırına, tarafların davaya getirmiş oldukları, dava malzemesi olan vakıa ve deliller girmekte olup her iki yön açısından incelenecektir

Hâkim sadece, tarafın ileri sürdüğü vakıaya zımnen dâhil olan vakıaların getirilmesini isteyebilir. Ancak tarafın hiç ileri sürmediği bir vakıanın, davanın aydınlatma ödevi çerçevesinde tarafça ileri sürülmesi veya getirilmesini isteyemeyecektir. Bu durum hem iddia ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağına aykırı olacak hem de hâkimin taraflardan birisine yol göstermesi, yardımcı olması anlamına gelecektir. Nitekim, bu durum bir hâkimin reddi sebebi olarak düzenlenmiştir (HMK m. 36/I-a). Bu yönüyle hâkimin davayı aydınlatma ödevi, taraflarca getirilme ilkesinin daha iyi işletilmesinin bir aracı olup onun istisnası değildir. Çünkü burada sınır her zaman tarafların getirmiş olduğu iddia ve savunmalardır⁶⁵¹.

Davayı aydınlatma yükümlülüğünün sınırı deliller bakımından da geçerlidir. Bu nedenle hâkim davayı aydınlatma ödevi çerçevesinde yargılamaya daha önce getirilmemiş delillerin getirilmesini isteyemez. Çünkü delillerin nasıl gösterileceği ve ibraz edileceği kanunda açıkça düzenlenmiştir (HMK m. 140/V, HMK m. 145). Hâkimin davayı aydınlatma ödevi ispat amacına yönelik olmayıp sadece müphem ve çelişik olan hususların açıklanmasıdır. Hâkimin gösterilmesini işaret edebileceği

⁶⁴⁹ Alangoya, İlkeler, s. 140; Özekes, Hukukî Dinlenilme Hakkı, s. 78; Pekcanitez, Atalay ve Özekes, Usûl Ders Kitabı, s. 196; Pekcanitez, Atalay ve Özekes, Usûl Hukuku, s. 373; Karaaslan, s. 63; Nedim Meriç, “Hâkimin Davayı Aydınlatma Yükümlülüğü”, **DEÜHFD, Prof. Dr. Bilge Umar’a Armağan**, C. 11, Özel Sayı 2009, (Aydınlatma), s. 389-390; Cemil Simil, “Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevinin Sınırları”, **DEÜHFD, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan Cilt II**, C. 16, Özel Sayı 2014, s. 1373.

⁶⁵⁰ Karaaslan, s. 103-144; Meriç, Aydınlatma, s. 390-402; Simil, s. 1353; Nur Bolayır, **Medenî Usûl Hukukunda Hâkimin Hukuku Re’sen Uygulanması İlkesi**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, (İlke), s. 119.

⁶⁵¹ Karaaslan, s. 100; Meriç, Aydınlatma, s. 399; Simil, s. 1359-1360.

deliller⁶⁵², sadece dava dosyasından anlaşılabilen ve tarafların iddia ve savunmalarına ilişkin vakıaların ispatı bakımından gerekli olan delillerdir. Bu nedenle hâkim keyfi⁶⁵³ olarak, istediği her delilin gösterilmesini taraflardan isteyemez⁶⁵⁴.

Hâkime ödev olarak yüklenen, aydınlatma yükümlülüğü sadece uyuşmazlığın aydınlatılmasının zorunlu kıldığı durumlarda mümkündür. Ancak tarafların yapmış olduğu delil ve hakem-bilirkişilik sözleşmesi, onların doğrudan açıkça taraf iradelerini yansıtmaktadır. Bu nedenle ortada bir maddî veya hukukî açıdan belirsiz veya çelişkili olan bir husus yoktur. Nitekim taraflar delil sözleşmesi veya hakem-bilirkişilik sözleşmesi yaparak iradelerini açıkça ortaya koymuşlardır. Hâkimin davayı aydınlatma ödevinin sınırı her zaman, tarafların belirlemiş olduğu sınırlar içinde söz konusu olacaktır. Taraflarca yapılan delil sözleşmesine konu olmayan delillerin, hâkim tarafından aydınlatma faaliyetiyle gösterilmesi istenemeyecektir⁶⁵⁵. Bu nedenle hâkim davayı aydınlatma ödevi çerçevesinde delil toplayamayacaktır. Hâkim münhasır delil sözleşmesi veya hakem-bilirkişilik sözleşmesinde belirtilmediği sürece, dava dosyasından uyuşmazlıkla ilgili olduğu anlaşılrsa dâhi, önemli taşıdığını düşündüğü bir belgenin ibrazını isteyemeyecek veya tanık dinletemeyecektir⁶⁵⁶.

⁶⁵² Hâkim, davayı aydınlatma ödevi yerine getirmesine rağmen, taraf bu konuda hareketsiz kalma hak ve yetkisine sahiptir. Hâkimin, görevi sadece bu konuda tarafları teşvik etmektir, hâkim taraflarca getirilme ilkesine tabi bir davada kendiliğinden vakıa ve delil getiremez. Re 'sen araştırma ilkesinin uygulandığı davalar bakımından zaten, hâkim kendiliğinden, tarafların ileri sürmediği vakıaları kendiliğinden araştırabilirdiği gibi bunların ispatına yönelik, ispat aracı olan delillere de kendiliğinden başvurabilmekte, bu nedenle bu husus hâkimin davayı aydınlatma ödevinden değil, bizatihi re 'sen araştırma ilkesinden kaynaklanmaktadır (Simil, s. 1353); Tahiroğlu, s. 36-37.

⁶⁵³ Hâkimin davayı aydınlatma ödevi, hâkimin genel olarak taraflara hukukî konuda danışmanlık hizmeti verdiği, tarafların unuttukları veya önemsemedikleri iddia ve savunma vasıtalarını yargılamaya dâhil etmelerini sağlayacak bir ödev olarak anlaşılabilir. Bu ödev sadece, maddi ve hukukî açıdan belirsizlik taşıyan noktaların aydınlatılmasına ve tarafların mahkemeye karşı kendilerini daha iyi ifade etmelerine ve bu şekilde belirsizlik taşıyan taleplerinin somutlaştırılmasına hizmet eder (Karaaslan, s. 181).

⁶⁵⁴ Karaaslan, s. 101; Meriç, 402-403; Simil, s. 1365.

⁶⁵⁵ Bolayır, Deliller, s. 493-494; Meriç, Aydınlatma, s. 403.

⁶⁵⁶ Tuluay, s. 121-122; Taşpınar, İspat Sözleşmeleri, s. 99; Bolayır, Deliller, s. 493-494; Teomete Yalabık, s. 524-525; Aslan, s. 64.

VIII. HAKEM-BİLİRKİŞİLİK KURUMUNUN ÖNEMİ, AVANTAJ VE DEZAVANTAJLARI

A. Hakem-Bilirkişiliğin Önemi

Ekonominin giderek uluslararası olması ve yaşamın tüm alanlarında artan bir makineleşme, uzmanlaşma ve bilgisayar teknolojilerinin her alana yayılması son yüzyılın karakteristik etkisidir. Bu gelişme, medenî usûl hukukundaki bilirkişilik sisteminin, yaşamın karmaşık sorunları bakımından, son derece önemli bir delil olduğunu ortaya çıkarmaktadır. Daha yeni hukukî olgusal araştırmalar bu sonucu teyit etmekte ve hâkimin hukuk yargılamalarında bilirkişi görüşüne kapsamlı bir şekilde bağlanmasından söz edilmektedir. Çünkü bu nitelikteki çok sayıda dava, ancak bilirkişi delili kullanılarak çözülebilir⁶⁵⁷. Bu durum bilimsel gelişmelerin yargılama hukukuna etkisi karşısında, hukukun bir nevi kendini dönüştürme sürecindeki sancıları olup bu sancı en çok hukuk uygulayıcıları ve özellikle hâkimde hissedilmektedir⁶⁵⁸.

Alman hukukunda, mahkeme kararlarının bilirkişi raporlarını doğrudan esas alıp almadığı noktasında, çeşitli anket ve araştırmalar yapılmıştır. Bu anketler, mahkeme kararlarının, bilirkişi raporlarını büyük yüzdelik oranlarla kabul ettiğini göstermektedir⁶⁵⁹. Yapılan bu araştırmalar Almanya’da yapılmasına rağmen,

⁶⁵⁷ Garger, s. 1-2; Wilhelm Klocke, *Der Sachverständige und Seine Auftraggeber*, Berlin 1987, s. 15; Bilirkişiliğin bir müessese olarak nereye gittiğine ilişkin tartışmaların merkezinde yer alan durum, uyuşmazlıkların giderek karmaşık (komplike) bir hâle gelmesi ve teknik bilginin bu uyuşmazlıkların çözümü bakımından vazgeçilmez bir konuma gelmesidir (Toraman, s. 46); Mahkemeler doğrudan genelde bilirkişi raporlarına göre karar verdiklerinden, artık “Hâkim dosyayı okuyor mu?” yerine “Hiç değilse bilirkişi dosyayı okusun” durumundayız (Özekes, Bilirkişi, s. 56).

⁶⁵⁸ Bilimsel birikimin ulaştığı boyut, çeşitli alanlarda kullanılan tekniklerin gelişmesiyle birlikte, hukukçunun üzerinde çalıştığı konuya yabancılaşması, ancak o konu hakkında çözüm üretmek zorunda olması şeklinde bir tehlike doğurmaktadır. Aslında bilimsel gelişme, hukukçunun ufkunu açan, onun özellikle hâkimin daha iyi sonuçlara varabilmesini katkıda bulunan bir birikim sürecidir. Bu nedenle hukukçu çeşitli alanlarda bilimsel ve teknik gelişmelerden haberdar olduğu ölçüde, yorum ve çözümlerinde uygun sonuçlara varabilir (Konuralp, İspat, s. 110-111); Toraman, s. 29.

⁶⁵⁹ 1970’lerin başında *Helmut Pieper* tarafından, hukuk mahkemelerinde yürütülen bir araştırmada, hukuk davalarında tecrübeli hâkimlerle bir anket yapılmıştır. Araştırmanın ilk aşamasında 330 hâkime, yargılamalarda delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesini kısıtlamasını sağlayan şeylerin neler olduğu hakkında, yirmi soruluk bir anket gönderilmiştir. Bu aşamada, ilk olarak 110 hâkim bu anketleri cevaplamıştır. Ancak, proje yöneticileri, örneklem boyutunun çok küçük olduğunu düşündüklerinden, ikinci aşamada 500’ün üzerinde hâkime bu anketler gönderilmiştir ve bunlardan 320’si ankete cevap vermiştir. Ankette, delillerin serbestçe değerlendirilmesi sırasında bir bilirkişi raporunun incelenmesinde ne sıklıkla zorluklarla karşılaşıldığı sorulduğunda (olası yanıtlar: sık sık; orta derecede, nadiren), ankete katılan yargıçların yalnızca %2’si bilirkişi raporunu irdelediğini ve

Avusturyalı hukukçu *Rüffel* ve *Garger*, yapılan araştırmaların bir benzeri Avusturya hukukunda da yapılsaydı, sonuçların aynı olacağını ifade etmektedir⁶⁶⁰. Alman hukukunda delillerin serbestçe değerlendirilmesi (ZPO §286, 287) ilkesi esas olmasına rağmen, bilirkişi raporuyla, mahkeme kararlarının birbiriyle neredeyse tam uyum içerisinde olduğu, bu çalışmalarda görülmüştür.

Hukukumuzda, bilirkişi raporu ve mahkeme kararlarının uyumluluğuna ilişkin geniş çaplı bir araştırma yoktur. Ancak 1999 yılında, bazı Ankara mahkemeleri nezdinde yapılan istatistiki bir çalışmada, 2362 dosyanın 1162'sinde, yani %49 oranında bilirkişi incelemesine başvurulduğu belirtilmektedir, fakat bilirkişi raporlarının yüzde kaçının mahkeme kararına aynen yansıtıldığına ilişkin bir araştırma yapılmamıştır⁶⁶¹. Ancak doktrinde, her ne kadar bilirkişiliğin önemli bir delil olduğu ifade edilse de aynı şekilde onun olumsuz tarafları da bilirkişiliğin “kanayan bir yara” ve hukukumuzda “bilirkişi saltanatının kurulduğu” şeklinde, bilirkişilik sisteminden kaynaklı sıkıntılar olarak daima ifade edilmektedir⁶⁶². Doktrinde bilirkişi⁶⁶³ raporu ve

ona göre mahkeme kararını verdiğini yazmıştır. Öte yandan, ankete katılan hâkimlerin %77'si ve %85'i, arasında bilirkişi görüşünün içeriğini anlamakta nadiren zorluk yaşadıklarını ve mahkeme kararında doğrudan kullandığını yazmışlardır. Ancak bu araştırma hâkimlerin sübjektif ifadelerine dayandığı, mahkeme dosya içeriklerine dayanmadığı, bu nedenle nesnel olmadığı için eleştirilmiştir. Aynı konuda ikinci araştırma, *Kruchen* tarafından yapılmıştır. *Kruchen*'in araştırması, 1967 ve 1968 yıllarına ait Frankfurt mahkemesinin altı hukuk dairesinden alınan yaklaşık 170 ilk derece davasının dosya analiziyle, bilirkişi raporlarının farklılıklarına dayanmaktaydı. *Kruchen* tarafından değerlendirilen dosyaların sadece %2'sinde bilirkişi raporundan sapan karar çıkmıştır. Kararların %90'ı bilirkişinin beyanlarını pratik olarak derinlemesine düşünmeden kabul etmekte, bilirkişi görüşü serbestçe takdir edilmemekte, mahkeme daha çok bilirkişi raporuna gerçek bir dayanak olmaksızın katılmaktadır. Bu konuda en kapsamlı araştırma *Pieper/Breunung/Stahlmann* başkanlığında yapılmıştır. Bir anket kullanılarak dosyaların analizine dayanmaktadır ve toplam 1.620 ilk derece davası dosyasını içermektedir. Sonuç olarak, mahkeme dosyalarının yüzde 85'i bilirkişi raporuyla aynı olduğu, %10'luk kısmı değiştirilerek uyulduğunu ve %5 'lik kısmının bilirkişi raporuna uymadığını ortaya çıkarmıştır (Friedrich Rüffler, *Der Sachverständige Im Zivilprozess*, Wien 1995, s. 15-18); Bu konuda son yapılan araştırmada ise bu oranın %95 olduğu ortaya çıkarmıştır. (Greger ve Stubbe, s. 86, dn. 26).

⁶⁶⁰ Rüffler, s. 18, Garger, s. 8.

⁶⁶¹ Toraman, s. 47.

⁶⁶² Sema Taşpınar, “Bilirkişi Ücreti”, **Bilirkişilik Sempozyumu, 9-10 Kasım 2001, Samsun Barosu Türkiye Barolar Birliği**, (Bilirkişi), s. 347; Türk yargılama sisteminin en başta gelen beş sorunundan birini sayın denilse, bunların içinde mutlaka bilirkişilik yer alır. Bileşik kaplar gibi, toplumun dejenerasyonu ve etik değerlerin, ahlaki değerlerin yıpranmasıyla birlikte bilirkişilik müessesesi de ister istemez saygınlığını yitirmiş ve bilirkişiliğe karşı ciddi bir güven bunalımı belirmiştir (Özekes, Bilirkişi, s. 56).

⁶⁶³ Fransız hukukunda üç temel bilirkişilik türü bulunmaktadır. Bunlarda ilki olgu tespitçiliği olup, bilirkişi sadece olguları tespit eder. Diğeri, danışman görüşü şeklinde, ispatı gereken vakia teknik bir mesele olmakla birlikte, komplike ayrıntıyı gerektirmediği durumda, hâkimin görmesi yeterli, ama anlayabilmesi açısından, birine danışması gerekiyorsa başvurulmakta olup buna “mini bilirkişilik” denilmektedir. Son olarak, bazı konularda da yorum yapan, ayrıntılı rapor da hazırlayan bizim anladığımız manada bilirkişi görüşüdür (Özekes, Bilirkişi, s. 60-61).

mahkeme kararlarının arasındaki uyumluluk açısından, ikili bir tasnife tâbi tutulması gerektiği savunulmaktadır. Birinci grup, hukuk davasında, bilirkişi incelemesi yapılmasına gerek duyulmayan davalardır. İkinci grup hukuk davaları, genellikle bilirkişi incelmesine gerek duyulan davalardır. Bu ikinci grupta, kendi içinde ikili ayrıma tâbi tutulmaktadır. Bazı hukuk davalarında, bilirkişinin vardığı sonuç, mahkemenin hükmünde, “ağırlıklı” olarak etkin değildir. Burada ağırlıktan kastedilen, hükmün fıkrasının, aslî unsurlarının bilirkişi ya da bilirkişiler tarafından belirlenmiş olup olmamasıdır. Bilirkişinin raporu, hâkimin özel ve teknik bir konu hakkında sadece aydınlatıp bilgi sahibi kılınmasından ibaret olması durumunda, bilirkişi raporu, mahkemenin hükmünde ağırlıklı olarak etkin değildir. Ancak, bilirkişi raporu hüküm fıkrasının bütün aslî unsurlarını belirlemişse, bilirkişinin raporu hükmü ağırlıklı olarak etkilemiş, diğer bir ifadeyle hükmü belirlemiş demektir⁶⁶⁴. Bu nedenle doktrinde, bilirkişi raporunun, hükme götürücü işlevi olduğu ifade edilmektedir⁶⁶⁵. Bu şekilde, hükmü ağırlıklı olarak bilirkişi raporunun belirlendiği hukuk davalarında, dava uyuşmazlığın yargısal bir çerçeve içinde, ama yargı dışı kişilerce gerçekleştirdiği bir süreç olmaktadır. Bu nedenle doktrinde, tarafların mahkemeye gitmek yerine, konuyu yargısal alanın dışına çıkarıp alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından birine başvurarak çözmelerinin daha uygun olacağı ifade edilmiştir⁶⁶⁶. Taraflar, bu durumlarda, bir yandan uzmanlar tarafından bilimsel ve teknik sorunların açıklığa kavuşturulmasını istemekte, ancak diğer taraftan da uzun süren mahkeme işlemlerinden kaçınmayı talep etmekte ve bu kapsamda alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına başvurmaktadır. Ancak her alternatif uyuşmazlık çözüm yolu, her uyuşmazlık için uygun değildir⁶⁶⁷.

Tarafların arasındaki uyuşmazlıklarının temelini teknik ve uzmanlık gerektiren vakıalar oluşturmalarına rağmen, bu konuda arabulucuya başvurabilirler. Bu durumda, genelde taraflar kendi iddiaların haklı olduklarına çok yüksek derecede inanır ve bunların sadece onaylanmasını ister ve diğer seçenekleri değerlendirmek istemez ve sonuç olarak kendi hak temelli pozisyonlarından, bu şekilde vazgeçmek istemezler. Diğer bir hâl de taraflar arasındaki anlaşma aralığının bir anlaşmaya varılamayacak

⁶⁶⁴ Konuralp, Bilirkişilik, s. 502-503.

⁶⁶⁵ Toraman, s. 46.

⁶⁶⁶ Konuralp, Bilirkişilik, s. 503, 508.

⁶⁶⁷ Greger ve Stubbe, s. 9.

kadar uzak olmasıdır. Bu durum tarafların direnç noktalarının da uzak olması şeklinde tarafların anlaşamamaları sonucunu ortaya çıkarmaktadır. Genellikle taraflar arasındaki ticarî ihtilaflar açısından bu durum karşımıza çıkmaktadır. Ticari ihtilaflardaki modern ihtilaf yönetimi yapıları ile karakterize edilen bu sistemlerde, çok sayıda değerlendirilemeyen talep ve karşı taleplere, müşteri ve tedarikçi tarafındaki sıkı bütçelere ve proje yöneticilerinin gelirlerinin önemli bir bölümünü proje başarısına bağlayan teşvik sistemlerindeki durumlarda, arabuluculuk süreci genelde başarısızlıkla sonuçlanmaktadır. Bu noktada arabulucunun tarafların pozisyonlarından ihtiyaç ve menfaatlerine ulaşmalarını amaçlayan, özel gizli oturumlar da fayda etmeyecektir. Çünkü tarafların, direnç noktalarının birbirlerine çok uzak olması, özel oturumları da faydasız kılacaktır. Bu nedenle, bu tür çatışmalarda arabuluculuk sürecinde, uzlaşma şansı daha da azalmaktadır. Nitekim temel bir anlaşmaya varma isteği olmadan, bir arabuluculuk süreci pek başarılı olamayacaktır. Bu konuda ticari konularda yapılan arabuluculuk, Almanya’da beklenen önemi yerine getirememiştir. Çünkü ticari uyuşmazlıklarda, taraflar genelde haklı olduklarına ikna olmuşlardır. Bu nedenle arabuluculuğun en önemli unsuru olan, anlaşmaya varma isteği, taraflarda yoktur⁶⁶⁸. Tarafların, bu durumda menfaat temelli bir çözüm yerine, uzman ve tarafsız üçüncü kişilerden bir vakıa tespiti şeklinde rapor almaları, onlar için daha iyi bir çözüm olabilir. Ancak arabulucu tarafsız bağımsız olmak zorunda olduğundan, taraflara teknik veya hukukî destek veremez⁶⁶⁹.

Diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olan tahkim, günümüzde örneğin inşaat hukuku gibi, hızlı karar alınması gereken uyuşmazlıklarda, bu hıza uygun karar alınamaması ve hak kayıplarına yol açılması sebebiyle eleştirilmektedir. Çünkü tahkimde, mahkeme işlemleri gibi, yargılama yapılmasına dayalı olarak, adil yargılanma hakkına uyulmasının zorunlu olması, tahkim işlemlerinin uzun sürmesine ve pahalı olmasına sebebiyet vermektedir. Alman hukukunda, bu nedenle önceden, “dostane ve etkili anlaşmazlığın en iyi çözüm yolu” olarak görülen tahkim sisteminin,

⁶⁶⁸ Greger ve Stubbe, s. 11, Rn. 25; Stubbe, s. 83.

⁶⁶⁹ Hukukumuzda bu konuda arabuluculuk bakımından bazı alanlar bakımından (İş Hukuku ve Ticaret Hukuku gibi) alanlarda uzman arabuluculuk eğitimi verilse dâhi, arabulucu hiçbir şekilde taraflara uzman yardımında bulunamaz, bu arabulucunun tarafsızlığını yitirmesine sebebiyet verir (Ekmekçi, Özkes, Atalı ve Seven, s. 68-69); Özbek, Alternatif Uyuşmazlık, s. 689.

günümüzde hayal kırıklığı oluşturduğu ifade edilerek eleştirilmektedir⁶⁷⁰. Ayrıca taraflar, tahkimde, alanında uzman olmayan bir hakemi seçmiş olabilir. Hakem bu durumda, uyuşmazlık konusuna yabancı olan bir durumda bilirkişiye başvurmak (HMK m. 431, MTK M. 12/A) zorundadır. Bu durum tahkim işlemlerinin daha çok uzun sürmesine ve bilirkişi masraflarından kaynaklı, daha pahalı olmasına sebebiyet verecektir. Diğer bir durum olarak, taraflar, tarafsız olmayan veya iş yükü fazla olan bir hakemi seçmiş olmaları veya alanında uzman olmakla birlikte, hukukî bilgisi hiç ya da yeterince olmayan birisini seçmeleri de aynı şekilde tahkimin uzun sürmesine ve daha pahalı olmasına sebebiyet verecektir⁶⁷¹. Sonuç olarak, taraflar mahkemeye veya alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından arabuluculuk veya tahkime başvursalar dâhi, teknik ve uzmanlık gerektiren konularda bir uzmana ihtiyaçları vardır.

Özellikle mahkemelerde hâkimin, bilirkişi raporuna uyma oranının yüksek oluşu göz önüne alındığında, tarafların mahkemeye gitmeden önce, teknik konularda bir uzman olan hakem-bilirkişiden tarafları ve mahkemeyi bağlayıcı bir rapor almaları teşvik edilebilir. Nitekim taraflar hakem-bilirkişi yoluna başvurmak yerine, doğrudan mahkemelere başvursalardı mahkeme çözümü hukuk dışında, özel veya teknik bilgiyi gerektiren bir husus olduğu için taraflardan birinin talebi üzerine veya kendiliğinden, bilirkişi atanmasına (HMK m. 266) karar vererek hüküm verecektir. Ancak bilirkişinin atanması, bilirkişinin reddi (HMK m. 277), bilirkişi raporuna itiraz (HMK m. 281), ek rapor (HMK m. 281/II), yeni bir bilirkişi raporu alınması ihtimalleri (HMK m. 281/III) ve mahkemenin takdiri delil olarak bir veya birden fazla alınan bilirkişi raporunu da değerlendirmesi de göz önüne alındığında, bu durumlar yargılamanın uzun sürmesine sebebiyet verecektir⁶⁷².

⁶⁷⁰ Greger ve Stubbe, s. 6; Valesek ve Wilson, s. 63; Tahkimde, bazı uyuşmazlıklar bakımından hakem ücretinin fazla olması, özellikle düşük miktarlı uyuşmazlıklar için bazen yargılama masrafı, uyuşmazlık miktarına denk gelmekte, ayrıca birden fazla hakem belirlenmesi durumunda, bu durum, tahkim uyuşmazlık oranına göre daha masraflı olabilmektedir (Derya Buluttekın, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na Göre Tahkimin Değerlendirilmesi”, **Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 27, S. 46, Y. 2022, s. 262).

⁶⁷¹ Pekcanıtez-Yeşilirmak, Pekcanıtez Usûl Cilt III, s. 2603; Buluttekın, s. 262-263.

⁶⁷² Brosi, s. 14; Ağaoğlu, s. 183; Yıldırım, s. 193; Aktan, s. 533.

B. Hakem-Bilirkişiliğin Avantajları

Yukarıda açıklanan hakem-bilirkişiliğin önemi aynı zamanda onun avantajlı yönlerine de temel oluşturmaktadır. Biz bu başlık altında daha somut şekilde davaya ihtiyaç duyulmadan veya dava açılmadan önce ya da sonra hakem-bilirkişiliğin avantajlı yönlerini belirtmeye çalışacağız.

Taraflar aralarındaki uzmanlık gerektiren, çekişmeli vakıanın tespiti için hakem-bilirkişiliğe genel olarak dava açılmadan önce başvurur. Hakem-bilirkişi raporu, açıkça hakkaniyete aykırı veya yanlış olmadığı sürece, tarafları ve mahkemeyi bağlayıcı özelliğe sahiptir. Dolayısıyla tarafların dava açıldığında da hakem-bilirkişinin vakıa tespitleriyle hâkimin bağlı olmasından kaynaklı aynı sonuç alınması, tarafların gerçekçi düşüncelerini ve sulh olmalarını kolaylaştırmaktadır⁶⁷³. Bu nedenle doktrinde hakem-bilirkişiliğin davayı veya uyuşmazlığı önleyici fonksiyonunun (Prozessvermeidung, Streitvorbeugung) olduğu ifade edilmektedir⁶⁷⁴. Ancak bu durum, hiçbir şekilde mahkemelere karşı bir güvensizlik olarak yorumlanmamalıdır. Çünkü tarafların arasındaki uyuşmazlıkların ağırlıklı olarak, tamamen olgusal meselelere dayanmasından kaynaklanmaktadır. Hâkim, bu tür uyuşmazlıklarda, teknik ve uzmanlık gerektiren durum olduğundan, bilirkişi atamadan uyuşmazlığı çözemeyecektir. Bu nedenle taraflar dava yerine, doğrudan bağlayıcı özelliği bulunan hakem-bilirkişiliğe başvurur⁶⁷⁵.

Diğer yandan, taraflar arasında henüz hukukî uyuşmazlık aşamasına gelmemiş, çekişmeli vakıalar bakımından uyuşmazlıklar⁶⁷⁶ söz konusu olabilir. Bu durumda da hakem-bilirkişinin yapmış olduğu bağlayıcı vakıa tespiti, tarafların, hızlı bir şekilde

⁶⁷³ Hakem-bilirkişiliğin avantajı, özellikle sigorta hukukunda, hasarın miktarını hızlı şekilde tespitini sağladığından hem sigortacı hem de sigorta ettiren açısından sulh olmalarını kısa sürede sağlamaktadır (Harald Volze, “Befangenheit im Sachverständigenverfahren”, **VersR** 2016, s. 1229; Asmus, s. 1; Brosi, s. 17; Yeşilırmak, Hakem-Bilirkişilik, s. 694,730; Hakem-Bilirkişilik, Öneri, s. 24; Demirel, s. 24; Yıldırım, s. 192-193.

⁶⁷⁴ Walter, s. 147; Habscheid, FS Kralik, s. 196; Greger ve Stubbe, s. 32-33; Asmus, s. 4; Maus, s. 131-132; Lorenzen, s. 14; Bachmann, s. 14; Angstmann, s. 11; Brosi, s. 14; Wagner, s. 664; Weiler, s. 3; Kornblum, s. 100; Ildır, s. 173.

⁶⁷⁵ Asmus, s. 4.

⁶⁷⁶ Uygulamada, özellikle teknik yönü bulunan yapım işlerine ilişkin sözleşmelerde, sözleşmenin tâbi olduğu genel uyuşmazlık çözüm rejimlerinden bağımsız mühendis (independent enginer) aracılığıyla, tarafların imalat metrajları, süreler, hakkediş hesaplamaları, imalat kalitesi gibi münferit teknik hususlarda ortaya çıkan uyuşmazlıklarda tayin olunan bağımsız mühendis taraflarından verilecek karar göre işlem yapılacağını kararlaştırmaları sık görülen bir uygulamadır (İzgi, s. 291).

çözümüne ulaşmalarını sağlar⁶⁷⁷. Bu durumda, hakem-bilirkişilik hem dava önleyici hem de vakıa temelinde, örneğin bir madenin kalitesi gibi, uyuşmazlık sona erdirici (Streiterledigung, Streitentscheidung) fonksiyona sahip olmaktadır⁶⁷⁸.

Taraflar hakem-bilirkişi raporu almalarına rağmen, dava veya tahkime de başvurmuş veya dava açıldıktan sonra hakem-bilirkişi raporu da almış olabilirler. Bu durumda da hakem-bilirkişi raporunun önemi büyüktür. Hakem-bilirkişinin, tespit etmiş olduğu vakıa temelinde, taraflar ve mahkeme bağlı olduğu ve mahkemelerin o vakıaya ilişkin başka bir delile başvuramamasından kaynaklı, hâkim sadece hukukî sonuca hükmedecektir. Bu şekilde hakem-bilirkişilik, yargılamayı hızlandırıcı ve kolaylaştırıcı (Beschleunigung und Erleichterung) bir fonksiyona sahiptir⁶⁷⁹.

Ayrıca, genel olarak, hakem-bilirkişi raporu, sadece açıkça hakkaniyete aykırı veya açıkça yanlış olması durumunda iptali mümkündür. Ancak, hakem-bilirkişi raporundaki tespitle, gerçek durumdan önemli ölçüde farklılık mevcut değilse, yani hakem-bilirkişi raporu açıkça yanlış değilse, mahkemenin bu durumda, hakem-bilirkişi raporuna müdahale etmesi de mümkün değildir. Bunun sonucu olarak da örneğin, sigortacı ödemesi gereken zararın miktarından daha fazla bir tutarı, sigorta ettirene ödemek zorunda kalabileceği gibi, sigorta ettirenin de ihtimaller dâhilinde, gerçek zarardan daha az bir tutarı kabul etmek zorunda kalabilir. Bu durum “önemlilik” eşğine kadar, kesin olmayan hatalı sonuçların tolere edilmesi anlamına gelmekte, nitekim bu hususların tolere edilmesi, mahkeme kararlarına göre, tarafların daha hızlı sonuç almasını sağlar⁶⁸⁰. Hakem-bilirkişi raporları, her ne kadar kendiliğinden icra edilemese de tarafların kendi seçmiş oldukları uzmanlar sayesinde daha işbirlikçi bir yaklaşım sergilemelerini ortaya çıkarır ve taraflarda yarattığı

⁶⁷⁷ Hakem-bilirkişilik, tarafların özellikle henüz siper savaşına girmedikleri, diğer bir ifadeyle henüz hukukî uyuşmazlığın meydana gelmediği, sadece teknik ve mesleki bir anlaşmazlık söz konusu olduğunda, hızlı ve sağlam temelli bağlayıcı bir araç olduğundan büyük önem arz eder (Georg Sturmberg, **Die Beweissicherung in der Anwaltlichen Praxis Privat Gutachten, Gerichtliche Beweissicherung und Schiedsgutachten, Strategie und Taktik im Baurecht**, Köln 2016, s. 225); Garger, s. 11-12; Vakıaların bağımsız üçüncü bir kişi tarafından tespiti uyuşmazlığın taraflar için somutlaşmasını sağlar. Bu şekilde, uyuşmazlığın erken safhada çözülmesini sağlama potansiyelini taşımaktadır (İzgi, s. 290).

⁶⁷⁸ Greger ve Stubbe, s. 137; Maus, s. 33; Habscheid, FS Kralik, s. 196.

⁶⁷⁹ Greger ve Stubbe, s. 136-137; Brosi, s. 14-15; Yeşilırmak, Hakem-Bilirkişilik, s. 694; Yeşilırmak, Öneri, s. 24; Demirel, s. 24.

⁶⁸⁰ Christian Becker, “Das Versicerungsrechtliche Sachverständigen”, **VersP 2016/V**, s. 35.

psikolojik etki sayesinde, tarafların kendi rızasıyla hasar miktarını, genellikle ödemesini sağlamaktadır⁶⁸¹.

Ayrıca hakem-bilirkişilik yoluna başvurmak hem mahkeme hem de tahkim yoluna başvurmaya göre daha ucuzdur. Çünkü tarafların yargı yoluna başvurmalarından kaynaklı, yargılama giderleri ve avukatlık ücreti veya tahkimde hakeme ödenen ücret ve masraflar, hakem-bilirkişiye ödenecek ücrete göre, daha yüksek bir meblağı teşkil etmektedir⁶⁸². Bu şekilde, hakem-bilirkişilik, mahkemelerin makul sürede ve ekonomik yargılama yapmalarını kolaylaştırarak, tarafların mahkemeye başvurmadan doğrudan hakem-bilirkişilik yoluna başvurmaları, mahkemelerin iş yükünü önemli ölçüde azaltmakta ve usûl ekonomisine hizmet etmektedir⁶⁸³.

Hakem-bilirkişilik prosedüründe, tarafların uzmanlığına güvendikleri kişileri hakem-bilirkişi olarak seçmesi ve bu atamaların hızlı şekilde gerçekleştirmesi, çekişmeli vakıalara ilişkin delillerin hızlıca toplanmasını sağlayarak, delillerin korunmasının sağlanmasına da hizmet eder. Ancak delil tespitinden farklı olarak, hakem-bilirkişi raporunun her iki tarafı bağlayıcı özelliği, sadece delillerin korunmasına hizmet etmemekte, ayrıca çekişmeli vakıaya ilişkin uyuşmazlığı, hakem-bilirkişi raporunun bağlayıcı etkisiyle, sona erdirilmesini de sağlamaktadır⁶⁸⁴.

Diğer yandan, hakem-bilirkişilik süreci, diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yolları gibi, gizlilik prensipleri içerisinde yürümektedir. Bu sayede taraflar, ticari ve özel sırlarının korunmasını sağlarlar⁶⁸⁵. Ayrıca, tarafların hakem-bilirkişilik sözleşmesi uyarınca, sözleşme özgürlüğü prensipleri esas alınarak, tarafların egemenliklerinin yargılama ve tahkime göre daha geniş faaliyet bir alanı vardır. Taraflar hakem-bilirkişilik veya hakem-bilirkişi sözleşmelerinde, hakem-bilirkişilik sürecinin nasıl gerçekleşeceğini, emredici hükümlere aykırı olmamak üzere serbestçe

⁶⁸¹ Asmus, s. 3; Brosi, s. 13.

⁶⁸² Becker, s. 34-35; Asmus, s. 2; Brosi, s. 16; Blake, Browne ve Sime, s. 380; Yeşilırmak, Öneri, s. 28; Yıldırım, s. 193; Aktan, s. 533.

⁶⁸³ Brosi, s. 15; Pelli, s. 182; Yıldırım, s. 193; Aktan, s. 533.

⁶⁸⁴ Sturmberg, s. 235.

⁶⁸⁵ Blake, Browne ve Sime, s. 380; Açoğlu, s. 189; Gizlilik prensipleri içerisinde yürütmesi tarafların ticari ve ekonomik sırlarının korunması açısından büyük önem arz eder. Diğer yandan bu durum, izole bir prosedür olmasını, tarafların sadece iç meselesi olarak kalmasını ve bunun sonucu olarak, sınırlı sayıda mahkeme kararına ulaşmamız sonucunu doğurur (Asmus, s. 5).

düzenleyebilirler⁶⁸⁶. Tarafların uzmanlıklarına güvendikleri kişileri seçtikleri için bu durum aynı zamanda gerçek durumun daha iyi araştırılmasını sağlar. Bu güven, nesnel olarak gerçek durumun belirlenmesinde önemli bir etkiye sahiptir⁶⁸⁷. Hakem-bilirkişi raporunun tarafların sulh olmalarını teşvik etmesi sayesinde, taraflar arasındaki ticari ilişkilerin korunmasının sağlamakta ve gelecekte de taraflar arasında ilişkilerin yürütmelerinin sağlanması, hakem-bilirkişiliğin, diğer bir avantajını teşkil etmektedir⁶⁸⁸. Taraflar, hakem-bilirkişinin hangi mesleki niteliklere ve özelliklere sahip olması gerektiğini kendileri belirleyebilirler. Bu özellikle teknik bilgi, deneyim ve yabancı dil bilme gibi hususları içerir. Özellikle uluslararası hakem-bilirkişilik sözleşmelerinde, hakem-bilirkişinin tarafların kullandığı yabancı dile hâkim olması sonucunda, yüksek hacimli ticari defterler ve belgelerin yeminli tercüman tarafından çevrilmesine gerek kalmayacak, hakem-bilirkişi ve taraflar doğrudan aynı dilde iletişim kurarak, belgelerin tercüme edilmesine ilişkin masraflardan kurtulacaklardır⁶⁸⁹.

C. Hakem-Bilirkişiliğin Dezavantajları

Hakem-bilirkişilik usûlünün, mahkeme ve tahkim işlemlerine göre, avantajları olduğu kadar dezavantajları da vardır. Öncelikle, hakem-bilirkişilik sözleşmesinin tüm tarafları, kanunda hakem-bilirkişiliğe ilişkin zorlayıcı yaptırımların olmaması sebebiyle, sigortacı, sigorta ettiren ve hakem-bilirkişi, hakem-bilirkişilik sürecinin yürütülmesinde samimi ve dürüst davranmalı, işbirliği yükümlülüğüne riayet etmeli, kendi menfaatlerini bir kenara bırakmalıdır. Özellikle hakem-bilirkişi de öncelikle uzman, tecrübeye sahip olmalı, tarafız ve bağımsızlığını koruması gerekir. Bu şekilde, hakem-bilirkişilik sürecine dâhil olanlar, sürecin kurallarına bağlı kalırlarsa, vakıaların

⁶⁸⁶ Taraflar hem üçüncü kişiyi serbestçe belirlemeleri hem de sürecin nasıl yönetileceğini belirlemeleri sayesinde usûlî sözleşme özgürlüğü güçlendirilmiştir (Stärkung Privatautonomie im Prozessrecht). Her liberal, demokratik ve hukuk sisteminin merkezini de bu unsur oluşturur. Taraflara, aralarında çekişmeli vakıanın tespitini kimin belirlemesi gerektiğine ilişkin bir fırsat sunar (Brosi, s. 13); Blake, Browne ve Sime, s. 380.

⁶⁸⁷ Brosi, s. 13-14.

⁶⁸⁸ Hakem-bilirkişilik, tarafların aralarındaki gelecekte de devam edecek olan uzun süreli iş ilişkilerindeki uyumsuzluklar bağlamında, vakıaların tespiti açısından büyük önem arz eder. Taraflar arasındaki hukukî barışın sağlanmasına ve dava açılmamasına sebebiyet verir. Bu durum, taraflar arasındaki iletişim ve yeni olanakları sürdürme olasılığı sunar (Brosi, s. 17); Ağaoğlu, s. 172.

⁶⁸⁹ Sessler ve Leimert, s. 158.

tespiti çok hızlı bir şekilde gerçekleşir. Aksi durumda, hakem-bilirkişilik sürecinin engellenmesi için çok sayıda olasılık⁶⁹⁰ mevcuttur⁶⁹¹. Çünkü, kanun koyucu tahkim kurumuna çok önem vererek ayrıntılı olarak düzenlemekteyken; hakem-bilirkişilik kurumuna önem vermemiş ve onun hakkında doğrudan bir düzenleme yapmamıştır. Bu nedenle doktrinde, hakem-bilirkişilik kurumu, kanun koyucunun üvey evladı olarak nitelendirilmektedir⁶⁹².

Hakem-bilirkişilik kurumunun dezavantajları bakımından ilk husus, özellikle sigorta veya inşaat hukukunda hakem-bilirkişinin tarafsızlığından şüphe duyulmasıdır. Hakem-bilirkişinin örneğin, sigortacının taraf olduğu başka sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıklarda da görev alması olanaklı olup bu durum, hakem-bilirkişinin tarafsızlığı hakkında taraflar açısından şüpheye yol açabilir. Özellikle, sigortacıyla hakem-bilirkişi arasında daha önceki geçmişten kaynaklı, daha yakın bir ilişkinin ortaya çıkması durumunda, sigorta ettiren hakem-bilirkişinin tarafsızlığı hakkında şüphe duyduğu için hakem-bilirkişi tarafından zararın tespitin yapılmasını istemeyebilir. Çünkü hakem-bilirkişi raporu, sadece, gerçek durumdan önemli ölçüde sapması durumunda, itiraz edilerek iptali istenebilecek olup önemlilik eşiğine gelmemiş yanlışlıklar, bakımından mahkeme, hakem-bilirkişi raporuna müdahale edemez.⁶⁹³

Ayrıca, hakem-bilirkişilik kurumu, küçük miktartlı zararların tespitinde kullanılması durumunda, hakem-bilirkişilik sürecinin uygulanması, sigortacı ve sigorta ettiren bakımından hakem-bilirkişi ücretlerinin, hasarın miktarını geçmesi sebebiyle çok masraflı hâle gelebilir. Hakem-bilirkişi tarafından, yapılacak küçük hasar tespiti, sigorta şirketinin menfaatine de değildir. Çünkü bu durum sigorta ettiren taraf ile hem zaman alıcı ve maliyetli anlaşmazlıklara yol açmakta hem de sigortacı için saygınlık ve müşteri kaybı anlamına gelmektedir⁶⁹⁴. Bu nedenle uygulamada, özellikle düşük miktartlı taleplerde, bir zarar tespitinin kolaylıkla yapılabileceği

⁶⁹⁰ Bu nedenle doktrinde, hakem-bilirkişilik kurumunu çok güzel olduğu kadar, çok sayıda da savaşın çıkmasına sebebiyet vererek birçok insanın ölümüne sebebiyet veren, Yunan Tanrıçası "Helen"e benzetilmektedir (Asmus, s. 1).

⁶⁹¹ Becker, s. 33-34.

⁶⁹² Herbert Eckert, **Der Schiedsgutachter (§ 317 ff. BGB.), insbesondere sein Verhältnis zum Schiedsrichter**, Dissertation, Köln 1928, s. 15; Asmus, s. 7; Sieveking, s. 34.

⁶⁹³ Becker, s. 34-35; Yıldırım, s. 193.

⁶⁹⁴ Klocke, s. 37.

durumlarda, sigorta şirketleri hakem-bilirkişilik sürecini uygulamadan, sigorta ettirene doğrudan ödeme yolunu tercih etmektedirler⁶⁹⁵.

Ayrıca hakem-bilirkişinin sigorta mevzuatı ve sigorta sözleşmelerinin ilgili hükümlerini ve ayrıca usûl hukukunun temel ilkeleri olan, tarafsızlık ve bağımsızlık, taraflara eşit davranılması, gerekçeli rapor yazma, taraflara hukukî dinlenilme hakkı tanınması şeklinde, temel ilkeleri bilmesi, eğitim alması ve bunları uygulaması çok önemlidir. Çünkü bunların dikkate alınmaması tarafların faydalı bir hakem-bilirkişi raporu alabilmesi ve hasarların usûlüne uygun olarak çözümlenebilmesi için bir ön koşuldur. Ancak uygulamada hakem-bilirkişilere, bu konuda eğitim verilmemesi ve bu hususlardan kaynaklı hakem-bilirkişi raporunun iptal edilmesi birçok sorunlara yol açmaktadır⁶⁹⁶.

⁶⁹⁵ Yıldırım, s. 194.

⁶⁹⁶ Klocke, s. 38.

İKİNCİ BÖLÜM

HAKEM-BİLİRKİŞİLİK SÖZLEŞMESİ

I. HAKEM-BİLİRKİŞİLİĞE İLİŞKİN DÜZENLEMELER VE TASLAKLAR

A. Kanun Taslakları ve İnsan Hakları Eylem Planı

Hukukumuzda, hakem-bilirkişilik hakkında, doğrudan kanunî bir düzenleme yoktur. Hakem-bilirkişilik hakkında doğrudan bir kanunî düzenleme olmamakla birlikte, iki tane kanun taslağında hakem-bilirkişilik kurumu düzenlenmiştir. Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Tahkim Komisyonunun 1971 yılında hazırladığı, “Türkiye Hakemler Odası Kanunu Öntasarısı” ilk düzenlenen kanun taslağıdır. Bu tasarının birinci maddesinde, Türkiye Hakemler Odası, Türkiye’de hakem-bilirkişilik, bilirkişilik hizmetlerinin yürütülmesine yardımcı olmak amacıyla kurulan tüzel kişiliğe sahip bir kamu kurumu olarak tanımlanmıştır. Tasarının birçok maddesinde, hakem-bilirkişilik ifadesi geçmektedir⁶⁹⁷. İkinci taslak yukarıda ifade ettiğimiz, 1971 yılında hazırlanan taslağın daha ayrıntılı hâlidir. 2001 yılında Adalet Bakanlığı tarafından “Türkiye Hakem ve Bilirkişileri Odaları Birliği Kanunu Taslağı”, hazırlanmıştır. Bu taslak dört bölümden oluşmakta olup birinci bölüm madde 1’de amaç ve kapsama, Türkiye’de hakem, hakem-bilirkişi ve bilirkişilik görevlerini yürütenlerin, bu Kanun kapsamında olacağı düzenlenmiştir. İkinci maddesinde, hakem-bilirkişi tanımlanmıştır. Kanun taslağının birçok maddesinde, hakem-bilirkişiliğe değinilmekle birlikte, 22. maddesinde, liste sistemini düzenlenmiştir. Düzenlemeye göre, odaya kayıtlı hakem, hakem-bilirkişi ve bilirkişilerin uzmanlık alanları göz önüne alınarak, liste düzenleneceği ifade edilmiştir. Kanun taslağının 32. maddesinde, hakemlik, hakem-bilirkişi ve bilirkişi ücret tarifeleri birlik yönetim kurulunun görevi olarak düzenlemiştir⁶⁹⁸. Ancak bu kanun taslağı, bir kanun hâline gelememiştir.

⁶⁹⁷ Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, “Hakemlik ve Örgütlendirilmesi Tahkim ve Türkiye Hakemler Odası ile İlgili Kanun Taslakları”, Ankara, 1971, s. 15-24.

⁶⁹⁸ Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Bilirkişi ve Hakem Odaları Birliği, İstanbul’da Milletlerarası Tahkim Merkezi” Kurulması Hakkında Adalet Bakanlığı Tarafından Hazırlanan Kanun Taslakları, Ankara, 2001. s. 62-75.

Adalet Bakanlığı tarafından, 2021 yılının mart ayında “*İnsan Hakları Eylem Planı*” şeklinde bir çalışma yapılmıştır. Bu çalışmanın sonucu ortaya çıkan kitap başlık olarak, her ne kadar sadece kamu hukukunu esas alarak hazırlanmış olsa da özel hukuk açısından da birçok hüküm içermektedir. Bu kapsamda, İnsan Hakları Eylem Planı’nın Hedef 3.6 “Bilirkişilik Sisteminin Kalitesinin Artırılması ve Öngörülebilirliğin Sağlanması” bölümünün “g” maddesinde, yabancılık unsuru taşıyanlar da dâhil olmak üzere, özel hukuk uyuşmazlıklarının daha kısa sürede çözümü amacıyla hakem-bilirkişilik kurumunun ihdas edileceği ifade edilmiştir⁶⁹⁹. Aynı şekilde Adalet Bakanlığı tarafından hazırlanan, “İnsan Hakları Eylem Planı” kitabındaki uygulamaların denetimini sağlamak amaçlı bir ay sonra, yani 2021 yılının nisan ayında, “İnsan Hakları Eylem Planı ve Uygulama Takvimi” şeklinde, yapılacak faaliyetlerin hangi kurum tarafından ve ne kadar sürede yapılacağına dair denetleyici bir kitap hazırlanmıştır. İnsan Hakları Eylem Planı’nda “Hedef 3.6” kısmında düzenlenen bölüm, burada” Faaliyet 3.6” şeklinde ifade edilmiş ve hakem-bilirkişilik aynı şekilde “Faaliyet 3.6-g” kısmında düzenlenmiştir. Hakem-bilirkişiliği düzenleyecek sorumlu kurum, Adalet Bakanlığı olarak ifade edilmiş ve süre bakımından da bir yıl öngörülmüştür⁷⁰⁰. Ancak hakem-bilirkişilik, kitabın yayımlanmasından birkaç yıl süre geçmesine rağmen, hâlen kanunda düzenlenmemiştir.

Doktrinde, hakem-bilirkişilik kurumu hakkında kanunî bir düzenlemenin olması gerekliliği haklı olarak savunulmaktadır. *Yeşilirmak* bu konuda, hakem-bilirkişilik kurumunun, uygulamada çok az kullanılan bir alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olduğunu ve bu yoldan daha çok yararlanılması gerektiğini ifade etmiştir. Ancak bu konuda hukukumuzda hakem-bilirkişi eğitimi verecek ve hakem-bilirkişilerin listelerini hazırlayacak kurumlar mevcut değildir. Dolayısıyla bu noktada itici bir güce ihtiyaç vardır⁷⁰¹. İtici gücün kanunî bir düzenlemenin olması gerektiği konusunda şüphe yoktur. İnsan Hakları Eylem Planı’nda hakem-bilirkişilik kurumunun kanunî bir düzenlemeye kavuşturulacağı ümidi, bu noktada itici bir güçtür.

⁶⁹⁹ Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı, *İnsan Hakları Eylem Planı Özgür Birey, Güçlü Toplum; Daha Demokratik Bir TÜRKİYE*, Ankara Mart 2021, s. 48.

⁷⁰⁰ Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı, *İnsan Hakları Eylem Planı ve Uygulama Takvimi, Özgür Birey, Güçlü Toplum; Daha Demokratik Bir TÜRKİYE*, Ankara Nisan 2021, s. 58.

⁷⁰¹ *Yeşilirmak, Öneriler*, s. 57-58.

B. Sigorta Genel Şartlarındaki Düzenlemeler

5684 sayılı Sigortacılık Kanunu'nun⁷⁰² 11. maddesinin birinci fıkrasına göre, sigorta sözleşmelerinin ana muhtevası, Hazine Müsteşarlığı'na bağlı Sigortacılık Genel Müdürlüğü'nce onaylanan ve sigorta şirketlerince aynı şekilde uygulanacak olan genel şartlara uygun olarak düzenleneceği ifade edilmiştir. Ancak sigorta sözleşmelerinde işin özelliğine uygun olarak, özel şartların da taraflarca düzenlenebileceği ifade edilmektedir. Sigortacılık Kanunu'nda, sigorta genel şartlarını da kapsayacak şekilde bunların düzenleneceği ilkesi korunmuştur. Bu kanun hükmü, "Sigortacılık ve Özel Emeklilik Düzenleme ve Denetleme Kurumunun Teşkilat ve Görevleri Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi"⁷⁰³ hükümleriyle, bu görev, Sigortacılık ve Özel Emeklilik ve Düzenleme ve Denetleme Kurumu'na verilmiş (Kararname m. 3) ve Sigortacılık Genel Müdürlüğü kapatılmıştır (Kararname Geçici m. 2/III). Ancak aynı şekilde, Sigortacılık ve Özel Emeklilik ve Düzenleme ve Denetleme Kurumu da (SEDDK) Hazine ve Maliye Bakanlığı'na bağlanmıştır (Kararname m. 3).

Sigorta genel şartları genel olarak, sigortacı tarafından yapılan aynı mahiyetteki sözleşmelerin esasını teşkil eden, sigorta teminatının kapsamı, muafiyetler, hasar ve zarar tespiti, sigorta ettirenin görev ve yükümlülükleri, uyuşmazlık durumundan uygulanabilecek hükümler, prim ve tazminat ödemesi, muacceliyet, zamanaşımı gibi hususları düzenleyen, daimî ve tipik sigorta sözleşmesinin içeriğini açıklayan koşullardır. Diğer bir ifadeyle, sigorta genel şartları, tek tek riziko ve somut sözleşmeler göz önünde bulundurulmadan, gelecekte, belirli bir sigorta dalında düzenlenecek tüm sözleşmelerin içeriğine temel oluşturan, Sigortacılık ve Özel Emeklilik ve Düzenleme ve Denetleme Kurumu tarafından belirlenen, genellikle basılı ve yazılı biçimde sigorta poliçesinde yer alan kayıtlardır. Sigorta genel şartları, emredici hükümlerden sonra, fakat yorumlayıcı hükümlerden önce gelir. Ayrıca, sigorta sözleşmeleri, genel işlem şartlarını içeren sözleşmelerden olduğundan, tarafların sigorta genel şartlarında yer alan veya almayan konularda özel şart kararlaştırabilme hakları da vardır⁷⁰⁴.

⁷⁰² Ayrıntılı Kanun metni için bkz. RG., 14.6.2007, S. 26552.

⁷⁰³ Ayrıntılı Kararname metni için bkz. RG., 18.110.2009, S. 30922.

⁷⁰⁴ Kabukçuoğlu Özer, s. 152.

Hakem-bilirkişilik hakkında, kanunî bir düzenleme bulunmamasına rağmen, bu konuda ayrıntılı düzenlemeler sigorta genel şartlarında bulunmaktadır. Aynı şekilde Almanya⁷⁰⁵, İtalya⁷⁰⁶, Avusturya⁷⁰⁷ ve İsviçre⁷⁰⁸ gibi birçok ülkede de sigorta genel şartlarında zarar ve hasarın tespitinde, hakem-bilirkişilik düzenlenmiştir.

Diğer yandan, hakem-bilirkişilik kurumu, her sigorta türünde, sigorta sözleşmesinin konusu ve ona ilişkin özellikler esas alındığında uygulanamaz. Doktrinde, sigorta türleri, temel olarak, can ve zarar sigortaları olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Zarar sigortaları, mal ve sorumluluk sigortası olarak ikiye ayrılmaktayken; can sigortaları ise hayat, kaza ve hastalık-sağlık sigortaları olmak üzere ayrılmaktadır. Sigorta sözleşmeleri ayrıca, ihtiyacın karşılanması kıstasına göre, meblağ ve zarar sigortası olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Meblağ ve zarar sigortası ayrımı, hayat sigortası ve hayat dışı sigorta olarak da ifade edilmektedir⁷⁰⁹. Ayrıca sigorta sözleşmesi türleri konusuna göre, genel anlamda can, finansal, mal, kredi, sorumluluk, tarım ve hukuksal koruma sigorta olarak ayrılabilir. Sigorta genel şartlarının düzenlendiği, Sigortacılık ve Özel Emeklilik ve Düzenleme ve Denetleme

⁷⁰⁵ Alman hukukunda, 1908 tarihli Sigorta Sözleşmeleri Kanunu'ndan (VVG) önce dâhi, hakem-bilirkişilik kanunî bir düzenleme olmamasına rağmen, sigorta genel şartlarındaki düzenlemeler sayesinde yapılmaktaydı. Bu düzenlemeler sigorta genel koşullarında hakem-bilirkişilik prosedürü olarak ifade edilen "Sachverständigenverfahren" şeklinde ifade edilmekteydi. Bunlar, Yangın Sigortası (Feuerversicherung, § 15 AFB), Motorlu Taşıt Sigortası (Kraftversicherung, § 14 AKB), Nakliye Sigortası (Transportversicherung, § 10 EVB, § 12 ADB), Ev Eşyası Sigortası (Hausratversicherung, § 14 VHB), Hırsızlık Sigortası (Einbruchdiebstahlversicherung, § 15 AEB), Fırtına Sigortası (Sturmschadenversicherung § 13), Makine Hasarı Sigortası (Maschinenschadens, §12 MBUB), Dolu Sigortası (Hagelversicherung §18 AHagB), Genel Alman Deniz Sigortası (Allgemeinen Deutschen Seeversicherungs, ADS), Kaza Sigortası (Unfallversicherung, § 12 AUB) gibi birçok sigorta türünde hakem-bilirkişilik düzenlenmektedir (Rauscher, s. 41-45).

⁷⁰⁶ İtalyan hukukunda, İtalyan Sigorta Şirketleri Birliği ANIA (Associazione Nazionale fra le Imprese Assicuratrici) tarafından çeşitli zarar sigortaları (Schadenversicherung) bakımından, sigorta genel şartlarında hakem-bilirkişilik düzenlenmektedir. Bunlar, Otomobil hırsızlık sigortası (Autodiebstahlversicherungen), Otomobil Kasko Sigortası (Autokaskoversicherung), Yangın Sigortası (Feuerversicherungen) gibi birçok genel zarar sigortalarında hakem-bilirkişilik düzenlenmektedir (Hartl, s. 141-145).

⁷⁰⁷ Avusturya hukukunda, hakem-bilirkişilik, hukukî koruma sigortası (Rechtsschutzversicherung-ARB 1994), kaza sigortası (Unfallversicherung-AUVB 1995), sağlık sigortası (Probandenversicherung, Gesundheitversicherung), mal sigortası (Sachversicherung), yangın sigortası (Feuerversicherungs-AFB 1995), dolu sigortası (Hagelversicherung-AVB-H), sosyal güvenlik sigortaları (Sozialversicherungsbereich) düzenlenmekte ve kullanılmaktadır (Garger, s. 13-26).

⁷⁰⁸ Bachmann, s. 17-18.

⁷⁰⁹ Haydar Arseven, **Sigorta Hukuku**, Beta Yayınevi, İstanbul 1987, s. 39-42; Emine Yazıcıoğlu ve Zehra Şeker Ögüz, **Sigorta Hukuku**, 3. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2020, s. 82-85; İnci Deniz Kaner, **Sigorta Hukuku**, 4. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2021, s. 37-45; Can, s. 26-27; Barış Günay, **Sigorta Hukuku**, 5. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2023, s. 167-168; Korkmaz, s. 30-34.

Kurumu da sigorta sözleşmesi türleri konusuna göre ayırım yapılarak sigorta genel şartlarını düzenlediğinden, bu ayırım esas alınacaktır.

Hakem-bilirkişilik kural olarak zarar sigortalarında söz konusu olmaktadır. Özellikle mal sigortalarında, hakem-bilirkişilik sigorta poliçesi genel şartlarında genel olarak düzenlenmektedir. Mal sigortaları bakımından, hasarın tespiti bölümünde, Yangın Sigortası Genel Şartları B.4. maddesi⁷¹⁰; İnşaat Sigortası Genel Şartları (Bütün Riskler) B.2 maddesi⁷¹¹; Makine Kırılması Sigortası Genel Şartları madde 13⁷¹²; Montaj Sigortaları Genel Şartları madde 14⁷¹³; Yangına Bağlı Kar Kaybı Sigortası Genel Şartları B.5. maddesi⁷¹⁴; Hırsızlık Sigortası Genel Şartları B.3. maddesi⁷¹⁵; Elektronik Cihaz Sigortaları Genel Şartları madde 13⁷¹⁶; Cam Kırılmasına Karşı Sigorta Şartları madde 11⁷¹⁷, düzenlendikleri konularda, hasar ve zararın tespiti hususunda, tarafların anlaşamaması durumunda, hakem-bilirkişi tarafından hasar ve zararın tespit edileceği düzenlenmiştir. Ancak bazı mal sigortası niteliğinde olan, Emtea Nakliyat Sigortası Genel Şartları, Kıymet Nakliyat Poliçesi Umumi Şartları, Tekne Poliçesi Genel Şartları ve Seyahat Araç Destek Sigortası Genel Şartları'nda hakem-bilirkişilik kurumuna yer verilmemiştir. Yürürlükten kalkan 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu döneminde olup 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu döneminde olmayan, yenilenmiş mal sigortaları olan, Kara Araçları Kasko Sigortası Genel Şartları ve Zorunlu Deprem Sigortası Genel Şartlarının (DASK) yenilenmiş hâlinde hakem-bilirkişilik kurumu düzenlenmemiştir⁷¹⁸.

Sorumluluk sigortaları da niteliği itibariyle, bir zarar sigortası olmasına rağmen, bu sigorta türünde hakem-bilirkişilik kurumuna ihtiyaç duyulmaz⁷¹⁹. Nitekim yürürlükten kalkan 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu döneminde örneğin, 20 Aralık 1991 tarihli Tüpgaz Zorunlu Sorumluluk Sigortası Genel Şartları'nda hakem-bilirkişilik düzenlenmesine yer verilmemiştir. Aynı şekilde, 6102 sayılı Türk Ticaret

⁷¹⁰ Bkz. 1 Ocak 1993 yürürlük tarihli Yangın Sigortası Genel Şartları madde B.4.

⁷¹¹ Bkz. 1 Şubat 2009 yürürlük tarihli İnşaat Sigortası Genel Şartları (Bütün Riskler) madde B.2

⁷¹² Bkz. 25 Şubat 1967 yürürlük tarihli Makine Kırılması Sigortası Genel Şartları madde B.2.

⁷¹³ Bkz. 1 Ocak 2006 yürürlük tarihli Montaj Sigortaları Genel Şartları madde 14.

⁷¹⁴ Bkz. 1 Şubat 2009 yürürlük tarihli Yangına Bağlı Kar Kaybı Sigortası Genel Şartları madde B.5

⁷¹⁵ Bkz. 5 Eylül 2006 yürürlük tarihli Hırsızlık Sigortası Genel Şartları madde B.3

⁷¹⁶ Bkz. 1 Temmuz 2006 yürürlük tarihli Elektronik Cihaz Sigortaları Genel Şartları madde 13

⁷¹⁷ Bkz. 1 Ocak 1976 yürürlük tarihli Cam Kırılmasına Karşı Sigorta Şartları madde 11.

⁷¹⁸ Barış, 31; Yıldırım, s. 194-195.

⁷¹⁹ Sorumluluk sigortasında, hakem-bilirkişilik hükümleri uygulanmaz. Çünkü, hakem-bilirkişi ve sigorta hükümleri sadece sigortacı ve sigorta ettiren arasında geçerli olup, zarar gören üçüncü kişi açısından geçerli değildir (Bachmann, s. 26).

Kanunu döneminde de örneğin, 26 Mayıs 2013 Mesleki Sorumluluk Sigortası Genel Şartlarında da hakem-bilirkişiliğe yer verilmemiştir⁷²⁰.

Finansal sigortalar genel şartlarında, Kefalet Sigortası ve Bina Tamamlama Sigortası genel şartlarında hakem-bilirkişilik kurumu düzenlenmemiştir. Kredi sigortaları genel şartlarında, Borç Ödeme Sigortası, Tek Risk Sigortası ve Ticari Alacak (Kredi) Sigortası Genel Şartlarında hakem-bilirkişilik kurumu düzenlenmemiştir. Ancak Kredi Sigortası Genel Şartları'nda B.3 tazminatın şartları kısmında, hakem-bilirkişilik düzenlenmiştir⁷²¹.

2023 yılında düzenlenen devlet destekli tarım ürünleri ve hayvanlar bakımından, tarım sigortalarında hakem-bilirkişilik kurumu düzenlenmemiştir. Devlet Destekli Arıcılık, Arı Kovanı, Bitkisel Ürün, Büyükbaş Hayvan Hayat Sigortası, Gelir Koruma Sigortası, Köy Bazlı Kuraklık Verim Sigortası, Küçükbaş Hayvan Hayat Sigortası, Kümes Hayvanları Hayat Sigortası, Sera Sigortası, Su Ürünleri Hayat Sigortası ve Devlet Destekli Gelir Koruma Sigortası, genel şartlarında hakem-bilirkişilik kurumu düzenlenmemiştir. Bu sigorta genel şartlarında, hasar veya zararın, hakem-bilirkişi tarafından tespit edileceği hükmü yoktur. Sigorta Eksperleri Yönetmeliği'nin 28. maddesi uyarınca, hasar incelemesinin, Tarım Sigortaları havuzu tarafından görevlendirilecek, tarım sigortaları havuzu eksperleri tarafından yapılacağı belirtilmiştir⁷²². Ancak Sera Sigortası Genel Şartları'nın B.4. maddesinde; Hayvan Hayat Sigortası Genel Şartları'nın 12. maddesinde; Dolu Sigortası Genel Şartları B.4. maddesinde; Kümes Hayvanları Hayat Sigortası Genel Şartları 12. maddesinde, hasarın tespitinin hakem-bilirkişi tarafından yapılacağı düzenlenmiştir. Diğer yandan, bu sigorta genel şartlarının, ne zaman yürürlüğe girdiği hakkında bir düzenleme yoktur.

Can (Meblağ) sigortaları bakımından, işin niteliğinden kaynaklı, kural olarak hakem-bilirkişilik incelemesine gidilmeyecektir. Örneğin, hayat sigortalarında hakem-bilirkişi aracılığıyla araştırma yapılmasını gerektiren bir durum yoktur⁷²³. Ancak, bir

⁷²⁰ Yıldırım, s. 195.

⁷²¹ Bkz. 1 Şubat 2009 yürürlük tarihli Kredi Sigortası Genel Şartları madde B.3.

⁷²² Yıldırım, s. 194.

⁷²³ Can sigortasında, hakem-bilirkişilik prosedürünün yeri yoktur. Çünkü, vefat halinde, sigorta ödeneği zaten sözleşmede belirtilmiştir. Ancak en fazla uzmanlar, burada sigorta ettirenin riski artıran bir mesleğe geçip geçmediğine ilişkin bir tespitte bulunabilir. Nitekim bu konuda, 19. yüzyılda buna benzer sigorta genel şartlarına rastlanmaktadır (Bachmann, s. 24).

meblağ sigortası türü olan, ferdi kaza sigortalarında, maluliyet sebepleri, maluliyetin derecesi, gündelik tazminat veya tedavi masrafları gibi tazminat miktarının tespitinde etkili, maddî unsurlar dikkate alınmak suretiyle hakem-bilirkişi aracılığıyla belirlenebileceği, Ferdi Kaza Sigortaları Genel Şartları'nın 15. maddesinde düzenlenmiştir⁷²⁴. Aynı şekilde, bir meblağ sigortası olan, Karayolu Yolcu Taşımacılığı Zorunlu Koltuk Ferdi Kaza Sigortası Genel Şartları'nın B.3 maddesinde⁷²⁵ hakem-bilirkişilik incelemesine gidilebileceği düzenlenmiştir. Ayrıca Sağlık Sigortası Genel Şartları'nın 10. maddesinde, tarafların anlaşamamaları durumunda, masrafların hakem-bilirkişi tarafından tespit edileceği düzenlenmiştir. Ancak, Maden Çalışanları Zorunlu Ferdi Kaza Sigortası, Hayat Sigortası, Seyahat Sigortası Genel Şartlarında hakem-bilirkişilik kurumu düzenlenmemiştir⁷²⁶.

Hukuksal Koruma Sigortası Genel Şartlarında da hakem-bilirkişilik kurumu düzenlenmemiştir. Çünkü bu sigorta türünde, hukuksal çıkarların gözetimi bakımından yeteri kadar başarı şansının bulunup bulunmadığını tespitini yapmak şeklinde, bir hukukî mesele var olup bu mesele hakem tarafından karara bağlanacaktır (Hukuksal Koruma Sigortası Genel Şartları B.3). Ancak bu konuda mukayeseli olarak Alman, Avusturya ve İsviçre hukukunda, hukuksal koruma sigortalarının konusunun, hukukî ilişki değil, hukukî ilişkinin bir unsuru olduğu ifade edilerek hakem-bilirkişi atanmakta ve doktrinde hakem-bilirkişiliğe örnek olarak verilmektedir⁷²⁷.

Sigorta genel şartları, hasar ve zararın tespiti hususunda hakem-bilirkişilerin tespiti bulunacağını genel olarak düzenlemiştir. Ayrıca hakem-bilirkişilerin nasıl seçileceği, görevleri, hakem-bilirkişi raporlarının ileri sürülmesi ve etkisi, hakem-bilirkişinin incelemeyi nasıl yapacağı ve işlevleri, hakem-bilirkişilerin ücret ve masraflarının ödenmesi, hakem-bilirkişi raporlarına karşı itiraz ve iptal yolu gibi konularda, genelde her bir sigorta genel şartlarında standart, genel ve aynı şekilde bilgi düzenlenmektedir.

⁷²⁴ Bkz. 1 Temmuz 2006 yürürlük tarihli Ferdi Kaza Sigortaları Genel Şartları m. 15.

⁷²⁵ Bkz. 24 Temmuz 2004 yürürlük tarihli Karayolu Yolcu Taşımacılığı Zorunlu Koltuk Ferdi Kaza Sigortası Genel Şartları m. B.3.

⁷²⁶ Yıldırım, s. 195-196.

⁷²⁷ Alman hukukunda hukuksal koruma sigortasında, hukuksal çıkarların gözetimi bakımından yeteri kadar başarı şansının bulunup bulunmadığının tespiti hakem-bilirkişi tarafından yapılmaktadır (§ 17 Allgemeine Bedingungen für die Rechtsschutz- Versicherung –ARB) (Heinrich, s. 87); Garger, s. 13-14.

Hakem-bilirkişi, tazminata esas teşkil eden, zararın tespitini sağlamakta olup tarafların rizikodan önce veya sonra hakem-bilirkişi tarafından zararın tespitinin sağlanmasının kararlaştırmaları mümkündür. Kanunî bir dayanağı bulunmayan, hakem-bilirkişiliğin, işlevsellik kazanması ve hakem-bilirkişiliğin görev alanı sigorta genel veya özel şartlarında bulunması hâlinde mümkündür⁷²⁸.

Doktrinde bizim de katıldığımız hâkim görüş, sigorta genel şartlarında yer alan zarar veya hasarın tespitinin hakem-bilirkişi tarafından yapılacağına ilişkin düzenlemelerin, Türk Ticaret Kanunu'na aykırılık teşkil etmediğini savunmaktadır⁷²⁹. Hukukumuzda, bu konuda hâkim görüş olmasına rağmen, hakem-bilirkişilik, günümüzde yeni veya yenilenmiş sigorta genel şartlarında düzenlenmemeye başlanmıştır⁷³⁰.

Ünan' da bu hususta, Türk Ticaret Kanunu, 2011 yılı öncesinde yürürlüğe konulmuş olan sigorta genel şartlarının birçoğunda yer alan ve uygulamada "hakem-bilirkişi" olarak adlandırılan, ancak bugün terkedilmiş görünen, hakem-bilirkişiliğin ilişkin yeni ve yenilenmiş sigorta genel şartlarında düzenlenmediğini ifade etmektedir. Ancak hakem-bilirkişilik uygulamasının, zararın sebep ve tutarının belirlenmesini hedef tutan dengeli ve doğru bir uygulama olarak desteklenmesi gereken bir çözüm olduğunu ifade etmektedir. Nitekim Alman hukukunda VVG § 84 buna benzer bir uygulamayı, ayrıca can sigortaları (meblağ) sigortaları bakımından da VVG § 189 özel olarak düzenlenmiş ve bu düzenlemelerle hakem-bilirkişilik teşvik edilmiştir⁷³¹.

Hukukumuzda, Sigorta Eksperleri Atama Yönetmeliği'nin 8. maddesine göre, motorlu araç sigortalarında, eksper raporlarının sisteme girmesinden itibaren üç iş günü içinde, taraflardan birinin talebi hâlinde hakem eksper atanacağı, hakem eksperin en geç üç iş günü içinde dosya üzerinden inceleme yaparak raporu hazırlayacağını ve hakem eksper tarafından düzenlenecek raporun nihaî rapor olacağı ve itiraz edilemeyeceği düzenlenmiştir. Bu düzenleme sayesinde, hakem-bilirkişilik

⁷²⁸ Arseven, s. 130-131; Yıldırım, s. 196; Aktan, s. 533.

⁷²⁹ Samim Ünan, **Türk Ticaret Kanunu Şerhi Altıncı Kitap Sigorta Hukuku Cilt I Genel Hükümler**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016, s. 274; Hikmet Sami Türk, "Sigortacının Temerrüdü Ne Zaman Başlar?", **Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XII**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 1995, s. 204; Barış, s. 31; Yıldırım, s. 197; Demirel, s. 38; Aktan, s. 534.

⁷³⁰ Ünan, s. 274; Yıldırım, s. 194; Aktan, s. 533-534.

⁷³¹ Ünan, s. 274.

uygulamasını yerini, hukukumuzda hakem ekspere bırakmıştır, ancak bu hükmün birçok yönden hukuka ve Anayasa'ya aykırı olduğunu söyleyebiliriz⁷³².

Ayrıca hakem-bilirkişiliğe ilişkin açıkça bir düzenleme olmamakla birlikte, Yargıtay⁷³³ kararlarına da konu olmuş, kamu ihalelerinden⁷³⁴ kaynaklı⁷³⁵ Bayındırlık

⁷³² Bu yöndeki açıklamalarımız için bkz. Birinci Bölüm, V, E.

⁷³³ “Uyuşmazlık, Rize Stadyumu inşaatına ait taşıma işinin 10 tonluk kamyonla yapılmış olmasına karşın, fiyatın 5 tonluk kamyon için geçerli bulunan formüllere göre saptanmış olması nedeniyle meydana gelen fiyat farkına ilişkindir. Ancak, 10 tonluk kamyonla taşıma yapılması halinde fiyatın ne olacağı hususunda sözleşme ve eklerinde herhangi bir açıklık mevcut olmadığından fiyatın, sözleşme eki Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesinin 29 uncu maddesi uyarınca Bayındırlık Meclisince tayin edilmesi gerekir. Anılan madde ile taraflar uyuşmazlık halinde Bayındırlık Meclisinin saptayacağı fiyatın kendilerini bağlayacağını önceden kabul etmekle, HUMK'nun 287. maddesine uygun düşen bir çeşit delil anlaşması yapmışlardır. Bu nedenle, Bayındırlık Meclisinin buradaki sıfatı hakem bilirkişilikten ibaret olup, sadece uyuşmazlık konusu fiyatı saptayan kararı, mahkemece hükme esas alınabilir. -HUMK'nun 516. maddesinde yer alan ve hakemlere, taraflar arasındaki uyuşmazlığın hal yetkisini veren bir tahkim sözleşmesinin varlığından bahsedilemeyeceğine göre, Bayındırlık Meclisinin bir çeşit hakem kararı niteliği taşıyan ve davacının talebinde, 5 tonluk kamyonla taşımanın birim fiyatı tespit edilmesine rağmen, taşımayı 10 tonluk kamyonla yapmasının müteahhidin kendi kusurunu teşkil etmesi nedeniyle haksız olduğunu içeren kararının meseleye çözüm getireceği, elbetteki düşünülemez. - Bu itibarla, HUMK'nun 287. maddesindeki zorunluluk nedeniyle mahkemenin, Bayındırlık Meclisinden, yalnız fiyatı tespit eden bir kararı istemesi ve meclisin eski kararında ısrar etmesi halinde, meselenin esasını çözümlemekle görevli olması bakımından usûlün verdiği yetkileri kullanarak bir sonuca varması gerekirken, yazılı olduğu gibi Bayındırlık Meclisinin tamamen hukuki nitelikte bulunan kararına dayanak yapmasında isabet görülmemiştir”. (Yargıtay 11. HD., E. 1975/1551, K. 1975/2684, T. 14.4.1975 (Kuru, Usûl Cilt III, s. 2901); Yılmaz, Şerh, s. 3617.

⁷³⁴ Kamu ihaleleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Kemal Gözler, **İdare Hukuku Cilt II**, 3. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa 2019, s. 107-252; Oğuz Sancakdar, Lale Burcu Önüt, Eser Us Doğan, Mine Kasapoğlu Turhan ve Serkan Seyhan, **İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı**, 12. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2024, s. 655-725.

⁷³⁵ Kamu ihaleleri hakkında, başlıca temel iki kanun bulunmaktadır. Bunlar 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'dur. Bu iki Kanun'un uygulama alanlarının ayrılmasına yönelik, kamu bütçesinde para çıkıyor harcama yapılıyorsa 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu hükümleri uygulanır. Bu kanun ihale yolsuzluklarının önlenmesi, hem de Avrupa İhale Sistemi ile paralellik kazanması amacıyla yürürlüğe konulmuştur. Öte yandan mal alımı, hizmet alımı, yapım işleri, danışmanlık ihaleleri gibi konularda yönetmelikler, genel şartnameler ve teknik şartnameler ile “Belli İstekliler Arasında İhale Usulü ile İhale Edilen Hizmet Alımlarında Uygulanacak Tip İdari Şartname” gibi tip sözleşmeler ilgili konularda ayrıntılı hükümler getirilmiştir. Sonuç olarak, iki Kanun ayrılmasına yönelik, 4734 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesiyle birlikte, kural olarak kamusal harcama yapılmasını gerekli kılan mal ve hizmet alımları ile yapım işlerine ilişkin ihaleler bu Kanun kapsamında yürütülecek iken, kamuya gelir getirici nitelikte olan işlere ilişkin ihalelerde ise 2886 sayılı Kanun hükümleri uygulanacaktır (Sancakdar, Önüt, Us Doğan, Kasapoğlu Turhan ve Seyhan, s. 656); Gözler, s. 138-140.

İşleri Genel Şartnamesi⁷³⁶'nin⁷³⁷ 20. ve 29. maddesinde, bir hakem-bilirkişilik⁷³⁸ uygulaması vardır. Bu şartname, 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun⁷³⁹ 8. maddesine dayanarak hazırlanmıştır. Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi' nin fiyatları belli olmayan kenar başlıklı 20. maddesinin ikinci fıkrasının üçüncü bendinde, “Yeni birim fiyat, müteahhitte birlikte yukarıda belirtilen usûllerden biri ile tespit edilerek bu hususta düzenlenen tutanak İdarenin onayına sunulur ve onaydan sonra geçerli olur. Yeni birim fiyat tespitinde müteahhitte uyuşulamaz ise anlaşmazlık, İdaresi tarafından en çok bir ay içerisinde Bayındırlık Kuruluna intikal ettirilir. Bayındırlık Kurulu tarafından tespit edilen fiyatın iki tarafça kabulü zorunludur.”, şeklindeki hükümle Bayındırlık Kurulu tarafından fiyat belirlenmesi ve bu belirlemenin iki tarafça bağlayıcı olması bir hakem-bilirkişilik uygulaması olduğu ifade edilmektedir. Aynı şekilde, Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi'nin malzeme ocaklarının kullanma şartları ve ocak değişiklikleri kenar başlıklı 29. maddesinin ikinci fıkrasında, “Müteahhit sözleşmede belirlenmiş ocaklar yerine başka ocakların kullanılmasını önerirse ve bu

⁷³⁶ Şartnameler, sözleşmelerin yapılmasında ve uygulanmasında uyulacak kuralları belirleyen belgelerdir. Şartnameler, 10 Eylül 1983 Tarih ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu ve 4 Ocak 2002 Tarih ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'na göre, idarî şartnameler ve teknik şartnameler olarak ikiye ayrılmaktadır. İçerik olarak şartnameler, sözleşmenin yapılması sürecine ilişkin şartlar ve sözleşmenin uygulanmasına ilişkin şartlar şeklindedir. Şartnamelerin hukukî niteliği tartışmalı olmakla birlikte, yapılan sözleşmenin konusuna göre değişmekte ve genelde idarî işlem olarak kabul edilmektedir (Gözler, s. 150-153); Kamu ihalelerindeki idarî ve teknik şartnameler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Sancakdar, Önüt, Us Doğan, Kasapoğlu Turhan ve Seyhan, s. 682; İdarî işlem hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Sancakdar, Önüt, Us Doğan, Kasapoğlu Turhan ve Seyhan, s. 315-405; İdarî sözleşme ve idarenin özel hukuk sözleşmeleri arasındaki farklar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Sancakdar, Önüt, Us Doğan, Kasapoğlu Turhan ve Seyhan, s. 646.

⁷³⁷ 29.8.1984 Tarih, 84/8520 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı Eki olarak, 9.10.1984 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

⁷³⁸ İdare hukukunda alternatif uyuşmazlık çözüm yolları genel olarak kullanılmaktadır. Bu konuda 13.8.1999 tarih ve 4446 sayılı Kanun ile Anayasa madde 47'de yapılan değişiklik uyarınca kamu hizmetlerinin yürütülmesi özel kişilere özel hukuk hükümlerine göre devredilebilmektedir. Bu nedenle özel hukuk sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülmesinde bir engel bulunmamaktadır. Bu seçim tarafların iradesine ve sözleşmede bu konuda kayıt koymalarına bağlıdır. Ayrıca Anayasa'nın 125. maddesinin birinci fıkrasına eklenen, “*Kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz ve şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlıkların millî veya milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi öngörülebilir. Milletlerarası tahkime, ancak yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar için gidilebilir.*” hükmü ile imtiyaz sözleşmeleri açısından tahkim yolu açılmıştır. Bu değişiklik sonucunda İdarî Yargılama Usulü Hakkında Kanun'un ikinci maddesinin birinci fıkrasının c bendinde düzenleme yapılmış ve idarî bir sözleşme türü olan imtiyaz sözleşmelerinin denetimini tarafların iradeleri ile adli yargı olan tahkime bırakmaları sağlanmıştır. Ayrıca, 21.6.2001 tarih ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda yabancılık unsuru bulunan kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi de düzenlenmektedir. Diğer bir alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından biri olan arabuluculuğun, idare hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıklar açısından yargı yetkisinin devredilmezliği ilkesi açısından mümkün görünmemektedir (Sancakdar, Önüt, Us Doğan, Kasapoğlu Turhan ve Seyhan, s. 651-653; Gözler, s. 204-246).

⁷³⁹ RG., 10.9. 1983 Tarih, S. 2886.

önerilerin ocaklardan sağlanan malzemenin sözleşmede nitelikleri belirlenen malzemeye eşdeğer olduğu ve değişiklik gerekçesi ile diğer hususlar kontrol teşkilatı tarafından kabul edilirse durum bir tutanakla tespit edilir. Bu tutanağın İdarece onaylanmasından sonra Müteahhit bu gibi ocaktan kullanabilir.”, şeklindeki hükmün de bir hakem-bilirkişilik uygulaması olduğu ifade edilmektedir⁷⁴⁰. Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi’nin, geçici hak ediş raporlarının düzenlendiği 39. maddesi⁷⁴¹, hakem-bilirkişilik sözleşmesinin esaslı unsuru olan tarafları ve mahkemeyi bağlayıcı unsuru sağlamadığı için bir hakem-bilirkişilik sözleşmesi değil, delil sözleşmesidir. Ancak kesin hak ediş ve raporu ve hesap kesilmesi başlıklı 40. maddenin altıncı fıkrası uyarınca, müteahhit tarafından düzenlenen, kesin hesaba ilişkin itirazın artık yapılamaması şeklinde bağlayıcı olması bir hakem-bilirkişilik sözleşmesidir⁷⁴².

C. Ad-Hoc ve Kurumsal Hakem-Bilirkişilik

Hakem-bilirkişilik hakkında, kanunî bir düzenlemenin olmaması, hukukumuzda olduğu gibi, mukayeseli hukukta da eleştiri konusu oluşturmaktadır. Ancak mukayeseli hukukta, kanunî düzenlemenin olmayışından kaynaklanan sorunlar, kurumsal hakem-bilirkişilik merkezleriyle giderilmektedir. Tahkim hukukunda olduğu gibi⁷⁴³, hakem-bilirkişilik hukukunda da ad-hoc ve kurumsal hakem-bilirkişilik ayrımı vardır. Ad-hoc hakem-bilirkişilikte, tarafların çekişmeli vakıa bakımından, hakem-bilirkişilerin, hakem-bilirkişilik yerini, hakem-bilirkişilik usûlünü bizzat belirlediği ve hakem-bilirkişilikte görev yapacak hakem-bilirkişilerin bu şekilde, yetkili hâle geldiği ve buna hiçbir hukukî veya meslekî örgütün aracılık etmediği bir

⁷⁴⁰ Kuru, Usûl Cilt III, s. 2900; Yılmaz, Şerh, s. 3617-3621.

⁷⁴¹ Yapım işleri, niteliği gereği bölünemeyen bir şeyin imali veya inşasını içerdiğinden tarafların işin belli aşamalarında, belli ödemelerde bulunulması hususunda sözleşme yapılırken anlaşmaları sonucu geçici hak ediş raporları düzenlenir. Geçici hak edişler, kesin ödeme niteliğinde değildir ve kazanılmış hak oluşturmazlar. (Ali Avcı, “Kamu Yapım Sözleşmelerinde Geçici Hakediş Raporlarına İhtirazı Kayıt ve Hukuka Aykırılık Sorunu”, **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, S. 40, C. 3, Y. 2015, s. 175).

⁷⁴² Karşılaştırınız Yılmaz, Şerh, s. 3617.

⁷⁴³ Ad-hoc tahkim, somut bir uyuşmazlık üzerine doğan uyuşmazlığın taraflarınca, hakemlerin, tahkim yerinin, tahkim usûlünün ve uygulanacak maddi hukuk kurallarının bizzat belirlendiği ve tahkimde görev yapacak hakemlerin bu şekilde yetkili hale geldiği ve buna hiçbir hukukî veya meslekî bir örgütün aracılık etmediği tahkim şeklidir. Kurumsal tahkimde ise bir hukukî veya meslekî bir kurum tarafından tahkim mahkemesi veya tahkimin kuralları önceden belirlenir ve bu konuda taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça, yargılama yapacak kurumun belirlemiş olduğu kurallar uygulanır (Şanlı, s. 347-348); Özbek, Tahkim Cilt I, s. 220, 236; E. Nomer, s. 566-567; Aydemir, s. 93-96.

hakem-bilirkişilik şeklîdir. Kurumsal hakem-bilirkişilikte ise bir hukukî veya meslekî bir kurum tarafından hakem-bilirkişilik kuralları önceden belirlenir ve bu konuda taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça, kurumun belirlemiş olduğu kurallar uygulanmaktadır⁷⁴⁴.

İngiliz Hukuku'nda da hakem-bilirkişilik hakkında kanunî bir düzenleme olmaması hususu doktrinde eleştirilmektedir. Ancak hakem-bilirkişilik uygulaması, en az iki yüzyıllık bir geçmişe sahip olup uygulamada bütün alanlarda kullanılmaktadır. Bu uygulama, genelde kurumsal hakem-bilirkişilik merkezleriyle sağlanmaktadır. Nitekim İngiliz mahkemeleri de ad-hoc hakem-bilirkişilik uygulamasına sıcak bakmamakta ve bu şekilde bir durumda, hakem-bilirkişi raporu öncesinde açılan davada, mahkeme davayı durdurmayı reddetmiştir. Kararında mahkeme, bu tür ad-hoc hakem-bilirkişilik⁷⁴⁵ uygulamalarının, taraflar arasındaki vakıya ilişkin uyuşmazlığın hızlı ve ekonomik çözülmesinden ziyade, muhtemelen karmaşıklık oluşturmaya ve gecikmeye yol açacağını ve bu nedenle tarafları tatmin edici olmayan bu hususlar göz önüne alındığında, davanın durdurulmasının reddine karar vermiştir⁷⁴⁶.

İngiltere'de özellikle gayrimenkul ve inşaat hukukunda Yeminli Uzmanlar Kraliyet Enstitüsü (Royal Institution of Chartered Surveyors, RICS); Londra Mühendisler Enstitüsü (Institution of Civil Engineers); Londra Enerji Enstitüsü (The Energy Institute); Londra Mekanik Mühendisler Enstitüsü (Institution of Mechanical Engineers) gibi, birçok ulusal kurumsal hakem-bilirkişilik merkezleri bulunmaktadır. Ayrıca uluslararası olarak, Uluslararası Uyuşmazlık Çözüm Merkezi (The Centre for Dispute Resolution-CEDR); Londra Uluslararası Tahkim Merkezi (London Court of International Arbitration-LCIA); Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü (World Intellectual Organisation-WIPO); Dünya Müşavir Mühendisler Uluslararası Federasyonu (FIDIC); Uluslararası Ticaret Odası (International Chamber Of Commerce-ICC) gibi birçok merkez bulunmaktadır⁷⁴⁷.

⁷⁴⁴ Santens, s. 687-688; Greger ve Stubbe, s. 183-189; Bleutge, s. 65.

⁷⁴⁵ Ad-hoc hakem-bilirkişilik sözleşmeleri, uzman teknisyenler ve avukatlarla birlikte hazırlanması tavsiye edilir. Aksi durumda, hakem-bilirkişilik uygulanamaz hale gelebilir. Ayrıca hakem-bilirkişi uygulamasının nihai mi bağlayıcı mı ne zaman bağlayıcı olacak gibi birçok husus belirlenemez. Bu nedenle tarafların uluslararası tipik hakem-bilirkişilik sözleşmelerinden yararlanmalı ve oradaki terimleri kullanılması tavsiye edilir (Santens, s. 692-697).

⁷⁴⁶ (1997) 3 All E. R. 540 at 549J (Kendall, Freedman ve Farrell, s. 186).

⁷⁴⁷ Kendall, Freedman ve Farrell, s. 359-363.

Alman hukukunda daha önceden ifade ettiğimiz gibi, Roma hukuku kaynaklı iki kurum olan tahkim ve hakem-bilirkişilik bakımından, tahkim hakkında ayrıntılı düzenlemelerin olması, ancak hakem-bilirkişilik hakkında düzenlemelerin olmaması veya yetersiz olması, doktrinde hakem-bilirkişiliğin, kanun koyucunun üvey evladı olarak nitelendirilmesine sebebiyet vermiştir⁷⁴⁸. Ancak İngiliz hukukunda olduğu gibi, bu eksiklik, kurumsal hakem-bilirkişilik merkezlerinin kurallarıyla giderilmektedir. Bu konuda Alman Tahkim Merkezi (Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit) ve Uzman Enstitüsü (Institut für Sachverständigenwesen-IfS) kurumsal hakem-bilirkişilik merkezlerinin en önemlilerini oluşturmaktadır⁷⁴⁹.

Hukukumuzda da hakem-bilirkişilik hakkında doğrudan kanunî bir düzenlemenin olmayışı doktrinde haklı olarak eleştirilmektedir. Tahkim hakkında ulusal tahkim açısından Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve yabancılık unsuru taşıyan tahkim sözleşmeleri açısından Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda çok ayrıntılı düzenlemeler bulunmaktadır. Ayrıca hukukumuzda Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği Tahkim Merkezi, İstanbul Ticaret Odası Tahkim Merkezi ve İstanbul Tahkim Merkezi gibi kurumsal tahkim merkezlerimiz vardır⁷⁵⁰. Alman ve İngiliz kurumsal tahkim merkezlerinde olduğu gibi, hukukumuzdaki kurumsal tahkim merkezlerinin, aynı zamanda kurumsal hakem-bilirkişilik merkezlerinde de görev alması sağlanmalıdır. Bu sayede hakem-bilirkişinin seçilmesi veya hakem-bilirkişinin reddi ve buna benzer birçok hususlar, çok hızlı bir şekilde kurumsal hakem-bilirkişilik merkezleri tarafından gerçekleştirilebilir. Bu konuda, İstanbul Ticaret Odası Tahkim Merkezi'nin yürürlükten kalkan, 8 Mart 2012 öncesi ve sonrası tarihli "*İstanbul Ticaret Odası Tahkim-Uzlaştırma-Hakem-Bilirkişilik Yönetmeliği*", hakem-bilirkişilik hakkında ayrıntılı düzenleme içermesi bakımından örnek alınabilir⁷⁵¹.

⁷⁴⁸ Eckert, s. 15; Asmus, s. 7; Sieveking, s. 34.

⁷⁴⁹ Diğer kurumsal hakem-bilirkişilik merkezleri için bkz. Greger ve Stubbe, s. 183-189; Bleutge, s. 65.

⁷⁵⁰ Ayrıntılı olarak, diğer kurumsal tahkim merkezleri için bkz. Şanlı, s. 349-354.

⁷⁵¹ Bu konuda Yönetmelik için bkz. 8 Mart 2012 öncesi metin için bkz. <https://www.itotam.com/08.03.2012%DEN%20ÖNCE%20YÜRÜRLÜKTE%20OLAN%20METİN.pdf>; 8 Mart 2012 sonrası Yönetmelik metni için bkz. <https://www.itotam.com/08.03.2012%20TARİHİ%20İTİBARIYLA%20YÜRÜRLÜKTE%20OLAN%20METİN.pdf> (Erişim Tarihi 07.10.2024).

II. HAKEM-BİLİRKİŞİLİK SÖZLEŞMESİ TÜRLERİ

A. Genel Olarak

Hakem bilirkişilik sözleşmesinin türleri ve bu konudaki tartışmalar konumuz bakımından özel önem arz etmektedir. Bu konu özellikle Alman hukukunda ayrıntılı şekilde ele alınarak tartışılmıştır. Çalışmamızda bu tartışmalardan da yararlanarak konuyu açıklamaya ve değerlendirme yapmaya çalışacağız. Doktrinde hakem-bilirkişilik sözleşmesinin hukukî niteliği ve diğer bütün tartışmalar bu ayırım dikkate alınarak yapılmaktadır.

Almanya’da doğrudan hakem-bilirkişiliği konu alan kanunî bir düzenleme yoktur. Ancak, Alman hukukunda, sözleşmeye ilişkin edimin üçüncü kişi tarafından belirlenmesini düzenleyen, BGB § 317-319 hükümleri, hakem-bilirkişinin yapmış olduğu sözleşmeye ilişkin edim belirleme, sözleşmeye ilişkin edimin uyarlanması, sözleşmedeki belirsiz hususların açıklanması ve vakıa tespit faaliyetleri şeklindeki faaliyetlerine, doğrudan veya kıyasen uygulanmaktadır. Hakem-bilirkişinin yapmış olduğu faaliyetleri esas alan bu ayırım, doktrinde klasik ayırım (Klassische Unterscheidung) olarak ifade edilmektedir⁷⁵².

İsviçre hukukunda⁷⁵³ ve hukukumuzda hakem-bilirkişiye geniş bir faaliyet alanı tanınmamış olup hakem-bilirkişinin görevi, sadece vakıa tespit fonksiyonuyla sınırlı tutulmuştur⁷⁵⁴. Tarafların sözleşmenin esaslı noktalarından birinin üçüncü kişiler tarafından belirlenmesini kararlaştırdıkları durumlarda, üçüncü kişi bir hakem-bilirkişi değildir. Çünkü hakem-bilirkişi bir vakıa tespit işlemi yapmakta ve bu tespit üçüncü kişinin tespit faaliyetinden önce, hangi durumdaysa aynen muhafaza edilmektedir⁷⁵⁵.

Diğer bir ayırım, hakem-bilirkişilik sözleşmelerinin modern sınıflandırılmasıdır. Klasik sınıflandırma temelini Roma hukukundan alan, ortak özellik olarak, sözleşmenin her iki tarafını ve hâkimi, hakem-bilirkişinin vermiş olduğu rapor sonucuyla bağlayan bir sınıflandırma şeklidir. Ancak, modern

⁷⁵² Greger ve Stubbe, s. 2, 35.

⁷⁵³ Bachmann, s. 32-33, 61; Angstmann, s. 47; Pelli, s. 15; Brosi, s. 339-340.

⁷⁵⁴ Tuluay, s. 77; Deren-Yıldırım, s. 325; Taşpınar, İspat Sözleşmeleri, s. 145-146; Aksi görüş için bkz. Yeğengil, s. 149-150.

⁷⁵⁵ Tuluay, s. 77.

sınıflandırma, hakem-bilirkişilik sözleşmelerinde tarafları ve mahkemeyi bağlama çeşitleri farklılığı yönünden yapılan bir sınıflandırmadır. Bu sınıflandırmada amaç, hakem-bilirkişilik sözleşmelerinin tanınırlığını artırmak ve daha çok kullanılmasını sağlamaktır. Dolayısıyla bu şekilde bir ayırım, alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olarak hakem-bilirkişiliğin kullanılmasındaki engelleri kaldırmayı amaçlar⁷⁵⁶. Özellikle inşaat hukuku ve uluslararası sözleşmeler modern hakem-bilirkişilik sözleşmeleri şeklinde, sınıflandırmanın oluşturulmasında büyük bir etkindir. Bu sınıflandırmada hakem-bilirkişilik sözleşmeleri, iki tarafı bağlayıcı hakem-bilirkişilik sözleşmeleri yanında, sınırlı bağlayıcı etki üst başlığı altında (Beschränkter Bindungswirkung), tek tarafı bağlayıcı (Einseitig Bindend), geçici bağlayıcı veya geciktirici şarta bağlayıcı (Vorläufiger bindend- Aufschiebend bedingt bindend) ve bağlayıcı olmayan (Non-bindend) hakem-bilirkişilik sözleşmeleri olarak üçe ayrılmaktadır⁷⁵⁷. Modern hakem-bilirkişilik sözleşmeleri, hakem-bilirkişi raporunun bağlayıcı etkisine çeşitlilik getirdiği için doktrinde hakem-bilirkişilik sözleşmesi olup olmadığı tartışmalıdır. Bu tartışmalar, hakem-bilirkişi raporunun bağlayıcı etkisinin çeşitleri kısmında ayrıntılı olarak incelenecektir⁷⁵⁸. Dolayısıyla bu bölümde, sadece hakem-bilirkişilik sözleşmeleri türleri olarak, klasik hakem-bilirkişilik sözleşmesi türleri incelenecektir.

B. Hakem-Bilirkişilik Sözleşmesi Türleri

1. Genel Olarak

Hakem-bilirkişilik sözleşmelerinin türlerine ilişkin, klasik sınıflandırmanın temeli, Roma hukukuna dayanmaktadır. Roma hukukunda, hakem-bilirkişinin faaliyeti sadece, sözleşmedeki esaslı edimin üçüncü kişi olarak, hakem-bilirkişi tarafından belirlenmesidir. Yapılan bu faaliyet sonucunda hakem-bilirkişi tarafından eksik sözleşme hükümleri (Unvollständigen Vertrags) tamamlanıp tam sözleşme hâline gelmekteydi. Hakem-bilirkişinin bu faaliyeti, Roma hukuku dönemi,

⁷⁵⁶ Greger ve Stubbe, s. 2-3, Rn. 8, s. 17, Rn. 39, s. 105, dn 159.

⁷⁵⁷ Greger ve Stubbe, s. 65-75.

⁷⁵⁸ Bu konuda bkz. Dördüncü Bölüm, II, C, c.

glassatorler, postglassatorler, Pandekt hukuku dönemi, Prusya Krallığı ve günümüze kadar devam etmiştir⁷⁵⁹.

Alman Medenî Kanunu'na (BGB) ilişkin çalışmalar, 1881 yılında başlamış ve Kanun 1 Ocak 1900 yılında yürürlüğe girmiştir. Kanun'a ilişkin çalışmalar döneminde, BGB § 317 ve 319 hükümleri aralıklarında, üçüncü kişi tarafından edimin belirlenmesi kenar başlığıyla, hakem-bilirkişilik dolaylı olarak düzenlenmiş ve hakem-bilirkişinin görevi sadece sözleşmedeki edimleri belirlemek faaliyetiyle sınırlandırılmıştır. Ayrıca Alman Medenî Usûl Kanunu (Zivilprozessordnung-ZPO), kanunlaşma döneminde de kanun koyucu, hakem-bilirkişiliği maddî hukuka ait bir kurum olduğunu ileri sürerek, bu düzenlemenin usûl kanununda düzenlenmesini reddetmiştir⁷⁶⁰.

Weismann, Alman kanun koyucusunun, hakem-bilirkişinin faaliyetlerini, sadece sözleşmedeki esaslı edimin belirlenmesi şeklinde, bu kadar özel ve dar yorumlanmasını 1888 yılındaki makalesiyle ilk eleştiren yazardır⁷⁶¹. Weismann, hakem-bilirkişinin faaliyetinin, sadece başlangıçta sözleşmedeki esaslı edimi belirlemek değil, özellikle sigorta hukukunda hakem-bilirkişinin bir vakıa tespiti faaliyeti de olduğunu ifade etmiştir. Ancak, Alman Medenî Kanunu (BGB) taslak hükümlerinin § 355. hükmünde (BGB § 317-319), üçüncü kişinin görevi, “karşı tarafın yerine edim belirlemesi ve sözleşmeden doğan iradelerini tamamlaması” olarak belirtilmektedir. Hakem-bilirkişi tarafların rızalarının yerine, karşı tarafın ruhuna geçerek (Seele Der Kontrehten) edimi belirlemelidir, şeklinde taslağa ilişkin gerekçede, bu husus ifade edilmektedir⁷⁶².

Hakem-bilirkişiliğe ilişkin düzenlemeler bakımından, Alman Hukuku'nda Alman Medenî Kanunu'nun yanında, yürürlükten kalkan, Alman Sigorta Sözleşmeler Kanunu'nda da bu konuda, düzenlemeler olmasına rağmen (VVG § 64, 184), Alman İmparatorluk mahkemesi kararlarında, BGB § 317 ve 319 düzenlemelerini esas alıp, sadece bu hükümlere göre karar vermektedir⁷⁶³. Çünkü Alman Mahkemeleri, medenî kanunu temel bir kanun olarak görüp, özel olarak sigorta hukukunu ilgilendiren

⁷⁵⁹ Sieveking, s. 46.

⁷⁶⁰ Greger ve Stubbe, s. 1, Rn. 2; Taşpınar, İspat Sözleşmeleri, s. 142.

⁷⁶¹ Weismann, AcP 72, s. 272.

⁷⁶² Weissmann, AcP 74, s. 429; Habschied, FS Lehmann, s. 793; Rauscher, s. 63-64.

⁷⁶³ RGZ Bd. 87, 190 (Bachmann, s. 19, dn. 1).

düzenleme bulunmadığı sürece, diğer hükümlerin yokluğunda, kanunun bu bölümünü, tüm hakem-bilirkişilik sistemi için genel bir norm olarak nitelendirmişlerdir⁷⁶⁴.

Diğer yandan, hakem-bilirkişilerin vakıa tespit faaliyetleri de mahkeme kararlarında yer almaya başlamıştır. Ayrıca 19. yüzyılda mahkemeler, tahkimde verilen hakem kararlarının içerik olarak denetlenmemesini eleştirmekte, bu nedenle devlet ve adli mahkemeler, kendilerini tahkime bağlı egemenlik kaybına karşı, savunmak zorunda hissetmişlerdir. Bu savunmaya ilişkin anlayış, tahkim ve hakem-bilirkişilik arasında rekabeti başlatmıştır. Bu şekilde, Alman ve İsviçre hukukunda (SchVVG § 67) hakem-bilirkişinin faaliyetleri, doktrin ve içtihatlarla göre genişletilmiştir. Hakem-bilirkişinin sözleşmedeki edimi belirlemesi faaliyetine ek olarak, ona vakıa tespit faaliyeti de mahkeme kararıyla tanınmıştır. Çünkü hakem-bilirkişi raporu, hakem kararından farklı olarak, açıkça hakkaniyete aykırılık ve açıkça yanlışlık bakımından, maddî hukuk içerik denetimine tâbidir⁷⁶⁵. Dolayısıyla hakem-bilirkişilik kurumunun dogmatik temellerinin oluşturulmasında, kanun koyucunun etkisinden çok 23 Mayıs 1919 tarihinde, Alman İmparatorluk Mahkemesi'nin (Reichsgericht) II. Sivil Senato (Zivilsenat) 22/19 tarafından, hakem-bilirkişilik sözleşmesi ve ona ilişkin türlerinin belirlenmesi ve açıklığa kavuşturulması bakımından sonraki yıllarda da uygulamayı aydınlatacak kararı⁷⁶⁶ etkili olmuştur. Nitekim karara konu olan olayda, üçüncü kişi tarafından sözleşmeye ilişkin bir edim belirlenmesi değil, taraflar arasındaki cari hesapta, kimin alacaklı veya borçlu olduğunun belirlenmesine ilişkin bir vakıa tespiti söz konusudur. Taraflar davanın istinaf aşamasında, seçmiş oldukları ticari defter uzmanının tespitiyle bağlı kalacaklarını sözleşmeyle kararlaştırarak, bir hakem-bilirkişilik sözleşmesi oluşturmuşlardır⁷⁶⁷. Bu kararda, hakem-bilirkişinin faaliyetinin sadece bir sözleşmeye ilişkin edim belirlemesi olmadığı ifade edilmiş ve hakem-bilirkişilik sözleşmeleri, hakem-bilirkişinin yapmış olduğu faaliyetler esas alınarak, üç türe ayrılmıştır. Bunlar, başlangıçta sözleşmedeki esaslı edimi belirleyen (*Rechtsbegründende, Vertragsergänzen*) geniş anlamda hakem-bilirkişilik sözleşmeleri; sözleşmedeki

⁷⁶⁴ Bachmann, s. 19.

⁷⁶⁵ Hans Joachim Winter, **Die Bestimmung Der Leistung Durch Den Vertragspartner Oder Dritte (§§ 315-319 BGB) Unter Besonderer Berücksichtigung Der Rechtsprechung Und Lehre Des 19. Jahrhunderts**, Frankfurt 1979, s. 88-90; Brosi, s. 302-304.

⁷⁶⁶ RG (Reichsgerichts) 23.05.1919, II 22/19, RGZ 96, 57.

⁷⁶⁷ RGZ, 96,57, s. 58-60.

belirsiz ve anlaşılamayan ifadeleri açıklığa kavuşturan (*Rechtsklärende*) ve vakıaları tespit eden (*Tatbestandeselemente Festellende Gutachten*) dar anlamda hakem-bilirkişilik sözleşmeleridir. İmparatorluk mahkemesi kararında ele alınmayan, ancak yine de hakem-bilirkişilik hukukunun sonraki gelişmelerinde tanımlanan, sözleşmeyi değişen koşullara uyarlayan (*Rechtsändernde*) hakem-bilirkişilik sözleşmeleri de geniş anlamda hakem-bilirkişilik sözleşmeleri sınıfına içtihat⁷⁶⁸ ve doktrin tarafından ilave edilmiş ve bu üçlü ayrım, dördü bir ayrıma genişletilmiştir⁷⁶⁹. Bu ayrım esas alınarak, doktrinde tartışmalar, mukayeseli hukuk ve hukukumuzda yapılmaktadır⁷⁷⁰. Alman İmparatorluk Mahkemesi kararı sadece Alman hukukunu değil, Almanca dilini konuşan İsviçre⁷⁷¹ ve Avusturya⁷⁷² hukukunu da etkilemiş, oradaki tartışmalar da bu karar esas alınarak gerçekleştirilmektedir. Ancak, bu ayrım doğrudan Alman hukukuna özgü olup diğer ülke hukuklarında literatürde, doğrudan bu şekilde bir ayrım yapılmamıştır⁷⁷³.

Doktrinde genelde geniş ve dar anlamda hakem-bilirkişilik sözleşmeleri olarak ifade edilen bu ayrım, ayrıca isimlendirme olarak hakem-bilirkişinin yapmış olduğu faaliyetin etkisine göre farklı şekilde de isimlendirilmektedir. Geniş anlamda hakem-bilirkişilik sözleşmeleri yerine, hakem-bilirkişinin yapmış olduğu, sözleşmeye ilişkin edim belirleme veya sözleşmeye ilişkin edimin uyarlanması faaliyetleri esas alınarak, inşaî veya yenilik doğuran hakem-bilirkişilik sözleşmeleri de (*Gestaltenden Schiedsgutachten*) denilmektedir. Dar anlamda hakem-bilirkişilik sözleşmeleri yerine, hakem-bilirkişinin sözleşmedeki belirsiz hususları açıklaması veya vakıa tespit faaliyetleri esas alınarak tespit edici (*Festellenden Schiedsgutachten*) hakem-bilirkişilik sözleşmeleri ifadesi de kullanılmaktadır⁷⁷⁴.

Habscheid, ayrıca geniş anlamda hakem-bilirkişilik sözleşmeleri yerine gerçek olmayan (eksik) hakem-bilirkişilik sözleşmeleri (*Unechte Schiedsgutachten*); dar

⁷⁶⁸ BGH, Urt. v. 04.06.1975, NJW 1975, 1557 (1557); OLG Schleswig, Urt. v. 09.06.1999, NZM 2000, 338 (339) (Maus, s. 46, dn. 176).

⁷⁶⁹ Maus, s. 25-26.

⁷⁷⁰ Eckert, s. 31, dn 12; Bachmann, s. 27; Hagenbüchle, s. 54; Habscheid, FS Lehmann, s. 789; Greger ve Stubbe, s. 2, dn 9; Maus, s. 24; Garger, s. 36; Wenger, s. 148, dn 1; Deren-Yıldırım, s. 324; Taşpınar, İspat Sözleşmeleri, s. 142-143.

⁷⁷¹ Bachmann, s. 16, dn 9, s. 27, dn 1, s. 40, dn . 9, s. 60 dn 8, s. 100 dn. 11, s. 105, dn 7; Hagenbüchle, s. 54; Wenger, s. 148, dn 1.

⁷⁷² Hans W. Fasching, *Lehrbuch des Österreichischen Zivilprozessrecht*, Wien 1990, s. 1065, Rn. 2168; Garger, s. 36, dn 59.

⁷⁷³ Habscheid, FS Kralik, s. 189.

⁷⁷⁴ Maus, s. 27-28.

anlamda hakem-bilirkişilik sözleşmeleri yerine de gerçek (tam) hakem-bilirkişilik sözleşmeleri (Echte Schiedsgutachten) ifadelerini kullanmaktadır⁷⁷⁵. Doktrinde genel olarak kullanılan, geniş ve dar anlamda hakem-bilirkişilik sözleşmeleri ifadesini, çalışmamızda tercih edeceğiz. Aşağıda geniş ve dar anlamda hakem-bilirkişilik sözleşmeleri ve bu sözleşme türlerinin günümüzde de geçerli olup olmadığı incelenecektir.

2. Geniş Anlamda Hakem-Bilirkişilik Sözleşmeleri

Geniş anlamda hakem-bilirkişilik sözleşmeleri, Alman İmparatorluk Mahkemesi'nin vermiş olduğu içtihat doğrultusunda, öncelikle sözleşmedeki edimi belirleyen ve bu içtihattan sonra doktrin ve mahkeme kararları sayesinde, sözleşme ilişkilerinin uyarlanması şeklinde hakem-bilirkişinin yapmış olduğu iki görev dikkate alınarak oluşturulmuştur. Bu ayrım esas alınarak öncelikle hakem-bilirkişinin sözleşmedeki esaslı edimi belirlemesi daha sonra sözleşmedeki edimi uyarlaması görevi incelenecektir.

a. Sözleşmeye İlişkin Edim Belirleme

Geniş anlamda hakem-bilirkişilik sözleşmelerinde, hakem-bilirkişinin ilk faaliyeti, sözleşme kurulurken başlangıçta sözleşmeye ilişkin esaslı edimi belirlemektir. Hakem-bilirkişinin sözleşmedeki edimi belirleme faaliyeti, Roma Hukuku'ndan günümüze kadar geçerli olan bir faaliyettir. Nitekim Alman hukukunda BGB § 317 hükmünün kenar başlığı, bir edimin üçüncü kişi tarafından belirlenmesi olup bu hüküm geniş anlamda hakem-bilirkişilik sözleşmelerini düzenlemektedir. Taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça, hakem-bilirkişi bu faaliyetini, hakkaniyete (nach billigkeit) (BGB § 317/I, 319/I) veya kendi takdirine göre (nach freiem bleiben) (BGB § 319/II) yapacaktır. Bu şekilde hakem-bilirkişinin edimi hakkaniyete veya kendi takdirine göre belirlenmesi ayrımı, temelini Roma Hukuku'ndan almakta olup bunlardan ilkinde “*arbitrium boni viri*”; diğerine ise “*arbitrium merum*”

⁷⁷⁵ Habscheid, FS Lehmann, s. 810-811.

denilmektedir⁷⁷⁶. Hakem-bilirkişinin sözleşmedeki edimi belirlerken hangi ölçüte göre belirleyeceğine ilişkin bir şüphe olması durumunda, BGB § 317/I' e göre, hakkaniyete uygun prensiplerle edimi belirlediği varsayılacaktır⁷⁷⁷.

Alman doktrininde medenî hukukçular, hakem-bilirkişinin kendi takdirine göre, edimi belirlemesinin mümkün olabileceği görüşüne sahiptir⁷⁷⁸. Doktrinde üçüncü kişinin, edimi kendi takdirine göre belirlemesi bakımından, üçüncü kişinin uzmanlık özelliği değil; taraflarla arasındaki güven ilişkisi ön plana çıktığı için burada bir hakem-bilirkişilik sözleşmesi olmadığı savunulmaktadır⁷⁷⁹. Nitekim doktrinde *Schirmer*, hakem-bilirkişinin kendi takdirine göre edim belirlemesi (nach freiem belieben) durumunun, modern hukuka, Roma hukuk kaynaklarının yanlış yorum ve çevirilerinden kaynaklandığını ifade etmektedir⁷⁸⁰.

Hakem-bilirkişinin kendi takdirine göre bir edim belirlemesi durumu, hakkaniyete göre (nach billigkeit) edim belirlemesine göre, sınırları çok daha geniştir. Çünkü mahkeme, hakem-bilirkişinin kötü niyetli olması, sözleşmenin emredici kurallara, hukuka ve ahlaka aykırı olması (BGB § 138) hâllerinde, sadece hakem-bilirkişi raporunu iptal etmesi mümkündür. Taraflar, hakem-bilirkişiye kendi takdirine göre edimi belirleme hakkı vermekle, hakem-bilirkişiye hakkaniyete göre edim belirlemesinden daha çok güvendiğinden, bunun sonuçlarına katlanacaklardır. Diğer bir ifadeyle, taraflarla edimi kendi takdirine göre belirleyen hakem-bilirkişi arasında, büyük bir güven ilişkisi vardır⁷⁸¹.

Tarafların sözleşmeye ilişkin edim belirleme hakkı, bir yenilik doğurucu (inşaî) bir hak olup taraflar sözleşme yoluyla, bu haklarını üçüncü kişi olan hakem-bilirkişiye devretmektedirler⁷⁸². Bu nedenle hakem-bilirkişi tarafından yapılan faaliyetin etkisi, inşaî bir etki olup hakem-bilirkişinin esaslı edim belirlemesi sonucu sözleşme kurulmaktadır. Bu şekilde taraflar, sözleşmeden doğan hak ve yükümlülöklere sahip

⁷⁷⁶ Sieveking, s. 45-46; Maus, s. 57.

⁷⁷⁷ Palandt ve Grüneberg, Palandt Kommentar, s. 538, BGB § 317, Rn. 1; Maus, s. 44; Habscheid, FS Lehmann, s. 791.

⁷⁷⁸ Palandt ve Grüneberg, Palandt BGB Kommentar, s. 540, § 319, s. 532, Rn. 2; Gernhuber, s. 293.

⁷⁷⁹ Maus s. 44-45; Rauscher, s. 64; Habscheid FS Lehmann, s. 791.

⁷⁸⁰ Th. Shirmer, "Arbitrium Merum und Arbitrium Boni Viri, **AcP 1901 (91)**, s. 139.

⁷⁸¹ Palandt ve Grüneberg, Palandt BGB Kommentar § 319, s. 541, Rn. 9-10; Gernhuber, s. 293; Kleinschmidt, s. 392-393.

⁷⁸² Hukukumuzda da edim belirleme yetkisi, hukukî niteliği gereği gibi yenilik doğurucu hak olarak nitelendirilmektedir (Eren, Borçlar Genel, s. 103).

olmaktadır⁷⁸³. Hakem-bilirkişinin buradaki faaliyeti var olanı tespit değil, olması gerekeni belirlemektir, bu nedenle faaliyeti “*voluntative*” bir faaliyet olarak ifade edilmektedir⁷⁸⁴. Ayrıca objektif ölçütler şeklinde (Objektivem Masstab), makul (Angemessen), piyasa fiyatı (Marktpreis) veya yerel fiyat (Ortsübliche) gibi, herhangi bir ifade de sözleşmede yer almadığından, sübjektif bir belirsizlik değil, objektif bir belirsizlik vardır⁷⁸⁵. Hakem-bilirkişi, kural olarak bu durumda hakkaniyete uygun, yani her iki tarafın menfaatlerini dikkate alarak sözleşmedeki edimi belirleyecektir. Bu nedenle hakem-bilirkişi mahkeme tarafından açıkça hakkaniyete aykırılık denetimine tâbi tutulmakta ve hakem-bilirkişi raporu, açıkça hakkaniyete aykırı olmadığı süreç, edim belirlenmesi tarafları ve hâkimi bağlamaktadır. Hakem-bilirkişinin bu faaliyeti hakkında, Alman mahkeme kararlarında, BGB § 317-319 hükümleri doğrudan uygulanarak karar verilmektedir⁷⁸⁶.

Roma hukuku döneminde, hakem-bilirkişinin sözleşmenin esaslı unsuru şeklinde (Wesentlichen Punkt- Essentialia Negotii), örneğin satım akdinde satılan şeyin fiyatı esas alınarak, bu düzenleme tasarlanırsa da günümüzde, artık sözleşmenin yan unsurlarının (Nebentlichen Punkt) da hakem-bilirkişi tarafından belirlenmesi mümkündür⁷⁸⁷. Doktrindeki bu konudaki tartışmalar ancak, bu belirlemenin sözleşmenin esaslı unsuru (wesentlichen punkt) olması yönüyle tartışılmıştır. Çünkü hakem-bilirkişinin faaliyeti daha çok, örneğin bir satım sözleşmesindeki bedelin uzman hakem-bilirkişi tarafından belirlenmesi şeklinde kendini gösterecektir. Taraflar bu konuda aralarında bir sözleşme kurmayı istemekte, ancak sözleşme konusu şeyin bedelini kendilerinden kaynaklanan uzmanlık bilgisi eksikliğinden dolayı belirleyememekte ve bir uzmana ihtiyaç duymaktadırlar. Nitekim satım sözleşmesinde satılacak şeyin fiyatı bir esaslı unsur olup bu unsurun belli olmaması durumunda sözleşme kurulmamış olacaktır. Doktrinde bu durum, henüz kurulmamış sözleşme anlamına gelen, eksik sözleşme (unvollständigvertrag) olarak ifade edilmektedir⁷⁸⁸.

⁷⁸³ Gernhuber, s. 299; Maus, s. 42; Habscheid, FS Lehmann, s. 794; Wilhelm Dütz, **Rechtsstaatlicher Gerichtsschutz im Privatrecht**, Berlin-Zürich 1969, s. 262.

⁷⁸⁴ Maus, s. 237.

⁷⁸⁵ Walther J. Habscheid, Zur Frage Der Rechstaatlichen Ausgestaltung Des Schiedsgutachtenverfahrens”, Ius Et Commmercium, **Festschrift für Franz Laufke**, Würzburg 1971, (FS Laufke), s. 311; Habscheid, FS Lehmann, s. 794; Dütz, s. 252; Maus, s. 77-78.

⁷⁸⁶ Gernhuber, s. 291; Maus, s. 42.

⁷⁸⁷ Kleinschmidt, s. 39; Maus, s. 84.

⁷⁸⁸ Habscheid, FS Lehmann, s. 791; Greger ve Stubbe, s. 37, Rn. 89.

Bu durumlarda, belirlemeyi uzman bilgisine sahip tecrübeli üçüncü kişi olarak, hakem-bilirkişi yapmaktadır. Bu şekilde sözleşme kurulmuş olmakta ve tam sözleşme (vollständigvertrag) hâline gelmektedir.

Sözleşmeye ait bir edimin üçüncü kişi tarafından düzenlenebileceğine ilişkin düzenlemeler veya satım sözleşmesinin esaslı unsurunun bir üçüncü kişi tarafından belirlenmesine ilişkin düzenlemeler, Roma Pandekt hukukunun etkisiyle, birçok Kıta Avrupası hukuk sistemine tâbi ülkelerde de bulunmaktadır. Yürürlükte olan Fransız Medenî Kanunu'nun 1592. maddesinde, satış bedelinin (Kaufpreises), bir üçüncü kişi tarafından belirlenebileceği ve o kişinin satış bedelini belirleyemediği veya belirlemek istemediği hâllerde satış sözleşmesinin geçersiz olacağı düzenlenmiştir⁷⁸⁹. Aynı şekilde Avusturya hukukunda da Avusturya Medenî Kanunu'nun 1056. maddesinde, üçüncü kişinin sözleşmedeki esaslı edimi belirleyebileceği, ancak üçüncü kişinin sözleşmedeki esaslı edimi belirlememesi durumunda, sözleşmenin geçersiz olacağı düzenlenmiştir⁷⁹⁰. Alman kanun koyucusu, sözleşmenin geçersiz olmasına ilişkin riski engellemek amacıyla, BGB § 319 hükmünde, eğer üçüncü kişinin edimi belirleyememesi (*nicht treffen kann*), edimi belirlemek istememesi (*nicht will*) ya da edimi belirlemekte gecikmesi (*verzögert*) durumunda, edimin mahkeme kararıyla (*durch Urteil*) belirleneceğini düzenlemiştir. Benzer bir düzenleme de İtalyan hukukunda⁷⁹¹ bulunmaktadır.

Doktrinde, edimin üçüncü kişi tarafından belirlenmesi durumunda, geciktirici şarta bağlı bir sözleşme veya bu durumun edimin belirli veya belirlenebilir olma ilkesinin bir istisnası olup olmadığı da tartışmalıdır. Doktrinde bazı yazarlar bu durumun, geciktirici bir şart olduğunu ifade etmektedir⁷⁹². *Maus*, ancak karşılaştırmalı hukuktaki, yukarıdaki hükümleri de gerekçe göstererek, burada geciktirici şarta bağlı bir sözleşme değil, bu durumun edimin belirli veya belirlenebilir olması ilkesinin istisnası ve atipik bir düzenleme olduğunu savunmaktadır. Nitekim Fransa ve Avusturya hukukunda, üçüncü kişi olarak hakem-bilirkişinin edimi belirlememesi

⁷⁸⁹ Habscheid, FS Lehmann, s. 793; Habscheid, FS Kralik, s. 192.

⁷⁹⁰ Garger, s. 44.

⁷⁹¹ Yürürlükte olan İtalyan Medeni Kanunu'nun 1349. maddesi hükmünün tercümesinde, “*Şayet akdin konusunu teşkil eden edimin tespiti üçüncü bir kişiye bırakılmışsa ve taraflarca onun serbestçe takdir etmesinin istendiği anlaşılmıyorsa, üçüncü kişinin takdirini hakkaniyete uygun yapması gerekir. Şayet üçüncü kişi tespit işlemini yapmazsa yahut bu açıkça hakkaniyete aykırı veya hatalıysa tespit işlemi hâkim tarafından yapılacaktır* (Tuluay, s. 79.)

⁷⁹² Habscheid, FS Lehmann, s. 802-803; Rauscher, s. 102 vd.; Ritzmann, s. 54 vd.

durumunda, sözleşmenin geçersiz olduğu düzenlenmiştir. Dolayısıyla, BGB § 317 hükmü, edimin belirli veya belirlenebilirliği ilkesinin bir istisnası atipik bir düzenlemedir⁷⁹³.

İsviçre hukukunda, 1879 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu (Obligationsrecht- OR) taslağının 20. maddesinin ikinci fıkrasına, buna benzer bir hüküm eklenmiştir. Ancak sözleşmedeki edimin belirli veya belirlenebilirliği ve sonradan üçüncü kişinin bu edimi belirlememesi durumunda Fransız hukukundaki gibi sözleşme hükümsüz mü olacak, yoksa Alman hukukundaki gibi mahkeme kararıyla mı edim belirleneceği hususu tartışılmış, bu durumun edimin belirli veya belirlenebilir olması ilkesine aykırılık teşkil edeceği sonucuna varılarak, bu taslak hüküm, kaldırılmıştır⁷⁹⁴.

b. Sözleşmeye İlişkin Edimin Uyarlanması

Sözleşmenin kurulmasından sonra içermiş olduğu şartlarda önemli değişiklikler meydana gelebilir. Sonradan ortaya çıkan bu değişiklikler sayesinde, tarafların sözleşmenin kurulduğu anda mevcut olan taraflarca göz önünde tutulan durumla, sonradan ortaya çıkan bu değişiklikler bakımından önemli surette sapma gerçekleşebilir. Bu tür durumlar, özellikle sürekli borç ilişkisi kuran, kira ve hizmet sözleşmesi gibi sözleşmelerde meydana gelmektedir⁷⁹⁵. Borçlar hukukuna hâkim olan genel ilke, “*pacta sunt servenda*”, yani ahde vefa ilkesine göre, borçlu şartlar kendi aleyhine değişse dâhi, sözleşmeye bağlı olup edimini aynen ifa etmesi gerekir. Ancak, bu ilkenin tek başına uygulanıp, istisna tanınmaması, borçlu aleyhine durumların

⁷⁹³ Maus, s. 76-77.

⁷⁹⁴ Hagenbüchle, s. 80; Zürich Kantonu Özel Hukuk Yasası (1853-55)’nın § 1387. hükmünde, Roma Hukuku genel prensipleri benimsenerek, satın alma fiyatının belirlenmesinin, üçüncü şahsın takdirine bırakılabileceği açıkça düzenlenmiştir. Burada üçüncü kişi edimi belirlemez veya belirleyemezse, sözleşmenin geçersiz olacağı düzenlenmiştir (Brosi, s. 350); Günümüzde buna benzer bir hükmün, İsviçre Borçlar Kanunu’nun 184. maddesinin üçüncü fıkrasında düzenlenmiştir. Ancak hükümde, fiyat şartlara göre belirlenebiliyorsa yeterli düzeyde belirlenmiş denilerek genel geçer bir kural düzenlenmiştir. Burada edimin üçüncü kişi tarafından belirlenebileceğine ilişkin bir düzenleme yoktur. İsviçre Federal Mahkemesi bu belirlemenin objektif ölçütler şeklinde günlük piyasa, ortalama fiyat, borsa gibi durumlarda, sadece belirlendiğine karar vermektedir (BGE 16 I 583 E. 3). Ancak artık yeni kararında, şartlara göre yeterli düzeyde belirli olma bakımından, objektif ölçüt yanında, tarafın iradesine dayalı subjektif belirlenebilirlik veya yetkili üçüncü tarafın iradesiyle belirleyebilmesini de yeterli belirlenebilme kavramına dâhil etmiştir (BGE 84 II 273 E. 2) (Brosi, s. 350-351).

⁷⁹⁵ Habscheid, FS Lehmann, s. 795; Eren, Borçlar Genel, s. 551-552; Oğuzman ve Öz, s. 208-209; Nomer, Borçlar Genel, s. 327, 394.

oluşmasına sebebiyet verebilir. Güçleşmiş, ağırlaşmış şartlara rağmen hâlen, borçludan borcunu aynen ifa etmesini istemek, hakkaniyet ve dürüstlük kurallarına aykırılık teşkil eder. Özellikle, savaş, isyan, kıtlık, deprem, doğal afet, salgın hastalık ve yüksek enflasyon gibi, sözleşmenin taraflarının öngöremediği, bu olağanüstü durumların olumsuz etkisini, sadece borçlunun sorumluluğuna yüklemek, en azından taraflar arasında bir sözleşmede olması gereken eşitlik ilkesine aykırıdır. Dolayısıyla bu tür durumlarda, sözleşmeler hukukunda diğer bir ilke, “*clausula rebus sic stantibus*” şeklinde, sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması ilkesi artık geçerli olacaktır⁷⁹⁶.

Geniş anlamda hakem-bilirkişilik sözleşmeleri bakımından, İmparatorluk Mahkemesi kararına konu olmayan, ancak sonradan doktrin ve mahkeme kararları tarafından, hakem-bilirkişinin faaliyetine eklenen diğer bir görev, sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmasıdır. Sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmasında, sözleşmedeki edimin belirlenmesinden farklı olarak sözleşme kurulmuş ve tamdır, ancak sözleşme geleceğe ilişkin belirsizlikler içermektedir⁷⁹⁷. Tarafların sözleşmeyi uyarlama hakları, inşaî bir hak olup taraflar sözleşmeyle bu hakkını, üçüncü kişi olarak, hakem-bilirkişiye devretmektedir. Bu nedenle hakem-bilirkişinin faaliyetinin etkisi inşaî olup var olanı tespit etmez. Tam aksine olması gerekeni tespit ettiğinden dolayı, faaliyeti yine “*voluntative*” bir faaliyet olarak nitelendirilmektedir⁷⁹⁸. Ayrıca doktrine göre, hakem-bilirkişi tarafından sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması talebi, sözleşmeye ilişkin ediminin hakem-bilirkişi tarafından belirlenmesi, talebinin bir alt türüdür⁷⁹⁹.

Taraflar, akdi uyarlama özelinde, sözleşmenin değişen koşullara uyarlanabilmesi için ana sözleşmeye bir şart veya ayrı bir hakem-bilirkişilik sözleşmesi kurarak, sözleşmenin değişen koşullara, hakem-bilirkişi tarafından uyarlanmasını sözleşme özgürlüğü ilkesinde kararlaştırabilirler. Doktrinde bu şartlara değer koruma maddeleri (Wertsicherungsklausel) de denilmektedir⁸⁰⁰.

Alman mahkemelerinde, hakem-bilirkişinin sözleşmenin değişen koşullara uyarlama talepleri bakımından, hakem-bilirkişinin sözleşmedeki edimi belirlenmesine

⁷⁹⁶ Eren, Borçlar Genel, s. 553; Oğuzman ve Öz, s. 210-211; Nomer, Borçlar Genel, s. 394.

⁷⁹⁷ Habscheid, FS Lehmann, s. 795; Maus, s. 48.

⁷⁹⁸ Maus, s. 237.

⁷⁹⁹ Habscheid, FS Lehmann, s. 795.

⁸⁰⁰ Kleinschmidt, s. 35.

ilişkin olduğu gibi, BGB § 317-319 hükümleri doğrudan uygulanmaktadır⁸⁰¹. Ancak doktrinde, burada tam bir sözleşme olduğu, sözleşmenin sadece geleceğe ilişkin belirsizlik içerdiğini, bu nedenle BGB § 317-319 hükümlerinin doğrudan değil; kıyasen uygulanması gerektiği de savunulmaktadır⁸⁰².

3. Dar Anlamda Hakem-Bilirkişilik Sözleşmeleri

Alman İmparatorluk mahkemesine konu olan, dar anlamda hakem-bilirkişilik sözleşmelerinden, hakem-bilirkişinin diğer iki faaliyeti, hakem-bilirkişinin sözleşmedeki belirsizlikleri (vakıaları) açıklaması ve vakıa tespit faaliyetidir. Bu ayırım esas alınarak, önce hakem-bilirkişinin sözleşmedeki belirsiz hususları açıklama görevi, daha sonra vakıa tespit faaliyeti incelenecektir.

a. Sözleşmedeki Belirsizlikleri (Vakıaları) Açıklama

Hakem-bilirkişi, objektif ölçüt olarak (Objektivem Massstab), makul (Angemessenpreis), piyasa fiyatı (Marktpreis) veya yerel rayiç bedel (Ortsübliche Preis) gibi, sözleşmede düzenlenen ancak, taraflar için veya taraflardan biri için açık olmayan belirsiz (Unkundig) sözleşme içeriğini sübjektif olarak tespit eder. Sözleşmede taraflarca düzenlenen, bu belirsiz terimlerden dolayı, bu durumda objektif bir belirsizlik değil, hakem-bilirkişinin iradesine dayalı sübjektif bir belirsizlik söz konusudur⁸⁰³. Bu yönüyle de sözleşmede esaslı edimin belirlenmesi şeklinde, hakem-bilirkişilik sözleşmelerinden ayrılmaktadır. Çünkü bu türde, objektif ölçüt olarak, piyasa fiyatı (Marktpreis) veya yerel rayiç bedel (Ortsübliche Preis) gibi ifadeler sözleşmede olmadığı için objektif bir belirsizlik vardır⁸⁰⁴.

Taraflar, uygun ve makul satın alma fiyatı üzerinde veya alışılmış banka faiz oranları üzerinde anlaşmaları durumunda, üçüncü bir şahıs, hangi satın alma bedelinin makul olduğunu veya bu durumda bankacılıkta hangi faiz oranının kabul edilebileceğini bağlayıcı bir şekilde belirleyebilir. Burada üçüncü kişi olan hakem-

⁸⁰¹ Habscheid, FS Lehmann, s. 795.

⁸⁰² Maus, s. 67.

⁸⁰³ Habscheid, FS Lehmann, s. 798; Dütz, s. 252; Maus, s. 128; Rauscher, s. 65; Taşpınar, İspat Sözleşmeleri, s. 143.

⁸⁰⁴ Habscheid, FS Laufke, s. 311; Habscheid, FS Lehmann, s. 794; Dütz, s. 252; Maus, s. 77-78.

bilirkişi, mevcut bir sözleşmenin sorunsuz bir şekilde ifasını sağlamayı⁸⁰⁵ amaçlamaktadır⁸⁰⁶. Bu nedenle, hakem-bilirkişinin yapmış olduğu faaliyet, sözleşmedeki yükümlülüğün ifasına yöneliktir. Ancak sözleşmedeki edimin içeriğinin belirlenmesiyle ilgili değildir. Dolayısıyla hakem-bilirkişinin bu faaliyeti “*voluntative*” bir faaliyet değil, onun uzmanlığı şeklinde, teknik ve bilime dayalı yeteneğini ön plana çıkaran “*kognitive*” bir faaliyettir⁸⁰⁷. Doktrinde hakem-bilirkişinin vakıa tespit faaliyetiyle, hakem-bilirkişinin sözleşmedeki belirsiz hususları açıklaması, sözleşmede var olanı tespite ilişkin olması sebebiyle aynı kategoride sınıflandırılmaktadır⁸⁰⁸.

Hakem-bilirkişinin sözleşmedeki belirsiz hususları açıklarken takdir alanı, geniş anlamda hakem-bilirkişilik sözleşmelerine daha dardır. Hakem-bilirkişi, yeni bir hukukî ilişki yaratmaz veya değiştirmez, sadece sözleşmedeki belirsizliği tespit ederek açıklar⁸⁰⁹. Hakem-bilirkişi geniş anlamda hakem-bilirkişilik sözleşmelerindeki gibi, hakkaniyete göre bir edim belirlemeyecek, takdir alanı daha dar olan doğruluk kriterine göre, sözleşmedeki belirsiz ifadeyi açıklayacaktır⁸¹⁰. Hakem-bilirkişinin sözleşmedeki belirsizlikleri doğruluk kriterine göre açıklaması gerektiğinden, mahkeme tarafından raporun bağlayıcı olmadığına ilişkin açılan iptal davasında, açıkça hakkaniyete aykırılık denetimi değil, açıkça yanlışlık denetimi yapılacak ve bu nedenle BGB § 317-319 hükümleri kıyasen uygulanacaktır⁸¹¹.

b. Vakıa Tespit Faaliyeti

Hakem-bilirkişilik sözleşmeleri bakımından en çok rastlanılan hakem-bilirkişilik sözleşmesi türü, hakem-bilirkişinin vakıa tespit faaliyetinde bulunduğu

⁸⁰⁵ Weismann’ a göre, bütün hakem-bilirkişilik sözleşmesi çeşitleri, yükümlülüğün ifasına yöneliktir. (Weismann, AcP 72, s. 269, 326); Habscheid, buna karşılık, sadece sözleşmedeki belirsiz hususların açıklanmasına ve hukuki ilişki için önemli vakıaların tespitine ilişkin olan ve gerçek hakem-bilirkişi nitelendirdiği, hakem-bilirkişilik sözleşmelerinin sadece yükümlülüğün ifasına yönelik olduğunu savunmaktadır. Diğer hakem-bilirkişilik sözleşmeleri, sözleşmedeki edimi belirleyen ve edimi koşullara göre uyarlayan, hakem-bilirkişilik sözleşmelerinin, yükümlülüğün ifasına yönelik değil; burada amaç içeriğin değiştirilmesi şeklinde inşai bir faaliyet olduğunu ifade etmektedir (Habscheid, FS Lehmann, s. 798).

⁸⁰⁶ Habscheid, FS Lehmann, s. 798; Rauscher, s. 65.

⁸⁰⁷ Maus, s. 237.

⁸⁰⁸ Habscheid, FS Lehmann, s. 799; Rauscher, s. 65-66.

⁸⁰⁹ Habscheid, FS Lehmann, s. 798; Rauscher, s. 67.

⁸¹⁰ Habscheid FS Lehmann, s. 799; Habscheid, FS Laufke, s. 311.

⁸¹¹ RGZ 96, 57, s. 60.

türdür. Hakem-bilirkişi bu faaliyetinde, bir sözleşmedeki edimi belirlemez, şart ve koşullara göre uyarlamaz veya içeriğini açıklamaz. Hakem-bilirkişi, taraflar için uyuşmazlığın çözümünde önemli olan hukukî ilişkinin bir unsurunu (Tatbestandselemente) veya hukuken önemli vakıanın tespitini yapar⁸¹². Hakem-bilirkişinin faaliyeti sadece vakıa tespit faaliyeti olup mevcut bir sözleşmenin sorunsuz bir şekilde ifasını sağlamaya yöneliktir⁸¹³. Bu nedenle hakem-bilirkişinin yapmış olduğu faaliyet, sözleşmedeki yükümlülüğün ifasına yönelik olduğundan, “voluntative” bir faaliyet değil, onun uzmanlığını ve bilişsel yeteneğini ön plana çıkaran “kognitive” bir faaliyettir⁸¹⁴. Hakem-bilirkişi vakıa tespit ederken, takdir alanı, geniş anlamda hakem-bilirkişilik sözleşmelerine daha dar olup hakem-bilirkişi, yeni bir hukukî ilişki yaratmaz veya değiştirmez, sadece vakıa tespiti yapar. Bu nedenle, hakem-bilirkişi geniş anlamda hakem-bilirkişilik sözleşmelerindeki gibi, hakkaniyete göre bir edim belirlemeyecek, takdir alanı daha dar olan doğruluk kriterine göre, vakıa tespit faaliyetinde bulunacaktır⁸¹⁵. Hakem-bilirkişinin vakıa tespit faaliyeti konu olan hakem-bilirkişi raporunun iptali davasında, mahkeme açıkça hakkaniyete aykırılık (Offenbar Unbillig) denetimi değil, açıkça yanlışlık (Offenbar Unrichtig) denetimini yapacağından, BGB § 317-319 hükümleri kıyasen uygulanacaktır⁸¹⁶. Nitekim kanun koyucu sigorta hukukunda zararın tespiti şeklinde dar anlamda hakem-bilirkişilik sözleşmeleri bakımından, 2008 yılında yürürlükten kalkan Alman Sigorta Sözleşmeleri Kanunu (VVG § 64, 184) ve günümüzde yürürlükte olan Alman Sigorta Sözleşmeleri Kanunu (VVG § 84, 189) hükümlerinde, hakem-bilirkişi raporunun iptali bakımından, açıkça hakkaniyete aykırılık ifadesini düzenlemede kullanmamıştır. Alman Sigorta Sözleşmeleri Kanunu VVG § 84. hükmünün birinci fıkrasında, açıkça hakkaniyete aykırılık ifadesi yerine, hakem-bilirkişi raporunun gerçek durumdan önemli ölçüde sapması “offenbar von der wirklichen Sachlage erheblich abweicht” ifadesi kullanılmış olup bu ifade, açıkça yanlışlık (offenbar unrichtig) ifadesinin bir görünüm şeklidir⁸¹⁷.

⁸¹² Habscheid, FS Lehmann, s. 807; Heinrich, s. 74; Rauscher, s. 66; Bachmann, s. 31; Brosi, s. 18; Angstmann, s. 62.

⁸¹³ Habscheid, FS Lehmann, s. 807.

⁸¹⁴ Maus, s. 237.

⁸¹⁵ Habscheid, FS Lehmann, s. 808; Rauscher, s. 67.

⁸¹⁶ RGZ 96, 57, s. 60.

⁸¹⁷ Habscheid, FS Lehmann, s. 808; Pröller, Martin ve Voit, s. 714, § 84 VVG, Rn. 23; Brück, Möller ve Johannsen, s. 486, § 84 VVG, Rn. 57.

İsviçre’de Medenî Usûl Kanunu yürürlüğe girmeden önce usûl kanunları her kantonda farklı şekillerde düzenlenmekteydi. Bazı Kantonlarda hakem-bilirkişiliğe ilişkin düzenlemeler mevcutken; bazı kantonlarda ise hakem-bilirkişiliğe ilişkin düzenleme mevcut değildir. Örneğin, yürürlükten kalkan, Zürih Medenî Usûl Kanunu’nun 258. maddesinde, hakem-bilirkişilik kurumu, Kanun’un dördüncü kısmında, tahkimle aynı kısımda düzenlenmiştir. Hakem-bilirkişinin görevinin vakıa tespit faaliyeti olduğu ve hakem-bilirkişi raporunun açıkça yanlış olması durumunda iptalinin mümkün olacağı düzenlenmiştir⁸¹⁸. 1 Ocak 2011’de yürürlüğe giren İsviçre Medenî Usûl Kanunu’nun (SchZPO) 189. maddesinde, hakem-bilirkişilik kurumu “*Schiedsgutachten*” düzenlenmiştir. Aynı şekilde hakem-bilirkişinin görevi açısından, sadece vakıa tespit faaliyeti esas alınmış ve hakem-bilirkişi raporunun iptali bakımından, hakem-bilirkişilik sözleşmesinde, taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça, hakem-bilirkişi kendi uzmanlık ve tecrübesini kullanarak, sonuçlarına ulaşacağından, açıkça yanlışlık ifadesi kullanılmıştır⁸¹⁹.

C. Değerlendirme ve Görüşümüz

Mukayeseli hukuk ve hukukumuz açısından hakem-bilirkişinin yapmış olduğu vakıa tespit faaliyeti hiçbir sorun teşkil etmemektedir. Nitekim hukukumuzda, hakem-bilirkişilik sözleşmesiyle taraflar, aralarındaki çekişmeli vakıanın üçüncü kişi olarak hakem-bilirkişi tarafından tespitini ve bu tespiti içeren hakem-bilirkişi raporuyla kendilerinin ve mahkemenin bağlı olmasını amaçlarlar⁸²⁰. Ancak hakem-bilirkişinin diğer faaliyetleri olan, sözleşmeye ilişkin esaslı edim belirlenmesi, edimin uyarlanması ve belirsiz hususları açıklama faaliyetlerinin olup olmayacağı hususları, doktrinde tartışmalıdır.

Alman hukukunda, hakem-bilirkişilik sözleşmesi türlerine ilişkin, edimin üçüncü kişi tarafından belirlenmesi, sözleşmeye ilişkin edimin uyarlanması, sözleşmede belirli olmayan hususların açıklanması veya vakıa tespiti şeklinde yapılan, bu klasik üçlü ayırım doktrinde eleştirilmektedir. Sözleşmeye ilişkin esaslı bir edimin belirlenmesi ve sözleşmede belli olmayan hususların açıklanması durumlarının

⁸¹⁸ Brunner, Gasser, Schwander ve Müller, § 189, Rn. 12, s. 1542.

⁸¹⁹ Brosi, s. 268; Angstmann, s. 69.

⁸²⁰ Kuru, Usûl Cilt III, s. 2914; Tuluay, s. 77; Taşpınar, İspat Sözleşmeleri, s. 146.

birbirlerine karışmakta olduğu ve ikisini ayırt etmenin çok zor olduğu doktrinde ifade edilmektedir. *Kleinschmidt*, BGB § 317-319 hükümlerine ilişkin, Alman mahkeme kararlarını incelemiş ve günümüzde geniş anlamda hakem-bilirkişilik sözleşmeleri türlerinden biri olan, üçüncü kişi tarafından edim belirlenmesine ilişkin hakem-bilirkişilik sözleşmelerinin pratikte hiç meydana gelmediğini ifade etmiştir. Çünkü taraflar hakem-bilirkişilik sözleşmeleri kurarken, bazılarının hukukî danışmanlık aldığını, bazılarının Alman Tahkim Merkezi'nde (Deutsche Institution Schiedsgerichtsbarkeit) var olan standart sözleşme kalıplarını kullandığını veya mutlaka sözleşmelerde makul (Angemessen), piyasa fiyatı (Marktpreis), yerel rayiç bedel (Ortsübliche) gibi, ifadeleri sözleşmeye eklediklerini ifade etmektedir. Bu durumda, üçüncü kişi tarafından edim belirlenmesi şeklinde hakem-bilirkişilik sözleşmesi değil, sözleşmedeki belirsiz hususları açıklayıcı hakem-bilirkişilik sözleşmelerinin olduğunu ifade etmektedir. Dolayısıyla bu durumda, hakem-bilirkişinin faaliyeti, örneğin, satılan şeyin fiyatı hususunda tarafların uzmanlıklarının olmaması sebebiyle belirsiz olan hususu, hakem-bilirkişinin belirlemesi değil, belirsizliğin açıklaması söz konusudur. Bu nedenle, burada geniş anlamda hakem-bilirkişilik sözleşmesi türü olan üçüncü kişi tarafından edim belirlenmesi, sözleşmede objektif olarak belirlenmiş yukarıdaki ifadeler sayesinde, dar anlamda hakem-bilirkişilik sözleşmesi türü olan, sözleşmedeki belirsizlikleri (vakıa) açıklayıcı hakem-bilirkişilik sözleşmesi türüne dönüşmüştür⁸²¹. Ayrıca hakem-bilirkişilik sözleşmesinin türünün bir geniş veya dar anlamda hakem-bilirkişilik sözleşmesi olup olmadığı noktasında bir şüphe söz konusu olduğu durumlarda, mahkemeler tarafından, dar anlamda hakem-bilirkişilik sözleşmesi olduğu kabul edilmektedir⁸²². Mahkemeler hakem-bilirkişi raporunun iptaline ilişkin kararlarında, geniş ve dar anlamda hakem-bilirkişilik sözleşmeleri ayırımına önem vermemekte ve hakem-bilirkişilik sözleşmesinin türü ne olursa olsun hem açıkça hakkaniyete aykırılık hem de açıkça yanlışlık ifadelerini birlikte kullanarak denetim yapmakta ve bu denetim sonucunda hakem-bilirkişi raporunun iptaline karar vermektedir⁸²³.

İsviçre hukukunda da sözleşmede taraflarının standart sözleşme kalıplarını kullandığını, bu nedenle sözleşmelerinde makul, mutad, piyasa fiyatı gibi objektif

⁸²¹ Kleinschmidt, s. 32; Rauscher, s. 72.

⁸²² Sieveking, s. 45.

⁸²³ Kleinschmidt, s. 32; Taşpınar, İspat Sözleşmeleri, s. 143.

ifadelerin mutlaka yer aldığı ifade edilmektedir. Dolayısıyla doktrinde, bunların aynen Alman hukukundaki gibi, dar anlamda hakem-bilirkişilik sözleşmesi türü olan vakıaları veya sözleşmedeki belirsiz ifadeleri açıklayıcı hakem-bilirkişilik sözleşmesi olarak nitelendirmesi gerektiği ifade edilmektedir. Çünkü sözleşmedeki belirsiz hususları açıklayıcı hakem-bilirkişilik sözleşmeleri de her ne kadar, sözleşmedeki belirsiz hukukî terimlerin açıklanması şeklinde, bir hukukî sorun içerse de hakem-bilirkişilik faaliyetinin en çok uygulama alanı bulduğu bir faaliyettir. Nitekim hakem-bilirkişinin bir şirketin payının değerini belirlemesi gibi faaliyeti aslında, hakem-bilirkişinin sözleşmedeki belirsiz hususları açıklaması faaliyetidir. Hakem-bilirkişi sözleşmedeki belirsiz hususları açıklayarak, sözleşmenin ifasına hizmet eder⁸²⁴.

Mukayeseli hukuktaki, yukarıdaki tartışmalar hukukumuzu da etkilemiştir. Bu konuda *Yeğengil*, hakem-bilirkişilik sözleşmesi türleri arasında ayrım yapmaksızın, Fransız ve Alman hukukuna benzer şekilde, hakem-bilirkişinin faaliyetinin, aslında sözleşmedeki esaslı edimin belirlenmesi olduğunu belirtmektedir. Taraflar üçüncü bir kişiye, edim belirleme yetkisini verip vermemede serbest olup bu yetkinin verilmediği hâllerde, edimi bizzat belirlemiş olacaktır. Nitekim bu durum bir sözleşme niteliğini taşıyacaktır. Ancak tarafların üçüncü kişiye yetki vermesi durumunda, üçüncü kişi, edim belirlemesini, tarafların vekâletine dayanarak yapmaktadır. Örneğin, satış fiyatının belirlenmesi, bir satış sözleşmesinin esaslı unsurudur. Hakem-bilirkişinin satış fiyatını belirlediği hakem-bilirkişi raporu, sözleşmenin ayrılmaz bir parçasını teşkil eder. Hakem-bilirkişi raporu, bu sebeple taraflardan sadır olmuş bir sözleşme gibi hem tarafları hem de mahkemeyi bağlar. Bu şekilde, mahkeme diğer delilleri serbestçe değerlendirebilirken, hakem-bilirkişi raporuyla bağlıdır. Taraflar, hakem-bilirkişilik sözleşmesiyle, bir hakkın ispatının nasıl yapılacağını değil, sözleşmede hakkın doğumu için, yani hakkın esasına ilişkin bir sözleşme yapmaktadırlar. Bir borç ikrarını içeren sözleşme nasıl bir usûl hukukuna ilişkin bir sözleşme değilse, aynı şekilde, sigorta tazminatını tayin eden hakem-bilirkişi raporu da hakkın esasına ilişkin bir sözleşmedir⁸²⁵.

Doktrinde bizim de katıldığımız diğer görüş, hakem-bilirkişilik sözleşmesi türlerinin içtihat ve doktrin tarafından ayrılması gerektiğini savunmaktadır.

⁸²⁴ Brosi, s. 18-19.

⁸²⁵ Yeğengil, s. 148-149.

Dolayısıyla hem Yargıtay hem de doktrinin, edimin üçüncü kişi tarafından belirlenmesiyle (kurucu-değiştirici etki), üçüncü kişinin hakkını veya sözleşmenin içeriğini tespit ettiği veya uyarladığı (açıklayıcı etki) sözleşme ve belli olay ve olguları ya da kurucu unsurları tespit ettiği (tespit edici etki) sözleşme türlerinin birbirinden ayrılması gerektiği ifade edilmektedir. Çünkü hukukî sonuç açısından önemli farklılıklar ortaya çıkmaktadır. İlk durumda eksik bir sözleşme bulunmakta olup üçüncü kişi edimi belirlemeden, alacak muaccel olmayacak ve temerrüt de gerçekleşmeyecektir. Hakem-bilirkişiliğin bu türünde, bu sözleşme tipi, bir usûl hukukuna ilişkin sözleşmesinden daha çok, bir maddî hukuk sözleşmesi şeklindedir. Ancak diğer iki tür hakem-bilirkişilik sözleşmesi olan, ya bir açıklığa kavuşturma veya belli unsurları olguları tespit etme işlemi durumunda, kurulmuş bir sözleşme olduğunu, bu durumun talebin varlığına veya muacceliyetine etki etmediği ifade edilmektedir⁸²⁶. Diğer yandan, kanaatimizce, hukukumuzda da İsviçre ve Alman hukukundaki gibi, tarafların sözleşmelerinde makul, mutat, piyasa fiyatı gibi objektif ifadelere yer vermesi durumunda, dar anlamda hakem-bilirkişilik sözleşmesi türü olan vakıaları veya sözleşmedeki belirsiz ifadeleri açıklayıcı hakem-bilirkişilik sözleşmesi türü olarak nitelendirmemiz gerekir.

Hukukumuz açısından sözleşme taraflarının mutlaka esaslı noktalar üzerinde anlaşmış olmaları gerekmektedir. Tarafların sözleşmeye ilişkin esaslı edimler üzerinde anlaşamadıkları durumda, sözleşme kurulmamış olacak ve hâkim de sözleşmeyi tamamlayamayacaktır⁸²⁷. Ancak sözleşmeye ilişkin yan unsurlar konusunda, taraflar yan unsurlar üzerinde durmamış olsa bile, sözleşme kurulmuş sayılacaktır (TBK m. 2/I). İkinci derecedeki yan unsurlar bakımından, tarafların uyuşamaması hâlinde, sözleşmedeki boşluk, hâkim tarafından tamamlanacaktır.

Sözleşmeye ilişkin esaslı bir edimin, üçüncü kişi tarafından belirlenip belirlenemeyeceği hukukumuzda da tartışmalı bir konudur. Bu nedenle üçüncü kişi olarak hakem-bilirkişinin sözleşmeye ilişkin esaslı bir edimi belirleyip belirleyemeyeceği hususunun incelenmesi gerekir. Hukukumuzda doktrine göre, sözleşmeye ilişkin bir esaslı edimin, irade özerkliği temelinde anlaşmayla üçüncü kişi

⁸²⁶ Taşpınar, İspat Sözleşmeleri, s. 147; Aynı görüşte bkz. Cantaymaz, s. 43-44.

⁸²⁷ Eren, Borçlar Genel, s. 550; Oğuzman ve Öz, s. 205-207; Nomer, Borçlar Genel, s. 48.

tarafından belirlenmesi mümkündür⁸²⁸. Örneğin, ücretli vekâlet sözleşmelerinde, hekim veya avukat, karşı tarafın ödeyeceği ücreti kendileri belirleyebilir. Üçüncü kişinin edim belirleme yetkisi yenilik doğurucu bir hak olup üçüncü kişinin tek taraflı irade beyanıyla, edim belirli hâle gelir. Edimin üçüncü kişi tarafından, adalet ve hakkaniyete, dürüstlük kurallarına uygun bir şekilde belirlenmesi gerekir⁸²⁹. Sözleşmeye ilişkin esaslı edim belirlenmesi durumunda, edimi belirleyen kişinin bir yargılama faaliyetinde bulunup bulunmadığı veya bu kişinin nasıl nitelendirileceği doktrinde tartışmalıdır.

Doktrinde bir görüş⁸³⁰, sözleşmenin esaslı edimi belirleme yetkisinin, üçüncü kişiye bırakılması durumunda, üçüncü kişinin bir bilirkişi veya hakem sıfatıyla hareket edeceğini savunmaktadır.

Doktrinde diğer bir görüş⁸³¹, sözleşmedeki esaslı boşlukların doldurulması faaliyetini, tahkime elverişli bir durum olarak nitelendirerek, bu faaliyetin tahkim yargılamasında hakem tarafından yapılabileceğini savunmaktadır.

Doktrinde bizim de katıldığımız hâkim görüş⁸³², tahkim yargılamasının temelini, tarafların serbestçe tasarruf edebildiği hukukî ilişkideki uyumsuzlukları esas alan mahkeme yargılamaları oluşturduğunu ifade etmektedir. Mahkeme yargılamasına konu olan durumlar, sadece tahkim yargılamasına konu olabilir. Bu şekilde tahkim ve yargılamanın faaliyet konuları bakımından aralarında paralellik söz konusudur. Sözleşmeye ilişkin esaslı edimin belirlenmemesi durumunda, sözleşme henüz kurulmadığından, bu konuda mahkeme nasıl ki karar veremezse tahkimde hakem de karar veremez. Çünkü edim belirleme faaliyeti bir yenilik doğurucu inşâî bir faaliyettir. İnşâî davalar sınırlı sayıda olması prensibi gereği, taraflar, kendi iradeleriyle yeni bir inşâî dava oluşturamazlar. Nitekim mahkemenin görevi, hukukî

⁸²⁸ Eren, Borçlar Genel, s. 103; Haluk Nami Nomer, “Sözleşmedeki Esaslı Bir Nokta, Özellikle Karşılıklı Borç Doğuran Akitlerde İvazın Miktarı Belirlenmeksizin Sözleşme Kurulabilir mi?”, **Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan Cilt II, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi**, Cilt 8, Özel Sayı 2013, (Sözleşme), s. 2067; Derya Ateş, “Sözleşme İlişkilerinin Kurulmasında ve Borç İlişkilerinde Üçüncü Kişi”, **Türkiye Barolar Dergisi 2020 (151)**, s. 348.

⁸²⁹ Eren, Borçlar Genel, s. 103; Hukukumuzda hakem-bilirkişinin edimi nasıl belirleyebileceği hakkında düzenleme bulunmasa bile, bu sonuca temel düzenleme olan dürüstlük kuralı (TMK m. 2/I) ile ulaşmak mümkündür (D. Ateş, s. 348).

⁸³⁰ Eren, Borçlar Genel, s. 103.

⁸³¹ Mustafa Serdar Özbek ve İpek Yücer AKTÜRK, “Sözleşmedeki Boşlukların Tahkim Yoluyla Doldurulması”, **Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi**, Y. 6, S. 1, Ankara 2019, s. 33; Özbek, Tahkim Cilt I, s. 924-925.

⁸³² Habscheid, FS Lehmann, s. 797; Angstmann, s. 51-53; Brosi, s. 416.

ilişkileri düzenlemek şeklinde, bir sözleşmenin kurulmasını sağlamak da değildir. Henüz ortada bir hukukî ilişki olmadığından hem mahkeme hem de tahkimde⁸³³ sözleşmeye ilişkin esaslı edim belirlenmesine ilişkin karar verilemez.

İsviçre Federal Mahkemesi, tarafların sözleşmenin esaslı noktaları üzerinde anlaşamadığı durumda, sözleşmenin meydana gelmediğini, bu nedenle de hâkimin düzenleyebileceği ortada bir sözleşme olmadığına karar vermiştir⁸³⁴. Mahkemelerin, sadece tarafların geçerli bir sözleşme imzalanmış, ancak değişen koşullar durumunda, sözleşmede ne olacağının belirtilmemesi durumunda, sözleşmeyi uyarlama görevleri vardır (TBK m. 138). Nitekim bu durum, hâkimin tarafların iradelerinin uyuşmasının yerini almasıyla ilgili olmayıp taraflarca başlangıçta iradelerin uyuşması sonucu kurulan sözleşmedeki edim ve karşı edim arasındaki ilişkiyi yeniden tesis edilmesiyle ilgilidir⁸³⁵.

İkinci olarak, hakem-bilirkişinin, sözleşmeyi değişen koşullara uyarlayıp uyarlayamayacağı şeklindeki görevinin incelenmesi gerekir. Doktrinde, sözleşmenin değişen koşullara ilişkin uyarlama talepleri mahkemeler taraflarından yapılabileceğinden (TBK m. 138) tahkimde bir hakem tarafından da yapılabileceği savunulmaktadır⁸³⁶. Ancak sözleşmeyi uyarlama faaliyetinin üçüncü kişi olarak hakem-bilirkişi tarafından yapılıp yapılamayacağı doktrinde tartışmalıdır.

İsviçre hukukunda, hakem-bilirkişinin, sözleşmenin değişen koşullara uyarlayabilmesi şeklinde bir görevi yoktur. Çünkü bu görevin hakem bilirkişinin uyarlamaya ilişkin koşulların oluşup oluşmadığı şeklinde bir hukukî sorun içerdiği ifade edilmektedir. Ancak hakem-bilirkişinin hukukî sorunlar bakımından yapmış

⁸³³ Alman hukukunda BGB § 317-319 hükümlerindeki, hakem-bilirkişinin sözleşmeye ilişkin esaslı edim belirleyememesi, belirlemek istenmemesi veya geciktirilmesi durumunda, mahkemenin karar verebileceği gibi tahkimde hakemler tarafından da bu belirleme dolaylı olarak yapılabileceğinden, hakemler edim belirlenme faaliyetini dolaylı olarak yapabilirler (Dütz, s. 267); Ancak İsviçre hukukunda, hakem-bilirkişinin sözleşmeye ilişkin esaslı edim belirlememesi durumunda, mahkemenin karar verebileceği gibi şeklinde bir düzenleme olmadığı için tarafların yeni hakem-bilirkişilik sözleşmesi yapmaları gerektiği ifade edilmektedir (Brosi, s. 416); *Angstmann*, bu konuda her ne kadar sözleşmeye ilişkin esaslı edim belirleme faaliyetinin, mahkeme tarafından yapılmayacağını savunsa da tahkim yargılamalarında hakemin sözleşmeye ilişkin esaslı edim belirleyebileceğini ifade etmektedir. Bu durum, tahkimin faaliyetlerinin geleneksel içeriğini aşmaktadır. Ancak sözleşmeye ilişkin edim belirleme faaliyeti, devlet yargılamasında gerçekleştirilemediğinden, özel bir yargılama olan tahkimde buna izin verilmesi gerektiğini savunmaktadır (Angstmann, s. 53-54).

⁸³⁴ BGE 119 II 347, E. 5. (Angstmann, s. 52, dn 319).

⁸³⁵ Angstmann, s. 53.

⁸³⁶ Habscheid, FS Lehmann, s. 796; Angstmann, s. 168; Brosi, s. 423; Özbek ve Yücer-Aktürk, s. 33; Özbek, Tahkim Cilt I, s. 933-397.

olduğu tespitlerle, hâkimin hukuku re'sen uygular ilkesi (HMK m. 33) gereğince, hâkim bağlı değildir⁸³⁷. Brosi, ancak şirket değerinin uyarlama taleplerini (Preisanpassungsklauseln in M&A-Verträgen), hakem-bilirkişinin sözleşmedeki belirsiz hususları açıklama faaliyeti olarak yorumlamakta ve bu şekilde hakem-bilirkişi tarafından yapılabileceğini savunmaktadır⁸³⁸.

Angstmann, hakem-bilirkişinin sözleşmeyi değişen koşullara uyarlaması gerektiğini, ancak sözleşmenin değişen koşullara ilişkin vakıaların gerçekleşip gerçekleşmediği hususunun, bir hukukî sorun olduğunu ifade etmiştir. Ancak eğer taraflar, bu konuda uyuşmakta veya sözleşmenin değişen koşullara uyarlanmasına ilişkin vakıaların hukukî bir sorun içermeyen, basit matematiksel orana dayalı olması durumunda, hakem-bilirkişinin bu faaliyeti yapmasında herhangi bir sorun olmadığını belirtmektedir. Bu şekilde, mahkemelerin iş yükünün azaltacağını ve bu nedenle hakem-bilirkişiliğin uyarlama talepleri açısından uygulanması gerektiğini savunmaktadır.⁸³⁹

Doktrinde, sözleşmenin uyarlanması çeşitleri, akdî, kanunî ve kazaî, yani hâkim tarafından gerçekleştirilen uyarlama olarak üçe ayrılmaktadır⁸⁴⁰. Hukukumuz bakımından da sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması bakımından akdî uyarlama mümkündür. Taraflar, edimin değişen koşullara uyarlanması bakımından, üçüncü kişi olarak hakem-bilirkişiyle anlaşabilirler. Burada sözleşmedeki esaslı edimin belirlenmesinden farklı olarak, sözleşmenin uyarlanmasında sözleşme esaslı noktalarıyla kurulmuş, sadece sözleşmenin geleceği açısından belirsizlik teşkil etmektedir⁸⁴¹. Nitekim mahkemelerin uyarlama talepleri bakımından uyarlanan şeyin fiyatını belirleyebilmeleri için bilirkişilere başvurmaları gerekmekte olduğundan, tarafların bu konuda mahkeme yerine, doğrudan hakem-bilirkişi raporu almaları teşvik edilebilir. Hakem-bilirkişilik yöntemiyle gerçekleştirilen uyarlama talepleri, mahkemeye göre daha kısa sürede, daha ekonomik olarak sonuçlandırılarak, usûl ekonomisine hizmet edebilir⁸⁴². Ancak İsviçre hukukunda da belirtildiği gibi,

⁸³⁷ Brosi, s. 388-389.

⁸³⁸ Brosi, s. 37-38.

⁸³⁹ Angstmann, s. 168-169.

⁸⁴⁰ Eren, Borçlar Genel, s. 553-554.

⁸⁴¹ Habscheid, FS Lehmann, s. 794.

⁸⁴² *Konuralp*, kira bedelinin tespiti davaları ve kamulaştırma bedeline itiraz davaları açısından, hükmün bütün unsurlarının genellikle bilirkişi tarafından belirlendiğini ifade etmekte, bu yönden, hükmü

uyarlama koşullarının oluşup oluşmadığı bir hukukî sorundur. Bu konuda mahkemelerin karar vermesi gerekir. Ancak uyarlama koşullarının oluştuğuna ilişkin tarafların uyuşması veya bu konuda basit matematiksel oranlar söz konusu olduğunda, bunu hakem-bilirkişinin de yapabilmesi gerekir. Hakem-bilirkişinin bu faaliyeti gerçekleştirmedeği durumda, uyarlama talebi artık mahkemece yapılacaktır (TBK m. 138)⁸⁴³.

Sonuç olarak, hukukumuzda, Alman hukukundaki gibi, hakem-bilirkişinin sözleşmeye ilişkin bir edim belirleme veya sözleşmeyi uyarlama şeklinde bir görevi olmayıp sadece vakıa tespit görevi vardır. Çünkü sözleşmeye ilişkin esaslı edim belirlenememesi durumunda, bir eksik sözleşme söz konusu olacağından, burada bir maddî hukuk sorunu vardır. Ancak bu konuda hukukumuzda yapılacak kanunî düzenlemeyle, hakem-bilirkişiye bu şekilde geniş bir faaliyet alanı verilebilir. Özellikle uyarlama davalarında, mahkemeler, uyarlanacak şeyin bedeli açısından, özel ve teknik bilgiyi gerektiren bilgi olması sebebiyle, taraflardan birinin talebi ile veya kendiliğinden, bu konuda bilirkişiye (HMK m. 266) başvurmakta ve bilirkişinin vermiş olduğu rapor doğrultusunda genelde karar verilmektedir. Tarafların bu konuda mahkemeye gitmek yerine, doğrudan hakem-bilirkişiye başvurmaları, mahkemeye göre daha kısa sürede, daha ekonomik olarak sorunlarının çözümünü sağlayabilir. Bu durum usûl ekonomisine hizmet ederek, mahkemelerin iş yükünü azaltılabilir.

III. HAKEM-BİLİRKİŞİLİK SÖZLEŞMESİNİN HUKUKÎ NİTELİĞİ

A. Genel Olarak

Hem mukayeseli hukuk hem de hukukumuz bakımından hakem-bilirkişilik sözleşmesinin (Schiedsgutachtenvertrag) kurulması yönünden bir tartışma olmamakla birlikte, doktrinde tartışmalı olan husus, hakem-bilirkişilik sözleşmesinin hukukî niteliğinin, bir maddî veya usûl hukuku sözleşmesi olup olmadığına ilişkindir. Hakem-bilirkişilik sözleşmesi bağımsız bir sözleşme şeklinde yapılabileceği gibi, maddî

ağırlıklı olarak etkileyen bilirkişi raporları sınıfına sokmuştur. Hükmü ağırlıklı olarak etkileyen, bilirkişi raporları bakımından, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarını öngörmektedir (Konuralp, Bilirkişilik, s. 503).

⁸⁴³ Eren, Borçlar Genel, s. 555-558.

hukuk sözleşmesine ilişkin bir şart (Schiedsgutachtenklausel) şeklinde de yapılabilir, ancak bu durum onun maddî hukuk sözleşmesinden bağımsızlığını etkilemez. Bu nedenle hakem-bilirkişilik sözleşmesi açısından yapacağımız hukukî nitelendirme, hakem-bilirkişilik şartı açısından da geçerlidir⁸⁴⁴.

Hakem-bilirkişilik sözleşmesinin hukukî niteliğini belirlemenin hukukumuz açısından pratikte önemli sonuçları vardır. Hakem-bilirkişinin faaliyetini yaparken, bir edim belirleyen üçüncü kişi gibi mi yoksa hakem-bilirkişi olarak, kısmi hakem fonksiyonu yüklenen hakem veya hâkim gibi mi veya hâkimin yardımcısı fonksiyonunu üstlenen bilirkişiye kıyasen mi görevini yerine getireceği önem kazanır. Buna bağlı olarak da hakem-bilirkişinin tarafsızlığı ve bağımsızlığı; reddedilme imkânı, raporlarının nasıl düzenleneceği ve neleri içereceği, gerekçe içerip içermeyeceği; vakıa tespit işleminde adil yargılanma hakkına ve özellikle onun unsuru olan hukukî dinlenilme hakkına riayet edilip edilmeyeceği tartışmaları bu nitelendirmeye bağlıdır. Ayrıca hakem-bilirkişi raporunun bağlayıcılığının kaynağına göre, hakîmin delilleri serbestçe değerlendirmesi yetkisine (sınırlı) müdahale mi olduğu; yoksa tarafların maddî hukuk temelinde irade özerkliğinden mi kaynaklandığı; hakem-bilirkişi raporu öncesi dava açılmasının sonuçları; hakem-bilirkişi raporunun davada ileri sürülme biçimi ve onun etkisi; hakem-bilirkişi raporunun iptal sebeplerinin maddî ve usûl hukukundan kaynaklanıp kaynaklanmadığı; hakem-bilirkişi raporu sebebiyle yapılan masrafların bir yargılama masrafı olup olmadığı; hakem-bilirkişinin sorumluluğunun hangi kıstaslara göre düzenlemesi gerektiği;

⁸⁴⁴ Bachmann, s. 44.

uluslararası hakem-bilirkişilik sözleşmeleri bakımından uygulanacak hukukun belirlenmesi⁸⁴⁵, bu pratik önemli sonuçlara örnek olarak verilebilir⁸⁴⁶.

Hakem-bilirkişilik sözleşmesinin hukukî niteliğine ilişkin tartışma, Alman, İsviçre ve hukukumuz bakımından, hakem-bilirkişilik sözleşmesinin kanunda düzenlenip düzenlenmediği ve hakem-bilirkişilik sözleşmesinin türlerinin (geniş-dar anlamda hakem-bilirkişilik sözleşmeleri), o hukuk sisteminde de uygulanıp uygulanmaması yönünden farklı yönleriyle tartışılmıştır. Bu nedenle yapılan ayrımlar ve konuya ilişkin bakış açıları da farklılık arz etmektedir.

Doktrinde hakem-bilirkişilik sözleşmelerinin hukukî niteliğine ilişkin maddî, usûl ve karma hukuk sözleşmesi olmak üzere üç görüş bulunmaktadır. Aşağıda bu görüşleri ve son olarak değerlendirme kısmında, hakem-bilirkişilik sözleşmelerinin hukukî niteliğine ilişkin kendi görüşümüzü ifade edeceğiz.

B. Maddî Hukuk Teorileri

Alman hukukunda maddî hukuk teorileri, Alman İmparatorluk Mahkemesi'nin 23 Mayıs 1919 tarihinde hakem-bilirkişilik sözleşmelerinin türlerine ve bunlara uygulanacak hukuk normuna ilişkin ilke kararını esas alırlar. Mahkeme, kararında hakem-bilirkişinin yapmış olduğu faaliyetleri esas alarak, sözleşmeye ilişkin edim

⁸⁴⁵ Hakem-bilirkişilik sözleşmesinin etkisinin ne olacağı, bu anlaşmaya uygulanacak hukuka göre belirlenecektir. Uyuşmazlığın çözümü için tahkim öngörülmüş ve tahkim yeri yabancı bir ülke olarak belirlenmişse veya uyuşmazlığın çözümü için yabancı bir mahkeme yetkiliyse hakem veya mahkeme hakem-bilirkişilik anlaşmasının konusunda, uygulanacak hukuka göre bir değerlendirme yapacaktır. Tahkim yeri ülkemizdeyse veya uyuşmazlık Türk mahkemelerinin önüne gelirse, hakem-bilirkişilik anlaşmasının etkisi, Türk hukukuna göre tespit edilecektir. Mahkemeler, hakem-bilirkişilik sözleşmesini, bir münhasır delil sözleşmesi olarak nitelendirdiği için, lex fori ilkesine delilleri değerlendirecektir (Yeşilırmak, Hakem-Bilirkişilik, s. 695); Yeşilırmak, Öneri, s. 25; Hakem-bilirkişi raporunun, hukukî niteliğinin kesin hüküm teşkil etmemesi ve yargılama yapmaması nedeniyle, maddi hukuk kapsamında yenilik doğurucu bir rapor niteliğindedir. Bu nedenle sözleşmeye uygulanacak hukuk bakımından, taraflar arasındaki esas sözleşmeye uygulanacak hukuk esas alınmalıdır. Ancak, mahkemenin hakem-bilirkişi raporunun bağlayıcı olup olmadığına karar verirken, usûl standartları açısından lex fori ilkeleri uygulanmalıdır (Götz-Sebastian HÖK, "Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Açısından Hakem-Bilirkişi Raporu ve Uyuşmazlık Çözüm Kurulu (Dispute Adjudication Board (DAB) Kararının Uygulanması", çev. Gökhan Erbaş, *Terazi Hukuk Dergisi*, Y. 6, S. 56, Nisan 2011, s. 56-61); Tekdoğan Bahçivancı'ya göre, milletlerarası, özel hukuk adaleti ve hakkaniyet çerçevesinde, bir değerlendirme yapılarak, hakem-bilirkişilik sözleşmelerinin kaynağını taraf iradelerinden aldığı ve milletlerarası alanda, tarafların haklı beklentilerinin hakem-bilirkişilik sözleşmelerine tanınması yönünde olduğu unutulmamalı ve söz konusu ilkelerin gerektirdiği hallerde, lex fori'nin uygulanması yerine, yabancı hukuk sisteminde geçerli olarak kurulan hakem-bilirkişilik sözleşmelerine de LRA veya lex causa ilkesi çerçevesinde etki tanınmalıdır (Tekdoğan Bahçivancı, s. 388); Sümer, s. 92-93.

⁸⁴⁶ Stein, Jonas ve Schlosser, s. 28, vor § 1025, Rn. 47-48; Taşpınar, İspat Sözleşmeleri, s. 145.

belirleme ve sonradan eklenen sözleşmeye ilişkin edimin uyarlanması faaliyeti olarak geniş; sözleşmedeki belirsiz hususları açıklama veya vakıa tespiti şeklinde dar anlamda hakem-bilirkişilik sözleşmeleri olarak ikiye ayırmıştır. Mahkeme, kararında geniş ve dar bütün hakem-bilirkişilik sözleşmelerini bir maddî hukuk sözleşmesi olarak nitelendirmiştir. Geniş anlamda hakem-bilirkişilik sözleşmelerinde, hakem-bilirkişinin faaliyetinin, doğrudan bir sözleşmeye ilişkin bir edim belirlemesi olduğu için BGB § 317-319 hükümlerinin doğrudan uygulanacağını, bu nedenle sadece açıkça hakkaniyete aykırılık denetimini yapılacağını ifade etmiştir. Ancak, dar anlamda hakem-bilirkişilik sözleşmeleri şeklinde, bir sözleşmedeki belirsiz hususların açıklanması veya vakıa tespiti bakımından, hakem-bilirkişinin faaliyetinin, doğrudan edim belirlenmesi olmadığı belirtilmiştir. Hakem-bilirkişi, bu türde bir uzmanlık faaliyetinde bulunarak, vakıa tespit faaliyetinde bulunmaktadır. Bu faaliyetin sonucunda, doğrudan bir edim belirlemesi değil, dolaylı olarak bir edim belirlenmesi söz konusu olabilecektir. Dolayısıyla mahkeme bu türde, hakem-bilirkişi raporunun iptali açısından, açıkça hakkaniyete aykırılık denetimi yerine, açıkça yanlışlık denetiminin yapılacağını ve bunun sonucu olarak BGB § 317-319 hükümlerinin kıyasen uygulanacağına karar vermiştir⁸⁴⁷.

Alman hukukunda, BGB § 317-319 hükümlerinde, hakem-bilirkişinin faaliyetini nasıl gerçekleştireceği şeklinde, adil yargılanma hakkının unsurları olan taraflara hukukî dinlenilme hakkı verilip verilmeyeceği, hakem-bilirkişinin tarafsız ve bağımsızlığı ve hakem-bilirkişi raporunun gerekçeli olup olmayacağı gibi hususlara ilişkin herhangi bir düzenleme yoktur. Bu nedenle, maddî hukuk teorileri savunucuları, hakem-bilirkişinin bunlara uymamasının, hakem-bilirkişi raporunun bağlayıcılığının sona ermesi için bağımsız bir iptal sebebi olarak nitelendirmezler. Maddî hukuk teorileri bakımından hâkim görüş, hakem-bilirkişi raporunun bağlayıcılığının sona ermesini sağlayan tek sebep, BGB § 319/I'de düzenlen, açıkça hakkaniyete aykırılık veya açıkça yanlışlık şeklinde sonuç kontrolüdür (Ergebniskontrolle). Bu nedenle hakem-bilirkişi raporu, sadece sonuç kontrolü açısından denetlenir ve tahkime ilişkin usûl hukuku hükümleri kıyasen uygulanamaz⁸⁴⁸.

⁸⁴⁷ RGZ 96, 57, s. 57-61.

⁸⁴⁸ Hakem-bilirkişilik hakkında tahkim hükümleri kıyasen uygulanamaz. Hakem-bilirkişi, bu nedenle tarafları dinlemek zorunda değildir. Hakem-bilirkişilik, bakımından BGB § 317-319 hükümleri

İsviçre hukukunda, Alman hukukundan farklı olarak, hakem-bilirkişilik sözleşmelerinin türlerine ilişkin geniş ve dar anlamda hakem-bilirkişilik sözleşmesi şeklinde bir ayırım olmadığından, hukukî nitelik tartışmaları farklı bir bakış açısıyla incelenmiştir. İsviçre’de Medenî Usûl Kanunu yürürlüğe girmeden önce, usûl kanunları her kantonda farklı şekillerde düzenleniyordu. Bazı Kantonlarda hakem-bilirkişilik kurumuna ilişkin düzenlemeler mevcutken; bazı kantonlarda ise hakem-bilirkişiliğe ilişkin düzenleme mevcut değildir. Ancak İsviçre Federal Mahkemesi’nin hakem-bilirkişilik hakkında birçok kararı mevcuttur. İsviçre Medenî Usûl Kanunu (SchZPO) yürürlüğe girmeden önce, doktrinde ve uygulamada, hakem-bilirkişilik sözleşmesinin hukukî niteliği açısından, hâkim görüş bir maddî hukuk sözleşmesi olduğudur⁸⁴⁹. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi, hakem-bilirkişilik sözleşmesinin hukukî niteliği hakkında vermiş olduğu kararlarda, 1900’lü yıllardan beri yerleşik içtihat olarak, tahkim sözleşmesini bir usûl sözleşmesi olarak nitelerken; hakem-bilirkişilik sözleşmesini, bir maddî hukuk sözleşmesi olarak nitelendirmektedir⁸⁵⁰. İsviçre uygulaması ve doktrin, hakem-bilirkişilik sözleşmesi bakımından, farklı dayanaklarla Alman hukuku rol model alınıp hakem-bilirkişilik sözleşmesi bir maddî hukuk sözleşmesi olarak nitelendirilmiştir⁸⁵¹. İsviçre Medenî Usûl Kanunu’nun 189. maddesinde, hakem-bilirkişilik düzenlenmiş, ancak hakem-bilirkişilik sözleşmesinin hukukî niteliği bakımından bir düzenleme yapılmamıştır. Ancak 2006 yılında düzenlenen gerekçe metinlerinin (Botschaft) 186. maddesinde, hakem-bilirkişilik sözleşmesinin hukukî niteliğinin, bağımsız bir usûl hukuku kurumu olduğu

doğrudan veya kıyasen uygulanır. Hakem-bilirkişilik sözleşmesi bir ispat sözleşmesi değil, bir maddî hukuk sözleşmesidir. Vakıayı ispat için değil, tarafların özel hukuktaki hak ve yükümlülüklerini düzenledikleri için hâkim bağlıdır (Rosenberg, Lehrbuch, s. 847-848); Taraflar adil yargılanma ilkelerine uygun bir faaliyet bekliyorlarsa, tahkim mahkemelerini seçmesi gerekir. Hakem-bilirkişilik bir ispat sözleşmesi değil, bir maddî hukuk sözleşmesidir. Bu nedenle tahkim hükümleri kıyasen uygulanamaz. Hakem-bilirkişilik hakkında BGB § 317-319 hükümleri doğrudan veya kıyasen uygulanır (Arwed Blomeyer, **Zivilprozessrecht Erkenntnisverfahren**, 2. Auflage, Berlin 1985, s. 732-734); Hakem-bilirkişilik, hakkında tahkim hükümleri uygulanamaz. Hakem-bilirkişi sürecinde tamamen serbestçe kurallarını belirler ve taraflara açıklama hakkı vermek zorunda değildir (Rudolf Bruns, **Zivilprozessrecht**, 2. Auflage, München 1979, s. 493-494); Kurt Kuchinke, Adolf Schönke, **Zivilprozessrecht**, 9. Auflage, Karlsruhe 1969, s. 447-448; Arthur Nikisch, **Zivilprozessrecht Ein Lehrbuch**, 2. Auflage, Tübingen 1952, s. 595-596.

⁸⁴⁹ Wenger, s. 155; Schöll, s. 33.

⁸⁵⁰ BGE 26 II 758 E. 2; BGE 4A438/2008, E. 3.2.1; BGE 129 III 535 E. 2; BGE 67 II 146 E. 2 (Brunner, Gasser, Schwander ve Müller, § 189, Rn. 11, s. 1541, dn 27, 28).

⁸⁵¹ Bachmann, s. 51.

(*Eigenständiges prozessuales Institut*) belirtilmiş ve bu nedenle maddî hukuk görüşü, doktrinde azınlık görüş⁸⁵² olarak kalmıştır⁸⁵³.

Hakem-bilirkişilik sözleşmesini bir maddî hukuk sözleşmesi olarak nitelendiren doktrindeki görüşler, sulh, kabul, talebin şartı ve tespit sözleşmeleri olarak ayrılmakta olup aşağıda bu nitelendirmeler incelenecektir.

Alman doktrininde hakem-bilirkişilik sözleşmesinin hukukî niteliğinin bir sulh sözleşmesi olduğu görüşü, ilk olarak doktrinde, *Kohler* tarafından ileri sürülmüştür⁸⁵⁴. Bu görüşe göre, tarafların aralarında hakem-bilirkişiye başvuracaklarına dair anlaşmaları, bir sulh sözleşmesi olarak nitelendirilmelidir. Ancak, sulh sözleşmesi, hakem-bilirkişi raporunun sunulması şartına bağlanmıştır. Hakem-bilirkişi anlaşması yapılması sonucu, taraflar arasındaki muğlak sübjektif maddî ilişkilerin yerine, şarta bağlı objektif bir başka maddî ilişki geçmektedir⁸⁵⁵. Ancak bu görüş, hakem-bilirkişinin hukukî ilişki hakkında değil⁸⁵⁶, onun unsuru olan vakıayı tespit etmesi, sulhtaki gibi karşılıklılık fedakârlıkların olmaması ve hakem-bilirkişi raporunun üçüncü

⁸⁵² *Perroulaz*'a göre, hakem-bilirkişi sözleşmesinin hukuki niteliği bir maddi hukuk sözleşmesidir. Çünkü Federal İsviçre Medenî Usûl Kanunu'nun 189. maddesinin üçüncü fıkrasının zorunlu hükümlerinin hâkimin delilleri değerlendirme hükümlerini ortadan kaldırma ve raporun bağlayıcı etkisi, hakem-bilirkişi sözleşmesinin geçerliliği ve varlığı maddî hukuka tâbi olduğu için maddi hukuk sözleşmesidir (*Perroulaz*, *Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO)*, § 189, Rn. 7, s. 738); *Angstmann* bu konuya farklı çok bir bakış açısıyla yaklaşmıştır. Hakem-bilirkişilik sözleşmesi ve hakem-bilirkişi raporunu birbirinden ayırarak soruna yaklaşmamız gerektiğini savunmaktadır. Hakem-bilirkişilik sözleşmesini, kanunen büyük ölçüde düzenlenmemiş bir maddi hukuk sözleşmesi olarak niteler. Hakem-bilirkişilik sözleşmesinin, bir yanda taraflar bir yanda hakem-bilirkişi arasında vekâlet ilişkisini amaçlayan, buna ilişkin hakem-bilirkişi tayin etme ve onun rapor hazırlaması şeklinde, üçüncü bir taraf lehine ön sözleşme olarak nitelendirmektedir. Ayrıca hakem-bilirkişilik sözleşmesi başka bir hukukî ilişkiye hizmet ettiği için de maddi yardımcı talep şeklinde olarak nitelendirmekte ve son olarak hakem-bilirkişilik sözleşmesi maddi hukuk sözleşmesi olmasına rağmen, hakem-bilirkişi raporuyla sadece bir usûle ilişkin bir etkiye sahip olabileceğini ifade etmektedir (*Angstmann*, s. 203-204).

⁸⁵³ *Brunner*, *Gasser*, *Schwander* ve *Müller*, § 189, Rn. 13, s. 1542; İsviçre Federal Mahkemesi 'de İsviçre Medenî Usûl Kanunu (SchZPO) 1 Ocak 2011 yılında yürürlüğe girdikten yaklaşık altı ay sonra, 5 Temmuz 2011 yılında hakem-bilirkişilik sözleşmesinin hukukî niteliğinin maddî hukuk sözleşmesi olduğuna ilişkin son kararını vermiştir (BGer 4A 254/2011, E. 4. 1. (*Brunner*, *Gasser*, *Schwander* ve *Müller*, § 189, Rn. 11, s. 1541).

⁸⁵⁴ *Kohler*, s. 305.

⁸⁵⁵ *Kohler*, s. 305-306.

⁸⁵⁶ Zürih yerel mahkemesinin 1921 yılında tahkim ve hakem-bilirkişilik müessesesinin farklarına ilişkin vermiş olduğu kararda, tahkimde bir yargılama faaliyetinin olduğunu, ancak hakem-bilirkişilikte yargılama faaliyeti olmadığını, burada bir sulh önerisinin (*Vergleichsvorschlag*) sunulduğu ifade edilmiştir BIZR (Blatt für Zürcherische Rechtsprechung) Bd. 20, 192). Ancak İsviçre Federal mahkemesi, bu karardan üç yıl sonra vermiş olduğu kararda, sulh sonucu hukuki uyumsuzluğun tamamen sona erebileceğini; ancak hakem-bilirkişi kurumunun sadece hukuki uyumsuzluğa ilişkin vakıaları tespit edebileceğini, bu yüzden hukuki uyumsuzluğun tamamını sona erdirmeyeceğini ifade etmiştir SVA V 274 b (Entscheidungen Schweizerischer Gerichte in Versicherungsstreitigkeiten, Sammlung des Eidgenössischen Versicherungsamtes) (*Bachmann*, s. 45).

kişinin objektif faaliyetiyle gerçekleştiği ifade edilerek eleştirilmiştir⁸⁵⁷. Ayrıca sulh sözleşmesinde yeni oluşan durumun objektif olarak doğru olmasının önemi yokken, kural olarak hakem-bilirkişi raporunun açıkça hakkaniyete aykırı veya açıkça yanlışlık uygunluğu denetiminin, ilk derece mahkemesince yapıldığını ve bu yönüyle de hakem-bilirkişilik ve sulh sözleşmesinin birbirinden ayrıldığı⁸⁵⁸ ifade edilmiştir⁸⁵⁹.

Hakem-bilirkişilik sözleşmesinin hukukî niteliğine ilişkin ikinci görüş, kabul sözleşmesi görüşüdür. *Buchdahl*, hakem-bilirkişilik şartıyla yükümlü taraflar olan sigortacı veya sigorta ettirenin hakem-bilirkişinin raporuyla, talebin diğer tüm koşullarını ve dolayısıyla hakem-bilirkişinin çözeceği biçimde iddialarını kabul etmesinden hareketle, hakem-bilirkişilik sözleşmesinin hukukî niteliğini, şarta bağlı bir kabul sözleşmesi olduğunu savunmaktadır⁸⁶⁰. Ancak bu görüş, hakem-bilirkişinin hukukî ilişkisinin bir unsurunu tespit etmesi ve kabul sözleşmelerindeki tek taraflı bağlılık kuralının hakem-bilirkişinin tarafsızlık ve bağımsızlığıyla çelişmesi yönünden eleştirilmiştir. Ayrıca sulh sözleşmesinde olduğu gibi, kabul sözleşmesinde de yeni oluşan durumda objektif doğruluk herhangi bir rol oynamazken; hakem-bilirkişilinin raporu ilk derece mahkemesi tarafından açıkça yanlış olup olmama bakımından denetleneyeceğinden, hakem-bilirkişilik ve kabul sözleşmesi birbirinden farklı sözleşmelerdir⁸⁶¹. Taraflar hakem-bilirkişilik sözleşmesi yaparak, talebin tüm koşullarını hakem-bilirkişi tarafından tespit edilmesini kararlaştırmaz. Nitekim, sigorta ettirenin de zararın tespit edilmesindeki hatalara yönelik önemli savunma araçları vardır. Bu kapsamda sigorta ettiren zararı tespit etmeye ilişkin, savunma bağlamında, defî ve itirazlarını ileri sürebilir. Dolayısıyla sigorta ettiren bakımından, hakem-bilirkişi raporu hakkında tamamen bir tanınma söz konusu değildir. Sigorta ettiren, hakem-bilirkişi sözleşmesinde, rapora itiraz veya defî ileri sürmeksizin aynı

⁸⁵⁷ Paul Oertmann, Schiedsrichter und staatliches Recht, *Zeitschrift für Deutschen Zivilprozess* 1918/47, s. 133; Bachmann, s. 45.

⁸⁵⁸ Diğer yandan, hakem-bilirkişilik sözleşmesinin hukukî niteliği her ne kadar sulh sözleşmesi olmasa bile, taraflar sulh sözleşmesi içinde hakem-bilirkişilik sözleşmesi kurabileceğini ifade etmektedir. Çünkü sulh sözleşmesi, şarta bağlı olarak düzenlenebilir. Diğer bir ifadeyle sulh sözleşmesinde uyuşmazlığın hakem-bilirkişilik sözleşmesiyle sona ereceğine ilişkin bir şart koyabilirler. Örneğin, taraflar bir satın alma sözleşmesinde hakem-bilirkişi tarafından belirlenen miktarda ve onun belirlemiş olduğu malın cinsi veya niteliği hakkında sonradan, sulh sözleşmesi yapabileceklerini, ancak burada iki farklı sözleşme olacağı ifade edilmiştir (Bachmann, s. 44, 45, dn. 3/a).

⁸⁵⁹ Bachmann, s. 44.

⁸⁶⁰ Walter Buchdahl, *Die Rechtsnatur der Schiedsgutachterklausel und des Schiedsgutachtens, Dissertation*, Erlangen, 1931, s. 15-16.

⁸⁶¹ Bachmann, s. 46.

şekilde kabul edebileceğini yazabilir, ama bu bir zorunlu unsur değildir. Bu nedenle hakem-bilirkişilik sözleşmesinin hukukî niteliği, bir şarta bağlı bir kabul sözleşmesi değildir⁸⁶².

Hakem-bilirkişilik sözleşmesini maddî hukuk sözleşmesi olarak kabul eden üçüncü görüşe göre, hakem-bilirkişilik sözleşmesinin hukukî niteliği, bir talebin şartı niteliğindedir. Doktrinde bu görüş *Kisch* tarafından ileri sürülmüştür⁸⁶³. Bu görüşe göre, hakem-bilirkişilik sözleşmesi, hukukî ilişkiden doğan talebin şartı olarak nitelendirilmelidir. Çünkü hakem-bilirkişi raporu sunulmadığı sürece, sigortacının edim yükümlülüğünün henüz gerçekleşmeyeceği ifade edilmektedir. Diğer bir ifadeyle, hakem-bilirkişi raporu ibraz edilip zarar tespit edilinceye kadar, sigortacı şirketin borcu mevcut değildir. Bu nedenle, karşı taraf bakımından bir talep hakkı da doğmayacaktır⁸⁶⁴. Bu görüş sonucu sigortacının ediminin doğması için var olan sözleşmeden doğan maddî gerekliliklere ek olarak, hakem-bilirkişi raporunun da var olması gerekecek ve hakem-bilirkişi raporu sunuluncaya kadar, sigorta ettirenin zarara ilişkin talebi bakımından muacceliyetin gerçekleşmeyeceği, geciktirici bir şart söz konusudur. Bu teorinin maddî hukuk bakımından da önemli sonuçları olacaktır. Hakem-bilirkişi raporunun sunulmasından önce alacaklı sigorta ettirenin, zararı talep etmesi durumunda, sigorta şirketinin zararı ödemekten kaçınması hâli, bir borçlu temerrüdü ve ona ilişkin sonuçları oluşturmayacaktır. Aynı şekilde hakem-bilirkişi raporunun sunulmasından önce borçlu sigorta şirketinin, zararı alacaklı sigorta ettirene ödemesi, ancak sigorta ettirenin bu edimi kabul etmemesi durumunda da alacaklı temerrüdü ve ona ilişkin sonuçlar oluşturmayacaktır. Diğer bir sonuç olarak, taraflardan birinin, zararın miktarının ödenmesine ilişkin bir eda davası açması durumunda, mahkeme maddî bir eksiklik olarak, tarafların hakem-bilirkişi raporu sunmadığından, davayı esastan reddedecektir⁸⁶⁵. Bu görüş, hakem-bilirkişilik sözleşmesinin hukukî niteliğini, sulh ve kabul sözleşmesi olarak nitelendiren görüşlere göre, doktrinde daha çok savunulmuştur⁸⁶⁶. Nitekim bu görüş, mahkeme kararlarına da yansımıştır. Alman İmparatorluk Mahkemesi (Reichsgericht) bir kararında, hakem-bilirkişi raporunun geciktirici etkisi bakımından, yürürlükten kalkan Alman Sigorta

⁸⁶² Bachmann, s. 47.

⁸⁶³ Kisch, Rhein, s. 14; Kisch, Schiedsmann, s. 104.

⁸⁶⁴ Kisch, Rhein, s. 12.

⁸⁶⁵ Kisch, Schiedsmann, s. 14; Kisch, Rhein, s. 15.

⁸⁶⁶ Eckert, s. 18; Buchdahl, s. 17.

Sözleşmeleri Kanunu'nun (Versicherungsvertragsgesetz VVG) 11. maddesini gerekçe göstererek, hakem-bilirkişi raporu sunulmasına kadar, tarafların bu konuda kabul veya sulh sözleşmesi yapmasını dâhi, dikkate almamıştır. Bu nedenle taraflar, alacağın muacceliyeti bakımından, hakem-bilirkişi raporunu beklemek zorundadırlar⁸⁶⁷. İsviçre Federal mahkemesi de bu konuyla ilgili bir kararında tazminat talebinin muacceliyetini, hakem-bilirkişi raporunun zararın tespitine ilişkin kıymet takdirine bağlamıştır⁸⁶⁸.

Doktrinde talebin şartı görüşü, hakem-bilirkişilik sözleşmesinin tarafları açısından zararın belirlenmesinin objektif belirsizlik olarak nitelendirilebileceği, ancak hakem-bilirkişi bakımından bunun belirsizlik bile sayılamayacağı ve bu nedenle objektif ve gerçek bir şarttan söz edilemeyeceği ifade edilerek eleştirilmiştir⁸⁶⁹. Ayrıca, hakem-bilirkişi raporunun sunulması anına kadar, tarafların talep hakkının doğmaması, tarafların hakem-bilirkişi raporuyla amaçlarının çatışmak yerine, anlaşmak olması amaçlarıyla bu yönden çeliştiği savunulmuştur. Nitekim bu konuda tarafların muacceliyet sebebiyle⁸⁷⁰ dava açması da elinden alınarak, davanın esastan reddi şeklinde karar verilmesi ve tarafların dava dışı olarak sulh ve kabul sözleşmeleri yapmalarının yasaklanması⁸⁷¹, tarafların menfaatine aykırılık teşkil edeceği ifade edilerek, hakem-bilirkişilik sözleşmesinin hukukî niteliğinin, bir talebin şartı olmadığı ifade edilmiştir⁸⁷².

⁸⁶⁷ RGZ Bd. 155, 52 (Bachmann, s. 48, dn. 14); Deren-Yıldırım, s. 322.

⁸⁶⁸ BGE 46 II 82 (Bachmann, s. 48, dn. 15).

⁸⁶⁹ Bachmann, s. 49.

⁸⁷⁰ *Bachmann*'a göre, ayrıca hakem-bilirkişi raporunun verilmemesi talebin muacceliyetini de etkilemeyecektir, sadece talebin şartlarının tespitini önleyecektir. Talebin şartı olarak, ileri süren görüş, en azından taraflardan birinin hakem-bilirkişi atanmasına ilişkin yükümlülüğünü yerine getirmediği takdirde, eda davası açmasına izin vermelidir. bu konuda yürürlükte olan İsviçre Borçlar Kanunu'nun (Obligation Recht) 156. maddesi, tarafların kötü niyetli hareket etmelerini engellemekte ve bir şartın taraflardan birinin kötü niyetli hareket etmeleri halinde, o şartın Kanunen yerine getirilmiş sayılacağını ifade etmektedir. Alman hukukunda da buna benzer bir çözümün kullanılabileceği, bu şekilde tarafların hakem-bilirkişi atamalarını geciktirmek, hiç atamamak veya tarafların hakem-bilirkişinin raporu oluşturulmasına ilişkin elinde bulunan delilleri sunmaması şeklindeki iştirak yükümlülüğü bakımından kötü niyetli yapılan hareketlerin engellenebileceğini savunmaktadır (Bachman, s. 49).

⁸⁷¹ Ayrıca bu konuda davadan hariç, sigortacı ile sigorta ettiren arasındaki zararın bir kısmının sulh veya kabul şeklindeki sözleşmeleri de bertaraf etmekte, hatta yasaklamaktadır. Bu nedenle tarafların anlaşamadığı hususlar hakkında, sadece hakem-bilirkişi raporunu beklemeleri, taraflar açısından olumsuz sonuçlar doğurmaktadır. Sigortacıyla sigorta ettiren arasındaki kabul sözleşmesi şeklindeki yeni bir anlaşmaya rağmen, hakem-bilirkişi raporunu, talebin muacceliyeti açısından beklememek gerektiğini savunmaktadır (Bachmann, s. 50).

⁸⁷² Bachmann, s. 49-50.

Hakem-bilirkişilik sözleşmesinin hukukî niteliğine ilişkin son görüş, tespit sözleşmesi görüşü olup doktrinde hâkim olan görüştür. Eski maddî hukuk teorileri, kanunda düzenlenmiş sözleşme tiplerinden yola çıkarak, hakem-bilirkişilik sözleşmesini sulh (BGB § 779), kabul (BGB § 781) veya talebin şartı olarak nitelendirmişlerdir⁸⁷³. Ancak, yeni maddî hukuk teorisi savunucuları, Alman Medenî Kanunu'nda (BGB), düzenlenmeyen isimsiz bir sözleşme olan tespit sözleşmesini esas alarak, hakem-bilirkişilik sözleşmesinin hukukî niteliğini açıklamaya çalışmışlardır. Tespit sözleşmesiyle taraflar, kendi aralarında, hukukî ilişki ve hukukî durumdan kaynaklı, anlaşmazlıkları ve belirsiz bir durumu sözleşme vasıtasıyla güvenli ve inkâr edilemez hâle getirmeyi kararlaştırırlar⁸⁷⁴. Alman Medenî Kanunu'nda düzenlenmeyen, tespit sözleşmesi, kanunda düzenlenen sulh ve kabul sözleşmelerini içeren ve ayrıca kanunda düzenlenmeyen diğer sözleşmeleri de içeren bir üst başlık şeklinde, sözleşmeler topluluğunu ifade eder⁸⁷⁵. Tespit sözleşmesi görüşünü savunanlar, hakem-bilirkişilik sözleşmesinin karakteristik etkisini, tarafların iradeleriyle hakem-bilirkişi raporunu kabul ettikleri tespit etkisinde görürler ve hakem-bilirkişilik sözleşmesini bir tespit sözleşmesi olarak nitelendirirler. Hakem-bilirkişilik sözleşmesinin diğer etkisi olan, mahkemeyi bağlayıcı etkisini, delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesini ihlal ettiği için ya bağımsız (karakteristik) bir etki olarak görmezler veya bu etkiyi maddî hukuka bağlı, ondan yansıyan usûlî yan etki olarak (Reflexwirkungen)⁸⁷⁶ olarak nitelendirirler⁸⁷⁷. Bu sayede, hâkimin delilleri serbestçe değerlendirilmesi ilkesine bir müdahale olmadığını, tarafların irade özerkliği temelinde böyle bir sözleşme yaptıklarını ve hakem-bilirkişilik sözleşmesinin ve raporunun sınıflandırılmasının maddî hukuk düzeyinde kaldığını savunmaktadırlar. Dolayısıyla hakem-bilirkişilik sözleşmesi bir ispat sözleşmesi değildir. Buna bağlı olarak da hakem-bilirkişi raporu da bir delil niteliğinde değildir. Tarafların hakem-bilirkişi raporuyla hâkimi inandırma faaliyetine yönelik, bir ispat faaliyeti gerçekleştirmediğini, sadece borcun içeriğinin taraf sözleşmesiyle belirlendiği ifade

⁸⁷³ Bachmann, s. 44-45.

⁸⁷⁴ Ritzmann, s. 155; Wolfgang Baumann, **Das Schuldnerkenntnis**, Dissertation, Berlin 1992, s. 154.

⁸⁷⁵ Ritzmann, s. 9; Kleinschmidt, s. 73.

⁸⁷⁶ Witmann, s. 53, 65.

⁸⁷⁷ Rosenberg, Lehrbuch, s. 848; Blomeyer, s. 381; Bruns, s. 493-494; Kuchinke ve Schönke, s. 448; Nikisch, s. 595.

edilmektedir⁸⁷⁸. Tespit sözleşmesi görüşünde olanlar da kendi aralarında, adil yargılanma hakkının unsurlarının, hakem-bilirkişilik sözleşmelerinde taraflarca düzenlenmese de uygulanıp uygulanmayacağı bakımından ikiye ayrılmaktadır.

Tespit sözleşmesi görüşünü ilk savunanlar, hakem-bilirkişi raporu açısından salt sonuç (içerik) kontrolü şeklinde, açıkça hakkaniyete aykırılık veya yanlışlık kontrolünün yeterli olduğunu savunmakta, tahkim hükümlerine kıyasen, bir usûl hukuku denetiminin yapılamayacağını savunmaktadır⁸⁷⁹. *Wittmann*, hakem-bilirkişilik sözleşmelerini bir tespit sözleşmesi olarak nitelendirmektedir. Ancak geniş ve dar bütün hakem-bilirkişilik sözleşmelerinin hukukî niteliğine ilişkin görüşünden bağımsız, hakem-bilirkişilik sözleşmesinde, adil yargılanma hakkının unsurlarına ilişkin bir düzenleme bulunsun veya bulunmasın, taraf menfaatleri için adil yargılanma hakkının unsurlarının uygulanması gerektiğini savunmaktadır. Bu uygulama bakımından, usûl hukuku görüşlerinin ifade ettiği gibi, tahkim hükümlerine kıyasen olmasını reddetmiş, burada taraf menfaatlerini esas alarak, bu sonuca ulaşmıştır⁸⁸⁰. Aynı şekilde *Wagner* de hakem-bilirkişilik sözleşmesinin hukukî niteliğinden bağımsız, daha iyi bir hakem-bilirkişilik uygulaması için usûle ilişkin garantilerin dışlanmaması gerektiğini ifade etmiştir⁸⁸¹. *Kleinschmidt*, hakem-bilirkişilik sözleşmelerinin hukukî niteliğinden bağımsız, usûle ilişkin garantilerin dışlanmaması gerektiğini ve genel işlem koşulları şeklinde hakem-bilirkişilik sözleşmelerinin ayrıntılı bir şekilde usûlî denetimden geçmesi gerektiğini, aksi takdirde geçersiz olması gerektiğini savunmaktadır⁸⁸². Bu nedenle Alman hukukunda doktrin, hakem-bilirkişilik sözleşmesinin hukukî niteliği bakımından, usûl hukukuna ilişkin garantilerin uygulanması bakımından birleşmiştir. Dolayısıyla burada, belirleyici olan hakem-bilirkişilik sözleşmelerinin hukukî niteliğine ilişkin sınıflandırma değil, tarafların ne istediğine odaklanılmakta ve bu şekilde usûlî denetim sağlanılmaktadır⁸⁸³.

Tespit sözleşmesi görüşü, doktrinde, hakem-bilirkişinin faaliyetinde, ne maddî hukuktan kaynaklı inşâî bir etkinin ne de maddî hukuka bağlı ondan yansıyan usûlî

⁸⁷⁸ Blomeyer, s. 381.

⁸⁷⁹ Rosenberg, Lehrbuch, s. 848; Blomeyer, s. 733; Bruns, s. 493-494; Kuchinke ve Schönke, s. 448; Nikisch, s. 595.

⁸⁸⁰ Wittmann, s. 109, 130, 143.

⁸⁸¹ Wagner, s. 662.

⁸⁸² Kleinschmidt, s. 413.

⁸⁸³ Greger ve Stubbe, s. 51, Rn 131.

etkinin olmadığı ifade edilerek eleştirilmektedir. Dolayısıyla, maddî hukuk görüşlerinde olanların, hakem-bilirkişi raporuyla hâkimin bağlı olması şeklinde, bağlayıcı etkiyi kabul etmemesi veya bu etkiyi bir maddî hukuka bağlı usûlî refleks etkisi olarak görmesi eleştirilmekte ve hakem-bilirkişi raporunun, mahkemeyi bağlaması şeklinde, bağlayıcı etki bağımsız bir etki olarak nitelendirilmektedir⁸⁸⁴. Hakem-bilirkişilik sözleşmesinin bir maddî hukuk sözleşmesi olması görüşü, delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesinin ihlal edilmesinin önüne geçilmesi amacıyla hukukumuzu da azınlık görüş olarak etkilemiştir.

Deren-Yıldırım, hakem-bilirkişilik sözleşmesinin müspet etkisi olan, hakem-bilirkişi tarafından tespit edilen vakıya ilişkin hususlarda, tarafların ve özellikle mahkemenin bağlı olması özelliğini geri plana itmiştir. Bu şekilde, hakem-bilirkişilik sözleşmesinin delil veya ikrar sözleşmesi şeklinde, ispat sözleşmesi olarak nitelendirilemeyeceğini ifade etmiştir. Dolayısıyla hakem-bilirkişilik sözleşmesi, bir ispat ve usûl sözleşmesi niteliğinde değildir. Çünkü hâkîmin hakem-bilirkişi tarafından yapılan vakıa tespitleriyle bağlı olması, delillerin serbestçe değerlendirilmesi ve ispat hukukunun genel esaslarına aykırılık teşkil edecektir. Dolayısıyla, hakem-bilirkişi raporunun bağlayıcı etkisinin, maddî hukuka göre açıklanması gerekir. Hâkimin, hakem-bilirkişi raporuyla bağlı olması, hakem-bilirkişi raporunun doğruluğundan şüphe etmesinde değil, tarafların önceden onun bağlayıcı olduğu yönündeki anlaşmaları şeklinde, taraf iradesinden kaynaklanmaktadır. Ancak bu durumda, delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesinin ihlal edilmesi engellenmiş olur. Bu gerekçelerle, hakem-bilirkişilik sözleşmesinin hukukî niteliğini bir maddî hukuk sözleşmesi olarak nitelendirmektedir⁸⁸⁵.

C. Usûl Hukuku Teorileri

Usûl hukuku görüşünde olanlar, BGB § 317-319 hükümlerinin geniş ve dar bütün hakem-bilirkişilik sözleşmelerine uygun olmadığını ifade ederler. Bu nedenle Alman İmparatorluk Mahkemesi ilke kararında⁸⁸⁶ ifade edilen, geniş anlamda hakem-bilirkişilik sözleşmelerine BGB § 317-319'in doğrudan; dar anlamda hakem-

⁸⁸⁴ Rauscher, s. 66-67.

⁸⁸⁵ Deren-Yıldırım, s. 327-328.

⁸⁸⁶ RGZ 96, 57.

bilirkişilik sözleşmelerine BGB § 317-319 hükümlerinin kıyasen uygulanması şeklindeki ilke kararına karşı çıkarlar ve eleştirirler.

Usûl hukuku görüşü savunucuları, BGB § 317-319 hükümlerinin, vakıa tespit faaliyetindeki dar anlamda hakem-bilirkişilik sözleşmelerini düzenlemediğini öncelikle ifade ederler. Ayrıca, hakem-bilirkişinin hakkaniyete (BGB § 317/I) veya kendi takdirine göre (BGB § 319/II) hakem-bilirkişi raporunu düzenlemediğini, uzmanlık faaliyetinde bulunduğu ifade edilmektedir. Ayrıca birden fazla hakem-bilirkişi olması durumunda, oy birliğinin aranması (BGB § 317/II) ve hakem-bilirkişi raporunun sadece bir tarafa iletilmesi (BGB § 318/I) ve bu durumda diğer tarafa nasıl iletileceği gibi hususların düzenlenmemesini, hakem-bilirkişilik sözleşmesinin amacına uygun düşmediğini belirterek eleştirmişlerdir⁸⁸⁷.

Habscheid, tarafından ileri sürülen ve doktrinde hâkim olan görüşe göre⁸⁸⁸, hakem-bilirkişilik sözleşmeleri arasında bir ayrım yapılarak sonuca varılmaktadır. Geniş anlamda hakem-bilirkişilik sözleşmesi olarak nitelendiren, tarafların üçüncü kişiye bir esaslı bir edim belirlenmesi yoluyla hukukî işlemi tamamlattırdıkları veya sözleşmeye ilişkin bir edimin uyarlandığı sözleşmelerde, taraflar sahip olduğu edim belirleme veya uyarlama şeklinde inşaî haklarını hakem-bilirkişiye devrederek sözleşmeyi kurmak veya tamamlamayı istemektedirler. Dolayısıyla bu hakem-bilirkişilik sözleşmesi türü, bir maddî hukuk sözleşmesi olup BGB § 317-319 hükümlerinin doğrudan uygulanması gerekir⁸⁸⁹. Diğer yandan, dar anlamda hakem-bilirkişilik sözleşmesi olarak nitelendiren, üçüncü kişinin müphem, belirsiz bir hususu

⁸⁸⁷ Rauscher, s. 105-106.

⁸⁸⁸ Doktrinde azınlık görüşte olan *Schlosser*, usûl hukuku şerh kitabının (Stein, Jonas ve Schlosser) yirmi birinci basısında, geniş ve dar ayrımı yapmaksızın bütün hakem-bilirkişilik sözleşmelerinin, sözleşmenin ifasına hizmet etmekte olduğunu, bu nedenle bir usûl hukuk sözleşmesi olduğunu ve bunun sonucu olarak, ayrım yapılmaksızın geniş ve dar bütün hakem-bilirkişilik sözleşmelerine tahkime ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanması gerektiğini savunmuştur. Ancak *Schlosser*, usûl hukuku şerh kitabının sonraki basılarında o da bu görüşünden vazgeçmiştir. *Habscheid*, tarafından ileri sürülen görüşü o da takip etmiştir. Geniş anlamda hakem-bilirkişilik sözleşmelerinin bir maddî hukuk sözleşmesi olduğunu ve BGB § 317-319 hükümlerinin doğrudan uygulanması gerektiğini, ancak dar anlamda hakem-bilirkişilik sözleşmelerinin olması gerekeni değil, olanı tespit etmesi şeklinde, vakıa tespit fonksiyonu olduğundan burada bir usûl sözleşmesi olduğunu ve tahkim hükümlerinin kıyasen uygulanması gerektiğini ifade etmiştir (Meyer, s. 9); Eickmann'a göre, geniş ve dar hakem-bilirkişilik sözleşmeleri yerine, davadan önce ve dava sırasında hakem-bilirkişilik sözleşmeleri şeklinde ayrım yapılarak, hakem-bilirkişilik sözleşmelerinin hukukî niteliğini belirlememiz gerektiğini savunmaktadır (Eickmann, s. 48-49); Rosenberg, Schwab ve Gottwald'e göre, hakem-bilirkişilik sözleşmeleri bakımından böyle bir ayrım yapılmasının, pratikte büyük bir farklılık oluşturmadığını ifade etmektedir (Rosenberg, Schwab ve Gottwald, s. 1095, § 175, Rn. 15).

⁸⁸⁹ *Habscheid*, FS Lehmann, s. 811.

açıklığa kavuşturduğu hâllerde veya üçüncü kişinin bir vakıayı tespitle yükümlü olduğu durumlarda amacın, sözleşmeyi kurmak veya tamamlamak olmadığını, sadece var olanı tespit olduğunu ifade etmiştir. Bu nedenle bu türler, bir usûl hukuku sözleşmesi olup tahkim hükümleri kıyasen uygulanmalıdır. Ancak bu kıyasen uygulama, hakem-bilirkişiliğin niteliğine uygun düştüğü ölçüde yapılacaktır. Bu kapsamda, tahkim sözleşmesinin yazılı olması, hakem kararlarının kesin hüküm teşkil etmesi ve doğrudan icra edilebilmesi hariç, hakem-bilirkişiliğin niteliğine uygun düştüğü ölçüde, tahkim hükümlerinin kıyasen uygulanarak, hakem-bilirkişilik bakımından da bir usûl hukuku denetimi yapılabilir⁸⁹⁰.

İsviçre hukuku bakımından, hakem-bilirkişilik bazı kantonlarda düzenlenmişken, bazı kantonlarda düzenlenmemiştir. İsviçre Medenî Usûl Kanunu (SchZPO) yürürlüğe girmeden önce, hakem-bilirkişilik sözleşmesinin hukukî niteliğinin maddî hukuk sözleşmesi olduğu şeklindeki hâkim görüşe rağmen, usûl hukuku sözleşmesi olduğu şeklinde görüşler de bulunmaktadır⁸⁹¹. İsviçre hukukunda Zürih Kantonu, Zürih Medenî Usûl Kanunu’nun 258. maddesinde hakem-bilirkişilik ve usûl hukuku kurumu olan tahkimi aynı kısımda düzenlemiştir. İsviçre Medenî Usûl Kanun’unun 189. maddesinde de hakem-bilirkişilik düzenlenmiştir. Hakem-bilirkişilikle ilgili düzenlemede, Zürih Medenî Usûl Kanunu’ndaki gibi, hakem-bilirkişinin görevi, çekişmeli vakıaları tespit etmek olarak sınırlandırılmış ve hakem-bilirkişi raporunun iptal sebebi olarak, açıkça hakkaniyete aykırılık değil, açıkça yanlışsa bağlayıcı olmayacağı (*nicht offensichtlich unrichtig*) ifadesi kullanılmıştır. Kanun’da hakem-bilirkişilik sözleşmesinin hukukî niteliği bakımından bir düzenleme yapılmamıştır. Ancak gerekçe metnlerinin (*Botschaft*) 186. maddesinde, hakem-bilirkişilik sözleşmesinin hukukî niteliğinin bağımsız bir usûl hukuku kurumu olduğu (*Eigenständiges prozessuales Institut*) belirtilmiştir⁸⁹². Ancak kanunda hakem-bilirkişilik kurumu, Zürih Medenî Usûl Kanunu’nda olduğu gibi, tahkim bölümünde

⁸⁹⁰ Habscheid, FS Lehmann, s. 811; Habscheid FS Kralik, s. 189; Habschied, FS Laufke, s. 306; Rauscher, s. 146; Dütz, s. 259; Kornblum, s. 102.

⁸⁹¹ Bachmann, s. 59; Max Guldener, “Über Dispositives Recht Zürcherischen Zivilprozess und Eidgenössischen Betreibungsrecht”, *Zeitschrift für Schweizerisches Recht (ZSR)* 1946/V, (ZSR), s. 243; Hagenbüchle, s. 74-75.

⁸⁹² Brunner, Gasser, Schwander ve Müller, § 189, Rn. 13, s. 1542.

değil, deliller kısmında düzenlendiği için doktrinde eleştirilmiştir⁸⁹³. Kanun'a ilişkin gerekçe metinleri bir hüküm değil; aydınlatıcı bir yol gösterdiği için İsviçre hukukunda da hakem-bilirkişilik sözleşmesinin hukukî niteliğine ilişkin tartışma devam etmekle birlikte, hakem-bilirkişilik sözleşmesinin hukukî niteliği bakımından tartışmaları kısaltmıştır.

Müller, gerekçede hakem-bilirkişilik sözleşmesinin hukukî niteliğinin bir bağımsız usûl hukuku kurumu olduğu belirtildiği için bu konuda tartışmaya gerek olmadığını ifade etmektedir⁸⁹⁴. Kanun'un gerekçe metninde hakem-bilirkişilik sözleşmesinin hukukî niteliğinin bağımsız bir usûl hukuku kurumu olduğu ifadesi, doktrinde hakem-bilirkişilik sözleşmesinin hukukî niteliğinin bir usûl hukuku kurumu olduğuna ilişkin görüşleri artırmıştır⁸⁹⁵. Yazara göre, hakem-bilirkişilik sözleşmesinin hukukî niteliği bir usûl hukuku sözleşmesidir. Buna ilişkin gerekçeleri, hakem-bilirkişiliğin bir maddî hukuk kanununda değil, usûl hukuku kanununda düzenlenmiş ve sözleşmenin şekli açısından yine bir usûl hukuku sözleşmesi olan yetki sözleşmesine atıfta bulunulmuştur. Ayrıca delillerin serbestçe değerlendirilmesi bir usûl hukuku ilkesi olduğu için ona ara veren ve sınırlayan bir sözleşmenin de bir usûl hukuku sözleşmesi olması gerektiğini ifade etmiştir⁸⁹⁶. İsviçre Federal Mahkemesi, İsviçre Medenî Usûl Kanunu yürürlüğe girdikten sonra ilk kararlarında, bu hususu açık bırakmıştır. Ancak sonradan verilen kararlarında uzlaştırmacı yorumla, hakem-bilirkişilik sözleşmesinin hukukî niteliğini, usûlî etkileri olan özel hukuk sözleşmesi

⁸⁹³ *Müller*'e göre, hakem-bilirkişinin görevini, bilirkişi göreviyle kıyasladığımızda, hakem-bilirkişi belirli vakıalar bakımından, en azından bir yarı-hâkim (*quasirichterlicher Art*) görevi üstlenmektedir. Bu nedenle yürürlükten kalkan Zürih Medenî Usûl Kanunu, hakem-bilirkişilik kurumunu tahkim sözleşmesiyle aynı soydan görerek, onları beraber düzenlemiştir. Ancak diğer yandan tahkimle hakem-bilirkişi sözleşmesinin birbirinden ayrıldığı da açıktır. Sonuç olarak, her ne kadar İsviçre Kanun koyucusu hakem-bilirkişilik kurumunu bilirkişi kurumuyla deliller kısmında aynı yerde düzenlese de hakem-bilirkişi kurumu ve hakem-bilirkişi raporu bir ispat aracı şeklinde bir delil değil, gerekçede de belirtildiği üzere, bir bağımsız usûl hukuku kurumudur. (Brunner, Gasser, Schwander ve Müller, § 189, Rn. 15, s. 1543).

⁸⁹⁴ Brunner, Gasser, Schwander ve Müller, § 189, s. 1542-1543.

⁸⁹⁵ *Brosi*, hakem-bilirkişilik sözleşmesini bir usûl ispat sözleşmesinin bir türü olan ispat tema (Beweisthema) sözleşmeleri olarak nitelendirmektedir. Taraflar bu sözleşmeyle, ikrar sözleşmesi gibi, ispat edilecek vakıaları sınırlar. İspat edilecek vakıalara ilişkin bir kapsam oluşturmakta olup, belli bir olguyu ileri sürmemeyi veya karşı tarafın ileri sürdüğü belli bir iddiaya itiraz etmemeyi taahhüt ederler (Brosi, s. 68).

⁸⁹⁶ Brunner, Gasser, Schwander ve Müller, § 189, s. 1542-1543.

olarak (*einen privatrechtlichen Vertrag mit prozessrechtlichen Wirkungen*) nitelendirmesi, doktrindeki bu yönde görüşlerin artmasına sebebiyet vermiştir⁸⁹⁷.

İsviçre hukukunda, hakem-bilirkişilik sözleşmesi bir usûl hukuku sözleşmesi olarak nitelendirilse dâhi, tahkim hükümlerinin kıyasen uygulanması görüşü kabul edilmemiştir. Bunun yerine kanun koyucu, adil yargılanma hakkına ilişkin bazı unsurları, doğrudan kanunla düzenlemiştir. İsviçre Medenî Usûl Kanunu'nun 189. maddesinin üçüncü fıkrasında, hakem bilirkişi raporunun tespit ettiği vakıalar bakımından mahkemeyi bağlayabilmesi (*verbindlichkeit*) için gerekli olan üç unsur sıralanmıştır. Bu unsurlar, birbirlerine alternatif şekilde değil, tümünün birlikte olması durumunda sadece hakem-bilirkişi raporunun bağlayıcılığı söz konusu olacaktır. İlk unsur, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği bir hukukî uyuşmazlığın söz konusu olması, ikinci unsur, hakem bilirkişinin şahsında ret sebepleri bulunmaması ve hakem-bilirkişi raporunun taraflardan birine ayrıcalık (*imtiyaz*) tanınmaksızın oluşturulmuş olması gerekir⁸⁹⁸.

Hukukumuzda da İsviçre hukukundaki gibi, Alman hukukunda var olan hakem-bilirkişilik sözleşmelerine yönelik geniş ve dar şeklinde ayırım reddedilmekte, tarafların sözleşmenin esaslı noktalarından birinin üçüncü kişiler tarafından belirlenmesini kararlaştırmaları durumunda, bir hakem-bilirkişilik sözleşmesinin olmadığı ifade edilmektedir⁸⁹⁹.

Usûl hukuku teorisi savunucuları, maddî hukuk teorilerinden farklı olarak, dar anlamda hakem-bilirkişilik sözleşmelerini esas alarak hakem-bilirkişilik sözleşmesinin hukukî niteliğini açıklamaya çalışmışlardır. Hakem-bilirkişilik sözleşmesi açısından, hakem-bilirkişi raporuyla tarafların bağlı olmasını ifade eden tespit etkisinin, bağımsız bir etki olmadığını belirtmişlerdir. Bu etkiyi, hâkimin vakıa

⁸⁹⁷ BGE 129 III 535 E. 2 S. 538 (Berger, Berner Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung § 189, Rn. 3, s. 1959); *Dolge*'ye göre, hakem-bilirkişilik sözleşmesinin hukuki niteliği, usûlî etkileri olan bir özel hukuk sözleşmesidir. Çünkü hakem-bilirkişi burada bir yargılama faaliyeti yapmayıp, çekişmeli vakıalar hakkında özel hukuk anlaşması taraflarca yapılmaktadır. Ancak bu yapılan anlaşma sonucu raporda, tespit edilen vakıalar bakımından hem taraflar hem de hâkim bağlı olduğu için bu da onun usûlî etkilerini gösterir. Ayrıca burada bir ispat sözleşmesi yoktur (*kein Beweisvertrag*) çünkü raporla tespit edilen vakıalar, yani yasal olarak tartışmalı olmayan gerçekler, tahkikata ve hâkimin delilleri değerlendirmesine tabi değildir, bu şekilde hakem-bilirkişi raporu da bir delil değildir (*Dolge*, Basler Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung § 189, Rn. 6-7-8, s. 1053; Aynı görüşte bkz. Sutter-Somm, Hasenböhler ve Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung § 189, Rn. 8b, s. 1411).

⁸⁹⁸ Brunner, Gasser, Schwander ve Müller § 189, s. 1538, 1539, 1542.

⁸⁹⁹ Tuluay, s. 77; Deren-Yıldırım, s. 325; Taşpınar, İspat Sözleşmeleri, s. 145.

yönünden bağlayıcı olduğu, bağlayıcı etki olarak nitelendirilen, usûl hukukundan kaynaklanan bir yan etki şeklinde refleks etkisi⁹⁰⁰ olarak nitelendirmişlerdir⁹⁰¹. Dolayısıyla, hakem-bilirkişilik sözleşmesinin karakteristik etkisini, özellikle hakem-bilirkişi tarafından tespit edilen vakıa yönünden, mahkemeyi bağlayıcı etkisinde olacağını kabul etmişlerdir. Bu şekilde, hakem-bilirkişilik sözleşmesi, hakem-bilirkişi tarafından yapılan vakıa tespitlerinin, mahkemeyi bağlayıcı etkisi ve davanın tahkikat aşamasını esas alan bir sözleşme olması sebebiyle, ispat usûl sözleşmesi (Beweisprozessvertrag) olarak nitelendirilmiştir. Doktrinde, usûl hukuku teorileri savunucularına göre, hakem-bilirkişilik sözleşmesinin hukukî niteliği ispat sözleşmesi çeşidi olan ikrar, delil ve delil değerlendirme sözleşmeleri şeklinde ayrılmakta olup aşağıda incelenecektir.

Doktrinde hakem-bilirkişilik sözleşmesinin hukukî niteliğinin bir ikrar sözleşmesi⁹⁰² olduğu görüşü ilk olarak *Schiedermair*⁹⁰³ tarafından ileri sürülmüş, daha sonra bu görüş *Rauscher*⁹⁰⁴ tarafından da geliştirilmiş, hukukumuzda da bu görüş *Tuluay*⁹⁰⁵ tarafından savunulmaktadır. Bu görüşe göre, hakem-bilirkişilik sözleşmesinin hukukî niteliğinin, bir ikrar sözleşmesi⁹⁰⁶ olarak nitelendirilmesinin sebebi, ikrar sözleşmelerinin, kabul sözleşmelerinden farklı olarak, hukukî ilişkiyi değil, hukukî ilişkinin unsuru olan vakıayı esas almasıdır. Ayrıca ikrar bir delil olmadığı için hâkimin delilleri serbestçe değerlendirmesi ilkesine de bir aykırılık oluşturmamakta ve vakıaları çekişmesiz hâle getirmektedir (ZPO § 138)⁹⁰⁷. İspat sözleşmeleri davadan önce veya davadan sonra yapılabilir. Genelde ispat sözleşmeleri,

⁹⁰⁰ Brosi, s. 61.

⁹⁰¹ Rauscher, s. 126.

⁹⁰² İkrar sözleşmeleri, tarafların aralarındaki hukukî ilişkiye ait vakıaların, var olduğunun ya da olmadığının taraflar arasında kesin olarak tespit edilip, çekişmesiz duruma getirilmesi ve daha sonra ileride açılacak bir olası davada, ileri sürülmesinin veya inkârının önüne geçilmesini amaçlayan bir ispat sözleşmesi türüdür. İkrar sözleşmesi vakıaların tespit edilmesine ilişkin olup, bu anlaşmaları kurmayı değil (ihdasî), açıklamayı (izharî) amaçlar (Tuluay, s. 68); Taşpınar, İspat Sözleşmeleri, s. 118.

⁹⁰³ Schiedermair, s. 122, dn. 71.

⁹⁰⁴ Rauscher, s. 133, 140.

⁹⁰⁵ Hukukumuzda hakem-bilirkişilik sözleşmesinin hukukî niteliğinin bir ikrar sözleşmesi olduğu görüşü, *Tuluay* tarafından savunulmuştur. İkrar sözleşmesinin konusunu oluşturan olayların, taraflarca tespiti mümkün olduğu gibi, tarafların bu tespiti üçüncü kişi olan hakem-bilirkişiye bırakmaları da mümkün olup, bu nedenle hakem-bilirkişilik sözleşmesinin hukukî niteliği, ikrar sözleşmelerinin özel bir çeşidi olduğu savunulmaktadır (Tuluay, s. 68, 70, 134).

⁹⁰⁶ Alman mahkeme kararlarında, hakem-bilirkişilik sözleşmesi ve hakem-bilirkişi raporu bir karşı ispat faaliyeti gerektirmeyen, vakıaları çekişmesiz hale getiren şekilde nitelendirilmiştir (OLG Hamburg Urteil 27.9.1929 Nussbaums Jahrbuch III, 1931, 329 (Rauscher, s. 118, dn. 24).

⁹⁰⁷ Rauscher, s. 138-139.

davadan önce yapıldığından mahkeme dışı ikrar gibi etkisini doğurur⁹⁰⁸. Doktrinde ikrar sözleşmesi görüşü hem mahkeme dışı hem de mahkeme içi ikrar sözleşmelerinin geçmişte akdedilmiş olaylar hakkında bir bilgi beyanı niteliğinde olduğu, ancak hakem-bilirkişilikte taraflar, sözleşme yapıldığında hakem-bilirkişi raporunun sonucunu henüz bilmediklerini bir durum ortaya çıkması sebebiyle eleştirilmektedir. Nitekim hakem-bilirkişinin tespitlerini taraflar "doğru" olarak kabul etseler dâhi, bu anlamda öngörülen bir ikrar sözleşmesi değil, bir “*antizipiertes*” varsayım sözleşmesi söz konusu olacağı ifade edilmektedir. Bu nedenle hakem-bilirkişilik sözleşmesinin hukukî niteliği ne mahkeme içi ne de mahkeme dışı bir ikrar sözleşmesi niteliğinde değildir⁹⁰⁹. Ayrıca hakem-bilirkişilik sözleşmesinin müspet etkisi olan, hakem-bilirkişi tarafından tespit edilen vakıalar bakımından, taraf ve mahkemeleri bağlaması etkisinin, ikrar sözleşmeleri bakımından amaçlanmadığı ifade edilmektedir. Çünkü ikrar sözleşmesi sonucu vakıalar çekişmesiz hâle geleceğinden, kabul edilen vakıalara itiraz etme yetkisinin doğrudan hariç tutulduğu sadece menfî bir etkiye sahiptir⁹¹⁰.

Hakem-bilirkişilik sözleşmesinin hukukî niteliğine ilişkin ikinci görüş, delil sözleşmesi görüşüdür. Alman ve İsviçre hukukunda, delil ve hakem-bilirkişilik sözleşmelerinin kanunda düzenlenmemesi⁹¹¹, sınırlı sayıda katalog ispat araçları şeklinde katı ispat sistemi (Strengbeweis), hakem-bilirkişilik sözleşmesinin bir delil sözleşmesi ve hakem-bilirkişi raporunun da bir delil olarak nitelendirilmesini engellemiştir. Bu nedenle doktrinde ve içtihatlarda delil sözleşmelerinin hukukî

⁹⁰⁸ Schiedermair, s. 122.

⁹⁰⁹ Wittmann, s. 56.

⁹¹⁰ Wittmann, s. 55-56.

⁹¹¹ Alman Hukuku’nda hakem-bilirkişilik sözleşmesi (Schiedsgutachtenvertrag) ifadesi, ilk kez doğrudan 1926 tarihli Alman İş Mahkemeleri Kanunu’nun (Arbeitsgerichtsgesetz) 106. maddesinde düzenlenmiştir. Hükme göre, toplu iş uyuşmazlıklarında taraflar, bir tahkim anlaşması imzalayabilecekleri gibi, hukuki uyuşmazlığın kararıyla ilgili önemli vakıa sorunlarının tespiti için bir hakem-bilirkişi raporu da alabilecekleri düzenlenmiştir. Ancak bu düzenleme, 1953 tarihli İş Mahkemeleri Kanunu’nda yer almamıştır. Yürürlükten kalkan, bu düzenlemenin en önemli özelliği, hakem-bilirkişilik sözleşmesinin hukukî niteliğine ilişkin görüş açısından, bir sözleşmeyi tamamlama şeklinde maddi hukuk yönünü değil, vakıa tespit şeklinde, usûl hukuku görüşlerini dikkate alarak düzenlenmiştir. Bu şekilde, hakem-bilirkişilik sözleşmesinin vakıalar açısından (Tatfragen) olacağını, iş mahkemesinde, hakem-bilirkişi tarafından yapılan vakıa tespitleri açısından delil ve tahkikat işlemlerini ortadan kaldıracak ve iş mahkemelerinin hakem-bilirkişi raporuyla bağlı olduğunu düzenlemiştir (Rauscher, s. 80,81); Bachmann, s. 21.

niteliği, onun geçerli (caiz) olup olmadığı ve Anayasa'ya aykırılık⁹¹² tartışmalarına sebebiyet vermiştir⁹¹³. Ancak bu görüşler azınlık görüş olarak kalmıştır⁹¹⁴.

Alman hukukunda, hakem-bilirkişinin vakıa tespit faaliyeti şeklinde dar anlamda hakem-bilirkişilik sözleşmeleri bakımından, hakem-bilirkişinin tespit edeceği vakıa bakımından taraflar, usûlen kabul edilebilir delillerin çokluğuna rağmen, bunu hakem-bilirkişilik sözleşmesiyle tek bir delil olan hakem-bilirkişi raporuna

⁹¹² Dütz, hakem-bilirkişilik sözleşmesinin hukukî niteliğinin bir usûl hukuku sözleşmesi olduğunu ifade etmekle birlikte, hakem-bilirkişilik hakkında kanunî düzenleme olmayışı şeklindeki sorunu üst boyuta taşıyarak, hakem-bilirkişilik sözleşmesinin Anayasa'ya uygun olup olmadığını sorgulamış ve hakem-bilirkişilik sözleşmesinin, Anayasaya aykırılık sorunu olduğunu savunmuştur. Yazara göre, hakem-bilirkişi raporuyla hâkimin bağlılığının, geniş anlamda hakem-bilirkişilik sözleşmeleri açısından açıkça hakkaniyet; dar anlamda hakem-bilirkişilik sözleşmelerinin açıkça yanlışlık sınırına kadar bağlı olması, delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesini (ZPO § 286) öncelikle ihlal eder. Ayrıca, bu durum hâkimin yükümlü olduğu hakların korunması ve gerçekleştirilmesi konusunda var olan ödevlerini ihlal ettiğinden Anayasa'ya aykırı olduğunu ileri sürmüştür. Öncelikle “*offenbar*” şeklinde açıkça sınırının çok geniş bir sınır olduğunu ifade etmiş olup, bunun yerine sadece hakkaniyete aykırılık veya yanlışlık ifadesinin gelmesi gerektiğini savunmaktadır. Nitekim bu durumun Alman Medenî Kanunu'nun BGB ön taslağında, sadece hakkaniyete aykırılık ifadesinin yer aldığını; ancak sonradan Fransız hukukunun ve o dönemde yazılan makalelerin de etkisiyle, hakkaniyete aykırılık ifadesinin yerini, açıkça hakkaniyete aykırılık ifadesinin aldığını belirtmiştir. Yazara göre, BGB § 319/I'deki düzenlemedeki “*açıkça hakkaniyete aykırılık*” ifadesine kadar hâkimin bağlı olmasını ve ona ilişkin hakem-bilirkişilik ve hakem-bilirkişi raporuyla bunların bağlılığının meşrulaştırılamayacağı, çünkü bu sözleşmelerin Anayasa'ya aykırı ve batıl olduğunu savunmuştur. Bu Anayasa'ya aykırılığın, ise üç biçimde düzeltilebileceğini ifade etmiştir. İlk olarak, hakem-bilirkişi raporunun hâkimi bağlamayan uzlaşma şartı (klozu) veya sulh önerisi şeklinde yorumlanabilir. İkinci olarak, taraflar hakem-bilirkişi raporundan sonra, kendileri bir sulh sözleşmesi yapabilir. Son olarak da hakem-bilirkişilik sözleşmesi tahkimin alt kurumu olarak düşünülüp, tahkime ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanması sayesinde usûlî denetim yapılır. Ayrıca bu şekilde, hakem-bilirkişi raporunun tekrar bir maddi hukuk incelemesinden kaçınılır ve hakem-bilirkişi raporu sadece kamu düzeni açısından denetlenir (Dütz, s. 254-259).

⁹¹³ Alman hukuku bakımından İmparatorluk mahkemesi bu konuyu farklı kararlarda incelemiştir. İmparatorluk mahkemesi, ilk olarak vermiş olduğu kararda, ispat ve karşı ispat hakkında yapılan sözleşmelerin hâkimin delilleri serbestçe değerlendirmesi ilkesine ters düştüğü sebebiyle geçerli olmadığına karar vermiştir. Diğer yandan taraf anlaşmalarıyla zararın belirli şekilde tespit edilebileceğine ilişkin anlaşmaların, yani hakem-bilirkişilik sözleşmelerin geçerli olduğuna ancak zararın öngörülen bir şekilde tespit edilip edilmediğinin hâkimin inceleyebileceğini ve bu şekilde hâkimin belirli ispat kurallarıyla bağlılığının olmadığına karar vermiştir (RGZ Bd. 20, 402 (Bachmann, s. 60, dn. 6); İmparatorluk mahkemesi daha sonra vermiş olduğu bir kararda, ispat sözleşmelerinin geçerli olduğunu, ancak bu sözleşmelerin hukuki niteliğinin maddi hukuka ait bir sözleşme olduğunu, çünkü bu sözleşmelerin tarafların tasarruf hakkına dayanılarak yapıldığını ifade etmiştir. Mahkeme bu kararında, ispat sözleşmelerini kabul etmiştir, ancak bunu taraf iradesine ve tarafların tasarruflarına dayandırılarak, hâkimin delilleri serbestçe değerlendirmesi ilkesine aykırı olacağı için hakem-bilirkişilik sözleşmesini maddi hukuk sözleşmesi olarak kabul etmiştir RGZ Bd. 24, 359 (Bachmann, s. 60 dn 7); RGZ 96, 57.

⁹¹⁴ Habscheid, hakem-bilirkişilik kurumunu Anayasa'ya aykırı olarak görüp yasaklamak yerine, tahkim hukukundaki gibi usûl hukukuna dayalı bir denetim yapılması gerektiğini ve bunun hakem-bilirkişi raporuna ilişkin sonuç kontrolünden bağımsız bir bağlayıcı olmayan bir sebep olarak düzenlenmesi gerektiğini ifade etmiştir. Bu durum ayrıca tarafların sonuç kontrolüne ilişkin ispat zorlukları bakımından rahatlamasına ve bu şekilde ispat kolaylığı getirmeye ayrıca hakem-bilirkişilerin faaliyetlerinde daha özenli olmalarını sağlayacağını ifade etmiştir (Habscheid, FS Laufke, s. 305-306).

indirgediği bir delil sözleşmesi görüşü hâkim görüştür. Davanın tarafları hakem-bilirkişilik sözleşmesinde, tespit edilen vakıanın ispatını sadece hakem-bilirkişi raporuyla gerçekleştirecek ve başka delillere başvuramayacaktır⁹¹⁵. İsviçre hukukunda da hakem-bilirkişilik türleri arasında ayrım yapılarak, hakem-bilirkişinin vakıa tespit faaliyeti esas alınarak, bu tür hakem-bilirkişilik sözleşmelerinin bir delil sözleşmesi olduğu şeklinde görüşler bulunmaktadır⁹¹⁶.

Hukukumuz bakımından delil sözleşmelerinin özellikle medenî usûl kanununda düzenlenmesi (HUMK m. 287; HMK m. 193), delil sözleşmesine ilişkin tartışmaları azaltmış, ancak kanunda hakem-bilirkişilik sözleşmesinin doğrudan düzenlenmeyişi sebebiyle tartışmaların daha çok hakem-bilirkişilik sözleşmesi açısından yapılması sonucunu doğurmuştur. Taraflar, hakem-bilirkişilik sözleşmesiyle, vakıanın tespitinin ispatını tek bir delil olan hakem-bilirkişi raporuyla sınırlandırmakta, bu nedenle vakıanın ispatını tek delil olan hakem-bilirkişi raporuna hasrederler. Bu nedenle hukukumuzda, doktrinde hâkim olan görüş ve Yargıtay'ın

⁹¹⁵ Habscheid, FS Lehmann, s. 807; Baumgärtel, s. 256.

⁹¹⁶ *Guldener*'e göre, hakem-bilirkişilik sözleşmesinin maddi hukuk sözleşmesi olarak nitelendirilmesini sağlayan sebep, hakem-bilirkişinin görevinin bir sözleşmenin eksik içeriğini tamamlamak olduğu ve bu şekilde eksik kalan sözleşmeyi tam sözleşme haline dönüştürmek şeklinde yanlış bir anlayıştan kaynaklandığını ifade etmektedir. Ancak bu durum, hakem-bilirkişinin faaliyetini yanlış olarak tanımlamaktır. Örneğin, bir kaza sigortası sözleşmesinde, ödenecek sigorta bedeli tutarının kazanın sebep olduğu maluliyet derecesine göre belirlenmesi şartı aranıyorsa, bunun miktarı bir hakem-bilirkişi raporu ile belirlenecekse, sözleşmenin içeriğine ilave yapılması söz konusu olamaz. Çünkü sigorta bedeli tutarının maluliyet derecesine göre ölçüldüğü ibaresi, sözleşmeye tamamen yeterli bir içerik vermekte olup, hakem-bilirkişinin bu şekilde sadece tespit faaliyeti vardır. Bu ancak sözleşmeye dayalı normun, somut olgulara uygulanması meselesi olabilir. Ancak bu durum, sözleşmede değişiklik yapılmasını ve yeni hak ve yükümlülükler kurulmasını gerektirmez. Sigorta ettirenin alacağının değerlendirilmesi için sözleşmenin uygulanmasında belirleyici olan tek bir olgunun tespitinin, hâkimden geri alınıp hakem-bilirkişiye intikal etmesi şeklinde faaliyet vardır. Bu nedenle, hakem-bilirkişinin faaliyetinin, esas itibarıyla hâkim için bağlayıcı olan delillerin toplanması ve değerlendirilmesi olduğu inkâr edilemez. Bu nedenle, hakem-bilirkişilik sözleşmesi bir ispat ve usûl sözleşmesi şeklinde delil sözleşmesi niteliğindedir. Ancak hakem-bilirkişilik sözleşmesini, bir maddi hukuk sözleşmesi olarak nitelendirenler, ispat sözleşmesini genel olarak kabul etmemelerinden kaynaklanmakta olup, nitekim bu durumda maddi hukuk sözleşmesi olarak nitelendirmekten başka çare de kalmamaktadır. Yazar, aynı şekilde hakem-bilirkişinin görevinin başlangıçta sözleşmeyi tamamlamak şeklinde bir inşai görevinin olmadığını, tam aksine sadece vakıaları tespit edici bir görevi olduğunu vurgulayarak, onun saf (echte) bir ispat usûl sözleşmesi (Beweisprozessvertrag) olduğunu savunmaktadır (*Guldener*, ZSR, s. 243-245); *Guldener*, Schweiz ZPO, s. 598, dn. 16/a; Aynı şekilde *Bachmann* da üçüncü kişinin sözleşmenin başlangıcında edimi tespit etmesini, sadece bir üçüncü kişinin faaliyeti olarak yorumlamaktadır. Bunun bir hakem-bilirkişilik sözleşmesi olmadığını, hakem-bilirkişinin faaliyeti sonucunda yeni bir hak ortaya çıkmadığını, tam aksine sadece var olanın tespit edildiğini, bu nedenle hakem-bilirkişilik sözleşmesinin hukuki niteliğinin usûl hukuku sözleşmesi olup bir delil sözleşmesi olduğunu savunmaktadır (*Bachmann*, s. 59, 61, 98); Aynı görüşte bkz. *Hagenbüchle*, s. 74-75.

yerleşik içtihatlarına göre⁹¹⁷, hakem-bilirkişilik sözleşmesinin hukukî niteliği delil sözleşmesinin bir türü olan, münhasır delil sözleşmesi olarak nitelendirilmektedir⁹¹⁸.

Hakem-bilirkişilik sözleşmesinin hukukî niteliğine ilişkin üçüncü görüş, bir delil değerlendirme sözleşmesi görüşüdür. Ancak Alman ve İsviçre hukukunda, hâkimin delilleri serbestçe değerlendirmesi ilkesinin emredici olarak nitelendirilmesi, delil değerlendirme sözleşmelerinin kanunda düzenlenmemesi ve tarafların bu hususta bir sözleşme yapıp yapamayacağı gibi hususlar doktrinde tartışma konusu olmuştur. Almanya ve İsviçre⁹¹⁹ hukukunda hâkimin, delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesi (ZPO § 286, SchZPO Art. 157) hâkim görüşe göre, ius cogens (emredici kamu hukuku) olarak nitelendirilmekte, bu nedenle de tarafların bu konuda tasarruflarına izin verilmemektedir⁹²⁰. Bu konuda azınlık olarak, aksi görüşler⁹²¹ söz konusu olsa da

⁹¹⁷ “Münhasır delil sözleşmelerinin en önemli örneği hakem-bilirkişi sözleşmeleridir” (YHGK, E. 2017/691, K. 2021/534, T. 29.04.2021) (Kazancı İçtihat-Bilgi Bankası, E. T. 11.03.2024); Aynı yönde kararlar için bkz. YHGK 5. 5. 1995, T/776-198 (RKD 1966/4) (Kuru, Usûl Cilt III, s. 2900); Yargıtay 11. HD, E. 1975/1551, K. 1975/2684, T. 14.4.1975 (Kuru, Usûl Cilt III, s. 2901); Yargıtay 11. HD, E. 2000/9633, K. 2000/9263, T. 24.11.2000 (Atalay, Pekcanitez Usûl Cilt III, s. 1752); Yargıtay 15. HD, E. 1989/864, K. 1989/2444, T. 22.05.1989; Yargıtay 11. HD, E. 1997/9065, K. 1997/36, T. 28.01.1997 (Kazancı İçtihat-Bilgi Bankası, E. T. 11.03.2024).

⁹¹⁸ Kuru, Usûl Cilt III, s. 2889; Postacıoğlu ve Altay, s. 622; Kuru, Arslan ve Yılmaz, s. 442-443; Kuru, Usûl Hukuku, s. 325; Kuru ve Aydın, Usûl Ders Kitabı, s. 335-336; Kuru, Usûl El Kitabı Cilt I, s. 851; Pekcanitez, Atalay ve Özekes, Usûl Hukuku, s. 718-719; Pekcanitez, Atalay ve Özekes, Usûl Ders Kitabı, s. 384-385; Atalay, Pekcanitez Usûl Cilt II, s. 1752; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, s. 521; Tanrıver, Usûl Cilt I, s. 909-910; Yılmaz, Şerh, s. 3626; Umar, Şerh, s. 591; Karşlı, Medeni Muhakeme, s. 539; Sebük, s. 503; Şengel, s. 281; Ö. Atalay, s. 872; Battal, s. 134; Konuralp, İspat, s. 64; Erturgut, s. 274; Korkmaz, s. 120; Aslan, s. 69.

⁹¹⁹ Delillerin serbest yargısal değerlendirmesi ilkesi sayesinde mahkeme, özgür kanaatine göre maddi gerçeği belirleyebilir ve böylece, en azından öznel olarak, adil bir karar verebilir. Tarafların, taraflarca getirilme ilkesine dayanarak, vakıa ve deliller bakımından serbestliği göz önüne alındığında, mahkemeye de delilleri serbestçe değerlendirmek için bu temel yetki verilmelidir. Aksi takdirde, tüm hukuk yargılaması tarafların elinde olacak ve yargıç, seçme özgürlüğünden ciddi şekilde yoksun bırakılacak, onlar tarafından kontrol edilen biri haline gelecektir. Bu, yüzyıllardır var olan yargı yetkisi fikrine meydan okuyacaktır. Özel hukuk uyumsuzluğunda, bu müdahale zaten taraflarca tam olarak belirlenebiliyorsa ve mahkemenin temel yetkisi yoksa mahkemeyi dâhil etmenin bir anlamı olmayacaktır. Bu nedenle delil değerlendirme sözleşmeleri kanuna aykırı olup, İsviçre Borçlar Kanunu’nun 20. maddesinin kıyasen uygulanması sonucu geçersizdir (Max Guldener, **Beweiswürdigung und Beweislast**, Zürich 1955, (Beweiswürdigung), s. 70 vd.); Guldener, ZSR, s. 240; Pelli, s. 157.

⁹²⁰ Eickmann, s. 92-93; Wagner, s. 692; RGZ 20, 398 s. 402; RGZ 96,57, s. 59; Pelli, s. 155-156.

⁹²¹ *Sachse*, delillerin serbestçe değerlendirilmesinin genel olarak sınırlandırılabilceğini ileri sürmüştür. Ancak diğer yandan, yazar bu konuda, delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesinin elbette çok önemli olduğunu ifade etmiştir. Ancak, diğer yandan bu durumun davaya bir ispat belirsizliği kattığını ve davayı uzattığını ayrıca davanın sonucunu tahmin etmeyi zorlaştırdığını ifade etmiştir. Hâkimin, delilleri serbestçe değerlendirmesi bakımından, münferit vakıaların değerlendirmesinde belirsizlik kuralının ortadan kaldırılması ve tarafların vakıalar üzerine kesin olarak anlaşmaları, bu tarafların meşru bir menfaati olarak kabul edilmeli ve bu durum usûl ekonomisine hizmet edeceğini ifade etmiştir. Hâkimin kendi takdirine göre, karar vermesi yerine, kararını taraf menfaatlerine hizmet ederek usûl ekonomisine hizmet eder. Nitekim bu konuda tarafların anlaşması, diğer tarafın

hâkimin delileri serbestçe değerlendirilmesi ilkesi tamamen sorgulanmamaktadır. Mukayeseli hukuk ve hukukumuzda⁹²² da delil, ikrar ve hakem-bilirkişilik sözleşmesi gibi bazı sözleşme tipleri sorgulanmakta ve bu durum da delillerin serbestçe değerlendirilmesine ilişkin istisnaların olduğuna dair, başlangıç noktası olarak kabul edilmektedir⁹²³.

Guldener, taraflarca anlaşma yoluyla karşı delilin kabul edilemez olacağı anlamında yapılan sözleşmelerle mahkemeler gerçekleri tespit edemeyeceğini ifade etmektedir. Aynı şekilde, bir vakıanın yalnızca belirli delillerle (örneğin yalnızca belgelerle veya yalnızca birkaç tanık tarafından) kanıtlanabileceği şeklinde ispat anlaşmaları da hâkimin, gerçeği tespit etmesini zorlaştırır, çünkü hâkim gerçeği tespit

da bu konuda dezavantajlı olma riskinin bulunmadığını garanti edebilir, bu şekilde hâkim görüş tarafından kabul edilen delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesine ilişkin sözleşme yapılamaması kabul edilemez. Yazara, göre, hakem-bilirkişilik sözleşmelerine de bu nedenle izin verilebilir. Ancak burada da delillerin serbestçe değerlendirilmesine ilişkin bir ihlal de bulunmakla birlikte, usûl ekonomisine hizmet ettiği için delillerin serbestçe değerlendirilmesine ilişkin sözleşme yapılabilir. Ancak Alman İmparatorluk mahkemesi, hakem-bilirkişilik sözleşmesini bir delil sözleşmesi olarak değil, aksine maddi hukuka ait bir sözleşme olarak görmekte ve tarafların sözleşme konusunda tasarruf etme hakkına dayanmaktadır. Ancak hakem-bilirkişilik sözleşmesi hakkında, hâkim görüşün ifade ettiği gibi ayırım yapılarak sonuca gidilmesi gerektiği şeklinde ifade etmiş ve dar anlamda hakem-bilirkişilik sözleşmelerini bir usûl hukuku sözleşmesi olarak nitelendirmektedir (Sachse, s. 425-427). *Wagner*, delillerin serbestçe değerlendirilmesine ilişkin sözleşmelerin mümkün olabileceğini tarafların bu sözleşmeleri, maddi tespit sözleşmeleri şeklinde yapabildiğini ve bu konuyu ilk görünüş ispatı üzerinde taraf sözleşmeleri ve ispat ölçüsünü düşüren sözleşmeler sayesinde bunu yapabildiklerini ifade etmiştir. Nitekim bu konuda Prusya mahkemesinin bir kararını örnek olarak vermiştir. Karara göre, 1871 yılına kadar geçerli olan, Prusya Genel Mahkeme Yasasına göre, tarafların belirli bir tanığın, ifadesinin belirleyici olması gerektiğini ve çekişmeli hususların onun ifadesiyle tamamen açıklığa kavuşturulduğu konusunda yapılan sözleşmeler mahkeme için bağlayıcı olacağını kararlaştırabilirlerdi ve bu durum Prusya adaletinin onurunu da ortadan kaldırmazdı. Sonuç olarak, yazara göre, bütün usûl sözleşmeleri, öncelikle genel işlem koşulu şeklinde düzenlenirse genel işlem koşulu denetimine, ayrıca özel hukuk irade özerkliği güvenceleri olan genel ahlaka, emredici kurallara, kamu düzenine ilişkin sözleşme yapamama yasağına tabidir. Ayrıca, evlilik, boşanma ve aile hukukuna ilişkin konularda, irade özerkliği ilişkin maddi hukuk kısıtlamalarının olduğu durumlarda, usûl hukuku da bunu dikkate almak zorunda olup, bu davalarda, ispat ölçüsü ve ilk görünüş ispatıyla ilgili sözleşme yapamayacaklarını ifade etmiştir (Wagner, s. 692-696).

⁹²² Hukukumuzda da delillerin serbestçe değerlendirilmesine ilişkin bir anlaşmanın olup olmadığı bu noktada tartışılmıştır. *Konuralp*, hukukumuzda, delillerin serbestçe değerlendirilmesine ilişkin anlaşmanın mümkün olmadığını ve tarafların bu konuda sözleşmeyle kesin delil oluşturamayacağını savunmaktadır. Ancak bunun istisnası olarak hakem-bilirkişilik sözleşmesi olduğunu ifade etmektedir. Özellikle sigorta sözleşmelerinde, hasarın miktarının hakem-bilirkişi tarafından belirlendiğini bu hususlarda mahkemenin ve tarafların bağlı olduğunu ifade etmektedir (Konuralp, İspat, s. 61); Aksi görüşte olan *Taşpınar*, hukukumuzda, tarafların delilleri serbestçe değerlendirilmesine ilişkin sözleşme yapabileceklerini savunmaktadır. Nitekim bu konuda tarafların sözleşmeyle kesin delil oluşturabileceklerini ve münhasır delil sözleşmesinin de bir kesin delil olduğunu ifade etmiştir (Taşpınar, İspat Sözleşmeleri, s. 200- 201).

⁹²³ Baumgärtel, s. 253; Habscheid, FS Lehmann, s. 803-804; Schlosser, Parteihandeln, s. 89; Wagner, s. 692.

için ilgili tüm delilleri kullanabilmelidir⁹²⁴. Ancak hakem-bilirkişilik prosedürü uygun şekilde yürütülmüş ve hakem-bilirkişi raporu açıkça yanlış değilse, hakem-bilirkişilik sözleşmelerine izin verilmekte olup bu şekilde hakem-bilirkişi raporunun hâkimi bağlamasında, herhangi bir engellenecek bir sakınca olmadığını ifade etmektedir⁹²⁵.

Bachmann, üst manada ispat sözleşmesi ve onların türlerinin geçerli olup olmaması bakımından, usûl hukukunun iki ana temel ilkesi olan taraflarca getirilme ve delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesi yönünden çatışma olduğunu ifade etmektedir. Bu ilkelere hangisine öncelik verileceği, bir takdir sorunu olup, somut olaya ve usûl hukuku ilkelerine göre bu soruna cevap vermek gerekmektedir. Ancak dava malzemeleri olan delil ve vakıaları taraflar getirebildiğine göre, hâkimi de bu konuda sınırlayabilmelidir⁹²⁶. Diğer yandan, delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesi önemli bir ilke olmakla birlikte, bu ilkenin de sınırları bulunmaktadır. İlk istisna, taraflarca getirilme ilkesinin sonucu olarak, hâkimin sadece tarafların getirdiği vakıa ve delillerle bağlı olarak, karar vermesi durumudur. Diğer bir istisnasıysa, tarafların yapmış oldukları, mahkeme dışı anlaşmalardır. Nitekim bu anlaşmalardan biri de hakem-bilirkişilik sözleşmesidir. Delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesi, hâkimin tarafsız ve bağımsızlığını sağlamak için oluşturulan bir ilke olup önemli olan hâkimin tarafsız ve bağımsızlığının sağlanmasıdır. Hakem-bilirkişilik, bir nevi mahkemedeki tahkikatın bir bölümünün yerini alır. Dolayısıyla hakem-bilirkişinin faaliyeti delil elde etme ve delilleri değerlendirme sözleşmesi⁹²⁷ olarak nitelendirilmelidir⁹²⁸.

Pelli, İsviçre Medenî Usûl Kanunu 189. maddesinin üçüncü fıkrasında mahkemenin hakem-bilirkişi raporuyla bağlı olmasını, doğrudan kanunen düzenlendiğinden, hakem-bilirkişilik sözleşmesini sadece bir delil sözleşmesi olarak nitelendirmesi gerektiğini ifade etmektedir. Diğer bir ifadeyle, hakem-bilirkişilik sözleşmesinin delil değerlendirme sözleşmesi yönünü artık kanun hükmü bizatihi belirlediği için hakem-bilirkişilik sözleşmesi, sadece bir delil sözleşmesi niteliğindedir⁹²⁹.

⁹²⁴ Guldener, Beweiswürdigung, s. 70.

⁹²⁵ Guldener, Beweiswürdigung, s. 71.

⁹²⁶ Bachmann, s. 56.

⁹²⁷ Nitekim 2000 yılında verilen bir İsviçre mahkeme kararında, hakem-bilirkişilik sözleşmesi, bir delil ve delil değerlendirme sözleşmesi olarak nitelendirilmiştir (KGer SG, SJZ 96 (2000) S. 453 ff. E. 3 (Pelli, s. 91, dn 403)).

⁹²⁸ Bachmann, s. 57-59.

⁹²⁹ Pelli, s. 14.

Doktrindeki diğer yazarlar, hakem-bilirkişilik sözleşmesinin bağımsız bir ispat sözleşmesi olduğunu vurgulamış, delil sözleşmesinden farklı olarak, onun sadece menfi etki şeklinde diğer delilleri dışlama özelliğinin olmadığını ifade etmiştir⁹³⁰. Hakem-bilirkişilik sözleşmelerinin ayrıca müspet etki şeklinde, hâkimin hakem-bilirkişi tarafından tespit edilen vakıalar bakımından bağlı olması, tek bir delil bile olsa hakem-bilirkişi raporunu, hâkimin değerlendirememesi ve bununla bağlı olması, hakem-bilirkişilik sözleşmesinin hukukî niteliğine ilişkin delil sözleşmesi görüşünün sorgulanmasına sebebiyet vermiştir.

Kornblum, dar anlamda hakem-bilirkişilik sözleşmesi şeklinde hakem-bilirkişinin vakıa tespit görevi bakımından, hakem-bilirkişi tarafından tespit edilen vakıa bakımından, mahkemenin hakem-bilirkişi raporuyla bağlı olmasını gerekçe göstererek hakem-bilirkişilik sözleşmesinin, delillerin değerlendirilmesine ilişkin bir sözleşme olduğunu savunmaktadır⁹³¹.

Stein/Jonas/Schlosser, dar anlamda hakem-bilirkişilik sözleşmesi şeklinde hakem-bilirkişinin vakıa tespit görevi bakımından, hakem-bilirkişi raporuyla mahkemenin bağlı olması hakem-bilirkişilik sözleşmesinin, delil değerlendirme sözleşmesi yönünü; hâkimin hakem-bilirkişi raporundan başka bir delile başvuramaması bir delil sözleşmesi yönünü ortaya koymaktadır. Bu nedenle hakem-bilirkişilik sözleşmesinin hukukî niteliği, delil ve delil değerlendirme sözleşmesinin birleşimi olduğunu savunmaktadır⁹³².

Ayrıca hakem-bilirkişilik sözleşmesinin hukukî niteliği bakımından, sözleşmelerin kombinasyonları⁹³³ şeklinde ikrar, delil sözleşmesi ve delil

⁹³⁰ Baumgärtel, s. 253.

⁹³¹ Kornblum, s. 101; Aynı görüşte bkz. Baumgärtel, s. 257.

⁹³² Stein, Jonas ve Schlosser, s. 37, vor § 1025, Rn. 60.

⁹³³ *Maus*, dar anlamda hakem-bilirkişilik sözleşmesinin konusuna göre ayırım yapılması gerektiğini savunmaktadır. Genel olarak dar anlamda hakem-bilirkişilik sözleşmesinin hukukî niteliğini, usûl hukuku ilişkisi üzerinde maddi tespit sözleşmesi anlamında bir usûl sözleşmesi (einen Prozessvertrag im Sinne eines materiell-rechtlichen (Feststellung) Vertrags über prozessuale Beziehungen) olarak nitelendirmektedir. Eğer hakem-bilirkişi sadece vakıaları tespit ediyorsa bir ikrar sözleşmesi, ancak ikincil manada hakem-bilirkişinin faaliyetini yerine düzgün getirip getirmediği anlamında bir delil sözleşmesi olarak nitelendirilmesi gerekir. Diğer yandan, hakem-bilirkişi ön hukukî sorunlar hakkında da tespitte bulunuyorsa bu durumda, sınırlı kabul sözleşmesi (eines beschränkten Anerkenntnisvertrags) niteliğindedir (*Maus*, s. 180).

değerlendirilmesine ilişkin sözleşme⁹³⁴ veya bunları da kapsayan sui generis bir sözleşme⁹³⁵ olduğu şeklinde görüşler de vardır.

D. Karma Sözleşme Görüşü

Doktrinde, maddî hukuk görüşünde olanlar, hakem-bilirkişilik sözleşmesinin karakteristik etkisini, tarafların iradeleriyle hakem-bilirkişi raporunun bağlayıcı olduğunu kabul etmesi şeklinde ifade ederler ve hakem-bilirkişilik sözleşmesinin hukukî niteliğini, bir maddî hukuk sözleşmesi olarak nitelendirmektedirler. Diğer yandan usûl hukuku görüşünde olanlar, hakem-bilirkişilik sözleşmesinin karakteristik etkisini, hakem-bilirkişi raporuyla mahkemenin bağlı olması şeklinde ifade ederler ve hakem-bilirkişilik sözleşmesinin hukukî niteliğini, bir usûl hukuku sözleşmesi olarak nitelendirmektedirler. Ancak, bu etkilerin nasıl sona ereceği hususu ve dava öncesi yapılan hakem-bilirkişilik sözleşmelerinin davayı engelleyici etkisi karma sözleşme akımının oluşturulmasına sebebiyet vermiştir⁹³⁶.

Habscheid, tahkim ve vakıa tespiti şeklinde dar anlamda hakem-bilirkişilik sözleşmesinin hukukî niteliğini öncelikle bir usûl hukuku sözleşmesi olduğunu belirtmekle birlikte, hakem-bilirkişilik sözleşmesinin hem maddî hem de usûl hukukuna ait özellikler içermekte olması sebebiyle, hakem-bilirkişilik sözleşmesinin hukukî niteliğini bir karma bir sözleşme olarak nitelendirmiştir⁹³⁷. Çünkü taraflar bu sözleşmeyle birlikte bir usûl (adî) ortaklığı (Verfahrensgesellschaft) kurarlar. Bu usûlî adi ortaklıkta, taraflar şirket ortaklığının amacını (Affectio Societatis) gerçekleştirmek için işbirliği yükümlülüğü (Mitwirkungspflicht) yapmak şeklinde, maddî hukuk yükümlülükleri altındadır⁹³⁸. Ayrıca tahkim hukukuna özgü, usûl hukuku ve kamu düzeni denetiminin hakem-bilirkişi raporunun denetimi açısından yeterli olmadığını

⁹³⁴ Rauscher, s. 133.

⁹³⁵ Hakem-bilirkişinin, sadece vakıaları tespitle sınırlı bir görevi yoksa, hakem-bilirkişi raporunun etkisi, ispat sözleşmesinden daha üst düzey bir boyuttur. Hukukî ilişkiyi, bir uyumsuzlukla sonuçlandıran, yargısal bir usûlle düzenlemeyi amaçlayan, kendine özgü bir usûl sözleşmesi şeklindedir. Maddi anlamda kesin hüküm etkisi doğurmasa bile, hakem kararına benzer (Habscheid, FS Kralik, s. 189, 201).

⁹³⁶ Brosi, s. 53.

⁹³⁷ Habscheid, Schweiz ZPO, s. 171.

⁹³⁸ Walther J. Habscheid, "Schiedsvertrag und Schiedsgutachtenvereinbarung", KTS 1957/9, (KTS 1957/9), s. 129-130.

belirterek, hakem-bilirkişi raporları açısından hem usûl hem de maddî hukuk denetiminin bağımsız olacak şekilde birlikte yapılması gerektiğini ifade etmiştir⁹³⁹.

Eickmann, doktrinde kabul edilen geniş ve dar anlamda hakem-bilirkişilik sözleşmeleri ayrımı yerine, hakem-bilirkişilik sözleşmelerini davadan önce ve dava aşamasında yapılan hakem-bilirkişilik sözleşmeleri olarak ikiye ayırmaktadır⁹⁴⁰. Davadan öncesi yapılan hakem-bilirkişilik sözleşmesinin hukukî niteliğinin, bir maddî hukuk sözleşmesi olduğunu ifade etmektedir⁹⁴¹. Ancak, dava aşamasında yapılan hakem-bilirkişilik sözleşmesinin, hukukî niteliği açısından, maddî hukuk nitelendirme sebeplerinin bu durumda uygulanamayacağını belirtmektedir. Mahkeme, hakem-bilirkişinin tespit olmuş vakıyyla bağılı olduğundan, bu konuda tahkikat yapamaz. Bu nedenle, dava aşamasındaki hakem-bilirkişilik sözleşmeleri, bir ispat veya delil sözleşmesidir. Ancak mahkemede tahkikatın yapılmaması, bu konuda mahkemenin hakem-bilirkişi tarafından yapılan vakıa tespitiyle bağılı olması, doğrudan gerçekleşmez, onun yerine tarafların anlaşmasına dayanır⁹⁴². Bağlayıcı etkinin usûl hukuku şeklinde sınıflandırılması durumu, delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesinin ihlali (ZPO § 286) anlamına gelir. Ayrıca delillerin değerlendirilmesiyle bütün dava ve deliller kastedilirken, hakem-bilirkişinin görevi sadece belli vakıaya ilişkin olup usûl hukuku açısından bu husus nitelendirilemez⁹⁴³. Bu nedenle vakaya ilişkin bağlayıcı bulgular, hâlen yasal inceleme gerektiren, ancak hakîm tarafından o konuda vakıa incelemesine tâbi olmayan, tarafların sözleşmeye dayalı düzenlemeleridir. Bu yönüyle mahkeme içi sulh anlaşmasına benzer, çifte hukukî niteliği vardır⁹⁴⁴. Sonuç olarak, dava sırasında yapılan hakem-bilirkişilik sözleşmeleri, ikili bir niteliğe (Doppelnatur) sahip olup usûl hukuku açısından o vakıaya ilişkin tahkikat yapılamaz ve delil talep edilemez. Ancak diğeryandan, mahkemeyi bağlayıcı etkisi de maddî hukuka ait olup tarafların aralarındaki anlaşmasına dayanmakta olduğundan, hakem-bilirkişilik sözleşmesinin hukukî niteliği, karma bir sözleşmedir⁹⁴⁵.

⁹³⁹ Habscheid, FS Laufke, s. 315.

⁹⁴⁰ Eickmann, s. 48.

⁹⁴¹ Eickmann, s. 53.

⁹⁴² Eickmann, s. 54-55.

⁹⁴³ Eickmann, s. 55.

⁹⁴⁴ Eickmann, s. 55, 51.

⁹⁴⁵ Eickmann, s. 56.

Hukukumuz açısından da hakem-bilirkişilik sözleşmesinin hukukî niteliği açısından hakîm görüş, karma sözleşme görüşüdür⁹⁴⁶.

Taşpınar, hakem-bilirkişilik sözleşmesinin ispat ve usûl sözleşmesi olduğunu kabul etmektedir. Bu nedenle, hakem-bilirkişilik sözleşmesini, olayları ve olguları çekişmesiz duruma getiren sözleşmeler olan ikrar, karine ve varsayım sözleşmeleri gibi ispat sözleşmeleri altında sınıflandırmakta⁹⁴⁷ ve hakem-bilirkişilik sözleşmesinin hukukî niteliğinin bir delil sözleşmesi olmadığını ifade etmektedir. Hakem-bilirkişilik sözleşmesinin, sözleşme taraflarının hukukî ilişkilerini, maddî hukuk temeline dokunmamakla birlikte, düzenlemekte, diğer yandan da bu sonuç hakîmi bağlamaktadır⁹⁴⁸. Hakem-bilirkişilik, hakem-bilirkişilerin seçilmesi, görevlerini yapma biçimleri, düzenledikleri raporlara karşı imkânlar ve dava öncesi hakem-bilirkişilik sözleşmesinin davayı önleyici etkisi göz önüne alındığında hem maddî hem de usûl hukuku özelliklerini birlikte taşır. Hakem-bilirkişilik sözleşmesi, vakıaları tarafların değil, üçüncü kişinin çekişmesiz duruma getirmesini amaçlayan, ispat sözleşmeleri içerisinde yer alan, karma nitelikte bir tespit sözleşmesi olduğunu ifade etmektedir⁹⁴⁹.

Yıldırım, hakem-bilirkişilik sözleşmesinin hukukî niteliğini, bir karma sözleşme olduğunu, ancak ağırlık noktasının tahkim sözleşmesinde olduğu gibi, usûl hukuku alanında olduğunu ifade etmektedir⁹⁵⁰.

⁹⁴⁶ Taşpınar, İspat Sözleşmeleri, s. 149,151; K. Yıldırım, Delillerin Değerlendirilmesi, s. 262; Toraman, s. 104, dn 221; Çiftçi, Delil Sözleşmesi, s. 145; Cantaymaz, s. 54; Demirel, s. 30-31.

⁹⁴⁷ Taşpınar, İspat Sözleşmeleri, s. 113.

⁹⁴⁸ Taşpınar, İspat Sözleşmeleri, s. 149.

⁹⁴⁹ Taşpınar, İspat Sözleşmeleri, s. 151.

⁹⁵⁰ K. Yıldırım, Delillerin Değerlendirilmesi, s. 262; Doktrinde diğer görüşler hakkında, Yeşilirmak, hakem-bilirkişilik sözleşmesinin hukukî niteliğini, bir usûl sözleşmesi olduğunu ifade etmektedir. Hakem-bilirkişinin faaliyetleri açısından, hakem-bilirkişi, mahkeme bilirkişisinden daha çok, hakeme benzemektedir. Çünkü hakem-bilirkişi de tıpkı hakem gibi, yargılamanın temel kaidelerine uygun hareket ederek tespitte bulunmakta ve bu tespitleri tarafları bağlamaktadır. Bu durumda, tahkime ilişkin kuralların niteliğine uygun düştüğü ölçüde, hakem-bilirkişi bakımından da uygulanmasının mümkün olması gerektiğini savunmaktadır (Yeşilirmak, Hakem-Bilirkişilik, s. 702); Toraman, hakem-bilirkişilik faaliyetinin ortaya konulması ve hakem-bilirkişi raporunun değerlendirilmesi usûl hukukuna, buna karşılık, hakem-bilirkişilik sözleşmesinin şartları ve geçersizliği konusu, maddî hukuka ilişkindir. Bu şekilde hakem-bilirkişilik sözleşmesinin hem sözleşmeye ilişkin boyutu hem de onun bir inceleme yöntemi ve kendine ait prosedürü olması durumu onun hukukî niteliğini karma sözleşme yapar. Diğer yandan, hakem-bilirkişilik sözleşmesine, salt maddî hukuk niteliğini atfetmek onun usûlî bir müessese, özel olarak hakem-bilirkişi raporunun ispat aracı, yani delil olmaması karşısında ve ayrıca hakem-bilirkişilik prosedürü sırasında, taraflar ilişkin hukukî dinlenilme hakkına riayet edilmesi zorunluluğunu ortadan kaldıracabileceğini, salt usûl hukuku sözleşmesi olarak nitelendirmenin de temeldeki sözleşme olan

E. Değerlendirme ve Görüşümüz

Hakem-bilirkişilik sözleşmesinin hukukî niteliği açısından ilk olarak maddî sonra usûl ve karma hukuk görüşleri incelenecek, en son hakem-bilirkişilik sözleşmesinin hukukî niteliği hakkında görüşümüzü belirteceğiz. Maddî hukuk görüşleri, sulh (BGB § 779), kabul (BGB § 781), talebin şartı şeklinde, kanundaki düzenlemelerden yola çıkarak açıklayan eski maddî hukuk teorilerinden ve kanunda düzenlenmeyen isimsiz bir sözleşme şeklinde tespit sözleşmesi görüşünden oluşmaktadır.

Hakem-bilirkişilik sözleşmesi, hukukî ilişkinin tamamı yerine, münferit vakıaları konu edinmektedir. Ayrıca tarafların karşılıklı ödünleri yerine, üçüncü kişi olarak hakem-bilirkişinin uzmanlık faaliyeti sonucu oluşturmuş olduğu, açıkça hakkaniyete aykırı veya yanlış olmadığı sürece, tarafları ve mahkemeyi bağlayıcı hakem-bilirkişi raporunu esas aldığından, hakem-bilirkişilik sözleşmesinin hukukî niteliği bir şarta bağlı sulh sözleşmesi değildir⁹⁵¹. Aynı şekilde, hakem-bilirkişilik sözleşmesi, hukukî ilişkinin tamamı yerine, münferit vakıaların tespitini, tarafların tek taraflı kabulleri yerine, üçüncü kişi olarak, hakem-bilirkişinin uzmanlık faaliyeti sonucu oluşturmuş olduğu, hakem-bilirkişi raporunu esas almaktadır. Ayrıca tarafların hakem-bilirkişi raporuna açıkça hakkaniyete aykırı veya yanlış olduğu durumlarda itiraz etme haklarının olduğundan dolayı hakem-bilirkişilik sözleşmesinin hukukî niteliği bir şarta bağlı kabul sözleşmesi de değildir.

hakem-bilirkişilik sözleşmesinin niteliği bakımından, tartışma yaratır nitelikte olduğunu, bu nedenle hakem-bilirkişilik sözleşmesinin hukukî niteliğinin bir karma sözleşme olduğunu savunmaktadır (Toraman, s. 103-104); Cantaymaz'a göre, hakem-bilirkişilik sözleşmeleri, tarafların karar için önem taşıyan unsur veya olguları, çekişmesiz duruma getirmek için yaptıkları ispat sözleşmesi ve dolayısıyla usûl sözleşmesi olduğu görüşündedir. Ancak diğer yandan hakem-bilirkişilik sözleşmesinde, hakem-bilirkişinin her zaman, usûlî ilişkide etki etmek üzere değil, bir yargılama sürecinden bağımsız olarak da bağlayıcı tespitlerde bulunduğunu, bu nedenle karma bir sözleşme olduğunu ifade etmektedir (Cantaymaz, s. 54); Demirel'e göre, hakem-bilirkişilik sözleşmelerinin etkilerinin yoğun bir şekilde usûl hukukunda gösterdiği karma nitelikli bir sözleşme olduğunu savunmaktadır. Ayrıca, burada hakem-bilirkişilik sözleşmesine bağlayıcılık niteliğini veren husus, tarafların ihtilafın ortadan kaldırılmasına yönelik iradeleri olup, onun bir münhasır delil sözleşmesi olması bağlayıcılık kazandırmamakta olup, hakimin delilleri serbestçe değerlendirmesi ilkesinin bu aşamada da uygulanması gerekmeyecektir (Demirel, s. 30-31); Çiftçi, hakem-bilirkişilik sözleşmesinin hukukî niteliğinin hem usûl hem de maddî hukuk etkilerini gösteren karma sözleşme olduğunu ifade etmiştir (Çiftçi, Delil Sözleşmeleri, s. 176-177).

⁹⁵¹ Ancak taraflar sulh sözleşmesi şarta bağlı olarak yapılabilirdiğinden dolayı sulh sözleşmesinde, sulh sözleşmesine konu olan vakıa bakımından hakem-bilirkişilik sözleşmesi yapabilirler. Ancak ortada sulh ve hakem-bilirkişilik sözleşmesi şeklinde hukukî niteliği birbirinden bağımsız iki sözleşme vardır (Bachmann, s. 45, dn. 3/a).

Hakem-bilirkişilik sözleşmesinin hukukî niteliğine ilişkin diğer bir görüş, hakem-bilirkişilik sözleşmesini, hukukî ilişkiden doğan talebin şartı olarak nitelendirmektedir⁹⁵². Hakem-bilirkişi raporu sunulmadığı sürece, sigortacının edim yükümlülüğünün henüz gerçekleşmeyeceğini savunmaktadır. Bu kapsamda, taraflar arasında hakem-bilirkişi raporu sunulana kadar, bir talebin dâhi olmadığı, yani alacağın varlığını maddî hukuka ek olarak, özel bir hakem-bilirkişi raporunun tebliğine bağlamak, bu kapsamda tarafların serbestçe tasarruf edebilecekleri bir tasarrufun da olmadığı sonucunu doğurmaktadır. Bu durum tarafların hakem-bilirkişi raporu öncesi sulh, kabul gibi sözleşmeler yapmalarına dâhi engel olmakta olduğundan eleştirilmektedir. Ayrıca doktrinde bir şarttan bahsedebilmemiz için bunun objektif bir şart olması gerektiği, ancak hakem-bilirkişi raporu taraflar açısından bir objektif bir şartken, hakem-bilirkişi açısından bu raporun içeriğinin bir objektif şart olmadığı ifade edilmektedir. Çünkü hakem-bilirkişi raporu, hakem-bilirkişinin uzmanlık bilgisine dayanmaktadır, bu nedenle hakem-bilirkişilik sözleşmesinin hukukî niteliği talebin şartı olarak nitelendirilemez⁹⁵³.

Eski maddî hukuk teorilerinden farklı olarak, yeni maddî hukuk teorisi, BGB’de düzenlenmeyen isimsiz bir sözleşme olan tespit sözleşmesi⁹⁵⁴ esas alınarak, hakem-bilirkişilik sözleşmesinin hukukî niteliğini açıklamaya çalışmıştır. Hakem-bilirkişilik sözleşmesinin sadece tarafları bağlayıcı etkisi ön plana çıkarılmış, bu etki tespit etkisi olarak nitelendirilerek, tarafların tespit sözleşmesi⁹⁵⁵ kurduğu ifade

⁹⁵² Kisch, Rhein, s. 14; Kisch, Schiedsmann, s. 104.

⁹⁵³ Bachmann, s. 48-50.

⁹⁵⁴ Tespit sözleşmesi, usûl hukukuna o zamana kadar hakî olan bireysel ve liberal eğilimden medenî usûl hukukunu uzaklaştırma gayretleri ile başlayan bir akımın ürünüdür. Burada, yeni bir usûlî teorisi kurulmakta ve usûl işlemleri bu teorilerin ışığı altında açıklanmaya çalışılıyordu. Nitekim burada da ispat anlaşmalarının hepsini bu teori altında açıklanmasına ispat anlaşmalarının usûl sözleşmesi anlayışına kesin bir şekilde ret ve inkârına yol açtı. Pratik hayatın ihtiyaçlarına cevap verebilmek için, usûlî prensipler korunurken, ispat sözleşmelerinin de elverişli olmayan çarelerle muhafaza edilmeğe çalışılmıştır. Bu durumda, ya tespit sözleşmelerine başvuruldu veya ispat anlaşmaları tamamen maddî hukuk sözleşmesi olarak nitelendirildi. Böyle bir nitelendirmede de en büyük sebep Alman hukukunun delilleri serbestçe değerlendirme sistemini seçmiş olması ve bu konuda hâkime, delilleri serbestçe değerlendirmesi yetkisi (ZPO § 286) verilmiş olması ve bu ilkenin emredici bir ilke olarak doktrinde değerlendirilmesidir. Bu nedenle bu tür sözleşmeler maddî hukuk sözleşmesi olarak nitelendirilerek, bu anlaşmaların hâkimin delilleri serbestçe değerlendirme yetkisinin ihlal edilmesi sözde önlenmiş olmaktadır. Ancak doktrinde bu türden bir nitelendirmenin sadece bir yanılsama olduğu da ifade edilmiştir (Tuluay, s. 48).

⁹⁵⁵ Tespit sözleşmesi, BGB’de düzenlenmeyen, sulh ve kabul sözleşmelerini içeren, tarafların kendi aralarında, hukukî ilişki ve hukukî durumdan kaynaklı, anlaşmazlıkları ve belirsiz bir durumu sözleşme vasıtasıyla güvenli ve inkâr edilemez hale getirdikleri, üst başlık şeklinde bir sözleşmedir (Ritzmann, s. 9, 155); Kleinschmidt, s. 73; Baumann, s. 154.

edilmiştir. Ancak hakem-bilirkişi raporunun mahkemeyi bağlayıcı etkisi, arka planda bırakılarak bağımsız bir etki olarak görülmemiş veya maddî hukuktan yansıyan bir usûlî etki olarak (Reflexwirkungen)⁹⁵⁶ olarak nitelendirilmiştir. Bu şekilde hakem-bilirkişilik sözleşmelerinin hukukî niteliği, delillerin serbestçe değerlendirilmesine aykırılık oluşturmeyen, maddî hukuk düzeyinde kalan bir sözleşme olduğu belirtilmiştir. *Ritzmann*, tespit sözleşmelerine ilişkin yazmış olduğu doktora tezinde, tespit sözleşmelerini, tarafların kendi aralarında⁹⁵⁷, hukukî ilişki hakkında uyuşmazlık veya belirsizliği ortadan kaldıran sözleşme olarak nitelendirmiştir. Ancak hakem-bilirkişilik sözleşmelerinin gerçek olmayan bir tespit sözleşmesi olduğunu, çünkü hakem-bilirkişiliğin, hukuken önemli olan vakıaları esas aldığı, burada tarafların vakıalara ilişkin bir sözleşme yapması, gelecekte açılması planlanan bir yargılama için delilleri güvence altına almakla ilgili olduğunu ifade etmiştir. Ayrıca hakem-bilirkişi raporu açıkça hakkaniyete aykırı veya yanlış olması durumunda iptal edilebildiğini, ancak tespit sözleşmelerinde böyle bir durum söz konusu olmayıp uyuşmazlık tamamen sona ermektedir. Bu nedenle hakem-bilirkişilik sözleşmesinin bir tespit sözleşmesi olmadığını, bir ispat sözleşmesi olduğunu, dolayısıyla bir maddî hukuk sözleşmesi değil, ispat usûl hukuku sözleşmesi (Beweisprozessvertrag) olduğunu savunmaktadır⁹⁵⁸. Sonuç olarak, bu nedenlerle hakem-bilirkişilik sözleşmesinin hukukî niteliği bir tespit sözleşmesi de değildir.

Hakem-bilirkişilik sözleşmesinin bir usûl hukuku sözleşmesi olduğu görüşleri kendi içinde temelde ikrar ve delil ve delil değerlendirme sözleşmesi görüşü olarak üçe ayrılmış olup bunlara ilişkin sırasıyla değerlendirme yapacağız.

Usûl hukuku teorileri bakımından, hakem-bilirkişilik sözleşmesinin hukukî niteliğine ilişkin ilk görüşe göre, hakem-bilirkişilik sözleşmesi bir ikrar sözleşmesidir. Hakem-bilirkişilik sözleşmelerinin ikrar sözleşmesi olarak nitelendirilmesinde, ikrar

⁹⁵⁶ Witmann, s. 53, 65.

⁹⁵⁷ *Baumann* da kabul sözleşmeleri adlı doktora tezinde, tespit sözleşmeleri sadece iki taraf arasında yapılabileceğini, üçüncü kişinin müdahalede bulunamayacağını ifade etmiştir. Ancak hakem-bilirkişilik sözleşmesinde, vakıa tespitini yapan bir üçüncü kişi olduğunu ifade etmiştir. Bu nedenle hakem-bilirkişilik sözleşmelerinin, üçüncü kişi lehine sözleşme (BGB § 328) şeklinde olmadığı sürece, bir tespit sözleşmesi olarak nitelendirilemeyeceğini belirtmiştir. Nitekim bu durumun hakem-bilirkişinin tarafsızlığını tamamen etkileyeceği ve iptal sebebi oluşturacağını ifade etmiştir. Ayrıca, hakem-bilirkişilik sözleşmesinin bir hukuki ilişki hakkında değil, onun unsuruna ilişkin olması sebebiyle hakem-bilirkişilik sözleşmesinin bir tespit sözleşmesi olmadığını, bir ispat sözleşmesi olduğunu savunmaktadır (*Baumann*, s. 175-177).

⁹⁵⁸ *Ritzmann*, s. 153-155.

sözleşmelerinin konusunun vakıalar olması ve ikrarın bir delil olmaması önemli bir etken olmuştur. Bu şekilde hakem-bilirkişi raporu da delil sayılmadığından, hâkimin delilleri serbestçe değerlendirmesi ilkesine aykırılık teşkil etmeyecektir. Ancak hem mahkeme içi hem de mahkeme dışı ikrar sözleşmeleri, geçmişteki vakıaların taraflarca kesin olarak tespit edilmesini konu alır. Ancak hakem-bilirkişilikte, tarafların henüz bilmediği bir husus söz konusu olduğundan, hakem-bilirkişilik sözleşmesinin hukukî niteliği bir ikrar sözleşmesi olarak nitelendirilemez⁹⁵⁹. Diğer yandan, hakem-bilirkişilik sözleşmesinin müspet etkisi olan hakem-bilirkişi tarafından tespit edilen vakıalar bakımından tarafları ve mahkemeyi bağlamayı etkisi, ikrar sözleşmelerinin bir özelliği değildir. Çünkü ikrar sözleşmesinde amaç ispat faaliyeti değil, taraflar arasındaki çekişmeli vakıaların çekişmesiz hâle getirilmesidir. Bu nedenlerle, hakem-bilirkişilik sözleşmesinin hukukî niteliği bir ikrar sözleşmesi değildir. Aynı nedenlerle, doktrinde hakem-bilirkişilik sözleşmesini, olayları ve olguları çekişmesiz hâle getiren bir sözleşme olarak nitelendirilerek, hakem-bilirkişi raporunun delil niteliğini reddedilmesi görüşüne de katılamamaktayız⁹⁶⁰. Hakem-bilirkişilik sözleşmesinde amaç, çekişmeli olan vakıayı çekişmesiz hâle getirmektir; ancak bu sadece amaçtır. Her durumda ve her koşulda bu amacın gerçekleştiğini ifade edemeyiz. Nitekim bu amacın gerçekleşip gerçekleşmediği yönünde ispat aracı şeklinde, hakem-bilirkişi raporu bir delil teşkil eder. Bu kapsamda, hakem-bilirkişinin faaliyetini sözleşmeye uygun yapıp yapmadığı, raporun iptali davası ve hakem-bilirkişiye ilişkin açılan sorumluluk davalarında, hakem-bilirkişi raporu bir delil özelliğine sahiptir⁹⁶¹. Bu nedenlerle hakem-bilirkişilik sözleşmesinin hukukî niteliği, bir ikrar sözleşmesi değildir.

Usûl hukuku teorileri bakımından, hakem-bilirkişilik sözleşmesinin hukukî niteliğine ilişkin ikinci savunulan görüşe göre, hakem-bilirkişilik sözleşmesinin

⁹⁵⁹ Wittmann, s. 55-56; Deren-Yıldırım, s. 327.

⁹⁶⁰ Taşpınar, İspat Sözleşmeleri, s. 149.

⁹⁶¹ Rauscher, hakem-bilirkişilik sözleşmesinin hukukî niteliğini bir ikrar sözleşmesi olarak nitelendirse de bu teorisinin eksikliklerini de ifade etmiştir. Hakem-bilirkişi raporunun, hakem-bilirkişilik ve hakem-bilirkişi sözleşmesi arasında aracı bir işlevinin olduğunu, özellikle hakem-bilirkişinin bulgularını sözleşmeye uygun bir şekilde değerlendirip değerlendirmede ve buna bağlı olarak raporun bağlayıcının sona erip ermemesi ve hakem-bilirkişi sorumluluk davası bakımından, hakem-bilirkişinin tek delil olma özelliği taşıdığını ifade etmiştir. Bu nedenle, hakem-bilirkişi raporunun delil olma vasfını tamamen inkâr edememiş ve hakem-bilirkişilik ve hakem-bilirkişi arasındaki sözleşmeye ilişkin uyumsuzluklar bakımından, ikincil manada, hakem-bilirkişi raporunun bir delil olma özelliğini kabul etmektedir (Rauscher, s. 118).

hukukî niteliği bir delil sözleşmesidir. Hakem-bilirkişilik sözleşmesiyle, o vakıanın ispatının sadece tek delil olarak hakem-bilirkişi raporuyla yapılacağı şeklinde bir hasretme durumu olduğu için hakem-bilirkişilik sözleşmesi doktrine ve içtihatlarla göre bir münhasır delil sözleşmesi niteliğindedir. Dolayısıyla hakem-bilirkişilik sözleşmesinin menfî etkisi, hâkimin ve tarafların hakem-bilirkişi raporundan başka bir delile başvurmamasını engelleme şeklinde gösterir. Bu nedenle hakem-bilirkişilik sözleşmesinin salt menfî etkisi göz önünde bulundurarak, hakem-bilirkişilik sözleşmesinin hukukî niteliğinin bir münhasır delil sözleşmesi olduğu ifade edilebilir. Ancak, hakem-bilirkişilik sözleşmesinin sadece delilleri sınırlandırma şeklinde menfî etkisi değil, ayrıca hakem-bilirkişi raporundaki vakıa tespitleriyle hâkimin bağlı olduğu, bağlayıcı etki şeklinde, bir müspet etkisi de vardır. Bu nedenlerle hakem-bilirkişilik sözleşmesinin hukukî niteliği bir delil sözleşmesi değildir.

Hakem-bilirkişilik sözleşmesi, delilleri sınırlandırıcı menfî ve tarafları ve mahkemeyi bağlayıcı müspet etki özelliklerine sahiptir. Bu nedenle hakem-bilirkişilik sözleşmesi, öncelikle bağımsız bir ispat ve usûl sözleşmesidir. Bu durum, hukukî niteliğinin birkaç sözleşmenin birleşmesinden oluşmasını sağlayabilir. Hakem-bilirkişilik sözleşmesinin menfî etkisi şeklinde delilleri sınırlandırması tek delil olarak hakem-bilirkişi raporunun olması onun delil sözleşmesi olduğunu; diğer yandan müspet etkisi olan hakem-bilirkişi raporunda tespit edilen vakıalar bakımından taraflar ve hâkimin bağlı olması onun sınırlı bir delil değerlendirme sözleşmesi olduğunu gösterir⁹⁶². İsviçre Medenî Usûl Hukuku Kanunu'nda, hakem-bilirkişilik sözleşmeleri ve hakem-bilirkişi raporunun bağlayıcılığı (SchZPO Art. 189/III) doğrudan artık kanunda düzenlendiği için İsviçre'de hakem-bilirkişilik sözleşmeleri, salt delil sözleşmesi olarak nitelendirmektedir⁹⁶³. Ancak hukukumuzda, İsviçre hukukundaki gibi, hakem-bilirkişilik hakkında kanunî bir düzenleme olmadığı sürece, hakem-bilirkişilik sözleşmesinin hukukî niteliği, delileri sınırlandırma etkisiyle delil ve hakem-bilirkişinin tespit ettiği sınırlı vakıa temelinde delil değerlendirme sözleşmesi olarak nitelendirmemiz gerekir.

Diğer yandan, hakem-bilirkişilik sözleşmesinin salt usûl hukuku sözleşmesi mi yoksa karma usûl hukuk sözleşmesi mi olduğunun incelenmesi gerekir. Bu akımın

⁹⁶² Stein, Jonas ve Schlosser, vor § 1025, s. 37, Rn. 60.

⁹⁶³ Pelli, s. 14.

oluşturulmasında ilk olarak dava öncesi ve dava aşamasında hakem-bilirkişilik sözleşmeleri, ikinci olarak hakem-bilirkişi raporunun etkisinin nasıl sona erdiği görüşleri etkili olmuştur. *Eickmann*, davadan önce yapılan hakem-bilirkişilik sözleşmesi bir maddî hukuk sözleşmesi; dava sırasındaki bir hakem-bilirkişilik sözleşmesini bir karma hukuk sözleşmesi olduğunu ifade etmiştir⁹⁶⁴. *Taşpınar*, *Eickmann* tarafından yapılan davadan önce ve dava sırasında hakem-bilirkişilik sözleşmesi ayrımını haklı olarak eleştirmiştir. Çünkü yargılama normlarının kural olarak, böyle bir parçalanmayı tanımayacağını ifade etmiştir. Örnek olarak, yetki sözleşmesinin davadan önce yapılması durumunda maddî hukuk, davadan sonra usûl hukuku sözleşmesi sayılması ve her iki aynı sözleşmenin farklı hükümlere tâbi kılınmasının anlaşılabilir ve kabul edilebilir bir sonuç olmadığını ifade etmiştir. Usûl hukuku sözleşmeleri davada etkilerini doğurduğu sürece, davadan önce ve sonra ayrımı yapılmamalı her iki durumda da usûl hukuku sözleşmesi olarak nitelendirilmesi gerektiğini ifade etmektedir⁹⁶⁵.

Karma sözleşme akımının oluşmasında diğer etken, hakem-bilirkişi raporunun iptalinin hangi sebeplere dayanacağı ve davadan önce yapılan hakem-bilirkişilik sözleşmesinin davayı önleyici etkisidir. Hakem-bilirkişi raporu bir maddî hukuk (içerik denetimi) şeklinde açıkça hakkaniyete aykırılık veya açıkça yanlışlık denetimine tâbidir. Ayrıca, usûl hukuku denetimi şeklinde, hakem-bilirkişi raporu, hakem-bilirkişinin tarafsızlığı ve bağımsızlığı, taraflara eşit davranma yükümlülüğü, tarafların hukukî dinlenilme hakkına riayeti, hakem-bilirkişi raporunun gerekçeli olması hususları açısından da denetlenmektedir. Bu nedenlerle kanaatimizce, hakem-bilirkişilik sözleşmesi, hakem-bilirkişilik faaliyetinin ortaya konulması ve hakem-bilirkişi raporunun değerlendirilmesi usûl hukukuna; buna karşılık, hakem-bilirkişilik sözleşmesinin şartları ve geçersizliği, iptal edilmesi, konusu, davayı önleyici etkisi

⁹⁶⁴ Eickmann, s. 54-56.

⁹⁶⁵ Taşpınar, İspat Sözleşmeleri, s. 149; Aynı şekilde, *Rauscher*, hakem-bilirkişilik sözleşmesi davadan önce de yapılsa, onun karakteristik etkisinin, mahkemeyi bağlayıcı etkisinden kaynaklandığını ifade etmektedir. Mahkemeyi bağlayıcı etki de usûl hukukunda sonuç doğurduğundan, davadan önce hakem-bilirkişilik sözleşmelerinin bir maddî hukuk sözleşmesi olarak nitelendirilemeyeceğini ifade etmektedir. Tarafların dava açmalarını engelleyen durum, hakem-bilirkişi raporuyla tarafların bağlı olması değil, mahkemenin bağlı olmasıdır (*Rauscher*, s. 126); Brosi’de hakem-bilirkişi raporunun, mahkemeyi bağlaması etkisini bağımsız bir etki olarak görmektedir. Hakem-bilirkişi raporunun tarafları bağlayıcı tespit etkisini, bağlayıcı etkinin refleks etkisi olarak nitelendirmekte olup hakem-bilirkişilik sözleşmesinin karakteristik etkisinin, bağlayıcı etki olduğunu ifade etmektedir (Brosi, s. 62).

maddî hukuka ilişkindir. Bu nedenle, hakem-bilirkişilik sözleşmesinin hukukî niteliği, delilleri sınırlandırıcı etkisiyle bakımından delil sözleşmesi, ancak taraflar arasında çekişmeli vakıayla sınırlı olmak üzere, hâkimin bağlı olması yönüyle delil değerlendirme sözleşmelerinin birleşiminden oluşan, yargılamada etkilerini tahkikat aşamasında ortaya çıkaran, karma ispat usûl sözleşmesidir.

IV. HAKEM-BİLİRKİŞİLİK SÖZLEŞMESİ, İÇERİĞİ VE ŞEKLİ

A. Hakem-Bilirkişiliğe Elverişlilik ve Tarafların Anlaşması

1. Hakem-Bilirkişiliğe Elverişlilik

Hakem-bilirkişilik sözleşmesi, tahkim sözleşmesinden farklı olarak, hukukî ilişkinin bir unsuru veya münferit bir vakıa tespitine yönelik olsa dâhi, mahkeme içtihatlarında, serbestçe tasarruf edilebilme açısından, hukukî ilişki esas alınmaktadır. Bu nedenle, hakem-bilirkişiliğe elverişlilik açısından, tahkim hükümleri kıyasen uygulanmaktadır⁹⁶⁶. Tahkim sözleşmesinin hangi konularda yapılabileceğini düzenleyen (HMK m. 408, ZPO §1025, SchZPO Art. 354) tahkime elverişlilik (Schiedsgerichtsbarkeit) hükümleri, hakem-bilirkişiliğe elverişlilik (Schiedsgutachtenbarkeit) hakkında da aynı şekilde uygulanmaktadır⁹⁶⁷.

Tahkime elverişlilik, kanun koyucuların, tahkim konusundaki tavırlarına, ülkelerin sosyal ekonomik özelliklerine ve kamu düzeni anlayışlarına göre değişmektedir⁹⁶⁸. Hukukumuzda tahkime elverişlilik, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 408. maddesinde düzenlenmiştir. Hükme göre, taşınmaz mallar üzerindeki aynî haklardan veya iki tarafın iradelerine tâbi olmayan işlerden kaynaklanan durumlar, tahkime elverişli olmadığı düzenlendiğinden, bu durumlar hakem-bilirkişiliğe de elverişli değildir. Ancak taşınmaz üzerindeki kişisel haklara ilişkin durumlar bakımından, tahkime başvurulabileceği için hakem-bilirkişiliğe de

⁹⁶⁶ BGE 141 III 201 E. 3. 2. 1 (Brosi, s. 121, dn. 463); Angstmann, s. 74.

⁹⁶⁷ Brosi, s. 121; Angstmann, s. 73-74; Yeşilırmak Hakem-Bilirkişilik, s. 707; Yeşilırmak, Öneri, s. 35.

⁹⁶⁸ Ekşi, s. 49.

başvurulabilecektir⁹⁶⁹. Taraflarca sulh ve kabul olunabilen uyuşmazlıklar tahkime elverişli olduğu için hakem-bilirkişiliğe de elverişlidir⁹⁷⁰. Tarafların sulh olamayacakları konular, aslında bir kamu düzeni veya kamu menfaatinin korunması söz konusu olan uyuşmazlıklar olup tahkime elverişli değildir⁹⁷¹. Tarafların sulh olamayacakları konular ya onların niteliklerinden ya da kanunun açık hükmü gereği tarafların, tasarruf yetkilerinin düzenlenmediği haklarla ilgilidir⁹⁷². Tahkime elverişli uyuşmazlıkların listesini yapmak mümkün değildir, çünkü özel hukuka ilişkin uyuşmazlıkların büyük bölümü, tahkime elverişli olduğu için hakem-bilirkişiliğe de elverişlidir. Ancak tahkime elverişli olmayan uyuşmazlıklar, re'sen araştırma ilkesinin uygulandığı davalar olan, yaş düzeltmesi, evliliğin feshi, soy bağının tesisi, velayet, babalık davası veya boşanma davaları, çekişmesiz yargı işleri, iflâs davaları tahkime elverişli olmadığı için hakem-bilirkişiliğe de elverişli değildir⁹⁷³. Ayrıca taraflar, taraflarca hazırlanma ilkesinin esas alındığı davalarda uyuşmazlık konusu çekişmeli vakıa hakkında, hakem-bilirkişilik sözleşmesi yapabilir.

Uygulamada genellikle inşaat ve sigorta uyuşmazlıklarında, zararın miktarı ve meydana geliş şekli, inşaatta üretim miktarının ve kalitesinin sözleşmeye uygunluğu veya kusurun kimde olduğu konuları, hakem-bilirkişiliğe elverişli konulara örnek olarak gösterilmektedir⁹⁷⁴. Hakem-bilirkişilerin görevi, sigorta hukukunda, sigorta poliçesi teminatına dâhil olan bir hasar meydana gelmesi durumunda, tarafların miktar hususunda anlaşamamaları hâlinde, sigorta ettirenin menfaat değeri ile hasar miktarını

⁹⁶⁹ “Davalının davacı idareye verdiği yükümlülük belgesinin 3. maddesinde, satış barakası kirasının belediyece takdir edileceğini, takdir edilecek kira parasını ödemeyi kabul etmiştir. Bu sözleşme, kira parasının tayini konusunda bir delil sözleşmesi niteliğindedir. Davacı, sözleşmeye göre belirecek kira parası ile bağlı olduğunu açıklamaktadır. Tarafların kabul ettikleri mercice kira parası belirtilmiş bulunmasına göre davacı idarenin, bu merci tarafından takdir edilen kira parasını istemeye hakkı vardır. Satış barakasının taşınmaz mal hükmünde olması itibarıyla 6570 sayılı Yasa hükümleri ve buna ilişkin içtihadı birleştirme kararları uyarınca tespitine imkân bulunmadığından mahkemece tespit yolu ile kiranın belli edilmesine ve böylece uyuşmazlığın çözülmesine karar verilmesi doğru değildir.” (Yargıtay 4.HD E. 1967/8076, K. 1967/ 10233, T. 18.12.1967) (Kuru, Usûl Cilt III, s. 2903-2904, dn. 49).

⁹⁷⁰ Alangoya, Tahkim, s. 82-83; Kuru, Usûl Cilt VI, s. 5945-5946; Pekcanitez ve Yeşilırmak, Pekcanitez Usûl Cilt III, s. 2631-2632.

⁹⁷¹ Pekcanitez ve Yeşilırmak, Pekcanitez Usûl Cilt III, s. 2632.

⁹⁷² Tuluay, s. 127-128.

⁹⁷³ Kuru ve Aydın, Usûl Ders Kitabı, s. 698; Pekcanitez, Atalay ve Özkes, Usûl Ders Kitabı, s. 617; Pekcanitez ve Yeşilırmak, Cilt III, s. 2632; Aydemir, s. 230.

⁹⁷⁴ İsmail Doğanay, **Türk Ticaret Kanun Şerhi Cilt III**, 3. Baskı, Feryal Matbaası, Ankara 1990, (Şerh), s. 2951; Yeşilırmak, Hakem-Bilirkişilik, s. 707; Yeşilırmak, Öneri, s. 35-36.

saptamaktır⁹⁷⁵. Bu nedenle sigortacı ve sigorta ettiren arasında, gerçekleşen rizikonun, sigorta teminatı içerisinde kalıp kalmadığı şeklinde bir hukukî sorun olması durumunda, hakem-bilirkişiye değil, mahkemeye gidilmesi gerekir⁹⁷⁶. Hakem-bilirkişiler, bir hakem niteliğinde olmadığından, Yargıtay kararları⁹⁷⁷ ve doktrine göre, taraflar arasında çıkan uyuşmazlığın hukukî yönünün hakem-bilirkişilerin yetkisi içinde olmadığı kabul edilmektedir⁹⁷⁸.

2. Tarafların Anlaşması

Hakem-bilirkişilik sözleşmesinin bir ispat veya delil sözleşmesi olarak hukukî niteliğinin ifade edilmesi, niteliğine uygun düştüğü ölçüde, maddî hukuk kurallarının uygulanmasını etkilemez. Hakem-bilirkişilik sözleşmesi açısından, bu nedenle tüm sözleşmelerde olduğu gibi niteliğine uygun düştüğü ölçüde, medenî (TMK m. 8-16) ve borçlar hukuku bakımından sözleşmelerin kurulması (TBK m.1-2) ve geçerliliği (TBK m. 26-27) için aranan şartlara tabî olacaktır⁹⁷⁹. Sözleşme, tarafların iradelerinin karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla kurulmaktadır. (TBK m. 1/I). Hakem-bilirkişilik sözleşmelerinde de tarafların iradelerinin karşılıklı⁹⁸⁰ ve birbirine uygun olması gerekir. Hakem-bilirkişilik sözleşmesi, mevcut veya gelecekteki bir davanın olası tarafları arasında akdedilecek, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarıyla kurulacaktır. Dolayısıyla, hakem-bilirkişilik sözleşmesinde de tarafların iradelerinin icap ve kabul uygunluğu aranacaktır. Bu konuda tarafların

⁹⁷⁵ Barış, s. 31; Can, s. 95; Doğanay, Şerh, s. 2947; Işıl Ulaş, **Uygulamalı Zarar Sigortaları Hukuku Genel Hükümler Mal ve Sorumluluk Sigortaları**, 8. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2012, (Zarar Sigortaları), s. 197.

⁹⁷⁶ Doğanay, Şerh, s. 2948.

⁹⁷⁷ “İnşaat Sigortaları Poliçesi Genel Şartları’nda yer alan ziya ile hasarın miktarı hakem-bilirkişilerce saptanması gerektiğine ilişkin şart, rizikonun sigorta teminatı içinde olduğu konusunda, taraflar arasında uyuşmazlık bulunmadığı hallerde uygulanması gereken bir nevi delil anlaşması niteliğindeki prosedürdür. Diğer bir deyişle, rizikonun poliçe teminatı içinde olduğu konusunda anlaşılan taraflar sadece hasar miktarında uyuşamadıkları takdirde, hakem-bilirkişiye başvurarak, uyuşmazlığı o prosedür koşulları içerisinde halledeceklerdir. Şayet dava konusu olayda da olduğu gibi, sigortacı ile sigorta ettiren arasındaki rizikonun teminat kapsamı içinde kalıp kalmadığı noktasında, başlangıçta bir uyuşmazlık çıkmışsa, bu takdirde uyuşmazlığın çözümü için mahkemeye başvurulması zorunludur.” (Yargıtay 11. HD, E. 2004/13228, K. 2005/12248, T. 13.12.2005) (Ulaş, Zarar Sigortaları, s. 199); Aynı yönde kararlar için bkz. Yargıtay 11. HD, E. 2005/5593, K. 2006/7506, T. 04.07.2006 (Ulaş, Zarar Sigortaları, s. 199-200).

⁹⁷⁸ Bu konu ileride ayrıntılı olarak incelenecektir bkz. aşağı. Dördüncü Bölüm, C, b.

⁹⁷⁹ Taşpınar, İspat Sözleşmeleri, s. 206; Atalay, Pekcanitez Usûl Cilt II, s. 1742.

⁹⁸⁰ Brosi’ye göre, hakem-bilirkişilik sözleşmesi tek taraflı hukukî işlem niteliğinde olan vasiyetname şeklinde de kurulabilmesi mümkün olmalıdır (Brosi, s. 103).

iradeleri bakımından bir uyuşmazlık sorunu çıkması durumunda ve tarafların gerçek ve ortak iradeleri yorum yoluyla (TBK m. 19/I) da anlaşılamiyorsa sözleşme kurulmamış olacaktır. Tarafların sözleşmede, hakem yerine hakem-bilirkişi veya hakem-bilirkişi yerine hakem yazabilmesi mümkündür. Burada tarafların yazmış oldukları ifadelerle göre değil, tarafların gerçek iradelerine (TBK m. 19/I) göre sözleşme yorumlanmalı, buna göre belirleme yapılmalıdır⁹⁸¹. Sözleşmede, üçüncü kişiye verilen görev, hukukî ilişkinin unsuru veya münferit vakıayı konu almakta, ancak sözleşmede hakem terimi kullanılsa dâhi, her iki taraf da hakem-bilirkişiyi kastettiğinden sözleşme geçerlidir. Ancak taraflardan biri hakem; diğeri hakem-bilirkişiyi kastediyorsa, burada iradeler uyumlu değildir ve sözleşme geçersizdir⁹⁸².

Ayrıca tarafların hakem-bilirkişilik sözleşmesi yapabilmesi için hak (TMK m. 8) ve fiil ehliyetine (TMK m. 9) sahip olması gerekir. Bu kapsamda, hakem-bilirkişilik sözleşmesini tarafların bizzat yapabilmeleri için serbest iradeleri ile tasarrufta bulunma yetkilerinin bulunması gerektiği için medenî hakları kullanma ehliyeti olan fiil ehliyetine sahip olması gerekir⁹⁸³. Küçük ve kısıtlılar için hakem-bilirkişilik sözleşmesi yapabilmesi için velisinin veya sulh hukuk mahkemesinin iznini almak suretiyle vasisinin yetkisi vardır (TMK m. 16).

Hukukumuzda tarafların, Türk Borçlar Kanunu'nun 26. maddesine göre, bir sözleşmenin içeriğini, kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilecekleri, düzenlenmiştir. Ancak Türk Borçlar Kanunu'nun 27. maddesinin birinci fıkrasında, kanunun emredici hükümlere, ahlaka, kamu düzenine ve kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüz olduğu düzenlenerek sözleşme özgürlüğünün sınırları çizilmiştir⁹⁸⁴. Bu nedenle, hakem-bilirkişilik sözleşmesinde, tarafların serbestçe tasarruf edebileceği bir durum dâhi olsa, hakem-bilirkişilik sözleşmesiyle, emredici hükümlere, ahlaka, kamu düzenine aykırı bir sözleşme kurulamaz. Bu nedenle taraflar arasındaki çekişmeli vakıanın tespiti için dolandırıcılık, evrakta sahtecilik, tahrifat gibi suç teşkil eden fillerin incelenmesi gerekiyorsa, çekişmeli vakıa için hakem-bilirkişi tarafından veya hukukî ilişkiyi

⁹⁸¹ Greger ve Stubbe, s. 4; Heinrich, s. 54; Rauscher, s. 169; Brosi, s. 94; Taşpınar, İspat Sözleşmeleri, s. 206.

⁹⁸² Bachmann, s. 43.

⁹⁸³ Bachmann, s. 65; Rauscher, s. 195.

⁹⁸⁴ Eren, Borçlar Genel, s. 363-364; Oğuzman ve Öz, s. 185; Nomer, Borçlar Genel, s. 67.

kapsayacak şekilde hakemde değil, doğrudan mahkemede yargılamanın yapılması gerekir⁹⁸⁵.

Şahsa bağlı bir hukukî işlem olmayan hakem-bilirkişilik sözleşmesinin temsilci yoluyla da yapılabilmesi mümkündür⁹⁸⁶. Bu nedenle, tarafların temsilci aracılığıyla hakem-bilirkişilik sözleşmesi yapması mümkündür. Doktrine göre, bir avukatın delil sözleşmesi yapabilmesi için, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 74. maddesinde, davaya vekâlette özel yetki verilmesini gerektiren hâller bakımından, delil sözleşmesi ve delil sözleşmesinin bir türü olan hakem-bilirkişilik sözleşmesi düzenlenmediğinden, vekâletnamede özel yetki aranmayacaktır⁹⁸⁷. İsviçre hukukunda da vekile özel yetki verilmesini gerektiren hâller, İsviçre Borçlar Kanunu'nun (Obligationsrecht-OR) 396. maddesinin üçüncü fıkrasında düzenlenmiştir. Bu hükümler arasında hakem-bilirkişilik sözleşmesi düzenlenmemiştir. *Angstmann*, bu hususu eleştirmektedir. Hakem-bilirkişilik sözleşmesi de usûle ilişkin etkisi açısından, açıkça belirtilen tahkim sözleşmesi (Schiedsgericht) gibi etki doğurduğu için özel yetkili vekâletname aranması gerektiğini savunmaktadır⁹⁸⁸.

Kanaatimizce, hakem-bilirkişilik sözleşmesi bakımından da vekâletnamede özel yetki aranması gerekir. Hukukumuzda davaya vekâlette özel yetki gerektirmesi hâller bakımından hakem-bilirkişilik sözleşmesi sayılmamış olsa dâhi, bu hâller arasında vekilin, özel yetki olmaksızın alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına başvuramayacağı düzenlenmiştir. Hakem-bilirkişilik sözleşmesi de bir alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olduğu için vekilin vekâletnamesinde özel yetkinin aranması gerekir⁹⁸⁹.

Hakem-bilirkişilik sözleşmesi de bir sözleşme olduğundan, irade bozukluğu hükümleri olan hata (TBK m. 30), hile (TBK m. 36) ve tehdit (TBK m. 37) hâllerinin, niteliğine uygun düştüğü ölçüde uygulanması gerekir. Ancak, hakem-bilirkişilik

⁹⁸⁵ Kendall, Freedman ve Farrell, s. 157, para. 10.6.19; Aydemir, s. 250; İngiliz ve Amerikan hukukunda, bu hususa çok önem verilmekte, bunlar zımni terim olarak algılanmakta her durumda hâkim bu hususu re'sen araştırmaktadır. 2007 yılında çıkarılan Kara Para Aklama Yasası uyarınca, (Money Laundering Regulation 2007) tahkim veya hakem-bilirkişilik sözleşmeleriyle sahte uyuşmazlık veya vakıa çekişmeleri yaratmak veya gizli anlaşmalar yapmak suretiyle, kara para aklanmaları engellenmeye çalışılmaktadır (Kendall, Freedman ve Farrell, s. 157, para. 10.6.19).

⁹⁸⁶ Angstmann, s. 81.

⁹⁸⁷ Taşpınar, İspat Sözleşmeleri, s. 207-208. Hatipoğlu, s. 62.

⁹⁸⁸ Angstmann, s. 81, Rn. 160.

⁹⁸⁹ Karşılaştırınız Ildır, s. 68.

sözleşmesinin⁹⁹⁰ usûl hukukunda etkisini doğurması dikkate alınmalıdır. Bu nedenle irade bozukluğu hâlleri, hakem-bilirkişilik sözleşmesinin dayandığı vakıalara ilişkin mahkemece bir işlem yapılınca kadar, mümkün olması gerekir. Ayrıca bu irade bozukluğu konusundaki iddiaların davayı gören hâkim bakımından bir ön sorun (hadise) olarak ele alınması hem taraf menfaatine hem de usûl ekonomisine uygun olacaktır⁹⁹¹.

B. Hakem-Bilirkişilik Sözleşmesinin İçeriği

Bir sözleşmenin kurulabilmesi için tarafların sözleşmenin esaslı noktalarında anlaşmaları (TBK m. 2/I) gerekmekte olup her sözleşmeyi diğer sözleşmelerden ayıran esaslı unsurlar vardır. Öncelikle hakem-bilirkişilik sözleşmesinin zorunlu unsurları olan çekişmeli vakıa, hakem-bilirkişi ifadesi, tarafları ve mahkemeyi bağlaması ve sonuç kontrolü şeklinde ifade edilen açıkça hakkaniyete aykırılık veya açıkça yanlışlık ifadeleri, daha sonra diğer ihtiyari unsurlar incelenecektir.

1. Zorunlu Unsurlar

a. Çekişmeli Vakıa

Hakem-bilirkişilik sözleşmesi, tarafların çekişmeli vakıa hususunda, anlaşamadıkları için üçüncü bir kişi olan hakem-bilirkişiye, tarafları ve mahkemeyi bağlayıcı şekilde, vakıanın tespitinin sağlanması için başvurdukları bir yoldur. Hakem-bilirkişilik sözleşmesinde taraflar arasında çekişmeli olan vakıanın belli olması, zorunlu bir unsurdur⁹⁹². Hakem-bilirkişilik sözleşmesinin hukukî niteliği doktrine göre, ispat veya delil sözleşmesi olduğu için delil ve ispat sözleşmelerinde aranan, uyumsuzluk konusu ve deliller bakımından belirlilik ilkesinin⁹⁹³ hakem-bilirkişilik sözleşmesinde de aranması gerekir. Ancak hakem-bilirkişilik sözleşmesi bakımından,

⁹⁹⁰ Islah hükümleri sadece tek taraflı usûl işlemlerine ilişkin uygulanmakta olup, usûl sözleşmelerine uygulanmaz (Taşpınar, İspat Sözleşmeleri, s. 253).

⁹⁹¹ Taşpınar, İspat Sözleşmeleri, s. 252-254.

⁹⁹² Brosi, s. 95; Rauscher, s. 199; Angstmann, s. 85.

⁹⁹³ Kuru, Usûl Cilt III, s. 2884; Taşpınar, İspat Sözleşmeleri, s. 193; Şengel, s. 270; Tuluay, s. 126; Konuralp, İspat, s. 60; Erturgut, s. 275.

deliller bakımından belirlilik ilkesi açısından bir sorun yoktur. Çünkü hakem-bilirkişilik sözleşmesiyle taraflar delillerini, tek delil olan hakem-bilirkişi raporuna hasrederler ve hakem-bilirkişi raporunun tarafları ve mahkemeyi bağlayıcı olduğunu kabul ederler⁹⁹⁴.

Hakem-bilirkişilik sözleşmesinde bu nedenle önemli olan, çekişmeli vakıanın belirli olmasıdır. İspat ve delil sözleşmesi türü olarak, hakem-bilirkişilik sözleşmesinde de taraflar arasındaki çekişmeli vakıa açısından “belirlilik” ilkesine uyulmak zorunludur. Bu nedenle hakem-bilirkişilik sözleşmesinde, taraflar arasındaki çekişmeli vakıanın düzenlenmesi ve mutlaka belirli olması gerekmektedir. Dolayısıyla taraflar arasındaki “her türlü çekişmeli vakıa tespitinin” hakem-bilirkişi tarafından yapılabileceğine ilişkin bir şart geçersizdir⁹⁹⁵.

b. Hakem-Bilirkişi İfadesi

Hakem-bilirkişilik sözleşmesinde, hakem-bilirkişinin seçilmesi veya seçilebilir olmasının gösterilmesi gerekir. Tarafların hakem-bilirkişilik sözleşmesinde, hakem-bilirkişinin isminin yazılması, hakem-bilirkişinin üçüncü bir kişi veya kurum ya da mahkeme tarafından seçileceğinin belirtilmesi ya da sadece hakem-bilirkişi ismen belirtilmeyip hakem-bilirkişide bulunması gereken uzmanlık ve niteliklerinin yazılmasını seçmede özgürlükleri vardır⁹⁹⁶.

Doktrinde hakem-bilirkişinin kim olacağının, hakem-bilirkişilik sözleşmesinde açıkça yazılması önerilmemektedir. Çünkü hakem-bilirkişi görevi kabul etmez, kabul edip daha sonra istifa eder veya ölürse ve taraflar hakem-bilirkişilik sözleşmesinde, yedek hakem-bilirkişilik kurallarını da düzenlemediği durumda, artık hakem-bilirkişilik sözleşmesinin ifa edilmesi imkânsız hâle gelebilir. Bu durumda uyuşmazlık hakkında gerekliyse bilirkişiye başvurularak, mahkeme veya hakem tarafından karar verilmesi gerekir⁹⁹⁷. Ancak hakem-bilirkişilik sözleşmesinde, bir hususun herhâlde, hakem-bilirkişiler tarafından tespit edileceği açıkça yazılı olması durumunda, tarafların seçtiği hakem-bilirkişiler görevini yapmayacaklarını bildirmeleri

⁹⁹⁴ Tuluay, s. 116.

⁹⁹⁵ Rauscher, s. 189-190; Brosi, s. 90; Pelli, s. 216.

⁹⁹⁶ Angstmann, s. 85-86.

⁹⁹⁷ Kuru Usûl Cilt III, s. 2912; Yeşilırmak, Hakem-Bilirkişilik, s. 717; Yeşilırmak, Öneri, s. 45.

durumunda, hakem-bilirkişilerin mahkemeye seçilmesi ve onların verecekleri rapora göre hareket edilmesi gerekir⁹⁹⁸.

c. Tarafları ve Mahkemeyi Bağlaması İfadesi

Hakem-bilirkişilik sözleşmesinde, hakem-bilirkişi tarafından çekışmeli vakıaların tespitini içeren hakem-bilirkişi raporunun tarafları ve mahkemeyi bağlayıcı olduğunun belirtilmesi gerekmekte olup bu hakem-bilirkişilik sözleşmesinin zorunlu bir unsurudur⁹⁹⁹. Sözleşmede, üçüncü kişinin tespitleri bakımından, sadece tarafların bağlı olduğu, ancak mahkemelerin bağlı olduğuna ilişkin bir hususun olmaması, alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olarak, mahkeme dışı çözüme dayanak teşkil etse de bir hakem-bilirkişilik sözleşmesi değildir¹⁰⁰⁰. Aynı şekilde üçüncü kişinin tespitleri bakımından ne tarafları ne de mahkemeyi bağlayacağına ilişkin herhangi bir düzenleme olmaması durumunda, bir hakem-bilirkişilik sözleşmesi değil, öneri mahiyetinde bir uzlaştırma söz konusudur¹⁰⁰¹.

Hakem-bilirkişi raporunun hem tarafları hem de mahkemeyi bağlaması, hakem-bilirkişilik sözleşmesinin esaslı unsurudur. Nitekim hâkim, hakem-bilirkişi raporuyla bağlı olduğu için hakem-bilirkişilik sözleşmesinin usûl hukukuna ilişkin etkisi var olup mahkeme hakem-bilirkişi raporundan başka diğer delillere başvuramaz¹⁰⁰².

⁹⁹⁸ “Taraflar arasında yapılan 9.2.1963 günlü sözleşmenin 5. maddesinin 1. bölümünde aynen şu sözler yer almıştır: (İki ortak arasındaki borç ve alacak mevzuları iki tarafın tayin edeceği 3 ehli vukufun kanaatlarına göre hareket edilecektir). Bu açık koşula göre ve ayrıca bu koşulun uygulanması konusunda yine taraflar arasında düzenlenen 5.4.1963 günlü hakem-bilirkişi sözleşmesi uyarınca taraflar arasındaki adi ortaklığın ve ayrıca 9.2.1963 günlü sözleşmede tespit edilen hak ve borçların bütünü orada öngörülen ceza koşulu dahil hakem-bilirkişiler eli ile çözümlenmek gerekmektedir. 5.4.1963 günlü sözleşmede öngörülüp adları yazılan bilirkişiler tarafların mahkemeye gitmeden ileri sürdükleri dilek uyarınca uyuşmazlığı incelemeye başlamışlarsa da bir sonuca varamayacaklarını açıklamış olmalarına ve uyuşmazlığın da adları yazılı olanlar sonuç almasa bile her halde hakem bilirkişi tarafından çözümlenmesi sözleşmede açıkça benimsenmesine göre, uyuşmazlığın mahkemeye seçilecek hakem bilirkişiler eli ile çözümlenmesi zorunludur. Hakem-bilirkişiler seçilip sözleşme ile sınırlı biçimde adi ortaklığın da durumunu inceleyip tarafların birbirlerinden alacak ve borçlarını hesapladıktan başka ceza koşulu da gerekip gerekmediğini inceleyip raporların mahkemeye bildirirler. Usûlün 287. maddesi hükmünce mahkeme, tarafları bağlayan bu raporu benimseyerek karar haline getirme ödevi içindedir.” (Yargıtay 4. HD., E. 1973/7897, K. 1973/3401, T. 23.3.1973 (Kuru, Usûl Cilt III, s. 2912-2913).

⁹⁹⁹ Rauscher, s. 198; Brosi, s. 95; Angstmann, s. 84-85.

¹⁰⁰⁰ Rauscher, s. 198.

¹⁰⁰¹ Rauscher, s. 198-199; Balci, s. 30.

¹⁰⁰² Rauscher, s. 198-200.

d. Açıkça Hakkaniyete Aykırılık veya Açıkça Yanlışlık İfadesi

Hakem-bilirkişilik sözleşmesinde diğer bir zorunlu unsur, hakem-bilirkişi raporunun sonuç kontrolünü sağlayan açıkça hakkaniyete aykırılık veya açıkça yanlışlık olması durumunda, hakem-bilirkişi raporunun iptalini sağlayan düzenlemedir. Ancak İngiliz ve Amerikan hukukunda açıkça yanlışlığı ifade eden, “*manifest error*” ifadesi, hakem-bilirkişilik sözleşmesinin zorunlu bir unsuru değildir. Tarafların sadece sözleşmede kararlaştırmaları durumunda mahkemece dikkate alınacaktır¹⁰⁰³.

Alman hukukunda açıkça hakkaniyete aykırılık (BGB § 319/I), açıkça yanlışlık (BGB § 319/I kıyasen) ve gerçek durumdan önemli ölçüde sapma ifadeleri (VVG § 84, 189) doğrudan kanuni düzenlemelerden kaynaklandığı için hakem-bilirkişilik sözleşmelerinin zorunlu unsuru olduğu ifade edilmektedir¹⁰⁰⁴. Ancak doktrinde, açıkça hakkaniyete aykırılık (BGB § 319) ifadesi yerine, sözleşme taraflarının bir edimi belirlediği salt hakkaniyete aykırılık (BGB § 315) ifadesinin de irade özerkliği temelinde, taraflarca düzenlenebileceği ifade edilmektedir¹⁰⁰⁵.

İsviçre Medenî Usûl Kanunu’nun 189. maddesinin üçüncü fıkrasının c bendinde, hakem-bilirkişi raporu açıkça yanlış olmadığı sürece bağlayıcı olduğu düzenlendiği için hakem-bilirkişilik sözleşmesinin zorunlu unsuru olduğu ifade edilmektedir¹⁰⁰⁶.

Hukukumuzda, hakem-bilirkişilik hakkında kanunî düzenleme olmasa da sigorta genel şartlarındaki düzenlemeler¹⁰⁰⁷, Yargıtay kararları¹⁰⁰⁸ ve doktrine göre, hakem-bilirkişi raporu açıkça hakkaniyete aykırı ve yanlış olması durumunda iptal

¹⁰⁰³ Kendall, Freedman ve Farrell, s. 220-221; Teomete Yalabık, s. 523-524.

¹⁰⁰⁴ Rauscher, s. 199; Wittmann, s. 84.

¹⁰⁰⁵ Stieglmeir, s. 78, 84.

¹⁰⁰⁶ Bachmann, s. 103; Angstmann, s. 143; Brosi, 268; Pelli, s. 82.

¹⁰⁰⁷ Bkz. İnşaat SGŞ B. 2. maddesi g bendi; Makine Kırılması SGŞ 13. maddesi g bendi; Montaj SGŞ 14. maddesi g bendi; Yangın SGŞ B.4. maddesi; Yangına Bağlı Kar Kaybı SGŞ B5 örnek olarak verilebilir.

¹⁰⁰⁸ “*Davacı sigorta şirketi vekili, müvekkili şirket tarafından yangına karşı sigorta edilen pamuk iplikleri ile ilgili (hakem-bilirkişi) hasar ve değer tespiti raporunun gerçek hasardan aşikâr bir şekilde fazla olduğunun iddiâ ile, söz konusu raporun iptalini talep ve dava etmiş olmasına nazaran, mahkemece uzman bilirkişiler marifetiyle ve genel hükümlere göre, davalının depolarının hacimleri ile yandığı iddia olunan sigorta ettiren emtianın miktarı da göz önünde bulundurulmak suretiyle, gerçek zararın tespiti gerekirken bu yoldaki talep ve iddianın reddi, bozmayı gerektirmiştir.*” (Yargıtay 11. HD., E. 1982/136, K. 1982/1313, T. 29.3. 1982) (Doğanay, Şerh, s. 2952).

edilebileceğinden, kanaatimizce, bu unsurun hakem-bilirkişilik sözleşmesinin zorunlu unsuru olarak yorumlamak gerekir.

2. İhtiyari Unsurlar

Hakem-bilirkişilik sözleşmesinin zorunlu unsurları olan, çekişmeli vakıa, hakem-bilirkişi ifadesi, hakem-bilirkişi raporunun tarafları ve mahkemeyi bağlaması ve açıkça hakkaniyete aykırılık veya açıkça yanlışlık durumunda hakem-bilirkişi raporunun iptalinin düzenlenmesi dışında, hakem-bilirkişilik sözleşmesine ilişkin ihtiyari unsurlar da taraflarca irade özerkliği temelinde düzenlenebilir. Hakem-bilirkişilik sözleşmesi açısından, kanunî bir düzenlemenin olmaması ve kurumsal hakem-bilirkişilik merkezlerinin az olması veya verilen hizmetten kaynaklı belli ücretlerinin olması, taraflara ad-hoc hakem-bilirkişilik sözleşmeleri kurmaya yöneltilir. Ancak, bu sözleşmelerin iyi düzenlenmesi ve gerekirse bu konuda bir hukukî destek alınması gerekir. Bu nedenle doktrinde hakem-bilirkişilik sözleşmesinde bulunması gereken faydalı unsurlar belirtilmiştir. Hakem-bilirkişilik sözleşmesine eklenmesi gereken unsurları, taraflar irade serbestisi uyarınca, emredici kurallara aykırı olmamak şartıyla istedikleri gibi, hakem-bilirkişilik sözleşmesinde veya sigorta hukukuna özgü, sigorta özel şartlarında düzenleyebilir¹⁰⁰⁹. Bu unsurlar, temelde, hakem-bilirkişilik usûlünün nasıl olacağına ve hakem-bilirkişide bulunması gereken özelliklere ilişkin durumlar olarak ayrılabilir.

Hakem-bilirkişilik usûlü, bir yargılama faaliyeti olmadığı için yargılama hukukunda esas olan adil yargılanma hakkının unsurlarının hakem-bilirkişilik usûlüne de uygulanıp uygulanmayacağı tartışmalıdır. Bu nedenle taraflar adil yargılanma hakkının unsurlarından olan, özellikle hakem-bilirkişinin hukukî dinlenilme hakkına riayet etmesi ve hakem-bilirkişi raporunun gerekçeli olması hususlarının, hakem-bilirkişilik sözleşmesinde düzenlenmesi tavsiye edilmektedir¹⁰¹⁰. Yargılama hukuku temel ilkelerinin eklenmesinden başka, hakem-bilirkişilik sözleşmesinin şekli, hakem-bilirkişi veya hakem-bilirkişilerin nasıl atanacağı, hakem-bilirkişinin nitelikleri ve özellikle yabancı dil bilmesi, hakem-bilirkişi sıfatıyla hareket edilmesi, hakem-

¹⁰⁰⁹ Antens, s. 697; Brosi, s. 95-96; Yeşilırmak, Hakem-Bilirkişilik, s. 709; Yeşilırmak, Öneri, s. 37; Demirel, s. 33; Yıldırım, s. 198.

¹⁰¹⁰ Rauscher, s. 201; Angstmann, s. 86; Brosi, s. 96; Yeşilırmak, Hakem-Bilirkişilik, s. 710.

bilirkişinin tarafsızlığını zedeleyecek hususları açıklaması, hakem-bilirkişinin reddi, yedek hakem-bilirkişi ve nasıl seçileceği, doktrinde düzenlenmesi önerilen diğer faydalı unsurlardandır¹⁰¹¹.

Hakem-bilirkişi ve tarafların işbirliği yükümlülüklerinin nasıl gerçekleşeceği, hangi tarafın, hangi bilgi veya belgeyi ne kadar sürede getireceği, bunların getirilmediği durumda, cezaî şartların düzenlenmesi ve ayrıca hakem-bilirkişinin kendiliğinden araştırma yapıp yapamayacağı, doktrinde tavsiye edilen diğer faydalı hususlardandır¹⁰¹². Hakem-bilirkişi raporunun ne kadar sürede hazırlanacağı, hakem-bilirkişi raporu iptal sebepleri ve iptal süresi hususlarının da yazılması doktrinde tavsiye edilmektedir. Ayrıca, hakem-bilirkişi ücret ve masraflarının nasıl ve kim tarafından ödeneceği, hakem-bilirkişiye avans verilip verilmemesi hususu, hakem-bilirkişinin sorumluluğuna ilişkin sorumsuzluk anlaşması yapılıp yapılmaması ve hakem-bilirkişilerin ve tarafların hakem-bilirkişiliğe ilişkin gizlilik anlaşmaları tavsiye edilen hususlardandır¹⁰¹³.

Hukukumuzda da uygulamada kullanılan, yukarıdaki unsurların büyük bir bölümünü içeren, İnşaat Sigortası Genel Şartları (Bütün Riskler), faydalı unsurların düzenlendiği, hakem-bilirkişilik şartına örnek olarak verilebilir¹⁰¹⁴.

C. Hakem-Bilirkişilik Sözleşmesinin Şekli

Hakem-bilirkişilik sözleşmesinin, iki şekilde yapılabilmesi mümkündür. İlkinde, maddi hukuk sözleşmesine ilişkin bir şartla, taraflar aralarındaki çekişmeli vakıanın hakem-bilirkişi tarafından bağlayıcı şekilde yapılacağını kararlaştırabilirler. İkinci olarak, sadece hakem-bilirkişilik sözleşmesini konu alan bağımsız hakem-bilirkişilik sözleşmesi şeklinde de yapılabilmesi mümkündür¹⁰¹⁵. Hakem-bilirkişilik sözleşmesini taraflar, çekişmeli vakıa gerçekleşmeden önce veya sonra yapılabileceği gibi, dava aşamasında da yapabilmeleri mümkündür¹⁰¹⁶. Hakem-bilirkişi raporunun

¹⁰¹¹ Rauscher, s. 200; Angstmann, s. 86; Brosi, s. 96; Yeşilırmak, Hakem-Bilirkişilik, s. 710.

¹⁰¹² Angtmann, s. 86-87; Brosi, s. 96.

¹⁰¹³ Yeşilırmak, Hakem-Bilirkişilik, s. 710; Yeşilırmak, Öneri, s. 38-39.

¹⁰¹⁴ Bkz. İnşaat Sigortası Genel Şartları (Bütün Riskler).

¹⁰¹⁵ Yeşilırmak, Hakem-Bilirkişilik, s. 711; Yeşilırmak, Öneri, s. 39; Demirel, s. 33-34; Yıldırım, s. 199.

¹⁰¹⁶ Bachmann, s. 64; Rauscher, s. 188-189; Yıldırım, s. 199; Aktan, s. 533.

tarafları ve mahkemeyi bağlaması açısından, hakem-bilirkişilik sözleşmesinin çekişmeli vakıa gerçekleşmeden önce veya sonra yapılması yönünden bir fark yoktur. Hakem-bilirkişilik sözleşmesinin şekli, mukayeseli hukuk ve hukukumuzda tartışmalı bir konudur.

Alman hukukunda, BGB §317-319 hükümlerinde, hakem-bilirkişilik sözleşmesi açısından şekil hususu düzenlenmediği için hakem-bilirkişilik sözleşmeleri bakımından şekil özgürlüğü söz konusudur. Doktrinde, hakem-bilirkişiliğe, tahkim hükümlerinin kıyasen uygulanması gerektiğini ifade edenler dâhi, tahkim sözleşmesi gibi, hakem-bilirkişilik sözleşmesinin de yazılı olarak yapılma zorunluluğuna karşı çıkmaktadır. Çünkü hakem-bilirkişi raporu, tahkim kararından farklı olarak, maddî hukuk içerik denetimine sahip olduğundan, katı bir geçerlilik koşulu olarak yazılı yapılmasına gerek olmadığını ifade etmektedirler¹⁰¹⁷. Ancak hakem-bilirkişilik sözleşmesi, bir maddî hukuk sözleşmesinin şartı olarak düzenlendiyse, bu durumda, hakem-bilirkişilik sözleşmesi maddî hukuk sözleşmesinin bağlı bulunduğu şekil şartlarına uygun olarak düzenlenmesi gerekir¹⁰¹⁸. Ancak doktrinde ispat hukukuna, bu kadar etki eden hakem-bilirkişilik sözleşmesinin geçerlilik koşulu olarak yazılı şekilde düzenlenmesinin gerekliliği de savunulmaktadır¹⁰¹⁹.

İsviçre hukukunda, İsviçre Medenî Usûl Kanunu yürürlüğe girmeden önce hakem-bilirkişilik sözleşmesine ilişkin, kanunda düzenlenen bir şekil şartı düzenlenmediği için hakem-bilirkişilik sözleşmeleri bakımından şekil özgürlüğü söz konusudur. Ancak hakem-bilirkişilik sözleşmesi, maddî hukuk sözleşmesinin bir şartı olarak düzenlenmesi durumunda, hakem-bilirkişilik sözleşmesi maddî hukuk sözleşmesinin bağlı bulunduğu şekil şartına uygun olarak düzenlenmesi gerekir¹⁰²⁰. İsviçre Medenî Usûl Kanunu (SchZPO) yürürlüğe girdikten sonra, hakem-bilirkişilik sözleşmesi açısından, yetki sözleşmelerinin şekline ilişkin hükümlerin uygulanacağı düzenlenmiştir (SchZPO Art. 189/II, 17). Yetki sözleşmelerinin, yazılı veya ispat edilen herhangi bir diğer formla yapılabileceği düzenlenmektedir. Bu şekilde, İsviçre hukukunda, tahkim (SchZPO Art. 358), yetki (SchZPO Art. 17) ve hakem-bilirkişilik sözleşmelerinin (SchZPO Art. 189) aynı şekle tâbi olacağı düzenlenmiştir¹⁰²¹. Ancak

¹⁰¹⁷ Rauscher, s. 196.

¹⁰¹⁸ Rauscher, s. 196-197; Greger ve Stubbe, s. 37; Sieveking, s. 62.

¹⁰¹⁹ Meyer, s. 86.

¹⁰²⁰ Bachmann, s. 67.

¹⁰²¹ Angstmann, s. 83; Brosi, s. 113.

yazılı şeklin aynı belgeden kaynaklanma zorunluluğu olmayıp belgelerin değişimiyle de yapılabilmesi mümkündür. Ayrıca ispat edilmeye izin verildiği sürece, diğer formlar olan e-posta, faks ve benzeri yollarla da yapılmasına izin verilmektedir. Bu nedenle, hakem-bilirkişilik sözleşmesinin şekli açısından imza zorunlu bir unsur değildir. Sadece anlaşmanın belgelerle kanıtlanabilmesi belirleyici olan husustur¹⁰²². Hakem-bilirkişilik sözleşmesi bakımından, tartışmalı vakıaların, bir davada yeniden tartışılmadığı için bu şekil formu, tarafları korumakta ve davada ispatın hızlı olmasını sağlamakta olduğundan olumlu karşılanmaktadır. Doktrinde hakîm görüşe göre, hakem-bilirkişilik sözleşmesi için öngörülen şekil şartı, bir ispat şartı¹⁰²³ değil, geçerlilik şartıdır¹⁰²⁴.

Hukukumuzda, hakem-bilirkişilik sözleşmesi hakkında kanunî bir düzenleme olmadığı için hakem-bilirkişilik sözleşmesinin şeklinin nasıl olacağı hususu tartışmalıdır. Bu tartışma, hakem-bilirkişilik sözleşmesinin hukukî niteliğinin bir delil veya ispat sözleşmesi olmasına göre değişmektedir.

Doktrinde bir görüş, hakem-bilirkişilik sözleşmesinin şekline ilişkin, delil sözleşmesi hükümlerinin kıyasen uygulanması gerektiğini savunmaktadır¹⁰²⁵. Delil sözleşmesi davadan önce, sadece delil sözleşmesini konu alacak bir bağımsız bir sözleşme¹⁰²⁶ veya ilgili olduğu hukukî ilişkinin maddî hukuk açısından düzenlendiği sözleşmenin şartı olarak yazılı şekilde yapılabilir (HMK m. 193/I). Hakem-bilirkişilik sözleşmesi, münhasır delil sözleşmesi olarak, tarafların delil gösterme özgürlüğünü sınırlandırdığı için hakem-bilirkişilik sözleşmesinin varlığı açık ve anlaşılır biçimde olmalıdır. Sözleşmenin varlığı hakkında bir tereddüt yaşanması şeklinde, tarafların iradelerinin doğru yansıtılıp yansıtılmadığı veya sözleşmenin geçerliliği konusunda şüpheyne¹⁰²⁷ düşülmesi durumunda, hakem-bilirkişilik sözleşmesi geçersiz hâle gelebilir. Ancak böyle bir durumda yapılan sözleşmenin geçersizliği sonucuna

¹⁰²² Angstmann, s. 84, Rn. 167.

¹⁰²³ Brosi'ye göre, hakem-bilirkişilik hukukî ilişkiyi esas alan bir sözleşme olmadığından, tarafların halen mahkemeye gitme ihtimalleri olduğundan, bu şekil şartının bir geçerlilik değil, ispat şartı olarak anlaşılması gerektiğini savunmaktadır (Brosi, s. 117-119).

¹⁰²⁴ Angstmann, s. 84; Brunner, Gasser, Schwander ve Müller, § 189, s. 1553-1554.

¹⁰²⁵ Kuru, Usul Cilt III, s. 2921.

¹⁰²⁶ Delil sözleşmesi yazılı olarak yapılabilecek ise de sözleşmede bunun mutlaka "delil sözleşmesi" olarak anılması gerekli değil olup, hukukî nitelendirme hâkime aittir (Yavaş, s. 404-405).

¹⁰²⁷ Kuru'ya göre, münhasır delil sözleşmesi yapmanın, tarafların delillerini hasretmeleri şeklinde, başka delil gösterememesi şeklinde ağır bir sonucu olduğu için hakem-bilirkişilik sözleşmesi yapılması yönündeki iradenin açık olması gerekir. Aksi takdirde, taraflarca yapılan sözleşmenin münhasır olmayan delil sözleşmesi olarak nitelendirilmesi gerekir (Kuru, Usul Cilt III, s. 2898).

ulaşmak yerine, taraf iradesinin ne olduğunun araştırılmasının, irade serbestisi açısından daha yerinde olacağı ifade edilmektedir¹⁰²⁸.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 193. maddesinde, tarafların delil sözleşmesini, yazılı olarak ya da mahkeme önünde tutanağa geçirilecek imzalı beyanlarıyla kurabileceği düzenlemiştir. Yazılı şekil, delil sözleşmesinin geçerlilik koşulu¹⁰²⁹ değil, ispat için gereklidir¹⁰³⁰. Bu nedenle delil sözleşmesi, sözlü olarak da yapılabilir, ancak sözlü delil sözleşmesinin davada ispat edilmesi gerekli olup bu ispat, delil sözleşmesine dayanmak isteyen tarafın, karşısındaki tarafın ikrarı ile mümkündür. Taraflar delil sözleşmesini dava sırasında da yapabilirler. Bu delil sözleşmesi ilk olarak, tarafların delil sözleşmesine ilişkin beyanlarının duruşmada tutanağa geçirilerek imzalarının alınması şeklinde yapılabilir (HMK m. 193/I). İkinci olarak, senetle ispatı gereken hususlarda, taraflardan birinin tanık dinletmesi üzerine, karşı tarafın buna açıkça muvafakat etmesi¹⁰³¹ yoluyla¹⁰³² da yapılabilir (HMK m.

¹⁰²⁸ Yeşilırmak, Hakem-Bilirkişilik, s. 711; Yeşilırmak, Öneri, s. 39.

¹⁰²⁹ Delil sözleşmesinin yazılı yapılmasını geçerlilik koşulu olduğunu, çünkü usûl işlemleri yazılı olarak yapılmak zorunda olduğu görüşü hakkında bkz. Tuluay, s. 124-125; Alangoya, Yıldırım ve Deren-Yıldırım, s. 380-381; Budak ve Karaslan, s. 279; Hatipoğlu, s. 66; Aslan, s. 41.

¹⁰³⁰ Umar, Delil Anlaşmaları, s. 858; Kuru, Usûl Cilt III, s. 2922; Konuralp, İspat, s. 60-61; Taşpınar, İspat Sözleşmeleri, s. 194; Ateş, s. 251; Yılmaz, Şerh, s. 3616; Erturgut, s. 276; Çiftçi, Delil Sözleşmeleri, s. 145; Yavaş, s. 316; Battal, s. 130; Şengel, s. 274; M. Göksu, Delil, s. 134; Aşit, Delil Sözleşmesi, s. 108.

¹⁰³¹ Taşpınar' a göre, karşı tarafın tanık dinletilmesine muvafakati neticesinde taraflar arasında bir delil sözleşmesi kurulmamaktadır. Çünkü tarafın beyanının mahkemeye yöneltilip mahkemenin kararını gerektirmesi sebebiyle, tarafların irade beyanlarının karşılıklılık unsurundan yoksun olduğunu, bu nedenle bir delil sözleşmesi olmadığını savunmaktadır (Taşpınar, İspat Sözleşmeleri, s. 195-196); Çiftçi, Delil Sözleşmesi, s. 147; Aksi görüş olarak Yavaş, muvafakatin de bir usûl işlemi olduğunu, bu nedenle diğer usûl işlemleri gibi, bunun da hâkime yöneltilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Muvafakatin tutanağa geçirilmesinin, tarafın iradesini ortadan kaldıran ya da bu iradenin değerini ortadan kaldıran bir husus olmadığını ifade etmiştir. Aksine burada açık muvafakatin mahkemeye yöneltilmesi, söz konusu muvafakatin tutanağa geçmesi bakımından zorunlu olduğunu ifade etmiştir. Bu nedenle bu şekilde gerçekleştiren bir anlaşmayı da delil sözleşmesi olarak saymak gerekir. Hâkimin senetle ispatı gereken hususta, hatırlatma yapması kanun tarafından kendisine verilen bir görevdir. Bu hatırlatma üzerine taraf dilerse muvafakat verir dilerse de muvafakat etmeyebileceği şeklinde irade serbesttir. Tarafın tanık dinletilmesi icabını kabul etmesi üzerine, iki taraf arasında ilgili husus hakkında tanık dinletilmesi yönünde delil sözleşmesi kurulmuş olur. Buna benzer durumlar maddi hukuk alanındaki bazı işlemler bakımından, resmî bir makamın katılımının zorunlu olduğu, durumlarda da bir sözleşme kurulmaktadır. Örneğin, geçerli bir evlenme sözleşmesi için görevli resmî memurun katılımının zorunlu olması ve taraflar arasındaki icap ve kabulün, bu resmî memur huzurunda yapılması yapılan sözleşmenin evlenme sözleşmesi olarak nitelendirilmesini engellemez. Bu nedenle, senetle ispatı gereken hususta, hâkimin hatırlatması ve karşı tarafın muvafakati durumunda, taraflar arasında delil sözleşmesi kurulmuş olur (Yavaş, s. 406-407); Aslan, s. 45.

¹⁰³² Ayrıca doktrinde delil sözleşmesinin şekline ilişkin Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 227. maddesinin ikinci fıkrasına göre, yemin teklif olunan kimse, yemini edaya hazır olduğunu bildirdikten sonra, diğer taraf teklifinden vazgeçerek başka bir delile dayanamaz ve yeni bir delil

200/II). Bu konuda, karşı tarafın açıkça muvafakati arandığından, zımnen delil sözleşmesi yapılamaz¹⁰³³.

Doktrinde bizim de katıldığımız doktrinde ikinci görüş, hakem-bilirkişilik sözleşmesinin hukukî niteliğini, bir ispat sözleşmesi olarak nitelendirdiğinden, hakem-bilirkişilik sözleşmesinin şekline ilişkin ispat sözleşmeleri hükümleri uygulanması gerektiğini ifade etmektedir¹⁰³⁴. Ancak hukukumuzda ispat sözleşmeleri düzenlenmemiştir. Borçlar hukukunda, sözleşmelerin geçerliliği açısından, kanunda aksi öngörülmedikçe, hiçbir şekle tâbi olmadığı düzenlenmiştir (TBK m. 12/I). Usûl sözleşmeleri varlık ve gelişimlerini maddî hukukta düzenlenen irade özgürlüğü ilkesine borçludur. Bu nedenle, yargılama hukukunda bu ilkeyi ortadan kaldıracak yorum yapılmamalıdır. Dolayısıyla ispat sözleşmeleri açısından da şekil serbestisi ilkesi geçerlidir. Ancak maddî hukuk işlemi bir şekil şartı gerektiriyorsa, bu hususta usûl ve ispat sözleşmeleri de buna uygun yapılmalıdır. İspat sözleşmeleri, maddi hukukun bir şartı olarak düzenlenmesi durumunda, maddî hukukun aradığı şartlar, yargılama hukukunda da aranmalıdır. İspat sözleşmelerinin uyumsuzluk öncesi veya sonrası ya da mahkeme önünde yapılması açısından herhangi bir fark da yoktur¹⁰³⁵. Ancak uygulamada hakem-bilirkişilik sözleşmeleri genelde yazılı olarak yapılmaktadır. Nitekim sigorta sözleşmesinin bir parçası hâline gelen, sigorta genel şartlarında yazılı olarak yer almaktadır¹⁰³⁶. Ayrıca hakem-bilirkişilik sözleşmesinin, yazılı olarak yapılması ve yine aynı şekilde sözleşmede yapılacak değişikliklerin de yazılı olarak yapılması, taraflara ispat kolaylığı sağlaması açısından tavsiye edilmektedir¹⁰³⁷.

gösteremez, hükmünün bir delil sözleşmesi olup olmadığı tartışmalıdır. Doktrinde bu konuda iki görüş bulunmaktadır. Doktrinde bir görüş, hükmün gerekçesinden hareketle, bunun bir karşı taraf lehine kazanılmış bir hak olduğunu savunmaktadır (Kuru, Usûl Cilt III, s. 2514); Doktrinde diğer bir görüş yemin teklif olunan kimsenin yemini eda etmeye hazır olduğunu bildirmesi halinde, taraflar arasında bir delil sözleşmesi olduğunu ifade etmektedir (Erdönmez, Pekcanitez Usûl Cilt II, s. 1880-1881); Bolayır, Deliller, s. 388-359; Aşit, Delil Sözleşmesi, s. 116-117; Hatipoğlu, s. 109.

¹⁰³³ Yılmaz, Şerh, s. 3616.

¹⁰³⁴ Taşpınar, İspat Sözleşmeleri, s. 208.

¹⁰³⁵ Taşpınar, İspat Sözleşmesi, s. 208-210.

¹⁰³⁶ Rauscher, s. 197.

¹⁰³⁷ Yeşilırmak, Hakem-Bilirkişilik, s. 711; Yeşilırmak, Öneri, s. 39; Demirel, s. 34.

V. GENEL İŞLEM ŞARTLARI BAKIMINDAN HAKEM-BİLİRKİŞİLİK SÖZLEŞMELERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Genel Olarak

Günümüz koşulları, sosyal ve ekonomik gelişmeler, özellikle bazı mal ve hizmetlerin, belirli bir kişi yerine kitlelere sunulması, örneğin, banka, sigorta, seyahat ve taşıma şirketi gibi birçok alanda, borçlar hukukunun temelini oluşturan bireysel sözleşme özgürlüğünün terkedilmesine yol açmıştır. Bu şekilde, kurumların her kişiyle ayrı ayrı sözleşme yapması yerine, önceden hazırlanan sözleşme modellerinin, o mal veya hizmeti almaya gelen kişilere karşı, herhangi bir pazarlık ya da tartışma hakları olmaksızın, önlerine konulan metni kabul etmekten başka seçenekleri olmayan genel işlem koşullarına¹⁰³⁸ bırakmıştır.

818 sayılı eski Borçlar Kanunu döneminde¹⁰³⁹, genel işlem koşullarıyla ilgili genel bir düzenleme yer almamaktaydı. Ancak eski 6762 Türk Ticaret Kanunu'nun 766, 1266/II, 1425. maddelerinde bazı özel hükümlere rastlamak mümkündü. Aynı şekilde, 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'da 2003 yılında yapılan değişiklikle, Kanunu'n 6. maddesinde, sadece tüketicileri esas alan sözleşmedeki haksız şartlar şeklinde bir hüküm bulunmaktadır. Ayrıca bu hükmü esas alan, "Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik" çıkarılmıştır¹⁰⁴⁰. Hem kanun hem de yönetmelik yalnızca taraflardan birinin tüketici olduğu sözleşmeleri esas almaktaydı. Doktrin ve Yargıtay¹⁰⁴¹, bu hükümlerin yanı sıra,

¹⁰³⁸ Kanun koyucunun, doktrinde ve yargı kararlarında, neredeyse oy birliği olarak kullanılmakta olan "genel işlem şartları" terimi yerine neden "genel işlem koşulları" terimini anlamak güç teşkil etmekte, çünkü, TKHK m. 6 ve tüketicilere ilişkin yönetmelikte, "haksız şartlar" kavramı kullanılmakta olduğundan, bu durum kavram kargaşasına yol açmaktadır (Yeşim Atamer, "Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi-TKHK m. 6 ve TTK m. 55, F. 1, (f) ile Karşılaştırmalı Olarak", **Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu 8 Nisan 2011**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Entitüsü Yayınları, (Karşılaştırma), s. 9, dn. 1).

¹⁰³⁹ RG., 29.4.1926, S. 359.

¹⁰⁴⁰ Bu yönetmelik büyük ölçüde, Avrupa Birliği tarafından 5 Nisan 1993 tarihinde kabul edilmiş olan, "Tüketici Sözleşmelerinde Yer Alan Kötüye Kullanılabilir Kayıtlara İlişkin Konsey Yönergesi" nin (93/AET, ATRG (1993) L 95/29 bir tercümesi niteliğindedir (Atamer, Karşılaştırma, s. 9, dn. 4); Murat Aydoğdu, **Türk Borçlar Hukukunda Genel İşlem Koşullarının ve Tüketici Hukukunda Haksız Şartların Denetimi**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2014, s. 25.

¹⁰⁴¹ "Prensip olarak Türk hukukunda genel işlem şartlarının (veya iltihaki sözleşmenin) önceden idari kontrolünün veya sonradan yargısal kontrolünün yapılmasını öngören bir yasal düzenleme mevcut

dürüstlük kuralı¹⁰⁴², emredici hukuk kuralları, ahlak ve kamu düzenine aykırılık gibi, borçlar hukukunun genel hükümleri aracılığıyla denetim sağlamaktaydı.

Yürürlükte olan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun¹⁰⁴³ 20 ve 25. maddeleri arasında, genel işlem koşulları ve yaptırımları, tüketici veya tacir herkes bakımından genel olarak düzenlemiştir¹⁰⁴⁴. Genel işlem koşulları, sözleşme taraflarından birinin, ileride, çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanılmak amacıyla, önceden ve tek taraflı olarak düzenlediği ve sözleşme kurulurken, karşı tarafa tartışma imkânı vermeksizin sunduğu hükümlerdir. Genel işlem koşullarının, sözleşme metninde veya ekinde yer alması, kapsamı, yazı türü ve şekli, bunların genel işlem koşulu olarak nitelendirilmesini engellemez (TBK m. 20/I). Ayrıca¹⁰⁴⁵ sadece tüketicileri esas alan, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un¹⁰⁴⁶ 5. maddesinde, tüketici sözleşmelerinde haksız şartlar düzenlenmiş ve bu hükmü esas alan, tüketici ile kurulan sözleşmelerde yer alan haksız şartların tespitine ve denetlenmesine ilişkin, "Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik"¹⁰⁴⁷ çıkarılmıştır. Bu yönetmeliğin 5. maddesinin birinci fıkrasında, tüketici ile kurulan sözleşmelerde yer

değildir. Bu durumda genel işlem şartlarındaki (GİŞ) kayıtların kontrolü ancak, dava halinde özellikle kayıtların yorumu tamamlanması ve değiştirilmesi veya geçersiz sayılması hâkimin görevine dahil olmaktadır. Gerek ülkemizde gerek Alman ve İsviçre Mahkeme içtihatları ile bilimsel öğretisinde, genel işlem şartlarının (veya iltihaki sözleşmelerin) uyuşmazlık halinde hâkim tarafından kontrolünde, açık olmayan kayıtların metni kaleme alan aleyhine yorumlanacağı, alınlmamış kayıtların geçersiz, şaşırtıcı kayıtların ise sözleşmenin içeriğinden dahi sayılmayacağı münferit sözleşmedeki hükümlere aykırı olan kayıtların uygulanmayacağı kişilik haklarını sınırlayan kayıtların ise hükümsüz olacağı ilkeleri geliştirilmiş ve uygulanmıştır." (Yargıtay 3. HD., E. 1998/4263, K. 1998/6098, T. 2.6.1998) (Yeşim Atamer, **Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi**, 2. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2001, (Denetleme), s. 49, dn. 38).

¹⁰⁴² "Ekonomik bakımdan güçsüz olanların korunması, Anayasamızda belirtilen "sosyal hukuk devleti" ve "iktisadi ve sosyal hayatın adalete göre düzenlenmesi" eş söyleyişle "sosyal adalet" ilkelerinin bir gereğidir. Sırası gelmişken hemen vurgulayalım ki, hâkim. Medeni Yasanın 1. maddesinin kendisine tanıdığı yasa koyucu gibi hareket etme yetkisine dayanarak, özellikle hakların kullanılmasında ve borçların yerine getirilmesinde objektif iyi niyet kurallarına uyulmayı öngören MK m.2/1, kişiliğin korunmasını düzenleyen MK m.24. ahlaka aykırılığı yasaklayan BK m.19/11 gibi genel kurallar altında sözleşme özgürlüğüne tüketiciyi koruyucu sınırlamalar getirebilir." (Yargıtay 13. HD., E. 1996/1734, K. 1996/2495, T. 18.3.1996 (Atamer, Denetleme, s. 26, dn. 98).

¹⁰⁴³ RG 4.2.2011, S. 27836.

¹⁰⁴⁴ Atamer, Karşılaştırma, s. 10; Aydoğdu, s. 34.

¹⁰⁴⁵ 6102 sayılı yürürlükte olan Türk Ticaret Kanunu'nun 55. maddesinin birinci fıkrasının f bendinde, genel işlem koşuluna ilişkin bir hüküm bulunmaktadır. Hükme göre, f) *Dürüstlük kuralına aykırı işlem şartları kullanmak. Özellikle yanıltıcı bir şekilde diğer taraf aleyhine; 1. Doğrudan veya yorum yoluyla uygulanacak kanuni düzenlemeden önemli ölçüde ayrılan veya 2. Sözleşmenin niteliğine önemli ölçüde aykırı haklar ve borçlar dağılımını öngören, önceden yazılmış genel işlem şartlarını kullananlar dürüstlüğe aykırı davranmış olur.*, şeklinde özel bir düzenleme vardır.

¹⁰⁴⁶ RG., 28.11.2013, S. 28835.

¹⁰⁴⁷ RG., 17.6.2014, S. 29033.

alan, bir şartın haksız kabul edilebilmesi için gerekli şartlar sıralanmış, hükmün dördüncü bendinde, yönetmelik ekinde yer alan listede sayılan şartların örnek niteliğinde haksız şart¹⁰⁴⁸ olarak nitelendirileceği belirtilmiştir.

Genel işlem koşullarının denetimi, yürürlük (TBK m. 21-22), yorum (TBK m. 23) ve içerik denetimi (TBK m. 25) olmak üzere üç aşamadan oluşmaktadır¹⁰⁴⁹.

Genel işlem koşullarının denetimindeki ilk aşama, genel işlem koşullarının sözleşmenin içeriği olup olmadığının tespit edilmesi şeklinde yürürlük denetimidir. Yürürlük denetimi¹⁰⁵⁰, Türk Borçlar Kanunu'nun 21. maddesinde düzenlenmiştir. Hükme göre, karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşulları kapsamına girmesi, sözleşmenin yapılması sırasında düzenleyenin karşı tarafa, bu koşulların hakkında bilgi verip bunların içeriğini öğrenme imkânı sağlaması ve karşı tarafın da bu koşulları kabul etmesine bağlıdır. Aksi takdirde, genel işlem koşulu yazılmamış sayılacaktır (TBK m. 21/I). Ayrıca, sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan genel işlem koşulları da yazılmamış sayılır şeklinde düzenlenmiştir (TBK m. 21/II). Bu şekilde, genel işlem koşulu kullanan taraf, genel işlem koşullarının yürürlüğe girmesi için gerekli olan şartları (TBK m. 21/I) yerine getirmez veya sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı¹⁰⁵¹ olan genel işlem koşullarını kullanması hâlinde (TBK m. 21/II), bu koşulların yazılmamış sayılacağını¹⁰⁵² kanun koyucu yaptırım olarak öngörmüştür. Ancak sözleşmenin yazılmamış sayılan genel işlem koşulları dışındaki

¹⁰⁴⁸ Yönetmeliğin ekinde yer alan liste olan Ek-1 hem maddi hukuk hem de usûl hukuku açısından örnekler vermekte olup, “n” bendi, usûl hukuku açısından haksız şart örneklerini vermektedir. İlgili bende göre, “Tüketicinin özellikle, hukuki düzenlemelerde öngörülmemiş bir hakeme müracaatını öngörmek, gösterebileceği delilleri ölçüsüz derecede sınırlandırmak veya mevcut hukuki düzen uyarınca diğer tarafta olan ispat külfetini tüketiciye yüklemek suretiyle tüketicinin mahkemeye gitme veya başka başvuru yollarını kullanma imkânını ortadan kaldıran veya sınırlandıran şartlar,” şeklinde olan şartlar, haksız şart olarak kabul edilmiştir (Aydoğdu, s. 262).

¹⁰⁴⁹ Eren, Borçlar Genel, s. 232; Oğuzman ve Öz, s. 173-179; Atamer, Karşılaştırma, s. 11; Aydoğdu, s. 71-72; Tekin Memiş, **Sigorta Sözleşmesi Şartlarının Yargısal Denetimi**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016, s. 115.

¹⁰⁵⁰ Türk Borçlar Kanunu'nun 21. maddesinde düzenleme açısından, yürürlük ve içerik denetimi birbirine karıştırılmış, burada araştırılması gereken, karşı tarafın menfaatine aykırılık değil, nötr bir inceleme olan, bu metnin sözleşme içeriği olup olmadığı noktası olmalıdır. (Atamer, Karşılaştırma, s. 28); Ayrıca hem tacir hem de tüketiciler bakımından uygulanan yürürlük denetimi, tacirler bakımından uygulanmaması gerekir. Çünkü, tacirler açısından zaman kavramı önemli olmakta, onlar açısından asıl korumayı içerik denetimi sağlaması gerekir. Bu nedenle tacirler bakımından, mahkemelerin esnek bir uygulama göstermesi gerekir. (Atamer, Karşılaştırma, s. 35).

¹⁰⁵¹ Doktrinde “yabancı” kelimesi yerine “şaşırtıcı” terimi kullanılmaktadır (Atamer, Karşılaştırma, s. 29); Aydoğdu, s. 77.

¹⁰⁵² Kanun'da ifade edilen yazılmamadan kasıt, yokluk anlamına gelmektedir (Eren, Borçlar Genel, s. 233); Oğuzman ve Öz, s. 174.

hükümleri geçerliliğini koruyacaktır. Bu durumda genel işlem koşullarını düzenleyen, eğer yazılmamış sayılan koşullar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu da ileri süremeyecektir (TBK m. 22).

Genel işlem koşullarının denetimi açısından ikinci aşama yorum aşamasıdır. İlk aşama olan yürürlük denetiminden sonra, sözleşmenin içeriği olduğu sonucuna varılabiliyorsa, bundan sonraki aşama genel işlem koşulunun açık ve anlaşılır olmaması durumunda, nasıl yorumlanacağı hususudur. Belirsizlik ilkesi olarak da ifade edilen bu kural, genel işlem koşulunun yorumunda, hükmün içeriğine ilişkin tereddüt yaşanması durumunda, muhtemel yorumlardan, en fazla tüketici lehine olanın tercih edileceğini ifade eder¹⁰⁵³. Bu konuda Türk Borçlar Kanunu'nun 23. maddesine göre, genel işlem koşullarında yer alan bir hükmün, açık ve anlaşılır değilse veya birden çok anlama geliyorsa, düzenlenin aleyhine ve karşı tarafın lehine yorumlanacağı düzenlenmiştir.

Genel işlem koşulu niteliğinde bir şart içeren sözleşmede, yürürlük denetiminin aşılması ve yorumu gerektirecek bir belirsizliğin bulunmaması veya bulunsa bile düzenleyen aleyhine yorum yapılmış olmasının ardından¹⁰⁵⁴ son aşama olarak içerik denetimi yapılmaktadır. İçerik denetimi, yürürlük ve yorum denetimlerinden ayrılır. Yürürlük denetimi, genel işlem koşullarının sözleşmenin bir parçası olup olmayacağı kontrolünü yapmakta olduğundan, nötr bir denetimdir. Yorum denetiminde ise sözleşmedeki hükümde belirsizliğin bulunması veya birden fazla anlama gelmesi hâlinde, hangisinin tercih edileceğine dair kural getirir. Ancak içerik denetimi, sözleşmeyle ilişkilendirilen ve yürürlüğü sağlanan, genel işlem koşullarının, tarafların çıkarlarını adil bir şekilde dengeleyip dengelemediği üzerinde mahkemenin denetimini

¹⁰⁵³ Eren, Borçlar Genel, s. 235; Oğuzman ve Öz, s. 176; Atamer, Karşılaştırma, s. 35-36; Aydoğdu, s. 116.

¹⁰⁵⁴ Genel işlem koşulları açısından diğer bir denetim türünün de şeffaflık (saydamlık) denetimidir. Şeffaflık denetimi, sözleşmenin anlaşılabilir olmasını gerektirir. Taraflar arasındaki dengenin bozulması, sadece müzakere edilmemiş olan, sözleşme hükümlerinin müşteri aleyhine olan içeriklerinden değil, bunların kaleme alınış tarzından da kaynaklanabilir. Sözleşme şartlarının bir uzmanın ötesinde, müşterinin anlayabilmesine odaklanmaktadır. Burada aynı zamanda okunabilirlik ve belirlilik kavramları önem arz eder. Okunabilirlik kavramı, sözleşme şartlarının zahmetsizce okunmasına odaklanmakta, bu nedenle yazı karakteri, punto, yazı tonu gibi unsurlar öne çıkar. Belirlilik denetimi, sözleşmede tarafların hak ve yükümlülüklerinin somutlaştırılmasıdır. Şeffaflık denetimi hem yürürlük hem de yorum denetiminde etkisini gösterir. Genel işlem koşullarında, şeffaflık denetimi, içerik denetiminden önce gelmektedir. Nitekim eğer bir kural zaten açık ve anlaşılabilir değilse, içerik denetimine tabi olmadan geçersiz sayılacaktır. (Atamer, Karşılaştırma, s. 47).

ve bu denetim sonucu adil olmayan şartların geçersiz kılınmasını ifade eder¹⁰⁵⁵. İçerik denetimi, Türk Borçlar Kanunu'nun 25. maddesinde düzenlenmiştir. Hükümde, genel işlem koşullarına, dürüstlük kurallarına aykırı olarak, karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı hükümlerin konulamayacağı belirtilmiş, ancak bu konuda bir yaptırım düzenlenmemiştir. Doktrinde¹⁰⁵⁶, buradaki yaptırımın, kesin hükümsüzlük (TBK m. 27/I) olacağı ifade edilmektedir. Ayrıca doktrin, Türk Borçlar Kanunu'nun 25. maddesinde, içerik denetimi açısından dürüstlük kuralının kabul edilmesinin yerinde olduğunu, ancak yetersiz olduğunu ifade etmektedir. Bu nedenle içerik denetimi açısından, TTK m. 55/I/f ve TKHK m. 6 ve Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik madde 5 ve yönetmeliğin ekinde (Ek-1) yer alan haksız şartların verildiği örnek listenin esas alınması gerektiği ifade edilmektedir¹⁰⁵⁷.

B. Sigorta Genel Şartlarının Hukukî Niteliği ve Özelliği

Hakem-bilirkişilik kurumu, sigorta genel şartlarında düzenlendiği için sigorta genel ve özel şartlarının hukukî niteliğini, onların bir genel işlem koşulu olup olmadığını, mukayeseli hukuk ve hukukumuz açısından incelemeye çalışacağız.

Alman hukukunda, önceden sigorta genel şartları resmî bir makamın onayından geçmekteydi. Sigorta genel şartları, bir resmî makam tarafından denetlendiği için sigorta genel şartlarının hukukî niteliği, kanun benzeri metinler olarak nitelendirilmekteydi¹⁰⁵⁸. Ayrıca yürürlükten kalkan eski Alman Genel İşlem Şartları Kanunu'nun (Das Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, AGBG) § 23 hükmünde, sigorta genel şartlarının, genel işlem denetiminin istisnası olduğu açıkça belirtilmekteydi¹⁰⁵⁹. Ancak, özellikle Avrupa Birliği'nin "Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Koşullar Hakkında 5 Nisan 1993 Tarihli Konsey Direktifi" doğrultusunda, sigorta genel şartlarındaki resmî bir makamın onayı kaldırılmıştır. Sigorta genel şartları, Almanya'daki özel sigortacıların oluşturduğu, bir çatı organizasyon olan ve merkezi Berlin'de bulunan "Der

¹⁰⁵⁵ Memiş, s. 170; Atamer, Karşılaştırma, s. 41; Aydoğdu, s. 126.

¹⁰⁵⁶ Atamer, Karşılaştırma, s. 61-62; Aydoğdu, s. 133.

¹⁰⁵⁷ Atamer, Karşılaştırma, s. 43.

¹⁰⁵⁸ BGH NJW 1981, s. 873 (Memiş, s. 25, dn. 43).

¹⁰⁵⁹ Memiş, s. 25-26.

Gesamtverband der Deutschen Versicherungswirtschaft (GDV)” tarafından hazırlanmaktadır. Özel bir kuruluşun, bu sigorta genel işlem şartlarını düzenlemesi hususu sonucunda, doktrin ve mahkeme kararları, sigorta genel şartlarını, bir genel işlem şartı¹⁰⁶⁰ olarak nitelendirmektedir¹⁰⁶¹.

İsviçre Hukukunda, sigorta genel şartları, resmî bir makam olan “Bundesamt für Privatsicherungen-BPV” onayından geçmektedir. Ancak buna rağmen doktrin sigorta genel şartlarının, bir genel işlem şartı mahiyetinde olduğunu ifade etmektedir. Bu nedenle, İsviçre hukukunda genel işlem koşullarının düzenlendiği, Haksız Rekabet Kanunu’nun (UWG) 8. maddesine göre denetlenmekte, ancak geçerlilik veya yürürlük denetimi konusunda bir özel düzenleme bulunmadığından, genel sözleşme hükümleri içinde çözüm aranmaktadır¹⁰⁶².

Hukukumuzda, doktrinde sigorta genel şartlarının hukukî niteliği tartışmalıdır. Doktrinde bizim de katıldığımız bir görüşe göre¹⁰⁶³, sigorta genel şartlarının Hazine Müsteşarlığı tarafından onaylanmış olması (Sigortacılık Kanunu m. 11/I), poliçe genel şartlarının, genel işlem koşulu olarak nitelendirilmesini engellemez. Çünkü Türk Borçlar Kanunu’nun 20. maddesinin dördüncü fıkrasında, genel işlem koşullarıyla ilgili hükümlerin, sundukları hizmetleri kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülmekte olan kişi ve kuruluşların hazırladıkları sözleşmelere de niteliklerine bakılmaksızın genel işlem koşulu denetiminin uygulanacağı ifade edilmiştir. Dolayısıyla sigorta genel şartları Hazine Müsteşarlığı gibi, bir organ tarafından hazırlanmış¹⁰⁶⁴ olsa dâhi, genel işlem koşulları olarak nitelendirilmeli ve

¹⁰⁶⁰ BGH VersR. 2000, s. 190-191. (Memiş, s. 24, dn. 40); Mehmet Bahtiyar, “Sigorta Poliçesi Genel Koşulları”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi (Batider)**, C. XIX, S. 2, Aralık 1997, s. 92.

¹⁰⁶¹ Memiş, s. 24-25.

¹⁰⁶² Memiş, s. 27.

¹⁰⁶³ Genel İşlem Koşullarının kamusal bir makam tarafından onaylanmış veya hazırlanmış olması da genel işlem koşulu niteliğini kaldırmayacaktır. Sigortacılık Kanunu’nun 11. maddesinin birinci fıkrası uyarınca, sigorta genel koşullarının Hazine Müsteşarlığınca düzenleniyor olması ve bütün sigorta şirketlerinin kullanmak mecburiyetinde olması, bu hükümlerin daha sonra yargısal olarak genel işlem koşulu denetimi uygulanmasını engellemez (Atamer, Karşılaştırmalı, s. 15); Bahtiyar, s. 95; Can, s. 23-24; Korkmaz, s. 165-166; Orhan Gürgen, “Trafik Sigortası Genel Şartlarının Hukuki Mahiyeti ve Yargıtay’ın Konuya İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Y. 11, S. 41, Ocak 2020, s. 467.

¹⁰⁶⁴ Kanun hükmü yorumlanırken, Alman hukukundaki BGB § 305 hükmüne paralel şekilde yorumlanmalı, buradaki hazırlayan ifadesi kullanan şekilde anlaşılması gerekir (Gürgen, s. 476).

mahkemeler tarafından genel işlem şartlarını düzenleyen¹⁰⁶⁵ hükümler çerçevesinde denetlenmelidir.

Doktrinde diğer bir görüşe göre¹⁰⁶⁶, sigorta sözleşmesi içinde bulunan şartların mahiyetine göre, nitelendirme yapılması gerektiğini savunmaktadır. Sigorta sözleşmelerinde birbirinden farklı mahiyette şartlar bulunmaktadır. Bunlardan ilki, sigorta sözleşmesini özelleştiren kayıtlar olup tarafların adı, soyadı, adresleri, sigorta poliçe numarası gibi, sigorta poliçelerini ferdileştiren kayıtlar olduklarından, bir genel işlem koşulu değildir¹⁰⁶⁷. İkincisi, tarafların üzerinde müzakere ederek kararlaştırdıkları şartlardır. Taraflar bu şartları müzakere ederek düzenlediğinden¹⁰⁶⁸, bir genel işlem şartı niteliğinde değildir¹⁰⁶⁹. Diğerleri, sigorta hukukunda özel şart olarak ifade edilen, sigorta genel şartlarına ilave edilen ve sigorta şirketlerince yazılan şartlardır. Uygulamada birçok sigorta şirketi, genel şartlar yanına “*özel şartlar*” başlığı altında ilaveler yapmaktadır. Özel şartları tarafların kararlaştırdıkları şartlardan ayıran önemli özellik, sigorta ettirenle müzakere edilmeden hazırlanmasıdır. Sigortacılık Kanunu’nun 11. maddesinin son cümlesine göre, sigorta özel şartları, sigorta genel şartlarına aykırı olamaz. Ayrıca Türk Ticaret Kanunu’nun 1425. maddesinin birinci fıkrasında, sigorta poliçesinin, tarafların haklarını, genel ve varsa özel şartların rahat ve kolay okunacak şekilde düzenlenmesi gerektiği düzenlenmiştir. Sigorta özel şartları, sigorta ettirenle müzakere edilmeden, tek taraflı sigorta şirketi tarafından hazırlandığı için bir genel işlem şartı niteliğindedir¹⁰⁷⁰. Doktrinde esas tartışmalı olan

¹⁰⁶⁵ Kabukçuoğlu Özer’e göre, sigorta genel şartları bir genel işlem şartı mahiyetindedir. Artık Türk Borçlar Kanunu hükümlerinin mi Türk Ticaret Kanunu hükümlerinin mi uygulanması gerektiği sorusu ortaya çıkar, ancak bunların ikisi de aynı zamanda yürürlüğe girdiğinden, kanunlar arasında, öncelik ve sonralık ilişkisi söz konusu değildir. Bu nedenle genel ve özel kanun değerlendirilmesi yapılmalıdır. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’ndaki özel koruyucu hükümler sebebiyle, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’ndaki genel hükümler uygulanmamalıdır. Nitekim Türk Ticaret Kanunu’nun koruyucu maddeleri, karşı tarafın bilgisi olsa, içeriğini tam anlasa ve kabul etse dahi, Kanunda bazı hükümlerin hiç değiştirilemeyeceği, değiştirilirse sözleşmenin geçersiz olacağı, bazılarının değiştirilirse yazılmamış sayılacağı veya Kanun hükümlerinin uygulanacağı hüküm altına alınmıştır. Dolayısıyla, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun koruyucu hükümleri (TTK m. 1452) karşısında, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun hükümlerinin (TBK m. 20-259 uygulanmaması gerekir (Kabukçuoğlu Özer, s. 153-154).

¹⁰⁶⁶ Memiş, s. 52 vd; Burak Kara, “Sigorta Sözleşmesi Şartlarının Genel İşlem Koşulları Çerçesinde Hukuki Mahiyeti”, **Asoscongress 4. Uluslararası Hukuk Sempozyumu 3-4-5 Mayıs 2018 Alanya Tam Metin Kitabı**, s. 276.

¹⁰⁶⁷ Memiş, s. 8; Kara, s. 271.

¹⁰⁶⁸ Tarafların bir şartı müzakere edip etmediği noktasında, bir tereddüt meydana gelirse, bu durumda bunların müzakere edilmemiş olduğu asıldır (Memiş, s. 50).

¹⁰⁶⁹ Memiş, s. 8-9; Kara, s. 271.

¹⁰⁷⁰ Memiş, s. 10; Kara, s. 272.

sonuncu şart olan, sigorta genel şartlarıdır. Sigorta genel şartları, bu görüşe göre, bir genel işlem koşulu (TBK m. 20-25) değil, idarenin isimsiz düzenleyici işlemi niteliğindedir. Ancak bu durum onların mahkeme tarafından denetlenmesini engellemez, bu denetim Türk Ticaret Kanunu koruyucu hükümleri (TTK m. 55/I-f, 1404, 1423, 1452) ve diğer kanunlarda düzenlenen emredici hükümlere (TBK m. 27) göre yapılır¹⁰⁷¹. Çünkü sigorta genel şartlarını genel işlem koşulu olmaktan çıkaran birçok neden vardır. Bunlardan ilki, tarafların irade özgürlüğü sigorta sözleşmelerinde sınırlı olup Hazine Müsteşarlığı tarafından düzenlenen ve onaylanan sigorta genel şartlarına aykırı düzenleme yapamazlar ve bu durum hem sigortacı hem de sigorta ettireni bağlar. Türk Borçlar Kanunu'nun 21. maddesindeki, yürürlük denetimi, sigorta genel şartlarında uygulanamaz. Çünkü Türk Ticaret Kanunu'nun 1405. maddesine göre, sigorta ettirmek isteyeninin verdiği teklifnameye sigortacı otuz gün içinde cevap vermezse, sigorta sözleşmesi kanun hükmü gereğince kurulmuş olacağından, burada bir yürürlük denetimi yapılamayacaktır¹⁰⁷². Ayrıca, sigorta genel şartlarının yürürlük denetimi sonrası, poliçe genel şartlarının yazılmamış sayılması durumu (TBK m. 22), sigorta genel şartlarının, sigorta sözleşmesinin zorunlu bir unsuru olduğundan sigorta sözleşmesinin kurulmamış olması sonucunu doğuracaktır¹⁰⁷³. Sigorta genel şartlarını, sigorta şirketleri değil, Hazine Müsteşarlığı hazırlamaktadır. Sonuç olarak, genel şartların isimsiz idari bir düzenleme olması, genel işlem koşullarının denetimi olan yürürlük, yorum ve içerik denetiminden muaf kılar. Bu denetim Türk Ticaret Kanunu'nun koruyucu hükümleri (TTK m. 55/I-f, 1404, 1423, 1452) ve diğer kanunlarda düzenlenen emredici hükümler (TBK m. 27) çerçevesinde yapılmalıdır. Ancak sigorta özel şartları, sigorta şirketleri tarafından, müzakere edilmeden hazırlandığı için bir genel işlem koşulu niteliğindedir¹⁰⁷⁴.

C. Hakem-Bilirkişilik Sözleşmesi Yönünden Değerlendirme ve Denetimi

Hakem-bilirkişilik sözleşmesi, bağımsız bir sözleşme veya esas sözleşmenin bir şartı olarak düzenlenebilir. Hakem-bilirkişiliği taraflar sigorta genel veya özel

¹⁰⁷¹ Memiş, s. 36-43.

¹⁰⁷² Memiş, s. 129; Kara, s. 274.

¹⁰⁷³ Memiş, s. 126-127; Kara, s. 274-275.

¹⁰⁷⁴ Memiş, s. 234; Kara, s. 272.

şartlarda da düzenleyebilmesi mümkündür. Tarafların ayrıca hakem-bilirkişi tarafından, zararın miktarının belirlenmesini, rizikodan önce veya sonra kararlaştırabilmeleri mümkündür¹⁰⁷⁵. Bu şekilde, taraflar hakem-bilirkişiliği, bireysel bir sözleşme olmaksızın, genel işlem koşullarıyla kararlaştırmış olabilirler. Bu durumda, bir maddî hukuk denetimi olarak, genel işlem koşulları denetiminin (TBK m. 20-25) yapılması gerekir. Ancak sigorta genel şartlarında düzenlenen hakem-bilirkişilik sözleşmeleri bakımından, öncelikle idari denetim şeklinde, Hazine Müsteşarlığının onayına tâbi tutulması (Sigortacılık Kanunu m. 11/I)¹⁰⁷⁶, sonra genel işlem koşulları denetimi (TBK m. 20-25) ayrıca Ticaret Kanunu'nun koruyucu hükümleri (TTK m. 6, 1404, 1423, 1452) yönünden de denetim yapılması şeklinde geniş bir denetim vardır.

Diğer yandan, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 193. maddesinin ikinci fıkrasında, delil sözleşmelerinin geçerlilik şartı, ispat hakkı esas alınarak düzenlenmiştir. Hükme göre, taraflardan birinin ispat hakkının kullanımını imkânsız kılan veya fevkaladede güçleştiren delil sözleşmelerinin geçersiz olduğu ifade edilerek delil sözleşmeleri açısından bir denetim öngörülmüştür. Hangi durumlarda, hakem-bilirkişilik sözleşmesinin, ispat hakkının kullanımını imkânsız kıldığını veya fevkaladede güçleştirdiğini incelemeye çalışacağız.

1. Genel İşlem Koşulları Açısından Denetlenmesi

Avrupa Birliği'nde resmî bir makamın, sigorta genel şartlarının düzenlenmesi ve onaylanması aranmayıp bu konuda tam bir serbestî esastır. Diğer bir ifadeyle, sigorta şirketleri, kendi sigorta genel şartlarını çıkarabilme imkânına sahiptir. Sigorta sektörünün ve bilincinin Avrupa'da bulunduğu düzey, bu serbestiyi sağlamaktadır. Türk hukuku bakımından, Sigortacılık Kanunu'nun 11. maddesine göre, önce idari bir denetim şeklinde, Hazine Müsteşarlığı tarafından sigorta genel şartları hazırlanmakta ve onaylanmaktadır. Türkiye'de Avrupa'daki gibi, böyle bir serbestîye geçiş için belli bir zaman ve geçiş dönemine ihtiyaç olduğu ifade edilmektedir¹⁰⁷⁷.

¹⁰⁷⁵ Yıldırım, s. 199; Aktan, s. 533.

¹⁰⁷⁶ Aydoğdu, s. 68.

¹⁰⁷⁷ Memiş, s. 128.

Alman hukukunda, daha önceden sigorta genel şartları bir resmî makam tarafından hazırlanmakta ve onaylanmaktaydı. Ancak artık Almanya'daki özel sigortacıların oluşturduğu, bir çatı organizasyon olan ve merkezi Berlin'de bulunan “*Der Gesamtverband der Deutschen Versicherungswirtschaft*” (GDV)” tarafından hazırlanmakta ve sigorta genel şartları, genel işlem şartları denetimine tâbi olmaktadır. Alman hukukunda genel işlem şartları bakımından ilk düzenlemeler, 1976 tarihli Genel İşlem Koşullarının Düzenlenmesi Hakkında Kanun’la (Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen) yapılmıştır. Bu düzenlemeler, Avrupa Birliği’nde, 5.4.1993 tarihli 93/13 nolu “Tüketici Sözleşmelerinde Kötüye Kullanılabilir Sözleşme Koşulları Hakkında Yönerge”nin kabulünden sonra, yönergeye uyum sağlanması amacıyla 19.7.1996 tarihli Kanun değişikliğiyle revize edilmiştir. Alman hukukunda modernleştirme çabalarının da etkisiyle, 1.1.2002 tarihinden itibaren Alman Medenî Kanunu, BGB § 305 ve 310 hüküm aralıklarında, genel işlem koşulları (Allgemeiner Geschäftsbedingungen) genel olarak düzenlenmiştir¹⁰⁷⁸.

Alman hukukunda revize değişiklik yapılmadan önce veya sonraki dönemde hakem-bilirkişilik sözleşmeleri açısından, genel işlem koşulları denetimine ilişkin doğrudan bir hüküm yoktur¹⁰⁷⁹. Kanun’daki revize değişiklikten önce de sonra da aynı esaslar çerçevesinde yürürlük, yorum ve içerik denetimi uygulanmakta olup amaç sigorta ettirenin mağdur edilmemesidir. Tarafların hakem-bilirkişi raporunu açıkça hakkaniyete aykırı veya yanlış olduğuna ilişkin iptal davası açabilmesi hakkı, tarafları yeterli derecede koruduğundan, hakem-bilirkişilik sözleşmesi genel işlem koşullarına aykırı olarak görülmez¹⁰⁸⁰. Ancak burada da hakem-bilirkişilik şartının zorunlu olması ve tarafların tacir veya tüketici olmalarına göre ayırım yapılmaktadır. Tacir olmayan, tüketiciler bakımından, zorunlu bir hakem-bilirkişilik şartı (Obligatorische Schiedsgutachtenabrede) öngörülmüşse ve bu sözleşmenin bir parçası hâline gelmişse, bu şartın uygunluğu ve ölçülülüğü tartışılmalıdır. Bu şekilde, bir tarafın dava açma hakkının elinde alınması, tarafların sadece serbest iradesine dayanması hâlinde mümkündür. Bu konuda, Alman Federal Mahkemesi, bir evin teslimine ilişkin,

¹⁰⁷⁸ Aydoğdu, s. 26.

¹⁰⁷⁹ Taşpınar, İspat Sözleşmeleri, s. 234.

¹⁰⁸⁰ Jäckel, s. 57; Georgios Mentis, Schranken **Prozessualer Klauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen**, Baden-Baden 1994, s. 171; Taşpınar, İspat Sözleşmeleri, s. 234.

zorunlu bir hakem-bilirkişilik şartını, tüketici açısından ekonomik riskin yüksek olduğunu belirterek, hakem-bilirkişilik şartının geçersiz olduğuna karar vermiştir. Çünkü mahkeme, sadece açıkça hakkaniyete aykırılık veya yanlışlık gibi sınırlı ölçüde hakem-bilirkişi raporunu denetlenebilecektir¹⁰⁸¹. Ancak zorunlu hakem-bilirkişilik şartı, tacirler arasındaki ilişkide, hakem-bilirkişinin inceleme yapacağı süre ve masrafın az olması göz önüne alındığında sorun teşkil etmeyecektir¹⁰⁸². Alman hukukunda artık zorunlu hakem-bilirkişilik uygulaması, genel işlem koşullarına aykırı görülerek kaldırılmıştır. Önceden Alman hukukunda, sigorta genel şartları (Allgemeinen Versicherung Bedingungen), sigortacının, sigorta ettirenin rızası olmaksızın, sigorta hukukunda, hasarın miktarının tespitine ilişkin, hakem-bilirkişilik prosedürünü tek başına (Sachverständigenverfahren) başlatabileceğini düzenlemekteydi. Ancak, bu düzenleme günümüzde, genel işlem koşullarına aykırı görülerek iptal edilmiştir. Dolayısıyla sigorta şirketinin bir hakem-bilirkişilik prosedürünü başlatabilmesi için sigorta ettirenin onayı gerekmektedir. Ancak sigorta ettiren, sigorta şirketinin onayı olmaksızın, hakem-bilirkişilik prosedürünü tek başına başlatabilmesi mümkündür¹⁰⁸³.

Tarafların açıkça hakkaniyete aykırılık veya açıkça yanlışlık denetiminden feragatleri sadece tacirler bakımından mümkündür. Tacirlerin, açıkça hakkaniyete aykırılık veya açıkça yanlışlık denetiminden, genel işlem koşullarıyla olmaksızın, bireysel anlaşmalarla feragat etmeleri mümkündür. Ancak bu durum genel işlem koşulu şeklinde olursa veya sigorta sözleşmelerinde olması durumunda (VVG § 84, 189), genel işlem koşulu içerik denetimine tâbi olur (BGB § 307/II-1)¹⁰⁸⁴. Hakem-bilirkişilik şartı, kural olarak tüketiciler açısından, müşteriye ekonomik bir yük getirmemelidir. Bu nedenle, tüketicinin bütün hakem-bilirkişilik sürecinin giderlerini karşılayacağı şeklinde bir şart, genel işlem koşullarına göre geçersizdir. Dolayısıyla giderlerin eşit şekilde paylaştırılması şeklinde veya her iki tarafın kendi hakem-bilirkişisinin masrafını üstlenmesi durumunda, bu şart ölçülüdür¹⁰⁸⁵.

Doktrinde, hakem-bilirkişilik sözleşmesi veya şartının hukukî niteliği açısından hâkim görüş, maddî hukuk sözleşmesi olması sebebiyle, usûl ilkeleri olan, hakem-

¹⁰⁸¹ BGH, NJW 1992, 433, 434 (Jäckel, s. 58).

¹⁰⁸² Mentis, s. 170; Wagner, s. 155; Taşpınar, İspat Sözleşmeleri, s. 234.

¹⁰⁸³ Becker, s. 33; Heinrich, s. 164.

¹⁰⁸⁴ Wagner, s. 669; Jäckel, s. 59.

¹⁰⁸⁵ Mentis, s. 173; Wagner, s. 155; Taşpınar, İspat Sözleşmeleri, s. 235.

bilirkişinin tarafsızlık ve bağımsızlığı, taraflara eşit davranması, hakem-bilirkişinin hukukî dinlenilme hakkına riayet etmesi ve hakem-bilirkişi raporunun gerekçeleri olması hususları, genel işlem koşulları denetimiyle, mahkemelerce giderilmeye çalışılmaktadır¹⁰⁸⁶. Hakem-bilirkişinin öncelikle tarafsız ve bağımsızlığı sağlanmalıdır. Bu nedenle, Alman Federal Mahkemesi, hakem-bilirkişi ile genel hüküm ve koşulların düzenleyen sigorta şirketi arasında, yakın kişisel veya ekonomik bir ilişkinin bulunduğu bir maddenin geçersiz sayılmasına karar vermiştir¹⁰⁸⁷. Hakem-bilirkişinin mahkemelerce, sınırlı kontrol edilmesi nedeniyle, hafif bir bağımlılık görünümü dâhi, bu noktada yeterlidir. Hakem-bilirkişinin, taraflardan biri tarafından, tek taraflı olarak belirlenmesine ilişkin şartlar da geçersizdir ve mutlaka taraflara hakem-bilirkişinin reddi imkânı sağlanmalıdır¹⁰⁸⁸. Ayrıca hakem-bilirkişinin hukukî dinlenilme hakkına riayet etmesi gerekliliğinden, bu usûle ilişkin garantinin genel şartlar ve koşullar tarafından hariç tutulmasına izin verilmediği ve bu durumun BGB § 307 hükmünü ihlal edeceği sonucunu ortaya çıkarmaktadır¹⁰⁸⁹. Son olarak usûlî kontrol çerçevesinde, hakem-bilirkişi raporunun gerekçeli olması gerekir. Nitekim ancak bu durumda, hakem-bilirkişi raporuna karşı, sonuç kontrolü şeklinde açıkça hakkaniyete aykırılık veya açıkça yanlışlık denetimi yapılabilir¹⁰⁹⁰.

İsviçre hukukunda, genel işlem koşullarına ilişkin genel bir kanun olmayıp genel işlem koşulları denetimi, 1986 tarihli “Haksız Rekabete Karşı Federal Kanun” (Bundesgesetz gegen Unlauteren Wettbewerbs-UWG) madde 8 uyarınca yapılmaktadır. Ancak, önceki hüküm içerik kontrolü getirmediği sebebiyle doktrinde eleştirilmiş, bu nedenle genel işlem koşuluna ilişkin içerik denetimini içerecek şekilde değişmiş ve bu hüküm 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Hükümde, genel hüküm ve koşullarının, taraflardan biri aleyhine doğruluk ve dürüstlük kuralını ihlal edecek ve tüketicilerin aleyhine olacak şekilde, sözleşmedeki hak ve borçlar arasında önemli derecede ve haksız kötüye kullanma içeren, genel işlem koşulu kullananların haksız rekabet etmiş sayılacağı düzenlenmiştir¹⁰⁹¹. İsviçre Hukukunda, sigorta genel şartları, resmî bir makam olan “Bundesamt für Privatsicherungen-BPV” onayından

¹⁰⁸⁶ Mentis, s. 166; Jäckel, s. 59; Kleinschmidt, s. 123.

¹⁰⁸⁷ BGH NJW 1983, 1854, 1855 (Jäckel, s. 59, dn. 110).

¹⁰⁸⁸ Mentis, s. 175-177; Jäckel, s. 58-59.

¹⁰⁸⁹ Jäckel, s. 59.

¹⁰⁹⁰ Mentis, s. 175.

¹⁰⁹¹ Aydoğdu, s. 162-164; Brosi, s. 107-108.

geçmektedir. Ancak buna rağmen doktrin, sigorta genel şartlarını, bir genel işlem şartı niteliği olduğunu ifade etmektedir¹⁰⁹². İsviçre hukukunda ispat sözleşmeleri açısından, olağandışılık kuralı (Ungewöhnlichkeitsregel)¹⁰⁹³ uygulanır ve daha zayıf veya daha az iş deneyimine sahip taraf, genellikle genel şartlar ve koşullarda sağlanan hükümlerin etkisizliğini ileri sürebilir. Ancak, münferit durumlarda, bu kuralın istisnaları olduğu ifade edilmekte olup buna örnek olarak, sigorta sözleşmelerinin genel hüküm ve koşullarında hakem-bilirkişilik anlaşmalarının bir şaşırtıcı hüküm olmadığı¹⁰⁹⁴ ve bu nedenle kanundaki şartları sağlaması¹⁰⁹⁵ hâlinde izin verilebileceği ifade edilmektedir¹⁰⁹⁶. Hakem-bilirkişilik sözleşmesi hem sigortacı hem de sigorta ettiren açısından hızlılık sağlaması ve ekonomik olması yönünden her iki tarafın çıkarıdır. Ancak hakem-bilirkişinin tarafsız olmaması sebebiyle, sigorta ettirenin dezavantajının sonucunu genel işlem koşulu denetimi (UWG Art. 8) değil, İsviçre Medenî Usûl Kanunu'nun usûl hukukuna ilişkin denetimi sağlamalıdır. Alman hukukundaki gibi, genel işlem koşulları denetimiyle hakem-bilirkişi raporunun usûl hukuku denetimi sağlanamaz¹⁰⁹⁷. Nitekim İsviçre Medenî Usûl Kanunu'nun 189. üçüncü fıkrasında, hakem-bilirkişi raporunun geçerli olabilmesi için hakem-bilirkişi hakkında ret sebeplerinin gerçekleşmemesi, hakem-bilirkişinin raporu taraflardan biri

¹⁰⁹² Memiş, s. 27.

¹⁰⁹³ Olağandışılık kuralına göre, varlığı zayıf tarafa özel olarak gösterilmeyen tüm olağandışı maddeler, genel olarak beyan edilen genel hüküm ve koşullar rızanın dışında tutulur (BGE 119 II 443, E. 1). Dürüstlük ilkesi uyarınca, daha güçlü olan taraf, deneyimsiz bir yüklenicinin olağandışı maddeleri kabul etmeyeceğini varsaymalıdır. Olağandışılık varsayımı için söz konusu hükmün sözleşmenin niteliğinde önemli bir değişikliğe yol açması veya sözleşme türünün yasal çerçevesinin önemli ölçüde dışında kalması gerekir (BGE 119 II 443, E. la) (Angtmann, s. 82, dn. 438); Brosi, s. 107.

¹⁰⁹⁴ *Angstman* bu konuda, tacirler açısından, olağandışılık kuralı uygulanmayacağını ve onlar açısından hakem-bilirkişilik sözleşmeleri her açıdan geçerli olduğunu ifade etmektedir. Ancak bu konuda tüketiciler bakımından, durumun farklı olması gerektiğini de ifade etmektedir. İlke olarak bir tüketiciyle de hakem-bilirkişilik anlaşması yapılabilir. Ancak, burada Haksız Rekabete Karşı Federal Kanun'un 8. maddesine uyulması gerekir. Hakem-bilirkişilik sözleşmesi, sigorta şirketini ispatlaması gereken vakıalara ilişkin ispat yükünden kurtarır. Hakem-bilirkişilik sözleşmesi de söz konusu vakıalar için ispat yükü olan tarafı delil yetersizliğinin sonuçlarından kurtararak, taraflar arasında kıyaslanabilir bir dengesizlik yaratmaktadır. Hakem-bilirkişi raporu hem ilk derece mahkemesini hem de istinaf ve temyiz mahkemesini, hakem-bilirkişi raporunda tespit edilen vakıalar bakımından bağlı hale getirdiğinden, tüketici işlemleri söz konusu olduğunda, hakem-bilirkişilik sözleşmesinden kaçınılması gerektiğini savunmaktadır (Angtmann, s. 82-83).

¹⁰⁹⁵ Genel hüküm ve koşullarda, yer alan ve tarafların kendilerini vakıaların üçüncü bir tarafça belirlenmesine bağladığı, bu madde genellikle olağandışı olacaktır. Ancak böyle bir madde yalnızca açık bir şekilde formüle edildiği, genel şartlar ve koşullarda, açıkça görülebilecek bir yerde olduğu ve özellikle baskı tasarımıyla dikkat çekici olduğu takdirde etkili olur ve ayrıca global kabul geçerli değildir (Brosi, s. 108).

¹⁰⁹⁶ Pelli, s. 210; Angtmann, s. 82; Brosi, s. 112.

¹⁰⁹⁷ Brosi, s. 109.

lehine olmadan hazırlanması ve hakem-bilirkişi raporunun açıkça yanlış olmamasına bağlanarak, bu şekilde kontrol sağlanmaktadır. Bu yasal düzenleme, yalnızca irade özerkliği ilkesini değil, aynı zamanda bu özerkliğin hem medenî usûlde hem de özel hukukta yer alan sayısız sınırlamasını da dikkate alan bir ara çözümdür. Kanun koyucu, hakem-bilirkişilik sözleşmelerini, usûle ilişkin gerçeği söyleme yükümlülüğü, delillerin serbestçe değerlendirilmesi, kişilik haklarının korunması gibi hususlar bakımından tartmış ve diğer ispat sözleşmelerinden farklı olarak, sadece hakem-bilirkişilik sözleşmesini kanunda düzenlemeye karar vermiştir. Bu nedenle olağandışı bir hüküm olmadığı sürece, hakem-bilirkişilik sözleşmeleri, genel işlem koşullarına aykırılık teşkil etmez¹⁰⁹⁸. Ayrıca bu karşı çıkmamanın diğer bir dayanak noktası, İsviçre Sigorta Sözleşmeleri Kanunu'nun 67. maddesinde (SchVVG), tarafların zararın miktarı için özel anlaşmalar yapabileceği ve bunlardan birinin de hakem-bilirkişilik sözleşmesi olduğunun zımnî olarak kabulüdür¹⁰⁹⁹.

Hukukumuzda da hakem-bilirkişilik şartı bir genel işlem koşulu şeklinde düzenlenmesi durumunda ve taraflardan birinin tüketici olması durumunda, bu incelemede özellikle 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 5. maddesi esas alınmalı ve bu Kanuna aykırı şartlar geçersiz sayılmalıdır. Tüketicikle müzakere edilmeden, sözleşmeye dâhil edilen ve tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde dürüstlük kuralına aykırı olacak biçimde, tüketici aleyhine dengesizliğe neden olacak hakem-bilirkişilik şartı, “haksız şart” olarak değerlendirilmeli ve kesin hükümsüz olarak nitelendirilmelidir¹¹⁰⁰. Hakem-bilirkişilik hakkında karar olmasa da bu konuda tahkim şartıyla ilgili karar vardır. Yargıtay tahkim şartını, tüketiciyle karşılıklı müzakere edilmemişse geçersiz sayılmasına karar vermiştir¹¹⁰¹. Hakem-bilirkişilik, kural olarak tüketicinin hak ve yükümlülüklerinde dengesizlik yaratmaz ve bu konuda şaşırtıcı bir hüküm değildir. Bu nedenle tüketicinin haklarını sınırlamaz ve doğruluk ve güven kurallarına aykırılık teşkil etmez. Hakem-

¹⁰⁹⁸ Pelli, s. 116-117; Brosi, 112.

¹⁰⁹⁹ Brosi, s. 112.

¹¹⁰⁰ Her iki tarafında tacir olduğu ve aralarındaki işlemlerin kendi ticari işletmelerine ilişkin olduğu bu durumlarda, tüketiciler hakkındaki “haksız şartlar” sınırlandırmaları uygulanmayacaktır. Çünkü tacir kişiler basiretli davranmalıdır. Ancak 6102 sayılı TTK m. 55/1-f gereğince, sözleşmenin niteliğine önemli ölçüde aykırı haklar ve borçlar dağılımını öngören, önceden yazılmış genel işlem şartlarının kullanılması dürüstlüğe aykırı bir durum teşkil edecek ve haksız rekabet oluşturacaktır (Yeşilirmak, Hakem-Bilirkişilik, s. 708); Yeşilirmak, Öneri, s. 36; Demirel, s. 34.

¹¹⁰¹ Yargıtay 13. HD, E. 2006/7789, K. 2006/12275, T. 25.9.2006 (Kazancı İçtihat-Bilgi Bankası, E.T. 27.10.2024).

bilirkişilik, genel işlem şartları içinde yer alsa dâhi, sigorta özel şartlarıyla hakem-bilirkişiliğin anlamını ve amacını değiştirecek maddeler konulmadığı sürece geçerli sayılmalıdır. Ancak burada da Alman hukukundaki kriterler gibi, hakem-bilirkişi atanması ve usûlünde eşitliğe uyulması, hakem-bilirkişinin tarafsız ve bağımsız olması, taraflara eşit davranması¹¹⁰², tarafların hukukî dinlenilme hakkına riayet etmesi, hakem-bilirkişi raporunun gerekçeli olması ve hakem-bilirkişi raporunun açıkça hakkaniyete aykırılık veya açıkça yanlışlık durumlarında iptal edilebilme hakkının tanınması şeklinde tüketicinin hakları ihlal edilmemelidir¹¹⁰³.

Sigorta genel şartlarını incelediğimizde, tarafların anlaşamamaları durumunda hakem-bilirkişiye başvurmaları veya isterlerse başvurabilecekleri şeklinde ihtiyari veya zorunlu ayrımına benzer bir ayrım görmektediriz. Bu anlamda, hakem-bilirkişilik kurumu, yangın sigortası genel şartlarında, taraflar zarar miktarında anlaşamadıkları takdirde, zarar miktarının tayin ve miktarının tayini için isterlerse, hakem-bilirkişilere gidebileceklerini, kararlaştırabileceklerini ifade etmektedir¹¹⁰⁴. Buna benzer şekilde bazı sigorta genel şartlarında, bu ihtiyari olması “kararlaştırabilirler” şeklinde ifade edilmeye çalışılmıştır. Bunlar, yangına bağlı kar kaybı sigortası genel şartları, sera sigortası genel şartları ve dolu sigortası genel şartlarıdır. Ancak diğer sigorta genel şartlarında bu durumda, lafzen, “isterlerse” veya “kararlaştırabilirler” ifadesi yerine, doğrudan hakem-bilirkişiliğe gidileceği şeklinde ifade edilmiştir. Ancak genel olarak, sigorta genel şartlarının ifadelerinden, hangisinin zorunlu veya hangisinin ihtiyari olduğu anlaşılamamaktadır. Hukukumuzda da Alman hukukundaki gibi, sigorta şirketinin tek taraflı olarak, hakem-bilirkişiye gitmesini sağlayan zorunlu hakem-bilirkişilik uygulaması kaldırılması tavsiye edilebilir. Böyle bir düzenleme yerine, sigorta ettirenin tek taraflı veya sigorta şirketiyle birlikte hakem-bilirkişiliğe başvurabilmesini sağlayan sistem getirilebilir.

¹¹⁰² “Normal bilirkişilerde olduğu gibi, hakem-bilirkişiler de davanın taraflarına oranla üçüncü kişi durumunda olmalı, yani tarafsız kişilerden seçilmelidir. Taraflardan birine bağlı olan kişilerin hakem-bilirkişi olarak kararlaştırılması, taraflar arasında eşitlik ilkesine aykırıdır. Bu nedenle bu gibi hakem-bilirkişilerin raporlarının mahkemeyi bağlayıcı niteliği bulunmamaktadır.” (Yargıtay 15. HD., E. 1990/1123, K. 1990/2283, T. 18.5.1990 (Kazancı İçtihat-Bilgi Bankası, E.T. 27.10.2024).

¹¹⁰³ Taşpınar, İspat Sözleşmeleri, s. 234-325; Yeşilırmak, Hakem-Bilirkişilik, s. 708.

¹¹⁰⁴ Yıldırım, s. 195.

2. Hukuk Muhakemeleri Kanunu Madde 193/II Yönünden Denetlenmesi

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 193. maddesinin ikinci fıkrasında getirilen, ispat hakkının kullanımını imkânsız kılan veya fevkalâde güçleştiren delil sözleşmelerinin geçersiz olduğu hükmü yeni bir hüküm olup Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu döneminde böyle bir hüküm¹¹⁰⁵, olmamasına rağmen, doktrinde ve mahkeme kararlarında¹¹⁰⁶ farklı görüşler ifade edilmektedir.

Tuluay, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu döneminde, İtalyan Medenî Kanunu'nun 2698. maddesinde düzenlenen, taraflardan birinin hakkını istimalini imkânsız kılacak derecede güçleştiren ispat anlaşmalarının batıl olduğu hükmünün, hukukumuz bakımından da uygulanması gerektiğini ifade etmiştir.¹¹⁰⁷

¹¹⁰⁵ 1998 yılında, Sermaye Piyasası Kurulu'nun Aracılık Faaliyetlerinde Belge ve Kayıt Düzeni Hakkında Tebliği'nin 17. maddesinin ikinci fıkrasında, yaptığı değişiklikle bir hüküm bulunmaktadır. Hükmüne göre, "Müşterilerden telefon ve benzeri iletişim araçlarıyla ya da sözlü emir alınabilir. Aracı kuruluşlar, bu tür emirleri, müşteri imzası aranmaksızın yazılı hale dönüştürürler. Bu emirlerde ispat yükü, aracı kuruluşa aittir. Ancak müşteri, muhatabını içermeyen aracı kuruluş kayıtları tek taraflı delil oluşturamaz (Konuralp, İspat, s. 99-100); Taşpınar, İspat Sözleşmeleri, s. 240; Atamer, Denetleme, s. 284.

¹¹⁰⁶ "Oysa, banka mevduat cüzdanındaki yazı, taraflar arasında düzenlenmiş bir delil sözleşmesi niteliğinde değildir. (HUMK. nun 287. maddesi). Zira delil sözleşmesi muayyen bir hususun, belli bir delil ile ispat edileceği hakkında yapılan sözleşmenin varlığı halinde söz konusu olabilir. Gerçekten bir hususun ispatı ile ilgili delil sözleşmesi yapılmış ise artık bu sözleşmede yazılı olan delillerden başka bir delil kabul olunamaz. Diğer bir anlatımla taraflar delil sözleşmesi ile aynı zamanda delillerini hasretmiş olmaktadır. Her ne kadar delil sözleşmesi şekle bağlı değil ise de yine de bu sözleşmenin varlığının ispatı gerekir. Davalı banka bu yönde herhangi bir iddiada bulunmadığı gibi, delil de ibraz edememiştir. Sadece banka cüzdanında yazılı olması davalı bankayı sorumluluktan kurtarmaz. Kaldı ki bir an için delil sözleşmesinin varlığı kabul edilse dahi, bu sözleşme hükmü ancak kayıtların bankaca düzgün tutulması halinde hüküm ifade eder. Oysa, banka kayıtlarında silinti yapıldığı da bir gerçektir." (Yargıtay HGK., E. 1995/11-425, K. 1995/616, T. 14.6.1995) (Kazancı İçtihat-Bilgi Bankası, E.T. 27.10.2024); Aksi görüş için bkz. "Davacı banka, davalı Tarık Güven'e verilen kredi nedeniyle davalıların faiz borcu bulunduğu halde, yanlışlıkla borcun sona erdiğinin bildirildiğini öne sürerek, ödenmeyen 1.341.077.789 TL'nin tahsili için bu davayı açmıştır. Bilirkişi tarafından davacı bankanın kayıtları incelenmiş ve davalıların 1.341.077.989 TL faiz borcu olduğu anlaşılmıştır. Davalı Tarık Güven 7.7.2000 tarihli dekontla davacı bankaya ödeme yapmış olup, bu dekontun üzerinde hesabın tamamen tahsil ve tasfiye edildiği, kapatıldığı, borcu bulunmadığının yazılı olduğu anlaşılmıştır. Dekontun üzerindeki bu yazının altında, davacı bankanın kaşesi ve kaşe üzerinde ise banka yetkilisinin imzası olmakla birlikte davacı bankanın incelenen kayıtları karşısındaki dekontun üzerindeki bu yazının zuhulen yazıldığı anlaşılmaktadır. Ayrıca taraflar arasındaki kredi sözleşmesinin 5. maddesi delil sözleşmesi niteliğinde olup, banka defter ve belgelerinin delil olacağı ve kayıtlara herhangi bir nedenle itiraz edilemeyeceği belirtilmiştir. Şu hâlde mahkemece davanın kabulü gerekirken, yazılı şekilde reddine karar verilmesi usûl ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir." (Yargıtay 13. HD., E. 2005/2901, K. 2005/8831, T. 16.5.2005) (Kazancı İçtihat-Bilgi Bankası, E.T. 27.10.2024).

¹¹⁰⁷ Tuluay, s. 129-133.

Kuru, bu konuya delil sözleşmelerinin türleri şeklinde, münhasır ve münhasır olmama açısından yaklaşmış ve şüpheyeye dayalı yorum kuralı getirmiştir. Münhasır delil sözleşmesi hükmünün çok ağır olduğunu, tarafların münhasır delil sözleşmesi yapmak istedikleri hakkındaki iradelerinin delil sözleşmesinden açık bir biçimde anlaşılması gerektiği, bu konuda şüphe hâlinde, delil sözleşmesinin münhasır olmayan delil sözleşmesi olarak kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir¹¹⁰⁸. Doktrinde, diğer yazarlar¹¹⁰⁹ da ispat imkânını ortadan kaldıracak mahiyette delil sözleşmelerinin geçersiz olacağını savunmaktadır¹¹¹⁰.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 193. maddesinin ikinci fıkrasına göre, taraflardan birinin ispat hakkının kullanımını imkânsız kılan veya fevkalâde güçleştiren delil sözleşmelerinin geçersiz olacağı düzenlenerek, delil sözleşmeleri bakımından tarafların irade özerkliğinin sınırı çizilmiştir. Hükmün gerekçesinde de delil sözleşmesinin sınırlarının belirtildiği, delil sözleşmesinin ispat hakkını doğrudan ilgilendirdiğinden bu konudaki sınırların da ortaya konulması gerektiği ifade edilmiştir. Özellikle uygulamada, zaman zaman güçlü olan tarafın, diğer tarafın ispat hakkını tamamen ortadan kaldıracak veya güçleştirecek nitelikte, onu delil sözleşmesi yapmaya zorladığı görülmektedir. Bu sebeple, taraflardan birinin ispat hakkını kullanmasını imkânsız kılan veya fevkalâde güçleştiren delil sözleşmelerinin geçersiz sayılacağı ifade edilmiştir. Ancak hükümde veya gerekçede, hakem-bilirkişilik sözleşmesi açısından bir düzenleme olmadığından tartışmalar delil sözleşmeleri üzerinden yürümektedir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 193. maddesinin ikinci fıkrasıyla ispat hakkını imkânsız kılan veya fevkalâde güçleştiren delil sözleşmelerini geçersiz sayıldığı hükmü sonrası, temelde doktrinde iki görüş ortaya çıkmıştır, ancak bu

¹¹⁰⁸ Kuru, Usûl Cilt III, s. 2898.

¹¹⁰⁹ *Atamer*, bu konuda bankanın tek taraflı olarak düzenlediği kayıtlara karşı taraf müşteri aleyhine dayanabilmesini denetlemek açısından yaklaşmaktadır. Burada sorun müşterinin hiçbir biçimde müdahale edemediği, düzenlemesine katılmadığı, denetleyemediği, kayıtların onun aleyhine delil oluşturmasıdır. Bu kuruluşların, kayıtlar üzerine her zaman oynama, düzeltme ve değişiklik yapma olanağı bulunduğundan ne ölçüde güvenilir olduğu kuşkuludur. Bu husus tacirin kendi düzenlemiş olduğu ticari defterlerin, kendi lehine delil olmasıyla aynı düşünceye dayanmakta olsa bile, ticari defterlerin tacirin lehine delil olabilmesi birtakım koşullara tabi tutulmaktadır (*Atamer*, Denetleme, s. 284).

¹¹¹⁰ Postacıoğlu, Usûl, s. 594; Battal, s. 130-131; Şengel, s. 280; Erturgut, s. 274; M. Göksu, Delil, s. 136.

görüşler sadece delil sözleşmelerini temel almışlar ve hakem-bilirkişilik sözleşmesi açısından yorumda bulunmamışlardır.

Doktrinde bir görüşe göre, ispat hakkını sınırlandıran-daraltan (münhasır delil sözleşmesi) tüm delil sözleşmeleri geçersiz sayılmalıdır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 193. maddesinin ikinci fıkrasından farklı olarak, ispat hakkını sınırlandıran delil sözleşmelerinin, tarafın ispat hakkını ne kadar ihlal ederse etsin geçersiz olduğu savunulmaktadır. Hukukî dinlenilme hakkında olduğu gibi, bu hakkın az da olsa ihlali kabul edilemez bir durumsa, aynı şey hukukî dinlenilme hakkının bünyesinde yer alan açıklama ve ispat hakkı bakımından da geçerlidir. Bu durumda ispat hakkının az ya da çok ihlal edilmesinin önemi yoktur. Dolayısıyla yapılan delil sözleşmesi taraflardan birinin ispat ve delil ikame hakkını sınırlandırıyorsa, geçersiz olarak kabul edilmelidir¹¹¹¹.

Doktrinde bizim de katıldığımız hâkim olan diğer bir görüşe göre, ispat hakkını sınırlandıran-daraltan (münhasır delil sözleşmesi) bütün delil sözleşmelerini, geçersiz saymak uygun olmayabilir. Çünkü Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 193. maddesi tarafların münhasır delil sözleşmesi yapmalarına izin vermiştir. Burada dikkate alınması gereken, yapılan delil sözleşmesinin ispat hakkının kullanımını imkânsız kılıp kılmadığı veya fevkalâde güçleştirip güçleştirmedığı hususudur. İspat hakkını imkânsız kılması veya fevkalâde güçleştirip güçleştirmedığı hususunda kıstas geliştirmenin çok zor olduğu, her somut olaya göre bu hususun değerlendirilmesi gerektiği, bu hususta, delil sözleşmesinin bir genel işlem koşulunda düzenlenip düzenlenmediği, tarafların tacir veya tüketici olup olmadığı şeklinde, her bir hususun dikkate alınarak, doktrin ve Yargıtay kararları¹¹¹² çerçevesinde kriterlerin geliştirileceği ifade edilmektedir¹¹¹³.

Doktrinde bir diğer görüşe göre, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 193. maddesinde ispat hakkının değil, mukayeseli hukukta olduğu gibi, hâkimin delilleri serbestçe değerlendirmesi ilkesinin esas alınması gerektiği savunulmaktadır. Bu ilkeyi

¹¹¹¹ Çiftçi, Delil Sözleşmesi, s. 153-177; Çiftçi, İspat Hakkı, s. 793- 798.

¹¹¹² “Taraflardan birinin evrak, bordro, rapor, defter vs. kayıtlarının muteber olacağı, karşı tarafın bu kayıt ve belgelere hiçbir sebeple itiraz edemeyeceğine ilişkin bir delil sözleşmesi bu nedenle geçersizdir” (19. HD., E. 2012/6268, K. 2012/17422, T. 21.11.2012 (Budak ve Karaaslan, s. 280, dn. 45).

¹¹¹³ Sema Taşpınar Ayvaz, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun (HMK) Zaman Bakımından Uygulanması**, Yetkin Yayınları, Ankara 2013, (Zaman Bakımından Uygulama) s. 243, dn. 533; Postacıoğlu ve Altay, s. 98; Bolayır, Deliller, s. 493; Aşit, Delil Sözleşmesi, s. 153; Aslan, s. 98.

uygulanamaz duruma getiren, delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesinin köklü ve klasik bir medenî usûl hukuku temel ilkesi olduğu ifade edilmiş, bu nedenle delil sözleşmesinin sınırının söz konusu ilke dikkate alınarak yeniden düzenlenmesi gerektiği ifade edilmiştir¹¹¹⁴.

İspat ve delil sözleşmelerinin sınırları bakımından, mukayeseli hukukta bu denetim, ispat yükü¹¹¹⁵ bakımından yapılmaktadır. Bu konuda, Avrupa Birliği Yönergesinin ekinde yer alan yasak hükümler listesinin 1/q maddesi uyarınca, “tüketiciye mevcut hukukî düzen uyarınca diğer tarafa terettüp eden ispat külfetini yükleyen veya tüketicinin gösterebileceği, delilleri ölçüsüz şekilde sınırlandıran genel işlem koşullarının kötüye kullanılabilir olduğu ve geçersiz olduğu düzenlenmiştir¹¹¹⁶. Aynı şekilde hukukumuzda da “Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik Ek-1” n bendinde de bu husus, ispat yükü açısından düzenlenmiştir. Maddeye göre, “Tüketicinin özellikle, hukukî düzenlemelerde öngörülmemiş bir hakeme müracaatını öngörmek, gösterebileceği delilleri ölçüsüz derecede sınırlandırmak veya mevcut hukukî düzen uyarınca diğer tarafta olan ispat külfetini tüketiciye yüklemek suretiyle tüketicinin mahkemeye gitme veya başka başvuru yollarını kullanma imkânını ortadan kaldıran ve sınırlandıran şartların, haksız şart sayılacağı” ifade edilmiştir.

¹¹¹⁴ Yazarlara göre, söz konusu hüküm şu şekilde düzenlenmeliydi: “Mahkemenin delilleri serbestçe değerlendirmesini fevkalade güçleştiren veya imkânsız kılan delil sözleşmeleri geçersizdir” (Yavuz Alangoya, Kâmil Yıldırım ve Nevhis Deren-Yıldırım, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Değerlendirme ve Önerileri**, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2006, (Değerlendirme), s. 116).

¹¹¹⁵ Alman hukukunda, genel işlem koşulları bakımından, ispat hakkı bakımından bir düzenleme yoktur. Ancak genel işlem koşullarına ilişkin ispat yükü açısından düzenleme vardır. Tüketicinin haklarını, dava yoluyla ileri sürmesinin tamamen veya kısmen kısıtlayan, kendisinden beklenemeyecek külfetler üstlenmesini gerektiren, delil ikamesi sınırlamaları ölçüsüz sayılmaktadır. Yürürlükten kalkan, Alman Genel İşlem Koşulları Yasası (AGBG) § 11/b. 15 hükmü uyarınca da genel işlem koşulları kullananın ispat yükünü, müşteri aleyhine değiştirdiği, her hüküm batıl sayılacağı düzenlenmektedir. Ancak diğer yandan burada, ispat yükü kavramı geniş anlaşılmakta ve tüketicinin ispat pozisyonunun değişmesi sonucunu doğuran her genel işlem koşulu batıl sayılmaktadır. Bu şekilde, yasal düzenden ayrılmanın müşteriyi mağdur etmesi şartı, dahi aranmaksızın, herhâlde bu kayıtlar geçersiz sayılmaktadır (Atamer, Denetleme, s. 283-286); *Taşpınar*’a göre, burada, Alman Genel İşlem Şartları Yasası § 11/I/b.15 geniş yorumlanmaması gerekir. Müşterinin delil ikamesini sınırlandıran kayıtlar bakımından Alman Genel İşlem Şartları § 9 uygulanması gerekir. Bu şekilde, şart ancak amaca aykırı ve ölçüsüz bir mağduriyete yol açması durumunda sadece geçersizliğine hükmedilir (Taşpınar, İspat Sözleşmeleri, s. 240); Yürürlükte olan Alman Medenî Kanunu’nun BGB § 309/I/b. 12 hükmünde de genel işlem koşulları denetimi açısından ispat yükü düzenlenmekte olup aynı düzenleme devam ettirilmiştir (Jäckel, s. 57); Aydoğdu, s. 283.

¹¹¹⁶ Atamer, Denetleme, s. 283-286.

Doktrine göre, hakem-bilirkişilik sözleşmelerinin ispat yükü¹¹¹⁷ kurallarını ihlal etmeyeceği, çünkü hakem-bilirkişilik sözleşmelerinin ispat yükünün dağılımını düzenlemediği ifade edilmiştir. Böylece tüketici ve aynı şekilde sigortacı ispat yükü altında değildir. Ancak tüketici, hakem-bilirkişi raporunun açıkça hakkaniyete aykırılığını veya açıkça yanlışlığını iddia etmesi durumunda, bir ispat yükü altındadır. Ancak diğer yandan da çekişmeli vakıa hakkında da bir vakıa tespiti gerekir. Bu durumda hakem-bilirkişilik sözleşmesinin kendisi değil, en azından, hakem-bilirkişi raporunun iptaline ilişkin ispat yükü, somut olarak tüketiciyi delil açısından dezavantajlı duruma getirebilir. Ancak bu durum her iki taraf açısından da eşit düzeydedir. Hakem-bilirkişi raporu alınmadan önce, kimin lehine veya aleyhine olacağı tespit edilemez¹¹¹⁸. Hakem-bilirkişilik sürecinin de medenî usûl hukuku temel ilkelerine uygun şekilde tasarlanması gerekir. Bu nedenle hakem-bilirkişi atanması ve usûlünde eşitliğe uyulması, hakem-bilirkişinin tarafsız ve bağımsız olması, taraflara eşit davranması, taraflara hukukî dinlenilme hakkı vermesi, hakem-bilirkişi raporunun gerekçeli olması ve hakem-bilirkişi raporunun açıkça hakkaniyete aykırılık veya açıkça yanlışlık durumlarında, iptal edilebilme hakkının tanınmasına riayet edilmesi gerekir¹¹¹⁹. Sonuç olarak, hakem-bilirkişilik sözleşmeleri, yukarıda saydığımız gerekçelerle, istisnaî durumlar hariç, genel olarak taraflardan birinin ispat hakkının kullanımını imkânsız kılan veya fevkalâde güçleştiren bir sözleşme niteliğinde değildir. Ayrıca hakem-bilirkişilik sözleşmeleri, tarafların ispat yükü dağılımını düzenlemediği için tarafların ispat yükü kurallarına da aykırılık oluşturmaz. Ancak

¹¹¹⁷ Alman hukukunda da hakem-bilirkişilik sözleşmelerinin, BGB § 309/I/b. 12 hükümlerinde düzenlenen ispat yükü kurallarını ihlâl etmediği ve nitekim hakem-bilirkişilik sözleşmelerinin ispat yükü kurallarını düzenlemediği ifade edilmiştir (Jäckel, s. 57); Aynı şekilde İsviçre hukukunda da ispat yükü kurallarının genel işlem koşulları yönünden kararlaştırılmasının geçersiz olup olmayacağı değerlendirilmiştir. Bu konuda genel işlem koşulunda, zayıf tarafa ait olan ispat yükümlülüğüne ilişkin sözleşmeler, bu nedenle olağandışı sayılmakta ve bu gerekçeyle kabul edilemez maddeler olarak nitelendirilmelidir. Ancak yalnızca zayıf veya daha az ticari deneyime sahip taraf, bu olağandışılığa başvurabilir. Genel şartlar ve koşullar kapsamında bir ispat yükümlülüğü sözleşmesinin akdedilmesinin, İsviçre Haksız Rekabet Kanunu'nun (UWG) 8. maddesi uyarınca, haksız olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği, genel olarak uygulanabilir bir cevap bulmak mümkün olmadığından, her bir özel durumda incelenmelidir. Kullanıcının karşı tarafının sonuç nedeniyle dezavantajlı duruma düşme riskinin yüksek olduğu doğrudur. Ayrıca bu tür sözleşmeler, hukuk sisteminden önemli sapmalar veya sözleşmenin niteliğine önemli ölçüde aykırı hak ve yükümlülük dağılımı sağlayabilir. Ancak İsviçre Haksız Rekabet Kanunu'nun (UWG) 8. maddesinin uygulanamamasına yol açabilecek olan şey, bu hükümlerin genellikle yanıltıcı bir şekilde ifade edilmemesi ve bu nedenle aldatma niyetinin bulunmamasıdır, bu nedenle hakem-bilirkişilik sözleşmeleri ispat yükü kurallarına aykırılık teşkil etmez (Pelli, s. 212-213).

¹¹¹⁸ Jäckel, s. 57.

¹¹¹⁹ Jäckel, s. 59-60; Taşpınar, İspat Sözleşmesi, s. 234-235; Yeşilırmak, Hakem-Bilirkişilik, s. 708.

hakem-bilirkişilik sürecinin de medenî usûl hukuku temel ilkelerine uygun şekilde tasarlanması gerekir.

VI. HAKEM-BİLİRKİŞİLİK SÖZLEŞMESİNİN ETKİSİ

Hakem-bilirkişilik sözleşmesini, hakîmin kendiliğinden dikkate alıp alamayacağı, tarafların hakem-bilirkişi raporundan önce dava açması durumunda, mahkemenin nasıl bir karar verebileceği, hakem-bilirkişilik sözleşmesinin üçüncü kişilere etkisinin olup olmayacağı veya hangi şartlar altında etkisinin olabileceği hususları önem arz eden konular olup bu hususları aşağıda incelemeye çalışacağız. Bu etkiler, hakem-bilirkişilik sözleşmesi ve buna bağlı olarak hakem-bilirkişi raporunun etkisidir. Ancak bu etkilerden bazılarını hakem-bilirkişilik sözleşmesi kapsamında bazılarını hakem-bilirkişi raporunun etkisi¹¹²⁰ kapsamında inceleyeceğiz.

A. Sözleşmenin Taraflarına Etkisi

1. Hakem-Bilirkişilik Sözleşmesinin İleri Sürülmesi

Taraflarca yapılmış olan hakem-bilirkişilik sözleşmesinin, dava dosyasına usûlüne uygun girmesi durumunda, hâkimin kendiliğinden dikkate alıp alamayacağı, mukayeseli hukuk ve hukukumuzda tartışmalıdır. Kanun koyucu bazı usûl sözleşmeleri hakkında, hâkim tarafından kendiliğinden dikkate alınıp alınamayacağı hakkında hüküm koymuştur. Örneğin, yetki (HMK m. 17) ve tahkim sözleşmesi (HMK m. 413) bir ilk itiraz (HMK m. 116-117) olarak düzenlenmiş, sadece tarafların cevap dilekçesinde ileri sürmesi hâlinde, hâkim tarafından dikkate alınacağı düzenlenmiştir. Ancak, hakem-bilirkişilik sözleşmesi hakkında bir düzenleme olmadığı için doktrinde bu husus mukayeseli hukuk ve hukukumuzda tartışmalıdır.

Doktrinde bir görüş, hakem-bilirkişilik sözleşmesini taraflar ileri sürmese dâhi, hâkimin kendiliğinden dikkate alması gerektiğini ifade etmektedir. Bu durumda, medenî hukuk anlamında, bir def'i olmadığını (Einrede), itiraz (Einwendung) olduğunu savunmaktadır. Çünkü henüz alacağın muacceliyeti gelmemiş, taraf borcun

¹¹²⁰ Bu konuda bkz. Dördüncü Bölüm, II, C.

oluşmadığı şekilde ana hakka itiraz etmektedir. Medenî hukuk anlamında itirazların, hâkim tarafından kendiliğinden dikkate alınması gerekir. Ancak burada usûlî anlamda, bir tahkim ilk itirazı (ZPO § 1032) gibi, bir itiraz söz konusu değildir¹¹²¹.

Doktrinde diğer bir görüş, hakem-bilirkişilik sözleşmesinin hakîmin kendiliğinden dikkate almasını eleştirmektedir. Hakem-bilirkişilik sözleşmesinin de iki tarafın karşılıklı iradeleri sonucu oluşan bir sözleşme olduğunu, tarafların aynı şekilde maddî hukuk kurallarına bağlı olarak karşılıklı iradeleriyle her zaman sözleşmeyi sona erdirebileceklerini ifade etmektedir. Bu nedenle, mahkemenin her durumda bu sözleşme hakkında bilgi sahibi olması ve tarafların hakem-bilirkişilik sözleşmesini sona erdirip erdirmediğini araştırmasının beklenemeyeceğini, dolayısıyla hakem-bilirkişilik sözleşmesini hâkimin kendiliğinden dikkate alamayacağını ifade edilmektedir. Dolayısıyla tarafların, bu hususu def'i olarak ileri sürmesi durumunda, hâkimin dikkate alabilecektir. Diğer yandan, hakem-bilirkişilik sözleşmesi mutlaka bir davaya bağlılık arz etmekte, yargılamayı tamamen dışlamamaktadır. Bu nedenle hakem-bilirkişilik şartı, bir tahkim şartı gibi, ilk itiraz değildir (ZPO § 1032), maddî hukuka ilişkin def'i niteliğindedir¹¹²².

Habscheid, hakem-bilirkişilik sözleşmeleri arasında ayırım yapmakta, geniş anlamda hakem-bilirkişilik sözleşmeleri şeklinde, üçüncü kişi tarafından edim belirlenmesini bir maddî hukuk sözleşmesi olarak nitelendirmektedir. Ancak dar anlamda hakem-bilirkişinin vakıa tespit faaliyetini gerçek anlamda hakem-bilirkişilik

¹¹²¹ Kisch, Rhein, s. 17-18; Kisch, Schiedsmann, s. 105-106; *Meckenstock*'a göre, hakem-bilirkişilik sözleşmesini taraflar ileri sürmese bile, hâkimin kendiliğinden dikkate alması gerektiğini, medeni hukuk anlamında, burada bir def'i olmadığını (Einrede), itiraz (Einwendung) olduğunu savunmaktadır. Ayrıca, davayı engelleyici bir yönü olsaydı, hakem-bilirkişilik sözleşmesini, kanun koyucu onu bir tahkim şartındaki gibi, bir ilk itiraz olarak düzenlemesi gerektiğini ifade etmektedir. Ancak burada sadece maddî hukuk anlamında değil, usûl hukukuna da etki eden, çifte etkili bir itiraz (Doppelte Wirkung) olduğunu ifade etmektedir. Bu sayede, mahkeme, hakem-bilirkişilik sözleşmesindeki hususlarla ilgili vakıa ve delil incelemelerini yapamayacak, hakem-bilirkişi raporuyla bağlı kalacaktır (Meckenstock, s. 82-83).

¹¹²² Weiler, s. 12-13; Jost da hakem-bilirkişilik sözleşmesini mahkeme tarafından kendiliğinden dikkate alınmasını eleştirmektedir. Taraflar, her zaman hakem-bilirkişilik sözleşmesinin, sözleşme hukukunun genel ilkelerine göre, karşılıklı rızalarıyla sözleşmeyi sona erdirebilirler. Mahkemenin, tarafların sözleşmeyi sona erdirip erdirmediğini, araştırmasının beklenemeyeceğini bu nedenle hakem-bilirkişilik sözleşmesini mahkemece kendiliğinden değil, medeni hukuk anlamında def'i itirazı sonucu dikkate alınabileceğini, ifade etmektedir. Ancak bu defi'nin, özel türden bir def'i olduğunu, çifte etkili bir defi olduğunu, çünkü hem maddî hukuk hem de usûl hukuku anlamında etki doğurduğunu ifade etmektedir. Ayrıca, hakem-bilirkişilik sözleşmesine ilişkin def'i niteliğinde itiraz, yargılamayı dışlamamakta veya onu sona erdirici bir özelliğe sahip olmadığından, tahkim şartı gibi ilk itiraz değil, onun dışında kalan özel bir itiraz anlamında def'i olduğunu savunmaktadır (Bodo Dieter Jost, **Das Schiedsgutachten**, Dissertation, Köln 1956, s. 41).

olarak saymakta, bir usûl sözleşmesi olduğunu savunmaktadır. Bu nedenle, dar anlamda hakem-bilirkişilik sözleşmesinin mahkeme tarafından kendiliğinden dikkate alınmasını eleştirmektedir. Burada medenî hukuk anlamında ne itiraz ne de def'inin olduğunu, doğrudan usûlî bir davayı engelleyici gerçek anlamda bir def'i olduğunu (Echte Prozesshindernde Einrede) savunmaktadır. Dava şartları (Prozessvoraussetzungen) ve dava engellerinin (Prozesshindernde) sınırlı sayıda olduklarına dair bir kuralın olmadığını, bu nedenle, vakıa tespit faaliyeti şeklinde, dar anlamda hakem-bilirkişilik şartına ilişkin itiraz bakımından, ZPO § 1032 hükmünü düzenleyen, tahkimdeki ilk itiraz hükmünün kıyasen uygulanması gerektiğini ifade etmektedir. Bu nedenle her ikisinin de davayı engelleyen bir ilk itiraz olduğunu ve bunun yargılama başlamadan ileri sürülmesi gerektiğini savunmaktadır¹¹²³.

İsviçre hukukunda da hâkimin, hakem-bilirkişilik sözleşmesini kendiliğinden değil, tarafların itirazı üzerine dikkate alması gerektiği ifade edilmektedir. *Pelli*, bir ispat usûl sözleşmesi olan hakem-bilirkişilik sözleşmelerinin, dava şartı şeklinde kamu yararına ilişkin bir durum olmadığını, sadece tarafların menfaatlerine ilişkin bir durum olduğu, ayrıca tarafların, ispat sözleşmesinden doğan haklarını istedikleri zaman değiştirebileceği veya sona erdirebileceklerini ifade etmiştir. Sonuç olarak ispat sözleşmelerinin mahkeme tarafından kendiliğinden dikkate alınamayacağını, sadece tarafların usûlî anlamda def 'isi sonucu dikkate alınması gerektiğini ifade etmektedir¹¹²⁴.

Hukukumuzda da hakem-bilirkişilik sözleşmesinin mahkeme tarafından kendiliğinden mi yoksa tarafların itirazı sonucu dikkate alınıp alınamayacağı konusu tartışmalıdır.

Doktrinde bir görüşe göre, münhasır bir delil sözleşmesi olan hakem-bilirkişilik sözleşmelerinde, mahkeme dava dosyasına usûlüne uygun biçimde

¹¹²³ Habscheid, FS Lehmann, s. 806; Habscheid, KTS 1957/9, s. 129; *Schiedermair*, hakem-bilirkişilik sözleşmesinin bir ispat usûl sözleşmesi (Beweisprozessvertrag) olduğunu savunmaktadır. Hakem-bilirkişilik sözleşmesini mahkemenin kendiliğinden dikkate alamayacağını, ancak burada medenî hukuk anlamında ne itiraz ne de def'i olduğunu ifade etmektedir. Diğer yandan burada kanunî bir düzenleme olmadığı ve hakem-bilirkişilik sözleşmesi de bir tahkim sözleşmesi olmadığı için tahkim sözleşmesindeki gibi davayı engelleyici bir def'iden (Prozesshindernde Einrede) bahsedilemeyeceğini ifade etmektedir. Ancak maddi veya usûlî bir hukukî bir nitelik sınıflandırmasından kaçınıp, hakem-bilirkişilik sözleşmesinin tarafların davaya (usûle) ilişkin bir def'i (Prozessuale Einrede) olarak ileri sürüldüğünde, sadece mahkemece dikkate alınması gerektiğini ifade etmektedir (*Schiedermair*, s. 122-123, dn. 71).

¹¹²⁴ *Pelli*, s. 234-236; *Angstmann*, s. 198; *Brosi*, 258.

sunulmuş olan belgelerden, taraflar arasında bir hakem-bilirkişilik sözleşmesi yapılmış olduğunu anlaması durumunda, bu hususu kendiliğinden gözetmekle yükümlüdür. Dolayısıyla mahkeme bu konuda mahkeme bilirkişi incelemesi yaptırarak karar veremeyeceği ifade edilmektedir¹¹²⁵.

Doktrinde bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre, usûl hukuku sözleşmeleri bakımından, hiç kimsenin kendisine ait olan bir hakkı kullanmaya zorlanamayacağı, bu nedenle sözleşmelerin de ancak def'i olarak ileri sürülmesi gerektiği ifade edilmektedir. Bu nedenle hâkim, hakem-bilirkişilik sözleşmesinin varlığını davaya ilişkin dosyadaki belgelere göre öğrense de kendiliğinden dikkate alamaz¹¹²⁶.

Umar, hakem-bilirkişilik sözleşmesinin mahkeme tarafından kendiliğinden dikkate alınmasını eleştirmekte ve bu durumun tasarruf (HMK m. 24/III) ve taraflarca getirilme ilkelerine (HMK m. 25) aykırılık teşkil ettiğini ifade etmektedir. Usûl sözleşmelerinin taraflara seçenek sağladığını ve tarafların bu usûl sözleşmelerinden yararlanıp yararlanmaması, tarafların seçmesi gerektiğini ifade etmiştir. Hakem-bilirkişilik sözleşmesi, hakem-bilirkişiye başvurulmasını öngören, delil sözleşmesinin kendisi olup asıl davada ispat için kullanılabilecek bir delil niteliğinde değildir. İstisnai durumlar dışında, taraflarca getirilme ilkesi uyarınca, mahkemeye taraflar delilleri bildirir ve hâkim, tarafın dayanmış olmadığı bir delili kendiliğinden değerlendirmesinden ziyade, öyle bir delilden yararlanılması olanağını tarafa hatırlatması hususu dahi yasaklanmıştır (HMK m. 25)¹¹²⁷.

Yargıtay bir kararında taraflar arasında bir delil sözleşmesi akdedildiği, dava dosyasına usûlüne uygun olarak girmiş belgelerden anlaşıldığı takdirde, hâkimin söz

¹¹²⁵ Kuru, Usûl Cilt III, s. 2908; Taşpınar, İspat Sözleşmeleri, s. 219; Tarafların dava konusu üzerinde tasarruf yetkisinin bulunduğu ve taraflarca hazırlama ilkesinin uygulandığı davalarda, tarafların delil sözleşmesiyle ve hakem-bilirkişilik sözleşmesiyle hem kendilerini hem de hâkimi bağladığı için delil sözleşmesi ve onun bir türü olan hakem-bilirkişilik sözleşmesi, hâkim tarafından kendiliğinden dikkate alınır (Ramazan, Arslan, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Delil Sözleşmesi Konusunda Getirdiği Yenilikler, **Bankacılar Dergisi**, Özel Sayı, 2013, s. 71); Yılmaz, Şerh, s. 3621; Aşit, Delil Sözleşmesi, s. 139-140; Cantaymaz, s. 88-89; Çiftçi, Delil Sözleşmesi, s. 148; Aslan, s. 58, 72.

¹¹²⁶ Üstündağ, Medeni Yargılama, s. 421; Umar, Şerh, s. 113-114; Alangoya, Yıldırım ve Deren-Yıldırım, s. 177; Bolayır, Deliller, s. 490-491; Yazıcı-Tıktık, s. 273; Hatipoğlu, s. 102.

¹¹²⁷ Umar, Şerh, s. 113-114.

konusu sözleşmeyi re'sen dikkate alması gerektiğine karar vermiştir¹¹²⁸. Ancak Yargıtay'ın bu kararlarının yerleşik içtihat olmadığını ifade etmek gerekir. Çünkü Yargıtay başka bir kararında, Yangın Sigorta Poliçesi Genel Şartlarında hakem-bilirkişi yoluyla zararın tespiti konusunda bir anlaşma mevcut olsa dâhi, bu prosedüre gidilmeden dava açıldığı ve yargılama aşamasında da diğer tarafça bu prosedüre ilişkin bir itiraz ileri sürülmediği takdirde, bu hususun mahkemece re 'sen dikkate alınmaması gerektiğine karar vermiştir.¹¹²⁹.

Tarafların ayrıca hakem-bilirkişilik sözleşmelerini yargılamaya getirirken de iddia ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağı ve genel olarak delil ikamesinin bağlı olduğu hükümler uygulanacaktır (HMK m. 141, HMK m. 121, 145)¹¹³⁰. Nitekim hakem-bilirkişilik sözleşmelerine, tahkim sözleşmelerinden daha fazla büyük bir etki verilemeyecektir. Nasıl ki taraflar tahkim sözleşmesine ilişkin ilk

¹¹²⁸ “...Topraksu İşleri Genel Şartnamesi'nin 33/A-7 uyarınca "müteahhit muvakkat situasyonlara itirazı olduğu takdirde itirazının neler olduğunu ve dayandığı sebepleri situasyona bağlayacağı kâğıtta izah etmesi ve (ekli dilekçede yazılı itirazı kayıtlarla) diyerek imzalaması lazımdır. Aksi takdirde müteahhit situasyonu olduğu gibi kabul etmiş sayılır." Delil sözleşmesi kesin delil sayıldığından gerek tarafları ve gerekse mahkemeyi bağlayacağından hâkimin görevinden ötürü (re'sen) bu hususu gözönünde bulundurması mecburidir...” (Yargıtay 15.HD., E. 1983/2588, K. 1983/2034, T. 12.9.1983 (Kazancı İçtihat-Bilgi Bankası, E.T. 13.11.2024); Aynı yönde kararlar için bkz. 15. HD, E. 1987/4407, K. 1987/2267, T. 20.5.1987; 15. HD, E. 1990/2593, K. 1990/2695, T. 7.6.1990 (Kazancı İçtihat-Bilgi Bankası, E.T. 13.10.2024).

¹¹²⁹ “Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına ve her ne kadar sigorta poliçesi genel şartlarında hakem-bilirkişiye başvurma konusunda delil anlaşması varsa da davalı sigorta davadan önce bu yola başvurmamış gibi cevap dilekçesinde dahi bu hususu itirazın ileri sürmediğine nazaran hakem bilirkişi yoluna gidilmemiş olmasında yasaya aykırılık bulunmamasına ve gerek ceza dosyası kapsamı gerekse mahkemece yapılan keşifte sigortalı evin müştemilatı ile birlikte tamamen yandığı saptanmış bulunmasına göre davalı sigorta vekilinin bu yönlerle ilişkin temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir.” (Yargıtay 11. HD., E. 1990/7295, K. 1992/4095, T. 2.4.1992) (Ulaş, Uygulamalı Sigorta, s. 248); “Dosyadaki yazılara kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere ve delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına ve poliçenin düzenlendiği tarihte yürürlüğe girmiş bulunan yeni Yangın Poliçesi Genel Şartlarının B. 4 maddesine göre, sigortacı ile sigorta ettiren arasında zarar miktarı konusunda uyuşmazlık doğması halinde, zarar miktarının belirlenmesi için tarafların idare uyumunu içinde olmaları ve bu irade birliğini tutanakla saptamaları ve sonrasında da, anılan maddece öngörülen süre kesitleri içinde hakem-bilirkişi prosedürünü işletmeleri gerekmesine karşın, davalı vekilince ihtar verilen cevapta bu yolda bir girişim ve isteğin tahrir edilmediği gibi, bu iradeye sahip olunmadığını gösterircesine 14.10.1993 tarihinde mahkemeden delil tespiti talebinde bulunması ve açıklanan madde hükmü doğrultusunda taraflar arasında isteğe bağlı nitelikteki hakem-bilirkişi amacına dönük bir anlaşma yapıldığı hususunun iddia ve ispat edilmemiş olmasına ve ayrıca, zararın hesaplandığı 8.12.1994 tarihli uzman bilirkişiler kurulu raporuna karşı davalı vekili tarafından sadece, maddi yazım hatasından ibaret olan "düşünülmektedir" sözcüğüne yer verilmiş olmasının bilirkişilerce çelişkiye düşüldüğünden bahsölünerek itirazla yetinilmesi ve zararın hesap biçimi, esas alınan veriler hakkında hiçbir itirazın ileri sürülmemiş olması karşısında davacı vekilinin tüm temyiz itirazlarının reddi ile hükmün onanması gerekmiştir” (Yargıtay 11. HD., E. 1995/690, K. 1995/1885, T. 13.3.1995) (Ulaş, Uygulamalı Sigorta, s. 248-249).

¹¹³⁰ Taşpınar, İspat Sözleşmeleri, s. 219.

itirazlarını cevap dilekçesinde ileri sürmek zorundaysa (HMK m. 117, 413), aynı şekilde hakem-bilirkişilik hakkındaki itirazlarını da kanaatimizce, cevap dilekçesiyle birlikte yapmak zorundadır. Yargıtay, bu hususta hakem-bilirkişilik sözleşmesine ilişkin şartın, davaya karşı verilecek cevap dilekçesinde ileri sürülmesi gerektiğini, bu hususun daha sonra ileri sürülmesi durumunda, savunmanın genişletilmesi itirazı yasağıyla çelişeceğine karar vermiştir¹¹³¹.

2. Hakem-Bilirkişi Raporundan Önce Dava Açılması

Tarafların hakem-bilirkişi raporundan önce dava açması durumunda, mahkemenin nasıl bir karar vermesi gerektiği, mukayeseli hukuk ve hukukumuzda tartışmalıdır. Alman hukukunda, bu tartışma hakem-bilirkişilik sözleşmesinin bir maddî hukuk veya ispat usûl hukuku sözleşmesi olup olmaması ayrımına göre yapılmaktadır.

Alman hukukunda, hakem-bilirkişi raporundan önce dava açılması durumunda, maddî hukuk görüşü savunucularına göre, maddi hukuk sözleşmesine bağlı alacak hakkı henüz muaccel (Fälligkeit) olmadığından, davanın erken açılmasından kaynaklı (als zur zeit unbegründet), davanın esastan (Sachabweisung) reddedilmesi gerektiği savunulmaktadır¹¹³².

Nikisch, hakem-bilirkişi raporunun delil olarak, usûlî etkisini, kabul etmekte ve bu nedenle hakem-bilirkişi raporundan önce dava açılması durumunda, davaya ilişkin çekişmeli vakıaların ispat edilememesinden (Beweisfälligkeit) kaynaklı, ispat yükü üzerinde olan taraf ispatını yerine getiremediği için davanın esastan reddedilmesi gerektiğini savunmaktadır¹¹³³.

Schiedermair, hakem-bilirkişi raporundan önce dava açılması durumunda, bu durumu maddî hukuka (esasa) ilişkin nitelendirmekten kaçınmış diğer yandan, usûl

¹¹³¹ “*Hakem-bilirkişi şartının davaya karşı verilen cevapta ileri sürülmesi gerekmesine, cevap dilekçesinde ileri sürülmeyen hususların artık dermeyanının mümkün olmamasına*” (Yargıtay 11. HD., E. 1989/1301, K. 1990/1876, T. 5.3.1990) (Ulaş, Uygulamalı Sigorta, s. 126, 305); “*Hakem-bilirkişi şartının davaya karşı verilen cevapta ileri sürülmesi gerekmesine, cevapta ileri sürülmeyen hususların artık dermeyanının mümkün olmamasına...*” (Yargıtay 11. HD., E. 1989/1309, K. 1990/1786, T. 5.3.1980) (Ulaş, Zarar Sigortaları, s. 203).

¹¹³² Kisch, Schiedsmann, s. 14, 104; Kisch, Rhein, s. 15; Meckenstock, s. 83.

¹¹³³ Nikisch, s. 595.

hukukuna tahkimdeki ilk itiraz gibi nitelendirmekten de kaçınmış, ancak burada davanın usûlden reddedilmesi gerektiğini savunmuştur¹¹³⁴.

Habscheid, hakem-bilirkişinin vakıa tespit faaliyetinde bulunduğu dar anlamda hakem-bilirkişilik sözleşmeleri bakımından, hakem-bilirkişi raporundan önce davanın açılması durumunda, davanın esastan reddini eleştirmektedir. Çünkü davanın esastan reddi durumunda, maddî anlamda kesin hükmün etkisinin oluşacağını, vakıa tespit faaliyetli dar anlamda hakem-bilirkişilik sözleşmelerinde, yeni bir durumun ortaya çıkmadığını, sadece var olanın tespiti söz konusu olduğunu ifade etmektedir. Bu nedenle yeni bir maddî vakıa ortaya çıkmadığı için maddî anlamda kesin hükmün etkisi sonucu, tarafların yeniden dava açmasının engelleneceği ifade edilmektedir. Ayrıca dar anlamda hakem-bilirkişilik sözleşmelerinin ne alacağın varlığına ne de muacceliyetine etkisinin olmadığını savunmaktadır¹¹³⁵. Dolayısıyla davadan önce ve dava sırasında hakem-bilirkişilik sözleşmeleri yapılmasına göre ayırım yapılarak bu hususta karar verilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Hakem-bilirkişi raporundan önce dava açılması durumunda, burada gerçek anlamda davayı engelleyici bir def'i (Eine Echte Prozesshindernde Einrede) olduğunu, tahkim sözleşmesindeki gibi (ZPO § 1032), bu durumda davanın usûlden reddedilmesi gerektiğini savunmaktadır¹¹³⁶.

Schlosser'a göre, hakem-bilirkişi raporundan önce dava açılması durumunda, hakem-bilirkişi raporunun delil olması özelliğine göre karar verilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Deliller, davanın taraflarında veya üçüncü kişilerin elinde olabilir. Eğer mahkeme, bir delilin üçüncü kişinin elinde olduğuna kanaat getirirse, § ZPO 356, 431 uyarınca üçüncü kişinin o delili sunması için süre tanıyacaktır. Hakem-bilirkişilik sözleşmesinde de bu durumun olduğunu, bu nedenle hakem-bilirkişi raporundan önce davanın açılması durumunda, mahkeme ZPO § 356, 431 hükümlerini kıyasen uygulayarak, mahkemece süre verilmesi gerektiğini belirtmektedir¹¹³⁷.

Wittmann, hakem-bilirkişilik sözleşmesinin bir tespit sözleşmesi ve hakem-bilirkişi raporunun bir delil olmadığını savunsa dâhi, kanunî bir hüküm olmaması sebebiyle, usûlden ret hükümlerinin uygulanamayacağını, ancak diğer yandan esastan ret hükümlerinin, yeniden dava açılmasını engelleyici, çok ağır bir hüküm olduğunu

¹¹³⁴ Schiedermaier, s. 122-123, dn. 71.

¹¹³⁵ Habscheid, FS Lehmann, s. 805.

¹¹³⁶ Habscheid, FS Lehmann, s. 806.

¹¹³⁷ Schlosser, Parteihandeln, s. 88.

ifade etmiştir. Bu nedenle buradaki çıkar çatışması, tarafın delil sunması için mahkemece son tarih verilerek çözülmesi gerektiğini belirtmiştir. Hakem-bilirkişi raporunun delil teşkil etmemesine, delillere ilişkin hükümlerde yer alan ZPO § 356 hükümlerinin uygulanması bir çelişki veya engel olarak düşünülmemelidir. Burada hakem-bilirkişilik sözleşmesi, mahkemenin diğer delillere başvurmasını engellemesi şeklinde menfi bir etkisi olduğu için ana sözleşmeyle ilgili açıklığa kavuşturulması gereken bir husus bulunmaktadır. Bu nedenle burada ZPO § 356, 431 hükümlerinin kıyasen uygulanması gerektiğini savunmaktadır¹¹³⁸.

Alman hukukunda, doktrindeki tartışmalar mahkeme kararlarını da etkilemiştir. Alman Federal Mahkemesi, her ne kadar hakem-bilirkişilik sözleşmesinin bir maddî hukuk tespit sözleşmesi olduğunu savunsa da son kararlarında, davanın erken açılmasıyla davanın esastan reddi yerine, hakem-bilirkişi raporunun delil olduğunu kabul etmekte ve ZPO § 356,431 kıyasen uygulanarak süre verilmesine karar vermektedir¹¹³⁹. Ayrıca Alman hukukunda, hakem-bilirkişiye başvuru, zamanaşımını kesme özelliği olmamakla birlikte, zamanaşımını durdurucu (Hemmung) (BGB § 204/I-8) özelliğe sahiptir. Bu nedenle, tarafların hakem-bilirkişi raporundan önce dava açma sayısı azalmıştır¹¹⁴⁰.

İsviçre hukukunda, hem İsviçre Medenî Usûl Kanunu yürürlüğe girmeden önce hem de yürürlüğe girdikten sonra, hakem-bilirkişi raporundan önce dava açılması

¹¹³⁸ Witmann, s. 72-73; Hakem-bilirkişilik sözleşmesinin tespit etkisi, ancak maddi hukuk sınıflandırılmasıyla kategorize edilebilir. Hakem-bilirkişilik sözleşmesi, hakem-bilirkişilik sözleşmesinin tarafları arasındaki, maddi hukukî ilişkinin içeriği tespit eder ve bu onun tespit etkisidir. Ancak, hakem-bilirkişi raporundan önce dava açılması durumunda usûlî etkiler söz konusu olur. Negatif usûlî etki olarak ifade edeceğimiz, hâkimin hakem-bilirkişi raporundan başka bir delille başvuramaması, maddi hukuk etkisiyle açıklanamaz. Bu nedenle usûle ilişkin etkisi sebebiyle, mahkemece bir son tarih ZPO § 356, 431 hükümleri uyarınca son tarih belirlenmesi gerekir. Bu şekilde hakem-bilirkişilik sözleşmesinin çifte etkisi vardır. Bir yandan maddi hukuktaki tespit etkisi, diğer yandan usûlî etki şeklinde ve bu etkiler işlevsel olarak ilişkilidir. Usûle ilişkin etkilerin, maddi tespit etkisinin yanında davada devreye girebilmesinin sağlanması amaçlanır. Bu anlamda prosedürel etkiler, maddi hukuk tespit etkisine kıyasla hizmet işlevi görür. Nitekim bu da maddi ve usûl hukuku arasındaki işlevsel genel ilişkiyi yansıtır (Witmann, s. 76).

¹¹³⁹ BGH. Urt. v. 08.06.1988, NJW-RR 1988, 1405 (Maus, s. 202, dn. 1092).

¹¹⁴⁰ Greger ve Stubbe, s. 75, Rn. 210; *Greger ve Stubbe*, tarafların dava sırasında bir hakem-bilirkişi raporu alması gerektiği konusunda anlaşılırsa, bu durumda mahkeme, ZPO § 251 uyarınca, yargılamanın durdurulmasına (Ruhen des Verfahrens) karar vermelidir. Bu durum özellikle ve sulh müzakerelerinin devam etmesi nedeniyle veya diğer önemli durumlarda hakem-bilirkişilik gibi önem teşkil etmekte olup, bu durumda mahkeme yargılamayı durdurulmalıdır (Greger ve Stubbe, s. 53).

durumunda, mahkeme bu konuda hakem-bilirkişi raporunun getirilmesi için süre (SchZPO § 126) vermektedir¹¹⁴¹.

Hukukumuzda mukayeseli hukukta olduğu gibi¹¹⁴², hakem-bilirkişi bir yargılama faaliyetinde bulunmadığı, hakem-bilirkişiye başvuru bir dava veya tahkime başvuru mahiyetinde olmadığı için zamanaşımını kesme özelliğine sahip değildir. Hakem-bilirkişilik sürecinin uzun zaman alabilmesi ve bu durumun alacağa ilişkin zamanaşımın geçmesine sebebiyet verebilmesi nedeniyle, tarafların hakem-bilirkişi raporunu beklemeden, dava açabilmeleri mümkündür. Doktrin ve Yargıtay¹¹⁴³ kararlarına göre, hakem-bilirkişiye başvuru özel veya genel bir dava şartı olmayıp bir delil sözleşmesi olduğundan, dava usûlden reddedilemez. Bunun yerine tarafların hakem-bilirkişi raporu getirmesi için süre verilir. Yargıtay'ın yerleşik içtihatları bu yönde olup hakem-bilirkişi raporundan önce dava açılması durumunda, davanın usûlden veya esastan reddi yerine, mahkemece öncelikle taraflara hakem-bilirkişi veya

¹¹⁴¹ Angstmann, s. 139, Rn. 289; Brosi, s. 263.

¹¹⁴² İngiliz hukukunda, hakem-bilirkişi raporundan önce mahkemede dava açılması durumunda, mahkemeler öncelikle hakem-bilirkişilik sözleşmesinin iyi bir şekilde hazırlanıp hazırlanmadığı hususuna dikkat etmektedir. Örneğin, kurumsal bir hakem-bilirkişilik sözleşmesi mi yoksa ad-hoc hakem-bilirkişilik sözleşmesi mi, hakem-bilirkişi veya hakem-bilirkişiler hızlı bir şekilde seçilebilir mi, hakem-bilirkişi istenilen hususlarda yetkin bir uzman mı gibi hususları göz önüne almakta, bu sorulara olumsuz cevap verilmesi durumunda, mahkeme kendisi karar vermektedir. Ancak bu sorulara olumlu cevap verilmesi durumunda mahkeme süre vermektedir (Kendall, Freedman ve Farrell, s. 126, p. 7.19.1) Amerikan hukukunda da hakem-bilirkişi raporundan önce dava açılması durumunda, mahkeme süre vermektedir (Kendall, Freedman ve Farrell, s. 311, para. 18.3.3).

¹¹⁴³ “Dava, konut sigortası poliçesinden kaynaklanan tazminat istemine ilişkindir. Mahkemece tarafların poliçenin B.2 maddesiyle hakem bilirkişiye müracaat etmeyi kararlaştırdıkları ve kabul ettikleri, poliçede yer alan hakem bilirkişiye müracaat yolunun tahkim şartı niteliği taşıdığı ve cevap süresi içerisinde davalı tarafça ilk itiraz yoluyla ileri sürüldüğü gerekçesiyle davanın usûlden reddine karar verilmiş ise de poliçenin B.2 maddesindeki hakem bilirkişiye müracaat koşulu, bir dava koşulu olmayıp, HMK’nın 193. maddesinde yer alan bir delil anlaşmasıdır. Buna göre hakem-bilirkişi HMK 412. maddesinde tanımlanan hakem sıfatını taşımadığından mahkemece öncelikle taraflara hakem-bilirkişilerini seçmesi için mehil verilmeli şayet taraflar kendilerine verilen mehil içinde hakem-bilirkişilerini seçemedikleri takdirde uyuşmazlığın mahkemece seçilecek bilirkişi tarafından düzenlenecek rapor dikkate alınarak genel hükümler çerçevesinde davanın sonuçlandırılması gerekirken yazılı şekilde davanın reddine karar verilmesi doğru görülmemiştir”. Yargıtay, 17. HD., E. 2013/20417, K. 2014/8921, T. 3.6.2014 (Kazancı İçtihat-Bilgi Bankası, E.T. 22.10.2024); Aynı yönde kararlar için bkz. Yargıtay 11. HD., E. 2004/6139, K. 2005/3258, T. 5.4.2005 (Kazancı İçtihat-Bilgi Bankası, E.T. 22.10.2024); Yargıtay 11. HD., E. 1999/7071, K. 2000/597, T. 1.2.2000 (Kazancı İçtihat-Bilgi Bankası, E.T. 22.10.2024); Yargıtay 11 HD., E. 1996/9065, K. 1997/366, T. 28.1.1997 (Kazancı İçtihat-Bilgi Bankası, E.T. 22.10.2024); Yargıtay 11. HD., E. 1996/6295, K. 1996/6884, T. 15.10.1996 (Kazancı İçtihat-Bilgi Bankası, E.T. 22.10.2024).

hakem-bilirkişileri seçmesi ve hakem-bilirkişi raporu getirebilmesi için süre (mehil) verilmektedir¹¹⁴⁴.

Hakem-bilirkişi raporundan önce davanın açılması durumunda mukayeseli hukukta da hukukumuzda da mahkemeler, tarafların hakem-bilirkişi veya hakem-bilirkişileri seçmeleri ve hakem-bilirkişi raporunu getirmeleri için süre verilmesi şeklinde karar vermektedir. Ancak bu sürenin hangi kanun hükmüne, ne kadarlık süre olacağı ve süre bittikten sonra, mahkemece nasıl bir karar verileceği de doktrinde diğer tartışmalı bir konudur.

Doktrinde bir görüş¹¹⁴⁵, hakem-bilirkişi raporundan önce dava açılması durumunda, mahkemece bekletici mesele (sorun) (HMK m. 165) hükümlerinin uygulanması ve bu şekilde süre verilmesini savunmaktadır. Bu görüş, Alman hukukunda da hakem-bilirkişilik sözleşmesinin yargılama öncesi ve yargılamada yapılması şeklinde farklı olarak paylaşılmıştır. *Habscheid*, vakıa tespit faaliyeti şeklinde dar anlamda hakem-bilirkişilik sözleşmeleri bakımından, ilk durum olarak, hakem-bilirkişi raporundan önce dava açılırsa, mahkemenin bu durumda, tahkim ilk itirazı gibi, tarafların ileri sürmeleri sonucu, davanın usûlden reddine karar verilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Ancak ikinci durum olarak, yargılama sırasında, hakem-bilirkişilik sözleşmesine başvurulması durumunda, mahkemenin ZPO § 148 uyarınca, hakem-bilirkişi raporu gelinceye kadar, bekletici mesele hükümlerinin uygulanması gerektiğini savunmaktadır¹¹⁴⁶. *Wittmann*, hakem-bilirkişinin ne adli ne de idari bir makam olmadığını ve yargılama yapmadığını, bu nedenle bekletici mesele hükümlerinin burada uygulanamayacağını ifade ederek bu görüşü eleştirmektedir¹¹⁴⁷.

İsviçre hukukunda, hakem-bilirkişi raporundan önce dava açılması durumunda, hakem-bilirkişinin bir adi veya idari makam olup olmadığına

¹¹⁴⁴ “*Sigorta akti hasar yangın ve çalınma rizikolarına karşı yapılmış ve akdın hükümlerini teşkil eden poliçe genel şartlarının 5. maddesinde delil konusu tanzim edilmiştir. Delil mukavelesi mevcut olan hallerde HUMK’nun 287. maddesi gereğince bu mukaveleye göre amel edilmesi icap eder. Bu sebeple taraflara mehil verilerek, hakem-bilirkişilerce hasar miktarının saptanması olanağının sağlanması ve yapılacak itirazın genel hükümleri gereğince incelenmesi lâzımdır.*” (Yargıtay 11. HD, E. 1974/1504, K. 1974/2091, T. 25.6.1974 (Kuru, Usûl Cilt III, s. 2901-2902, dn. 47); Aynı yönde kararlar için bkz. Yargıtay 11. HD, E. 1974/110, K. 1974/386, T. 8.2.1974 (Kuru, Usûl Cilt III, s. 2902).

¹¹⁴⁵ Kuru, Usûl Cilt III, s. 2920; Bu yönde mahkeme kararı için bkz. Yargıtay 11. HD., E. 1973/3740, K. 1973/4861, T. 6.12.1973 (Yeşilırmak, Hakem-Bilirkişilik, s. 713, dn. 83).

¹¹⁴⁶ Habscheid, FS Lehmann, s. 806.

¹¹⁴⁷ Wittmann, s. 73.

bakmaksızın, bekletici mesele hükümleri (SchZPO Art. 126) uygulanmaktadır¹¹⁴⁸. Ancak SchZPO Art. 126 hükmünde, mahkeme, menfaatin gerektirmesi hâlinde yargılamayı durdurabileceğini ve özellikle kararın başka bir prosedürün sonucuna bağlı olması durumunda, prosedürü askıya alınabileceği şeklinde, genel bir ifade kullanılmış ve hükümde adli veya idari makam şeklinde özel bir nitelendirme yoktur.

Hukukumuzda da bekletici mesele, bir davada hüküm verilebilmesi, başka bir davaya, idari makamın tespitine bağlı olması durumunda mümkündür (HMK m. 165). Ancak hakem-bilirkişi, ne bir adli makam olup yargılama yapmakta ne de idari bir makamdır. Bu nedenle, mahkemelerin, hakem-bilirkişi raporundan önce dava açılması durumunda, bekletici mesele hükümlerine göre, süre vermemeleri gerekir. Kanaatimizce, hukukumuzda doktrinde hâkim görüşe göre, hakem-bilirkişilik sözleşmesi bir delil sözleşmesi olduğu ve hakem-bilirkişi raporu da bir delil teşkil ettiği için bu durum Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun delillere ilişkin genel hükümlerin (HMK m.187-198) ve belge ve senet (HMK m. 199-224) hakkındaki hükümlerin uygulanmasını engellemeyecektir. Nitekim Alman hukukunda da hakem-bilirkişi raporunun delil olduğuna ilişkin kanaat artmakta ve mahkemeler bu konuda ZPO § 356, 431'deki delillere ilişkin genel hükümleri kıyasen uygulamakta ve buna dayanılarak hakem-bilirkişi raporu getirilmesi için süre verilmektedir. Davada getirilecek deliller, ya davanın taraflarında (HMK m. 219) ya da bir üçüncü kişinin (HMK m. 221) elinde olabilir. Hakem-bilirkişi bir davanın tarafı olmadığı için burada üçüncü kişi konumundadır. Bu nedenle Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 221. maddesinin birinci fıkrasının uygulanması gerekir. Ancak Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 221. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkrası, üçüncü kişinin tanık olarak dinleneceği ve tanıklara ilişkin hükümlerin uygulanacağı hükümleri, hakem-bilirkişiler hakkında uygulanamaz. Çünkü, bu durum hakem-bilirkişinin gizlilik hükümlerine aykırılık teşkil eder. Diğer yandan, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 221. maddesinin birinci fıkrasında, üçüncü kişinin elinde bulunan bir belgenin, taraflarca ileri sürülen hususun ispatı için zorunlu olduğuna karar verilirse, sadece belgenin ibrazının emredileceği düzenlemektedir. Ancak, bu konuda, üçüncü kişiye delilleri getirmesi için süre verilmesine ilişkin bir düzenleme yoktur. Bu konuda

¹¹⁴⁸ Agstmann, s. 139, Rn. 289; Brosi, s. 263.

doktrinde¹¹⁴⁹, üçüncü kişilerin de belgeyi ibraz etmesi veya ibrazdan kaçınma sebeplerini ileri sürebilmesi için süreye ihtiyaçlarının olduğunun aşıkâr olduğu belirtilmiştir. Nitekim mahkeme karşı tarafa ve üçüncü kişiye bu süreyi tanımadan, kanundaki yaptırımları uygulayamaz. Bu nedenle tarafların hakem-bilirkişiye başvurabilmesi için Alman hukukundaki gibi, hukukumuzda da delillere ilişkin genel hükümlerin uygulanmalı ve burada mahkemelerin Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 221. maddesinin birinci fıkrası uyarınca süre verilmesi gerektiğini savunmaktayız.

Diğer yandan mahkemelerin, hakem-bilirkişi raporu getirilmesi açısından ne kadar süre vermesi gerektiğine ilişkin, yangın sigortası genel şartlarının B-4 hasarın tespiti maddesinin ikinci fıkrasının son cümlesinin esas alınması gerekir. Bu maddede, hakem-bilirkişi veya hakem-bilirkişilerin seçilmesinden itibaren en geç üç ay içinde ve her hâlde rizikonun gerçekleştiği tarihten itibaren altı ay içerisinde raporun tebliğ edilmemesi hâlinde, tarafların zararın miktarını artık her türlü delille ispat edebilecekleri düzenlenmiştir. Bu maddenin, mahkemelerin ne kadar süre vermesi gerektiği açısından esas alınması gereken madde olduğunu ifade edebiliriz.

Diğer tartışmalı husus ise, mahkemeler tarafından verilen bu süre sonucunda, tarafların hakem-bilirkişi raporunu getirememesi durumunda, mahkemenin nasıl işlem yapması gerektiğine ilişkindir.

Wittmann, mahkemelerin vermiş olduğu süre sonucunda, tarafların hakem-bilirkişi raporunu getirmemesi durumuna ilişkin küre teorisini (Sphärestheorie) oluşturmuş ve bu teori İsviçre¹¹⁵⁰ ve Avusturya¹¹⁵¹ doktrinini etkilemiştir. Ancak mahkeme kararlarında, bu teori herhangi bir değişiklik oluşturmamıştır. Bu teoride, dört durum söz konusudur. Mahkemenin hakem-bilirkişi raporunu getirebilmesi için taraflara süre verme sonrası, verilen süreye rağmen hakem-bilirkişi raporunun neden verilmediğine ilişkin bir tahkikat yapacak, bu dört durumdan hangi sonuca giriyorsa, mahkemenin ona göre karar vermesi gerekecektir. İlk durum, hakem-bilirkişiden kaynaklanan durumlar sebebiyle hakem-bilirkişi raporunun süreye rağmen teslim edilememesi durumu olup bu durumda BGB § 319 uyarınca, mahkeme kendisi karar verecektir. İkinci durum, davacıdan kaynaklı hakem-bilirkişi raporunun teslim edilememesi durumudur. Bu durumda, davanın esastan reddedilmesi ve mahkeme

¹¹⁴⁹ Erdönmez, Belgelerin İbrazi Mecburiyeti, s. 219.

¹¹⁵⁰ Brosi, s. 263-267.

¹¹⁵¹ Garger, s. 237-240.

masraflarının davacının üzerinde kalması gerekir. Üçüncü durum, davalı kaynaklı hakem-bilirkişi raporu süreye rağmen teslim edilemezse, mahkeme genel ispat kurallarına göre karar verir. Ancak yargılama masrafları, davalının üzerinde kalmalıdır. Son durum, hiç kimseden kaynaklanmayan, mücbir sebep veya beklenmeyen hâl gibi durumlardan kaynaklı, hakem-bilirkişi raporunun teslim edilememesi durumunda, yine mahkeme karar vermelidir¹¹⁵². Ancak Alman mahkemeleri bu konuda, *Wittmann* tarafından oluşturulan küre teorisini dikkate almamış ve ZPO § 356, 431 uyarınca verilen süre verilmesine rağmen, hakem-bilirkişi raporunun neden getirilmediğine ilişkin tahkikat yapmayıp, BGB § 319 uyarınca, genel ispat kurallarına göre, mahkemece karar verilmiştir¹¹⁵³.

Hukukumuzda da mahkemeler, hakem-bilirkişi raporundan önce dava açılması durumunda, tarafların hakem-bilirkişi veya hakem-bilirkişilere başvurması ve hakem-bilirkişi raporu getirilmesi için süre vermektedir. Ancak mahkemeler, verilen bu süre sonucunda, tarafların neden hakem-bilirkişi raporunu getiremediğine ilişkin tahkikat yapmayıp doğrudan genel ispat kurallarına göre, bilirkişi atayarak (HMK m. 266), karar vermektedir¹¹⁵⁴.

3. Hakem-Bilirkişilik Sözleşmesinin Tarafları ve Mahkemeyi Bağlaması

Hakem-bilirkişinin tespit etmiş olduğu vakıalar bakımından hakem-bilirkişi raporu tarafları ve mahkemeyi bağladığı gibi, aynı şekilde tarafların irade serbestisini

¹¹⁵² Wittmann, s. 73-75. Bu teori Avusturya hukukunda *Garger*'i de etkilemiş ve yazar kitabında Avusturya hukukunda BGB § 317-319'a benzer mahkemenin karar vereceği şeklinde bir hüküm olmadığı için Avusturya hukukunda da küre teorisinin uygulanması gerektiğini ifade etmiştir (Gagner, s. 241-243).

¹¹⁵³ Maus, s. 202.

¹¹⁵⁴“Buna göre hakem-bilirkişi HMK 412. maddesinde tanımlanan hakem sıfatını taşımadığından mahkemece öncelikle taraflara hakem-bilirkişilerini seçmesi için mehil verilmeli şayet taraflar kendilerine verilen mehil içinde hakem-bilirkişilerini seçemedikleri takdirde uyuşmazlığın mahkemece seçilecek bilirkişi tarafından düzenlenecek rapor dikkate alınarak genel hükümler çerçevesinde davanın sonuçlandırılması gerekirken yazılı şekilde davanın reddine karar verilmesi doğru görülmemiştir.” (Yargıtay, 17.HD., E. 2013/20417, K. 2014/8921, T. 3.6.2014 (Kazancı İçtihat-Bilgi Bankası, E.T. 22.10.2024); “Verilen mehile rağmen tarafların delil sözleşmesi gereğince hakem bilirkişilerine başvurmamış olmaları davanın reddini mucip olmaz. Bu durumda iddia ve savunmanın genel hükümler dairesinde mahkemece incelenerek sonucuna uygun bir karar verilmesi iktiza ederken, yazılı delil sözleşmesi gereğince işlem yapılmadığından bahisle davanın reddine karar verilmesinde isabet görülmemiştir.” (Yargıtay 11. HD., E. 1975/4965, K. 1975/6419, T. 17.11.1975) (Kazancı İçtihat-Bilgi Bankası, E.T. 22.10.2024); Aynı yönde karar için bkz. Yargıtay 11. HD., E. 1975/4965, K. 1975/6419, T. 17.11.1975 ((Kazancı İçtihat-Bilgi Bankası, E.T. 22.10.2024).

esas olarak hazırlamış olduğu hakem-bilirkişilik sözleşmesi de tarafları ve mahkemeyi bağlamaktadır. Bu nedenle tarafların sigorta özel şartlarında veya hakem-bilirkişilik sözleşmesinde, hakem-bilirkişilik sözleşmesi için önerilen hususları eklemesi doktrinde tavsiye edilmektedir¹¹⁵⁵.

Yargıtay, irade serbestisini esas alarak, hakem-bilirkişilik anlaşmasında yer alan hakem-bilirkişi atanması, hakem-bilirkişilik usûlü, hakem-bilirkişi raporunun içeriği, raporun iptali için başvuru süresi gibi şartları, hakem-bilirkişilik kurumu hakkında kanunî bir düzenleme olmamasına rağmen, bağlayıcı saymaktadır¹¹⁵⁶. Yargıtay ayrıca, hakem-bilirkişilik sözleşmesinde, tarafların sözleşmede düzenlemiş olduğu hakem-bilirkişiye gitmek için belli şartlar şeklindeki düzenlemelerine de sigorta genel işlem şartlarında belirtilen sınırlamalara uyulmak şartıyla uyulması gerektiğine karar vermiştir¹¹⁵⁷.

B. Hakem-Bilirkişilik Sözleşmesinin Üçüncü Kişilere Etkisi

1. Genel Olarak

Hakem-bilirkişilik sözleşmesi ve hakem-bilirkişi raporunun etkisi ispat sözleşmesi olarak, sözleşmelerin nispiyeti ilkesi gereği, sadece sözleşme tarafları bakımından etkili olup üçüncü kişileri etkilemez¹¹⁵⁸. Ancak doktrine göre, kefiller veya garanti sözleşmelerinde garantörler, ipotek sözleşmeleri tarafları da hakem-

¹¹⁵⁵ Bu konuda bkz. İkinci Bölüm, IV, B, 2.

¹¹⁵⁶ Yargıtay 11. HD., E. 1980/ 1005, K. 1980/ 1451, T. 21.3.1980 (Ulaş, Uygulamalı Sigorta, s. 131); “Yangın Sigortası Genel Şartları’nın B.4 maddesinde tarafların zarar miktarı konusunda anlaşamamaları halinde isterlerse hakem bilirkişilere gidilmesini kararlaştırıp, bunu bir tutanakla tespit edeceklerinin belirtilmiş bulunmasına, riskin gerçekleşmesinden sonra böyle bir tutanak tutulmamasına, dava açıldıktan sonra hakem bilirkişiye gidilmesinin mümkün bulunmamasına, bilirkişinin sıfatına yasal süresi içerisinde itiraz edilmemiş olmasına göre, davalı vekilinin tüm temyiz itirazlarının reddi ile hükmün onanması gerekmiştir.” (Yargıtay 11. HD., E. 2003/1933, K. 2003/7790, T. 15.9.2003) (Kazancı İçtihat-Bilgi Bankası, E.T. 25.10.2024); Aynı yönde kararlar için bkz. Yargıtay 11. HD., E. 2002/4248, K. 2002/7069, T. 4.7.2002) (Kazancı İçtihat-Bilgi Bankası, E.T. 25.10.2024); Yargıtay 11. HD., E. 1999/7071, K. 2000/597, T. 1.2.2000 (Kazancı İçtihat-Bilgi Bankası, E.T. 25.10.2024).

¹¹⁵⁷ “Taraflar zarar miktarında anlaşamadıkları taktirde, zarar miktarının tayini için isterlerse, hakem-bilirkişilere gidilmesini kararlaştırabilirler ve bunu bir tutanak ile tespit ederler” şeklinde hüküm getirilmiş olup, riskin gerçekleşmesinden sonra taraflarca böyle bir tutanak düzenlenmediğinin anlaşılmasına, böyle bir durumda artık dava açıldıktan sonra hakem-bilirkişiye başvurulmasının istenemeyeceğine karar vermiştir.” (Yargıtay 11. HD., E. 2002/4248, K. 2002/7069, T. 4.7.2002) (Kazancı İçtihat-Bilgi Bankası, E.T. 25.10.2024).

¹¹⁵⁸ Angstmann, s. 140, Rn 291; Taşpınar, İspat Sözleşmeleri, s. 206.

bilirkişilik sözleşmesine katılabilir ve bu şekilde hakem-bilirkişi raporunun etkisinden yararlanabilir. Bu katılma, en baştan hakem-bilirkişilik sözleşmesine dâhil olma olabileceği gibi, sonradan sadece hakem-bilirkişi raporunun sonucuna katılma şeklinde de olabilir¹¹⁵⁹.

Diğer yandan, hakem-bilirkişilik sözleşmesine taraf olanlardan birinin vefat etmesi durumunda, hakem-bilirkişilik hükümleri, külli halefleri olan mirasçıları da etkiler ve bağlıdır¹¹⁶⁰. Ancak hakem-bilirkişilik sözleşmesine konu olan eşyanın satılması şeklinde, hakem-bilirkişilik hükümleri cüzi halefleri¹¹⁶¹ bağlamayacaktır¹¹⁶².

Davada hakem-bilirkişilik sözleşmesi alınması veya davadan önce hakem-bilirkişilik sözleşmesi alınması durumunda, üçüncü kişiler bakımından, hakem-bilirkişilik sözleşmesinin davada etkisi farklı sonuçlar doğurabilir. Davada taraflar birbirine zıt konumda, yani birisi davacı diğer davalıysa hakem-bilirkişi raporunun subjektif kapsamıyla ilgili herhangi bir sorun yaşanmaz. Ancak, dava arkadaşlığı durumunda, hakem-bilirkişilik sözleşmesine taraf olmayan bir üçüncü kişinin olma olasılığı vardır¹¹⁶³. Ayrıca hakem-bilirkişilik sözleşmesi bireysel bir sözleşme değil, toplu iş sözleşmesi şeklinde de yapılmış olabilir. Bu durumda, çok taraflı hakem-bilirkişilik sözleşmesinin tarafları durumunda, nasıl bir etki oluşturduğunu, aşağıda incelemeye çalışacağız.

2. Toplu İş Sözleşmesi ve Hakem-Bilirkişilik Şartı

Alman hukukunda hakem-bilirkişilik sözleşmesi ifadesi ilk defa 23 Aralık 1926 tarihinde yürürlüğe giren, Alman İş Mahkemeleri Kanunu'nun § 106. hükmünde "Schiedsgutachtenvertrag" şeklinde geçmektedir¹¹⁶⁴. 1926 tarihli İş Mahkemeleri

¹¹⁵⁹ Hakem-bilirkişi raporunun, taraflar dışında, hukukî ilişkiye dahil olan tüm taraflar (kefiller, garantörler, menfaat sahipleri vb.) için bağlayıcı olduğu varsayılabilir. Bu şekilde hakem-bilirkişi raporu taraflar dışında hukukî ilişkiye giren tüm kişiler için de bağlayıcıdır (Bachmann, s. 100); Kisch, Schiedsmann, s. 140-141.

¹¹⁶⁰ Angstmann, s. 81; Taşpınar, İspat Sözleşmeleri, s. 258.

¹¹⁶¹ Usûl sözleşmeleri hem külli hem de cüzi halefleri bağlar. Ancak bu etki dürüstlük kuralıyla sınırlandırılmalı ve sözleşmeyi bilmeyen iyi niyetli halefin bağlı olmayacağı biçimde anlaşılmalıdır (Taşpınar, İspat Sözleşmeleri, s. 258).

¹¹⁶² Nitekim Türk Ticaret Kanunu'nun 1470. maddesinde, sigorta edilenin menfaat sahibinin değişmesi durumunda, aksine sözleşme olmadığı sürece, sigorta ilişkisinin sona ereceği düzenlenmiştir. Bu durum, tarafların hakem-bilirkişilik kaydının da sona ermesi sonucunu doğuracaktır.

¹¹⁶³ Angstmann, s. 140, Rn. 291.

¹¹⁶⁴ Meckenstock, s. 2; Weiler, s. 3; Rauscher, s. 46; Maus, s. 40, 165.

Kanunu'nun 106. hükmüne göre, sözleşmenin tarafları, iş uyuşmazlıklarında tahkim sözleşmesi yapabilecekleri gibi, iş mahkemelerini hariç tutmadan, hukukî uyuşmazlığa ilişkin vakıa tespitleri açısından hakem-bilirkişilik sözleşmesi de yapabilecekleri düzenlenmiştir. Bu durumda, iş mahkemeleri, hakem-bilirkişi tarafından tespit edilen vakıalar bakımından, tahkikat yapmayıp raporla bağlıdır¹¹⁶⁵.

Toplu iş sözleşmelerinde, hakem-bilirkişilik sözleşmesinin yapılması, büyük önem arz eder. Çünkü her bir bireysel iş sözleşmesi işçisiyle teker teker sözleşme yapılması zor ve mümkün değildir. Böyle bir sözleşme, toplu iş sözleşmesinin normatif kısmına ait olduğu için bireysel iş sözleşmeleri üzerinde de doğrudan ve zorunlu bir etki sağlar. Böylece sanki iş sözleşmesinin tarafları, kendileri hakem-bilirkişilik sözleşmesi kurmuş gibi olur. Aynı durum, toplu iş sözleşmesine dayanılarak, yapılan iş sözleşmeleri içinde geçerlidir¹¹⁶⁶. Bu şekilde, örneğin işçinin ne kadar fazla mesai yaptığı ve bunun ücretinin ne kadar olacağı konusunda, işçi ve işveren arasında bir çekişmeli vakıa meydana gelebilir. Bu durumda, her ne kadar bireysel iş sözleşmesinde hakem-bilirkişiliğe gidileceğine ilişkin şart olmasa da toplu iş sözleşmesindeki bu madde sayesinde, taraflar fazla mesai saati ve ücretinin miktarını hakem-bilirkişi raporuyla tespit edebilir ve bu rapor tarafları ve mahkemeyi bağlamaktadır¹¹⁶⁷.

1926 tarihli Alman İş Mahkemeleri Kanunu'nun (Arbeitsgerichtsgesetz) 106. hükmünde düzenlenmiş olan, hakem-bilirkişilik kurumu, 1953 tarihinde yeni İş Mahkemeleri Kanunu'yla yürürlükten kalkmış ve toplu iş sözleşmelerinde hakem-bilirkişilik şartını, kanun koyucu genel işlem koşullarına aykırı görerek, yeniden düzenlememiştir¹¹⁶⁸. Ancak Alman hukukunda her ne kadar bu konuda düzenleme bulunmasa dâhi, hakem-bilirkişilik şartları hâlen bireysel ve toplu iş hukuku sözleşmelerinde kullanılmaktadır¹¹⁶⁹.

¹¹⁶⁵ Weiler, s. 3; Meckenstock, s. 2, 56.

¹¹⁶⁶ Weiler, s. 8-9; Meckenstock, s. 81.

¹¹⁶⁷ Weiler, s. 6.

¹¹⁶⁸ Maus, s. 166.

¹¹⁶⁹ Rauscher, s. 45-46.

3. Dava Arkadaşlığında Durum

Dava arkadaşlığı zorunlu ve ihtiyari dava arkadaşlığı olarak ikiye ayrıldığı için burada ikili ayırım yapılarak incelemeye çalışacağız.

Maddî hukuka göre, bir hakkın birden fazla kimse tarafından birlikte kullanılması veya birden fazla kimseye karşı birlikte ileri sürülmesi ve tamamı hakkında tek hüküm verilmesinin gerektiği durumda, mecburi dava arkadaşlığı vardır (HMK m. 59). Mecburi dava arkadaşları, ancak birlikte dava açabilir veya aleyhlerine birlikte dava açılması zorunludur. Mecburi dava arkadaşlığı, maddî hukuktaki mirasın henüz paylaşılmamış olduğu, elbirliği mülkiyetinin bir sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır. Maddî hukuk bakımından tasarruf yetkisini birden çok kişinin oy birliği ile kullanması gereken, elbirliği mülkiyeti hâllerinde, dava takip yetkisi de tek bir malike ait olmayıp birlikte kullanılmak zorundadır¹¹⁷⁰.

Tarafların, hukukî ilişki üzerinde serbestçe tasarruf etmesi ve tasarruf yetkisi kavramlarını birbirinden ayırmamız gerekir. Hukukî ilişki üzerinde serbestçe tasarruf edilebilme, hukukî ilişkinin içeriğiyle ilgili olsa da tasarruf yetkisi, kimin özel olarak karar verebileceğini ifade eder. Bu şekilde hakem-bilirkişi raporunun bağlayıcı olmasının koşullarından biri, serbestçe tasarruf edilebilme olduğu gibi, aynı şekilde, tasarruf yetkisi şeklinde dava takip yetkisi de bir ön koşuldur. Normalde, hak sahibinin tasarruf yetkisi kural olarak vardır. Ancak miras hukukundaki elbirliği mülkiyeti durumunda, hukukî ilişkide taraflar tek başına tasarrufta bulunamazlar. Taraflar o işlemi ancak birlikte yapmak zorundadırlar¹¹⁷¹. Bu nedenle mecburi dava arkadaşlığında, hakem-bilirkişilik sözleşmesi yaparken, her birinin tek başına, dava takip yetkisi olmayıp hep birlikte kullanması gerekeceğinden, hakem-bilirkişilik sözleşmesini sadece birlikte kurabileceklerdir¹¹⁷².

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 57. maddesinde öngörülen hâllerden birinin olması durumunda, davacı veya davalı tarafta birden çok kişi olabilir ve bu durumda ihtiyarî dava arkadaşlığı meydana gelir. İhtiyari dava arkadaşlığının olduğu durumlarda, her bir dava arkadaşı kadar dava vardır. Bu nedenle taraflardan her biri, taraf ehliyeti, dava ehliyeti ve dava takip yetkisine sahip olmalıdır. Her birinin ayrı

¹¹⁷⁰ Buse Dişel, **Dava Takip Yetkisi**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020, s. 132.

¹¹⁷¹ Angstmann, s. 76-77.

¹¹⁷² Angstmann, s. 140, Rn. 293.

ayrı kural olarak maddî hukuktaki tasarruf yetkisine göre tayin edilen, talep sonucu hakkında hüküm alabilme yetkisi vardır (HMK m. 53). İhtiyari dava arkadaşlığında davalar birbirinden bağımsız olup dava arkadaşlarından her biri birbirinden bağımsız olarak hareket etmektedir (HMK m. 58). İhtiyari dava arkadaşlığında, birden fazla kişinin dava arkadaşı olmalarının nedeni, tahkikatın ortak olmasıdır. Bu sayede, tahkikat sırasında bazı işlemler ortak olarak yapıldığından, örneğin, bilirkişi, keşif gibi incelemeler birlikte yapıldığından, ihtiyari dava arkadaşlığı usûl ekonomisine hizmet eder¹¹⁷³. İhtiyari dava arkadaşları, bu nedenle iddia ve savunmalarını ile delillerini ayrı ayrı ileri sürebilirler. Ancak, hepsi için ortak vakıa hakkında ileri sürülen hususlardan, diğer dava arkadaşı da yararlanabilecektir¹¹⁷⁴. Hakem-bilirkişilik sözleşmesi, taraflar arasındaki çekişmeli vakıaların tespiti için yapılmakta ve tarafları ve mahkemeyi bağlayıcı özelliğe sahiptir. Taraflar hakem-bilirkişilik sözleşmesini imzalamadıkça, bu durum sözleşmenin nispiyeti prensibi uyarınca, hakem-bilirkişilik sözleşmesini imzalamayan taraf açısından bağlayıcı olmayacak ve bu durum davada ihtiyari dava arkadaşları arasında sorun yaratacaktır¹¹⁷⁵. Bir yandan, hakem-bilirkişilik sözleşmesini imzalamamış olan tarafın hakem-bilirkişi raporuna bağlılığı hariç tutulmuştur. Diğer yandan, hâkim, hakem-bilirkişilik sözleşmesinin tarafları açısından, sadece hakem-bilirkişi raporunun bulgularıyla bağlı olmakta, ancak hakem-bilirkişilik sözleşmesini imzalamamış üçüncü kişi hakem-bilirkişilik sözleşmesinin tarafı olmadığı için hâkim olayları tek tip bir şekilde değerlendiremeyecektir. Mahkeme, bu durumda, hakem-bilirkişi raporunun, herkes için geçerli olup olmadığı konusunda, hakem-bilirkişilik sözleşmesinin imzalamamış taraflar bakımından, onlar hakkında rızalarının alınmasını sağlamalıdır. Bu konuda, mahkemece ihtiyari dava arkadaşları arasında bir anlaşmaya varılamazsa, mahkemenin davaları ayırmaktan başka seçeneği olmayacaktır¹¹⁷⁶. Nitekim ihtiyari dava arkadaşlığının artık caiz olmadığı, yani dava konusu hak ve borcun ortak olmadığı veya ortak işlemin bulunmadığı yahut aynı sebepten doğmadığı

¹¹⁷³ Kuru ve Aydın, Usûl Ders Kitabı, s. 380-381; Pekcanıtez, Atalay ve Özkes, Usûl Ders Kitabı, s. 170; Pekcanıtez, Atalay ve Özkes, Usûl Hukuku, s. 327.

¹¹⁷⁴ Angstmann, s. 141; Pekcanıtez, Atalay ve Özkes, Usûl Ders Kitabı, s. 170; Pekcanıtez, Atalay ve Özkes, Usûl Hukuku, s. 327.

¹¹⁷⁵ Angstmann, s. 141.

¹¹⁷⁶ Angstmann, s. 141, Rn. 295.

duruma benzer bir durum ortaya çıktığı durumda, mahkeme kendiliğinden veya talep üzerine davaların ayrılmasına karar verebilir (HMK m. 167)¹¹⁷⁷.



¹¹⁷⁷ Kuru ve Aydın, Usûl Ders Kitabı, s. 381; Pekcanitez, Atalay ve Özekes, Usûl Ders Kitabı, s. 335; Pekcanitez, Atalay ve Özekes, Usûl Hukuku, s. 639.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

HAKEM-BİLİRKİŞİ SÖZLEŞMESİ, HAKEM-BİLİRKİŞİNİN SEÇİMİ, NİTELİĞİ, HUKUKÎ DURUMU

I. HAKEM-BİLİRKİŞİ SÖZLEŞMESİ

Hakem-bilirkişi sözleşmesi, hakem-bilirkişilik sözleşmesinin tarafları ve hakem-bilirkişi arasında, genel kapsamda hakem-bilirkişinin hak ve yükümlülüklerinin düzenlendiği bir sözleşme olup bu bölümde hakem-bilirkişi sözleşmesinin kurulması, içeriği ve şekli konuları incelenmeye çalışılacaktır.

A. Hakem-Bilirkişi Sözleşmesinin Kurulması

Hakem-bilirkişilik sözleşmesi taraflarının, ortak olarak bir hakem-bilirkişi atamaları veya her bir tarafın, taraf hakem-bilirkişisini ataması, tarafların hakem-bilirkişiyle sözleşme kurduğu sonucunu ortaya çıkarmaz. Tarafların hakem-bilirkişiyi ataması, tek taraflı yenilik doğuran bir hakkın kullanımı olup tarafların iradelerinin karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamaları sonucu oluşan sözleşmeden (TBK m. 1/I) farklılık arz etmektedir¹¹⁷⁸. Hakem-bilirkişi, hakem-bilirkişilik sözleşmesinin, bir tarafı değildir¹¹⁷⁹. Ayrıca, taraflar, hakem-bilirkişiyi atamış olsalar dâhi, hakem-bilirkişi, mahkeme bilirkişilerinden (HMK m. 270) farklı olarak, görevi kabul etmek zorunda da değildir. Bu nedenle, tarafların hakem-bilirkişiyi atamadan önce, hakem-bilirkişinin uygun olup olmadığı gibi bazı hususları sorması ve hakem-bilirkişinin, hakem-bilirkişilik sözleşmesine konu olacak vakıa hakkında da ön bilgi sahibi olması, tarafların hakem-bilirkişiyi seçmelerinde tavsiye edilen hususlardandır¹¹⁸⁰.

Hakem-bilirkişi sözleşmesi açısından, kanunlarda özel bir düzenleme olmadığı ve sözleşme olduğu için genel sözleşmenin kurulmasında olduğu gibi, tarafların iradelerinin karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla kurulmaktadır. (TBK m. 1/I). Bu nedenle, hakem-bilirkişi sözleşmesi de genel sözleşme kurallarına uygun

¹¹⁷⁸ Rauscher, s. 244; Meyer, s. 44.

¹¹⁷⁹ Angstmann, s. 84.

¹¹⁸⁰ Walter Bayerlein, Katherine Bleutge, Wolfgang Roessner ve Volker Schlehe, **Praxishandbuch Sachverständigenrecht**, 6. Auflage, München 2021, s. 509, Rn. 20-21.

olarak, icap (öneri) ve kabul şeklinde (TBK m. 3) kurulacaktır. Hakem-bilirkişinin tayininde, hakem-bilirkişinin sözleşme teklifini, nasıl kabul etmesi gerektiği, belirli bir şekil şartına tabî değildir. Bu nedenle, hakem-bilirkişi tarafından kabul açık veya örtülü şekilde de yapılabilir. Türk Borçlar Kanunu'nun 6. maddesinde, örtülü kabul hâlleri düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, öneren, kanun veya işin özelliği ya da durumun gereği, açık bir kabulü beklemek zorunda değilse, öneri uygun bir sürede reddedilmediği takdirde, sözleşme kurulmuş sayıldığı düzenlenmiştir. Hakem-bilirkişinin, hakem-bilirkişi sözleşmesini kabulü, yazılı bir şekilde olabileceği gibi, sözlü bir açıklama şeklinde, hakem-bilirkişilik sözleşmesine konu olan belgelerin istenmesi de kabul olarak anlaşılır. Kabul ile ilgili özellik arz eden diğer durum da taraflarca kendisine icapta bulunulan hakem-bilirkişinin susması hâlinde, hakem-bilirkişi sözleşmesinin kurulmuş sayılıp sayılmayacağı hususudur. Genel kural olarak, susma bir irade beyanı sayılmadığından, icaba karşı susan hakkında, muhatabın, icabını kabul etmiş saymak mümkün değildir. Ancak, kanun koyucunun, bazı durumlarda, susmayı özel olarak hükme bağladığı durumlar vardır. Hakem-bilirkişi sözleşmesinin hukukî niteliğine ilişkin nitelendirme, bu açıdan önem taşıyacaktır. Çalışmamızın ilerleyen kısımlarında, hakem-bilirkişi sözleşmesinin hukukî niteliğini ayrıntılı olarak inceleyeceğimiz¹¹⁸¹ için bu kısımda konuyla sınırlı olarak değinmeye çalışacağız. Hakem-bilirkişi sözleşmesi, hakem-bilirkişi raporunun hazırlanması şeklinde, insan emeğine dayalı, bir iş görme sözleşmesi olduğu için vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümler, niteliğine uygun düştüğü ölçüde kıyasen uygulanmaktadır (TBK m. 502/II). Vekâlet sözleşmesinde, vekil tarafından, cevap verme yükümlülüğü düzenlenmiştir. Türk Borçlar Kanunu'nun 503. maddesine göre, *“kendisine işin görülmesi önerilen kişi, bu işi görme konusunda resmî sığata sahipse veya işin yapılması mesleğinin gereği ise ya da bu gibi işleri kabul edeceğini duyurmuşsa, bu öneri onun tarafından hemen reddedilmedikçe, vekâlet sözleşmesi kurulmuş sayılır.”* Bu hüküm gereği, hakem-bilirkişi, vekâlet sözleşmesine ilişkin icabını hemen reddetmek yerine, icap karşısında susması hâli, bu maddeye göre, kabul

¹¹⁸¹ Bu konuda bkz. Üçüncü Bölüm, II.

beyanı şeklinde düzenlenmiş ve bu şekilde hakem-bilirkişi sözleşmesi kurulmuş sayılır¹¹⁸².

Tarafların hakem-bilirkişi sözleşmesi yapabilmesi için hak (TMK m. 8) ve fiil ehliyetine (TMK m. 9) sahip olması gerekir. Dolayısıyla hakem-bilirkişi sözleşmesini tarafların bizzat yapabilmeleri için serbest iradeleri ile tasarrufta bulunma yetkilerinin bulunması gerektiğinden, medenî hakları kullanma ehliyeti olan fiil ehliyetine sahip olması gerekir. Küçük ve kısıtlıların hakem-bilirkişi sözleşmesi yapabilmesi için velisinin veya sulh hukuk mahkemesinin iznini almak suretiyle, vasisinin yetkisi vardır (TMK m. 16).

Hakem-bilirkişi sözleşmesi, hakem-bilirkişilik sözleşmesinin tarafları ve hakem-bilirkişi veya hakem-bilirkişiler arasında yapılmaktadır. Taraflar ortak bir hakem-bilirkişi seçebilir veya her bir taraf, kendi taraf hakem-bilirkişisini seçer ve taraf hakem-bilirkişileri de üçüncü hakem-bilirkişiyi seçerler. Bu durumlarda hakem-bilirkişiyle, bütün taraflar bakımından bir sözleşme kurulup kurulmadığı, doktrinde tartışmalıdır.

Hakem-bilirkişilik sözleşmesinin tarafları ilk olarak, ortak atama yaparak tek bir hakem-bilirkişi seçmiş olabilirler. Bu durumda, hakem-bilirkişi ortak atandığı için taraflarla hakem-bilirkişi arasındaki hakem-bilirkişi sözleşmesi her iki tarafla da kurulmuş olur. Doktrin, tarafların, ortak atamayla tek hakem-bilirkişi seçebileceği gibi, iki taraf hakem-bilirkişisi ve başkan hakem-bilirkişi şeklinde, üç hakem-bilirkişiyi de ortak atamayla seçebileceklerinin mümkün olduğunu belirtmektedir. Ancak böyle bir durumda dâhi, yine ortak atama olduğu için sözleşmenin taraflarıyla sözleşmenin kurulmuş olacağı ifade edilmektedir¹¹⁸³.

Hakem-bilirkişilik sözleşmesinin tarafları ikinci olarak, ortak atama yapmak yerine, her bir taraf, kendi taraf hakem-bilirkişisini seçmiş olabilir. Bu durumda, bir tarafça atanan hakem-bilirkişi tarafından, hakem-bilirkişi atamayan diğer taraf bakımından da o hakem-bilirkişiyle bir sözleşme kurulup kurulmadığı doktrinde

¹¹⁸² Halûk Tandoğan, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt II**, 5. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010, s. 387-388; Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2020, (Borçlar Özel), s. 720; Cevdet Yavuz, Faruk Acar ve Burak Özen, **Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler**, 19. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2024, s. 650; Aydın Zevkliler ve Emre Gökyayla, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 20. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2020, s. 645.

¹¹⁸³ Meyer, s. 50-51.

tartışmalıdır. Bu tartışma, hakem-bilirkişinin sorumluluğu ve ücretinin kimin tarafından nasıl ödeneceği açısından önem taşımaktadır.

Kisch, yalnızca hakem-bilirkişiyi atayan tarafla, hakem-bilirkişinin sözleşme ilişkisi içine girdiğini, diğer tarafın ise hakem-bilirkişiyle sözleşmeye dayalı bir ilişkisinin olmadığını ifade etmektedir. Çünkü taraflardan her birinin kendi seçmiş olduğu hakem-bilirkişinin masrafını kendisinin ödediğini, ayrıca, hakem-bilirkişinin kendisini atayan tarafın bakış açısını temsil ettiğini, bu nedenle hakem-bilirkişinin her iki tarafla sözleşme ilişkisine girdiğini savunmanın sadece teorik olduğunu savunmaktadır¹¹⁸⁴. Ancak doktrinde bu görüş eleştirilmektedir. Hakem-bilirkişinin görevinin, vakıayı doğru ve nesnel tespit etmesi şeklinde her iki tarafı bağlayıcı rapor vermesi göz önüne alındığında, bu durumun her iki tarafa da karşı tarafsız ve bağımsız olmasının zorunluluğunu ve sonuç olarak her iki tarafla da sözleşme ilişkisi olduğu sonucunu ortaya çıkardığı ifade edilmektedir¹¹⁸⁵.

Bongartz, hakem-bilirkişinin her iki tarafla da sözleşme ilişkisine girdiğini, bu sayede hakem-bilirkişiyi atamayan tarafın da sözleşmeden doğan tazminat taleplerini ileri sürmesi gerektiğini belirtmektedir¹¹⁸⁶. Bu konuda içtihatlar da taraf hakem-bilirkişisinin, her iki tarafla sözleşme ilişkisi olduğuna dair karar vermektedir¹¹⁸⁷. Aynı şekilde, hakem sözleşmesinde de hakemi atamayan tarafla da hakemin, sözleşme ilişkisinde olduğu doktrin ve içtihat tarafından kabul etmektedir¹¹⁸⁸.

Doktrinde, taraf hakem-bilirkişinin, hakem-bilirkişiyi atamayan tarafla da sözleşme ilişkisinde olduğunu kabul edilmekle beraber, bunun hukukî niteliğine ilişkin görüş farklılıkları vardır.

Usûl hukuku görüşü savunucuları, taraf hakem-bilirkişilerine ilişkin kanunî bir düzenleme olmadığından, tahkim hükümlerinin kıyasen uygulanarak (§ 1030 ZPO), taraf hakem-bilirkişinin atanmasının, karşı tarafa bildirilmesi sonucunda, diğer tarafla da sözleşme ilişkisinin gerçekleştiği savunulmaktadır¹¹⁸⁹. Ancak bu konuda hakem-

¹¹⁸⁴ Kisch, Schiedsmann, s. 83.

¹¹⁸⁵ Theo Bongartz, **Die §§ 317 bis 319 BGB in ihrer Bedeutung für den Schiedsgutachtervertrag**, Dissertation, Würzburg 1935, s. 34; Rauscher, s. 246; Meyer, s. 52.

¹¹⁸⁶ Bongartz, s. 34.

¹¹⁸⁷ RGZ 87, 190 (194); RGZ 64, 210 (212); BGH NJW 1957, 587; BGH VersR 1962, 803 (804) (Meyer, s. 52, dn. 231).

¹¹⁸⁸ Alim Taşkın, **Hakem Sözleşmesi**, 2. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2005, s. 92.

¹¹⁸⁹ Rauscher, s. 246.

bilirkişilik açısından kanunî bir düzenleme olmadığından, konu maddî hukuk açısından incelenmiştir.

Doktrinde bir görüş, taraf hakem-bilirkişisi açısından, hakem-bilirkişi atamayan tarafla hakem-bilirkişi arasında, üçüncü kişi yararına bir sözleşme olduğunu (BGB § 328) olduğunu savunmaktadır¹¹⁹⁰.

Doktrinde diğer bir görüş, üçünü kişi yararına sözleşmenin, bu durumda taraflarının çıkarlarına hizmet etmediğini belirtmektedir. Buna gerekçe olarak, üçüncü kişi yararına tam sözleşmede, üçüncü kişi alacak hakkına sahip olmakla birlikte, üçüncü kişi yararına eksik sözleşmede, üçüncü kişi alacak hakkına da sahip değildir. Ayrıca, üçüncü kişi yararına hem eksik hem de tam sözleşmede, üçüncü kişinin bir borcu yüklenmesi de söz konusu değildir. Son olarak, üçüncü kişi yararına hem tam hem de eksik sözleşme durumunda, üçüncü kişi bir sözleşmenin tarafı konumuna gelmemektedir. Bu nedenle, bu durumda, üçüncü kişi yararına sözleşmenin değil, bir temsil ilişkisinin (§ 164 BGB) olduğu savunulmaktadır. Hakem-bilirkişiyi atayan taraf, diğer tarafın temsilcisi olarak hareket eder¹¹⁹¹. Aynı şekilde hakem sözleşmesi açısından da hakem atayan tarafın, diğer tarafın temsilcisi olarak hareket ettiği doktrinde savunulmaktadır¹¹⁹².

Üçüncü hakem-bilirkişiyi ister taraf hakem-bilirkişileri isterse de mahkeme atasın doktrinde üçüncü hakem-bilirkişinin, taraflarla sözleşme ilişkisi içerisinde olduğu savunulmaktadır. Çünkü üçüncü hakem-bilirkişi, taraf hakem-bilirkişilerinin anlaşamadıkları sınırlar dâhilinde son olarak her iki tarafı bağlayıcı bir rapor yazdığı ve tarafsız ve bağımsız olmak zorunda olduğundan, her iki tarafla sözleşme ilişkisi içerisinde. Bu şekilde taraflar, üçüncü hakem-bilirkişinin sorumluluğu hakkında sözleşme hükümlerine göre sorumluluk hükümlerine başvurabilirler¹¹⁹³.

B. Hakem-Bilirkişi Sözleşmesinin İçeriği

Taraftarlarla hakem-bilirkişi arasındaki ilişki açısından, hakem-bilirkişilik ve hakem-bilirkişi sözleşmelerini birbirinden ayırmak gerekir. Hakem-bilirkişilik

¹¹⁹⁰ Gernhuber, s. 303.

¹¹⁹¹ Meyer, s. 56-57.

¹¹⁹² Taşkın, s. 93.

¹¹⁹³ Meyer, s. 58.

sözleşmesi, hakem-bilirkişi sözleşmesini içerecek şekilde düzenlenebilir. Ancak hakem-bilirkişilik ve hakem-bilirkişi sözleşmeleri, sözleşmenin tarafları, içerdikleri konular ve hukukî nitelikleri bakımından, birbirlerinden farklı sözleşmelerdir.

Hakem-bilirkişilik sözleşmesinde, taraflar aralarındaki çekişmeli vakiya ilişkin bağlayıcı tespiti hakem-bilirkişi tarafınca yapılacağını ve tarafların bu hususta, hakem-bilirkişi veya hakem-bilirkişileri atayacağını düzenlenmektedir. Ancak hakem-bilirkişilik sözleşmesine, hakem-bilirkişi taraf değildir. Ayrıca hakem-bilirkişilik sözleşmesinde, hakem-bilirkişinin belirli veya belirlenebilir olması yeterliken; hakem-bilirkişi sözleşmesinde esaslı unsur, hakem-bilirkişinin şahsı olup hakem-bilirkişinin belli olması zorunlu bir unsurdur¹¹⁹⁴.

Hakem-bilirkişilik sözleşmesinin sona ermesi, hakem-bilirkişi sözleşmesinin de sona ermesini sağlamaz. Nitekim, doktrinde, tarafların iki sözleşmeyi şarta tâbi kılmadığı sürece, hakem-bilirkişilik sözleşmesinin sona ermesinin, hakem-bilirkişi sözleşmesini de sona erdirmeyeceği belirtilmektedir. Dolayısıyla hakem-bilirkişi sözleşmesinin geçerli olduğu ve hakem-bilirkişinin o döneme kadar yapmış olduğu ücret ve masrafları isteyebileceği ifade edilmektedir¹¹⁹⁵. Diğer yandan, hakem-bilirkişi sözleşmesinin sona ermesi de hakem-bilirkişilik sözleşmesinin sona ermesine sebebiyet vermeyecektir. Bu durumda, taraflar yeni hakem-bilirkişileri seçebilecek ve seçilen hakem-bilirkişilerle yeni hakem-bilirkişi sözleşmesi yapılabilecektir¹¹⁹⁶. Ancak, hakem-bilirkişi ve hakem-bilirkişilik sözleşmesi, birbirinden farklı sözleşmeler de olsa, buradaki bağlantı hakem-bilirkişi raporu sağlamaktadır. Hakem-bilirkişinin görevi, hakem-bilirkişilik sözleşmesinde gösterilen çekişmeli vakiyanın bağlayıcı şekilde tespiti olduğundan, hakem-bilirkişi sözleşmesinde, hakem-bilirkişilik sözleşmesi ekte gösterilir veya aynen tekrar edilir. Hakem-bilirkişilik ve hakem-bilirkişi sözleşmeleri açısından, aynı konularda yapılan düzenlemelerde farklılık olmaması gerekir. Bu konuda, farklılık olması durumunda, daha sonra düzenlenen hakem-bilirkişi sözleşmesi olduğundan, hakem-bilirkişi sözleşmesindeki düzenleme esas alınır¹¹⁹⁷.

¹¹⁹⁴ Angstmann, s. 116, Rn. 245.

¹¹⁹⁵ Weismann, AcP 72, s. 269, 317; Rauscher, s. 271; Kisch, Schiedsmann, s. 119; Bongartz, s. 30; Meyer, s. 42; Brosi, s. 134.

¹¹⁹⁶ Meyer, s. 45; Brosi, s. 134-135.

¹¹⁹⁷ Bayerlein, Bleutge, Roessner ve Schlehe, s. 509, Rn. 20.

Hakem-bilirkişi sözleşmesinde genel olarak hakem-bilirkişinin hak ve yükümlölükleri düzenlenir. Hakem-bilirkişi sözleşmesi açısından, kanunî bir düzenlemenin olmaması ve kurumsal hakem-bilirkişilik merkezlerinin az olması gibi sebeplerle, tarafların hem hakem-bilirkişilik hem de hakem-bilirkişi sözleşmelerini iyi düzenlenmesi ve gerekirse bu konuda bir hukukî destek almaları tavsiye edilen hususlardandır. Hakem-bilirkişinin hukukî durumu şeklinde, hak ve yükümlölükleri bakımından, ayrıntılı düzenlemelerin yapılması, tarafların haklarının korunması, yükümlölüklerine açıklık kazandırılması ve belirlenmesi açısından önem arz edecektir. Bu nedenle, doktrinde hakem-bilirkişi sözleşmesinde bulunmasında faydalı unsurlar, hakem-bilirkişilik sözleşmesindekilerle aynı şekilde önerilmiştir. Dolayısıyla emredici kurallara aykırı olmamak şartıyla, hakem-bilirkişilik sözleşmesinde, ihtiyarî olarak önerilen hususlar, hakem-bilirkişi sözleşmeleri açısından da aynen geçerlidir¹¹⁹⁸.

C. Hakem-Bilirkişi Sözleşmesinin Şekli

Hakem-bilirkişilik sözleşmesinin tarafları ve hakem-bilirkişi arasında kurulan, genel olarak hakem-bilirkişinin hak ve yükümlölüklerini düzenleyen, hakem-bilirkişi sözleşmesinin şeklini mukayeseli hukuk ve hukukumuz açısından incelemeye çalışacağız.

Alman hukukunda, BGB §317-319 hükümlerinde, hakem-bilirkişilik sözleşmesi açısından, bir şekle ilişkin bir düzenleme olmadığı gibi, aynı şekilde hakem-bilirkişi sözleşmesi açısından da şekil özgürlüğü söz konusudur. Bu nedenle, taraflar hakem-bilirkişi sözleşmesini yazılı olacağını kararlaştırılmadıkça, herhangi bir şekle tâbi değildir¹¹⁹⁹. Doktrin, hakem-bilirkişi sözleşmesi açısından şekil özgürlüğünü olumlu karşılamaktadır. Çünkü tarafların hakem-bilirkişiye vakıayı bağlayıcı şekilde, tespit etme görevini vermeleri, hakem-bilirkişilik sözleşmesinin kurulmasıyla başlayacaktır. Bu nedenle tarafların korunması gereken asıl sözleşme tipi, hakem-bilirkişilik sözleşmesidir. Ancak hakem-bilirkişilik sözleşmesi dâhi, şekle tabi olmadığı için hakem-bilirkişi sözleşmesinin de şekle tâbi tutulmaması gerekir¹²⁰⁰.

¹¹⁹⁸ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. yuk. İkinci Bölüm, IV, B, 2.

¹¹⁹⁹ Fritz Wangner, **Der Schiedsgutachter**, Dissertation, Freiburg 1908, s. 51; Eckert, s. 22; Meckenstock, s. 20; Meyer, s. 86.

¹²⁰⁰ Meyer, s. 86.

İsviçre hukukunda hakem-bilirkişilik sözleşmesinin şekline ilişkin, İsviçre Medenî Usûl Kanunu'nun 189. maddesinin ikinci fıkrasında, yetki sözleşmelerini düzenleyen, 17. maddenin ikinci fıkrasının geçerli olduğu düzenlenmiştir. Ancak hakem-bilirkişi sözleşmesi açısından herhangi bir şekil şartı düzenlenmemiştir. Bu nedenle hakem-bilirkişi sözleşmesi, herhangi bir şekil şartına tâbi değildir¹²⁰¹.

Hukukumuzda, hakem-bilirkişi sözleşmesi hakkında kanunî bir düzenleme yoktur. Bu noktada, hakem-bilirkişi sözleşmesinin hukukî niteliğine ilişkin nitelendirme önem taşıyacaktır. Çalışmamızın ilerleyen kısımlarında, hakem-bilirkişi sözleşmesinin hukukî niteliğini ayrıntılı olarak inceleyeceğimiz için¹²⁰² bu kısımda, konuyla sınırlı olarak değinmeye çalışacağız. Hakem-bilirkişi sözleşmesi, doktrinde hâkim görüşe göre, insan emeğinin bir ürünü, bir iş görme sözleşmesi olduğu için vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümler, niteliğine uygun düştüğü ölçüde kıyasen uygulanmaktadır (TBK m. 502/II). Hukukumuzda vekâlet sözleşmeleri, bazı özel düzenlemelerle kanunen şekil şartı getirilen sözleşmeler hariç¹²⁰³, herhangi bir şekil şartına tâbi değildir¹²⁰⁴. Hakem-bilirkişi sözleşmelerine de iş görme sözleşmesi olarak, vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanacağından, herhangi bir şekil şartına tâbi olmaksızın, yazılı veya sözlü olarak kurulabilir (TBK m. 12).

Diğer yandan, taraflar hakem-bilirkişi sözleşmesini, şahsa bağlı bir işlem olmadığı için temsilci yoluyla da yapabilir¹²⁰⁵. Bu nedenle, tarafların bir temsilci aracılığıyla da hakem-bilirkişi sözleşmesi yapması mümkündür. Kanun koyucu, Türk Borçlar Kanunu'nun 504. maddesinin ikinci fıkrasında vekile özel yetki verilmediği sürece, hakeme başvurulamayacağı düzenlenmiştir. Ancak, hakem-bilirkişiye başvurup başvuramayacağı hususu düzenlenmemiştir. Kanaatimizce, hem hakem-bilirkişilik hem de hakem-bilirkişi sözleşmesi bakımından vekâletnamede özel yetki aranması gerekir. Çünkü hukukumuzda davaya vekâlette özel yetki vekâletnamesini gerektiren hâller bakımından, hakem-bilirkişilik ve hakem-bilirkişi sözleşmesi sayılmamış olsa da vekilin, özel yetki olmaksızın alternatif uyuşmazlık çözüm

¹²⁰¹ Bachmann, s. 81; Angtsmann, s. 123; Brosi, 145.

¹²⁰² Bu konuda bkz. Üçüncü Bölüm, II.

¹²⁰³ Örneğin, taşınmazlara ilişkin simsarlık sözleşmesi (TBK m. 520/III) ve kredi mektubu ve emri (TBK m. 515-516) yazılı şekilde yapılması gerekir (Eren, Borçlar Özel, s. 721-722); Tandoğan, s. 390; Yavuz, Acar ve Özen, s. 649; Zevkliler ve Gökyayla, s. 646.

¹²⁰⁴ Eren, Borçlar Özel, s. 721; Tandoğan, s. 390; Yavuz, Acar ve Özen, s. 649; Zevkliler ve Gökyayla, s. 646.

¹²⁰⁵ Angtsmann, s. 81, Rn. 160.

yollarına başvuramayacağı (HMK m. 74) düzenlenmiştir. Hakem-bilirkişi sözleşmesi, tarafların alternatif uyuşmazlık çözüm yolunda, başvuracağı üçüncü kişi olan hakem-bilirkişiyle sözleşme yapılması sonucu oluştuğu ve hakem-bilirkişilik sözleşmesini de bu yönden etkilediği için hem hakem-bilirkişilik hem de hakem-bilirkişi sözleşmesinde, vekilin vekâletnamesinde özel yetkinin aranması gerektiğini savunmaktayız¹²⁰⁶.

II. HAKEM-BİLİRKİŞİ SÖZLEŞMESİNİN HUKUKÎ NİTELİĞİ

A. Genel Olarak

Hakem-bilirkişilik sözleşmesinin tarafları ve hakem-bilirkişiyle kurulan hakem-bilirkişi sözleşmesinin hukukî niteliği, doktrinde tartışmalıdır. Bir sözleşmenin hukukî niteliğini belirlemek ve bu şekilde hangi kurallara tâbi olduğu, onun doğrudan oluşturmuş olduğu etkisine bağlıdır. Bir sözleşmenin maddî hukuk alanında mı yoksa usûl hukuku alanında mı etkisinin olduğuna bağlı olarak, ilgili hükümler uygulanacaktır.

Hakem-bilirkişilik sözleşmesi açısından, usûl hukukuna ilişkin etkiler, hâkimin, hakem-bilirkişi raporuyla bağlı olduğu şeklinde, bağlayıcı etkiden kaynaklanmaktadır. Ancak, bağlayıcı etki, tarafların kendi aralarında çekişmeli vakıaya ilişkin hakem-bilirkişi ataması ve vakıa tespitini bu şekilde çözecekleri konusunda yaptıkları, hakem-bilirkişilik sözleşmesinden kaynaklanmaktadır¹²⁰⁷. Diğer yandan, hakem-bilirkişilik sözleşmesinin tarafları ve hakem-bilirkişi arasındaki hakem-bilirkişi sözleşmesi, genel olarak hakem-bilirkişinin hak ve yükümlülüklerini düzenlemektedir. Bu nedenle, hâkimin hakem-bilirkişi tarafından tespit etmiş olduğu vakıalarla bağladığı, bağlayıcı etki şeklinde ifade edilen etki bakımından, hakem-bilirkişi sözleşmesi doğrudan bir etki doğurmamaktadır. Dolayısıyla, doktrinde hâkim görüşe göre, hakem-bilirkişi sözleşmesinin doğrudan ya da dolaylı usûlî bir etkisi yoktur¹²⁰⁸.

¹²⁰⁶ Karşılaştırınız İldır, s. 68; Angtmann, s. 81.

¹²⁰⁷ Meyer, s. 22.

¹²⁰⁸ Meyer, s. 22; Aksi görüş için bkz. Hakem-bilirkişi sözleşmesi hem borçlar hem de usûl hukukuyla ilgili bir sözleşmedir. Nitelik itibarıyla her ne kadar vekâlet sözleşmesine ilişkin sonuçlar doğursa da usûl hukukuna ilişkin sonuçlar da doğurur, çünkü hakem-bilirkişi sözleşmesiyle vakıanın nihai

Hakem-bilirkişi, kendi uzmanlık ve tecrübesiyle, taraflar arasında çekişmeli olan vakıaya ilişkin tespitini, insan emeği vasıtasıyla gerçekleştirmektedir. Bu nedenle doktrinde, hakem-bilirkişi sözleşmesi de iş görme sözleşmeleri¹²⁰⁹ türlerine dâhil edilmektedir. Hakem-bilirkişi, iş görme amacı güderek, taraflara ilişkin çekişmeli vakıa tespiti yapmakta, bir iş veya hizmet işlemini, insan emeğiyle gerçekleştirmektedir. İş görme sözleşmeleri, temelde doktrinde, “hizmet”, “eser (istisna)” ve “vekâlet” sözleşmeleri olarak üçe ayrılmaktadır. Bu sözleşmelerden ilk ikisi ücretli (ivazlı), sonuncusu ise teamül kurallarına göre, ücretli veya ücretsiz (ivazsız) olabilir. Doktrinde de hakem-bilirkişinin, taraflar arasında çekişmeli olan vakıa tespitini yaparken, bir ücret alıp almaması şeklinde ayırım yapılarak, hakem-bilirkişi sözleşmesinin hukukî niteliği belirlenmeye çalışıldığı için bu ayırım esas alınarak, hakem-bilirkişi sözleşmesinin hukukî niteliği incelenecektir.

B. Hakem-Bilirkişinin Ücret (İvaz) Almadığı Durum

Hakem-bilirkişi, taraflar arasındaki çekişmeli vakıa tespitine ilişkin faaliyetini, herhangi bir ücret almaksızın gerçekleştirdiği durumda, doktrinde öncelikle burada bir sözleşme olup olmadığı tartışılmıştır.

Meckenstock, taraflar ve hakem-bilirkişi arasındaki ilişkide, hakem-bilirkişinin görevini ücretli ve ücretsiz hazırlaması arasında ayırım yapılması gerektiğini savunmaktadır. Hakem-bilirkişi faaliyetinin, ücretli olması durumunda, her zaman tarafların, hakem-bilirkişi raporuyla bağlı olma iradesine dayandığı, çünkü taraflar bir ücret ödeyerek hizmetin sağlanması için ekonomik sonuç elde etmek istedikleri bir sözleşme ilişkisi içine girdiğini ifade etmektedir. Ancak, hakem-bilirkişi faaliyetinin ücretsiz olması durumunda, bir sözleşme ilişkisi olmadığını, burada sadece nezaket ilişkisinin (*Gefälligkeitsverhältnis*) olduğunu belirtmektedir. Ayrıca bu görüşüne, hakem-bilirkişinin, hakem-bilirkişi raporunu hazırlamaya yönelik zorlayan hükümlerin olmayıp bunun yerine mahkeme tarafından karar verildiğini gerekçe göstermektedir (BGB § 319/II)¹²¹⁰. Doktrinde bu görüş çeşitli gerekçelerle

olarak tespit işini yapacak olan hakem-bilirkişi veya hakem-bilirkişiler atanmaktadır. (Yeşilırmak, *Hakem-Bilirkişilik*, s. 718).

¹²⁰⁹ Tandoğan, s. 1; Eren, Borçlar Özel, s. 541; Yavuz, Acar ve Özen, s. 479; Zevkliler ve Gökyayla, s. 445-446.

¹²¹⁰ *Meckenstock*, s. 26.

eleştirilmiştir. Hakem-bilirkişinin faaliyetinin ücretli veya ücretsiz olmasıyla, hakem-bilirkişi raporunun bağlayıcı olup olmadığı hususunda bir ilişki olmadığı ifade edilmiştir. Hakem-bilirkişi raporunun bağlayıcı olup olmadığını belirleyen husus, sadece tarafların iradelerinin sorunu olup bu da sözleşmenin yorumuyla belirlenebilir. Hakem-bilirkişinin ücret almadan hakem-bilirkişi raporu hazırlaması durumunda da tarafların genel olarak hakem-bilirkişi raporuyla bağlanma isteğinin olduğu ve hakem-bilirkişi raporunun bağlayıcı olmasının, sözleşmenin esaslı unsuru olduğu ifade edilmiştir. Dolayısıyla hakem-bilirkişinin faaliyeti ücretsiz olması durumunda da hakem-bilirkişi faaliyetini gerçekleştirirken dikkatli ve özenli davranmak zorundadır. Hakem-bilirkişi faaliyeti hem ücretli hem de ücretsiz hazırlanması durumunda da taraflar ve hakem-bilirkişi arasında sözleşmeye dayalı ilişki olduğundan, hakem-bilirkişinin sorumluluğu açısından taraflar sözleşme dışı sorumluluk yerine, sözleşmeye dayanarak, hakem-bilirkişinin sorumluluğuna gidebilirler¹²¹¹.

Hakem-bilirkişinin faaliyetini ücretsiz olarak gerçekleştirdiği durumda, doktrinde hâkim görüşe göre, hakem-bilirkişi sözleşmesinin hukukî niteliği bir vekâlet sözleşmesidir¹²¹². Hakem-bilirkişinin faaliyetinin ücretsiz olarak gerçekleştirmesi durumunda, vekâlet sözleşmesi olarak nitelendirilmesinin sebebi, Roma hukukundan günümüze kadar kural olarak, vekâlet sözleşmesinde, ücretim kanunî bir unsur olmaması etkindir. Roma hukukunda, vekilin müvekkile ait hak ve menfaatlerin koruması faaliyetleri onurlu bir hizmet olarak sayılmakta ve vekil, bu hizmeti için dava edilebilir bir ücret alacağına sahip değildir. Ancak müvekkil kendiliğinden bir onur parası (honorarium) vermesi durumunda, bunu geri alamamaktadır¹²¹³. Hakem-bilirkişinin de hakem-bilirkişilik faaliyetini ücretsiz olarak gerçekleştirmesi durumunda, diğer iş görme sözleşmeleri olan, hizmet ve eser sözleşmesinden farklı olarak, vekâlet sözleşmesinde, ücret zorunlu bir unsur olmadığından, doktrinde hâkim görüşe göre, hakem-bilirkişi sözleşmesinin hukukî niteliği, vekâlet sözleşmesi olarak nitelendirilmektedir. Ancak, vekâlet sözleşmesinde, tarafların her zaman hakem-

¹²¹¹ Meyer, s. 20-21.

¹²¹² Bongartz, s. 30; Eckert, s. 23; Kisch, Schiedsmann, s. 74; Aksi görüşte olan Meyer'e göre, hakem-bilirkişi faaliyeti hem ücretli hem de ücretsiz olması durumunda, hizmet sözleşmesinin bir türü olan serbest hizmet sözleşmesi olarak nitelendirilmesi gerektiğini savunmaktadır, çünkü hakem-bilirkişinin, taraflarca tek tarafı olarak azledilmesinin hakem-bilirkişinin tarafsızlık ve bağımsızlığına zarar verdiğini ifade etmektedir (Meyer, s. 39-41).

¹²¹³ Tandoğan, s. 365.

bilirkişiyi tek taraflı azletmesi veya hakem-bilirkişinin her zaman istifa hakkının bulunması (TBK m. 512), hakem-bilirkişinin tarafsızlığı ve bağımsızlığını zedelediğinden, bu görüş doktrinde eleştirilmektedir¹²¹⁴.

C. Hakem-Bilirkişinin Ücret (İvaz) Aldığı Durum

Hakem-bilirkişi, genelde taraflarca uzman ve deneyim sahibi kişi veya kişilerden seçilmekte olup bu kişiler profesyonel olarak mesleklerini devam ettirdiklerinden, hakem-bilirkişi yürüttüğü faaliyetinin sonucu olarak bir ücret almaktadır. Hakem-bilirkişinin, hakem-bilirkişilik faaliyeti için ücret alması durumunda, hakem-bilirkişi sözleşmesinin hukukî niteliğinin eser, hizmet, vekâlet veya kanunda düzenlenmeyen kendine özgü (sui generis) isimsiz bir sözleşme olup olmadığı, doktrinde tartışmalı olup aşağıda incelenmeye çalışılacaktır.

1. Vekâlet veya İş Görme Sözleşmesi Görüşü

Vekâlet sözleşmesi, vekilin vekâlet verenin bir işini görmeyi veya işlemini yaptığı sözleşmedir (TBK m. 502/I). Vekâlet sözleşmesinde, diğer iş görme sözleşmeleri olan eser (TBK m. 470) ve hizmet sözleşmelerinden (TBK m. 393/I) farklı olarak, sözleşmede ücret zorunlu bir unsur değildir. Vekâlet sözleşmesi açısından, Roma hukukundan günümüze kadar kural olarak vekâlet sözleşmesinde, ücret zorunlu bir unsur değildir. Ancak vekilin hizmetlerinin çoğunun, özel uzmanlık gerektiren, meslekî bir faaliyet olduğu göz önüne alındığında, bazı Kıta Avrupası ülkeleri, bu konuda kanunlarında değişiklikler yapmıştır. Örneğin, Fransız Medenî Kanunu'nun 1986. maddesinde işin başlangıcında açıkça dava edilebilir bir ücret alacağı kararlaştırılabileceği; Avusturya Medenî Kanunu'nun 1004. maddesinde, bu anlaşmanın zımnî de olabileceği düzenlenmiştir. Aynı şekilde, İsviçre Borçlar Kanunu (Sch OR Art. 394/III) ve Türk Borçlar Kanunu (TBK m. 502/III) vekâlet sözleşmesi açısından, sözleşme veya teamül olması durumunda, vekilin ücrete hak kazanacağı düzenlenmiştir. Ancak, Alman hukukunda vekâlet sözleşmesinin ücretsiz olması zorunluluğu değiştirilmemiştir. Alman hukukunda vekâlet sözleşmeleri, yapılan

¹²¹⁴ Meyer, s. 39-40.

faaliyetin sadece ücretsiz olması durumunda söz konusu olabilir. Ancak vekâletle ilgili bazı hükümlerin, ücretli iş görme sözleşmelerine de uygulanması durumunda, bu sözleşmeler eser, hizmet veya iş görme sözleşmeleri (BGB § 675) olarak nitelendirilmektedir¹²¹⁵. Ancak genel olarak, vekâlet sözleşmesine ilişkin bir faaliyet sonucunda ücret alınması durumunda, eser veya hizmet sözleşmesi olarak nitelendirilmekten ziyade, bu sözleşme iş görme sözleşmesi (Geschäftsbesorgungsvertrag) (BGB § 675) olarak nitelendirilmektedir¹²¹⁶.

Alman hukukunda, bu nedenle hakem-bilirkişinin faaliyetini ücretli bir şekilde gerçekleştirmesi durumunda, hakem-bilirkişi sözleşmesinin hukukî niteliği, vekâlet sözleşmesi olarak nitelendirilemediğinden, doktrinde iş görme sözleşmesi olarak nitelendirilmektedir¹²¹⁷.

İsviçre hukukunda, Alman hukukundaki gibi, vekâlet sözleşmesi açısından böyle bir ayırım yapılmamaktadır. Bu nedenle, hakem-bilirkişinin teamül kuralı veya sözleşmede açıkça ücret alabileceği düzenlenmesi (SchOR Art. 394/III) durumunda, hakem-bilirkişi sözleşmesinin, vekâlet sözleşmesi olarak nitelendirilmesi mümkündür¹²¹⁸. Doktrinde hâkim görüş, hakem-bilirkişi sözleşmesinin hukukî niteliğini, vekâlet sözleşmesi olarak nitelendirmektedir¹²¹⁹.

Hukukumuzda da vekâlet sözleşmesi, ilke olarak eksik iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Bu sözleşmede, vekilin borçlandığı iş görme edimi, aslî bir edim iken, vekâlet veren ilke olarak, aslî edim olarak bir ücret değil, ikinci derecede, talî bir edim üstlenmektedir. Türk Borçlar Kanunu'nun 502. maddesinin üçüncü fıkrasında, vekil, ancak sözleşmede özel bir hüküm mevcutsa veya teamül varsa ücrete hak kazanacağı düzenlenmiştir. Bu nedenle, vekilin ücret hakkı olmadığı durumlarda, vekâlet sözleşmesi, eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşmeyken; vekilin ücret hakkı olması durumunda, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme niteliğindedir¹²²⁰.

Hakem-bilirkişinin de hakem-bilirkişi raporunu hazırlaması, onun mesleğinin bir parçasını teşkil eder. Hakem-bilirkişiler genelde, mimarlar, mühendisler, doktorlar,

¹²¹⁵ Tandoğan, s. 365.

¹²¹⁶ Meyer, s. 24.

¹²¹⁷ Kisch, Schiedsmann, s. 74; Gernhuber, s. 303.

¹²¹⁸ Brosi, s. 136.

¹²¹⁹ Angstmann, s. 103, Rn. 212; Schöll, s. 41.

¹²²⁰ Eren, Borçlar Özel, s. 714-715; Tandoğan, s. 366-368; Yavuz, Acar ve Özen, s. 643-644; Zevkliler ve Gökyayla, s. 642-643.

sigorta uzmanları gibi nitelikli uzmanlar olup niteliklerinden dolayı herhangi bir ücretsiz bir iş beklenemez. Hakem-bilirkişi sözleşmesinin ücretsiz olması, sözleşme serbestîsi uyarınca mümkündür. Ancak bu konuda, tarafların anlaşma yaparak, hakem-bilirkişinin herhangi bir ücret almadığını, sözleşmede açıkça belirtmeleri gerekmektedir. Nitekim günümüzde, hakem-bilirkişinin ücret almadan faaliyette bulunması, istisnai bir nitelik taşır. Çünkü günümüzde hakem-bilirkişinin ücret alması, bir teamül kuralı hâline gelmiştir¹²²¹. Hukukumuzda da doktrinde hâkim görüşe göre, taraflarla hakem-bilirkişi arasındaki, hakem-bilirkişi sözleşmesinin hukukî niteliği, vekâlet sözleşmesi olarak nitelendirilmektedir¹²²².

Doktrinde bir görüş, hakem-bilirkişi sözleşmesinin hukukî niteliğinin, vekâlet sözleşmesi veya iş görme sözleşmesi olarak nitelendirilmesini çeşitli açılardan eleştirmiştir. İş görme sözleşmelerinin, iktisadi nitelik taşıyan sözleşmeler olduğunu ve konusunun mal varlığı olduğunu, ancak hakem-bilirkişilik faaliyetinin ve konusunun her zaman mal varlığına yönelik olmadığını belirtmiştir. Ayrıca tarafların her zaman hakem-bilirkişiyi tek tarafları azletmesinin, hakem-bilirkişinin tarafsızlığını zedeleyeceğini ifade etmiştir. Hakem-bilirkişiyi tarafların tek taraflı azletmeleri, hakem-bilirkişinin tarafları bağlayıcı objektif bir hakem-bilirkişi raporu vermesini engelleyecektir. Ayrıca, bu durum, hakem-bilirkişilik sürecinin özelliği olan, hızlı sonuca varma özelliğinin yitirilmesine de sebebiyet vermekte olduğundan, hakem-bilirkişi sözleşmesinin hukukî niteliğinin, vekâlet sözleşmesi olmadığı belirtilmektedir¹²²³.

2. Eser (İstisna) Sözleşmesi Görüşü

Eser sözleşmesi, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir (TBK m. 470). Eser ifadesi, insan emeğinin ürünü olup hukukî bir bütün olan ve iktisadî değer taşıyan maddî ve manevî her şeydir¹²²⁴. Bu nedenle hakem-bilirkişinin yapmış olduğu faaliyet

¹²²¹ Meyer, s. 97-98.

¹²²² Tuluay, s. 78; Yeşilırmak, Hakem-Bilirkişilik, s. 718; Yeşilırmak, Öneri, s. 46; Demirel, s. 36; Yıldırım, s. 198, dn. 351.

¹²²³ Meyer, s. 38.

¹²²⁴ Tandoğan, s. 3-6; Eren, Borçlar Özel, s. 600-601; Yavuz, Acar ve Özen, s. 544-545; Zevkliler ve Gökyayla, s. 487-488.

ve sonucunda oluşturduğu, hakem-bilirkişi raporu da eser kavramı içine girmektedir¹²²⁵.

Alman hukukunda, doktrinde azınlıkta kalan görüşe göre¹²²⁶, hakem-bilirkişi sözleşmesinin hukukî niteliği, bir eser sözleşmesidir. Bu görüşe göre, hakem-bilirkişi raporunun iptalini, hakem-bilirkişinin faaliyetlerinde nasıl davrandığı değil, hakem-bilirkişi raporunun açıkça hakkaniyete aykırı veya yanlış olması belirlediğinden (BGB § 319), hakem-bilirkişi sözleşmesi eser sözleşmesi gibi sonuç odaklı bir sözleşmedir. Ayrıca hakem-bilirkişi sözleşmesinin, eser sözleşmesi olarak nitelendirilmesi, uzman görüşü sözleşmesi ile aynı hukukî nitelik¹²²⁷ taşıdığını ortaya koyar. Uzman görüşünden farklı olarak hakem-bilirkişi raporunun tarafları ve mahkemeyi bağlayıcı özelliğinin olması, bu durumu değiştirmeyecektir. Alman hukukunda, bazı mahkeme kararları da herhangi bir gerekçe göstermeksizin hakem-bilirkişi sözleşmesini bir eser sözleşmesi olarak nitelendirmişlerdir¹²²⁸.

Hakem-bilirkişi sözleşmesinin bir eser sözleşmesi olarak nitelendirilmesi doktrinde eleştirilmiştir. Hakem-bilirkişinin hakem-bilirkişi raporunu hazırlaması yaptığı faaliyetin sadece doğal sonucunu oluşturmaktadır. Bu nedenle, sadece bu ölçüt üzerinden hakem-bilirkişi sözleşmesinin hukukî niteliği belirlenemez. Ayrıca, hakem-bilirkişi raporunun içeriği olması gerekeni değil, var olanın tespitini içerdiğinden, hakem-bilirkişi sözleşmesi, eser sözleşmesi niteliğinde değildir¹²²⁹.

İsviçre hukukunda da hakem-bilirkişi sözleşmesinin hukukî niteliğinin, bir eser sözleşmesi olduğu görüşü, doktrinde azınlık bir görüştür. Hakem-bilirkişi, tamamen

¹²²⁵ Meyer, s. 28.

¹²²⁶ Bleutge, s. 36; Greger ve Stubbe, s. 54, Rn. 142; Bayerlein, Bleutge, Roessner ve Schlehe, s. 508, Rn. 19a.

¹²²⁷ Hukukumuzda da bilirkişi veya uzman görüşü sözleşmesinin hukukî niteliği bir eser sözleşmesi olarak nitelendirilmektedir. *Pekcanıtez*'e göre, özel uzman (bilirkişi) ile taraf arasında özel hukuka ilişkin sözleşme vardır. Bu sözleşmenin hukukî niteliği genel olarak bir eser sözleşmesidir (Pekcanıtez, Uzman Görüşü, s. 403); *Toraman*'a göre de yargılama içerisinde, taraf bilirkişinin görüşü, mahkemeye uyumsuzluk konusu vakıa hakkında, ister teknik yahut hukukî konuda bilgi, ister içeriği itibarıyla uyumsuzluk konusu vakıaya ilişkin ispat araçlarını değerlendirme imkânını sağlamış olsun, burada uzman bilirkişinin görüşü, sonuç odaklı bir sözleşme olduğundan eser sözleşmesidir (Toraman, s. 132).

¹²²⁸ BGH Urteil v. 26.10.1978 Baur 1979, 76; OLG Schleswig Urteil v. 28.9.1988 VersR 1989, 487 f (488) (Meyer, s. 24, dn. 100).

¹²²⁹ Asmus, 77; *Weismann*, hakem-bilirkişi raporunun doğruluğuna bakılmaksızın, sadece hakem-bilirkişi raporunun tamamlanmasıyla görevinin tamamlanmasına karşı çıkmıştır. Çünkü hakem-bilirkişi raporunun, açıkça hakkaniyete aykırı veya yanlış olması sebebiyle bağlayıcı olmadığı durumda, hakem-bilirkişinin raporun içeriğinden sorumlu tutulması bu durumda engellenecektir. Bu nedenle, sadece sonuca bağlı bir sözleşme tipi belirlenmesinin başarısız şekilde olacağını ifade etmektedir (Weismann, Acp 72, s. 269, 324); Aynı görüşte bkz. Meyer, s. 24; Gernhuber, s. 303.

teknik sorunları olan ve bu nedenle nesnel olarak doğrulanabilen, hakem-bilirkişi raporu düzenlediği durumda, hakem-bilirkişi sözleşmesinin hukukî niteliği bir eser sözleşmesidir¹²³⁰. Ancak hakem-bilirkişiye verilen görev bakımından ister istemez, kıymet takdiri belirlemek şeklinde, hakem-bilirkişiye bırakılan bir takdir alanı vardır. Bu nedenle hakem-bilirkişilik faaliyeti, her zaman nesnel olarak ölçülebilen bir faaliyet olmadığından, hakem-bilirkişilik sözleşmesinin hukukî niteliği bir eser sözleşmesi değildir¹²³¹.

Eser sözleşmesi hükümlerinin, hakem-bilirkişi sözleşmesiyle karşılaştırılması gerekmekte olup ancak bu şekilde sonuca varılabilecektir. Eser sözleşmesinde, yüklenici, iş sahibine bir ücret karşılığında bir şeyi veya bir sonucu taahhüt eder. Vekâlet sözleşmesinde vekil sadece, bir eylem veya faaliyette bulunmayı üstlenmekte olup sonuç yükümlülüğü yoktur. Vekil, sözleşme ile sonucu borçlanmadığı gibi, garanti de etmez, işin yönetilmesi veya görülmesi sonunda, bu işle ilgili bir sonuç doğabilir. Ancak, böyle bir sonuç meydana gelmediği takdirde, vekil, gerekli özeni gösterdiği takdirde bundan sorumlu olmaz¹²³². Bu nedenle, eser sözleşmesinde, taraflara ayrıca bu konuda, iş sahibinin eseri tesliminden sonra, eseri gözden geçirmek ve ayıpları varsa, bunu uygun süre içerisinde yükleniciye bildirme zorunluluğu (TBK m. 474/I) getirilmiştir. Bunun sonucu olarak, iş sahibinin seçimlik haklarından biri de eserin ücretsiz onarılmasının istenilmesidir (TBK m. 475/I/3). Hakem-bilirkişi sözleşmesinde, taraflar uzman olmadıkları için çekişmeli vakıa tespitine ilişkin görevi, hakem-bilirkişiye vermektedir. Bu nedenle, tarafların hakem-bilirkişi raporundan sonra, hakem-bilirkişi raporunu gözden geçirmek ve ayıplarını hakem-bilirkişiye bildirme zorunluluğu hükümleri ve sonuçları şeklinde hakem-bilirkişi raporunun düzeltilmesini isteme görevleri, taraflara veya hakem-bilirkişiye değil, mahkemeye verilmektedir. Ayrıca hakem-bilirkişilerin birden fazla kişiden oluşması durumunda, hakem-bilirkişilerin sorumluluk alanları da net bir şekilde ayrılması çoğu zaman gerçekleşemez. Çünkü hakem-bilirkişi raporunun hazırlanması hem tarafların hem de hakem-bilirkişilerin işbirliğinde bulunmasına bağlıdır¹²³³. Ayrıca, hakem-bilirkişiye verilen görevler, hakem-bilirkişinin doğruluğunu garanti edemediği, genellikle zor

¹²³⁰ Zufferey, s. 11.

¹²³¹ Angstmann, s. 103.

¹²³² Eren, Borçlar Özel, s. 727; Tandoğan, s. 377; Yavuz, Acar ve Özen, s. 663; Zevkliler ve Gökyayla, s. 637.

¹²³³ Meyer, s. 30.

değerlendirme ve tahminlerin olduğu, belli miktarda hakem-bilirkişiye takdir alanının sağlandığı durumlar olduğundan, sonuç garantisi vermek zordur. Hakem-bilirkişi raporunun bağlayıcı olmaması, her durumda hakem-bilirkişinin sorumluluğuna gidileceği anlamına da gelmeyecektir. Örneğin, esas veya hakem-bilirkişilik sözleşmesinin sona ermesi durumlarında olduğu gibi, hakem-bilirkişi raporu bağlayıcı olmasa dâhi, hakem-bilirkişinin kusuru olmadığı için hakem-bilirkişinin sorumluluğuna da gidilemez¹²³⁴. Bu gerekçelerle, hakem-bilirkişi sözleşmesinin hukukî niteliği bir eser sözleşmesi değildir.

3. Hizmet Sözleşmesi Görüşü

Hizmet sözleşmesi, işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle iş görmeyi ve işverenin de ona zamana ve yapılan işin niteliğine göre, ücret ödemeyi üstlendiği bir sözleşmedir (TBK m. 393/I)¹²³⁵. Hizmet sözleşmesinin esaslı unsurları, işçinin belirli veya belirli olmayan bir süreyle, bağımlılık ilişkisi içinde bir ücret karşılığında, hizmet görmesidir¹²³⁶.

Alman hukukunda, doktrinde bazı yazarlara göre, hakem-bilirkişi sözleşmesinin hukukî niteliği bir hizmet sözleşmesidir¹²³⁷. Çünkü hakem-bilirkişi raporunun tarafları ve mahkemeyi bağlayıcı özelliği göz önüne alındığında, taraflarca seçilen hakem-bilirkişinin konumu, taraflar ve hakem-bilirkişi arasında bir güven ilişkisini gerektirir. Hizmet sözleşmesinde de güven ilişkisi büyük önem arz eder. Hakem-bilirkişi raporunun, sadece açıkça hakkaniyete aykırılık veya yanlışlık şeklinde sonuç kontrolünden kaynaklı iptali söz konusu değildir. Ayrıca, hakem-bilirkişinin ciddi temel usûl hukuku kuralları olan hakem-bilirkişinin tarafsız ve bağımsızlığı, tarafların hukukî dinlenilme hakkına riayet etmemesi, taraflara eşit davranmaması veya hakem-bilirkişi raporunun gerekçeli olmaması durumlarında da hakem-bilirkişi raporunun iptali söz konusu olabilmektedir. Bu durum, hakem-bilirkişi

¹²³⁴ Meyer, s. 28-29.

¹²³⁵ Eren, Borçlar Özel, s. 541; Tandoğan, s. 35-36; Yavuz, Acar ve Özen, s. 479; Zevkliler ve Gökyayla, s. 447.

¹²³⁶ Eren, Borçlar Özel, s. 542-545; Yavuz, Acar ve Özen, s. 481; Zevkliler ve Gökyayla, s. 448-454.

¹²³⁷ Stein, Jonas ve Schlosser, § vor 1025, Rn 15, Rn. 22; Schwab, Walter ve Baumbach, s. 12-13; Meyer, s. 41.

raporunun sonuç kontrolü şeklinde denetiminden ziyade, hakem-bilirkişinin faaliyetini nasıl gerçekleştirdiğinin de önemli olmasını sağlamaktadır¹²³⁸.

Alman hukukunda hizmet sözleşmeleri, serbest hizmet sözleşmeleri ve iş sözleşmeleri olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Serbest hizmet sözleşmelerinde, çalışan iş organizasyonu şeklinde, çalışma saatleri gibi hususları kendi belirlerken, iş sözleşmesinde çalışan bu hususları kendisi belirleyemediğinden, işverene daha bağımlıdır¹²³⁹.

Meyer, hakem-bilirkişinin sadece kusurlu olması durumunda sorumluluğuna gidilebileceği, taraflarla hakem-bilirkişi arasında iş sözleşmesi gibi bir güven ilişkisi olması gerektiği, hakem-bilirkişinin iş organizasyonunu kendi tasarlaması ve hakem-bilirkişinin yapacağı faaliyetin süreli olması sebebiyle hakem-bilirkişi sözleşmesinin hukukî niteliğini, serbest süreli hizmet sözleşmesi olduğunu ifade etmektedir¹²⁴⁰. Alman Medenî Kanun'unun, hizmet sözleşmesi kısmında düzenlenen, olağanüstü fesih hakkı (BGB § 626), hakem-bilirkişi sözleşmesinin hukukî niteliğinin hizmet sözleşmesi olarak nitelendirilmesinde önemli rol oynamaktadır¹²⁴¹. Çünkü taraflar hakem-bilirkişinin tarafsız ve bağımsız olmadığı veya çekişmeli vakıa hakkında uzman olmadığı durumda, bu olağanüstü fesih hakkına dayanarak hakem-bilirkişi sözleşmesini feshetmeleri mümkündür. Alman mahkeme kararlarında da taraflara, hakem-bilirkişinin tarafsız ve bağımsız olmaması durumunda, hizmet sözleşmesinde düzenlenen olağanüstü sebeple feshetmekte hakkı (BGB § 626) tanınmaktadır¹²⁴².

Doktrinde, hakem-bilirkişi sözleşmesinin hukukî niteliğinin hizmet sözleşmesi olarak nitelendirilmesini çeşitli gerekçelerle eleştirilmiştir. Hizmet sözleşmesinin esaslı unsuru olan, çalışanın işverene karşı talimatlarıyla bağımlı olması (TBK m. 399), hakem-bilirkişi sözleşmesine uymamaktadır. Çünkü taraflardan birinin tek taraflı talimatlarıyla hakem-bilirkişinin bağımlı olması, hakem-bilirkişinin tarafsızlığını ve bağımsızlığını zedeleyecektir. Hakem-bilirkişi, tarafların birlikte hakem-bilirkişilik veya hakem-bilirkişi sözleşmesinde düzenlediği kurallarla bağlıdır. Ancak, bu kurallardan hariç, taraflar hakem-bilirkişiye tek taraflı talimat veremezler.

¹²³⁸ Meyer, s. 41.

¹²³⁹ Meyer, s. 35; Taşkın, s. 27.

¹²⁴⁰ Meyer, s. 41.

¹²⁴¹ Sieveking, s. 92.

¹²⁴² BGH vom 05.12.1979, DB 1980, 967, 968 (Sieveking, s. 92, dn. 444).

Bu durum hakem-bilirkişinin tarafsızlığını ve bağımsızlığını ihlâl eder. Bu nedenle hakem-bilirkişi sözleşmesinin hukukî niteliği bir hizmet sözleşmesi değildir¹²⁴³.

4. Kendine Özgü (Sui Generis) Sözleşme Görüşü

Doktrinde, hakem-bilirkişi sözleşmesinin hukukî niteliğini, eser, vekâlet veya hizmet sözleşmesi olarak nitelendirilse dâhi, hakem-bilirkişi sözleşmesinin özelliklerinin bu sözleşme tiplerine uygun olmadığı ifade edilmektedir¹²⁴⁴.

Doktrindeki hâkim görüş, hakem-bilirkişinin tarafları ve mahkemeyi bağlayıcı rapor yazdığını, bu nedenle hakem-bilirkişinin konumu gereği, tarafsız ve bağımsız olması gerektiğini gerekçe göstererek, hakem-bilirkişi sözleşmesinin, esaslı unsuru bağımlılık olan, vekâlet veya hizmet sözleşmesi olarak nitelendirilmemesini ifade ederler. Diğer yandan, hakem-bilirkişinin sadece kusura dayalı sorumluluğu şeklinde bir sonuç sorumluluğu olmadığından, eser sözleşmesi olarak da nitelendirilemez. Dolayısıyla hakem-bilirkişi sözleşmesinin hukukî niteliği kendine özgü (sui generis) bir sözleşme olduğu savunulmaktadır¹²⁴⁵.

D. Değerlendirme ve Görüşümüz

Hakem-bilirkişi sözleşmesinin hukukî niteliği belirlenebilmesi için yukarıda üzerinde durulan çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Doktrinde bu görüşler, temelde hakem-bilirkişi sözleşmesinin, hakem-bilirkişilik faaliyetinden kaynaklı, bir ücret alıp almamasına göre şekillenmiştir.

Hakem-bilirkişinin herhangi bir ücret almaksızın, hakem-bilirkişi faaliyetinde bulunması durumunda, vekâlet sözleşmesinde ücret zorunlu bir unsur olmadığı için bir vekâlet sözleşmesi olarak nitelendirilmesi, doktrinde eski yaklaşım olarak nitelendirilmektedir¹²⁴⁶. Günümüzdeki ekonomik evrimden kaynaklı gelişme ve anlayış, karşılaştırmalı hukukta da olduğu gibi, hukukumuzda da vekâlet sözleşmesinin sözleşme veya teamül ile ücretli olmasına imkân tanımıştır (TBK m.

¹²⁴³ Asmus, s. 78-79; Bachmann, s. 82; Brosi, s. 139-141.

¹²⁴⁴ Asmus, s. 79; Bachmann, s. 82.

¹²⁴⁵ Bachmann, s. 82; Asmus, s. 78-79; Brosi, s. 141-142.

¹²⁴⁶ Meyer, s. 97; Brosi, s. 142.

502/III) ¹²⁴⁷. Diğer yandan, bir sözleşme bakımından, hakem-bilirkişinin bir ücret alması durumunda farklı; almaması durumunda farklı olarak nitelendirmek de yanlış bir tutumdur. Ayrıca hakem-bilirkişi, aynı zamanda mimar, mühendis gibi profesyonel bir meslek sahibi olacağından, hakem-bilirkişi faaliyetini ücretli olarak yapacak ve bu durum günümüzde, teamül kuralı hâline gelmiştir¹²⁴⁸.

Hakem-bilirkişi sözleşmesinin hukukî niteliğine ilişkin ilk görüşe göre, hakem-bilirkişi sözleşmesinin hukukî niteliği, bir vekâlet sözleşmesidir. Ancak vekâlet sözleşmesinde, vekilin müvekkilin talimatlarıyla bağımlı olması (TBK m. 505) ve müvekkilin tek taraflı azletme hakkı (TBK m. 512), hakem-bilirkişinin tarafsızlık ve bağımsızlığına aykırılık oluşturmaktadır. Ayrıca hakem-bilirkişilik sürecinin özelliği olan hızlı sonuca varma özelliğinin yitirilmesine sebebiyet vermektedir. Bu nedenle, hakem-bilirkişi sözleşmesinin hukukî niteliği bir vekâlet sözleşmesi değildir¹²⁴⁹.

Hakem-bilirkişi sözleşmesinin hukukî niteliğine ilişkin ikinci görüşe göre, hakem-bilirkişi sözleşmesinin hukukî niteliği, bir eser sözleşmesidir. Ancak hakem-bilirkişiye verilen görevler genelde, doğruluğunun garanti edilemediği, genellikle zor değerlendirme ve tahminler şeklinde belli miktarda hakem-bilirkişiye takdir alanının sağlandığı durumlar olduğundan, eser sözleşmesindeki gibi, hakem-bilirkişinin sonuç garantisi vermesi zordur¹²⁵⁰. Hakem-bilirkişi raporunun iptali için, hakem-bilirkişinin kusuru aranmazken; hakem-bilirkişinin sorumluluğu açısından hakem-bilirkişinin kusuru aranacaktır. Bu nedenle, örneğin asıl veya hakem-bilirkişilik sözleşmesinin sona ermesi durumlarındaki gibi hakem-bilirkişinin kusurunun bulunmadığı hâllerde, hakem-bilirkişi raporu bağlayıcı olmasa dâhi, hakem-bilirkişinin sorumluluğuna gidilemez¹²⁵¹. Bu nedenlerle hakem-bilirkişi sözleşmesinin hukukî niteliği bir eser sözleşmesi değildir.

Hakem-bilirkişi sözleşmesinin hukukî niteliğine ilişkin üçüncü görüşe göre, hakem-bilirkişi sözleşmesinin hukukî niteliği bir hizmet sözleşmesidir. Ancak, hizmet sözleşmesinin esaslı unsuru olan, çalışanın işverene karşı, talimatlarıyla bağımlı olması (TBK m. 399), hakem-bilirkişinin tarafsızlığını ve bağımsızlığına aykırılık

¹²⁴⁷ Tandoğan, s. 365-367; Eren, Borçlar Özel, s. 725; Yavuz, Acar ve Özen, s. 643-644; Zevliler ve Gökyayla, s. 606-607; Taşkın, s. 42.

¹²⁴⁸ Meyer, s. 97; Brosi, s. 142.

¹²⁴⁹ Meyer, s. 38-39; Bachmann, 82; Asmus, 78; Brosi, s. 140-141.

¹²⁵⁰ Meyer, s. 28-29; Brosi, 140; Angtsmann, s. 103.

¹²⁵¹ Meyer, s. 29.

teşkil eder. Hakem-bilirkişi, sadece tarafların birlikte hakem-bilirkişilik ve hakem-bilirkişi sözleşmesinde kararlaştırmış oldukları kurallarla bağlıdır. Dolayısıyla taraflardan birinin, hakem-bilirkişiye tek taraflı talimat vermesi, hakem-bilirkişinin tarafsızlık ve bağımsızlığıyla çelişmektedir. Bu nedenle, hakem-bilirkişi sözleşmesinin, hukukî niteliği bir hizmet sözleşmesi de değildir¹²⁵².

Doktrinde bizim de katıldığımız hâkim görüşe göre, hakem-bilirkişi sözleşmesinin hukukî niteliği, kendine özgü (sui generis) bir sözleşmesidir. Çünkü hakem-bilirkişilik faaliyeti öncelikle, hakem-bilirkişi raporunun sonuç kontrolü şeklinde, açıkça hakkaniyete aykırı veya yanlış olup olmadığı yönünden denetlenmektedir. Ayrıca hakem-bilirkişilik faaliyetini nasıl gerçekleştirdiği şeklinde, hakem-bilirkişinin tarafsızlık ve bağımsızlığı, taraflara eşit davranması, hakem-bilirkişi raporunu gerekçeli olması ve taraflara hukukî dinlenilme hakkı tanıyıp tanınamaması şeklinde, ciddi usûl kuralları ihlâli yapıp yapmadığı yönünden de denetlenmektedir. Bu nedenle hakem-bilirkişinin faaliyeti ve hakem-bilirkişi raporu bakımından günümüzde hem usûl hem de maddî hukuk açısından ikili denetim yapılmaktadır. Hakem-bilirkişilik hem usûl hem de sonuç kontrolüne tâbi olduğundan, hakem-bilirkişinin faaliyetini sadece nasıl gerçekleştirdiği şeklinde hizmet veya vekâlet sözleşmesi olarak nitelendiremeyiz. Aynı şekilde sadece hakem-bilirkişi raporunun sonucuna önem veren, bir eser sözleşmesi olarak da nitelendirilemez. Diğer yandan, hakem-bilirkişi sözleşmesini vekâlet sözleşmesi olarak nitelendirmek, hakem-bilirkişinin tek taraflı talimatlarla bağımlı olması (TBK m. 505) ve tarafların hakem-bilirkişiyi tek taraflı azil yetkileri (TBK m. 512) hakem-bilirkişinin tarafsızlık ve bağımsızlığına aykırılık teşkil eder. Ayrıca hakem-bilirkişiliğin amacı olan, tarafların kısa sürede hakem-bilirkişi raporuna ulaşma amacını da engelleyecektir. Bu nedenlerle, hakem-bilirkişi, hakem-bilirkişilik faaliyeti için bir ücret alsın veya almasın, hakem-bilirkişi sözleşmesinin hukukî niteliği, kendine özgü (sui generis) bir iş görme sözleşmesidir. Dolayısıyla hakem-bilirkişi sözleşmesi kendine özgü bir sözleşme olduğundan, vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümlerin tamamen uygulanması söz konusu olmayacaktır. Sadece hakem-bilirkişi sözleşmesinin niteliklerine uygun

¹²⁵² Asmus, s. 78; Bachmann, s. 82.

düştüğü ölçüde, vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümler kıyasen uygulanacaktır (TBK m. 502/II)¹²⁵³.

III. HAKEM-BİLİRKİŞİNİN SEÇİMİ

Hukukumuzda, hakem-bilirkişilik kanunen düzenlenmediğinden, hakem-bilirkişinin atanma usûlü de düzenlenmemiştir. Taraflar hakem-bilirkişi veya hakem-bilirkişileri nasıl seçeceklerini, emredici kurallara aykırı olmamak şartıyla, serbestçe kararlaştırabilirler¹²⁵⁴. Ayrıca bu konuda, sigorta hukuku kapsamında, mal ve sorumluluk sigorta poliçeleri genel şartlarında, hasarın veya zararın tespiti üst başlığı altında, değişik sigorta genel şartlarında hakem-bilirkişi veya hakem-bilirkişilerin nasıl seçileceği şeklinde düzenlemeler mevcuttur. Bu düzenlemeler, sigorta genel şartlarında genel olarak benzer şekilde düzenlenmekte olup bu hususlar aşağıda incelenecektir.

A. Hakem-Bilirkişi veya Hakem-Bilirkişilerin Seçilmesi

1. Tek Hakem-Bilirkişinin Seçilmesi

Taraflar arasında bir hukukî uyuşmazlık ortaya çıkabilir veya uyuşmazlık sadece münferit bir vakıa hakkında da olabilir. Taraflar öncelikle kendi aralarındaki uyuşmazlığı müzakere etmek suretiyle anlaşarak sonuçlandırabilir. Taraflar bu konuda anlaşma sağlayamadığı durumda, üçüncü kişilerden yararlanabilir. Bu üçüncü kişilerden biri de hakem-bilirkişidir. Taraflar hakem-bilirkişi sayesinde, hukukî uyuşmazlık için önem arz eden vakıayı, hakem-bilirkişinin tespitlerini içeren hakem-bilirkişi raporu sayesinde, tarafları ve mahkemeyi bağlayıcı şekilde tespit ettirebilirler. Aynı şekilde, tarafların sigorta hukukunda da sigorta teminatı kapsamına giren bir hasar meydana geldiği durumda, hasarın miktarı konusunda anlaşmaları mümkündür. Taraflar hasarın miktarı konusunda uzman olamadıklarından, genel olarak

¹²⁵³ Tandoğan, s. 384-386; Eren, Borçlar Özel, s. 722; Yavuz, Acar ve Özen, s. 479-480; Zevkliler ve Gökyayla, s. 648.

¹²⁵⁴ Angstmann, s. 102; Meyer, s. 50; Sieveking, s. 87; Yeşilırmak, Hakem-Bilirkişilik, s. 714; Yeşilırmak, Öneri, s. 71.

uygulamada bu durum, hasar ihbarının, sigortacıya bildirilmesinden itibaren, sigortacının göndermiş olduğu sigorta eksperinin, hasar tespitine ilişkin miktarda, tarafların uyuşması şeklinde de oluşabilir¹²⁵⁵. Sigorta eksperisi tarafından, bağlayıcı bir nitelik taşımayan bu zararın tespiti bakımından, taraflar anlaşıp anlaşmama hakkına sahiptir. Bu nedenle, taraflar hasarın miktarında anlaşma sağlayamadıkları takdirde, hasar miktarının, taraflarca ortak olarak belirlenen, bir hakem-bilirkişi tarafından tespit edileceği hususunda anlaşabilirler. Bu anlaşma, hasar meydana gelmeden önce yapılabileceği gibi, sonra da yapılabilmesi mümkündür. Hasar meydana gelmeden önce, tarafların tek hakem-bilirkişi üzerinde anlaşmaları ve hakem-bilirkişinin hasarın tespitine ilişkin, tarafları bağlayıcı raporu, hasarın hızlı olarak belirlenmesine olanak sağlayacaktır. Bu şekilde, hakem-bilirkişinin baştan atanması, hasar meydana gelmesi sonrası, vakit kaybının önlenmesine hizmet edecektir¹²⁵⁶. Ancak bu şekilde hasar öncesi, tek hakem-bilirkişi belirlemelerinde, genel işlem koşulu denetiminin de mahkemelerce daha sıkı şekilde yapılması gerekmektedir. Nitekim Alman mahkeme kararlarında, birden fazla hakem-bilirkişi seçilmesine göre, tek hakem-bilirkişisi açısından, daha katı bir tarafsızlık ve bağımsızlık kriterleri uygulanmaktadır¹²⁵⁷.

Genel olarak, tek hakem-bilirkişinin atanması, hakem-bilirkişiler arasında farklı görüşlerin ortaya çıkmasını engelleyecek ve bu şekilde taraflar, taraf hakem-bilirkişisini ve seçilen taraf hakem-bilirkişilerinin de üçüncü hakem-bilirkişiyi seçmesi yükümlülüğünden kurtulmuş olacaklardır. Bu şekilde hakem-bilirkişilik masrafları önemli ölçüde azaltacaklardır. Nitekim Alman hukukunda çoğunlukla, sigorta genel şartlarında, tek hakem-bilirkişinin belirlenmesi şeklinde düzenlemeler vardır¹²⁵⁸. Taraflar birlikte tek hakem-bilirkişi seçebileceği gibi, iki taraf hakem-bilirkişisi ve başkan hakem-bilirkişiyi de seçmeleri mümkündür. Aynı şekilde burada da taraflar ortaklaşa hakem-bilirkişileri belirleyeceğinden, hakem-bilirkişi sözleşmesi her iki tarafla da kurulmuş olur¹²⁵⁹.

¹²⁵⁵ Barış, s. 31-32.

¹²⁵⁶ Yıldırım, s. 200.

¹²⁵⁷ Sieveking, s. 85; OLG Schleswig vom 28.10.1953, VersR 1954, 506 (Sieveking, s. 85, dn. 384).

¹²⁵⁸ Meyer, s. 50; Asmus, 79; Heinrich, s. 99.

¹²⁵⁹ Meyer, s. 51.

Sigorta genel ve özel şartlarıyla, taraflar tek hakem-bilirkişiyi, kendileri atayabileceği gibi, bağımsız bir üçüncü kişi şeklinde, gerçek veya tüzel kişi tarafından atanmasını da kararlaştırabilirler¹²⁶⁰.

Hukuksal Koruması Sigortası Genel Şartları'nda, tarafların hukuksal çıkarların gözetiminde, yeterli başarı şansının bulunup bulunmadığının tespitine ilişkin sadece bir hakem atanacağı düzenlenmiştir¹²⁶¹. Ancak doktrinde, yapılacak faaliyetin bir hukukî ilişkinin tamamına yönelik bir faaliyet olmayıp bunun yerine, tarafların hukuksal çıkarların gözetiminde, yeterli başarı şansının bulunmadığı şeklinde bir vakıaya ilişkin tespit faaliyeti söz konusu olduğundan, bu durumun bir hakem-bilirkişilik kurumu olarak, anlaşılması gerektiği ifade edilmektedir¹²⁶². Nitekim bu konuda, Alman hukukunda hukuksal koruma sigorta genel şartları bakımından, tarafların hukuksal çıkarların gözetiminde, yeterli başarı şansının bulunmadığına ilişkin hakem değil, hakem-bilirkişi atanacağı düzenlenmektedir¹²⁶³. Hukuksal Koruma Sigortası Genel Şartları'nda, hukukumuzda tarafların tek hakem üzerinde anlaşamamaları hâlinde, bu belirlemenin mahkeme tarafından yapılabileceği düzenlenmiştir. Bu düzenlemenin hakem-bilirkişilik düzenlemeleri bakımından da esas alınması gerekmektedir.

Doktrinde bizim de katıldığımız görüşe göre, tek hakem-bilirkişinin mahkemeye atanacağına ilişkin sigorta genel şartlarında düzenleme olmasa dâhi, hakem-bilirkişinin seçiminin taraflara bırakıldığı, ancak tarafların bu seçimi anlaşıp yapamadıkları durumda, diğer tarafın hakem-bilirkişi atayabilmesi için tahkim hükümlerine kıyasen (HMK m. 416/I-b), mahkemeye başvurabileceğinin kabul edilmesi gerekmektedir¹²⁶⁴.

¹²⁶⁰ Heinrich, s. 101; Meyer, s. 50; Angstmann, s. 102.

¹²⁶¹ Bkz. Hukuksal Koruma SGŞ B.3 maddesi ikinci fıkrası “*Sigortacı, hukuksal çıkarların gözetiminde, yeterli başarı şansının bulunmadığı görüşü ile korumayı reddederse, bu kararı kabul etmeyen sigortalı ihtilafın müştereken tayin edilen hakem yolu ile veya müşterek hakemde anlaşamadıkları takdirde bu sözleşmenin yapıldığı yerdeki ticaret davalarına bakmaya yetkili mahkeme tarafından seçilen hakem yolu ile halledilmesini isteyebilir*”.

¹²⁶² Yıldırım, s. 200.

¹²⁶³ Allgemeine Bedingungen für die Rechtsschutz-Versicherung (ARB) (Heinrich, s. 93).

¹²⁶⁴ Yeşilırmak, Hakem-Bilirkişilik, s. 714; Yeşilırmak Öneri, s. 42; Ö. Atalay, s. 872; Yıldırım, s. 200.

2. Taraf Hakem-Bilirkişilerinin Seçimi

Hakem-bilirkişilik sözleşmesinin iki tarafı, tek hakem-bilirkişi seçilmesi hususunda anlaşamadıkları takdirde, taraflardan her biri, taraf hakem-bilirkişisini seçecektir. Nitekim bu konuda, hakem-bilirkişilik kurumunu kabul eden, sigorta genel şartlarının çoğunda, tarafların tek hakem-bilirkişi üzerinde anlaşamamaları durumunda, her bir tarafın, taraf hakem-bilirkişisini seçeceği düzenlenmiştir. Ancak taraflardan birinin, diğer tarafa göre, daha fazla hakem-bilirkişi seçebileceğine ilişkin anlaşmalar, taraflar arasındaki usûlî eşitliği bozarak, hukuka aykırı sözleşme (BGB § 138) niteliğinden olduklarından geçersiz kabul edilmelidir¹²⁶⁵.

Genel olarak, sigorta genel şartlarında bu husus, iki taraf tek hakem-bilirkişi seçimi üzerinde uyuşamadıkları takdirde, taraflardan her biri, kendi hakem-bilirkişisini tayin eder ve bu hususu noter aracılığıyla diğer tarafa bildireceği şeklinde düzenlenmektedir. Taraflardan biri, diğerinin seçilmesine ilişkin dair bildirim almasından itibaren, 15 gün içerisinde, kendi hakem-bilirkişisini seçmezse, hakem-bilirkişinin, taraflardan birinin talebi üzerine hasarın olduğu yerdeki ticaret davalarına bakmaya yetkili mahkeme tarafından, uzman kişiler tarafından seçileceği düzenlenmiştir¹²⁶⁶. Bazı sigorta genel şartlarında, hakem-bilirkişililerin seçilme prosedürü benzer olmakla birlikte, sigorta branşlarına göre farklılıklar bulunmaktadır. Örneğin, İnşaat Sigortası Genel Şartlarının (Bütün Riskler) B.2 hasarın tespiti maddesinin b fıkrasında, hasar mahallindeki ticaret davalarına bakmaya yetkili mahkeme başkanı tarafından, tarafsız ve uzman kişiler tarafından seçileceği ifade edilmiştir.

Doktrinde ayrıca, tarafların hakem-bilirkişiyi seçmek zorunda olup olmadığının niteliğinin, bir yük (kölfe) mü yoksa yükümlülük mü olduğu tartışmalıdır. Ancak, tarafın hakem-bilirkişi seçmemesi durumunda, diğer tarafın mahkemeden hakem-bilirkişini seçmesini talep edebileceği hususu, hem Alman hukukunda (VVG § 84, 184) hem de hukukumuzda sigorta genel şartlarında düzenlenmiştir. Bu nedenle, doktrinde, tarafın hakem-bilirkişi atamaması durumunda

¹²⁶⁵ Meyer, s. 50; Rauscher, s. 220; Heinrich, s. 100; Asmus, s. 84; Taşpınar, İspat Sözleşmeleri, s. 235; Yeşilırmak, Hakem-Bilirkişilik, s. 716.

¹²⁶⁶ Bkz. İnşaat SGŞ B.2 maddesi a fıkrası; Yangın SGŞ B.4 maddesi; Hırsızlık SGŞ B.3 maddesi; Cam Kırılmasına Karşı SGŞ 11. maddesi; Elektronik Cihaz SGŞ 13. maddesi; Makine Kırılması SGŞ 13. maddesi; Montaj SGŞ 14. maddede açıkça belirtilmiştir.

sonucuna katlanacağı, bir yük (kölfe) şeklinde, nitelendirilmesi gerektiği savunulmaktadır¹²⁶⁷.

3. Üçüncü Hakem-Bilirkişinin Seçilmesi

a. Hakem Bilirkişilerin Sayısı ve Taraf Hakem-Bilirkişileri Dışındakilerin Seçimi

Hakem-bilirkişilerin sayısı bakımından herhangi bir sınırlama yoktur. Bu nedenle taraflar, bu sayıyı serbestçe kararlaştırabilirler. Ancak hakem-bilirkişilik veya hakem-bilirkişi sözleşmesinde, sayı konusunda herhangi bir açıklık yoksa, tek hakem-bilirkişi atanması veya aynı şekilde sözleşmede, hakem-bilirkişi kurulu şeklinde ifade varsa hakem-bilirkişi sayısının üç olması doktrinde tavsiye edilen hususlardandır¹²⁶⁸. Hukukumuz açısından, birden fazla hakem-bilirkişi seçilmesi durumunda, oy birliği ilkesi yerine, aksi kararlaştırılmadıkça esas alınan ilke oy çokluğu ilkesi olduğundan, doktrinde, hakem-bilirkişilerin sayısının tek sayıda olması tavsiye edilir. Nitekim, sigorta genel şartları tarafların tek hakem-bilirkişi seçimi hususunda anlaşılamamaları durumunda, her bir tarafın, taraf hakem-bilirkişisini seçmesi düzenlenmektedir. Ancak tarafların, sadece taraf hakem-bilirkişilerini ataması, taraf hakem-bilirkişilerine ilişkin tarafsızlık ve bağımsızlık şüphelerini artıracak ve uyuşmazlıkların ortaya çıkmasını sağlayacaktır. Bu nedenle, üçüncü bir hakem-bilirkişinin seçilmesi, hakem-bilirkişilerin tarafsızlığına ilişkin şüphenin ortaya çıkmasını engelleyecek ve hakem-bilirkişiler hakkında tarafsızlık bakımından güveni artıracaktır¹²⁶⁹. Diğer yandan, Alman hukukunda, hakem-bilirkişilerin sayısının birden fazla olması durumunda, esas alınan ilke kural olarak oy birliği ilkesidir¹²⁷⁰ (BGB § 317/II). Ancak taraflar irade

¹²⁶⁷ Heinrich, s. 104; Rauscher, s. 227; Yıldırım, s. 201.

¹²⁶⁸ Yeşilırmak, Hakem-Bilirkişilik, s. 716; Yeşilırmak, Öneri, s. 44.

¹²⁶⁹ Meyer, s. 53; Yıldırım, s. 201.

¹²⁷⁰ Greger ve Stubbe, Alman hukukunda, hakem-bilirkişilerin sayısının birden fazla olması durumunda, BGB § 317/II hükmünde ifade edilen, aksi kararlaştırılmadığı sürece, oy birliği ilkesinin geçerli olduğu hükümden hareketle, farklı bir sonuca varmıştır. Tarafların oy birliği ilkesinin arandığı şartlar bakımından, tek hakem-bilirkişi seçmeleri, hakem-bilirkişinin tarafsızlığına ilişkin şüpheleri artıracaklarını, diğer yandan, tarafların üç hakem-bilirkişi seçmeleri durumunda, oy birliği ilkesini sağlamak açısından gereksiz olarak masrafları artırdığını ifade etmektedir. Bu nedenle tarafların iki hakem-bilirkişi seçmelerini ve ayrıca hakem-bilirkişilerin birinin teknik konuda uzman olması gerektiği, diğerinin hukukî konularda uzman kişilerden seçilebileceğini

özgürlüğü çerçevesinde, sözleşmeyle hakem-bilirkişinin raporunu, oy birliği ilkesi yerine, oy çokluğuyla oluşturabileceklerini düzenleyebilirler¹²⁷¹.

Üçüncü hakem-bilirkişilerin seçilmesine ilişkin, doktrinde tarafların seçtiği, taraf hakem-bilirkişilerin üçüncü hakem-bilirkişiyi seçeceği, üçüncü bir kişi ve kurum tarafından üçüncü hakem-bilirkişinin seçilmesi veya bu kişilerin seçememesi durumunda, mahkeme tarafından seçileceği şeklinde ayırım yapılmakta olup bu ayırma göre aşağıda incelemeye çalışacağız.

b. Taraflarca Atanan Hakem-Bilirkişilerce Seçim

Sigorta genel şartlarında, iki taraf tek hakem-bilirkişi seçiminde anlaşamadığında, taraflardan her biri, taraf hakem-bilirkişisini seçmekte ve bu durumu noter aracılığıyla diğer tarafa bildirmekte, bu şekilde taraf hakem-bilirkişileri seçilmektedir. Sigorta genel şartlarında, her iki tarafça, taraf hakem-bilirkişi tayininden sonra, yedi gün içerisinde taraf hakem-bilirkişilerinin, üçüncü bir hakem-bilirkişiyi seçmesi ve bunu bir tutanakla tespit etmesi gerektiği düzenlenmiştir¹²⁷². Yargıtay, bu konuda yedi günlük sürenin başlangıcı açısından, taraf hakem-bilirkişilerin seçilmesinden değil, taraf hakem-bilirkişilerin seçilmesinin kesinleşmesinden itibaren, bu sürenin başlayacağına karar vermiştir. Çünkü taraf hakem-bilirkişilerinin seçilmesine ilişkin, diğer tarafın uzmanlık eksikliği sebebiyle, atamanın kendisine bildirildiği tebellüğ tarihinden itibaren, yedi gün içinde itiraz etme hakkının olduğu, bu durumda somut vakıa bakımından hakem-bilirkişilik sıfatının henüz kazanılmamış olduğuna karar vermiştir¹²⁷³.

Taraf hakem-bilirkişileri, tayinlerinin kesinleşmesinden itibaren, uyuşmazlık konusu vakıa hakkında inceleme yapmadan, yedi gün içinde üçüncü hakem-bilirkişiyi

savunmaktadır. Bu şekilde, maliyet avantajları olan ve tatmin edici olmayan çoğunluk kararlarını önleyen iki kişilik bir komitenin (avukat ve teknisyen) olması gerektiğini savunmaktadır. Bir yandan hukukî ve usulî yeterlilik, diğer yandan mesleki ve teknik yeterlilik olan temel kaygı, üç kişilik bir komitenin yanı sıra iki kişilik bir komite tarafından da yerine getirebileceği ve her halükârda ister avukat ister teknisyen olsun, üçüncü üyenin (önemli ölçüde) daha kaliteli bir kararı, garanti etmediğini savunmaktadır (Greger ve Stubbe, s. 134-135).

¹²⁷¹ Rauscher, s. 263; Meyer, s. 191; Greger ve Stubbe, s. 46.

¹²⁷² Bkz. Yangın SGŞ B.4 maddesi; Hırsızlık SGŞ B.3 maddesi; Cam Kırılmasına Karşı SGŞ 11. maddesi; Elektronik Cihaz SGŞ 13. maddesi; Makine Kırılması SGŞ 13. maddesi; Montaj SGŞ 14. maddesi; İnşaat SGŞ Bütün Riskler B.2 maddesi açıkça ifade etmiştir.

¹²⁷³ Yargıtay 11. HD, E. 1980/53, K. 1980/198, T. 21.1.1980 (Ulaş, Zarar Sigortaları, s. 203); Barış, s. 32.

derhâl seçmeleri gerekir. Nitekim taraf hakem-bilirkişileri arasında, hasar tespitinin miktarına ilişkin farklılıklar çıktıktan sonra, üçüncü hakem-bilirkişinin seçilmesi yoluna gidilseydi, taraf hakem-bilirkişilerinin, üçüncü hakem-bilirkişilerin seçimi konusunda anlaşamamalarına ve bu durum sürecin daha çok uzamasına sebebiyet verebilirdi¹²⁷⁴.

Sigorta genel şartlarında, ayrıca, üçüncü hakem-bilirkişinin tarafsızlığının sağlanmasına yönelik özel kurallar da konulmuştur. Sigorta genel şartlarında, üçüncü hakem-bilirkişinin, hem taraf hakem-bilirkişilerince hem de mahkemece seçilmesi arasında fark yapılmaksızın, üçüncü hakem-bilirkişi hakkında, sigortacının veya sigorta ettirenin ikamet ettiği veya hasarın meydana geldiği mahal dışından seçilmesini isteme hakkına haiz olduğu düzenlenmiştir. Ayrıca, bu isteğin yerine getirilmesinin, gerekli ve zorunlu olduğu ifade edilmiştir. Ancak bu isteğin yerine getirilmemesi durumunda, hukukî sonuç ve yaptırımın ne olacağı düzenlenmemiştir. *Yıldırım*, bu konuda, talebin yerine getirilmediği durumda, üçüncü hakem-bilirkişinin artık mahkeme tarafından atanması gerektiğini savunmaktadır.¹²⁷⁵

c. Mahkemece Seçim

Mukayeseli hukuk açısından, taraf hakem-bilirkişilerinin (Partei-Schiedsgutachter) veya üçüncü hakem-bilirkişinin (Obmann-Schiedsgutachter) mahkeme tarafından seçileceğine ilişkin bazı düzenlemeler bulunmaktadır. Alman hukukunda, BGB § 317-319 hükümlerinde, mahkeme tarafından, hakem-bilirkişilerin atanacağına ilişkin bir düzenleme yoktur. Ancak sigorta hukukuna özgü, hasar (VVG § 84) ve kaza (VVG § 189) sigortalarında, hakem-bilirkişi veya hakem-bilirkişilerin, mahkeme tarafından atanacağına ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır. Hakem-bilirkişilerin, mahkemece atanması durumunda, bu atamadan zararın meydana geldiği yerdeki yerel mahkemenin (Amtgerichts) görevli olduğu¹²⁷⁶ düzenlenmiştir. Bu konuda, mahkemenin vermiş olduğu karara ilişkin itirazın kabul edilmeyeceği de düzenlenmiştir (VVG § 84/II). Doktrin, sigorta hukukuna özgü bu düzenlemenin,

¹²⁷⁴ Heinrich, s. 101; Rauscher, s. 231-232; Asmus, s. 94; Yıldırım, s. 202.

¹²⁷⁵ Yıldırım, s. 202.

¹²⁷⁶ Alman hukukunda ayrıca tarafların, hakem-bilirkişilerin mahkeme tarafından atamasına ilişkin başka bir yerel mahkemenin de yetkili olduğu konusunda tarafların açık bir anlaşmayla yetki sözleşmesi yapabileceği düzenlenmiştir (VVG § 84/II) (Asmus, s. 88).

hakem-bilirkişilik açısından, genel bir nitelik taşıdığını ifade etmektedir. Ayrıca doktrinde, tarafların sözleşmeyle, sigorta hukukunu konu edinmeyen durumda da mahkeme tarafından, hakem-bilirkişilerin atanmasına ilişkin düzenlemenin, tahkim hükümlerine kıyasen, mahkemeler tarafından yapılabileceği savunulmaktadır¹²⁷⁷. Alman mahkemeleri bu konuda, mahkemelerin görev ve bu hususta faaliyet alanlarının, sadece kanunla düzenleneceğini belirterek, hakem-bilirkişi atamalarına ilişkin tahkim hükümlerinin kıyasen uygulanmasını reddetmişlerdir. Dolayısıyla, mahkemeler, hakem-bilirkişi atamaları bakımından, görevli olmadığına karar vermektedir¹²⁷⁸. Bu nedenle, uygulamada ve bazı sigorta genel şartlarında¹²⁷⁹, tarafların hakem-bilirkişiyi belli bir süre sonunda atamaması durumunda, tek taraflı yetkilendirme hakkı veren sözleşme kaydı konulmakta, bu şekilde, taraf hakem-bilirkişisinin, diğer tarafça atanması sağlanmaktadır¹²⁸⁰.

İsviçre hukuku bakımından, hakem-bilirkişi veya hakem-bilirkişilerin mahkemece atanacağına dair bir hüküm yoktur. *Angstman*, bu konuda, tarafların hakem-bilirkişinin mahkemece atanacağına dair, sözleşmede bir kayıt koyması durumunda, tahkim hükümlerine kıyasen, bu şartın geçerli olduğunu ve mahkemece hakem-bilirkişilerin seçilebileceğini savunmaktadır¹²⁸¹. Ancak mahkemeler, tahkime ilişkin hükümlerin, hakem-bilirkişilere kıyasen uygulanmasını reddetmiş ve hakem-bilirkişi atamaları bakımından görevli olmadığına karar vermiştir¹²⁸². Bu nedenle uygulamada, Alman hukukunda olduğu gibi, tarafların hakem-bilirkişiyi belli bir süre içinde atamaması durumunda, tek taraflı yetkilendirme hakkı veren sözleşme kaydı konulmakta, bu şekilde tarafın hakem-bilirkişi atamaması durumu, diğer tarafça gerçekleştirilmektedir¹²⁸³.

Hukukumuzda, sigorta genel şartlarında, taraf hakem-bilirkişilerinin ve üçüncü hakem-bilirkişisinin mahkemece atanacağına ilişkin düzenlemeler mevcuttur. Taraf hakem-bilirkişilerinin, mahkeme tarafından seçilmesi yukarıda incelendiğinden, oraya sadece atıf yapılacaktır. Ancak oradaki değerlendirmeler burası için de geçerlidir.

¹²⁷⁷ Heinrich, s. 103; Meyer, s. 81; Sieveking, s. 88.

¹²⁷⁸ RG vom 28.11.1918, RGZ 94, 172, 174 f.; OLG München vom 30.04.1976, BB 1976, 1047 (Sieveking, s. 88, dn. 409).

¹²⁷⁹ Dolu sigortası (§ 18 AHagelB) örnek olarak verilebilir (Rauscher, s. 231); Heinrich, s. 104.

¹²⁸⁰ Rauscher, s. 231; Heinrich, s. 103; Asmus, s. 84.

¹²⁸¹ Angstmann, s. 108-109.

¹²⁸² BGE 141 III 274, E. 2. 5 (Angstmann, s. 108, dn. 597); Brosi, s. 101.

¹²⁸³ Angstmann, s. 106; Brosi, s. 97.

Sigorta genel şartlarındaki düzenlemeler, genel olarak aynı ifadeler içermektedir. Taraf hakem-bilirkişileri, üçüncü hakem-bilirkişisinin seçimi hususunda yedi gün içerisinde anlaşamazlarsa, üçüncü hakem-bilirkişi, taraflardan birinin talebi üzerine, hasar mahallindeki ticaret davalarına bakmaya yetkili mahkeme tarafından tarafsız ve uzman şahıslar arasından seçileceği düzenlenmiştir¹²⁸⁴.

Hakem-bilirkişilerin mahkemece seçilmesine ilişkin, poliçe genel şartları ile kararlaştırılan, bu şartın geçerli olduğu ve mahkemelerin de bu anlaşmayla bağlı olduğu, Yargıtay tarafından da kabul edilmektedir. Nitekim Yargıtay, bir kararında, taraf hakem-bilirkişilerinin toplanıp ilk olarak aralarında üçüncü hakem-bilirkişiyi seçmesi ve bunu bir tutanakla tespit etmesi gerektiğini, bu hususun sigorta genel şartlarında düzenlendiği ifade etmiştir. Bu şekilde, mahkemenin, taraf hakem-bilirkişilerinin üçüncü hakem-bilirkişiyi seçmelerine ilişkin süreyi beklemeden, sigorta sözleşmelerinin taraflarından birinin, üçüncü hakem-bilirkişi seçilmesi için mahkemeye başvurmasını, yukarıda açıklanan poliçe genel şartlarına aykırı olduğuna karar vererek, ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur¹²⁸⁵.

Sigorta genel şartları, taraf hakem-bilirkişilerinin veya üçüncü hakem-bilirkişinin, mahkeme tarafından seçimi bakımından hem görev hem de yetki düzenlemelerini içermektedir. Bu düzenlemelerde, yetkili mahkeme hasarın meydana geldiği yerken; görevli mahkeme asliye ticaret mahkemesidir. Ayrıca bazı sigorta genel şartlarında, taraf hakem-bilirkişisi veya üçüncü hakem-bilirkişinin atanmasının, ticaret davalarında görevli mahkeme başkanı tarafından yapılacağı düzenlenmiştir. Mahkeme tarafından taraf hakem-bilirkişisi veya üçüncü hakem-bilirkişi seçilmesine ilişkin işlem, mahkeme tarafından hakemin seçilmesine ilişkin işlemlerde olduğu gibi, bir dava değil, çekişmesiz yargı niteliğindedir¹²⁸⁶. Ancak, her ne kadar çekişmesiz yargı işi olarak nitelendirilse de doktrinde hakem atamalarında savunulduğu¹²⁸⁷ gibi, burada da duruşma yapılmaksızın, karşı taraf dinlenmeden evrak üzerinden karar

¹²⁸⁴ Bkz. Yangın SGŞ B.4 maddesi; Hırsızlık SGŞ B.3 maddesi; Cam Kırılmasına Karşı SGŞ 11. maddesi; Elektronik Cihaz SGŞ 13. maddesi; Makine Kırılması SGŞ 13. maddesi; Montaj SGŞ 14. maddesi; İnşaat SGŞ Bütün Riskler B.2 maddesi açıkça ifade edilmiştir.

¹²⁸⁵ Yargıtay 11. HD. E. 1980/53, K. 1980/198, T. 21.1.1980 (Ulaş, Zarar Sigortaları, s. 203); Barış, s. 32.

¹²⁸⁶ Heinrich, s. 101; Asmus, s. 89; Taşkın, s. 143.

¹²⁸⁷ Mahkeme hakem tayin etmeden önce, tarafları davet edip dinlemesi gerektiği, tarafların dinlenilmeden, taraflardan birisinin talebi üzerine mahkemenin re'sen hakem tayin etmesinin yolsuz bir işlem olduğunu ifade etmektedir (Kuru, Usûl Cilt VI, s. 6019).

verilmemelidir. Nitekim Yargıtay, mahkeme bu atamayı yaparken, diğer tarafın talep dilekçesine, cevap hakkı vermeli, duruşma yapmalı ve uyuşmazlık konusunun niteliği de gözetilerek, tarafların irade ve tercihlerinin olabildiğince karşılanmasını sağlayıcı biçimde, taraf hakem-bilirkişisi veya üçüncü hakem-bilirkişinin seçimini sonuçlandırmalı şeklinde karar vermiştir¹²⁸⁸. Bu mahkeme uyuşmazlık konusunda yetkili olan mahkemedir. Örneğin, sigorta uyuşmazlıklarında rizikonun meydana geldiği yerdeki, ticaret davalarına bakmaya yetkili mahkeme, hakem-bilirkişiyi atamaya da yetkilidir. Mahkeme bu atama hakkında, tarafların taleplerine ilişkin maktu harç almalı ve yine maktu vekâlet ücretine hükmetmelidir¹²⁸⁹.

Doktrinde, taraf hakem-bilirkişisi veya üçüncü hakem-bilirkişinin seçimi bakımından, görevli mahkemenin, sigorta genel şartlarında, bir ticaret mahkemesi olarak düzenlenmesi, bizim de katıldığımız görüşe göre haklı olarak eleştirilmektedir. Çünkü 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 3. maddesinin 1 bendinde, gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, sigorta sözleşmesi ve işlemlerinin, açıkça bir tüketici işlemi olduğu düzenlenmiştir. Aynı Kanun'un 73. maddesinin birinci fıkrasına göre, tüketici işlemleri ile tüketiciye yönelik uygulamalardan doğabilecek uyuşmazlıklara ilişkin tüketici mahkemelerinin görevli olduğu düzenlenmiştir. Bu nedenle, tüketicinin taraf olduğu, sigorta sözleşmesinden kaynaklı, taraf hakem-bilirkişisi veya üçüncü hakem-bilirkişi seçimi bakımından, görevli mahkemenin tüketici mahkemesi olması gerekir¹²⁹⁰.

d. Üçüncü Bir Şahıs veya Kurum Tarafından Seçimi

Mukayeseli hukuk bakımından, taraf hakem-bilirkişisi veya üçüncü hakem-bilirkişinin, mahkeme tarafından seçilmesine ilişkin, Alman hukukunda sadece sigorta hukukunda (VVG § 84,189) düzenleme olduğundan ve İsviçre hukukunda da bu hususta, kanunî bir düzenleme olmadığından, bu durum tarafları başka alternatif yollara teşvik etmiştir. Bu konuda taraflar, tarafların hakem-bilirkişiyi belli bir süre içinde atamaması durumunda, genelde tek taraflı yetkilendirme hakkı veren sözleşme

¹²⁸⁸ Yargıtay 11. HD., E. 1998/8454, K. 1998/8423, T. 1.12.1998 (Ulaş, Zarar Sigortaları, s. 204).

¹²⁸⁹ Ulaş, Zarar Sigortaları, s. 204; Yeşilırmak, Hakem-Bilirkişilik, s. 714; Yeşilırmak, Öneri, s. 42; Barış, s. 33.

¹²⁹⁰ Yıldırım, s. 203.

kaydı koymaktadırlar. Ancak bu durum, hakem-bilirkişinin tarafsızlığına ilişkin şüpheyi daha da artırmaktadır¹²⁹¹. Bu nedenle taraflar böyle yöntem yerine, sözleşmede, hakem-bilirkişinin, tarafsız ve uzman bir gerçek kişi veya bir kurum tarafından seçilmesini öngören kayıtlar koymaktadır. Alman hukukunda, kurumsal tahkim merkezleri, aynı zamanda hakem-bilirkişi atamalarında da faaliyet vermektedir¹²⁹². İsviçre hukukunda da hakem-bilirkişilerin kurumsal enstitüler tarafından atanması yaygın olarak kullanılmaktadır¹²⁹³.

Hakem-bilirkişi atamalarında görevlendirilmiş, tüzel kişi olarak kurum, hakem-bilirkişi atamalarında, tarafları bağlayıcı, bağlayıcı olmayacak şekilde öneri mahiyetinde veya tarafların hakem-bilirkişi seçmelerine yardımcı olacak, hakem-bilirkişi listesi sunarak hizmet vermekte olup bu atamalardan genel olarak, maktu bir ücret almaktadır¹²⁹⁴.

Doktrinde, hakem-bilirkişi atamalarında hem gerçek hem de tüzel kişinin, hakem-bilirkişi raporunun sonucunu dolaylı olarak etkileme ihtimali olacağından, hakem-bilirkişiyi atayan gerçek ve tüzel kişinin de tarafsız ve bağımsız olması aranmaktadır. Dolayısıyla dernek veya şirket üyelerinin, hakem-bilirkişilik sözleşmesine konu olan vakıyyla ilgileri olması durumunda, hakem-bilirkişi olması, hakem-bilirkişinin tarafsızlığı ve bağımsızlığına aykırılık oluşturur¹²⁹⁵.

Hukukumuzda kurumsal hakem-bilirkişilik merkezlerinin olmaması veya kurumsal tahkim merkezlerinin aynı zamanda, hakem-bilirkişi atamalarında da faaliyet göstermemesi, tarafların mahkemece hakem-bilirkişilerin seçilmesini tercih etmelerini sağlamıştır. Ancak tarafların hakem-bilirkişilerin, gerçek veya tüzel kişiler tarafından seçilmesini, sözleşmede şart olarak düzenlemelerinde de engel yoktur. Bu durumda, gerçek veya tüzel kişilerin hakem-bilirkişiyi seçmemeleri veya seçemediği durumda, hakem-bilirkişilik sözleşmesinin sona erdiği şeklinde yorumlamak yerine, hakem-bilirkişinin mahkemece seçileceği şeklinde yorumlamak gerekir¹²⁹⁶.

¹²⁹¹ Heinrich, s. 102; Angstmann, s. 107; Meyer, s. 80; Brosi, s. 100.

¹²⁹² Bleutge, s. 24.

¹²⁹³ Angstmann, s. 107; Brosi, s. 100-101.

¹²⁹⁴ Bleutge, s. 24-25.

¹²⁹⁵ Meyer, s. 85.

¹²⁹⁶ Yıldırım, s. 205.

B. Hakem-Bilirkişinin Azli, İstifası ve Ölümü

Hakem-bilirkişi raporunun, taraflarca seçilen hakem-bilirkişi tarafından hazırlanamayacağı, hakem-bilirkişinin azli, istifası ve ölümü şeklinde çeşitli durumlar olup bu durumlarda tarafların sözleşmede yedek hakem-bilirkişi atanmasını öngörüp öngörmediklerine, hakem-bilirkişilik prosedürünün sona erip ermediği incelenecektir.

1. Hakem-Bilirkişinin Azli

Hakem-bilirkişinin azlini, tarafların her zaman gerçekleştirip gerçekleştiremeyeceği, doktrinde tartışmalı bir husustur. Doktrinde bir görüşe göre, hakem-bilirkişiyi atayan taraf, hakem-bilirkişinin ücretini ödediğinden, hakem-bilirkişi, hakem-bilirkişi raporunu, atayan tarafın bakış açısını gözeterek yazmak zorundadır. Bu nedenle, hakem-bilirkişi bu durumun aksine bir tutum sergilediği zaman, hakem-bilirkişiyi atayan tarafın, hakem-bilirkişiyi her zaman azletmesinin mümkün olduğu ifade edilmektedir¹²⁹⁷. Alman İmparatorluk Mahkemesi de hakem-bilirkişi raporu düzenlenene kadar, her bir tarafın atadığı taraf hakem-bilirkişisini, tarafların güvenini hak etmediğine ikna olması hâlinde, tarafın her zaman azledebileceğine karar vermiştir¹²⁹⁸. Ancak doktrinde, hakem-bilirkişinin her iki tarafı bağlayıcı şekilde, hakem-bilirkişi raporu yazması ve bu nedenle hakem-bilirkişinin tarafsız ve bağımsız olması zorunluluğu ifade edilerek bu karar eleştirilmiştir. Mahkeme daha sonraki kararlarında, ilk olarak azletmenin taraflarca bir hak olduğunu, ancak her hakkın dürüstlük kuralına uygun kullanılması gerektiği ifade edilerek, azletme hakkının da taraflarca dürüstlük kuralına uygun olarak kullanılması gerektiğine karar vermiştir¹²⁹⁹.

Doktrinde bu konuda diğer bir görüş ise, hakem-bilirkişilik kurumu açısından, tahkim hükümlerinin kıyasen uygulanması gerektiğini ifade etmektedir. Bu nedenle, tarafların hakemi atadığını, karşı tarafa bildirdiğinden itibaren, hakemin azlinin artık mümkün olmadığı gibi, hakem-bilirkişinin de azlinin mümkün olmaması gerektiği

¹²⁹⁷ Kisch, Schiedsmann, s. 60; Georg Marsilius, “Schiedsgerichtsvertrag oder Schiedsgutachervertrag”, **Der Betriebs-Berater Heft 28**, October 1959, s. 1015.

¹²⁹⁸ RG vom 21.08.1936, RGZ 152, 201, 206 (Sieveking, s. 89, dn. 417).

¹²⁹⁹ OLG Nürnberg vom 28.07.1994, NJW-RR 1995, 544 (Sieveking, s. 89, dn. 416).

savunulmaktadır¹³⁰⁰. Ancak tarafların, hakem-bilirkişiyi azletmesi, sadece haklı sebeplere dayanması durumunda mümkündür. Doktrin, bu haklı sebeplere, hakem-bilirkişinin tarafsız ve bağımsız davranmaması, hakem-bilirkişi raporunu düzenlememesi veya düzenlemekte gecikmesi ve hakem-bilirkişinin sadakat ve sır saklama yükümlülüğünü yerine getirmemesini, örnek olarak vermektedir¹³⁰¹.

Hukukumuzda da mukayeseli hukukta olduğu gibi, hakem-bilirkişinin her zaman azlinin mümkün olmadığı savunulmaktadır. Bu hususta, hakem-bilirkişilerin, taraflarca her zaman görevden alınmasının, hakem-bilirkişinin tarafsız ve bağımsızlığını zedeleyeceğini, hakem-bilirkişilik kurumuyla elde edilmek istenilen, hızlı şekilde sonuca ulaşma amacını ortadan kaldıracağı ifade edilerek eleştirilmiştir. Ayrıca, taraflardan birinin, her zaman azil hakkını, kötü niyetle kullanarak, kendi aleyhine hakem-bilirkişi raporunun verileceğini öğrendiğinde, derhâl hakem-bilirkişiyi görevden alabileceği ifade edilmektedir. Nitekim sigortacı ve sigorta ettiren de hakem-bilirkişi raporunun verilmesinin gecikmemesinde önemli bir menfaati söz konusudur. Çünkü sigorta alacağı hakem-bilirkişi raporu tebliğ edilmeden, muaccel hâle gelmeyecek ve bu nedenle temerrüt hükümlerinin sonuçlarından sigortacı sorumlu olmayacaktır. Dolayısıyla taraflar, seçtikleri hakem-bilirkişiyi her zaman azledemeyecek olup sadece haklı sebeplerle, hakem-bilirkişiyi azledebilirler. Bu sebepler genel olarak, hakem-bilirkişinin görevini ifa etmemesi ve hakem-bilirkişilik sürecini devam etmesini engelleyecek hastalık gibi durumların ortaya çıkması veya hakem-bilirkişilik sürecinin aşırı geciktirmesi hâlinde, hakem-bilirkişinin azledilebileceği ifade edilmektedir. Ayrıca doktrinde, azledilen hakem-bilirkişinin, tarafların iradeleri çerçevesinde, atama usûlüne göre, yeni bir hakem-bilirkişinin atanmasının da yerinde olacağı ifade edilmektedir¹³⁰².

2. Hakem-Bilirkişinin İstifası ve Ölümü

Hakem-bilirkişiyi taraflar, tarafsız ve bağımsız olmaması sebebiyle istifaya davet edebileceği gibi, hakem-bilirkişi kendisi de istifa edebilir¹³⁰³. Alman

¹³⁰⁰ Rauscher, s. 235; Bachmann, s. 77.

¹³⁰¹ Meyer, s. 146-147.

¹³⁰² Kuru, Usûl, Cilt III, s. 2912; Yeşilırmak, Hakem-Bilirkişilik, s. 717; Yıldırım, s. 203-204.

¹³⁰³ Hakem-bilirkişi, tarafsız ve bağımsız değilse, taraflarca istifaya davet edilebileceği gibi, ilerde hakem-bilirkişi raporunun iptali de istenebilir (Yeşilırmak, Hakem-Bilirkişilik, s. 715-716).

hukukunda, hakem-bilirkişi sözleşmesinin haklı sebeple sona erdirmeye hakkı, sadece taraflara değil, hakem-bilirkişiye de verilmiştir. Hakem-bilirkişi sözleşmesinin tarafı olarak, hakem-bilirkişi de sözleşmede kararlaştırılan avans ve masrafların taraflarca ödenmemesi, tarafların iştirak yükümlülüklerine riayet etmemesi sonucunda, hakem-bilirkişi raporunu düzenleyememesi sebebiyle, hakem-bilirkişi sözleşmesini haklı sebeple feshedebilmektedir (BGB § 626). Çünkü uzman olan hakem-bilirkişi, mesleki faaliyetlerinden ve onlara harcadığı zamanından ödün vererek, hakem-bilirkişilik sürecini yürütmektedir¹³⁰⁴. Ancak hakem-bilirkişi de bu istifa hakkını uygun olan bir zamanda ve haklı sebeple kullanması gerekir. Aksi hâlde, hakem-bilirkişi sözleşmesinin diğer taraflarının, bundan doğan zararını gidermekle yükümlü olacaktır (TBK m. 512).

Sigorta genel şartlarında genel olarak, taraflarca seçilen veya mahkemece atanan hakem-bilirkişinin ölmesi¹³⁰⁵, görevi kabul etmemesi veya istifa etmesi hâlinde, ayrılan hakem-bilirkişinin yerine, yenisinin aynı usûle göre seçileceği düzenlenmiştir¹³⁰⁶. Doktrinde, aynı şekilde hakem-bilirkişinin görevi ifa etmemesi, edememesi veya aşırı derecede geciktirmesi hâlinde azledilmesi ve azledilen hakem-bilirkişinin atanma usûlüne göre, yeni bir hakem-bilirkişi atanmasının yerinde olacağı ifade edilmektedir¹³⁰⁷. Ancak, taraflar hakem-bilirkişilik sözleşmesinde, hakem-bilirkişiyi ismen belirlemiş olabilirler. Bu durumda, hakem-bilirkişinin görevi kabul etmemesi, kabul edip daha sonra istifa etmesi veya hakem-bilirkişinin ölmesi, hakem-bilirkişilik sürecini ifa edilmesini imkânsız hâle getirmektedir. Bu durumda, tarafların, uyuşmazlığı da esas alan bir hüküm elde etmek amacıyla, mahkeme veya hakeme başvurmaları gerekir¹³⁰⁸. Tarafların, hakem-bilirkişilik sürecinin ifa edilmesini imkânsız kılacak, böyle bir durumla karşılaşmamaları için sözleşmede yedek hakem-bilirkişilik kurallarının düzenlenmesi tavsiye edilmektedir. Taraflar, yedek hakem-

¹³⁰⁴ Meyer, s. 150-151; Sieveking, s. 89.

¹³⁰⁵ “Ne var ki adı geçen hakem bilirkişinin 22.10.1986 tarihinde ölmüş olduğu anlaşıldığından delil sözleşmesinin fiilen uygulama olanağı kalmamıştır. Bunun yerine başka bir delilin uygulanması için HUMK.nun 287. maddesinde açıkça belirtildiği üzere tarafların bu konuda duruşma sırasında anlaşmaya varmaları veya yeniden bir delil sözleşmesi kurmaları gerekir.” (Yargıtay 15. HD., E. 1989/864, K. 1989/2444, T. 22.5.1989) (Kazancı İçtihat-Bilgi Bankası, E.T. 22.10.2024).

¹³⁰⁶ Bkz. Makine Kırılması SGŞ madde 13 d fıkrası; İnşaat SGŞ Bütün Riskler B.2. maddesi d fıkrası; Montaj SGŞ 14. madde d bendi; Yangın SGŞ B.4. maddesi; Hırsızlık SGŞ B.3; Elektronik Cihaz SGŞ madde 12 d bendi, maddeleri örnek olarak verilebilir.

¹³⁰⁷ Yeşilirmak, Hakem-Bilirkişilik, s. 717.

¹³⁰⁸ Kuru, Usûl, Cilt III, s. 2912; Yeşilirmak, Hakem-Bilirkişilik, s. 717.

bilirkişinin, nasıl seçileceği hakkında, emredici kurallara aykırı olmamak şartıyla, serbestçe düzenleme yapabilirler. Bu nedenle, taraflar sözleşmede, yedek hakem-bilirkişinin, bir üçüncü kişi veya kurum ya da enstitü tarafından atanmasını kararlaştırabilirler¹³⁰⁹.

IV.HAKEM-BİLİRKİŞİNİN NİTELİKLERİ

Hakem-bilirkişinin hangi şartları taşıması veya hangi mesleğe sahip kişilerden seçilmesi¹³¹⁰ gerektiğini taraflar sözleşmede serbestçe kararlaştırabilir veya bu konuda herhangi bir husus yazılmamış olabilir. Sözleşmede bu konuda, herhangi bir husus yazılmasa dâhi, zımnen hakem-bilirkişinin, uzman, tarafsız ve bağımsızlığının zorunlu bir unsur olup olmadığı ve ayrıca hakem-bilirkişinin gerçek veya tüzel kişi olup olamayacağı doktrinde tartışmalı olup aşağıda incelenmeye çalışılacaktır.

A. Gerçek veya Tüzel Kişi Olabilmesi

İsviçre hukukunda, hakem-bilirkişinin bir tüzel kişi olup olamayacağı, doktrinde tartışmalı bir konudur. Doktrinde azınlık görüş, hakem-bilirkişinin tüzel kişi olamayacağını savunmaktadır. Çünkü tarafsızlık ve bağımsızlığın, sadece gerçek kişiye özgü bir durum olduğu, nitekim mahkeme personelleri olarak, hâkim, mahkeme bilirkişilerinin, ayrıca hakemlerin de gerçek kişi (HMK m. 416/I/a) olmak zorunda oldukları kanunda düzenlenmiştir. Ayrıca hakem-bilirkişinin reddine ilişkin kuralların uygulanabilirliği, hakem-bilirkişinin sadece gerçek kişi olması gerektiği sonucunu ortaya çıkmakta olup hakem-bilirkişi gerçek kişi olmak zorundadır¹³¹¹. İsviçre Federal Mahkemesi, İsviçre Medenî Usûl Kanunu yürürlüğe girmeden önce vermiş olduğu kararda, hakem-bilirkişinin sadece gerçek kişi olabileceğine karar vermiştir¹³¹².

¹³⁰⁹ Angstmann, s. 115, Rn. 242-243.

¹³¹⁰ Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 416. maddesinin birinci fıkrasının, d bendinde, tahkim yargılamasında, hakemin, birden fazla kişiden oluşması hâlinde, en az birinin kendi alanında beş yıl ve daha fazla kıdeme sahip bir hukukçu olmasının şart olduğu düzenlenmişken, hakem-bilirkişiler açısından böyle bir düzenleme yoktur.

¹³¹¹ Frank, Sträuli ve Messmer, § 258, Rn. 6/a.

¹³¹² BGE 117 III 57 E. 4b. (Brosi, s. 151, dn. 587).

Doktrinde hâkim görüş, hakem-bilirkişinin hem gerçek hem de tüzel kişi olabileceğini savunmaktadır. Nitekim, hakem-bilirkişinin tüzel kişi olamayacağına ilişkin, kanun hükmünde (SchZPO §189) bir düzenleme olmadığı ifade edilmektedir. Bu konuda, hakem-bilirkişilerin sahip olması gereken şartlar, kanun koyucu tarafından, taraflara bırakılarak tarafların, hakem-bilirkişiyi hem gerçek hem de tüzel kişi seçebilmeleri imkânı verilmiştir¹³¹³. Dolayısıyla hakem-bilirkişi, mahkeme bilirkişilerinden farklı olarak taraflarca seçildiğinden ve hakemden farklı olarak da bir yargılama görevi gerçekleştirmediğinden hem gerçek hem tüzel kişi olabilmesi mümkündür¹³¹⁴. Özellikle, hakem-bilirkişinin görevinin bir denetleme veya değerlemeye ilişkin vakıa olması durumunda, taraflar denetleme ve değerlendirme hakkında kurulan şirketlere ihtiyaç duyarlar ve bu şekilde hakem-bilirkişi olarak tüzel kişiyi seçerler¹³¹⁵. Diğer yandan, tarafsızlık şartı, tüzel kişinin bir hakem-bilirkişi olarak atanmasına da karşı çıkmayacaktır. Nitekim tüzel kişiye, hakem-bilirkişi raporu hazırlama görevi verildiği durumda, hakem-bilirkişinin tarafsızlığı hem taraflarla tüzel kişi arasında hem de taraflarla tüzel kişi adına hareket eden, gerçek kişiler arasında iki şekilde incelenmelidir. Bu nedenle, hakem-bilirkişinin tüzel kişi olduğu durumda, taraflar, hakem-bilirkişi sözleşmesini hem tüzel kişiyle hem de taraflarla tüzel kişi adına hareket eden, gerçek kişi arasında iki ayrı sözleşme şeklinde kurmaktadır. Bu sayede, tüzel kişilerin, kendi işyeri organizasyonundan kaynaklanan, görevlendirmiş olduğu hakem-bilirkişiyi görevden alarak, yeni birini ataması engellenmekte olup hakem-bilirkişinin tarafsızlığı ve görevi şahsen ifa etmesi sağlanmaktadır¹³¹⁶. Ayrıca tüzel kişi hakem-bilirkişiler, gerçek kişi hakem-bilirkişilerden farklı olarak, hakem-bilirkişilik sözleşmesine konu olan vakıayı, laboratuvar, bilişim sektörüne ait özel araçlarla ve özel yapay zekâ programlarıyla daha derinlemesine inceleyebilmekte ve bu şekilde daha doğru sonuçlar verebilmektedir¹³¹⁷.

Alman hukukunda hakem-bilirkişiler hem gerçek hem de tüzel kişi olabilirler. Alman hukukunda, özellikle hakem-bilirkişilerin tüzel kişilerden seçilmesi yaygın bir

¹³¹³ Angstmann, s. 97; Brosi, s. 151-152; Schöll, s. 36.

¹³¹⁴ Angstmann, s. 97, Rn. 195.

¹³¹⁵ Angstmann, s. 98; Brosi, s. 151.

¹³¹⁶ Peter F. Schlosser, "Der gegenwärtige Entwicklungsstand des Rechts des Schiedsgutachtens", **Schiedsgutachten versus Schiedsgerichtsbarkeit**, München 2007, (Schiedsgutachten) s. 12; Brosi, s. 151-152.

¹³¹⁷ Brosi, s. 152-153; Heinrich, s. 88.

uygulamadır. Tarafların hem özel hukuk tüzel kişilerini hem de şirketin faaliyetleri sınırları çerçevesinde (ultra vires) kamu hukuku tüzel kişilerini, ayrıca yetkili makamları (Behörden) da hakem-bilirkişi olarak belirleyebilmesi mümkündür¹³¹⁸.

Hukukumuzda da hem gerçek hem de tüzel kişilerin hakem-bilirkişi olabileceği savunulmaktadır. Taraflar, sigorta genel veya özel şartlarıyla düzenleme getirerek gerçek veya tüzel kişilerin hakem-bilirkişi seçilmesini öngörebilirler. Bu şekilde, taraflar gerçek kişi olarak, örneğin bir doktor, mühendis veya mimarın atanabileceğini; tüzel kişi olarak da o konuda faaliyet gösteren, bir oda veya derneği hakem-bilirkişi olarak atayabilirler. Ayrıca, taraf veya üçüncü hakem-bilirkişinin mahkeme tarafından atanmasını gerektiren bir durum ortaya çıkması durumunda, mahkemenin tarafların kendi aralarındaki anlaşmaya uygun olarak, gerçek veya tüzel kişiyi ataması gerektiği savunulmaktadır¹³¹⁹.

Alman hukukunda, hâkimlerin hakem-bilirkişi olup olamayacağı hususu tartışmalıdır. Alman Federal Mahkemesi, hâkimin resmî sıfatıyla, hakem-bilirkişi olamayacağına¹³²⁰, ancak bağımsız özel kişi olarak, hakem-bilirkişi olarak atanabileceğine karar vermiştir¹³²¹. Ancak doktrinde hâkimlerin, resmî sıfatı haricinde, özel kişi olarak hakem-bilirkişi olarak atanıp atanamayacağı hususu tartışmalıdır.

Doktrinde savunulan bir görüş, önceden hakem-bilirkişi olarak görev yapmış hâkimin, gelecekte açılacak, hakem-bilirkişi raporunun iptali davasında da görevlendirilmesi durumunda, hâkimin tarafsızlığı ve bağımsızlığını zedeleyeceğinden, hâkimin hakem-bilirkişi olmaması gerektiğini ifade etmektedir¹³²². Doktrinde diğer bir görüş ise, hâkimlerin Alman Yargıçlar Kanunu (DRiG § 40) hükümlerinde izne tâbi olarak, hakem olabildiği gibi, hakem-bilirkişi de olabileceği yönündedir. Aynı hâkimin, hakem-bilirkişi raporunun iptali davasında görevlendirilmesi durumunda, tarafların hâkimi reddederek veya hâkimin kendisinin çekilerek, hâkimlik görevini başka bir hâkimin gerçekleştirebileceği ifade edilmektedir. Bu nedenle, hâkimin, önceden hakem-bilirkişilik faaliyetinde görev

¹³¹⁸ Walther J. Habscheid, "Behörden Als Schiedsgutachter", **MDR 1954/7**, (MDR) s. 392-393; Meyer, s. 75-76; Heinrich, s. 88-89; Rauscher, s. 216; Sieveking, s. 73; Schlosser, Schiedsgutachten, s. 11-12.

¹³¹⁹ Yıldırım, s. 205.

¹³²⁰ RG Urteil v. 28.11.1918 RGZ 94, 172 (174) (Meyer, s. 77, dn. 375).

¹³²¹ BGH Urteil vom 18.2.1955, NJW 1955, S. 665 (Brosi, s. 153, dn. 600).

¹³²² Habscheid, MDR, s. 393.

alması sebebiyle tarafsızlığına ilişkin çekincelerin giderilebileceği savunulmaktadır¹³²³.

İsviçre hukukunda da Federal Mahkeme, hâkimin resmî görevli olarak, hakem-bilirkişi olamayacağına karar vermiştir¹³²⁴. Ancak doktrin, hâkimin özel kişi şeklinde, hakem-bilirkişi olarak atanmasında herhangi bir sorun görmemektedir. Aynı hâkimin hakem-bilirkişi raporunun iptali davasında görevlendirilmesinde de tarafların hâkimi reddedebileceği veya hâkimin kendisinin çekilmesiyle sorunun aşılacağı savunulmaktadır¹³²⁵.

Hukukumuz açısından, Anayasa'nın 140. maddesinin beşinci fıkrasına göre, hâkimlerin ve savcılarının, kanunda belirtilenlerden başka, resmî ve özel hiçbir görev alamazlar şeklindeki düzenleme gereği, hâkimlerin hem hakem hem de hakem-bilirkişi olarak görev yapmaları hem resmî hem de özel sıfatıyla yasaklanmıştır¹³²⁶.

B. Uzman ve Tecrübeli (Deneyimli) Olması

Hakem-bilirkişinin uzman olmasının zorunlu olup olmadığı hususu, doktrinde tartışmalı bir konudur. Doktrinde azınlık görüşe göre, hakem-bilirkişi uzman olmak zorunda değildir. Çünkü kanunî düzenlemelerde (SchZPO Art. 189, BGB § 317-319, VVG § 84, 189), hakem-bilirkişinin uzman olması gerektiğine ilişkin bir düzenleme olmadığından herkes hakem-bilirkişi olabilir. Ayrıca, hakem-bilirkişi uzman olmasa dâhi, hakem-bilirkişi raporunun gerçek durumdan açıkça sapması durumunda iptal edilebileceği, bu nedenle taraflara yeterli koruma sağladığı ifade edilmektedir. Ancak taraflar, hakem-bilirkişinin uzman biri olmasını istiyorlarsa, bu hususu sözleşmede açıkça yazmaları gerektiği, aksi durumun zımnen kararlaştırılamayacağı savunulmaktadır¹³²⁷. Kural olarak, hakem-bilirkişinin uzman bilgisi eksikliği kaçınılmaz olarak "açıkça yanlış" bir hakem-bilirkişi raporuyla sonuçlanacaktır ve tarafların bu durumu ileri sürülmesi hâlinde (SchZPO Art. 198/III-c), hakem-bilirkişi raporu iptal edilecektir. Ancak hakem-bilirkişi raporun sonucunun her zaman doğru olması, hakem-bilirkişinin uzman olduğu anlamına gelmemektedir. Çünkü hakem-

¹³²³ Meyer, s. 78.

¹³²⁴ BGE 141 III 274 E. 2.5 f (Brosi, s. 154, dn. 605).

¹³²⁵ Brosi, s. 154-155.

¹³²⁶ Taşkın, s. 67.

¹³²⁷ Brosi, s. 148, Rn. 283.

bilirkişi uzman olmasa dâhi, hakem-bilirkişi raporu tesadüfen doğru olabilir ve bu durum uygulamadaki hakem-bilirkişi raporlarına ilişkin çalışmalarda ortaya konulmuştur. Bu nedenle, hakem-bilirkişinin uzmanlığı, hakem-bilirkişi için zorunlu bir unsur değildir. Tarafların sözleşmede, hakem-bilirkişinin uzman olmasına ilişkin düzenlemeler yapması, onların sorumluluğundadır¹³²⁸.

Doktrinde hâkim görüşe göre, taraflar sözleşmede, hakem-bilirkişinin uzman olacağına dair herhangi bir kayıt koymasalar dâhi, hakem-bilirkişinin uzman olacağını, zımnen kararlaştırmış olacaklardır¹³²⁹. Alman Federal Mahkemesi, belirli bir uzmanlık düzeyinin, hakem-bilirkişilik veya hakem-bilirkişi sözleşmesinde, zımnen kabul edilen bir önkoşul olarak varsayılması gerektiğine karar vermiştir¹³³⁰.

Alman hukukunda VVG § 84, 189 hükümlerinde, hakem-bilirkişinin uzmanlığına ilişkin herhangi bir düzenleme yoktur. Ancak doktrin bunun sebebini, hakem-bilirkişinin belirli bir durumda, kendisine verilen görev hakkında, bilgi sahibi olması gerektiği zorunluluğunun olduğunu, ancak bunun hangi görev alanlarıyla ilgili olması gerektiği hakkında genel bir düzenleme yapılamamasından kaynaklandığını ifade etmektedir. Bu durumda önemli olan tek husus, tarafların hangi çekişmeli vakıa konusu hakkında uyuşmazlık yaşayacağı ve hangi uzmanlık alanında bir hakem-bilirkişi isteneceğinin saptanmasıdır¹³³¹. Ayrıca, Alman hukukunda VVG § 84, 189 hükümlerinde, hakem-bilirkişinin uzman olacağına dair bir düzenleme olmasa dâhi, hükmün üst bağılığı, “*Sachverständigenverfahren*” uzman prosedürü şeklinde, seçilecek kişilerin uzman olması gerekliliğini ifade eder. Bu nedenle, hakem-bilirkişinin uzmanlığı, münferit sigorta hukuku konusuna göre anlaşılması gereken bir uzmanlıktır. Nitekim taraflar hakem-bilirkişilik ve hakem-bilirkişi sözleşmesi kurarak, hasarın tespitinin doğru ve uygun değerlendirilmesini isteyeceklerinden hakem-bilirkişi uzman olmak zorundadır¹³³². Diğer yandan, kanunda bu konuda düzenleme olmasa dâhi, sigorta genel şartlarının birçoğunda, hakem-bilirkişinin uzman ve hangi mesleklerden olması gerektiğine ilişkin şartlar bulunmaktadır¹³³³.

¹³²⁸ Brosi, s. 148, Rn. 282.

¹³²⁹ Eckert, s. 25; Rauscher, s. 211; Heinrich, s. 90; Meyer, s. 72; Asmus, s. 58; Sieveking, s. 75; Bachmann, s. 72.

¹³³⁰ BGH Urteil vom 21.6.1995, WuM 1995, S. 651 (Sieveking, s. 76, dn. 319).

¹³³¹ Meyer, s. 72.

¹³³² Bachmann, s. 73; Asmus, s. 58-60; Meyer, s. 72-73; Sieveking, s. 59-60; Heinrich, s. 90.

¹³³³ Amus, s. 59; Heinrich, s. 90; Rauscher, s. 212; Bachmann, s. 72.

Bachmann, hakem-bilirkişinin sadece uzman olmasının yeterli olmadığını, ayrıca hakem-bilirkişinin deneyimli ve tecrübeli olması gerektiğini savunmaktadır. Çünkü uzmanlığını yeni tamamlamış olan herkes, meslekten olmayan kişinin aşına olmadığı bilgiye sahip olabilecektir. Ancak, bu kişilerde, hakem-bilirkişilik mesleğinin temel unsuru olan, tecrübe ve deneyim özelliği bulunmayacaktır. Bu nedenle, hakem-bilirkişinin özelliklerine, saf teknik bilgiye ek olarak, bu alanda uzun faaliyet göstermesi sonucu kazanmış olduğu deneyim ve tecrübe de eklenmelidir¹³³⁴.

Hukukumuzda da hakem-bilirkişi bakımından, aranan temel kriter, onun alanında uzman olmasıdır. Hakem-bilirkişiliğin temel amacı olan, uyuşmazlığın, mahkeme önüne gidilmeksizin, hızlı ve ekonomik bir şekilde uyuşmazlıkla ilgili vakıanın tespitinin yapılması gerektiği değerlendirildiğinde, uzman olmayan bir kişinin hakem-bilirkişi olarak seçilmesi, hakem-bilirkişilik sürecinin uzamasından başka bir sonuç getirmeyecektir¹³³⁵. Bu kapsamda, hakem-bilirkişilerin uzmanlığının önemi tahkimde hakemlerin uzmanlığından daha önemli bir konudur. Nitekim hakem-bilirkişilik kişinin uzmanlığı sebebiyle başvuru bir yöntemdir.

Ayrıca sigorta genel şartlarında, genel olarak, hakem-bilirkişinin uzman olmaması durumu, taraflar için yedi günlük bir itiraz sebebi olarak düzenlenmiştir¹³³⁶. Ancak Sigortacılık Kanunu'nda aksine bir düzenleme bulunmadığından, hakem-bilirkişinin ihtilaflı çekişmeli vakıa bakımından uzman olması yeterli olup ayrıca sigorta eksperisi veya sigorta hakemi ünvana sahip olunması aranmaz¹³³⁷. Birçok sigorta genel şartlarında da hakem-bilirkişinin sigorta genel şartlarının konusuna göre, hangi konuda uzman olması gerektiğine ilişkin şartlar bulunmaktadır. Örneğin, Makine Kırılması Sigortası Genel Şartları'nın 13. maddesinde, ziya hasar miktarının uzman mühendisler ve teknisyenler tarafından seçilecek, hakem-bilirkişiler tarafından belirleneceği belirtilmiştir. Aynı şekilde, İnşaat Sigortası Genel Şartları (Bütün Riskler) B.2 maddesinde de uzman mühendisler ve teknisyenler tarafından hakem-bilirkişilerin seçileceği düzenlenmiştir. Ancak bazı sigorta genel şartları, yangın sigortası gibi, çeşitli meslek alanlarından kaynaklanan, farklı uzmanlık alanları

¹³³⁴ Bachmann, s. 73; Asmus, s. 59.

¹³³⁵ Yıldırım, s. 205.

¹³³⁶ Bkz. İnşaat SGŞ Bütün Riskler B.2. maddesi d fıkrası; Montaj SGŞ 14. madde d fıkrası; Yangın SGŞ B.4. maddesi; Hırsızlık SGŞ B.3; Elektronik Cihaz SGŞ madde 12 d fıkrası; Makine Kırılması SGŞ madde 13 d fıkrası maddeleri örnek olarak verilebilir.

¹³³⁷ Can, s. 96; Yıldırım, s. 205.

belirlenemeyeceği için bu konuda bir düzenleme içermemektedir. Bazı sigorta genel şartlarıysa, sigorta branşı özel bir uzmanlık alanına ilişkin olmasına rağmen, kimlerin hakem-bilirkişi olacağına ilişkin meslek bazında bir düzenleme içermemektedir. Örneğin Ferdi Kaza Sigortası Genel Şartları ve Hukukî Koruma Sigortası Genel Şartları'nda, bu hususta bir düzenleme içermemesine rağmen, doktrinde karşılaştırmalı hukukta olduğu gibi, ferdi kaza sigortası bakımından, hakem-bilirkişinin doktor olmasını; hukukî koruma sigortası bakımından da hakem-bilirkişinin bir avukat olması gerektiği ifade edilmektedir¹³³⁸.

Hakem-bilirkişilerin kim olacağına ilişkin sigorta genel şartlarında sınırlı düzenlemeler yer almaktadır. Bu nedenle tarafların, sigorta özel şartlarıyla veya genel olarak hakem-bilirkişilik sözleşmesiyle, hakem-bilirkişiler bakımından, daha nitelikli koşulları araması mümkündür. Bu konuda hakem-bilirkişinin, ilgili sigorta sözleşmesine konu olan vakıya ilişkin, hakem-bilirkişinin uzmanlığı konusunda, lisansüstü eğitim yapması, birkaç yabancı dil bilmesi veya meslekte belli bir süre çalışması şeklinde kayıtlar konularak, hakem-bilirkişinin hem uzmanlığı hem de tecrübesi şart olarak koşulabilir¹³³⁹. Özellikle uluslararası hakem-bilirkişilik sözleşmelerinde, hakem-bilirkişinin mesleği, tecrübesi ve kaç yabancı dil bildiği, kimin hakem-bilirkişi olarak seçileceğinde büyük önem taşır¹³⁴⁰. Tarafların ortak olarak, tek hakem-bilirkişi ataması hâlinde, bu koşulları sağlamayan hakem-bilirkişiyi atamaları durumunda, bu şartlar önem taşımayacaktır. Ancak, hakem-bilirkişilerin birden fazla olduğu durumda, tarafların bu şartları sağlamayan, kendi taraf hakem-bilirkişisini seçtiği durumda, bu durum sözleşmeye aykırılık teşkil edecektir¹³⁴¹.

C. Hakem-Bilirkişinin Tarafsız ve Bağımsız Olması

1. Genel Olarak

Alman hukukunda, hakem-bilirkişiliğin dolaylı olarak düzenlendiği, hem BGB § 317-319 hem de sigorta hukukunda VVG § 84, 184 hükümlerinde, hakem-

¹³³⁸ Yıldırım, s. 205-206.

¹³³⁹ Yıldırım, s. 206.

¹³⁴⁰ Sessler ve Leimert, s. 158.

¹³⁴¹ Yıldırım, s. 206.

bilirkişinin tarafsız ve bağımsız olması gerektiğine ilişkin bir düzenleme olmadığı için hakem-bilirkişinin tarafsız ve bağımsız kişilerden seçilip seçilemeyeceği konusu tartışmalı bir konudur.

Doktrinde bir görüş, hakem-bilirkişinin tarafsız ve bağımsız olması gerekmediğini, çünkü hakem-bilirkişi raporunun açıkça hakkaniyete aykırılık veya yanlışlık (BGB § 319/I) şeklinde denetlenmesinin yeterli olduğunu ifade etmektedir. Ayrıca, hakem-bilirkişilerin birden fazla olması durumunda oy birliği kuralının olması (BGB § 317/II) ve hakem-bilirkişiyi atayanların, her zaman hakem-bilirkişiyi azletmelerinin mümkün olması taraflara yeterli koruma vermektedir. Bu nedenle hakem-bilirkişinin tarafsız ve bağımsız olması sadece tarafların sözleşmede kararlaştırmaları durumunda geçerlidir¹³⁴².

Doktrinde bazı maddî hukuk görüşü savunucuları, hakem-bilirkişinin tarafsız ve bağımsızlığı hakkında hüküm olmamasını, sistematik yorum yaparak aşmaya çalışmaktadır. Sözleşmeye ilişkin bir edimin taraflardan biri tarafından belirlenmesi durumunda edimin iptalinde salt hakkaniyete aykırılık (BGB § 315) aranırken; edimin üçüncü kişi tarafından belirlenmesi durumunda, açıkça hakkaniyete aykırı (BGB § 317-319) olması aranmaktadır. Bu düzenlemedeki farklar, üçüncü kişi olan hakem-bilirkişinin tarafsız ve bağımsız olması sonucunu doğurur. Hakem-bilirkişi hem somut vakıa hem de taraflar açısından tarafsız ve bağımsız kişilerden seçilmesi gerekir. Bu nedenle hakem-bilirkişinin, somut vakıa açısından ekonomik yararı olamayacağı gibi, taraflarla da ailevi veya iş ilişkisinin de olmaması gerekir¹³⁴³. Ayrıca taraflar, hakem-bilirkişi raporunun iptalinin açısından, sözleşmede açıkça hakkaniyete aykırılık yerine, sadece hakkaniyete aykırılık durumunda iptal edilmelerini sağlayan düzenleme getirerek, hakem-bilirkişinin tarafsız ve bağımsızlığı hakkındaki kontrol denetimini daha da sıkı hâle getirebilirler¹³⁴⁴.

Doktrinde hâkim olan diğer bir görüş, hakem-bilirkişilik sözleşmeleri türleri arasında ayırım yapmakta, tarafların çekişmeli vakıa tespitlerine ilişkin dar anlamda hakem-bilirkişilik sözleşmeleri bakımından, hakem-bilirkişinin tarafsız ve bağımsızlığına ilişkin, tahkim hükümlerinin kıyasen uygulanması gerektiğini (ZPO § 1025) savunmaktadır. Mahkemeler yargılama yaparken adil yargılama kurallarına

¹³⁴² Kisch, Schiedsmann, s. 65, 132; Kisch, Rhein, s. 21; Marsilius, s. 1016.

¹³⁴³ Stieglmeier, s. 94.

¹³⁴⁴ Stieglmeier, s. 94-95.

uygun davranmak zorunda olacaklarından, mahkemenin taraflı bir hakem-bilirkişi raporuyla bağlı olmaması gerektiği ifade edilerek, hakem-bilirkişinin tarafsız ve bağımsız olmasının zorunlu olduğu ifade edilmektedir¹³⁴⁵. Ancak, hakem-bilirkişinin hangi koşullar altında, tarafsız ve bağımsız olmadığı ve bunun hakem-bilirkişilik sözleşmesi ve hakem-bilirkişi raporuna etkisinin ne olacağı doktrinde ve mahkeme kararlarında tartışmalıdır. Özellikle bu durum taraf hakem-bilirkişisinin ara konumundan kaynaklanmaktadır. Taraf hakem-bilirkişisi, bir taraftan atayan tarafın temsilcisi, ama diğer yandan, her iki tarafın çıkarları doğrultusunda, tarafsız bir konumdadır. Bu iki durum birbirine zıt olması nedeniyle, taraf hakem-bilirkişisi, onu atayan tarafın, temsilcisi olarak nitelendirilemez ve bu yönde hareket edemez¹³⁴⁶. Diğer yandan, taraf hakem-bilirkişisi açısından, belli bir derecede öznellik de kaçınılmaz olarak kabul edilmelidir. Bu durumda dikkate alınması gereken kıstas, taraf hakem-bilirkişisi açısından, sübjektif olarak gerekçelendirilmiş bir güvensizlik, herhangi bir nesnel değerlendirici bakımından da önemlilik arz ediyorsa, objektif bir tarafsızlık ve bağımsızlık sorunu ortaya çıkacaktır. Somut münferit vakılarda, bunu doğrulamak genellikle zor olup sübjektif endişe, genellikle tarafların yalnızca önemsiz psikolojik bir aşırı duyarlılığından kaynaklanmakta ve tarafların burada gerçeğin objektif olarak araştırılmasına yönelik herhangi bir davranışı da yoktur¹³⁴⁷. Bu nedenle taraf hakem-bilirkişisi tarafından, esas alınması gereken, taraf hakem-bilirkişilerinin kendilerinin, tarafın çıkarlarını düşünmelerinden kaynaklanan ve bu seviyenin ötesine de geçen, karşı tarafa zarar oluşturacak durumlarda, hakem-bilirkişinin tarafsızlığına ilişkin şüphe değil, gerçek tarafsız olmama durumu araştırılmalıdır¹³⁴⁸. Diğer yandan, tek hakem-bilirkişi ve üçüncü hakem-bilirkişi açısından, hakem-bilirkişinin tarafsız ve bağımsızlığına ilişkin ölçütler, doktrinde ve mahkeme kararlarında, taraf hakem-bilirkişilerden daha katı bir şekilde yorumlanmaktadır¹³⁴⁹. Nitekim bu hususta, Alman sigorta genel şartlarının bazılarında, hakem-bilirkişi seçilirken, hakem-bilirkişinin

¹³⁴⁵ Habscheid, FS Laufke, s. 314-315; Rauscher, s. 213-214; Eckert, s. 20; Meckenstcok, s. 19; Kornblum, s. 103; Schlosser, Schiedsgutachten, s. 4; Asmus, s. 61; Heinrich, s. 91; Wittmann'a göre, hakem-bilirkişilik sözleşmesi türleri arasında ayrım yapılmaksızın, bütün hakem-bilirkişilik sözleşmeleri bakımından, hakem-bilirkişi tarafsız ve bağımsız olması gerekir (Witmann, s. 135).

¹³⁴⁶ Asmus, s. 63.

¹³⁴⁷ Asmus, s. 63-64.

¹³⁴⁸ Heinrich, s. 92.

¹³⁴⁹ Heinrich, s. 93; Asmus, s. 65; Sieveking, s. 78-79; Rauscher, s. 215; Bachmann, s. 74.

tarafı ile iş ilişkisi, aile veya akrabalık ilişkisinin bulunmaması hususu, doğrudan özel olarak düzenlenmiştir¹³⁵⁰.

İsviçre hukukunda, hakem-bilirkişinin tarafsızlığı ve bağımsızlığı konusunda bir tartışma bulunmamaktadır. İsviçre Medenî Usûl Kanunu'nun 189. maddesinin üçüncü fıkrasının b ve c bentlerinde, hakem-bilirkişi raporunun bağlayıcı olmasının ön şartı olarak, hakem-bilirkişi hakkında ret sebeplerinin gerçekleşmemesi ve hakem-bilirkişi raporunun taraflı bir rapor düzenlememesi şeklinde düzenlemelerle, hakem-bilirkişinin tarafsız ve bağımsız olması gerektiği hususu düzenlenmektedir¹³⁵¹.

Hukukumuzda da hakem-bilirkişi tarafsız ve bağımsız olmak zorundadır¹³⁵². Hakem-bilirkişilik sözleşmesinin amacı, zararın tespitinin mahkemeye gidilmeksizin, objektif olarak belirlenmesini sağlamak olduğu göz önüne alındığında, hakem-bilirkişinin tarafsız ve bağımsız olmaması, amacın gerçekleşmesini engeller. Taraflar kendi hakem-bilirkişilerini seçse de hem taraf hakem-bilirkişisi hem de üçüncü hakem-bilirkişi, herkese karşı tarafsız davranmak zorunda olup bu taraflar arasında silahların eşitliğini sağlar. Taraf hakem-bilirkişisi, kendi atayan tarafın menfaatlerini koruması gerekir. Ancak, bu menfaat sağlamanın daha fazla şekilde, karşı tarafa zarar verici davranışlar, onun tarafsızlığını zedeler. Bu nedenle hakem-bilirkişinin sigorta şirketinin çalışanı olması veya hakem-bilirkişiye, taraflardan birinin ekstra ücret ödemeyi taahhüt etmesi, tarafsızlık ve bağımsızlığı ortadan kaldıran hâllerdendir¹³⁵³.

Günümüzde, her iki tarafın tacir olduğu, hakem-bilirkişilik sözleşmeleri bakımından, hakem-bilirkişinin tarafsız ve bağımsız kişilerden seçilmesine ilişkin istisna tanınmaktadır. Çünkü, tacirlerin, hızlıca hakem-bilirkişiden rapor alabilmeleri, onlar açısından ve yaptıkları işin devamı açısından büyük önem taşır. Bu nedenle tacirler, taraflarla iş ilişkileri olan kişileri, genel işlem koşulu şeklinde olmamak şartıyla, bireysel sözleşmede seçmeleri bakımından bir sakınca yoktur¹³⁵⁴. Bu şekilde, hakem-bilirkişilik ve hakem-bilirkişi sözleşmesi, tacirler arasında, genel işlem koşulu şeklinde düzenlenmeyip bireysel sözleşme olarak düzenlendiğinde, hakem-bilirkişinin

¹³⁵⁰ Rauscher, s. 215; Heinrich, s. 94-98.

¹³⁵¹ Bachmann, s. 74; Angstmann, s. 98; Brosi, s. 149-150.

¹³⁵² Kuru, Usûl Cilt III, s. 2907; Yeşilırmak, Hakem-Bilirkişilik, s. 703; Yeşilırmak, Öneri, s. 32; Cantaymaz, s. 97; Demirel, s. 31; Yıldırım, s. 206; Bu konudaki Yargıtay kararları için bkz. Dördüncü Bölüm, III, 3, a ve b.

¹³⁵³ Yıldırım, s. 206-207.

¹³⁵⁴ Stieglmeier, s. 94-95.

tarafsızlığından, tarafların çekişmeli vakıa hakkında uyuşmazlık ortaya çıktıktan sonra feragat edebilecekleri ifade edilmektedir. Ancak hakem-bilirkişi raporunun açıkça hakkaniyete aykırılık veya yanlışlık şeklinde sonuç denetiminden feragat edemeyeceklerdir. Bu durumda, taraflar açısından hakem-bilirkişinin, tarafsız ve bağımsızlığı seçilme açısından değil, hakem-bilirkişi raporu bakımından, tarafsız ve bağımsız bir rapor oluşturmaya talep edilir¹³⁵⁵. Özellikle inşaat sözleşmelerinde taraflar, inşaatı iş sahibiyle sözleşme ilişkisi içinde bulunan mühendisi, çekişmeli vakıa bakımından hakem-bilirkişi seçerek onun tarafsızlık ve bağımsızlığından feragat etmektedir. Ancak, hakem-bilirkişi raporunun sonuç denetiminden feragat etmeyip hakem-bilirkişi raporu bakımından, tarafsızlık ve bağımsızlık beklenmektedir. Tarafların, hakem-bilirkişinin tarafsız ve bağımsızlığının sağlanması adına, inşaatı yabancı olan bir mühendis seçmeleri durumunda, hakem-bilirkişi raporu daha geç bir sürede tamamlanacaktır. Ancak bu uzun süreç, inşaatı işlemlerin durmasına, sorunların büyümesine veya daha farklı sorunlara yol açmaktadır. Bu nedenle taraflar iş sahibiyle sözleşme ilişkisi bulunan mühendisi seçerek, o kişinin inşaatın en başından beri inşaatla ilgili sorunları bilmesinden kaynaklı, çok hızlı bir şekilde hakem-bilirkişi raporu alınmaktadır. Bu sayede, inşaatı sorunlar büyümeden hızlı bir şekilde çözüme kavuşturulmaktadır¹³⁵⁶.

2. Hakem-Bilirkişinin Reddi

Hakem-bilirkişinin reddi bakımından, hâkimin (HMK m. 34, 36), hakemin (HMK m.417) veya mahkeme bilirkişisinin reddinde (HMK m. 272) olduğu gibi, kanunen düzenlenen sebepler ve son aşamada mahkeme tarafından gerçekleştirilecek bir kararın (HMK m. 40, HMK m. 272/II, HMK m. 418/IV), hakem-bilirkişi bakımından olmaması, bu konuya olumlu veya olumsuz bakanlar arasında, Alman ve İsviçre hukuklarında eleştiri konusu olmuştur.

Alman hukukunda, maddî hukuk savunucuları tarafından ileri sürülen bir görüş, tarafların hakem-bilirkişiyi reddetme şeklinde bir hakkının olmasına gerek olmadığını ifade etmektedir. Çünkü taraflar hakem-bilirkişiyi istediği zaman görevden

¹³⁵⁵ Meyer, s. 70; Kendall, Freedman ve Farrell, s. 134; Stieglmeier, s. 94-95.

¹³⁵⁶ Meyer, s. 70-71; Kendall, Freedman ve Farrell, s. 134; Stieglmeier, s. 94-95.

alabileceklerinden bu konuda bir ret hakkının olmasına gerek yoktur. Ayrıca birden fazla hakem-bilirkişi olması durumunda, hakem-bilirkişilerin oy birliği şeklinde rapor yazmasının kural olması, yargılama yapmaması ve son olarak hakem-bilirkişi raporunun açıkça hakkaniyete aykırılık veya yanlışlık şeklinde, geniş bir maddî hukuk denetimine tâbi olması, bu görüşe gerekçe olarak gösterilmektedir. Taraflar hakem-bilirkişinin reddini sadece sözleşmeyle kararlaştırabilirler. Ayrıca bu görüşe göre, taraflar reddetme hakkını kullansa dâhi, bu konuda kanunî bir düzenleme olmadığından, hakem-bilirkişi kendi iradesiyle görevden çekilmediği sürece, mahkeme hakem-bilirkişinin reddi hakkında karar da veremez¹³⁵⁷.

Doktrinde usûl hukuku görüşü savunucuları tarafından ileri sürülen diğer bir görüş, hakem-bilirkişinin reddi hakkında, kanunî bir düzenlemenin olmaması, hakem-bilirkişinin reddine engel olmaması gerektiğini ifade etmektedir. Bu nedenle vakıa tespit faaliyetinde bulunan, dar anlamda hakem-bilirkişilik sözleşmeleri bakımından, tahkim hükümleri (ZPO § 1025) hakem-bilirkişi hakkında da kıyasen uygulanmalıdır. Bu kapsamda hem hakemin reddine ilişkin sebepler hem de son aşamada mahkemenin hakem-bilirkişinin reddine karar vermesi şeklindeki hükümler, hakem-bilirkişiye de kıyasen uygulanmalıdır¹³⁵⁸.

Rauscher, mahkeme tarafından bağlayıcı niteliği bulunmayan mahkeme bilirkişi raporu delilinde dâhi, bilirkişinin reddine ilişkin hükümler varken, mahkemeyi tespit ettiği vakıalar bakımından bağlayan hakem-bilirkişi raporunda, hakem-bilirkişinin reddinin düzenlenmemesini bir çelişki olarak nitelendirmektedir. Nitekim, adil yargılama yapan mahkeme, hakem-bilirkişi raporuyla bağlı olup hakem-bilirkişi raporunu, açıkça hakkaniyete aykırılık veya yanlışlık olmadığı sürece inceleyemeyecektir. Bu durumun hukuk devleti ilkesine aykırılık teşkil ettiğini ifade etmektedir¹³⁵⁹.

Alman Federal Mahkemesi, hakem-bilirkişinin reddine ilişkin, tahkim hükümlerinin kıyasen uygulanmasını reddetmiştir. Mahkeme, tarafların hakem-bilirkişiyi reddetme haklarının olmadığına, çünkü hakem-bilirkişinin bir yargılama faaliyetinde bulunmadığını, birden fazla hakem-bilirkişi olması durumunda kural

¹³⁵⁷ Buchdahl, s. 83; Eckert, s. 49; Kisch, Schiedsmann, s. 67; Bongartz, s. 37; Marsilius, s. 1015.

¹³⁵⁸ Habscheid, FS Laufke, s. 315; Rauscher, s. 237; Stein, Jonas ve Schlosser, s. 39, vor § 1025, Rn. 66; Schwab, Walter ve Baumbach, s. 14; Meyer, s. 153-154; Heinrich, s. 107.

¹³⁵⁹ Rauscher, s. 236; Habschied, FS Laufke, s. 305-306.

olarak oy birliği ilkesinin geçerli olduğunu ve hakem-bilirkişi raporunun, hakem kararından farklı olarak, açıkça hakkaniyete aykırılık ve yanlışlık şeklinde geniş bir maddî hukuk incelemesine tâbi olduğunu ifade etmiştir. Bu durumların, taraflara, yeterli koruma sağladığı ifade edilerek tarafların, hakem-bilirkişiyi reddi haklarının olmadığına karar vermiştir¹³⁶⁰. Bu karar, doktrinde eleştirilmiş ve Federal Mahkeme sonraki kararlarında bu tutumunu yumuşatmıştır. Mahkeme sonraki kararında, tarafların hakem-bilirkişinin reddini, sözleşmeleriyle kararlaştırmış olması hâlinde yapabileceklerini ancak son aşamada mahkemelerin kanunî bir hüküm olmadığından, hakem-bilirkişinin reddine ilişkin bir karar veremeyeceğine hükmetmiştir¹³⁶¹. Alman Federal Mahkemesi son kararlarında, tek bir hakem-bilirkişi olması durumunda, böyle bir hakem-bilirkişiyi ret hakkı sözleşmede düzenlenmese dâhi, zımnen kabul edilmesi gerektiğine karar vermiştir¹³⁶². Doktrinde hakem-bilirkişinin reddi sebepleri bakımından, hâkim, hakem veya mahkeme bilirkişi hakkında uygulanan ret sebeplerinin, aynı şekilde, hakem-bilirkişi açısından da uygulanması gerektiği savunulmaktadır¹³⁶³.

Doktrinde, hakem-bilirkişinin reddi bakımından objektif olarak oluşabilecek vakıa grupları üçe ayrılmıştır. Bunlardan ilki, hakem-bilirkişinin, hakem-bilirkişi raporunun sonucunda, kendisinin ekonomik bir menfaat sağladığı durum olup buna örnek olarak, hakem-bilirkişinin hakem-bilirkişi raporunda, belirlenen miktarın belli bir yüzdesini ücret olarak aldığı durum verilmiştir. İkinci durum, hakem-bilirkişinin bir tarafla kişisel veya ekonomik ilişkisinin bulunduğu veya hakem-bilirkişinin bir tarafa bağımlı olduğu durumlardır. Bu durumlara örnek olarak, hakem-bilirkişinin sürekli aynı sigorta şirketiyle çalışması, akrabalık ilişkilerinin bulunması, hakem-bilirkişinin onun temsilcisi olması veya şirketin talepte bulunduğu bir durumda, hakem-bilirkişinin şirketin yönetim kurulu üyesi olmasıdır. Son olarak, hakem-bilirkişinin keyfî olarak, bir taraf lehine veya aleyhine hakem-bilirkişi raporu düzenlemesi veya süreçte sadece bir tarafı dinlemesi örnek olarak verilmiştir¹³⁶⁴. Bu durumlar, hakem-bilirkişinin reddi için somut ve objektif gerekçelerdir. Taraflardan

¹³⁶⁰ BGH vom 31.01. 1957, VersR 1957, 122; RGZ 152, 201, 204 ff (Sieveking, s. 80, dn. 348).

¹³⁶¹ BGH vom 28. 02. 1972, NJW 1972, 827 (Sieveking, s. 94, dn. 456).

¹³⁶² BGH vom 21.09.1983, NJW 1984, 43, 44; BGH vom 03.11.1995, NJW 1996, 452,454 (Sieveking, s. 93, dn. 453).

¹³⁶³ Rauscher, s. 237; Heinrich, s. 109.

¹³⁶⁴ Meyer, s. 63-65.

birinin, hakem-bilirkişinin tarafsızlığından ciddi şüphe duyması durumunda, hakem-bilirkişinin reddine ilişkin bildirimini hem karşı tarafa hem de hakem-bilirkişiye bildirmesi gerekir. Hakem-bilirkişinin reddi açısından taraflar, ret sebebini öğrendikleri an bu bildirimini derhâl yapmaları gerekmektedir. Aksi durum hakkın kötüye kullanılmasına sebebiyet verdiği ifade edilmektedir. Tarafların hakem-bilirkişilik sürecinde öğrendiği ret sebebini, süreç sırasında ileri sürmeyip bunu hakem-bilirkişi raporu iptali davasında ileri sürmeleri, hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirilmekte, bu nedenle tarafın, hakem-bilirkişi reddetme hakkından zımnen feragat ettiği kabul edilmektedir¹³⁶⁵. Hakem-bilirkişi, bu reddetme bildirimine rağmen, bildirimdeki iddiaları ciddi bulmaz veya çekilmezse, taraflar hakem-bilirkişinin reddi hakkında, kanunî bir düzenleme olmamasından kaynaklı mahkemede bir karar alamayacaklardır. Bu durum onları başka alternatif imkânlar şeklinde, sorunun çözümünü maddî hukukta aramaya yöneltmiştir. Hakem-bilirkişi bu bildirimine rağmen, bildirimdeki iddiaları ciddi bulmaz veya çekilmezse, uygulamada taraflar, hakem-bilirkişinin tarafsızlığına ilişkin ciddi şüphe duymaları sebebiyle hakem-bilirkişi sözleşmesini beraber haklı sebeple feshetmektedirler (BGB § 626)¹³⁶⁶. Nitekim bu fiili durum, Alman Federal Mahkemesi de kabul etmekte ve tarafların, hakem-bilirkişinin tarafsızlığından ciddi şüphe duyması durumunda, hakem-bilirkişi sözleşmesini haklı sebep olarak, olağanüstü olarak feshedebileceklerine (BGB § 626) karar vermiştir¹³⁶⁷. Hakem-bilirkişilik sözleşmesinin, her iki tarafının birlikte bu sözleşmeyi feshetmesi yerine, doktrinde sözleşmenin tek tarafının da haklı sebeple, bu sözleşmeyi feshetmesinin mümkün ve gerekli olduğu savunulmaktadır. Nitekim ekonomik olarak güçlü olan sigorta şirketinin himayesinden, sigorta ettirenin kurtulmasının, ancak bu şekilde sağlanabileceği ifade edilmektedir¹³⁶⁸. Ancak hakem-bilirkişi sözleşmesinin feshedilmesi, hakem-bilirkişilik hakkındaki, sorunları çözmek yerine, daha büyük sorunlar yaratmaktadır. Tarafların hakem-bilirkişi sözleşmesinin feshi sonucunda, hakem-bilirkişi ücretinin ödenip ödenmeyeceği, feshin haklı sebebe dayanıp dayanmadığı ve buna bağlı olarak hakem-bilirkişiye, tazminat ödenip ödenmeyeceği şeklinde, birçok ana soruna yol açmaktadır. Bu sorunların hepsi bir

¹³⁶⁵ Heinrich, s. 110; Rauscher, s. 241; Meyer, s. 155-156.

¹³⁶⁶ Meyer, s. 69, 155; Sieveking, s. 92.

¹³⁶⁷ BGH vom 05.12.1979, DB 1980, 967, 698; BGH vom 09.07.1981, BGHZ 02.04.1990, BB 1990, 1310 (Sieveking, s. 92, dn. 444).

¹³⁶⁸ Meyer, s. 148-150.

hukukî sorun olduğundan, yargılamanın konusunu oluşturmakta ve yargılamaya daha fazla iş yükü meydana getirmektedir¹³⁶⁹. Bu nedenle doktrinde, hakem-bilirkişi sözleşmesinin feshi veya hakem-bilirkişi raporunun sonucunun beklenerek, hakem-bilirkişi raporunun iptal edilmesi yerine, ara çözüm olarak, hakem-bilirkişinin reddi kurumunun, kanuni düzenlemeyle getirilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Bu şekilde taraflara ispat kolaylığı sağlanması ve tarafların hakem-bilirkişi raporunun sonucunu beklemek zorunda bırakılmaması gerektiği savunulmaktadır¹³⁷⁰.

İsviçre hukukunda da hakem-bilirkişinin reddi şeklinde, kanunen bir düzenleme olmadığı, doktrinde eleştirilmiştir. Doktrinde bir görüş, hakem-bilirkişinin reddinin düzenlenmemesini, hakem-bilirkişiliğin resmî bir kurum değil, onun yerine özel bir prosedür olduğu ifade edilerek sakınca görmemiştir. Tarafların sözleşmeyle bunu serbestçe kararlaştırabileceği, ancak mahkemelerin hakem-bilirkişinin reddi konusunda, kanunî bir düzenleme olmadığı için son aşamada karar veremeyeceği ifade edilmektedir¹³⁷¹.

Doktrinde diğer bir görüş, kanun koyucunun böyle bir düzenleme öngörerek tarafların rastgele sebeplerle, hakem-bilirkişinin reddini önlemesi ve bunu mahkeme kontrolüne dayalı olarak iptal sebebi öngörmemesi şeklinde bir bakış açısının kabul edilemeyecek bir yaklaşım olduğunu ifade etmiştir. Çünkü tarafsızlık şüphesi nedeniyle, hakem-bilirkişinin reddi, sadece tarafları açıkça yanlış bir rapordan korumakla ilgili değildir. Daha çok açıkça yanlış olabilecek bir rapor verilmesini en baştan engellemeye yönelik olup bu şekilde en başta taraflı ve objektif olmayan bir hakem-bilirkişilik süreci engellenir. Bu nedenle tahkime ilişkin hükümlerin uygulanarak, son aşamada da mahkeme karar vererek, hakem-bilirkişilik reddinde son karara ulaşılması, hakem-bilirkişilik prosedürü açısından büyük önem taşır¹³⁷². Uygulamada, bu konuda kanunî düzenleme olmadığı için tarafların, hakem-bilirkişinin tarafsızlığına ilişkin ciddi şüphe duymaları durumunda, derhâl karşı tarafa ve hakem-bilirkişiye bildirmeleri gerektiği ifade edilmektedir. Hakem-bilirkişi hakkında ret nedenleri bakımından, mahkeme personeli olan hâkim ve mahkeme bilirkişisine

¹³⁶⁹ Schlosser, Schiedsgutachten, s. 11.

¹³⁷⁰ Meyer, s. 154; Schlosser, Schiedsgutachten, s. 11; Rauscher, s. 239-240.

¹³⁷¹ Angstmann, s. 100.

¹³⁷² Bachmann, s. 80; Bu konuda düzenleme olmasa da taraflar, menfi tespit davası açarak, (SchZPO Art. 88) aynı düzenleme varmış gibi, mahkemeden hakem-bilirkişinin tarafsız olmadığına ilişkin karar alabilirler (Brosi, s. 218).

uygulan ret nedenlerinin veya hakeme ilişkin ret sebeplerinin uygulanması gerektiği ifade edilmektedir¹³⁷³. Bu nedenle ilgili tarafın bakış açısından, makul bir kişinin gözünde dâhi, hakem-bilirkişinin tarafsızlık ve bağımsızlığına ilişkin ciddi şüphe şeklinde yeterli nesnel bir neden varsa, hakem-bilirkişinin tarafsız ve bağımsız olmadığı kabul edilmelidir¹³⁷⁴. İsviçre Medenî Usûl Kanunu'nun gerekçesinde de hakem-bilirkişilik prosedürünün, hukuk devleti ilkelerine uygun olması gerektiği ifade edilmiş ve bu kanuna yansıtılmıştır. Kanun'un 189. maddesinin üçüncü fıkrasının b bendinde, hakem-bilirkişinin reddedilmemiş olması ve c bendinde, hakem-bilirkişi raporunun bir tarafa imtiyaz şeklinde düzenlenmemiş olmasını, hakem-bilirkişi raporunun mahkemeyi bağlayıcı olabilmesinin ön şartı olarak düzenlemiştir. Taraflar bu durumları, hakem-bilirkişi raporunun iptaline ilişkin ana davada ileri sürerek, hakem-bilirkişi raporunun bağlayıcı olmamasını sağlayabilirler¹³⁷⁵. Ancak uygulamada taraflar, hakem-bilirkişi raporunun sonucunu beklemek yerine, Alman hukukundaki gibi, hakem-bilirkişi hakkında, ciddi tarafsızlık şüphesi durumunda, hakem-bilirkişi sözleşmesini haklı sebeple feshetmektedirler¹³⁷⁶.

Hukukumuzda da hakem-bilirkişinin reddi, kanunda düzenlenmiş değildir. Sigorta genel şartlarında, hakem-bilirkişinin sadece uzmanlık yoksunluğu sebebiyle, tarafların itiraz edebileceği düzenlenmiştir. Sigorta genel şartlarında, tarafların, hakem-bilirkişinin uzmanlık yoksunluğuna ilişkin sebepleri, itiraz durumunu öğrenmesinden itibaren yedi gün içinde yapabileceği, aksi durumda itiraz hakkının düşeceği düzenlenmiştir¹³⁷⁷. Ancak doktrin, hakem-bilirkişiye yedi gün içinde itiraz edilmemiş olmasını, onun artık hiçbir şekilde görevden alınamayacağı şeklindeki düzenlemenin çok ağır olduğunu ifade etmektedir. Bu durumun, sadece hakem-bilirkişinin uzmanlığına yönelik sebeple sınırlı olmaması, ayrıca hakem-bilirkişinin tarafsızlık ve bağımsızlığını engelleyen bir durum olması durumunda da taraflara itiraz etme hakkının tanınması gerektiği ifade edilmektedir. Bu noktada kanunî bir hüküm olmaması sebebiyle, tahkim hükümlerinin kıyasen hakem-bilirkişilere de uygulanması

¹³⁷³ Bachmann, s. 80; Angstmann, s. 99; Brosi, s. 212.

¹³⁷⁴ Angstmann, s. 99, Rn. 200-201.

¹³⁷⁵ Angstmann, s. 143; Brosi, s. 214.

¹³⁷⁶ Angstmann, s. 102; Brosi, s. 208-209.

¹³⁷⁷ Bkz. İnşaat SGŞ Bütün Riskler B.2. maddesi d fıkrası; Montaj SGŞ 14. madde d fıkrası; Yangın SGŞ B.4. maddesi; Hırsızlık SGŞ B.3; Elektronik Cihaz SGŞ madde 12 d fıkrası; Makine Kırılması SGŞ madde 13 d fıkraları örnek olarak verilebilir.

gerektiği, hukukumuzda da savunulmaktadır¹³⁷⁸. Ayrıca taraflar, hakem-bilirkişinin bağımsız ve tarafsız olmadığından, ciddi şüphe duyması durumunda, hakem-bilirkişiyi istifaya davet edebileceği gibi, hakem-bilirkişinin düzenlediği raporun iptalini de sağlayabilirler¹³⁷⁹.

V. HAKEM-BİLİRKİŞİNİN HUKUKÎ DURUMU

Hakem-bilirkişinin hukukî durumu hakkında, onun kısmî veya tam bir yargılama faaliyetinde bulunup bulunmadığı, hâkim yardımcısı veya kendine özgü bir görevinin olup olmadığı doktrinde tartışmalı olup aşağıda incelemeye çalışacağız.

A. Kısmî Hakem veya Hâkim Görüşü

Hakem-bilirkişinin bir kısmî veya tam yargılama faaliyetinde bulunduğu, bu nedenle kısmî hâkim veya hakem olduğu şeklindeki görüşler, Kıta Avrupası Hukuk sisteminde ve Anglo-Sakson Hukuk sisteminde de tartışılan hususlar olup aşağıda incelenmeye çalışılacaktır.

Habscheid, hakem-bilirkişinin vakıa tespit faaliyetinde bulunduğu dar anlamda hakem-bilirkişilik sözleşmeleri bakımından, hakem-bilirkişilik ve tahkim kurumlarının paralel olduğunu, bu iki kurumun genel anlamda, tahkim kompleksi (Schiedswesen) şeklinde, üst şemsiye olarak ele almış ve dar anlamda hakem-bilirkişilik sözleşmelerini, onun bir türü olarak nitelendirmiştir¹³⁸⁰. Dar anlamda vakıa tespit faaliyeti gösteren hakem-bilirkişilik sözleşmelerinde, hakem-bilirkişinin, hukukî uyuşmazlığın tamamına ilişkin rapor yazmasa da hukukî uyuşmazlık için önemli vakıayı tespit faaliyetinde bulunduğunu ifade etmektedir. Bu durum, hakem-bilirkişiyi, hâkim veya hakem gibi bir altlama faaliyetinde bulunarak, uyuşmazlık konusu olaydaki, bazı unsurların uygun olup olmadığı, ya da kusuru, nedensellik bağını veya zararın miktarını tespit ederek sonuçlarına ulaşmasını sağlamaktadır. Hakem-bilirkişinin bu faaliyetleri, onu kısmî hakem veya hakîm durumuna getirmekte olup hakem-bilirkişiyi, küçük hakem (kleiner schiedsrichter) olarak

¹³⁷⁸ Yıldırım, s. 204; Yeşilirmak, Öneri, s. 44; Cantaymaz, s. 86.

¹³⁷⁹ Yeşilirmak, Hakem-Bilirkişilik, s. 715-716.

¹³⁸⁰ Habscheid, KTS 1970/2, s. 145-146; Habscheid, KTS 1957/9, s. 135.

nitelendirmektedir¹³⁸¹. Hakem-bilirkişilik sözleşmesinin, delileri sınırlandırıcı menfi ve tarafları ve mahkemeyi bağlayıcı müspet şeklinde iki etkisinin olduğunu ve bu etkilerin her ikisinin de usûl hukuku alanında etki doğurduğunu ifade etmektedir. Bu nedenle, hakem-bilirkişiyi, kısmî hakem veya hâkim olarak nitelendirerek kısmî yargılama faaliyetinde bulunduğunu savunmaktadır. Ancak, hakem-bilirkişi raporu, kesin hüküm ve doğrudan icra edilebilme özelliğine sahip olmadığından, tahkim kurumundan da ayrılacaktır. Hakem-bilirkişi, kısmî yargılama faaliyetinde bulunarak adil yargılanma ilkelerine uymak zorunda olduğundan, BGB § 317-319 hükümlerinin değil, tahkime ilişkin hükümler kıyasen uygulanarak, medenî usûl hukukunun temel ilkelerinin uygulanması sağlanmalıdır. Ancak diğer yandan, hakem-bilirkişiliğin, tahkim sözleşmelerinden ayırt edilmesini de sağlamak amaçlı hakem-bilirkişi raporunun, hakem kararından farklı olarak, maddî hukuk denetimi olan ayrıca açıkça yanlışlık denetiminin de uygulanması gerektiğini savunmaktadır¹³⁸².

Sieg, devlet mahkemesi yerine hareket eden her kurumun, ister hukukî uyuşmazlığın tamamını isterse de hukukî uyuşmazlığın bir unsurunu yerine getirsin, kendi adına bir yargılama faaliyetinde bulunduğunu ifade etmektedir¹³⁸³. Hakem-bilirkişinin vakıa tespit faaliyetinde bulunduğu dar anlamda hakem-bilirkişilik sözleşmeleri bakımından, kaza veya makine sigortalarında, uygun nedensellik bağına araştırması ve bunu yasal terimler altında sınıflandırması gerekir. Özellikle sigorta hukuku alanında, hakemin hukukî konularda, hakem-bilirkişinin maddî vakıalarda faaliyette bulunması şeklinde genel bir kabul vardır¹³⁸⁴. Bu konuda Alman Federal Mahkemesi de vakıa ve hukuk sorununun bulanık olduğunu kabul etmiş, ancak herhangi bir çekince görmeyerek, hakem-bilirkişinin vakıaları hukuken sınıflandırma yetkisini de kabul etmiştir¹³⁸⁵. Hakem-bilirkişilerin uzman yetenekleri ve hukukî sınıflandırma da yapabilmesi de göz önüne alındığında, hakem-bilirkişinin, uzman bir hâkim (Sachverständige Richter) olarak nitelendirilmesi gerekir. Hakem-bilirkişi bu yönüyle ticaret, iş, marka davalarındaki, özel uzmanlığa sahip hâkimlere benzetilebilir. Nitekim bu mahkemelerdeki hâkimler de özel uzmanlığa sahiptir. Ancak bu

¹³⁸¹ Habscheid, FS Lehmann, s. 808; Habscheid, FS Laufke, s. 314.

¹³⁸² Habscheids, FS Lehmann, s. 810-811; Habscheid, FS Laufke, s. 318-319.

¹³⁸³ Karl Sieg, "Die Festelenden Schiedsgutachter im Privatsicherungsrecht", **Versicherungsrecht (VersR) Zeitschrift**, Heft 25, 1965, s. 630.

¹³⁸⁴ Sieg, s. 630-631.

¹³⁸⁵ BGH NJW 55, 665, BB 55, 296 (Sieg, s. 630, dn. 6).

özelliklerine rağmen, hâkim olma unvanları reddedilmeyip onlar bilirkişi olarak nitelendirilemez. Bu mahkemeleri, diğer mahkemelerdeki hâkimlerden ayıran özellik, hâkimlerin uzmanlık yeteneğine sahip olması ve bu nedenle davalarda, bilirkişi deliline genelde daha az ihtiyaç duyulmasıdır. Hakem-bilirkişinin özellikle uygun nedensellik bağıını reddetmesi gibi, menfi vakıa tespitlerinde bulunması durumunda, bu durum, talep hakkında iddia unsurunun da reddedilmesi sonucunu doğurmaktadır. Mahkeme hakem-bilirkişi raporuyla bağlı olduğundan, mahkemenin bu durumda nasıl bir karar verebileceği, bir hukukî sorun olup hakem-bilirkişiyi doğrudan iddia hakkında karar veren hâkim veya hakeme yaklaştırmaktadır¹³⁸⁶. Ancak hakem ve hakem-bilirkişi, her ikisi de özel hukuka dayalı bir sözleşme olan hakem ve hakem-bilirkişi sözleşmesiyle taraflarca yetkilendirildiğinden, hakem-bilirkişi, hakeme daha yakındır. Hakem-bilirkişi yetki ve gücünü özel hukuk sözleşmesi olan hakem-bilirkişi sözleşmesinden almakta olup bu yönüyle hakeme daha yakın bir fonksiyon göstermektedir. Bu nedenle, yazara göre, tahkime ilişkin hükümler, hakem-bilirkişilik bakımından da kıyasen uygulanarak, hakem-bilirkişiler de adil yargılanma ilkelerine uygun davranmak zorundadır¹³⁸⁷.

Hakem-bilirkişinin kısmî hakem olduğu görüşü, sadece Kıta Avrupası Hukuk sisteminde değil, aynı zamanda Anglo-Sakson Hukuk sisteminde de savunulmaktadır. İngiliz hukukunda, hakem-bilirkişinin daha önceki zamanlarda görevi, sadece sözleşmeye ilişkin teknik sorunlar hakkında bağlayıcı tespitlerde bulunmaktı. Bu şekilde hukukî sorun şeklinde, sözleşmeyi yorumlamamakta veya hukuku uygulamamaktaydı. Ancak, hakem-bilirkişinin görevinin kapsamı daha sonra genişletildi ve sözleşmeye ilişkin sorunlardan ziyade, hakem-bilirkişi sözleşmeyle ilgili iddialar hakkında da bağlayıcı tespitlerde bulunmaya başladı. Bu nedenle doktrinde, hakem-bilirkişiye yarı hakem manasına gelen “*quasi adjudicator*”, “*quasi arbitral status*”¹³⁸⁸, “*quasi arbitrators*” gibi ifadeler kullanılmaktadır¹³⁸⁹. Aynı şekilde İsviçre hukukunda da doktrinde hakem-bilirkişi, yarı hakem veya hâkim manasına gelen (Quasi Richterlicher Art) veya vakıa hâkimi (Tatsachenrichter) şeklinde nitelendirilerek, kısmi yargılama faaliyetinde bulunduğu ifade edilmektedir¹³⁹⁰.

¹³⁸⁶ Sieg, s. 630.

¹³⁸⁷ Sieg, s. 633-634.

¹³⁸⁸ Pappa v Rose 1872 L. R. 7 C.P. 525 (Kendall, Freedman ve Farrell, s. 251).

¹³⁸⁹ Kendall, Freedman ve Farrell, s. 256-258; Kajkowska, s. 55.

¹³⁹⁰ Brunner, Gasser, Schwander ve Müller, § 189, s. 1540-1544.

B. Hâkim Yardımcısı Görüşü

Hakem-bilirkişinin tam veya kısmî yargılama faaliyetinde bulunmadığı, ancak hakem-bilirkişinin tarafları ve mahkemeyi bağlayıcı tespitleriyle mahkemeye yardımcı nitelikte hâkim yardımcısı olduğu görüşü doktrinde tartışmalı olup aşağıda incelenmeye çalışılacaktır.

Marsilius, hakem-bilirkişi, bir yargılama faaliyetinde bulunmamakta olup hakem-bilirkişi hukukî ilişkisinin bir unsuru veya vakıa hakkında tespitlerde bulunduğunu ifade etmektedir. Bu nedenle hakem-bilirkişi, hiçbir şekilde hukukî uyuşmazlık ve ona ilişkin hukukî sonuç hakkında tespitlerde bulunmaz. Mahkemenin veya hakemin hukukî sonuçlara ilişkin kararlar vermesini, hakem-bilirkişi uzman olmasıyla hızlandırmakta olup her zaman bir talep üzerindeki hukukî sonuç üzerinde karar verme yetkisi, hakem veya hâkimdedir. Hakemin görevi, hukukî uyuşmazlıkları yetkili olan mahkeme yerine, karara bağlamak şeklinde, bir vakıanın hukukî sonuçlarını hükümle belirlemektir. Ancak, hakem-bilirkişinin görevi sadece, hukukî uyuşmazlıkla ilgili bir unsuru veya vakıayı tespit etmektir. Bu nedenle, hakem-bilirkişi, bir yargılama faaliyeti yapmamakta olup bir hâkim değil, sadece bir uzman olarak, hâkim yardımcısı¹³⁹¹ (Hilfperson des Richters) konumundadır¹³⁹². Bu görüşe göre, hakem-bilirkişi, bir yargılama faaliyetinde bulunmadığından adil yargılanma ilkeleri, taraflar istemediği sürece, hakem-bilirkişiliğe uygulanamaz. Bu nedenle, hakem-bilirkişi raporu, sadece açıkça hakkaniyete aykırılık veya yanlışlık kontrolüne tâbi olacak şekilde, sonuç kontrolü olarak denetlenebilir¹³⁹³. Alman İmparatorluk Mahkemesi kararında, hakem-bilirkişinin, hâkimin delilleri serbestçe değerlendirdiği mahkeme bilirkişisi gibi, bir hâkim yardımcısı olmadığına karar vermiştir. Hâkimin, sadece hakem-bilirkişi raporunun açıkça yanlış olması durumunda, hakem-bilirkişi raporunu inceleyebileceği ve bu durumda da tarafların raporun açıkça yanlış olduğuna ilişkin ispat yükü altında olduğunu belirtmiştir. Dolayısıyla hâkim hakem-bilirkişi

¹³⁹¹ Hakem-bilirkişiler, tahkimde görev yapan hakemlerden farklıdır. Hakem-bilirkişiler, bir uyuşmazlığı doğrudan çözmeyen, aksine uyuşmazlığın mahkeme veya tahkim yargılamasında hakemler önünde çözümüne yardımcı olan kişilerdir (Pekcanitez, Atalay ve Özkes, Usûl Ders Kitabı, s. 619); Pekcanitez, Atalay ve Özkes, Usûl Hukuku, s. 1072.

¹³⁹² Marsilius, s. 1015.

¹³⁹³ Marsilius, s. 1016.

raporuyla bağılı olacağından, hakem-bilirkişi hâkimin yardımcısı niteliğinde değildir¹³⁹⁴.

C. Kendine Özgü (Sui Generis) Görüşü

Hakem-bilirkişinin yargılama faaliyetinde bulunduğu veya onun bir hâkim yardımcısı olduğu görüşler doktrinde eleştirilmiş, bu durum doktrinde hakem-bilirkişinin kendine özgü (sui generis) bir niteliğinin olduğu görüşünün ortaya çıkmasına sebebiyet vermiştir.

Angstmann, hakem-bilirkişi, hakem ve hâkimin faaliyetleri açısından, taraflar arasında hakem-bilirkişilik sözleşmesi olmasaydı, bu hususlarda, mahkemenin karar vereceği şeklinde, sadece bu bakış açısıyla, hakem-bilirkişinin yargılama faaliyetinde bulunduğunu ifade etmenin yanlış olduğunu ifade etmektedir. Hakem-bilirkişinin adli bir görevi yerine getirip getirmediği bakımından, sadece hakem-bilirkişi raporunun mahkemeyi bağlayıcı özelliği dikkate alınmamalıdır. Çünkü hem maddî hem de usûl hukukunda, birtakım kanunî düzenlemelerle, yapılan faaliyet bakımından mahkemeyi bağlayıcı bir düzenleme getirebilir. Bu durum, faaliyette bulunanın bir yargılama faaliyetinde bulunduğu anlamına gelmez. Bu nedenle, dikkate alınması gereken kriter, bu sorumluluğun, devlet tarafından verilen yetki ve sorumluluğa, diğer bir ifadeyle yargı yetkisine dayanıp dayanmadığına göre değerlendirmek gerekir. Hakem-bilirkişinin bir yargılama yetkisi olmayıp tarafları çekişmeli vakıalar bakımından bağlayıcı bir tespitte bulunarak, bu yönüyle tarafları ihtilaftan kurtarıcı, özel hukuka dayalı bir mekanizma sağlamaktadır. Bu nedenle hakem-bilirkişinin faaliyetleri, taraflara bağılı olup, bu faaliyet hâkime atfedilemez¹³⁹⁵. Ayrıca, mahkeme veya tahkimde, sadece vakıa tespitine ilişkin, bir dava açılmaz. Taraflar mahkemeden bir tespit kararı alabilir; ancak bu tespit kararı, bir hakkın veya hukukî ilişkinin varlığı ya da yokluğuna ilişkin olabilir. Ancak maddî vakıalar, tek başlarına tespit davasının konusunu oluşturamaz (SchZPO Art. 88, HMK m. 106/III)¹³⁹⁶.

Hakem-bilirkişinin yapmış olduğu faaliyet bir çekişmeli vakıa tespitine yönelik ve genelde dava açılmadan önce yapıldığı için esas tartışılması gereken, hâkim

¹³⁹⁴ RGZ, 96, 57, s. 62.

¹³⁹⁵ Angstmann, s. 34-35.

¹³⁹⁶ Angstmann, s. 35.

tarafından gerçekleştirilen, delil tespitiyle aralarındaki ilişki ve farklılıklardadır. Ancak delil tespiti istenebilmesi için delilin hemen tespit edilmesi hâlinde kaybolacağı veya ileri sürülmesinin önemli ölçüde zorlaşacağı şeklinde, bir hukukî yararın varlığı aranmaktadır. Nitekim delil tespitinde amaç, tespiti sağlanan delillerin mahkemede kullanılmasıdır. Bu şekilde, delil tespiti genelde dava öncesi, davayı önlemeyi amaçlasa dâhi, delil tespitiyle, hakem-bilirkişi raporunda olduğu gibi, vakıaların bağlayıcı şekilde tespiti gerçekleşmez. Delil tespiti sadece, delilin kabulü ile sınırlıdır. Delil tespitinde, hakem-bilirkişi raporundaki gibi, vakıaları bağlayıcı şekilde tespit yapılmamakta, değerlendirme veya buna ilişkin bir rapor şeklinde karar da alınmamaktadır. Ayrıca delil tespiti, ana davada, yeni meydana gelen delillerin toplanmasını da dışlamayacaktır¹³⁹⁷. Bu nedenle, hakem-bilirkişi, hiçbir şekilde herhangi bir yargılama faaliyetinde bulunmamaktadır. Dolayısıyla hakem-bilirkişilik faaliyeti bakımından, adil yargılanma ilkelerinin uygulanmasına ve bu şekilde tahkim hükümlerinin kıyasen uygulanmasına da gerek yoktur. Bu kapsamda sadece tarafların hakem-bilirkişilik ve hakem-bilirkişi sözleşmesinde koymuş olduğu usûl kurallarına ve kanun koyucunun düzenlemiş olduğu hakem-bilirkişi raporunun bağlayıcılığı için ön şartlara (SchZPO Art. 189/II-b-c) riayet edilmesi yeterlidir. Sonuç olarak, hakem-bilirkişinin yapmış olduğu sadece çekişmeli vakıa tespiti faaliyeti bakımından, mahkemede veya tahkimde, sadece münferit vakıa hakkında dava açılamaz. Ne tespit davası ne de delil tespiti hakem-bilirkişi raporuyla karşılaştırılmaz. Hakem-bilirkişinin yapmış olduğu, taraflar arasındaki çekişmeli vakıaya ilişkin tespit, içerik olarak kendine özgü bir işleve sahiptir¹³⁹⁸.

D. Değerlendirme ve Görüşümüz

Taraflar arasında hakem-bilirkişilik sözleşmesi yapılmasaydı, taraflar arasındaki çekişmeli vakıa tespitinin ve bu tespite dayalı hüküm sonucu hâkim veya hakem tarafından yapılması sonucunu doğuracaktı. Ancak hakem-bilirkişinin, hâkimin yapmak zorunda olduğu vakıa tespit işlemini yapması esas alınarak, hakem-bilirkişinin kısmî bir yargılama faaliyetinde bulunduğunu ifade edemeyiz. Bu nedenle,

¹³⁹⁷ Angstmann, s. 36.

¹³⁹⁸ Angstmann, s. 37, Rn. 69.

hakem-bilirkişiyi, kısmî hakem, hâkim veya uzman hâkim olarak nitelendirmemek gerekir. Yapılan faaliyeti, bir yargılama faaliyeti olarak nitelendirebilmemiz için öncelikle faaliyeti yürüten organın, “mahkeme” olarak kanunen nitelendirilmesi gerekmektedir¹³⁹⁹. Ancak hakem-bilirkişi, kanunen mahkeme olarak nitelendirilen bir kurum değildir.

Hakem-bilirkişinin tek bir görevi bulunmakta olup bu görev taraflar arasındaki çekişmeli vakıanın tespittir. Hakem-bilirkişi de mahkemede açılan tespit davası (HMK m. 106/I, ZPO § 256, SchZPO § 88) gibi, bir tespit faaliyetinde bulunur, ancak bu faaliyet hukukî ilişki hakkında değil, hukukî ilişkinin bir unsuru veya maddî vakıa hakkında olduğundan, bir tespit davası şeklinde nitelendirilemez¹⁴⁰⁰. Nitekim, maddî vakıalar tek başlarına tespit davasının konusunu oluşturamaz (HMK m. 106/III). Tarafın sadece çekişmeli vakıanın tespiti için mahkemede dava açması durumunda, dava şartı olan hukukî yarar eksikliğinden (HMK m. 114/I-h), davanın usûlden reddine karar verilecektir (HMK m. 115/II)¹⁴⁰¹. Taraflar arasındaki çekişmeli maddî vakıalar, davanın konusunu değil, ispat (HMK m. 187/I) ve ispat aracı olan delillerin konusunu oluşturabilir. Taraflar, delillerin vaktinden önce toplanıp güvence altına alınmasını sağlamak amacıyla, mahkemeden delil tespiti (HMK m. 400) talebinde bulunabilirler. Ancak tarafların delil tespiti talebinde bulunabilmesi için, delilin hemen tespit edilememesi hâlinde kaybolacağı veya ileri sürülmesinin önemli ölçüde zorlaşacağı ihtimalî şeklinde hukukî yararının bulunması gerekir (HMK m. 400/II). Delil tespiti hakkında, mahkeme karar verse de delil tespiti ve tespit davası birbirinden farklılık arz etmektedir. Delil tespitinin konusunu, maddî vakıalar ve deliller oluşturduğu hâlde, tespit davasının konusunu hukukî ilişkiler oluşturmaktadır. Bu nedenle delil tespiti, bir

¹³⁹⁹ Doktrinde yargı kavramı şekli ve maddî anlamda yargı şeklinde ikiye ayrılmaktadır. Şekli anlamda yargı, mahkemelerin yaptıkları ve kanunla verilen tüm işleri kapsamaktadır. Dolayısıyla mahkemelerin kuruluşu, faaliyetleri, hâkimlerin tayin ve terfileri ile tüm özlük işleri şekli anlamda yargının içindedir. Maddî anlamda yargı, sadece hâkimlere bırakılmış olan, başka hiçbir kimseye devredilemeyen fonksiyonu ifade eder ve bu yetki hâkimden alınamaz. Maddî anlamda yargı, tarafsız bir mahkeme ve hâkim tarafından, yargılama faaliyeti sonunda, haklı taraf lehine verilen karardır (hükümdür). (Pekcanitez, Atalay ve Özkes, Usûl Ders Kitabı, s. 25); Pekcanitez, Atalay ve Özkes, Usûl Hukuku, s. 89.

¹⁴⁰⁰ Habscheid, FS Lehmann, s. 807.

¹⁴⁰¹ “Temyize konu olayda, taraflar arasındaki tazminat davası sonunda verilen kararın, davacılar vekiline tebliğine ilişkin belgenin sahte olduğu ve bu nedenle tebligatın hükümsüz bulunduğu ileri sürülmekte ve bu hususun tespiti istenmektedir. Bu isteğin niteliği, nitelikçe, maddi bir vakıanın (sahtelik olgusunun) tespitine ilişkin bulunduğu ise ortadadır. Oysa, az yukarıda da açıklandığı gibi, maddi olgular, tek başlarına tespit davasına konu olamazlar.” (YHGK, E. 1982/13, K. 1982/1612-748, T. 30.6.1982) (Kuru ve Budak, s. 120).

dava olmayıp, davaya bağı bir işlem şeklinde, geçici hukukî koruma tedbirinin bir türüdür¹⁴⁰².

Hakem-bilirkişilik, delil tespiti gibi delillerin korunmasına yönelik acil durumlarda başvurulacak mahkemeden talep edilecek, bir geçici hukukî koruma niteliğinde değil, tarafların anlaşmasına dayalı alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından biridir. Hakem-bilirkişi raporunun, tarafları ve mahkemeyi bağlayıcı özelliği, delil tespitinde bulunmaz. Delil tespiti, sadece delillerin korunarak, mahkemede kullanılmasını sağlamakta olup delillerin tespitine itiraz edilmemesi (HMK m. 402/III), nitekim esas davanın görülmesi sırasında, tarafın itiraz hakkını ortadan kaldırmaz ve yapılacak itirazın mahkemece incelenmesine de engel teşkil etmez¹⁴⁰³.

Hakem-bilirkişi bir kamu görevlisi olmadığı ve hakem-bilirkişi raporu delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesine tâbi olmayıp tarafları ve mahkemeyi bağladığı için hakem-bilirkişi, bir mahkeme bilirkişisi niteliğinde, hâkim yardımcısı konumunda da değildir. Hakem-bilirkişinin kimseye aktaramadığı tek görevi, taraflar arasındaki çekişmeli vakıanın tespitidir. Bu görev tek başına ne mahkeme ne de hakeme aktarılamayacağından, hakem-bilirkişi bir yargılama faaliyetinde bulunmamaktadır. Kanaatimizce hakem-bilirkişinin yapmış olduğu taraflar arasındaki çekişmeli vakıaya ilişkin bağlayıcı tespiti içerik olarak ne mahkeme ne de tahkime aktarılamayacak olan kendine özgü bir işleve sahip olduğundan, hakem-bilirkişinin hukukî durumu da kendine özgü (sui generis) bir niteliğe sahiptir.

VI. HAKEM-BİLİRKİŞİNİN YÜKÜMLÜLÜKLERİ VE HAKLARI

Hakem-bilirkişi, taraflarla hakem-bilirkişi sözleşmesi kurulmasından kaynaklanan, bazı hak ve yükümlülüklere tâbi olacaktır. Hakem-bilirkişi sözleşmesinin hukukî niteliği tartışmalı olmakla birlikte, bizim de katıldığımız hâkim görüşe göre, kendine özgü (sui generis) iş görme sözleşmesidir. Kanunda düzenlenmemiş iş görme sözleşmelerine, vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümler, niteliklerine uygun düştüğü ölçüde, kıyasen uygulanacaktır (TBK m. 502/II). Vekâlet

¹⁴⁰² Kuru ve Budak, s. 268; Özekes, İhtiyati Haciz, s. 50.

¹⁴⁰³ Kuru ve Budak, s. 271; Özekes, İhtiyati Haciz, s. 51.

sözleşmesi bu yönüyle, bir şemsiye ya da torba (Sammelbecken) şeklinde, bir iş görme sözleşmesidir¹⁴⁰⁴.

Vekâlet sözleşmesinde, vekil bir takım hak ve yükümlülöklere sahip olduğu gibi, aynı şekilde hakem-bilirkişi de hakem-bilirkişi sözleşmesinden kaynaklı, hakem-bilirkişi kurumunun kendine özgü özellikleri göz önünde tutularak, vekâlet sözleşmelerine kıyasen (TBK m. 502/II), bir takım hak ve yükümlölöklere sahiptir. Öncelikle hakem-bilirkişinin yükümlölökleri, daha sona hakları incelenmeye çalışılacaktır.

A. Hakem-Bilirkişinin Yükümlölökleri

Hakem-bilirkişilik sözleşmesinin tarafları ve hakem-bilirkişi, hakem-bilirkişi sözleşmesini kurarak maddî hukuktan doğan birtakım yükümlölöklere sahip olacaktır. Bu yükümlölöklere, hakem-bilirkişi sözleşmesinin, aslî ve yan edim yükümlölöklereinden kaynaklanır. Ayrıca, bunların bir yükümlölök veya yük olup olmadığı tartışmalı olup aşağıda hakem-bilirkişinin maddî hukuk kaynaklı yükümlölöklere incelenmeye çalışılacaktır.

1. Hakem-Bilirkişi Raporunun Hazırlanması

Vekâlet sözleşmesiyle vekil, vekâlet verenin bir işini görmeyi veya işlemini yapmayı üstlenir (TBK m. 502/I)¹⁴⁰⁵. Hakem-bilirkişi sözleşmesinde hakem-bilirkişi taraflar arasında çekışmeli olan vakıaların bağlayıcı şekilde tespiti için bir hakem-bilirkişi raporu düzenler. Hakem-bilirkişinin, hakem-bilirkişi raporunu düzenlemesi, hakem-bilirkişi sözleşmesinden kaynaklanan, aslî edim yükümlölölüğüdür¹⁴⁰⁶.

Hakem-bilirkişinin, hakem-bilirkişi raporunu düzenleyemediği veya düzenlemediği durumda, bu durumun yapma edimi şeklinde, aynen ifa davasına konu olması ve talebin icrasının mümkün olup olmadığına bağlı olarak, hakem-bilirkişinin,

¹⁴⁰⁴ Eren, Borçlar Özel, s. 714.

¹⁴⁰⁵ Tandoğan, s. 356; Eren, Borçlar Özel, s. 716; Yavuz, Acar ve Özen, s. 637; Zevkliler ve Gökyayla, s. 640.

¹⁴⁰⁶ Bachmann, s. 83; Meyer, s. 89; Heinrich, s. 116; Asmus, s. 96; Angstmann, s. 124; Brosi, s. 156; Yeşilırmak, Hakem-Bilirkişilik, s. 719-720.

hakem-bilirkişi raporunu hazırlamasının bir yük veya yükümlölük olup olmadığı doktrinde tartışmalıdır.

*Kisch*¹⁴⁰⁷, hakem-bilirkişi, hakem-bilirkişi raporunu hazırlamak zorunda olup bu onun için bir yükümlölük teşkil ettiğini savunmaktadır. Her ne kadar hakem-bilirkişilik kurumunun amacına aykırı olarak, tarafların dava yoluyla hakem-bilirkişiyi yükümlölüklerine uymaya zorlama şeklinde, aynen ifa davası açması ve bu davanın icra edilebilmesi daha az uygun olsa da bunların mümkün olduğunu ifade etmektedir.

*Wangner*¹⁴⁰⁸, taraflar arasında hakem-bilirkişi sözleşmesi olması koşuluyla, hakem-bilirkişi raporunun düzenlenmesi için tarafların, aynen ifa davası açılabilceğı, ancak, hakem-bilirkişi raporunun, hakem-bilirkişi tarafından düzenlenmesine yönelik icrasının (ZPO § 888/II) mümkün olmadığını¹⁴⁰⁹ savunmaktadır.

Doktrinde, herkese karşı ifa davasının açılabilceğini, aynen ifa davasında alınan hükmün, icrasının mümkün olmamasının, bir davanın açılmasının ön koşulu olmadığı, bu nedenle hükmün icrasının (ZPO § 888/II) davanın kabul edilebilirliği hakkında, herhangi bir önemi olmadığı ifade edilmektedir¹⁴¹⁰. Ancak, tarafların hakem-bilirkişi hakkında açmış oldukları, hakem-bilirkişi raporunun aynen ifa edilmesine ilişkin dava, hakem-bilirkişilik usûlünün temel amacı olan, hakem-bilirkişinin tarafsızlık ve bağımsızlığını zedeleyecek ve hakem-bilirkişinin, tarafsız ve bağımsız hakem-bilirkişi raporu düzenlemesini engelleyecektir¹⁴¹¹. Ayrıca tarafların hakem-bilirkişi raporunun ifa edilmesine ilişkin açmış oldukları aynen ifa davası, tarafların hakem-bilirkişilik kurumunun temel amacı olan hızlı, basit ve ekonomik

¹⁴⁰⁷ Kisch, Schiedsmann, s. 81; Aynı görüşte bkz. Bongartz, s. 32.

¹⁴⁰⁸ Wangner, s. 438.

¹⁴⁰⁹ Hukukumuzda da bir işin yapılmasına ilişkin ilâmların icrası, İcra ve İflâs Kanunu'nun 30. maddesine göre yapılmaktadır. Kanun koyucu işin yapılmasını sadece borçlu tarafından yapılmasına ve başkası tarafından yapılabilen işler, şeklinde ikiye ayırarak düzenlenmiştir. Hakem-bilirkişi, görevini şahsen yerine getirmek zorunda olacağından, hakem-bilirkişinin sözleşmesinin ifasının sadece tarafların seçtiğı hakem-bilirkişi tarafından yerine getirilmesi gerekir. Kanun koyucu işin zorla yapılmasını sağlamak amacıyla ayrıca İcra ve İflâs Kanunu'nun 343. maddesinde, borçluların, lehine hüküm verilmiş kimsenin şikâyeti üzerine, üç aya kadar tazyik hapsine karar verileceğı, ancak hapsin tazyikine başlandıktan sonra, ilâmın yerine getirilmesi durumunda borçlunun tahliye edeceğı düzenlenmiştir. Hukukumuzda, bir işin yapılmasına ilişkin ilâmların nasıl icra edileceğı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Mine Akkan, **Bir İşin Yapılması veya Yapılmamasına İlişkin İlâmların İcrası**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020, s. 105-194.

¹⁴¹⁰ Meyer, s. 90-91; Asmus, s. 98.

¹⁴¹¹ Meyer, s. 91; Heinrich, s. 122; Asmus, s. 98.

olarak hakem-bilirkişi raporuna ulaşmasını¹⁴¹² da engelleyecektir. Doktrinde bu nedenle, taraflara aynen ifa davası açmak yerine, hakem-bilirkişiyi reddetmesi, hakem-bilirkişi sözleşmesini haklı nedenle feshetmeleri veya aynen ifa davası yerine, tazminat davası açması gerektiği ifade edilmektedir¹⁴¹³. Bu nedenle, hakem-bilirkişinin hakem-bilirkişi raporunu hazırlamasına yönelik, aynen ifa davası¹⁴¹⁴, hakem-bilirkişinin tarafsız ve bağımsızlığını ihlâl edeceğinden, doktrin hakem-bilirkişinin, hakem-bilirkişi raporunu hazırlama görevini bir yükümlülük olarak değil, sadece bir yük olarak nitelendirmektedir¹⁴¹⁵.

2. Hakem-Bilirkişinin Görevini Şahsen Yerine Getirmesi

Vekâlet sözleşmesi, taraflar arasındaki özel bir güvene dayanmaktadır. Bu nedenle vekil, vekâlet borcunu şahsen yerine getirmeli ve bu şekilde işlemi bizzat yapmak zorundadır¹⁴¹⁶. Ancak, vekilin görevini şahsen ifa etmesi, mutlak olmakla birlikte, bunun istisnaları şeklinde, vekile yetki verildiği veya durumun zorunlu ya da bu konuda teamülün mümkün kıldığı hâller olup bu istisnalarda vekil işi başkasına yaptırabilir (TBK m. 506/I). Ayrıca vekil, aslî nitelikte olmayan ikinci derecedeki işleri, yardımcı kişilere yaptırabilir¹⁴¹⁷.

¹⁴¹² Sadece borçlu tarafından yapılabilen işlerde, o iş başkası tarafından yapılamaz. Dolayısıyla bu tür işlerde, borçlunun katılımı olmaksızın bu işlerin yapılması mümkün değildir. Kanunumuz, borçlunun işi aynen ifasını sağlamak için her ne kadar İcra ve İflâs Kanunu'nun 343. maddesinde tazyik hapsini düzenlese de borçlunun tazyik hapsini de göz önüne alması durumunda, aynen ifanın icrasını sağlamak mümkün olmayacaktır (Akkan, s. 312).

¹⁴¹³ Meyer, s. 91; Common Law sisteminden farklı olarak, Kıta Avrupa'sında geçerli olan ilke, öncelikle aynen ifaya karar verilmesidir, ikinci tercih borcun tazminata dönüşmesidir (Akkan, s. 14); Borçluyu ifaya zorlama yöntemleri bakımından, borçlunun haricinde diğer bir kişinin da o işi yapıp yapamayacağına göre farklı yöntemler oluşturulmuştur. Bunlardan ilki, alacaklının, masraflar borçluya ait olmak üzere, izin almak suretiyle işi başkasına yaptırmasıdır. İkinci yöntem olarak, para cezası veya diğer cezaî yöntemlerle borçluyu dolaylı olarak zorlamak suretiyle işi borçluya yaptırmaktır. Son olarak, alacaklının işi başkasına yaptırmak için gerekli masrafların tazminini borçludan istemesidir (Akkan, s. 202).

¹⁴¹⁴ Yapma ve yapmama borçlarının cebri icrası özellikle, "hiç kimsenin bir işi yapmaya doğrudan doğruya zorlanamayacağı" (*nemo praecise ad factum cogi potest*) ilkesi ve bazı durumlarda, ifanın imkânsızlaşması nedeniyle cebri icranın anlamsız hâle gelmesi sebebiyle zorluklar barındırmaktadır. Yapma ve yapmama borçlarının yer aldığı, ilâmın icrasında, icra memurunca fiziksel kuvvet kullanılarak zorla o işi borçluya yaptırılması söz konusu değildir (Akkan, s. 308).

¹⁴¹⁵ Bachmann, s. 83; Heinrich, s. 122; Meyer, s. 91; Asmus, s. 98.

¹⁴¹⁶ Tandoğan, s. 466; Eren, Boçlar Özel, s. 724; Yavuz, Acar ve Özen, s. 664; Zevkliler ve Gökyayla, s. 660.

¹⁴¹⁷ Eren, Boçlar Özel, s. 733.

Vekâlet sözleşmesinin kural olarak, şahsen ifa edilmesi zorunluluğu, klasik vekâlet sözleşmesinin, karşılıklı güvene dayalı karakteristik özelliğinden kaynaklanmaktadır¹⁴¹⁸. Aynı şekilde, hakem-bilirkişi sözleşmesi de güvene dayalı bir iş görme sözleşmesi olduğu için hakem-bilirkişinin de kişisel edim yükümlülüğü vardır¹⁴¹⁹.

Taraflar hakem-bilirkişiyi uzmanlıklarına, tecrübelerine, tarafsız ve bağımsız olacağına güvenerek seçerler. Hakem-bilirkişilerin aslî görevlerini, başka bir üçüncü kişiye devretmeleri, tarafların hakem-bilirkişileri, seçmesindeki iradesini ve hakem-bilirkişinin tarafsız ve bağımsızlığını ihlâl eder. Bu nedenle hakem-bilirkişi, aslî görevinin tamamını veya bir kısmını üçüncü kişiye devredemez¹⁴²⁰. Ancak hakem-bilirkişinin kısa bir sürede, hakem-bilirkişi raporunun tamamını hazırlaması, genelde mümkün olamayacak olup hakem-bilirkişi yardımcılara ihtiyaç duyacaktır. Bu nedenle, hakem-bilirkişi hakem-bilirkişilik faaliyetinin dışında kalan, ikincil alt faaliyet olarak, yardımcı ve yan faaliyetler bakımından, sekreter gibi yardımcı kişilerin faaliyetlerinden yararlanabilir. Bu durum, hakem-bilirkişinin, hakem-bilirkişi raporunu hazırlamasını hızlandırmakta olduğundan ve tarafların varsayımsal iradesine tekabül edeceğinden, bu konuda taraflardan izin alınmasına da gerek yoktur¹⁴²¹. Ayrıca hakem-bilirkişi, karmaşık bir konuyu içeren hakem-bilirkişi sözleşmesinde, kendi uzmanlık alanı dışında kalan, bir durumla karşı karşıya kalabilir. Bu durumda doktrinde, hakem-bilirkişinin uzman yardımcı kişiden yararlanabileceği ifade edilmektedir. Ancak, yardımda bulunacak uzman kişi, sadece kendisine karşı, tek bir sorunun cevaplanmasından görevli olmalıdır. Bu şekilde, görevlendirilecek uzmanın, sınırlı bir unsuru belirleme faaliyet alanı vardır. Ancak bu durumlarda, üçüncü bir uzman tarafından yapılan tespit ve işlemlerden de hakem-bilirkişinin sorumlu olacağı ifade edilmektedir¹⁴²².

Hakem-bilirkişi, hakem-bilirkişi sözleşmesindeki aslî görevini, tarafların rızası olmadan, başka bir üçüncü kişiye devretmesi, sözleşmenin ihlâlî anlamına gelmekte

¹⁴¹⁸ Tandoğan, s. 406-407; Eren, Borçlar Özel, s. 732-733; Yavuz, Acar ve Özen, s. 664; Zevkliler ve Gökyayla, s. 660.

¹⁴¹⁹ Bachmann, s. 83; Meyer, s. 74; Asmus, s. 96; Heinrich, s. 117; Angstmann, s. 124; Brosi, s. 159; Yıldırım, s. 210.

¹⁴²⁰ Meyer, s. 74-75; Asmus, s. 96; Heinrich, s. 117.

¹⁴²¹ Meyer, s. 74; Asmus, s. 97; Heinrich, s. 117.

¹⁴²² Asmus, s. 97.

olup taraflar zararlarını tazmin edebilirler. Bu nedenle hakem-bilirkişi, sadece her iki tarafın rızasını alarak, hakem-bilirkişilik sözleşmesine konu olan aslî görevini, bir üçüncü bir kişiye devredebilir¹⁴²³.

3. Hakem-Bilirkişinin Özen Yükümlülüğü

Vekil, üstlendiği vekâlet borcunun konusunu oluşturan, iş ve hizmetleri, vekâlet verenin haklı menfaatlerini gözeterek, özenle yürütmekle yükümlüdür (TBK m. 506/II). Vekilin özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesinde, benzer alanda iş ve hizmetleri üstlenen basiretli bir vekilin göstermesi gereken davranış esas alınır (TBK m. 506/III). Bu nedenle vekilin vekâlet görevini yerine getirirken, göstermek zorunda olduğu özen derecesi subjektif şekilde değil, objektif kriterlere göre belirlenmekte ve dolayısıyla objektif özen yükümlülüğü vardır¹⁴²⁴.

Hakem-bilirkişi sözleşmesi de kendine özgü (sui generis) bir iş görme sözleşmesi olarak, vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümler kıyasen uygulama alanı bulacağından, hakem-bilirkişi açısından da objektif bir özen yükümlülüğü söz konusudur¹⁴²⁵. Hakem-bilirkişi, hakem-bilirkişi sözleşmesinden dolayı, hakem-bilirkişi raporunu dikkatlice ve özenle hazırlamak zorundadır. Hakem-bilirkişi sözleşmesinde, hakem-bilirkişiye verilen görev veya görevler, onun yetki alanını oluşturur. Hakem-bilirkişi, hakem-bilirkişi raporunu yetki alanı çerçevesinde hazırlamakla yükümlü olup yetki alanındaki her noktayı ele alması, ancak bu konuda yetki alanını da aşmaması gerekir¹⁴²⁶. Ayrıca hakem-bilirkişi, hakem-bilirkişi raporunu hazırlarken, meslekî tanınmış kurallara uygun davranmalı ve raporun anlaşılır, mantıklı ve o konuya özgü spesifik olmasına dikkat etmesi gerekir¹⁴²⁷.

Hakem-bilirkişinin sorumluluğu açısından da objektif özen yükümlülüğü esas alınarak basiretli bir hakem-bilirkişinin göstermesi gereken davranış esas alınacağından dolayı, hakem-bilirkişi, kendisine verilen görevde, uzman ve tecrübeli

¹⁴²³ Meyer, s. 75; Bachmann, s. 83; Asmus, s. 97; Heinrich, s. 117.

¹⁴²⁴ Tandoğan, s. 410-411; Eren, Boçlar Özel, s. 731; Yavuz, Acar ve Özen, s. 663; Zevkliler ve Gökyayla, s. 666.

¹⁴²⁵ Brosi, s. 157-158; Angstmann, s. 124.

¹⁴²⁶ Brosi, s. 158.

¹⁴²⁷ Meyer, s. 89; Brosi, s. 58.

değilse, hakem-bilirkişi görevini kabul etmemeli, nitekim aksi durum hakem-bilirkişinin sorumluluğuna yol açacaktır¹⁴²⁸.

4. Hakem-Bilirkişinin Sadakat Yükümlülüğü

a. Genel Olarak

Vekil üstlendiği iş ve hizmetleri, vekâlet verenin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakatle yürütmekle yükümlüdür (TBK m. 506/II). Vekilin üstlendiği işi, vekâlet verenin yararını en kapsamlı ve en üst düzeyde koruyarak görme faaliyetine, sadakat borcu denir¹⁴²⁹. Vekilin, vekâlet verene, sadakat (bağlılık) borcu aslında, vekilin özen yükümlülüğünü tamamlayan bir borçtur¹⁴³⁰. Vekil bu borcuyla, vekâlet verenin aleyhine sonuç doğuracak her türlü davranıştan kaçınıp onun lehine sonuç doğuracak her şeyi yapmak zorundadır¹⁴³¹. Vekilin özen yükümlülüğü, işin görülmesi sona erince ortadan kalktığı hâlde, sadakat yükümlülüğü, borcun ifasından sonra da devam etmektedir. Vekilin sadakat yükümlülüğünün kapsamına, bilgi verme ve sır saklama borcu girer¹⁴³².

Hakem-bilirkişi sözleşmesi de kendine özgü (sui generis) bir iş görme sözleşmesi olarak, vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümler kıyasen uygulama alanı bulacağından, hakem-bilirkişi açısından da sadakat yükümlülüğü söz konusudur. Hakem-bilirkişinin sadakat yükümlülüğü de hakem-bilirkişi sözleşmesinden kaynaklı bir yan yükümlülük olup sözleşme öncesi görüşmeler (culpa in contrahendo), sözleşmenin ifası ve sona ermesinden sonra da devam eden bir yükümlülük olarak kendini göstermektedir¹⁴³³.

Sadakat yükümlülüğünün kapsamına bilgi verme ve sır saklama borçları girmekte olup doktrinde hakem-bilirkişi açısından da bu yükümlülük, hakem-

¹⁴²⁸ Brosi, s. 158.

¹⁴²⁹ Tandoğan, s. 407; Eren, Borçlar Özel, s. 741; Yavuz, Acar ve Özen, s. 670; Zevkliler ve Gökyayla, s. 655.

¹⁴³⁰ Eren, Borçlar, Özel, s. 733.

¹⁴³¹ Tandoğan, s. 407-408; Eren, Borçlar Özel, s. 741-742; Yavuz, Acar ve Özen, s. 670; Zevkliler ve Gökyayla, s. 655.

¹⁴³² Tandoğan, s. 408; Eren, Borçlar Özel, s. 742; Yavuz, Acar ve Özen, s. 670-671; Zevkliler ve Gökyayla, s. 656-657.

¹⁴³³ Brosi, s. 160; Meyer, s. 108.

bilirkişinin açıklama (bilgi verme) ve sır saklama yükümlülüğü olarak ikiye ayrılarak incelenmektedir¹⁴³⁴.

b. Hakem-Bilirkişinin Açıklama Yükümlülüğü

Tarafların başlatmış olduğu hakem-bilirkişi sözleşmesinin müzakereleri şeklinde, sözleşme öncesi sorumluluk (culpa in contrahendo) ve sözleşme sırasında, hakem-bilirkişi sözleşmelerinin taraflarına ilişkin, sadakat ve onun bir unsuru olarak açıklama yükümlülüğü (Aufklärungs) meydana gelmektedir. Bu nedenle, hakem-bilirkişi sözleşmesinin tarafları, hakem-bilirkişi sözleşmesinin amacını tehlikeye atabilecek durumlar hakkında, ileride sözleşmenin tarafını oluşturacak, sözleşme taraflarını bilgilendirmek zorundadır¹⁴³⁵.

Özellikle hakem-bilirkişinin sorumluluğu açısından, açıklama yükümlülüğü büyük önem arz eder. Hakem-bilirkişi, sözleşme görüşmeleri sırasında, kendi uzmanlığını ve tarafsızlık ve bağımsızlığını sorgulamalı ve tarafların gereksinimleri açısından, bunları karşılayıp karşılamadığını kontrol etmek zorundadır. Hakem-bilirkişi bu nedenle, hakem-bilirkişilik süreci öncesi tarafsızlığını zedeleyecek durumları, taraflara açıklamakla yükümlüdür. Aynı şekilde hakem-bilirkişi, hakem-bilirkişilik sözleşmesine konu olan vakıa hakkında, uzmanlığının olup olmadığını da açıklamak zorundadır. Taraflar bu açıklamalar sonrası hakem-bilirkişiyi kabul edebilir veya reddedebilir¹⁴³⁶.

Hakem-bilirkişinin bilgi verme yükümlülüğü, sadakat yükümlülüğünün bir unsuru olarak, hakem-bilirkişinin hakem-bilirkişi raporunu teslim etmesi şeklinde, hakem-bilirkişi sözleşmesinin sona ermesinden sonra da geçerliliğini devam ettirmektedir. Hakem-bilirkişi, düzenlediği hakem-bilirkişi raporunda, tarafların itiraz etmelerini sağlayabilecek, bir durum söz konusuysa, bu konuda da her iki tarafı bilgilendirmekle yükümlüdür. Nitekim Alman hukukunda, BGB § 318/II hükmünde, hakem-bilirkişinin hakem-bilirkişi raporu hazırlarken, uğramış olduğu hata, hile ve tehdit gibi, irade bozukluğu hâllerinde tarafları bilgilendirme yükümlülüğü öngörülmüştür. Hakem-bilirkişi, hakem-bilirkişi raporundan etkilenmediği için hata,

¹⁴³⁴ Brosi, s. 161; Meyer, s. 109.

¹⁴³⁵ Meyer, s. 113; Brosi, s. 160.

¹⁴³⁶ Brosi, s. 160; Meyer, s. 109.

hile ve tehdit gibi durumlarda, hakem-bilirkişi raporunu iptal etme hakkı verilmesi dâhi, bu konuda hakem-bilirkişi sözleşmesinin taraflarını bilgilendirme yükümlülüğü vardır¹⁴³⁷.

c. Hakem-Bilirkişinin Sır Saklama Yükümlülüğü

Vekâlet sözleşmesinde vekil, tarafların aralarında güvene dayalı kişisel ilişkinin kurulmasından kaynaklı, vekâlet verenin bazı sırlarını öğrenebilir. Türk Borçlar Kanunu'nda vekilin sır saklama yükümlülüğü hakkında açık bir hüküm bulunmasa dâhi, vekil, sadakat yükümlülüğünün bir sonucu olarak, vekâlet sözleşmesinin icrası sırasında, müvekkilinden öğrendiği sırları saklı tutmakla yükümlüdür¹⁴³⁸. Bu nedenle vekil, vekâlet sözleşmesi nedeniyle öğrendiği sırları hem sözleşme devam ederken hem de sözleşmenin ifasından sonra saklamak zorundadır¹⁴³⁹. Sır saklama yükümlülüğü temelde, vekâlet verenin kişilik hakkının korunmasından kaynaklanmakta olup açıklanan sır, vekâlet verenin, maddî, manevî, meslekî, siyasi, ekonomik gizliliğinin alenî olmasına sebebiyet verebilmektedir. Bu nedenle, vekil tarafından sırların açıklanması, vekâlet verenin maddî ve manevi zarar görmesine sebebiyet verebilmektedir¹⁴⁴⁰.

Hakem-bilirkişi sözleşmesinde de hakem-bilirkişi, hakem-bilirkişi raporunun hazırlanması sırasında, taraflardan özel veya ekonomik alanına giren bilgileri öğrenebilir. Hakem-bilirkişinin sır saklama yükümlülüğü, hakem-bilirkişinin sadakat yükümlülüğünden doğmaktadır¹⁴⁴¹. Tarafların çekişmeli vakıya ilişkin bağlayıcı tespit açısından, hakem-bilirkişilik usûlünü seçmelerine ilişkin sebeplerinden birisi de yargılamanın alenî olması durumundan kaçınmaktır¹⁴⁴².

Hakem-bilirkişinin gizlilik yükümlülüğünün kapsamına, hakem-bilirkişiler arasındaki istişarelerin gizliliği (Beratungsgeheimnis), hakem-bilirkişinin tanık olarak dinlenilmesinin engellenmesi ve ileride açılacak davada hakem-bilirkişilikteki

¹⁴³⁷ Meyer, s. 109-110.

¹⁴³⁸ Tandoğan, s. 408; Eren, Borçlar Özel, s. 742; Yavuz, Acar ve Özen, s. 671; Zevkliler ve Gökyayla, s. 656.

¹⁴³⁹ Tandoğan, s. 409; Eren, Borçlar Özel, s. 743; Yavuz, Acar ve Özen, s. 671; Zevkliler ve Gökyayla, s. 656.

¹⁴⁴⁰ Tandoğan, s. 452; Eren, Borçlar Özel, s. 743.

¹⁴⁴¹ Meyer, s. 107; Brosi, s. 161.

¹⁴⁴² Meyer, s. 108; Brosi, s. 161; Yeşilırmak, Hakem-Bilirkişilik, s. 721.

dosyaların sunulmaması girer¹⁴⁴³. Doktrinde, hakem-bilirkişinin sır saklama yükümlülüğüne ilişkin kanunî düzenlemenin olmamasından dolayı, tarafların hakem-bilirkişi sözleşmesinde, sır saklama yükümlülüğünün sınırlarını ve detaylarını açıkça belirlemeleri ve bu konuda sözleşmede, bir hüküm konulması tavsiye edilmektedir¹⁴⁴⁴.

Doktrinde vekâlet sözleşmesinde, vekilin sırları açıklama konusundaki haklı veya zorunlu olduğu hâllere örnekler verilmiştir. Bunlar, müvekkilin sırrının açıklanması konusundaki rızası, vekilin açıklamada bulunmaya yetkili kılınması durumu, vekâletin icrasının veya vekilin haklı menfaatleri gereği sırrın açıklanmasının zorunlu kılınması ve çeşitli yasal hükümler gereği davada iddia ve savunmasının dayanağını teşkil eden hâllerin hâkime açıklanması şeklindeki durumlarda, vekilin müvekkili hakkındaki sırları bilgi talebinde bulunan, yetkili mercilere açıklaması örnek olarak verilmektedir¹⁴⁴⁵. Aynı şekilde, bu durumların hakem-bilirkişi sözleşmeleri açısından da uygulanması gerekir. Bu nedenle yargılama öncesi hakem-bilirkişiliğe başvurulması durumunda, hakem-bilirkişinin hakem-bilirkişi raporunu taraflara ve talep gelirse mahkeme veya hakeme vermesi gerekir¹⁴⁴⁶.

Hakem-bilirkişinin sır saklama yükümlülüğünün, diğer bir boyutunu, hakem-bilirkişinin yargılamada tanık olarak dinlenip dinlenemeyeceği hususu oluşturmaktadır. Yargılamada tanıklık bir kamu hizmeti olarak görüldüğünden, zorunluluk arz etmektedir. Ancak taraflar tanıklıktan çekinme hâllerine dayanarak, tanıklıktan çekinebilir. Tanıklıktan çekinme hâllerinden, biri de sır nedeniyle tanıklıktan (HMK m. 249, ZPO § 383/I-6) çekinmektir¹⁴⁴⁷. Bu nedenle hakem-bilirkişi de sır nedeniyle tanıklıktan çekinebilir. Ancak sır saklama yükümlülüğü tarafların menfaatine olan bir husus olduğu için tarafların tasarrufuna tâbidir. Eğer taraflar bu konuda hakem-bilirkişinin sırrı açıklamasına izin verdikleri takdirde, hakem-bilirkişi tanıklık yapmak zorundadır. Hukukumuzda da Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 249. maddesinde, avukatlar hariç, diğer uzmanlar tarafından, sır sahibi tarafından

¹⁴⁴³ Meyer, s. 107.

¹⁴⁴⁴ Yeşilırmak, Hakem-Bilirkişilik, s. 721.

¹⁴⁴⁵ Tandoğan, s. 454-455.

¹⁴⁴⁶ Yeşilırmak, Hakem-Bilirkişilik, s. 721.

¹⁴⁴⁷ Meyer, s. 108.

sırrın açıklanmasına izin verildiği durumda, bu kimselerin tanıklıktan çekinemeyecekleri düzenlenmiştir¹⁴⁴⁸.

Hakem-bilirkişi raporunun gerekçeli olarak yazılıp yazılmaması, doktrinde tartışmalı olmakla birlikte, hâkim görüş, hakem-bilirkişi raporunun tahkim veya mahkeme kararı kadar, ayrıntılı olmamakla birlikte, gerekçeli olması gerektiğini savunmaktadır¹⁴⁴⁹. Ancak taraflar, hakem-bilirkişinin sır saklama yükümlülüğü kapsamı bakımından, sır olarak değerlendirilebilecek hususlara, kural olarak, hakem-bilirkişi raporuna ilişkin gerekçede yer verilmemesi konusunda anlaşabilirler¹⁴⁵⁰.

5. Hakem-Bilirkişinin İştirak Yükümlülüğü

Hakem-bilirkişi aslî bir görevi olarak hakem-bilirkişi raporunu hazırlamak zorundadır. Ancak hakem-bilirkişinin, hakem-bilirkişi raporunu hazırlaması, tarafların ve hakem-bilirkişinin iştirakine (işbirliğine) bağlıdır. Doktrinde taraflar açısından bu konuda bir iştirak (işbirliği) söz konusuyken; hakem-bilirkişi açısından da bir iştirak (işbirliği) yükümlülüğünün olup olmadığı tartışmalıdır. Doktrinde bazı yazarlar, hakem-bilirkişinin iştirak hususunu, yükümlülük kısmında incelerken; bazı yazarlar bu hususu hakem-bilirkişinin, taraflardan bilgi ve belgeleri isteme hakkı kısmında incelemektedir.

Heinrich, hakem-bilirkişi sözleşmesinin hukukî niteliğinin kendine özgü bir sözleşme olduğunu, bu nedenle eser sözleşmesine ilişkin hükümlerin niteliğine uygun düştüğü ölçüde, hakem-bilirkişi sözleşmeleri açısından da uygulanabileceğini savunmaktadır. Eser sözleşmesinde, eserin müşterisi, malzeme desteği vererek, eserin üretimi için gerekli desteği sağladığı gibi, aynı şekilde, hakem-bilirkişi için de tarafların gerekli desteği sağlaması gerektiğini savunmakta ve bunu hakem-bilirkişi açısından bir hak, taraflar açısından iştirak yükümlülüğü olarak nitelendirmektedir¹⁴⁵¹.

¹⁴⁴⁸ Kuru ve Aydın, Usûl Ders Kitabı, s. 306-307; Pekcanitez, Atalay ve Özekes, Usûl Ders Kitabı, s. 418; Pekcanitez, Atalay ve Özekes, Usûl Hukuku, s. 769-770.

¹⁴⁴⁹ Bu konu ileride incelenecektir bkz. aşağı. Dördüncü Bölüm, III, 2, d.

¹⁴⁵⁰ Hakem kararları açısından da sır olarak değerlendirebilecek hususlar bakımından tarafların anlaşarak, hakem kararlarında gerekçe olarak bu hususlara yer verilmemesi hususunda anlaşabileceği hususunda bkz. Taşkın, s. 168-169.

¹⁴⁵¹ Heinrich, s. 136.

Meyer, tarafların iştirak yükümlülüğü şeklinde, hakem-bilirkişilik sürecinin sorunsuz bir şekilde yürütülmesine yardımcı olmasının temelini, hakem-bilirkişilik sözleşmesi oluşturduğunu ifade etmektedir. Ancak, hakem-bilirkişi açısından bu yükümlülüğün ve hakkın kaynağını hakem-bilirkişi sözleşmesine dayandırmakta ve bunu bir yükümlülük olarak nitelendirmektedir. Çünkü hakem-bilirkişinin, taraflardan gerekli bilgi, belge veya hakem-bilirkişinin yerinde inceleme yapması talebini, bir hak olarak nitelendirilebileceği, ancak, hakem-bilirkişinin görevi, sadece bu belgeleri temin etmekle sonlanmayan bir durum olduğunu ifade eder. Hakem-bilirkişinin, bu belgeler üzerinde inceleme yapma şeklinde yükümlülüğü de söz konusu olduğundan, bunu bir yükümlülük olarak nitelendirmektedir¹⁴⁵². Bu yükümlülüğü, bir nevi alacaklıların ve borçluların bir borcun ifasını sağlamak için müştereken ifa önündeki engelleri kaldırmakla yükümlü oldukları genel dürüstlük kuralı ilkesine dayandırmaktadır. Aynı şekilde hakem-bilirkişinin hakem-bilirkişi raporunu hazırlanması onun sorumluluğundadır. Ancak diğer yandan, hakem-bilirkişi raporunun hazırlanması, tarafların desteğine bağımlılık arz eden bir faaliyettir. Ayrıca hakem-bilirkişinin işbirliği yapma görevi, taraflar arasındaki çekişmeli vakıanın bağlayıcı tespiti açısından, hızlı ve doğru bir şekilde vakıa tespitinin yapılabilmesine hizmet eden, her şeyi içeren bir faaliyettir. Bunlara taraf hakem-bilirkişinin üçüncü hakem-bilirkişiyi seçmesi, hakem-bilirkişinin taraflarca sunulan belge ve dosyaları incelemesi, tarafları dinlemesi ve vakıaya konu olacak yeri incelemesi örnek olarak verilebilir¹⁴⁵³.

6. Hakem-Bilirkişinin Tarafların Talimatlarına Uyması, Bilgi ve Hesap Vermesi ve Belgeleri İade Yükümlülüğü

a. Hakem-Bilirkişinin Tarafların Talimatlarına Uyma Yükümlülüğü

Vekâlet sözleşmesinde, vekâlet veren işin sahibi olduğundan, vekil onun yararına hareket etmek ve dolayısıyla onun talimatlarına uymak zorundadır. Talimat, vekâlet verenin vekile yönelik olmak üzere, vekâletin içeriğini açıklayıp somutlaştıran,

¹⁴⁵² Meyer, s. 106-107.

¹⁴⁵³ Meyer, s. 106-107; Heinrich, s. 135-136.

ayrıca işin görülme ve yürütülme biçimini belirleyen tek taraflı varması gerekli bir irade beyanı olup geçerliliği vekilin kabulüne bağlı değildir¹⁴⁵⁴. Ancak vekil, vekâlet verenden izin alma imkânı bulunmadığında durumu bilseydi, onun da izin vereceği açık olan hâllerde, vekil talimattan ayrılabilir (TBK m. 505/I).

Hakem-bilirkişi sözleşmesi de kendine özgü (sui generis) bir iş görme sözleşmesi olarak vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümler kıyasen uygulama alanı bulacağından (TBK m. 502/II), hakem-bilirkişi açısından da niteliğine uygun düştüğü ölçüde, hakem-bilirkişinin tarafların talimatlarına uyma yükümlülüğü söz konusudur. Hakem-bilirkişi, tarafların hazırlamış olduğu, hakem-bilirkişilik ve hakem-bilirkişi sözleşmesinde düzenlenmiş olan şartlara uymak zorunda olup aksi durum, hakem-bilirkişi raporunun geçersiz olması sonucu doğurmaktadır. Çünkü hakem-bilirkişinin, hakem-bilirkişi raporunu düzenleme yetkisi, hakem-bilirkişilik sözleşmesi, hakem-bilirkişinin atanması ve hakem-bilirkişi sözleşmesinden kaynaklanmaktadır¹⁴⁵⁵. Hakem-bilirkişinin, hakem-bilirkişilik sürecine başlamadan önce tarafların ortak olarak vermiş olduğu talimatlar zararsızdır. Çünkü hakem-bilirkişi, bu talimatları, bilerek göreve başlar. Ayrıca hakem-bilirkişi, bu görevi kabul etmek zorunda da değildir. Hakem-bilirkişi sözleşmesi kurulmasından sonra, tarafların ortak talimat vererek hakem-bilirkişilik sözleşmesini ve bunun sonucu olarak hakem-bilirkişi sözleşmesini değiştirme yetkileri de vardır. Bu durumda da hakem-bilirkişi yeni duruma göre, aynı şekilde değiştirilen sözleşmeyi kabul edip etmemekte serbest olduğu için verilen bu talimatlar da zararsızdır. Ancak bu talimatların, hakem-bilirkişilik sürecini yavaşlattığı için sınırlandırılması gerekir¹⁴⁵⁶. Hakem-bilirkişilik açısından sorun yaratacak durum, hakem-bilirkişi sözleşmesi kurulmasından sonra, taraflardan birinin tek taraflı talimatlarıdır. Bu tek taraflı talimatlar, hakem-bilirkişinin tarafsız ve bağımsızlığını zedelediği için hakem-bilirkişi bunları dikkate alamaz ve bu durum hakem-bilirkişinin sorumluluğunu da doğurmaz¹⁴⁵⁷.

¹⁴⁵⁴ Tandoğan, s. 436-437; Eren, Borçlar Özel, s. 737; Yavuz, Acar ve Özen, s. 667; Zevkliler ve Gökyayla, s. 657.

¹⁴⁵⁵ Meyer, s. 93; Rauscher, s. 270-271; Habscheid, FS Laufke, s. 308.

¹⁴⁵⁶ Meyer, s. 92-93.

¹⁴⁵⁷ Bachmann, s. 84; Meyer, s. 93.

b. Hakem-Bilirkişinin Bilgi ve Hesap Verme Yükümlülüğü

Vekil, vekâlet verenin istemi üzerine yürüttüğü işin hesabını vermekle yükümlüdür (TBK m. 508/I). Vekâlet veren bu konuda, vekilden görülen iş hakkında hesap vermesini isteyebilir. Hesap vermenin kapsamına iş hakkında hem bilgi verme hem de işin maliyeti özellikle de vekilin yapmış olduğu giderler yönünden, hesap verme girer. Bilgi verme bu yönüyle, vekâlet veren için vekilin yükümlülüklerini ifa edip etmediği, talimatlarına uyup uymadığını öğrenme ve kontrol açısından önem taşır. Vekilin hesap verme borcu, sadakat ve özen borcunun uzantısı ve genel bilgi verme yükümlülüğü olarak kendisini göstermektedir¹⁴⁵⁸.

Hakem-bilirkişi de bir dereceye kadar bilgi ve hesap verme yükümlülüğüne sahiptir. Özellikle, tarafların ortak menfaatlerinin söz konusu olduğu durumlarda, hakem-bilirkişi kapsamlı bilgi vermek zorundadır. Bunlara örnek olarak, hakem-bilirkişilik sürecinin ne kadar süreceği, maliyetlerin ne kadar tutacağı, hakem-bilirkişinin almış olduğu avansın nasıl ve ne kadarını kullandığı, tarafların veya üçüncü kişilerin nerde, hangi tarihlerde ve nasıl dinleneceği gibi hususlar verilebilir. Bu örnekler tarafların ortak menfaatine hizmet ettiğinden, hakem-bilirkişi bu hususlarda taraflara kapsamlı bilgi vermelidir¹⁴⁵⁹. Hakem-bilirkişinin bilgi ve hesap vermesi, hakem-bilirkişinin de menfaatinedir, bu sayede tarafların güvenini kazanır. Bu nedenle hakem-bilirkişi, bu yükümlülük kapsamında, yapmış olduğu faaliyetlerin yazılı kaydını tutarak plan, kroki, muhasebe defteri ve makbuz düzenleyerek hesap verme yükümlülüğünü yerine getirebilir¹⁴⁶⁰. Hakem-bilirkişinin bilgi verme yükümlülüğünün sınırını, hakem-bilirkişinin tarafsız ve bağımsızlığına zarar veren durumlar oluşturur. Bu nedenle hakem-bilirkişi, tarafların tek taraflı bilgi istemlerini reddetmelidir. Aynı şekilde, hakem-bilirkişi, hakem-bilirkişiler arasındaki görüş alışverişi hakkında da tarafları bilgilendirmez. Bu nedenle hakem-bilirkişinin bilgi verme yükümlülüğü, tarafların bilgi edinme haklarını birlikte kullanmaları hâlinde sadece doğmaktadır¹⁴⁶¹.

¹⁴⁵⁸ Tandoğan, s. 479; Eren, Borçlar Özel, s. 744; Yavuz, Acar ve Özen, s. 672; Zevkliler ve Gökyayla, s. 664.

¹⁴⁵⁹ Meyer, s. 108.

¹⁴⁶⁰ Brosi, s. 162.

¹⁴⁶¹ Meyer, s. 109.

c. Hakem-Bilirkişinin Belgeleri İade Yükümlülüğü

Vekil, vekâlet verenin istemi üzerine yürüttüğü işin hesabını vermek ve vekâletle ilişkili olarak aldıklarını vekâlet verene vermekle yükümlüdür (TBK m. 508/I). Vekil, vekâlet sözleşmesinin konusu olan işin icrası sırasında, herhangi bir sebepten dolayı elde ettiği her şeyi teslim etmekle yükümlüdür. Teslim yükümlülüğünün konusuna, mal varlığı değerlerinin dışında, belgeler ve diğer dokümanlar da girer¹⁴⁶².

Hakem-bilirkişi de hakem-bilirkişi raporunun taraflara teslim edilmesi sonrası, tarafların iştirak yükümlülüğü sonucu vermiş olduğu bilgi, belge ve dokümanları, taraflara teslim etmek zorundadır¹⁴⁶³. Taraflar hakem-bilirkişi sözleşmesinde, hakem-bilirkişilik süreci sonrası, bütün belgelerin yok edilmesini veya hakem-bilirkişi tarafından hazırlanan yalnızca önemli bazı belgelerin, örneğin, mimar ve mühendislik planları gibi belgelerin geri istenebileceğini kararlaştırabilirler¹⁴⁶⁴.

Doktrinde ayrıca hakem-bilirkişinin belgeleri iade yükümlülüğü haricinde, bilgi ve belgeleri saklama yükümlülüğünün de olduğunu savunulmaktadır. Saklama yükümlülüğünün kapsamına, hakem-bilirkişinin teslim etmediği veya tarafların teslim edilmesini istemediği bilgi ve belgeler ve hakem-bilirkişinin hakem-bilirkişilik sürecini nasıl gerçekleştirdiğine ilişkin ara raporlar girmektedir¹⁴⁶⁵. Doktrinde bir görüş, hakem-bilirkişinin bilgi ve belgeleri saklama yükümlülüğü bakımından herhangi bir kanunî düzenleme olmamasına rağmen, avukatların bilgi ve belgeleri beş yıl süreyle saklama yükümlülüğünün hakem-bilirkişi açısından da kıyasen uygulanması gerektiğini savunmaktadır¹⁴⁶⁶. Hakem-bilirkişinin bilgi ve belgeleri saklama yükümlülüğünün sebebi, gelecekte kendisine karşı açılan, hakem-bilirkişinin sorumluluğu davasında kendini savunabilmesidir. Özellikle bu belgeler bakımından, hakem-bilirkişinin, hakem-bilirkişilik sürecini nasıl gerçekleştirdiği, hangi tarihte hangi işlemi yaptığı, hakem-bilirkişinin tarafları nasıl dinlediğine ilişkin belgeler, hakem-bilirkişinin sorumluluğu davasında kusurunun olmadığını ispatlamak açısından

¹⁴⁶² Tandoğan, s. 489; Eren, Borçlar Özel, s. 744; Yavuz, Acar ve Özen, s. 673; Zevkliler ve Gökyayla, s. 665.

¹⁴⁶³ Meyer, s. 110; Brosi, s. 162.

¹⁴⁶⁴ Brosi, s. 163.

¹⁴⁶⁵ Meyer, s. 110; Brosi, s. 163.

¹⁴⁶⁶ Meyer, s. 111.

büyük önem taşımaktadır¹⁴⁶⁷. Hakem-bilirkişinin ayrıca taraflardan almış olduğu avansları, nasıl ve ne kadarını kullandığı bakımından, hesap yükümlülüğü ve avanslar bakımından, artan miktar bakımından da iade yükümlülüğü de bulunmaktadır (TBK m. 510/I).

B. Hakem-Bilirkişinin Hakları

Hakem-bilirkişinin, taraflarla yapmış olduğu hakem-bilirkişi sözleşmesinden sadece yükümlülükler değil, aynı zamanda haklar da doğmaktadır. Hakem-bilirkişi açısından hak olarak nitelendirdiğimiz durum, taraflar açısından da bir yükümlülük niteliğindedir. Hakem-bilirkişi sözleşmesinin kurulmasıyla ortaya çıkan bu haklar, hakem-bilirkişi ücreti, avans ve hakem-bilirkişi masraflarının ödenmesinden oluşmakta olup aşağıda incelenmeye çalışılacaktır.

1. Hakem-Bilirkişinin Ücret Hakkı

a. Hakem-Bilirkişinin Ücret Hakkının Temeli ve Ücretten Sorumluluk

Vekâlet sözleşmeleri ilke olarak, Roma hukukundan günümüze kadar, eksik iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme niteliğinde olup bu sözleşmede vekilin borçlandığı iş görme edimi, onun açısından aslî bir edim iken, vekâlet veren açısından ücret verme, aslî bir edim değil, ikinci derecede talî bir edim niteliğindedir¹⁴⁶⁸. Ancak bu durum, yumuşatılmış ve Türk Borçlar Kanunu'nun 502. maddesinin üçüncü fıkrasında, vekilin sözleşme veya teamül olması durumunda, ücrete hak kazanacağı düzenlenmiştir¹⁴⁶⁹. Bu şekilde, vekil ücret alıyorsa, vekâlet sözleşmesi, tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme niteliğini taşır¹⁴⁷⁰. Nitekim günümüzde vekâlet sözleşmesi, Türk Borçlar Kanunu'nun 502. maddesinin üçüncü fıkrasının aksine, ilke olarak tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme hâline gelmiş ve bu şekilde, vekâlet sözleşmesinde istisnai nitelik

¹⁴⁶⁷ Meyer, s. 110-111; Brosi, s. 163.

¹⁴⁶⁸ Tandoğan, s. 351-352; Eren, Borçlar Özel, s. 725; Yavuz, Acar ve Özen, s. 648-649; Zevkliler ve Gökyayla, s. 642.

¹⁴⁶⁹ Tandoğan, s. 364-365; Eren, Borçlar Özel, s. 725; Yavuz, Acar ve Özen, s. 649; Zevkliler ve Gökyayla, s. 643.

¹⁴⁷⁰ Eren, Borçlar Özel, s. 714-715.

taşıyan ücret unsuru, artık kural hâline gelmiştir¹⁴⁷¹. Hakem-bilirkişi sözleşmesi de kanunda düzenlenmemiş bir iş görme sözleşmesi olarak nitelendirildiğinden, vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümler kıyasen uygulanacaktır (TBK m. 502/II).

Hakem-bilirkişinin ücreti, tarafların kendi aralarında yapmış oldukları hakem-bilirkişilik sözleşmesinden değil, taraflarla hakem-bilirkişinin yapmış olduğu, hakem-bilirkişi sözleşmesinden kaynaklanır. Taraflar hakem-bilirkişilik sözleşmesinde, hakem-bilirkişinin ücretini düzenleseler dâhi, hakem-bilirkişi henüz bu sözleşmeye taraf değil ve hakem-bilirkişi, hakem-bilirkişilik görevini kabul etmemiştir. Bu nedenle, hakem-bilirkişinin ücreti, hakem-bilirkişi sözleşmesinden kaynaklanmaktadır¹⁴⁷².

Taraflar hakem-bilirkişi sözleşmesinde ücret hususunda bir şey yazmamış olabilirler. Nitekim hakem-bilirkişilik faaliyetinin, ücretsiz olması mümkündür, ancak bu konuda tarafların, hakem-bilirkişilik faaliyetinin ücretsiz olarak yapılacağına ilişkin hususu, sözleşmede açıkça belirtmiş olmaları gerekmektedir¹⁴⁷³. Çünkü hakem-bilirkişinin, hakem-bilirkişi raporunu hazırlaması, onun mesleğinin bir parçası şeklinde, mesleğinden ödün verip zamanını harcamasına dayanmakta olduğundan ve hakem-bilirkişiler genelde, mimarlar, mühendisler, doktorlar, sigorta uzmanları gibi, nitelikli uzmanlar olduklarından, onlardan herhangi bir ücretsiz iş beklenemez. Bu nedenle günümüzde, hakem-bilirkişinin ücreti bir teamül kuralı hâline gelmiştir¹⁴⁷⁴. Hakem-bilirkişinin ücreti bakımından tarafların nasıl bir sorumluluğu söz konusu olduğu doktrinde tartışmalı bir husustur.

Alman hukukunda, hakem-bilirkişinin ücreti bakımından, aksi düzenlenmediği sürece, hakem-bilirkişi sözleşmesinin tarafları olarak, hakem-bilirkişinin karşısında birden fazla kişi olduğu ifade edilerek, hakem-bilirkişinin ücreti bakımından, kimin tarafından atandığına bakılmaksızın, tarafların müteselsil sorumlu olduğu (BGB § 421, 427) düzenlenmiştir¹⁴⁷⁵.

İsviçre hukukunda hakem-bilirkişinin ücreti bakımından tarafların nasıl bir sorumluluğunun söz konusu olacağı ve bunun niteliği hakkında iki görüş bulunmaktadır.

¹⁴⁷¹ Eren, Borçlar Özel, s. 715.

¹⁴⁷² Meyer, s. 96; Angstmann, s. 131, Rn. 273.

¹⁴⁷³ Meyer, s. 97; Brosi, s. 165.

¹⁴⁷⁴ Meyer, s. 97-98; Angstmann, s. 132; Brosi, s. 165.

¹⁴⁷⁵ Meyer, s. 96.

Angstmann, hakem-bilirkişi sözleşmesi tarafları olarak, hakem-bilirkişinin karşısında birden fazla kişi olduğu, bu nedenle burada adı ortaklık hükümlerinin kıyasen uygulanacağını belirtmektedir. Dolayısıyla taraflar aksini sözleşmede kararlaştırmadığı sürece, taraflar, hakem-bilirkişinin ücretinden, müteselsilen sorumludur (SchOR Art. 544/III)¹⁴⁷⁶.

Brosi, hakem-bilirkişi sözleşmesi, sui generis bir sözleşme olduğu için vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümler kıyasen uygulanması gerektiğini belirtmektedir (SchOR Art. 394/II). Vekâlet sözleşmesinde, bir kişiye birlikte vekâlet verenler, vekile karşı müteselsilen sorumlu oldukları (SchOR Art. 403/I) için taraflar hakem-bilirkişi ücretinden, aksi kararlaştırılmadığı sürece, müteselsil olarak sorumludur¹⁴⁷⁷.

Hukukumuzda da Türk Borçlar Kanunu'nun 511. maddesinin birinci fıkrasında, bir kişiye birlikte vekâlet verenlerin, vekile karşı müteselsilen sorumlu olacağı düzenlemiştir¹⁴⁷⁸. Hakem-bilirkişi sözleşmesi iş görme sözleşmesi olarak vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümler kıyasen uygulama alanı bulacaktır (TBK m. 502/II). Bu nedenle, aksi düzenlenmediği sürece, hakem-bilirkişi ücretinden tarafların müteselsilen sorumlulukları söz konusudur. Bu konuda, hukukumuzda Sigorta Genel Şartlarında, farklı düzenlemeler mevcuttur. Sigorta genel şartlarında genel olarak, tarafların, kendi hakem-bilirkişilerinin ücret ve masraflarını ödeyecekleri, ancak üçüncü hakem-bilirkişinin ücret ve masraflarının yarı yarıya ödeneceği şeklinde düzenleme bulunduğundan, sigorta hukuku açısından öncelikle, bu şartlar uygulanacaktır¹⁴⁷⁹. Ancak, taraflar isterlerse, sigorta özel şartlarında, bu hükmün yerine, tarafların müteselsilen sorumluluğu ilkesini de benimseyebilir (TBK m. 162/I). Taraflarca böyle bir düzenleme olmadığı durumda, müteselsil sorumluluk sadece kanunda öngörülen hâllerde doğacaktır. (TBK m. 162/II)¹⁴⁸⁰.

¹⁴⁷⁶ Angstmann, s. 133, Rn. 277.

¹⁴⁷⁷ Brosi, s. 167.

¹⁴⁷⁸ Tandoğan, s. 364-365; Eren, Borçlar Özel, s. 721; Yavuz, Acar ve Özen, s. 676; Zevkliler ve Gökyayla, s. 670-671.

¹⁴⁷⁹ Bkz. İnşaat SGŞ Bütün Riskler B.2. maddesi i fıkrası; Montaj SGŞ 14. madde i fıkrası; Yangın SGŞ B.4. maddesi; Hırsızlık SGŞ B.3; Elektronik Cihaz SGŞ madde 12 i fıkrası; Makine Kırılması SGŞ madde 13 i fıkraları örnek olarak verilebilir.

¹⁴⁸⁰ Eren, Borçlar Genel, s. 1359-1360.

b. Hakem-Bilirkişi Ücretinin Belirlenmesi

aa. Hakem-Bilirkişi Ücretinin Sözleşmede Düzenlenmiş Olması

Taraflar hakem-bilirkişi sözleşmesiyle, hakem-bilirkişi ücretinin miktarını sözleşme özgürlüğüne göre serbestçe belirleyebilir¹⁴⁸¹. Ayrıca, hakem-bilirkişinin ücreti, hakem-bilirkişilik prosedürü devam ederken veya hakem-bilirkişi raporu taraflara verildikten sonra da kararlaştırılabilir. Ancak hakem ücretinde olduğu gibi, hakemin düzenlediği karar sonrası, yapılan ücret belirlemeleri taraflar arasında muhtemel ihtilafların ortaya çıkmasını önleyememektedir. Doktrinde, bu nedenle, hakem ücret belirlemelerinin, en geç hakem kararının verilmesinden önce yapılması gerektiği önerilmektedir¹⁴⁸². Aynı şekilde, hakem-bilirkişi raporunun tesliminden önce de tarafların hakem-bilirkişi ücretini belirlemeleri, muhtemel ihtilafların ortaya çıkmasını önlemeye hizmet edecektir.

Hakem-bilirkişinin ücreti, hakem-bilirkişilik sözleşmesinin karşı tarafı tüketici olması durumunda, tüketiciye ekonomik ağır bir yük getirmemeli ve ayrıca hakem-bilirkişi ücretinin tamamının, tüketici tarafından ödeneceği hakem-bilirkişilik şartları genel işlem koşullarına aykırılık teşkil etmektedir. Ancak, her iki tarafın tacir olduğu durumlarda, hakem-bilirkişi ücretlerinin nasıl ödeneceğine ilişkin, hakem-bilirkişinin tarafsızlığını etkilememek şartıyla, serbestçe düzenleme yapılabilir¹⁴⁸³. Hakem-bilirkişi ücreti, ayrıca, tarafların hasar bedellerini de geçmemeli özellikle küçük hasar bedellerinin belirlenmesine ilişkin durumlarda, hakem-bilirkişilik usûlünün kullanılmaması doktrinde tavsiye edilir¹⁴⁸⁴.

Taraflar hakem-bilirkişinin ücretini, sabit bir ücret, zamana bağlı bir ücret veya hakem-bilirkişi raporunda tespit edilen zarar miktarının, belli bir yüzdesi şeklinde kararlaştırabilirler. Hakem-bilirkişi ücretinin, sabit bir ücret olarak belirlenmesi genelde en çok tercih edilen durum olmakla birlikte, karmaşık hakem-bilirkişilik prosedürlerinde, hakem-bilirkişinin daha az ücret almasına, basit vakıa tespitlerinde ise tam tersi olarak, daha yüksek ücret almasına sebebiyet verebilir. Hakem-

¹⁴⁸¹ Meyer, s. 97; Brosi, s. 166; Angstmann, s. 131; Yeşilırmak, Hakem-Bilirkişilik, s. 718.

¹⁴⁸² Taşkın, s. 189.

¹⁴⁸³ Mentis, s. 173; Taşpınar, İspat Sözleşmeleri, s. 235.

¹⁴⁸⁴ Klocke, s. 37.

bilirkişinin ücretinin, zamana bağlı saatlik bir ücret olarak düzenlenmesi durumunda, hakem-bilirkişinin, hakem-bilirkişilik sürecini bilinçli olarak daha uzun sürede tamamlamasına sebebiyet verebilir. Son olarak, hakem-bilirkişi ücretinin, hakem-bilirkişi raporunda tespit edilen zarar miktarının belli bir yüzdesi olarak kararlaştırılması, hakem-bilirkişinin tarafsız ve bağımsızlığını zedelediğinden, genel işlem koşullarına aykırılık teşkil etmektedir¹⁴⁸⁵. Hakem-bilirkişi ücretine ayrıca hakem-bilirkişinin ödeyeceği verginin dâhil olup olmadığının da kararlaştırılması gerekir¹⁴⁸⁶.

Üçüncü hakem-bilirkişinin ücretinin, taraf hakem-bilirkişilere göre, makul belli oranda yüksek olması, hakem-bilirkişilerin tarafsız ve bağımsızlığını zedelememesi gerekir. Nitekim Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 440. maddesinin beşinci fıkrasında, tahkim yargılamalarında, taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça, başkan hakemin ücretinin, hakemlerden her birine ödenecek, hakem ücretinin yüzde on fazlası olarak hesaplanacağı düzenlenmiş olup bu hüküm üçüncü hakem-bilirkişi açısından da kıyasen uygulanabilir.

bb. Hakem-Bilirkişi Ücretinin Sözleşmede Düzenlenmemiş Olması

Hakem-bilirkişi sözleşmesi şekle tâbi olmadığı gibi, tarafların hakem-bilirkişiyle yaptıkları ücrete ilişkin sözleşme de herhangi bir şekle tâbi değildir¹⁴⁸⁷. Hakem-bilirkişilerin ücret miktarlarının nasıl belirlenebileceği konusunda bir düzenleme yoktur. Sigorta genel şartlarında bu hususta, hakem-bilirkişilerin ücret ve masraflarının nasıl paylaştırılacağına ilişkin düzenleme bulunmakla birlikte, hakem-bilirkişilerin alacağı ücretin miktarına ilişkin bir düzenleme yoktur. Ayrıca hakem-bilirkişiler bakımından resmî bir asgari ücret tarifesi, Alman ve İsviçre hukuklarında olduğu gibi hukukumuzda da yoktur¹⁴⁸⁸. Hukukumuzda, hakem-bilirkişilerin resmî asgari ücret tarifesine ilişkin düzenleme olmamakla birlikte, hakem-bilirkişilerin ücret

¹⁴⁸⁵ Bachmann, s. 89; Meyer, s. 96, 100; Brosi, s. 164-165; Ansgtmann, s. 131-132; Tahkim yargılamasında hakemin ücretine ilişkin değerlendirme açısından bkz. Taşkın, s. 190.

¹⁴⁸⁶ Meyer, s. 98.

¹⁴⁸⁷ Meyer, s. 96-97.

¹⁴⁸⁸ Meyer, s. 98; Brosi, s. 166; Ansgtmann, s. 131.

tarifesinin belirlenmesine ilişkin, İstanbul Ticaret Odasının 1979¹⁴⁸⁹, 2000¹⁴⁹⁰ ve 2012¹⁴⁹¹ yıllarında düzenlemiş olduğu, “İstanbul Ticaret Odası Tahkim-Uzlaştırma-Hakem-Bilirkişilik Gider ve Ücret Yönetmeliği” bulunmaktadır, ancak yönetmelik günümüzde güncellenmemiştir.

Hakemler hakkında da resmî asgari ücret tarifesini düzenlenmeden önce, hakemlerin ücretlerinin nasıl belirleneceğine ilişkin düzenleme yoktu. Bu boşluk, Yargıtay’ın 13.5.1964 tarihli 1/3 esas ve karar sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı ile doldurulmaktaydı. Yargıtay, “*Hakemlerin kendi ücretlerini belli edememeleri bir kimsenin kişisel alacağı hakkında hâkim olamayacağı, hüküm veremeyeceği kuralına dayanır. Gerçekten, hakemin kendi emeğinin karşılığı için hâkim durumuna girerek hüküm vermesi, hakemin tarafsızlığı kuralıyla bağdaşmaz. Hakem ücretinin akitte taraflarca belirtilmesi hâlinde (ki böyle bir akit Borçlar K. nun 19. maddesi hükmünce yapılabilir ve geçerliliği şekle tâbi değildir), bu ücretin hakemlerce alınması mümkündür. Aksi hâlde, hakemlerin genel hükümler uyarınca yetkili mahkemelere başvurarak emeklerinin karşılığı olan alacaklarının ödetilmesi için karar almaları gerekir. Ancak bu yön, kamu düzenini ilgilendirmedikinden Yargıtay’ca kendiliğinden göz önünde tutulamaz.*” şeklinde karar vermiştir¹⁴⁹².

Taşkın, kararda, hakemlerin kendi ücretlerini belirleyememeleri bakımından, bir kimsenin kendi kişisel alacağı hakkında hâkim olamayacağı ilkesinin gerekçe gösterilmesini eleştirmiştir. Çünkü bu kuralın, ancak bir kimsenin mahkemede açılan bir davada, davacı veya davalı şeklinde dar yorumlanması gerektiğini savunmaktadır. Bir kimse asıl uyuşmazlık bakımından, davacı ve davalı sıfatına sahip değilse ve asıl uyuşmazlık tamamen kendisinin dışındaysa, uyuşmazlık konusuna ilişkin karardan veya hükmün sonucundan, kendisi lehine bir hak doğmuyorsa veya kendisi borç altına girmiyorsa, bu ilkenin uygulanmaması gerektiğini ifade etmektedir. Hakemlerin,

¹⁴⁸⁹ İstanbul Ticaret Odası, **İstanbul Ticaret Odası Tahkim Uzlaştırma Hakem-Bilirkişilik Müesseseleri ve İstanbul Ticaret Odası, Tahkim-Uzlaştırma-Hakem Bilirkişilik Gider ve Ücret Yönetmeliği**, İstanbul 1979, s. 30-32.

¹⁴⁹⁰ İstanbul Ticaret Odası, **İstanbul Ticaret Odası Tahkim Uzlaştırma Hakem-Bilirkişilik Müesseseleri ve İstanbul Ticaret Odası, Tahkim-Uzlaştırma-Hakem Bilirkişilik Gider ve Ücret Yönetmeliği**, İstanbul 2000, s. 24-27.

¹⁴⁹¹ İstanbul Ticaret Odası, **İstanbul Ticaret Odası Tahkim Uzlaştırma Hakem-Bilirkişilik Müesseseleri ve İstanbul Ticaret Odası, Tahkim-Uzlaştırma-Hakem Bilirkişilik Gider ve Ücret Yönetmeliği (08.03.2012 Tarihi İtibariyle Revize Edilmiş Metin)**, İstanbul 2012, s. 37-39.

¹⁴⁹² Yargıtay İBK E. 64/I, K. 64/3, T. 13.5.1964 (RG. 8.7.1964 Sayı. 117478, s. 6) (Kuru, Usûl Cilt VI, s. 6030; Taşkın, s. 203).

hakem kararında kendi ücretlerini belirleyerek yer vermeleri hâlinde, o an itibariyle de ücretin miktarı konusunda bir ihtilaf yoktur. Diğer bir ifadeyle, hakem ücreti hakkındaki kararını, taraflarla aralarında bir ihtilaf söz konusu olmadan önce vermektedir. Tarafların ücretin miktarını belirlememeleri hâlinde, hakemlerin ücretin miktarını belirlemeleri, hakemlerin korunması ve çıkması muhtemel uyuşmazlıkların önlenmesine de hizmet eder. Hakem ücretinin aşırı, makul olmayan oran olarak, belirlenmesi hâlinde, tarafların ücrete ilişkin dava açma hakkına her zaman sahip olduğunu ifade etmektedir¹⁴⁹³.

Alman hukukunda, hakem-bilirkişilerin ücretinin sözleşmede düzenlenmemiş olması hâlinde, hakem-bilirkişilerin dava açması yerine, hakem-bilirkişinin ücretinin, kendi belirlemesi öncelikle tercih edilmektedir. Ancak, hakem-bilirkişinin ücretini kendisi belirlemesi, taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça, hakem-bilirkişi raporu gibi tarafları bağlayıcı bir etkiye sahip değildir. Hakem-bilirkişi, BGB § 315/I ve BGB § 316 hükümlerine göre, sözleşme taraflarından biri olarak, hakem-bilirkişi ücretini hakkaniyete göre belirleyebilir. Belirsiz hukukî kavram olan hakkaniyet, her bir somut duruma göre incelenecektir. Hakem-bilirkişi, bu nedenle, kendi ücretini belirlerken somut durumun tüm özelliklerini, örf adet ve teamül, hakem-bilirkişilik süresi, hakem-bilirkişilik sözleşmesi türü ve sözleşmenin kapsamını göz önünde tutması gerekir¹⁴⁹⁴.

Doktrinde bir görüş, hakem-bilirkişinin ücreti açısından, sosyal devlet anlayışı sebebiyle düşük bir fiyatlandırma tarifesine göre hazırlanan, bilirkişi ve tanıklık tarifesinin alt sınır olduğunu, avukatlık ve hakemlerin ücret tarifesini düzenleyen Avukatlar Hakkında Federal Harç Tarifesinin (BRAGO) üst sınır olması gerektiğini ifade etmiştir. Hakem-bilirkişinin ücret miktarını belirlemesi sonucunda, taraflar bu belirlemenin hakkaniyete uygun oldukları düşünürlerse ihtiyari olarak ödeme yapabilirler. Tarafların ihtiyari olarak ödeme yapmaması durumunda, hakem-bilirkişinin, ücretin ödenmesine ilişkin bir eda davası açması gerekir. Ayrıca taraflar, hakem-bilirkişin ücret belirlemesini hakkaniyete olmadığına kanaat getirirlerse bu durumda BGB § 315/III uyarınca, mahkemenin karar vermesi gerekir¹⁴⁹⁵.

İsviçre hukukunda da hakem-bilirkişilerin, ücretlerini kendilerinin belirlemesine izin verilmekte, ancak bu belirleme tarafları bağlamadığı için taraflar

¹⁴⁹³ Taşkın, s. 204-205.

¹⁴⁹⁴ Meyer, s. 99.

¹⁴⁹⁵ Meyer, s. 100.

uygun olmayan iddialara itiraz etme hakkına sahiptirler. Nitekim bu konuda bir ihtilaf olması hâlinde, hakem-bilirkişinin mahkemede ücretin ödenmesine ilişkin bir eda davası açması gerekir¹⁴⁹⁶.

Angtsmann, hakem-bilirkişinin ücreti sözleşmede düzenlenmediği durumda, bu ücretin teamül kuralına göre belirlenebileceğini ifade etmektedir. Hakem-bilirkişi, hangi meslek üzerine hakem-bilirkişi raporunu hazırladıysa, o mesleğin tâbi olduğu genel ücret tarifeleri dikkate alınarak belirlenmesi gerektiğini savunmaktadır. Örneğin, hakem-bilirkişi bir mimar veya mühendis, mimarlar ve mühendislerle ilişkin ücret tarifesi esas alınırken, avukat olması durumunda avukatlık asgarî ücret tarifesi esas alınmalıdır¹⁴⁹⁷. Ayrıca doktrinde hakem-bilirkişinin ücretinin belirlenmesinde, hakem-bilirkişi raporu hazırlanması için gereken süre ve konunun karmaşıklığı dikkate alınarak meslekî faaliyet için uygun bir ücret belirlenmesi gerektiği ifade edilmektedir¹⁴⁹⁸.

Hukukumuzda Yargıtay, hakemlerin ücretiyle ilgili karara benzer şekilde hakem-bilirkişiler hakkında da “...*hakem-bilirkişilerin selâhiyetleri hududuna giren işler hakkında karar verdikten sonra, bu hududu aşarak, raporlarının dördüncü bendiyle üçüncü hakem-bilirkişinin ücretinin tahsiline de karar verilmiş olması hâlinde, buna yetkileri olmadığından dördüncü bent hükmünün geçersiz*” olacağı şeklinde, hakem-bilirkişilerin kendi ücretlerini belirleyemeyeceğine karar vermiştir¹⁴⁹⁹. Mahkeme, hakem-bilirkişilerin, ücretlerini kendi belirlemeleri durumunda hakem-bilirkişi raporunun tamamının geçersiz olmasına değil, sadece hakem-bilirkişinin kendi ücretini belirlemiş olduğu bentin geçersiz sayılmasına karar vermiştir.

Hakem-bilirkişiler bakımından, resmî asgarî ücret tarifesi düzenlenmediğinden ve ücretini kendi belirlemesi hukukumuzda kabul edilmediğinden, hakem-bilirkişinin bir dava açması gerekir. Hakem-bilirkişilerin ne zaman dava açması gerektiği ve buna

¹⁴⁹⁶ Bachmann, s. 86-87; Angtsman, s. 132; Brosi, s. 166.

¹⁴⁹⁷ Angtsmann, s. 132.

¹⁴⁹⁸ Brosi, ücretin uygun olup olmadığı noktasında, harcanan süre, faaliyetin zorluğu, katlanılacak riskler, hakem-bilirkişinin sorumluluğu, başarı sonucunun ihtimali, benzer hizmetlere ilişkin ücret tarifeleri ve çekişmeli vakıanın değeri dikkate alınmalıdır (Brosi, s. 167).

¹⁴⁹⁹ Yargıtay TD. E. 1959/139, K. 1959/294, T. 29.1.1959, İKİD, C. 2, 1961, s. 1492 (Cantaymaz, s. 105, dn. 302).

bağlı olarak, hakem-bilirkişinin ücretinin ödenmesinin ne zaman muaccel olacağına belirlenmesi önem arz edecektir.

Alman hukukunda, hizmet sözleşmesinde düzenlenen, BGB § 614 hükmünde, hizmet işleminin bittikten sonra ücretin muaccel olacağı hükmü, hakem-bilirkişi ücretinin muacceliyeti açısından, kıyasen uygulanarak, hakem-bilirkişi raporundan sonra ücretin ödeneceği ifade edilmektedir¹⁵⁰⁰.

İsviçre hukukunda vekâlet sözleşmeleri açısından, bu konuda hüküm bulunmamasına rağmen, hakem-bilirkişi raporunun düzenlenmesinden sonra hakem-bilirkişinin ücretinin ödeneceği ifade edilmektedir¹⁵⁰¹.

Hukukumuzda da hakem-bilirkişi ücretinin hakem-bilirkişi raporunun düzenlenmesinden sonra talep edilebileceği ifade edilmektedir¹⁵⁰². Aynı şekilde tahkimde de hakem kararı verildikten sonra, hakem ücreti ödenecek olup tahkim yargılaması devam ederken, hakemin ücreti hakkında tespit davası açması, tahkim yargılamasında öngörülen sürenin uzamasına ve tarafla hakem arasındaki tarafsızlık ve bağımsızlığa zarar verecektir. Ayrıca hakem kararının verilmesinden sonra tespit davası açılmasında, hakemin hukukî yararı bulunamayacağından, sadece eda davası açılması gerekir¹⁵⁰³. Bu kapsamda, hakem-bilirkişinin de hakem-bilirkişilik prosedürü devam ederken tespit davası açması hem sürecin uzamasına hem de hakem-bilirkişinin tarafsızlığı ve bağımsızlığına aykırılık teşkil eder. Diğer yandan, hakem-bilirkişinin, hakem-bilirkişi raporu düzenlenmesinden sonra tespit davası açmasında da hukukî yararı bulunamayacağından, eda davası açması gerekir.

Hakem ücretlerine ilişkin, mahkemenin hakem ücretinin nasıl belirleyeceğine ilişkin, daha önce değindiğimiz, Yargıtay'ın 13.5.1964 tarihli 1/3 esas ve karar sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı'nda, "*Hakem ücretleri hakkında avukatlık ücret tarifesinin uygulanması hakemlikle avukatlık arasında tam bir benzerlik bulunmaması yönünden doğru değildir. Yasa koyucu avukatlık için sınırlama kabul ettiği hâlde hakemlik için böyle bir sınırlama söz konusu olmamıştır. Hakem ücretinin taraflar arasındaki uyumsuzluğun değer ve niteliğine, hakemin emeğine ve olayların olağan yürüyüşüne göre mahkemece belli edilmesi gerekir.*", şeklindeki kararda hakem ücreti

¹⁵⁰⁰ Meyer, s. 101.

¹⁵⁰¹ Brosi, s. 167; Bachmann, s. 85; Angstmann, s. 131.

¹⁵⁰² Yeşilırmak, Hakem-Bilirkişilik, s. 718; Cantaymaz, s. 105; Tandoğan, s. 575-576.

¹⁵⁰³ Taşkın, s. 200-201; Kuru, Usûl Cilt VI, s. 6038; Hanağası, s. 253.

belirlenirken hangi hususlara dikkat edileceği belirtilmiştir. Hakem ücreti için, Yargıtay kararlarındaki bu hususlar, hakem-bilirkişi ücretinin belirlenmesinde de önem taşıyacaktır¹⁵⁰⁴.

Hakem-bilirkişi ücretinin dayanağı, geçerli hakem-bilirkişi sözleşmesi olduğundan, hakem-bilirkişi raporunun iptal edilmesi, hakem-bilirkişinin ücret almasını engellemez. Ancak bu durumda taraflar, hakem-bilirkişinin sorumluluğuna gidebileceklerdir¹⁵⁰⁵.

Hakem-bilirkişilik prosedürü genel olarak bir davanın başlangıcından önce hazırlanmakla birlikte, davayı hazırlık için değil, ondan kaçınmak amacıyla başvurulduğundan, hakem-bilirkişi ücreti ve masrafları bir yargılama masrafı (ZPO § 91) niteliğinde değildir¹⁵⁰⁶. Ancak doktrinde, tarafların yargılama esnasında, hâkimin teşvikiyle (ZPO § 278a) veya kendi rızalarıyla, mahkeme bilirkişisi yerine, hakem-bilirkişiye başvuracaklarını kararlaştırmaları hâlinde, hakem-bilirkişi ücreti ve masraflarının yargılama masrafları sayılması gerektiği (ZPO § 91) ifade edilmektedir. Çünkü tarafların mahkeme bilirkişisine başvurması durumunda, ek rapor veya yeni bilirkişi raporu alınması ihtimali ve mahkemenin bilirkişi raporunu değerlendirmesi şeklinde, uzun bir zaman alacak ve bu durum, yargılama masraflarının daha da artmasına sebebiyet verecektir. Bu nedenle, tarafların uyuşmazlığın temelini teşkil eden çekişmeli vakıyı bağlayıcı bir şekilde hakem-bilirkişi raporuyla tespit ettirmeleri yargılamayı hızlandırmaktadır. Ancak, buna rağmen davayı kazanan tarafın, ayrıca hakem-bilirkişi masraflarını da kendisinin ödemesi adil olmadığı ve usûl ekonomisine de uygun olmadığı ifade edilmektedir¹⁵⁰⁷.

Hukukumuzda da doktrinde bizim de katıldığımız görüşe göre, hakem-bilirkişi ücretinin bir yargılama masrafı olarak sayılması gerektiği konusunda görüşler bulunmaktadır. *Yeşilırmak*'a göre de aksine taraf anlaşması olmadığı sürece, hakem-bilirkişi ücret ve masraflarının, hakem ücret ve masrafları veya bilirkişi ücreti gibi davada haksız çıkan tarafa yükletilmesi gerektiğini savunmaktadır¹⁵⁰⁸.

Pekcanıtez, bu konuda, hakem-bilirkişi ücreti hakkında değil, uzman görüşü hakkında, yakın yorumlarda bulunmaktadır. Yazara göre, taraf kendisine karşı açılan

¹⁵⁰⁴ Cantaymaz, s. 104; Demirel, s. 35.

¹⁵⁰⁵ Meyer, s. 101.

¹⁵⁰⁶ Meyer, s. 100; Greger ve Stubbe, s. 64; Angstmann, s. 133.

¹⁵⁰⁷ Greger ve Stubbe, s. 65.

¹⁵⁰⁸ Yeşilırmak, Hakem-Bilirkişilik, s. 719.

bir davada, dava dilekçesine cevap verebilmek için mutlaka bir uzman görüşü almak zorundaysa, bunun için ödediği ücreti, davanın sonunda haklı çıkması hâlinde, yargılama giderleri içinde isteyebilmelidir. Ancak burada taraflarla özel bilirkişi raporunu hazırlayan arasındaki sözleşmeye dayalı ücret uygulanmayıp resmî bilirkişiye uygulanan resmî ücret tarifesi esas alınması gerektiğini belirtmektedir¹⁵⁰⁹.

2. Hakem-Bilirkişinin Avans ve Giderleri (Masrafları) İsteme Hakkı

Türk Borçlar Kanunu'nun 510. maddesinin birinci fıkrasında, vekâlet veren, vekâletin gereği gibi ifası için vekilin yaptığı giderleri ve verdiği avansları faiziyle birlikte ödemek ve yüklendiği borçlardan onu kurtarmakla yükümlü olduğu düzenlenmiştir¹⁵¹⁰. Hakem-bilirkişi de kural olarak, tanımadığı taraflarla, çekişmeli vakıanın bağlayıcı şekilde tespiti için bir hakem-bilirkişi sözleşmesi kurmaktadır. Ancak taraflar, ödeme gücünü kaybedebilir veya sonradan hakem-bilirkişilik ücret ve masraflarını ödemeyi reddedebilir. Bu durumda, hakem-bilirkişilik maliyetleri, hakem-bilirkişiye haksız bir şekilde kalabilir. Bu nedenle, hakem-bilirkişinin sözleşmede avansa ilişkin düzenleme yapması tavsiye edilir. Bu sayede hakem-bilirkişi, hakem-bilirkişilik masraflarını tek başına üstlenmez ve taraflar da hakem-bilirkişiye mali güvence sağlarlar. Hakem-bilirkişi ücreti, hakem-bilirkişi raporunun düzenlenmesinden sonra ödeneceği için hakem-bilirkişiye avans ödenmesi, günümüzde, teamül kuralı hâline gelmiştir. Ancak, bu konuda kanunî düzenleme olmadığından zorunlu olmayıp tarafların sözleşmede kararlaştırmaları durumunda geçerlidir. Taraflar, avansın ne zaman ve nasıl ödeneceğini serbestçe kararlaştırabilirler. Ancak, hakem-bilirkişi raporunun düzenlenmesinden önce, avans ödemelerinin yapılmış olması gerekir¹⁵¹¹. Ayrıca, avans miktarını taraflardan birinin ödememesi durumunda, diğer tarafça bu avansın ödenmesi de taraflar kararlaştırabilirler. Bu durum, hakem-bilirkişinin tarafsızlık ve bağımsızlığını ve taraflara eşit davranmasına ilişkin ilkeyi ihlal etmez. Çünkü aksi takdirde, hakem-bilirkişinin işlem yapmama hakkı vardır¹⁵¹².

¹⁵⁰⁹ Pekcanitez, Uzman Görüşü, s. 403.

¹⁵¹⁰ Tandoğan, s. 574; Eren, Borçlar Özel, s. 744-745; Yavuz, Acar ve Özen, s. 677; Zevkliler ve Gökyayla, s. 668-670.

¹⁵¹¹ Meyer, s. 101-102; Angstmann, s. 132-133; Brosi, s. 169-170.

¹⁵¹² Angstmann, s. 133.

Alman hukukunda, hakem-bilirkişinin avansın ödenmemesi durumunda, dava açması, hakem-bilirkişinin tarafsız ve bağımsızlığına aykırılık oluşturacağından kabul edilmemektedir. Bu durumda, hakem-bilirkişinin sözleşmeyi haklı nedenle feshedebileceği (BGB § 626) veya BGB § 273 hükmü uyarınca, hakem-bilirkişinin avansı ödeninceye kadar, hakem-bilirkişi raporunu düzenlememe hakkı vardır¹⁵¹³. Aynı şekilde, İsviçre hukukunda da hakem-bilirkişi avansın ödenmesine ilişkin, hakem-bilirkişilik prosedürü devam ederken, hakem-bilirkişinin tarafsız ve bağımsızlığına zarar vereceğinden dolayı dava açamaz. Hakem-bilirkişi, bu durumda, görevinden istifa edebilir, hakem-bilirkişi sözleşmesini olağanüstü sebeple feshedebilir veya hakem-bilirkişi raporunu düzenlemez¹⁵¹⁴.

Hukukumuzda, hakem-bilirkişi hakkında avansın ödenmemesi, durumunda, nasıl bir yaptırım uygulanacağına ilişkin bir düzenleme yoktur. Ancak, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 442. maddesinin ikinci fıkrasında, hakemler hakkında, bu konuda hüküm vardır. Hükme göre, avansın, hakem veya hakem kurulu kararında öngörülen sürede ödenmemesi durumunda, hakem veya hakem kurulunun yargılamayı durdurabileceği düzenlenmiştir. Yargılamanın durdurulduğunun taraflara bildirilmesinden itibaren, bir ay içinde avans ödenirse, yargılamaya devam olunacağı, aksi hâlde tahkim yargılamasının sona ereceği düzenlenmiştir. Kanaatimizce, bu hüküm, hakem-bilirkişilik prosedürü açısından da kıyasen uygulanarak, hakem-bilirkişi sözleşmede kararlaştırılan avansın kendisine ödenmemesi durumunda, hakem-bilirkişilik faaliyetini durdurma hakkı ve yine belirtilen sürede ödenmemesi durumunda, hakem-bilirkişilik faaliyetini sona erdirmeye hakkının tanınması gerekir.

Hakem-bilirkişinin, hakem-bilirkişilik prosedürü için birçok masraf yapması gerekebilir. Bunlara örnek olarak seyahat masrafları, hakem-bilirkişinin sekreterinin ücreti, hakem-bilirkişinin keşif masrafları, tebligat veya başka masraflar da verilebilir. Doktrinde, bu masraflar hakkında, taraflarca özel bir anlaşma olmadıkça, genelde hakem-bilirkişinin ücretine dâhil olduğu ifade edilmektedir¹⁵¹⁵. Ancak, diğer yandan, hakem-bilirkişi ofis kirası, elektrik, su, doğalgaz gibi, genel giderleri taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça hakem-bilirkişi gideri olarak isteyemez. Çünkü bu giderler, hakem-bilirkişi raporunun hazırlanması için zorunlu olan masraflar değildir. Hakem-

¹⁵¹³ Meyer, s. 102.

¹⁵¹⁴ Brosi, s. 171.

¹⁵¹⁵ Meyer, s. 103; Brosi, s. 169.

bilirkişi, bu nedenle işin görülmesiyle ilgili olmayan avans ve giderleri, ekonomik yönetim açısından, hakem-bilirkişi faaliyetinin yerine getirilmesine ilişkin faydalı olmadığı sürece isteyemez. Yapılan gider ve verilen avans, işin görülmesi için zorunlu nitelikteyse, bunlar, objektif anlamda gerekli avans ve giderlerdir. Dolayısıyla taraflar, hakem-bilirkişinin gereksiz yere yaptığı ya da aşırı yüksek avans ve giderleri ödemek zorunda değildir¹⁵¹⁶.

Sigorta genel şartlarında, hem hakem-bilirkişi ücretinin hem de masraflarının nasıl ödeneceğine ilişkin özel bir düzenleme vardır. Bu düzenlemeye göre, tarafların, kendi hakem-bilirkişilerinin ücret ve masraflarını ödeyecekleri, ancak üçüncü hakem-bilirkişinin ücret ve masraflarının yarı yarıya ödeneceği düzenlenmiştir¹⁵¹⁷. Ayrıca vekâlet sözleşmesinde, vekil vekâlet verenin istemi üzerine yürüttüğü işin hesabını vermek ve vekâletle ilişkili olarak aldıklarını vekâlet verene vermekle yükümlüdür (TBK m. 508/I). Hakem-bilirkişi de öncelikle hakem-bilirkişilik masrafları bakımından, hesap vermekle yükümlü olup hangi durum için hangi masrafta bulunduğunu belgelemek zorundadır. Ayrıca hakem-bilirkişi, hakem bilirkişi raporunu teslim ettikten sonra hakem-bilirkişi masraf ve avanslarını toplamalı ve fazla olanları iade etmelidir¹⁵¹⁸.

VII. HAKEM-BİLİRKİŞİNİN SORUMLULUĞU

Hakem-bilirkişinin hukukî ve cezaî şeklinde iki tür sorumluluğu vardır. Öncelikle hakem-bilirkişinin hukukî sorumluluğu, daha sonra cezaî sorumluluğu incelenmeye çalışılacaktır.

A. Hakem-Bilirkişinin Hukukî Sorumluluğu

Hakem-bilirkişi ve taraflar arasında kurulan, hakem-bilirkişi sözleşmesinden hakem-bilirkişi birçok yükümlülüklere sahiptir. Hakem-bilirkişinin ana edim ve yan

¹⁵¹⁶ Meyer, s. 103-104; Brosi, s. 168-169; Vekâlet sözleşmesi açısından bkz. Tandoğan, s. 579-583; Eren, Borçlar Özel, s. 749; Yavuz, Acar ve Özen, s. 677-678; Zevkliler ve Gökyayla, s. 669.

¹⁵¹⁷ Bkz. İnşaat SGŞ Bütün Riskler B.2. maddesi i fıkrası; Montaj SGŞ 14. madde i fıkrası; Yangın SGŞ B.4. maddesi; Hırsızlık SGŞ B.3; Elektronik Cihaz SGŞ madde 12 i fıkrası; Makine Kırılması SGŞ madde 13 i fıkraları örnek olarak verilebilir.

¹⁵¹⁸ Meyer, s. 103-104.

edim yükümlülüklerinden kaynaklanan, sözleşme öncesi (culpa in contrahendo), hakem-bilirkişilik süreci veya sonrasındaki aşamalarda yükümlülük ihlalleri hakem-bilirkişinin sorumluluğunu doğurabilir.

Hakem-bilirkişinin sorumluluğu açısından, öncelikle sorumluluk ölçütünün belirlenmesi ve bu konuda tarafların sorumsuzluk anlaşmalarını yapıp yapamayacakları belirlenmelidir. Hakem-bilirkişi sözleşmesinin, sözleşmeye niteliği dikkate alındığında, tarafların, hakem-bilirkişiyi her yükümlülük ihlalinden, sorumlu tutma şeklinde bir iradesi olmayabilir. Hakem-bilirkişinin, bu nedenle konumu ve yapmış olduğu faaliyet nedeniyle kusura dayalı sorumluluk bağlamında bir sorumluluk imtiyazından yararlanıp yararlanamayacağının belirlenmesi gerekir.

Alman hukukunda, hakem-bilirkişinin çekişmeli vakıa tespitinde bulunduğu, dar anlamda hakem-bilirkişilik sözleşmeleri bakımından, usûl hukuku savunucularından bazıları, hakem-bilirkişinin de kısmî yargılama faaliyetinde bulunduğunu ifade etmektedir. Bu nedenle hakem-bilirkişinin de bir kamu görevlisi olarak, tarafların kurmuş olduğu açık veya zımnî bir sözleşmeyle, hâkimlerin yararlanmış olduğu BGB § 839/II'de düzenlenen imtiyazdan kıyasen yararlanması gerektiğini savunmaktadır. Çünkü taraflar, hakem-bilirkişiye sorumluluk açısından hâkimin sorumluluğundan, daha katı şartlar getiremez. Tarafların farazî iradeleri de hakem-bilirkişi açısından BGB § 839/II hükmünün uygulanması yönündendir. Çünkü hakem-bilirkişi ancak bu sayede tarafsız ve bağımsız şekilde faaliyetini gerçekleştirebilir¹⁵¹⁹. Bu hüküm, her ne kadar kamu görevlilerini dikkate alınarak düzenlense de kamu görevlisi olmayan hakemler açısından da doktrin ve mahkeme içtihatlarına göre, kıyasen uygulanmaktadır¹⁵²⁰. Dolayısıyla hakemler açısından uygulanan BGB § 839/II hükmü, aynı şekilde hakem-bilirkişiler açısından da kıyasen uygulanması gerekmektedir.

Maddî hukuk savunucularından bazıları, hakem-bilirkişinin bir yargılama faaliyetinde bulunmadığını ve kamu görevlisi olmadığını ifade ederek BGB § 839/II hükmünün, hakem-bilirkişiye kıyasen uygulanmasını reddederler. Bu nedenle, hakem-bilirkişi hafif ihmal, ağır ihmal ve kast şeklinde her türlü kusurdan sorumluluğu

¹⁵¹⁹ Rauscher, s. 247; Walther J. Habscheid, "Aus der Höchststrichterlichen Rechtsprechung zur Schiedsgerichtsbarkeit", **KTS 1957/11**, s. 167.

¹⁵²⁰ Rauscher, s. 247-248; Habscheids, KTS 1957/11, s. 167; Meyer, s. 124-125; Taşkın, s. 181.

ifade edilmektedir¹⁵²¹. Bununla birlikte, özellikle hakem-bilirkişinin kusurunun hafif ihmâl olması durumunda sorumluluğunun, pratik olarak uygulama alanının, muhtemelen çok dar olacağı belirtilmektedir. Çünkü hakem-bilirkişi raporunun sonucunun hatalı olduğunu ve bu hatanın o hakem-bilirkişiden kaynaklı olduğunun ispatlanmasının zor olduğu, özellikle birden fazla hakem-bilirkişi olması durumunda, bunun ispatının daha da zor bir durum teşkil edeceği doktrinde ifade edilmektedir¹⁵²².

Doktrinde diğer bir görüş ise hakem-bilirkişinin bir yargılama faaliyetinde bulunmadığını ve kamu görevlisi olmadığını, bu nedenle BGB § 839/II hükmünün, hakem-bilirkişi açısından kıyasen uygulanamayacağını ifade etmektedir. Alman hukukundaki, BGB § 839/II hükmünün amacı, yargılama yapan hâkim ve hakemin yargılama yaparak vermiş olduğu kararın kesin hüküm özelliğini korumaktır. Ayıca hâkimin sorumluluğunda, taraflar ve hâkim arasında bir sözleşme olmadığından, haksız fiil sorumluluğuna dayanılmaktadır. Nitekim BGB § 839 hükmü, Alman Medenî Kanunu'nun haksız fiillere ilişkin kısmında düzenlenmiş bir hükümdür. Ancak, hakem-bilirkişinin sorumluluğu taraflarla arasındaki hakem-bilirkişi sözleşmesine dayanacağından, BGB § 839/II hükmü doğrudan veya kıyasen uygulanamaz¹⁵²³. Ancak hakem-bilirkişi yetkilerini hakem-bilirkişi sözleşmesinden almakta ve hakem-bilirkişi sözleşmenin ifa edilmemesi ve gerektirdiği gibi ifa edilmemesinden sorumludur. Hakem-bilirkişi yetkisini, hakem-bilirkişi sözleşmesinden aldığı için taraflar hakem-bilirkişinin sorumluluğunu, hakem-bilirkişi sözleşmesiyle sınırlamakta serbesttir. Taraflar bu nedenle, BGB § 276 hükmü uyarınca, hakem-bilirkişinin kast ve ağır ihmalden sorumlu olup hafif ihmalden sorumlu olmayacağına dair sözleşme yapılabilir (BGB § 276/III)¹⁵²⁴. Ayrıca hakem-bilirkişi raporu bağlayıcı olmasına rağmen, hakem-bilirkişinin hakem-bilirkişilik görevini gereği gibi ifa edememesi durumunda, doktrinde hakem-bilirkişinin ücretinde bir indirim yapıp yapılmaması tartışmalı olmakla birlikte, taraflar arasında bu konuda açık bir anlaşma olmadığı sürece, hakem-bilirkişinin ücret alacağını tam olarak alacağı ifade edilmektedir. Çünkü aksine bir durum, hakem-bilirkişinin sonuç taahhüdünü

¹⁵²¹ Kisch, Schiedsmann, s. 79; Marsilius, s. 1015; Bongartz, s. 31.

¹⁵²² Kisch, Schiedsmann, s. 82.

¹⁵²³ Meyer, s. 124; Kleinschmidt, s. 765.

¹⁵²⁴ Meyer, s. 124-125.

doğuracak şekilde, kusursuz sorumluluğunu ve hakem-bilirkişi sözleşmesinin de eser sözleşmesi olarak nitelendirilmesi sonucunu doğuracaktır¹⁵²⁵.

Alman İmparatorluk Mahkemesi kararında, hakem-bilirkişiyi korumuş ve hakem-bilirkişiyi sorumluluktan muaf geniş bir alan tanıyarak, hakem-bilirkişinin bilmesi gereken teknik ve bilimsel kuralları ihlâl etmesi durumunun, bir ağır ihlâl olduğunu ve sadece bu durumda, hakem-bilirkişinin sorumlu olduğuna karar vermiştir¹⁵²⁶. Alman Federal Mahkemesi, hakem-bilirkişinin sorumluluğu hakkında ilk vermiş olduğu kararlarda, hakem-bilirkişinin, her türlü kusurdan sorumluluğu olduğuna (für jedes Verschulden) karar vermiştir¹⁵²⁷. Alman Federal Mahkemesi, sonradan verdiği kararlarında, bu ilkeyi biraz terk etmiş ve tarafların sadece hakem-bilirkişi raporunun açıkça hakkaniyete aykırı veya yanlış olduğunu ispat etmesi durumunda, hakem-bilirkişinin sorumluluğuna gidilebileceğine karar vermiştir¹⁵²⁸.

İngiliz hukukunda hakem-bilirkişinin sorumluluğuna ilişkin, ilk açılan davalarda¹⁵²⁹, onun bir yarı hakem (quasi-arbitrators) olduğu, bu nedenle hakeme tanınan sorumluluk imtiyazından, hakem-bilirkişinin de yararlanması gerektiği ifade edilmiştir. Ancak İngiliz hukukunda, günümüzde yarı hakem (quasi-arbitrators) kavramı, mahkeme kararlarında ve doktrinde artık kullanılmamaktadır. Nitekim doktrinde, bu hususun hakem-bilirkişilere dokunulmazlık sağlamak için yapay olarak üretildiği ve tam olarak anlaşılamadığı için sona erdirildiği ifade edilmektedir¹⁵³⁰.

Alman hukukundaki hakem-bilirkişiyi koruyan mahkeme kararlarına karşın, Fransız ve İngiliz hukukundaki mahkeme kararlarında, hakem-bilirkişi korunmamaktadır. İngiliz ve Fransız mahkeme kararlarında, hakem-bilirkişi raporunun iptali çok zor olup tarafların hakem-bilirkişi raporunu iptal edememesinden kaynaklanan zararlarını, hakem-bilirkişinin sorumluluğundan karşılamaktadır. Bu nedenle hakem-bilirkişinin kast, ağır ve hafif ihmal şeklinde, her türlü kusurdan sorumluluğu söz konusudur. Taraflar bu nedenle hakem-bilirkişinin sadece uzmanlığını değil, aynı zamanda hakem-bilirkişinin ekonomik durumunu da

¹⁵²⁵ Meyer, s. 132.

¹⁵²⁶ RG Urt. v. 29. 10. 1932 JW 1933, 217 (Rauscher, s. 247, dn. 113).

¹⁵²⁷ BGH 22 344 ff.; NJW 1957, 587; DRiZ u. Recht 1933, 22; HRR 1933, 658; JW 1933, 217 (Rosenberg, Lehrbuch ZPO, s. 848).

¹⁵²⁸ BGH Urt. v. 22. 4. 1965 NJW 1965, 1523 (Rauscher, s. 247, dn. 114).

¹⁵²⁹ Pappa v Rose (1872) L. R. C.P 525 (Kendall, Freedman ve Farrell, s. 251).

¹⁵³⁰ Kendall, Freedman ve Farrell, s. 258.

inceleyerek hakem-bilirkişiyi seçmektedirler¹⁵³¹. Bu nedenle İngiliz hukukunda hakem-bilirkişiler, tarafların kendi sorumluluklarına gidilememesi için gerekçe içermeyen (Non-Speaking Expert Determination) hakem-bilirkişi raporu vermeyi ve ayrıca sorumluluk davası açılma riskine ilişkin, bir meslekî sorumluluk sigortası yapmayı tercih etmektedirler¹⁵³².

Kleinschmidt, hakem-bilirkişinin Fransız ve İngiliz hukukunda, daha az korunma sebebine ilişkin olarak, Alman hukukundaki BGB § 319 hükmü gibi, mahkeme tarafından karar verilmesini sağlayan koruyucu bir hükmün, bu ülke hukuklarında olmadığını gerekçe göstermektedir. Çünkü tarafların, hakem-bilirkişinin faaliyetini gerçekleştirmediğinde veya hakem-bilirkişi raporunun iptal edilmesinde, yeni bir hakem-bilirkişi sözleşmesi yapmaları durumu, daha yüksek masraflara yol açmaktadır. Ayrıca bu hukuk sistemlerinde kural olarak, hakem-bilirkişilik sözleşmesinde, açıkça hakkaniyete aykırılık veya yanlışlık şeklinde bir ifade, Alman hukukundan farklı olarak esaslı bir unsur niteliğinde değildir. Sadece tarafların bunu açıkça kararlaştırmaları hâlinde, hakem-bilirkişi raporu, bu sebeplere dayanılarak iptal edilebilir. Bu nedenle, tarafların hakem-bilirkişi raporunu iptal etmeleri, kamu düzeni, emredici kurallara aykırılık gibi, çok üst düzey durumlarda mümkün olmaktadır. Dolayısıyla taraflar, hakem-bilirkişi raporunu iptal etmek yerine, zararlarını hakem-bilirkişinin sorumluluğundan karşılamaktadırlar¹⁵³³.

İsviçre hukukunda *Angstmann*'a göre, hakem-bilirkişinin görevi ihlâl etmesi durumunda, bir yandan ücretinde indirim; diğer yandan tazminat ödeme yükümlülüğünün söz konusu olabileceğini belirtmektedir. Vekâlet hukukunun temel prensibi olan, yetersiz hizmet veren kişi, buna göre daha az kazanmalıdır ilkesinden hareketle, hakem-bilirkişinin kusuru nedeniyle hakem-bilirkişi raporunun bağlayıcı olmadığı ortaya çıkarsa ücret talebinde bulunamayacağını savunmaktadır¹⁵³⁴. Ayrıca hakem-bilirkişi, borcun yerine getirilmemesi veya gerektiği gibi yerine getirilmemesinden (SchOR Art. 97), sözleşmeye ilişkin sorumluluk bağlamında, hakem-bilirkişi hiçbir şekilde kusuru olmadığını ispatlamadıkça sorumludur¹⁵³⁵.

¹⁵³¹ Kleinschmidt, s. 769-771.

¹⁵³² Kendall, Freedman ve Farrell, s. 152.

¹⁵³³ Kleinschmidt, s. 767-770.

¹⁵³⁴ Angstmann, s. 134, Rn. 280; Brosi, s. 186-187.

¹⁵³⁵ Angstmann, s. 134, Rn. 281; Brosi, s. 182.

Ancak hakem-bilirkişinin, üçüncü kişilere karşı, bu kişiler sözleşmeye taraf olmadığı sürece, sorumluluğu yoktur¹⁵³⁶.

Brosi, hakem-bilirkişi ve uzman görüşünü hazırlayan uzman arasında sorumluluk açısından fark olmadığını, hakem-bilirkişi raporunun bağlayıcı etkisi olsa dâhi, hakem-bilirkişinin sorumluluğuna gidilebileceğini ifade etmektedir. Bu nedenle hakem-bilirkişi hakkında zımnen sorumluluk imtiyazının olmadığı ve hakem-bilirkişinin taraflarla sorumsuzluk anlaşması yapmadığı sürece, her türlü kusurdan sorumlu olduğunu savunmaktadır¹⁵³⁷. Ancak taraflar, İsviçre Borçlar Kanunu'nun 100. maddesinin birinci fıkrasına göre, hakem-bilirkişinin, sadece hafif ihmalden sorumlu olmayacağına dair, sorumsuzluk anlaşmaları yapabilirler (SchOR Art. 100/I)¹⁵³⁸.

Hukukumuz açısından da hakem-bilirkişinin, hakem-bilirkişi sözleşmesinden doğan yükümlülüklerini ihlâl etmesi hâlinde, bu ihlâle karşı uyuşmazlık taraflarının başvurabileceği, hukukî koruma yollarının belirlenmesi önem arz edecektir. Hakem-bilirkişinin hukukî sorumluluğu hakkında, kanunî bir düzenleme olmadığından, taraflarla hakem-bilirkişi arasındaki hakem-bilirkişi sözleşmesinden kaynaklanan, aslî ve yan yükümlülüklerin ihlâl edilmesi durumunda, hakem-bilirkişinin sorumluluğuna gidilebilecektir. Hakem-bilirkişi sözleşmesi kanunda düzenlenmemiş iş görme sözleşmesi olduğundan, vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümler kıyasen uygulanarak (TBK m. 502/II), hakem-bilirkişinin sorumluluğu belirlenecektir. Vekâlet sözleşmesinde vekilin objektif özen yükümlülüğüne¹⁵³⁹ ilişkin hükümler (TBK m. 506/III) kıyasen uygulama alanı bulacağından, hakem-bilirkişi açısından da bir objektif özen yükümlülüğü söz konusudur¹⁵⁴⁰. Basiretli bir hakem-bilirkişinin göstermesi gereken davranış esas alınacak, bu nedenle hakem-bilirkişi, hakem-bilirkişilik faaliyetini gerçekleştirirken dikkatli ve özenli olmak zorundadır. Bu

¹⁵³⁶ Angstmann, s. 135.

¹⁵³⁷ Brosi, s. 180-181.

¹⁵³⁸ Brosi, s. 183.

¹⁵³⁹ Vekilin göstereceği özen belirlenirken, görülecek işin niteliği, vekâletin türü, tarafların nitelikleri dikkate alınacak, vekil üzerine aldığı işi ifa ederken aynı şartlar altında iş gören basiretli, özenli bir vekil gibi hareket edecektir. Dolayısıyla vekilin özen derecesinin belirlenmesinde, vekilin mesleki bilgi ve deneyimi dışında, onun uzmanlık bilgi ve deneyimi de dikkate alınır. Ancak vekil kendi subjektif ve psikolojik yetersizliklerine, özellikle öğrenim, bilgi ve deneyim eksikliğine, meslek, teknik, bilim ve sanat alanındaki yenilikleri takip etmede yetersizliğine dayanamaz. Ayrıca vekil işin ağırlık ve çokluğunu, zamanın yetersizliğini, uykusuz bırakıldığını, yorgunluk ve dalgınlığı onun sübjektif durumu olduğu için ileri süremez (Eren, Borçlar Özel, s. 739-740); Tandoğan, s. 411-412.

¹⁵⁴⁰ Brosi, s. 157-158; Angstmann, s. 124.

nedenle, hakem-bilirkişi, kendisine verilen görevde, uzman ve tecrübeli değilse, hakem-bilirkişi görevini öncelikle kabul etmemelidir. Hakem-bilirkişilik görevini kabul etmiş olan hakem-bilirkişi, hakem-bilirkişi raporunu düzenlendikten sonra uzman olmadığını ileri süremeyecektir. Hakem-bilirkişi raporu hazırlarken, meslekî tanınmış kurallara uygun davranmalı ve hakem-bilirkişi raporu anlaşılır, mantıklı ve o konuya özgü spesifik olmalıdır¹⁵⁴¹.

Hakem-bilirkişi ve taraf arasında hakem-bilirkişi sözleşmesine dayalı bir sorumluluk söz konusu olduğu ve hakem-bilirkişiler bir kamu görevlisi olmadığı için hâkim (HMK m. 46) veya bilirkişilerin sorumluluğundaki (HMK 285/I) gibi, önce devletin sorumluluğuna, sonra kamu görevlisinin sorumluluğuna gidileceğine dair hükümler, hakem-bilirkişiler bakımından doğrudan veya kıyasen uygulanamaz. Ayrıca hakem-bilirkişi, her ne kadar özel hukuka ilişkin bir sözleşmeyle yetkili ve sorumlu olsa dâhi, yargılama faaliyetinde bulunmadığından, hakemlere ilişkin sorumluluğun¹⁵⁴² düzenlendiği, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 419. maddesi de doğrudan veya kıyasen uygulanamaz. Ancak hakem-bilirkişi de hakem de haklı bir neden olmaksızın görevini yerine getirmekten kaçındığı takdirde, tarafların bu nedenle uğradığı zararı gidermekle yükümlüdür (TBK m. 512, 112)¹⁵⁴³.

Hakem-bilirkişinin hukukî sorumluluğu, hakem-bilirkişi sözleşmesinin ifa edilmemesi veya gereği gibi ifa edilmemesi durumunda ortaya çıkacak olup hakem-bilirkişi kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe tarafların bundan doğran zararını gidermekle yükümlüdür (TBK m. 112)¹⁵⁴⁴.

Hakem-bilirkişinin sorumluluğu hakkında açık bir kanunî düzenleme olmadığı için hakem-bilirkişi, vekâlet sözleşmesine ilişkin genel hükümlere göre sorumlu olacak olup hakem-bilirkişi kast, ağır ve hafif ihmal şeklinde her türlü kusurdan sorumludur (TBK m. 502/II kıyasen, TBK m. 400/I)¹⁵⁴⁵. Ayrıca hakem-bilirkişi raporunun iptal edilebilir olmasında, tarafların da kusurlarının olması mümkündür. Hukukumuz açısından zararı azaltma külfetinin dayanağı olarak, Türk Borçlar

¹⁵⁴¹ Meyer, s. 89.

¹⁵⁴² Hakemlerin hukukî sorumluluğu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Orhan Emre Konuralp, “**Hakemlerin Hukukî Sorumluluğu**”, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi Ekonomi ve Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2018, s. 199-250; Özbek, Tahkim Cilt I, s. 1051-1070.

¹⁵⁴³ E. Konuralp, s. 229-230.

¹⁵⁴⁴ Eren, Borçlar Genel, s. 1174-1182; Oğuzman ve Öz, s. 403-405.

¹⁵⁴⁵ Yeşilirmak, Öneri, s. 49; Eren, Borçlar Özel, s. 740-741.

Kanunu'nun 52. maddesi gösterilmektedir. Ancak, bu hüküm haksız fiil sorumluluğunda düzenlenmektedir. Türk Borçlar Kanunu'nun 114. maddesinin ikinci fıkrasında, haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümlerin kıyas yoluyla, sözleşmeye aykırılık hükümlerinde de uygulanacağı düzenlenmiştir¹⁵⁴⁶. Bu nedenle, hakem-bilirkişinin sorumluluğu davasında, hâkim, hakem-bilirkişi raporunun iptal edilmesinde tarafların kusurları şeklinde müterafik kusurlar da dikkate alınarak, hakem-bilirkişinin sorumlu olduğu tazminat miktarını indirilmeli veya tamamen kaldırmalıdır. Dolayısıyla hâkim, zarar gören, zararı doğuran fiile razı olmuş veya zararın doğmasında ya da artmasında etkili olmuş veya tazminat yükümlüsü olarak hakem-bilirkişinin durumunu ağırlaştırmışsa, tazminatı indirebilir veya tamamen kaldırabilir (TBK m. 52/I)¹⁵⁴⁷. Bu hüküm doktrinde, tarafların, hakemler açısından, hakem kararının iptali yoluna başvurmayıp doğrudan hakemin hukukî sorumluluğuna gidilmesi durumunda, tarafların zararı azaltma külfetine aykırılık teşkil edeceği prensibinin temelini oluşturmaktadır. Çünkü öncelikle hakem kararının iptaline ilişkin davadan sonra, hakemin hukukî sorumluluğuna gidilebileceği savunulmakta ve tarafların hakem kararına ilişkin iptal davası açmayıp doğrudan hakemin hukukî sorumluluğu hakkında dava açması durumunda, davanın dava şartı olan hukukî yarar yokluğundan, usûlden reddedileceği savunulmaktadır¹⁵⁴⁸. Aynı şekilde, hakem-bilirkişi açısından da hakem-bilirkişi raporu düzenlendikten sonra, hakem-bilirkişi raporunun iptaline ilişkin bir dava açılmadan, doğrudan hakem-bilirkişinin sorumluluğuna gidilmemesi gerekir. Açılan bu davanın da hukukî yarar yokluğundan usûlden reddedilmesi gerekir (HMK m. 114/1-h).

Hakem-bilirkişi ve taraflar, hakem-bilirkişinin sorumluluğu hakkında, Türk Borçlar Kanunu'nun 115. maddesine göre, sorumsuzluk anlaşmaları da yapabilirler. Ancak, borçlunun ağır kusurundan sorumlu olmayacağına dair önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüz (TBK m. 115/I) olacağından, hafif ihmalle sınırlı olacaktır. Bu şekilde, taraflar hakem-bilirkişinin, hafif ihmal hariç, ağır ihmal ve kasttan sorumlu olduğuna ilişkin anlaşma yapabilirler. Ancak Türk Borç Kanunu'nun 115. maddesinin üçüncü fıkrasında, uzmanlığı gerektiren bir hizmetin, meslek veya sanat, ancak kanun ya da yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülmesi

¹⁵⁴⁶ Eren, Borçlar Genel, s. 1209-1210.

¹⁵⁴⁷ Yeşilırmak, Hakem-Bilirkişilik, s. 721; Yeşilırmak, Öneri, s. 49; Demirel, s. 35-36.

¹⁵⁴⁸ E. Konuralp, s. 243-248.

durumunda, borçlunun hafif ihmalden, doğan sorumluluğuna ilişkin anlaşmanın da kesin olarak hükümsüz olacağı düzenlenmiştir¹⁵⁴⁹. Kanaatimizce bu hüküm hakem-bilirkişiler hakkında uygulanamaz. Çünkü hakem-bilirkişilik faaliyetini kimlerin yapabileceğine ilişkin bir kanunî düzenleme yoktur, ayrıca bu faaliyet kanun ya da yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülen bir faaliyet de teşkil etmez. Bu nedenle taraflar hakem-bilirkişinin hafif ihmalden sorumlu olmayacağına ilişkin anlaşma yapabilirler. Doktrinde aynı şekilde, bu hükmün hakemler hakkında da uygulama alanı bulmayacağı, bu nedenle hakemin hafif ihmalden sorumlu olmayacağına ilişkin tarafların anlaşma yapabileceği ifade edilmektedir¹⁵⁵⁰. Dolayısıyla taraflar hakem-bilirkişinin hafif ihmâl hariç, kast ve ağır ihmalden sorumlu olacağına ilişkin sorumsuzluk anlaşması yapabilirler. Sorumsuzluk anlaşmaları, hakem-bilirkişinin görevi kabul etmesinde ve hakem-bilirkişinin tarafsız ve bağımsız olarak rapor düzenleyebilmesinde önem arz ettiğinden, sözleşmede tavsiye edilen hususlardandır¹⁵⁵¹.

B. Hakem-Bilirkişinin Cezaî Sorumluluğu

Hakem-bilirkişinin cezaî sorumluluğu hakkında, özel kanunî bir düzenleme¹⁵⁵² yoktur. Hakem-bilirkişi, Türk Ceza Kanunu'nun¹⁵⁵³ 6. maddesine göre, bir kamu görevlisi olmadığından ve hukukumuzda Anayasa'nın 38. maddesi ve Türk Ceza Kanunu'nun 2. maddesine göre, kanunilik ilkesi şeklinde kıyas yasağı söz konusu olacağından, tanık ve bilirkişi hakkında düzenlenen suçlar, hakem-bilirkişiler hakkında kıyasen uygulanamayacaktır. Bu nedenle hakem-bilirkişinin memur suçlarının aktif süjesi olmaması ve hakem-bilirkişiye karşı bazı suçların işlenmesi

¹⁵⁴⁹ Eren, Borçlar Özel, s. 741; Eren, Borçlar Genel, s. 1232; Oğuzman ve Öz, s. 437.

¹⁵⁵⁰ E. Konuralp, s. 226-227; Aksi görüş için bkz. Özbek, Tahkim Cilt I, s. 1070.

¹⁵⁵¹ Yeşilırmak, Hakem-Bilirkişilik, s. 721-722; Yeşilırmak, Öneri, s. 50; Demirel, s. 36.

¹⁵⁵² İsviçre hukukunda da hakem-bilirkişi bir kamu görevlisi olmadığı ve yargılama görevinde bulunmadığından, hakem-bilirkişilik sürecinde ne tanıkların ne de tarafların, yanlış beyanlarından dolayı, İsviçre Ceza Kanunu'nun 306. ve 307. maddelerinde düzenlenen, yalan taraf beyanı, yalan tanıklık veya bilirkişilik suçlarından yargılanamazlar. Aynı şekilde hakem-bilirkişi de bir kamu görevlisi olmadığından resmi sırları ifşa etme suçundan (SchStGB Art. 320) yargılanamaz (Angstmann, s. 38, Rn. 72).

¹⁵⁵³ RG., 12.10.2004, S. 5237.

hâlinde de hakem-bilirkişi resmî sîfata sahip olmadığından, cezayı ağırlaştıran bir durum ortaya çıkmayacaktır¹⁵⁵⁴.

Diğer yandan, kanun koyucu, kamu görevlisi olmamasına rağmen, hakemler hakkında Türk Ceza Kanunu'nun 252. maddesinde düzenlenen rüşvet suçu bakımından, hakemler (TCK m. 252/VII) ve yabancı hakemleri (TCK m. 252/IX) özel olarak ceza artıcı bir sebep olarak düzenlenmiştir. Rüşvet ve yolsuzluk gibi suçların Türk Ceza Kanunu'ndaki hükümleri, sadece resmî sîfata sahip kişilere uygulanmaktadır. Ancak resmî sîfata sahip olmayan kişilere de uygulanması gerektiği ve bu kişiler açısından, bu suç tiplerinin, ağırlaştırılmış bir cezaî müeyyideye tâbi olması önerilmektedir¹⁵⁵⁵. Hakem-bilirkişiler hakkında özel bir düzenleme olmadığı ve ceza hukukunda kanunîlik şeklinde kıyas yasağı söz konusu olduğundan, hakem-bilirkişiler hakkında, sadece bu konuda özel düzenleme yapılması durumunda, hakem-bilirkişiler hakkında cezaî müeyyide uygulanabilecektir.

Hakem-bilirkişinin gerçeğe aykırı bir rapor hazırlaması, Türk Ceza Kanunu'nun 276. maddesinde düzenlenen, gerçeğe aykırı bilirkişilik suçunu oluşturmaz. Çünkü bu suçun sadece bilirkişi veya tercüman tarafından işleneceği düzenlenmiştir. Aynı şekilde bu suç tipi, ceza hukukunda kıyas yasağı sebebi ile uzman görüşünü hazırlayan uzman hakkında da uygulanmayacaktır¹⁵⁵⁶. Doktrinde bu nedenle, uzman görüşü ve hakem hakkında özel düzenleme yapılması gerektiği önerilmektedir¹⁵⁵⁷. Aynı şekilde hakem-bilirkişi raporunun tarafları ve mahkemeyi bağlayıcı özelliği nedeniyle, yargılamada taraflara, uzman görüşünden daha büyük etki ettiğinden, hakem-bilirkişiler hakkında da özel düzenleme yapılması yerinde olacaktır.

Hakem-bilirkişilik süreci, bir yargılama faaliyeti değildir, bu nedenle, hakem-bilirkişilik sürecindeki tanıklar, Türk Ceza Kanunu'nun 272. maddesinde düzenlenen, yalan tanıklık suçundan yargılanamayacaklardır. Ancak hakem-bilirkişi veya bir uzmanın bir tanık olarak dinlenmesi durumunda, Türk Ceza Kanunu'nun 272. maddesindeki yalan tanıklık suçu oluşabilir¹⁵⁵⁸. Ancak burada hakem-bilirkişinin cezalandırılma sebebi, hakem-bilirkişilik şeklindeki onun uzmanlığından değil, yapmış olduğu tanıklıkta, gerçeğe aykırı tanıklık faaliyetinden kaynaklanmaktadır.

¹⁵⁵⁴ Tanrıver, Bilirkişilik, s. 32.

¹⁵⁵⁵ Taşkın, s. 153.

¹⁵⁵⁶ Işık, s. 86; A. Yazıcı, s. 293-294.

¹⁵⁵⁷ Taşkın, s. 153; Işık, s. 86-87; A. Yazıcı, s. 294.

¹⁵⁵⁸ Işık, s. 87; A. Yazıcı, s. 294.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

HAKEM-BİLİRKİŞİ İNCELEMESİ, RAPORU, RAPORUN İPTALİ

I. HAKEM-BİLİRKİŞİNİN İNCELEMESİ VE İŞLEVLERİ

A. Hakem-Bilirkişilerin İncelemeleri ve Tarafların İştirak Yükümlülüğü

1. Genel Olarak

Hakem-bilirkişilerin raporlarını düzenlerken, nasıl bir inceleme yapacakları hakkında, karşılaştırmalı hukuk olarak, Almanya, İsviçre ve hukukumuzda, bu konuda kanunî bir düzenleme yoktur. Tarafların hakem-bilirkişinin nasıl inceleme yapması gerektiğine ilişkin, hakem-bilirkişilik veya hakem-bilirkişi sözleşmesinde serbestçe kararlaştırabilecekleri ifade edilmektedir¹⁵⁵⁹. Ancak, hakem-bilirkişinin konumu ve hakem-bilirkişi raporunun tarafları ve mahkemeyi bağlayıcı özelliği göz önüne alındığında, bu irade özgürlüğünün de sınırlarının olduğu ifade edilmektedir¹⁵⁶⁰. Bu nedenle karşılaştırmalı hukuk ve hukukumuzda farklı görüşler ileri sürülmüştür.

Alman hukukunda, yukarıda açıklanan maddî ve usûl hukuku görüşlerine göre¹⁵⁶¹, hakem-bilirkişilerin nasıl inceleme yapabilecekleri hakkında farklı görüşler ortaya çıkabilmektedir.

Maddî hukuk görüşünü savunanlar, taraflar hakem-bilirkişilik veya hakem-bilirkişi sözleşmesinde, hakem-bilirkişinin nasıl bir inceleme yapacağı konusunda düzenleme yapmadığı sürece, hakem-bilirkişi veya hakem-bilirkişilerin nasıl inceleme yapacağı kendilerine kalmıştır. Bu konuda usûl hukuku kurallarına tâbi olmaksızın, serbestçe vakıa tespitinde bulunabileceklerdir¹⁵⁶².

Usûl hukuku görüşünü savunanlar ise, hakem-bilirkişinin konumu ile adil yargılama yapmak zorunda olan mahkemeler ve tahkim mahkemelerinin, hakem-bilirkişilik sözleşmesiyle tespit edilmesi istenen vakıa bakımından hakem-bilirkişi

¹⁵⁵⁹ Kisch, Schiedsmann, s. 86; Marsilius, s. 1015; Bachmann, s. 88; Rauscher, s. 249; Meyer, s. 113-114; Asmus, 116; Brosi, s. 223; Heinrich, s. 189; Yeşilırmak, Hakem-Bilirkişilik, s. 717; Doğanay, Şerh, s. 2954-2955.

¹⁵⁶⁰ Rauscher, s. 249-250; Bachmann, s. 89-80; Heinrich, s. 189; Asmus, s. 117; Brosi, s. 223-224.

¹⁵⁶¹ Bu konuda bkz. İkinci Bölüm, III.

¹⁵⁶² Kisch, Schiedsmann, s. 86; Eckert, s. 26; Marsilius, s. 1015.

raporunun bağlayıcı olması sebebiyle bunun sınırlarının olması gerektiğini ifade etmektedirler. Dolayısıyla hakem-bilirkişilik sözleşmesi türlerinden, dar anlamda hakem-bilirkişilik sözleşmeleri bakımından, hakem-bilirkişi vakıa tespitinde bulunurken, taraflar sözleşmede hakem-bilirkişinin nasıl bir inceleme yapacağı hakkında, vazgeçilemez temel usûl hukuku ilkelerine ilişkin hükümler koymasa dâhi, hakem-bilirkişi bunlarla bağlıdır ve tarafların da bunlardan feragat edemeyeceklerini savunmaktadırlar¹⁵⁶³.

İsviçre hukukunda da hakem-bilirkişilerin incelemelerini nasıl yapacağı hakkında kanunî bir düzenleme yoktur. Hakem-bilirkişinin faaliyeti bir yargılama faaliyeti olmadığından, taraflar hakem-bilirkişilik veya hakem-bilirkişi sözleşmelerinde, nasıl bir usûl belirleneceğini serbestçe kararlaştırabilir. Ancak, bu konuda hakem-bilirkişi raporunun bağlayıcılığı bakımından ön şart olarak düzenlenen, hakem-bilirkişinin reddi sebeplerinin gerçekleşmemesi ve hakem-bilirkişinin tek taraflı bir rapor düzenlememesi hususlarının, her zaman gözetilmesi gerektiği ve tarafların bunlardan feragat edemeyeceği ifade edilmektedir¹⁵⁶⁴.

Bachmann, hakem-bilirkişilik sürecinin nasıl yapılacağı hakkında kanunî hükümlerin aranmaması gerektiğini ifade eder. Hakem-bilirkişilik bakımından, tarafların, hakem-bilirkişiye nasıl süreç yürütüleceği konusunda, üç seçeneğinin olduğu ifade edilmektedir. İlk olasılık, taraflar nasıl bir usûl hükümlerinin düzenleneceği konusunda anlaşır ve bunu sözleşmede kararlaştırırlar. Bu durumda, hakem-bilirkişi, sözleşmede kararlaştırılan usûle göre, hakem-bilirkişilik sürecini yönetir. İkinci olasılık, usûle ilişkin düzenlemeyi tamamen hakem-bilirkişiye bırakırlar. Son olasılık sözleşmede, hakem-bilirkişilik sürecinin, tahkim hükümlerine kıyasen inceleme yapacağı düzenlenir. Ancak, bu durumun hakem-bilirkişi raporunu, hakem kararı hâline getirmeyeceğini de ifade etmiştir¹⁵⁶⁵.

Hukukumuzda da hakem-bilirkişilerin raporlarını düzenlerken, nasıl inceleme yapacakları kanunda düzenlenmemiştir. Mal ve sorumluluk sigorta poliçeleri genel şartlarında, hakem-bilirkişilerin incelemelerinde tamamen serbest olduğu, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun ve diğer mevzuat hükümleriyle bağlı olmadığı

¹⁵⁶³ Rauscher, s. 249-250; Bachmann, s. 90-91; Habscheid, FS Laufke, s. 305.

¹⁵⁶⁴ Angstmann, s. 123; Brosi, s. 228.

¹⁵⁶⁵ Bachmann, s. 88-90.

düzenlenmiştir¹⁵⁶⁶. Doktrin, hakem-bilirkişinin incelemesindeki, bu serbestiyetinin sınırsız olmadığını ifade etmektedir. Çünkü hakem-bilirkişi raporu bir yandan, adalet ve nesafete açıkça aykırı olmayacak; diğer yandan usûl kurallarıyla bağlı olmasa da hakem-bilirkişi incelemesini yaparken, anayasal iddia ve savunma hakkını taraflara tanıyacak ve tarafların usûlî eşitliğini göz önünde tutması gerekecektir. Nitekim hakem-bilirkişi raporları, taraflar ve mahkeme için bağlayıcı olduklarından, hakem-bilirkişiler, hakem-bilirkişi raporlarını vermeden önce, tarafları dinlemeli, bu konuda taraflara görüş imkânı sunması gerekliliği de ifade edilmektedir¹⁵⁶⁷.

Yargıtay'da hakem-bilirkişilerin verdikleri raporların, kanun hükümlerine, usûle, örf ve âdete uygun olması gerektiğine karar vermiştir¹⁵⁶⁸. Ancak hakem-bilirkişilerin nasıl inceleme yapacağı hakkında kanunî bir düzenleme olmadığından, doktrinde mahkeme bilirkişisi ve tahkimde hakemlere ilişkin nasıl bir inceleme yapacaklarına ilişkin hükümlerin, hakem-bilirkişilere de kıyasen uygulanması gerektiği savunulmaktadır¹⁵⁶⁹.

Doktrin ve mahkeme içtihatlarının farklılığından kaynaklanan bu görüş aykırılıkları, taraflara tam koruma sağlamadığı için usûl hukukuna ilişkin hükümlerin hakem-bilirkişilik veya hakem-bilirkişi sözleşmesinde düzenlenmesi tavsiye edilen hususlardandır¹⁵⁷⁰.

Weismann, hakem-bilirkişilerin nasıl bir inceleme yapması gerektiğine ilişkin, hakem-bilirkişilerin yeteneğinin, uzmanlık ve tecrübe olduğunu, bu nedenle, hakem-bilirkişilerin, tarafların veya üçüncü kişilerin yardımlarını almadan, sadece uzman algısı ve bunların sonucuyla hakem-bilirkişi raporlarını düzenlemeleri gerektiğini ifade etmiştir¹⁵⁷¹. Ancak doktrinde, hakem-bilirkişilerin uzman ve tecrübeli olmasının önemli olduğu, bununla birlikte hakem-bilirkişi raporunun hakem-bilirkişinin salt kendi algısına göre düzenlenmesi eleştirilmektedir. Çünkü hakem-bilirkişinin kişisel

¹⁵⁶⁶ Bkz. İnşaat SGŞ Bütün Riskler B.2. maddesi e fıkrası; Montaj SGŞ 14. madde e fıkrası; Hırsızlık SGŞ B.3; Elektronik Cihaz SGŞ madde 12 e fıkrası; Makine Kırılması SGŞ madde 13 e fıkrası örnek olarak verilebilir.

¹⁵⁶⁷ Kuru, Usûl Cilt III, s. 2914; Kuru ve Aydın, Usûl Ders Kitabı, s. 336-337; Kuru ve Aydın, Usûl El Kitabı Cilt I, s. 853; Yeşilırmak, Hakem-Bilirkişilik, s. 717; Cantaymaz, s. 98.

¹⁵⁶⁸ TD, E. 1971/2830, K. 1971/4366, T. 2.6.1971: (1972) 1 RKD, s. 152-153 (Cantaymaz, s. 98, dn. 2789).

¹⁵⁶⁹ Cantaymaz, s. 96-98.

¹⁵⁷⁰ Bachmann, s. 88; Rauscher, s. 249; Brosi, s. 224.

¹⁵⁷¹ Weismann, AcP 72, s. 303-304.

algılarıyla değil, uzmanlık bilgisi ve taraflardan ve üçüncü kişilerden yardım alınarak, hakem-bilirkişi raporunu düzenlemesi gerektiği ifade edilmektedir¹⁵⁷².

Hakem-bilirkişilik veya hakem-bilirkişi sözleşmeleri genelde uzun metinler olduğundan, uygulamada genelde, hakem-bilirkişiye her iki taraf birlikte uyulması gereken kurallara ilişkin talimatname verir¹⁵⁷³. Ancak tarafların talimatnameyi ortak olarak birlikte vermeleri gerekmekte olup taraflardan birinin hakem-bilirkişiye davranış ve prosedürü hakkında, tek taraflı talimat vermesi, hakem-bilirkişinin tarafsız ve bağımsızlığına aykırılık teşkil eder ve hakem-bilirkişi bu talimatları dikkate almaz¹⁵⁷⁴.

Hakem-bilirkişinin görevini şahsen ifa etmesi, vekâlet hükümlerinin kıyasen uygulanması gereği zorunlu bir husustur¹⁵⁷⁵. Ancak, bu durum hiçbir şekilde, hakem-bilirkişinin geniş anlamda yardımcı konumunda bulunan, taraflardan veya vakıaya tanık olmuş üçüncü şahıslardan yardım alamaması anlamına gelmemeli ve bu nedenle hakem-bilirkişi gerekli ve doğru bir vakıa tespiti için dışarıdan yardım alması gerekir¹⁵⁷⁶. Çekişmeli vakıa hakkında uyuşmazlık yaşayan taraflar, bu yönüyle hakem-bilirkişiler için en ekonomik ve yararlı uygun yardımcı kişilerdir¹⁵⁷⁷. Hakem-bilirkişilerin, hakem-bilirkişi raporunu düzenlemeleri onların bir yükümlülüğüdür. Ancak hakem-bilirkişi bu yükümlülüğünü tarafların yardımları olmadan gerçekleştirmesi çok zordur. Bu nedenle, hakem-bilirkişi, hakem-bilirkişi raporunun düzenlenmesi için tarafların iştirak yükümlülüğüne ihtiyaç duymaktadır. Hakem-bilirkişi de hâkim veya hakem gibi taraflar arasındaki çekişmeli vakıaya yabancı üçüncü kişi olup çekişmeli vakıa hakkında, tarafların hakem-bilirkişiyi aydınlatması durumunda bilgi sahibi olacaktır¹⁵⁷⁸. Bu nedenle tarafların, hakem-bilirkişinin tüm bilgi erişim araçlarını kullanmalarına izin vermesi gerekli olup bu çerçevede tarafların vakıaya ilişkin dilekçelerini, bilgi ve belgelerini, gerekirse bu konuda açıklama yapmasını ya da gerekli gördüğü durumlarda, vakıanın bulunduğu yere giderek olay

¹⁵⁷² Bachmann, s. 91; Rauscher, s. 256-257; Heinrich, s. 195.

¹⁵⁷³ Bachmann, s. 88-89; Asmus, s. 116.

¹⁵⁷⁴ Bachmann, s. 89; Meyer, s. 92.

¹⁵⁷⁵ Meyer, s. 74-75; Asmus, s. 96; Heinrich, s. 117.

¹⁵⁷⁶ Bachmann, s. 91; Rauscher, s. 257; Meckenstock, s. 78.

¹⁵⁷⁷ Bachmann, s. 91-92.

¹⁵⁷⁸ Bachmann, s. 91; Rauscher, s. 257; Meyer, s. 106; Asmus, s. 126.

yeri incelemesine de izin vermesi gerekir¹⁵⁷⁹. Özellikle, hakem-bilirkişinin bina veya arsa gibi taşınmazlara girmesi engellenmemelidir. Ancak burada da hakem-bilirkişiye, hasar yerini ve hasarlı nesneleri incelerken kendisine bir sınır getirilir. Burada sınır olarak, hakem-bilirkişi hasarlı nesneleri değiştiremez veya onları farklı bir hâle getiremez. Hakem-bilirkişiler, uygulamada vakıa tespitlerini ve bunların sebeplerini belirleyebilmek için bir takım kimyasal işlemler kullanmaları mümkündür. Nitekim yapılan bu kimyasal işlem, hakem-bilirkişinin çekişmeli vakıa hakkında tespiti yapabilmesi için gerekli de olabilir. Ancak yine de böyle bir durumda, hakem-bilirkişi, hakem-bilirkişilik sözleşmesine konu olan nesneyi değiştiriyorsa, bu konuda taraflardan izin alması gerekir. Çünkü yapılan kimyasal işlem sonrası, mahkeme hakem-bilirkişi raporunun açıkça hakkaniyete aykırı veya yanlış olup olmadığını denetleyemez. Hakem-bilirkişi tarafından yapılan bu kimyasal işlemler, hakem-bilirkişi raporunun iptali davasında, mahkemenin denetimini zorlaştırır, hatta imkânsızlaştırabilir. Taraflar, hakem-bilirkişiye bu konuda rıza verse dâhi, hakem-bilirkişi hangi kimyasal işlemleri uyguladığını, hakem-bilirkişi raporunda ayrıntılı olarak aşamalı şekilde yazmalıdır. Ancak bu şekilde üçüncü hakem-bilirkişi veya mahkeme, hakem-bilirkişi raporu iptali davasında, bu nesneleri inceleyebilir ve denetleyebilir¹⁵⁸⁰.

2. Tarafların İncelemede Yükümlülükleri

Doktrinde tarafların hakem-bilirkişi raporu düzenlenmesi için bilgi, belgelere erişim ve gerekli gördüğü durumlarda, vakıanın bulunduğu yere giderek olay yeri incelemesine izin vermesinin bir yükümlülük veya yük olup olmadığı tartışmalıdır.

Bachmann, tarafların hakem-bilirkişiye bilgi, belgelere erişim ve gerekli gördüğü durumlarda, vakıanın bulunduğu yere giderek olay yeri incelemesine izin vermesinin gerekçesini, sigorta ettirenin bilgi sağlama yükümlülüğüne (*Auskunfplicht*) bağlamaktadır¹⁵⁸¹.

¹⁵⁷⁹ Kuru, *Usûl Cilt III*, s. 2914; Kuru ve Aydın, *Usûl Ders Kitabı*, s. 336; Kuru ve Aydın, *Usûl El Kitabı Cilt I*, s. 853; Yeşilırmak, *Hakem-Bilirkişilik*, s. 717; Doğanay, *Şerh*, s. 2954-2955; Cantaymaz, s. 98.

¹⁵⁸⁰ *Bachmann*, s. 92-93; *Asmus*, s. 128.

¹⁵⁸¹ *Bachmann*, s. 91.

Doktrinde hâkim görüş, tarafların iştirakini bir yükümlülük olarak değil, bir yük olarak nitelendirmektedir. Çünkü taraflara, bu konuda aynen ifa davasının açılmayacağını, sadece sözleşmenin ihlâli sebebiyle tazminat davası açılabileceği ifade edilmektedir. Ayrıca taraflar, iştirak yüküne uymadığı için hakem-bilirkişi raporuna bağlı alacak hakkında, muacceliyet (VVG § 14) gerçekleşmeyecek ve tarafın vermediği bilgi ve belgeleri, hakem-bilirkişi raporunun iptali davasında sonradan, hakkın kötüye kullanılması sebebiyle ileri süremeyecektir¹⁵⁸². Doktrinde, tarafların iştirak yükümlülüğünü yerine getirmedeği durumda, çekişmeli vakıa bakımından, iştirak yükümlülüğünü yerine getirmeyen tarafın, aleyhine yorumlanması gerektiği ifade edilse de hakem-bilirkişinin böyle bir yetkisinin olmadığı, nitekim bu yetkinin, hakem-bilirkişinin delilleri değerlendirme yetkisi anlamına geleceği şeklinde yorumlanarak reddedilmiştir. Ancak böyle bir hususun, kanunî düzenlemeyle, olması gereken hukuk açısından, tarafları iştirak yükümlülüğüne zorlamak açısından getirilebileceği doktrinde savunulmaktadır¹⁵⁸³.

Amerikan ve İngiliz hukuklarında da tarafların bilgi ve belgeleri yerine getirmeme ihtimalleri sebebiyle hakem-bilirkişiye tarafların talepleriyle bağlı olması ilkesi yerine, hakem-bilirkişiye re'sen araştırma yetkisi içeren belgeler verilmekte, bu şekilde hakem-bilirkişi tarafların bilgi ve belgelerine ihtiyaç duymaksızın araştırmalarını re'sen yapabilmektedir¹⁵⁸⁴. Aynı şekilde günümüzde Almanya ve İsviçre hukukunda da tarafların iştirak yükümlülüğünü yerine getirmedeği durumda, sözleşmede cezaî şart hükümleri veya hakem-bilirkişiye re'sen araştırma yetkisi veren belgeler taraflarca verilmekte, bu sayede tarafların iştirak yükümlülüğünü yerine getirmemesi engellenmeye çalışılmaktadır¹⁵⁸⁵.

Özellikle uluslararası veya ulusal şirket alım ve satımlarında, günümüzde sıkça kullanılan “*Earn-Out*” fiyat belirleme sisteminde, genelde hakem-bilirkişilik kullanılmaktadır¹⁵⁸⁶. Bu fiyat belirleme sisteminde, şirketin değeri sözleşmenin yapıldığı anda, kesin olarak kararlaştırılmamıştır. Şirketin kesin değeri, şirketin gelecekteki gelişimine bağlı olarak belirlenecektir. Özellikle yeni bir bilişim uygulaması çıkartan veya yeni bir patent bulan şirketin satılması durumunda, fiyatın

¹⁵⁸² Meyer, s. 111-112; Rauscher, s. 247; Brosi, s. 240-241; Angstmann, s. 127; Yıldırım, s. 211.

¹⁵⁸³ Angstmann, s. 129-130.

¹⁵⁸⁴ Borrowsky, s. 201-202; Sieveking, s. 106.

¹⁵⁸⁵ Brosi, s. 243-245; Sieveking, s. 106-107.

¹⁵⁸⁶ Sessler, s. 100; Sessler ve Leimert, s. 161; Ağaoğlu, s. 94.

belirlenebilmesi için genellikle bu sistem kullanılmaktadır¹⁵⁸⁷. Ancak bu satış yönteminde, şirketin geçici satışıyla, iş akışı üzerindeki kontrolünü kaybeden satıcı, alıcının şirket hakkındaki fiyat manipülasyonlarıyla karşı karşıya kalabilir ve şirketin kesin değerini belirlemek, zor bir durum hâline gelebilir. Bu zorlukları aşmak için taraflar hakem-bilirkişilik sözleşmesi yaparak, hakem-bilirkişiye geçici satış sonrası, alıcının kesin satış öncesi şirket değeri üzerindeki manipülasyonları engellemek adına, hakem-bilirkişiye vakıa hakkında re'sen araştırma yetkisi vermektedir¹⁵⁸⁸.

Hukukumuzda da sigorta genel şartlarında, tarafların iştirak yükümlülüğü genel olarak, ziya ve hasar miktarının tespiti zımında, hakem-bilirkişilerin gerekli görecekları deliller ile hasar zamanında mevcut sigorta ettiren malın değerinin tespitine yarayacak kayıt ve belgeleri isteyebileceğı ve hasar mahallinde incelemede bulunabileceğı düzenlenmiştir¹⁵⁸⁹. Doktrinde bu genel şartlardaki düzenlemenin, sigorta poliçesi genel şartlarına konu olmayan, hakem-bilirkişiler açısından da uygulanması gerektiğı ifade edilmektedir¹⁵⁹⁰. Tarafların bu yükümlülüğü sigorta ettirenin, sigortacıya bilgi verme ve araştırma yapılmasına izin verme yükümlülüğü olarak yorumlanamaz (TTK m. 1447). Çünkü Türk Ticaret Kanunu'nun 1447. maddesinde, sigortacının istemi üzerine, sigorta ettirenin, bilgi verme ve araştırma yapılmasına izin verme yükümlülüğünü düzenlemiştir, ancak bu yükümlülük sadece sigortacıya karşı geçerlidir¹⁵⁹¹. Diğer yandan, hakem-bilirkişi, sigortacı veya onun bir çalışanı veya temsilcisi olamaz. Hakem-bilirkişi tarafsız ve bağımsız olmak zorunda olduğundan, tarafların hakem-bilirkişi raporuna iştiraki, aynen ifa davasına konu olmadığı için bir yükümlülük değil, bir yük olarak nitelendirilmelidir. Bu şekilde, taraflar iştirak yükümlülüğünü yerine getirmediğı durumda, sonuçlarına katlanacaktır.

Hakem-bilirkişinin ilk yardım alacağı nokta, tarafların vereceğı bilgi ve belgeler ve onların olay yeri incelemesine izin vermesidir. Ancak taraflardan sadece bilgi ve belge hususunda değil, ayrıca onların kendilerinden hukukî dinlenilme hakkı sağlanarak, hakem-bilirkişi daha çok bilgi alabilir. Hakem-bilirkişinin taraflara hukukî

¹⁵⁸⁷ Sessler, s. 101; Ağaoğlu, s. 94.

¹⁵⁸⁸ Sessler, s. 101-103; Sessler ve Leimert, s. 161.

¹⁵⁸⁹ Bkz. İnşaat SGŞ Bütün Riskler B.2. maddesi f fıkrası; Montaj SGŞ 14. madde f fıkrası; Hırsızlık SGŞ B.3; Elektronik Cihaz SGŞ 12. maddesinin f fıkrası; Makine Kırılması SGŞ madde 13 f fıkrası örnek olarak verilebilir.

¹⁵⁹⁰ Kuru, Usûl Cilt III, s. 2913-2914; Ö. Atalay, s. 870.

¹⁵⁹¹ Kaner, s. 35; Can, s. 145-146; Günay, s. 142-143.

dinlenilme hakkı vermek zorunda olup olmadığı doktrinde tartışmalı olup, çalışmamızda daha sonra incelenecektir¹⁵⁹².

Hakem-bilirkişinin ikinci yardım alacağı nokta, vakıaya tanık olmuş kimselerdir. Özellikle hakem-bilirkişinin nedensel bağlantıyı incelemek zorunda kalması durumunda, bu kişilerden yararlanması gerekecektir. Ancak bu kişiler medenî usûl hukuku anlamında tanık değillerdir. Çünkü bu kişiler tanıklık yapmadan önce yemin etmek zorunda değil (HMK m. 258) ve ayrıca bu kişilerin zorla getirilmesi de mümkün değildir (HMK m. 245)¹⁵⁹³. Ancak doktrinde, hakem-bilirkişi raporunun adil bir yargılama yapmak zorunda olan mahkemeler ve tahkimde, tespit etmiş olduğu vakıalar bakımından bağlayıcı etkisi olduğu ve mahkemelerin amacının genel manada gerçekleri tespit etmek olduğu göz önüne alındığında, tahkim hükümlerine kıyasen hakem-bilirkişinin de mahkemenin yardımlarından (HMK m. 432) yararlanması gerektiği savunulmaktadır¹⁵⁹⁴. Ancak diğer yandan, hakem-bilirkişinin bir hâkim gibi, hakem-bilirkişi raporunu, sadece tanıkların ifadelerine dayanarak düzenlemesi de hakem-bilirkişilik sözleşmesinin amacına aykırılık teşkil edecek ve hakem-bilirkişinin uzman ve tecrübeli olmasının da anlamının kalmayacağı ifade edilmektedir¹⁵⁹⁵.

Hakem-bilirkişi tarafların gönderdiği bilgi, belge ve dosyalarda yer alan taraf ve tanık beyanlarını dikkate almalı, bu şekilde bilgi kaynaklarını tüketmek zorundadır, aksi durum hakem-bilirkişinin özen yükümlülüğüne aykırılık şeklinde, görevi gereği gibi ifa etmemesi anlamına gelir ve sorumluluğu doğar¹⁵⁹⁶.

Hakem-bilirkişi son olarak diğer uzmanlardan yardım alabilir. Ancak hakem-bilirkişinin diğer uzmanlardan, hakem-bilirkişilik sözleşmesine konu olan vakıayı temel olan uzmanlık bakımından yardım alabilmesi için sözleşmede, bu konuda bir şartın düzenlenmesi gerekir. Çünkü hakem-bilirkişi görevini, vekâlet sözleşmesi hükümlerine kıyasen, şahsen ifa etmek zorundadır. Bu durum tarafların güvendiği, hakem-bilirkişilerin değiştirilmesi, şeklinde hakem-bilirkişinin tarafsız ve bağımsızlığının ihlâlini oluşturur. Bu nedenle hakem-bilirkişi aslî görevinin tamamını

¹⁵⁹² Bu konu hakkında bkz. aşağı. Dördüncü Bölüm, III, 2, c.

¹⁵⁹³ Bachmann, s. 91; Rauscher, s. 258-259; Asmus, s. 130; Heinrich, s. 193.

¹⁵⁹⁴ Rauscher, s. 259; Heinrich, s. 193; Brosi, s. 242-243.

¹⁵⁹⁵ Rauscher, s. 257.

¹⁵⁹⁶ Rauscher, s. 257-258; Asmus, s. 126; Heinrich, s. 192; Yıldırım, s. 211.

veya bir kısmını üçüncü kişiye, tarafların bu konuda rızası olmadığı sürece, devredemez¹⁵⁹⁷.

B. Hakem-Bilirkişi Raporu Bakımından Hakem-Bilirkişiler Arasındaki İlişki ve İşbirliği

Taraflar tek hakem-bilirkişi seçebileceği gibi, birden fazla hakem-bilirkişi de seçebilmekte olup doktrinde bu durumda, hakem-bilirkişi sayısının oy çokluğu şeklinde karar alınabilmesi için tek sayı olması gerektiği ifade edilmektedir. Taraflar tek hakem-bilirkişi üzerinde anlaşılmadıysa, taraflar öncelikle taraf hakem-bilirkişilerini, taraf hakem-bilirkişileri de üçüncü hakem-bilirkişiyi seçmesi gerekir¹⁵⁹⁸.

Taraflar birden fazla hakem-bilirkişi seçerek, bilgi ve deneyimi güçlendirir, hakem-bilirkişiler hakkında tarafsızlık endişesini azaltır. Ancak diğer yandan, hakem-bilirkişilerin sayısının fazla olması nedeniyle hakem-bilirkişi raporlarının hazırlanmasının zaman alması ve taraf hakem-bilirkişilerinden biri, genel hakem-bilirkişi raporunun arkasına saklanarak, sorumluluğuna gidilebilmesini engelleyebilir. Bu şekilde, bilgisizlik ve tecrübesinin azlığını, üçüncü hakem-bilirkişi raporuyla gidermiş olur¹⁵⁹⁹.

Hakem-bilirkişilerin birlikte mi yoksa bireysel mi hareket edecekleri tarafların sözleşmesindeki şartlara bağlıdır. Hakem-bilirkişilik masraflarının artmasının engellenmesini sağlamak sebebiyle, hakem-bilirkişilerin birlikte hareket etmeleri düzenlenebilir. Bu şekilde hakem-bilirkişilerin vakıanın gerçekleştiği yere birlikte gitmeleri, tanıkları beraber sorgulamaları ve birlikte malzeme testleri yapmaları sağlanabilir. Ancak her bir hakem-bilirkişi kendi görüşlerini ifade eden rapor yazması gerekmekte olup ancak, bu şekilde hakem-bilirkişiler arasında bağımsızlık sağlanır¹⁶⁰⁰. Hukukumuzda da bu konuda sigorta genel şartlarında üçüncü hakem-bilirkişinin raporunu müstakil bir rapor olarak verebileceği gibi, diğer hakem-

¹⁵⁹⁷ Meyer, s. 75; Bachmann, s. 83; Asmus, s. 97; Heinrich, s. 117.

¹⁵⁹⁸ Bu konu hakkındaki açıklamalarımız için bkz. Üçüncü Bölüm, III, B.

¹⁵⁹⁹ Meyer, s. 159.

¹⁶⁰⁰ Bachmann, s. 95.

bilirkişilerle birlikte bir rapor hâlinde verebileceği düzenlenmiştir¹⁶⁰¹. Ayrıca taraf hakem-bilirkişileri, üçüncü hakem-bilirkişilerden kaçınmak amacıyla faaliyetlerini sözleşmede hüküm varsa, koordine ederek, aynı zarar miktarını tespit edebilir. Ancak sözleşmede hüküm olmadığı sürece, bunu yapmak zorunda değildir. Taraf hakem-bilirkişileri arasındaki ilişki, ortak işbirliğinden doğmaz ve onların hedefi bir adı ortaklık kurma yönünde olmayıp her biri özerk ve birbirinden bağımsızdır¹⁶⁰². Taraf hakem-bilirkişilerinin, üçüncü hakem-bilirkişiye başvurulmasını, aralarında uzlaşma yoluyla engellemesi, yetkilerinin aşımına ve doktrine göre sözleşmenin geçersiz olmasına sebebiyet verebilir¹⁶⁰³.

Üçüncü hakem-bilirkişinin görev alanı bakımından özel bir durum vardır. Sigorta genel şartlarında da belirtildiği üzere, üçüncü hakem-bilirkişi, taraf hakem-bilirkişilerin anlaşılamadığı hususlarda, anlaşılamadığı sınırlar dâhilinde, hakem-bilirkişi raporuna nihâi sonucu vermesi gerekir¹⁶⁰⁴. Örneğin, bir fabrikanın yangına karşı sigorta ettirildiği durumda, taraf hakem-bilirkişilerden her ikisi de zararı 150.000 TL olarak belirlemesi durumunda, üçüncü hakem-bilirkişi raporuna ihtiyaç duyulmayacaktır. Nitekim daha önce de ifade ettiğimiz gibi, bu konuda doktrinde taraf hakem-bilirkişilerin anlaşarak, birlikte aynı zarar miktarını belirleyebileceği ifade edilmektedir, ancak bu durum zorunlu değildir¹⁶⁰⁵. Diğer yandan, taraf hakem-bilirkişilerin aynı zarar miktarını belirleyeceği önceden tahmin edilemeyeceği için üçüncü hakem-bilirkişi en baştan seçilmek zorundadır¹⁶⁰⁶. Ancak taraf hakem-bilirkişilerinden ilki zararın tespitini 100.000 TL; diğeri 200.000 TL belirlemesi durumunda, taraf hakem-bilirkişileri zararın miktarını farklı tespit ettiği için anlaşılamayan sınır 100.000 TL ile 200.000 TL arasındadır. Üçüncü hakem-bilirkişi zararın miktarını, 100.000 TL'den aşağı belirleyemeyeceği gibi, 200.000 TL'nin üzerinde de belirleyemez. Dolayısıyla, üçüncü hakem-bilirkişi bu farklı miktarları konu alan bir hakem-bilirkişi raporu düzenlemelidir¹⁶⁰⁷. Üçüncü hakem-bilirkişi, bu

¹⁶⁰¹ Bkz. İnşaat SGŞ (Bütün Riskler) B.2. maddesi a fıkrası; Makine Kırılması madde 13 a fıkrası; Montaj SGŞ madde 14 a fıkraların örnek olarak verilebilir.

¹⁶⁰² Asmus, s. 114; Heinrich, s. 145.

¹⁶⁰³ Heinrich, s. 145.

¹⁶⁰⁴ Bkz. İnşaat SGŞ (Bütün Riskler) B.2 maddesi a fıkrası; Makine Kırılması SGŞ 13. maddesi a fıkrası; Montaj SGŞ 14. maddesi a fıkrası; Yangın SGŞ B.4 maddesi; Yangına Bağlı Kar Kaybı SGŞ B.5 maddesi; Hırsızlık SGŞ B.3 maddesi örnek olarak verilebilir.

¹⁶⁰⁵ Asmus, s. 114; Heinrich, s. 145.

¹⁶⁰⁶ Asmus, s. 67; Bachmann, s. 94.

¹⁶⁰⁷ Bachmann, s. 95; Yıldırım, s. 210.

miktarların ortalamasını değil, her bir farklı zarar miktarını değerlendirmeli, kendi araştırmasını yürütmeli ve buna ilişkin gerekçe göstererek, taraf hakem-bilirkişilerinin tespit ettikleri sınırlar içinde bir zarar miktarını belirlemelidir¹⁶⁰⁸. Ancak üçüncü hakem-bilirkişi, taraf hakem-bilirkişileri sınırları içinde bir rapor düzenlemek zorunda olacağından, hakem-bilirkişilik sözleşmesinin tüm çekişme noktalarını ve sapmalarını bireysel olarak dikkate alması ve gerekçelendirmesi gerekmez¹⁶⁰⁹. Üçüncü hakem-bilirkişinin taraf hakem-bilirkişilerin anlaşılamadığı miktarlara ilişkin sınırları aşması, hakem-bilirkişi raporunun bağlayıcı olmamasına¹⁶¹⁰ neden olur¹⁶¹¹.

Doktrinde, üçüncü hakem-bilirkişinin bu özel konumu nedeniyle, üçüncü hakem-bilirkişi bir hakeme benzetilmektedir. Çünkü hakem-bilirkişi raporu, üçüncü hakem-bilirkişi raporunun tebliğine kadar, taraf hakem-bilirkişilerinin incelemeleri, daha çok sulh müzakerelerine benzetilmekte ve geçici olduğu vurgulanmaktadır¹⁶¹². Üçüncü hakem-bilirkişi raporu, hakem-bilirkişi raporuna son nihai hâlini vermektedir. Bu nedenle doktrinde, üçüncü hakem-bilirkişi, eşitler arasında birinci anlamına gelen “*primus inter pares*” olarak nitelendirilmektedir¹⁶¹³. Ancak hakem-bilirkişiler arasında ne bir sözleşme ilişkisi de ne de astlık üstlük ilişkisi vardır¹⁶¹⁴. Bu nedenle hakem-bilirkişilerin kendi aralarındaki sorunlar bakımından, doktrin haksız fiil hükümlerine başvurulacağını ifade etmektedir¹⁶¹⁵.

¹⁶⁰⁸ Asmus, s. 66; Bachmann, s. 94.

¹⁶⁰⁹ Asmus, s. 67.

¹⁶¹⁰ “*Polİçe genel şartlarının 12. maddesinde yer alan hakem-bilirkişi prosedüründe iki taraf hakem-bilirkişinin hasar miktarı konusunda anlaşamadıkları takdirde seçilecek üçüncü bilirkişi, hakemin görev ve yetkisinin ancak taraf hakem-bilirkişilerin anlaşamadıkları hususlarda ve anlaşamadıkları haller dahilinde kalmak ve buna münhasır kalmak kaydı ile sınırlı olduğu belirlenmiş bulunmaktadır. Taraf hakem-bilirkişilerin amortisman konusunda hiç düşülmemesi ile azami %15 oranında amortisman düşülmesi gerektiği konusunda rapor düzenlediklerine göre, üçüncü hakem-bilirkişinin azami amortisman rakamı olan %15 in üstüne çıkarak %50 oranında amortisman düşülmesi gerektiği yönündeki kabulü isabetsizdir.*” (Yargıtay 11. HD., E. 1991/2383, K. 1991/2234, T. 29.3.1991) (Kazancı İçtihat- Bilgi Bankası, E.T. 22.10.2024); Aynı yönde kararlar için bkz. Yargıtay 11. HD., E. 1984/3032, K. 1984/3139, T. 28.5.1984) (Kazancı İçtihat- Bilgi Bankası, E.T. 22.10.2024); Yargıtay 11. HD., E. 2004/732, K. 2004/11754, T. 30.11.2004 (Kazancı İçtihat- Bilgi Bankası, E.T. 22.10.2024).

¹⁶¹¹ Bachmann, s. 95; Asmus, s. 66-67; Yıldırım, s. 210.

¹⁶¹² Asmus, s. 65; Heinrich, s. 145.

¹⁶¹³ Asmus, s. 66.

¹⁶¹⁴ Asmus, s. 115; Heinrich, s. 145.

¹⁶¹⁵ Asmus, s. 115; Heinrich, s. 145.

II. HAKEM-BİLİRKİŞİ RAPORU

A. Hakem-Bilirkişi Raporunun Düzenlenme Süresi

Sigorta genel şartları incelendiğinde, hakem-bilirkişi veya hakem-bilirkişilerin, hakem-bilirkişi raporunu ne kadar süre içerisinde düzenlemeleri gerektiğine ilişkin, sadece yangın sigortası genel şartlarında düzenleme vardır. Yangın Sigortası Genel Şartları'nın B-4 hasarın tespiti maddesinin ikinci fıkrasının son cümlesinde, hakem-bilirkişi veya hakem-bilirkişilerin seçilmesinden itibaren en geç üç ay içinde ve herhâlde rizikonun gerçekleştiği tarihten itibaren altı ay içerisinde raporun tebliğ edilmemesi hâlinde, tarafların zararın miktarını, artık her türlü delille ispat edebilecekleri düzenlenmiştir. Bu hüküm, hakem-bilirkişi veya hakem-bilirkişilerin ne kadar süre içerisinde hakem-bilirkişi raporunu düzenlemesi gerektiğine ilişkin esas alınabilir. Yargıtay da kararlarında bu süreye dikkat etmekte ve hakem-bilirkişilerin seçilmesinden itibaren en geç üç ay içinde ve herhâlde rizikonun gerçekleştiği tarihten itibaren altı ay içerisinde raporun tebliğ edilmemesi hâlinde hakem-bilirkişinin rapor düzenleyemeyeceğine karar vermektedir¹⁶¹⁶. Yargıtay diğer sigorta poliçe şartları bakımından da hakem-bilirkişinin makul sürede hakem-bilirkişi raporunu düzenlemesine önem vermiştir¹⁶¹⁷.

¹⁶¹⁶ “İşyeri Yangın Poliçesi'ne dayalı tazminata ilişkin olup, esasen, sigortalı işyerinde, poliçe teminatında yangın riski ve hasarın meydana geldiği hususlarında bir uyumsuzluk yoktur. Yine, Poliçe Genel Şartları'nın B.4 ncü maddesinde belirtilen 6 aylık sürede hakem-bilirkişi raporu iletilip rapor verilemediği de sabittir. Dairemizce de istikrarlı bir şekilde benimsendiği üzere, işin esasının çözümü için mahkemeye başvurulması zorunlu hale gelen durumlarda hakem-bilirkişiye gidilemeyeceğine göre, alacağın muacceliyetini hakem-bilirkişi raporunu bağlayan Poliçe Genel Şartları'nın B.4 ncü maddesinin de uygulama alanı ortadan kalkar ve genel hükümlere tabi olur. (Yargıtay 11. HD., E. 2000/6543, K. 2000/8213, T. 26.10.2000) (Kazancı İçtihat-Bilgi Bankası, E.T 12.10.2024); Aynı yönde kararlar için bkz. Yargıtay 11. HD., E. 2002/1035, K. 2002/3648, T. 18.4.2002 (Kazancı İçtihat-Bilgi Bankası, E.T 12.10.2024).

¹⁶¹⁷ “Mahkemece, iddia, savunma ve toplanan kanıtlara göre, sigortalı yerde hırsızlık olayı olduğunun getirilen karakol kayıtlarına göre sabit olduğu, kaldı ki, davalının bu yönde bir şüphesi varsa davacı aleyhine herhangi bir şikayet yoluna başvurmadağı, tarafların bedel konusunda anlaşamamaları nedeniyle hakem bilirkişiye başvurdıkları ancak 2 yılı aşkın bir süre içinde hakem bilirkişilerden rapor alamadıkları, bu durumda davacının adli çözüm aramasının yerinde bulunduğu, bilirkişilerce tespit edilen zarar bedelinin talepten fazla olduğu gerekçesiyle, davanın kabulüne karar verilmiştir.” (Yargıtay 11. HD., E. 2002/3898, K. 2002/6554, T. 25.6.2002 (Kazancı İçtihat-Bilgi Bankası, E.T 12.10.2024); Aynı yönde karar için bkz. Yargıtay 11. HD., 2000/3697, K. 2000/4433, T. 22.5.2000 (Kazancı İçtihat-Bilgi Bankası, E.T 12.10.20024).

Diğer yandan, taraflar hakem-bilirkişilik veya hakem-bilirkişi sözleşmesinde, hakem-bilirkişinin raporu ne kadar sürede düzenleneceğini kararlaştırmış olabilir. Böyle bir düzenleme olmadığı durumda, doktrine göre, makul sürede tamamlanması gerektiği ifade edilmektedir. Makul süre, somut olayın şartları dikkate alınarak tespit edilmesi gerekir¹⁶¹⁸. Hakem-bilirkişinin makul sürede hakem-bilirkişi raporunu düzenleyemediği durumda, tarafların hakem-bilirkişiye karşı, aynen ifa davası açmasının, hakem-bilirkişinin tarafsız ve bağımsız bir hakem-bilirkişi raporunu vermesini engelleyeceği ifade edilmektedir. Bu nedenle, hakem-bilirkişi raporunun verilmesinin gecikeceğini ve ayrıca alınan bu kararın icra edilemeyeceği gerekçesiyle, aynen ifa davası reddedilmekte olup bunun yerine hakem-bilirkişinin sorumluluğu şeklinde tazminat davası açılması gerektiği doktrinde ifade edilmektedir¹⁶¹⁹.

Makul sürede hakem-bilirkişi raporu düzenlenmediği durumda, hukukî durumun ne olacağı bakımından çeşitli ihtimaller söz konusudur. İlk olarak taraflar kendileri anlaşarak, hakem-bilirkişi sözleşmesini haklı sebeple sona erdirip başka bir hakem-bilirkişiyi atayabilirler. Nitekim bu konuda taraflar yedek hakem-bilirkişi hükümlerini sözleşmede düzenlemiş olabilirler. Ayrıca tarafların anlaşarak yeni hakem-bilirkişi atamaları onların menfaatine olan bir durumdur. Tarafların hakem-bilirkişi ataması hususunda anlaşamadıkları hâlde, iki durum söz konusu olabilir. İlk durum, hâkim tarafından yeni bir hakem-bilirkişinin atanmasının sağlanmasıdır. İkinci durum, bu durumda mahkemenin karar vermesidir¹⁶²⁰. Alman hukukunda, bu konuda hakem-bilirkişinin, hakem-bilirkişi raporunu düzenlememesi, düzenleyememesi ve düzenlemekte gecikmesi durumunda, mahkemenin karar vereceği düzenlenmiştir (BGB § 319/I, VVG § 84)¹⁶²¹.

İsviçre hukukunda, İsviçre Medenî Usûl Kanunu yürürlüğe girmeden önce yayınlanan 2003 yılındaki taslak kanunda, hakem-bilirkişilik 183. maddede düzenlenmektedir. Taslak hükümde, hakem-bilirkişinin belli makul bir sürede hakem-bilirkişi raporunu düzenlemediği takdirde, sözleşmenin geçersiz olacağı düzenlenmiştir. Ancak kanun koyucu bu taslak hükmü, hakem-bilirkişilik kurumunun

¹⁶¹⁸ Örneğin basit bir olayda, on günlük süre makul süreyken; karmaşık bir vakıa durumunda bu incelemenin aylarca sürmesi makul süre olarak nitelendirilmelidir (Yıldırım, s. 212).

¹⁶¹⁹ Bachmann, s. 83; Asmus, s. 98; Meyer, s. 91; Heinrich, s. 122.

¹⁶²⁰ Yıldırım, s. 212-213.

¹⁶²¹ Maus, s. 108; Kleinschmidt, s. 226; Heinrich, s. 72-74.

uygulanamaz hâle getireceği düşüncesi ve tarafların kendilerinin süre koymasının daha uygun olacağı gerekçesiyle kaldırmıştır¹⁶²².

B. Hakem-Bilirkişi Raporunun Şekli ve İçeriği

Hakem-bilirkişi veya hakem-bilirkişiler, görevlendirildiği vakıaya ilişkin tespitlerini tamamladıktan sonra elde etmiş oldukları sonuçları bir rapor hâline getirmekte olup bu rapora hakem-bilirkişi raporu denilmektedir. Sigorta genel şartlarında¹⁶²³ ve bazı mahkeme kararlarında, hakem-bilirkişi raporu yerine, “hakem-bilirkişi kararı”¹⁶²⁴ ifadesi kullanılsa da hakem-bilirkişi bir adlî makam olmayıp yargılama yapmadığından, hakem-bilirkişi raporunu, bir mahkeme veya hakem kararı gibi nitelendiremeyiz¹⁶²⁵.

Hakem-bilirkişi raporunun şeklinin, nasıl olacağına ilişkin kanunî bir düzenlemenin olmaması sebebiyle doktrinde bu husus tartışmalıdır.

Doktrinde azınlık görüşe göre, hakem-bilirkişi raporu, taraflar aksini düzenlemediği sürece, herhangi bir şekle tâbi değildir, bu nedenle taraflar hakem-bilirkişiden sözlü bir şekilde de rapor alabilirler¹⁶²⁶. Ancak bu görüşü savunanlar dâhi, hakem-bilirkişi raporunun belirliliği ve ispat kolaylığı açısından, hakem-bilirkişi raporunun yazılı olarak düzenlenmesini tavsiye etmektedir¹⁶²⁷.

Doktrinde bizim de katıldığımız hâkim görüşe göre¹⁶²⁸, hakem-bilirkişi raporu yazılı olarak hazırlanmak zorunda olup yazılılık bir geçerlilik şartıdır. Bu konuda usûl hukuku görüşü savunanlar, tahkimde hakem kararlarının yazılı olması hükmüne kıyasen, hakem-bilirkişi raporlarının da yazılı olması gerektiğini savunmaktadır¹⁶²⁹.

¹⁶²² Angstmann, s. 69, Rn. 139.

¹⁶²³ “Üçüncü hakem-bilirkişi kararını müstakil bir rapor halinde verebileceği gibi, diğer hakem-bilirkişilerle birlikte bir rapor halinde de verebilir” Bkz. İnşaat SGŞ B.2 a fıkrası; Makine Kırılması SGŞ madde 13 a fıkrası; Montaj SGŞ madde 14 a fıkrası; Yangın SGŞ B.4 örnek olarak verilebilir.

¹⁶²⁴ “Hakem-bilirkişilerin kararlarına karşı da ancak bu kararın aşikâr olarak gerçek durumdan önemli bir biçimde farklı olduğu takdirde, itiraz edilebilir veya iptalini mahkemeden istenebilir” (Yargıtay 11. HD, E. 1994/3170, K. 1994/643, T. 1.2.1994) (Kuru, Usûl Cilt III, s. 2918-2919, dn. 91b).

¹⁶²⁵ Halûk Konuralp, “Hakem-Bilirkişi Raporunun İptali Davası”, **Sigorta Hukuku Dergisi**, C. I, S. 2, 1982, (İptal Davası), s. 173.

¹⁶²⁶ Weissmann, AcP 72, s. 269; Kisch, Schiedsmann, s. 94; Asmus, s. 146.

¹⁶²⁷ Kisch, Schiedsmann, s. 94.

¹⁶²⁸ Bachmann, s. 96; Rauscher, s. 265; Meyer, s. 119; Heinrich, s. 206; Brosi, s. 250.

¹⁶²⁹ Rauscher, s. 265; Meyer, s. 119.

Ancak diğer yazarlar, sigorta genel şartlarında hakem-bilirkişi raporunun, taraflara tebliğ edileceğinin¹⁶³⁰ düzenlendiğini, buradaki ifadeleri BGB § 133, 157 hükümlerine göre yorumlanmasından hareketle, hakem-bilirkişi raporunun yazılı olma zorunluluğunun ortaya çıktığını savunmaktadır¹⁶³¹. Ayrıca hakem-bilirkişi raporunun denetimi, ancak bu şekilde gerçekleşebilir. Hakem-bilirkişi raporu sadece sözlü olarak ifade edilirse, taraflar arasındaki hakem-bilirkişilik prosedürünün amacı olan davadan kaçınma durumu gerçekleşmez ve hakem-bilirkişi raporunun içeriği hakkında yeni uyuşmazlıklar da ortaya çıkabilir¹⁶³². Ayrıca hakem-bilirkişinin sorumluluğu veya hakem-bilirkişi raporunun iptali davalarında, hakem-bilirkişi raporu bir delil olarak kullanılacağı için yazılı olarak hazırlanmak zorunda olup bu şekil şartı, bir geçerlilik şartıdır¹⁶³³.

Hakem-bilirkişi raporunun içeriğinde, hangi hususların yer alması gerektiğine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak bazı sigorta genel şartlarında, hakem-bilirkişi raporunun içermesi gereken konular özel olarak düzenlenmiştir. Örneğin, Dolu Sigortası Genel Şartlarının B.4. hasarın tespiti kenar başlıklı maddesinin 12. fıkrasında, hakem-bilirkişi raporlarının ihtilaflı olayla ilgisi nispetinde yer alması gereken konular düzenlenmiştir. Diğer bir örnek, Elektronik Cihaz Sigortaları Genel Şartlarının hasar tespitine ilişkin 13/a maddesinde, hakem-bilirkişi raporlarının beher ünite için tespit edilecek ziya ve hasar miktarından başka, hasarın belli ve muhtemel sebebini, hasarlı kıymetlerin hasardan bir gün önceki gerçek değeri ile yenileme değerini, tamir ve başka hususlar için faydalanabilecek enkazın durumunu ve değerini de içermesi gerektiği düzenlenmiştir. Benzer bir kural da İnşaat Sigortası Genel Şartları (Bütün Riskler) B.2 hasarın tespitine ilişkin düzenlemede yer almaktadır. Ancak bazı sigorta genel şartlarında ise hakem-bilirkişi raporunun neleri içermesi gerektiğine ilişkin bir düzenleme yoktur. Diğer taraftan, sigorta genel şartlarındaki kurallar da hakem-bilirkişi raporunun içeriği hususunda yeterli değildir. Sigorta genel

¹⁶³⁰ Aynı şekilde hukukumuzda hakem-bilirkişi raporunun taraflara aynı zamanda tebliğ edileceği düzenlendiğinden, bu şartları yorumladığımızda, hakem-bilirkişi raporunun yazılı olarak düzenlenme zorunluluğu ortaya çıkar. “Hakem-bilirkişi raporu taraflara aynı zamanda tebliğ edilir” (Bkz. İnşaat SGŞ (Bütün Riskler) B.2 maddesi a fıkrası; Makine Kırılması SGŞ madde 13 a fıkrası; Montaj SGŞ madde 14 a fıkrası; Yangın SGŞ B.4 maddesi; Yangına Bağlı SGŞ B.5; Hırsızlık SGŞ B.3 maddeleri örnek olarak verilebilir).

¹⁶³¹ Heinrich, s. 206; Asmus, s. 146.

¹⁶³² Rauscher, s. 265; Meckenstock, s. 79; Heinrich, s. 206; Brosi, s. 250.

¹⁶³³ Bachmann, s. 96; Rauscher, s. 265; Meyer, s. 119; Brosi, s. 250.

şartlarında yer almasa dâhi, taraflar hakem-bilirkişi sözleşmesinde, hakem-bilirkişi raporunun hangi hususları içereceğine ilişkin sözleşmede düzenleme yapabilir. Bu durumda, hakem-bilirkişinin sözleşmedeki içeren kayıtlara uygun olarak raporu hazırlaması gerekir. Bu nedenle, taraflardan her biri kendi taraf hakem-bilirkişisini atadığı durumda, hakem-bilirkişi raporunda eksiklik çıkmaması bakımından, bu içeriklerin aynı olmasına dikkat edilmesi gerekir¹⁶³⁴.

Hakem-bilirkişi raporunun hangi hususları içerdiğine ilişkin bir düzenleme olmaması durumunda doktrin, hakem kararlarına (HMK m. 436) veya bilirkişi raporlarına (HMK m. 279) ilişkin kuralların kıyasen uygulanabileceğini ifade etmektedir¹⁶³⁵. Bu nedenle doktrinde, hakem-bilirkişi raporunda tarafların kim olduğu, hakem-bilirkişi veya hakem-bilirkişilerin isimleri, atanma usûlleri, yetki alanına giren vakıa ve işlemler, hakem-bilirkişilerin tespitleri ve gerekçesi, hakem-bilirkişi veya hakem-bilirkişilerin imzaları ve rapor tarihinin bulunmasının, hakem kararı veya bilirkişi raporu ile karşılaştırıldığında yerinde olduğu ifade edilmektedir¹⁶³⁶. Nitekim Yargıtay, hakem-bilirkişi raporunda, hakem-bilirkişilerden birisinin imzasının olmamasını, bu raporun taraf hakem-bilirkişilerden birinin yokluğunda düzenlenmiş sayılması gerektiğine ve bu rapora karşı itirazın ciddi nitelikte olduğuna ve iptal edilebileceğine karar vermiştir¹⁶³⁷.

Alman hukukunda da hakem-bilirkişi raporunun imzası, hakem-bilirkişi raporu için önemli olduğu ve hakem-bilirkişinin tespitlerinin sonucunu gösterdiği ifade edilmektedir. Ancak hakem-bilirkişilerden birisinin imza atamamasının hakem-bilirkişi raporunun tamamının geçerliliğine etki etmemesi gerektiği, sadece üçüncü hakem-bilirkişi olarak başkan hakem-bilirkişinin imzasının yeterli olduğu savunulmaktadır. Çünkü imza eksikliğinin sebebi, diğer sebeplerin yanı sıra hakem-bilirkişinin reddi de olabilir ve reddedilen hakem-bilirkişi kendi sorumluluğuna gidilememesi için imza atmaktan çekinebilir¹⁶³⁸.

İmzanın şekli olarak, aksi kararlaştırılmadıkça el yazısı şeklinde olması gerekir. İmza, hakem-bilirkişi raporunu imzalayan hakem-bilirkişinin bulgularının

¹⁶³⁴ Yıldırım, s. 213; Cantaymaz, s. 101.

¹⁶³⁵ Cantaymaz, s. 101; Yeşilırmak, Hakem-Bilirkişilik, s. 722.

¹⁶³⁶ Yeşilırmak, Hakem-Bilirkişilik, s. 722; Yeşilırmak, Öneri, s. 50; Yıldırım, s. 213; Demirel, s. 38.

¹⁶³⁷ Yargıtay 11. HD., E. 1997/7184, K. 1997/7066, T. 16.10.1997 (Ulaş, Uygulamalı Sigorta, s. 246-247).

¹⁶³⁸ Heinrich, s. 207-208; Meyer, s. 119; Asmus, s. 148; Rauscher, s. 265.

iradesinin sonucunu gösterdiğinden, rapordan önce boş kâğıda atılan bir imza bu şartları sağlamaz¹⁶³⁹. İmzanın yanında, hakem-bilirkişi raporunun düzenlendiği tarih de gerekli olmakla birlikte, raporun tarihi düzenleyici bir hüküm olup eksikliği hakem-bilirkişi raporunun geçerliliğini etkilemez¹⁶⁴⁰.

C. Hakem-Bilirkişi Raporunun Etkisi

Hakem-bilirkişi veya hakem-bilirkişiler, görevlendirildiği vakıaya ilişkin tespitlerini tamamladıktan sonra hakem-bilirkişi raporunu hazırlar ve bu raporda tespit edilen vakıa, tarafları ve mahkemeyi bağlamaktadır. Hakem-bilirkişi raporu iptal edilmeksizin, bu bağlayıcılığın sınırları ve bağlayıcı etkinin iptalinin ne zamana kadar ve nasıl ileri sürülmesi gerektiği gibi hususlar aşağıda incelenmeye çalışılacaktır.

Ayrıca bağlayıcı etkinin çeşitlerinin olup olmadığı ve bu tür kayıtların bir hakem-bilirkişilik sözleşmesi olup olmadığı ve hakem-bilirkişi raporunun, hakem-bilirkişilik sözleşmesine konu olan vakıa bakımından alacağın muacceliyetine etki edip etmediği incelenmeye çalışılacaktır.

1. Hakem-Bilirkişi Raporunun Tarafları ve Mahkemeyi Bağlaması

a. Bağlayıcı Etki

Hakem-bilirkişi raporunun bağlayıcı etkisi, müspet etki olarak hakem-bilirkişi raporunun tarafları ve mahkemeyi çekişmeli vakıa bakımından bağlaması ve menfi etki olarak çekişmeli vakıa bakımından, hâkimin ve tarafların, sadece hakem-bilirkişi raporuna başvurması şeklinde iki etkiden oluşur. Bu doğrultuda, hâkim kendiliğinden bilirkişi incelemesi veya keşif yapılmasına karar veremeyecektir¹⁶⁴¹. Buna ek olarak, hâkim davayı aydınlatma ödevi çerçevesinde de delil toplayamayacaktır. Böylece hâkim münhasır delil sözleşmesinde belirtilmediği sürece, dava dosyasından

¹⁶³⁹ Heinrich, s. 209.

¹⁶⁴⁰ Heinrich, s. 209; Rauscher, s. 265.

¹⁶⁴¹ Baumgärtel, s. 253-254; Schlosser, Parteihandeln, s. 89; Kornblum, s. 100-101; Maus, s. 183-184.

uyuşmazlıkla ilgili olduğu anlaşılrsa dâhi, önemli taşıdığını düşündüğü bir belgenin ibrazını isteyemeyecek veya tanık dinletemeyecektir¹⁶⁴².

Hakem-bilirkişi raporunun, sonucunun ne zaman taraflara gönderilmesi gerektiğine ilişkin bir düzenleme olmadığı için hakem-bilirkişi raporu düzenlendiği an, derhâl taraflara gönderilmesi gerekmektedir¹⁶⁴³. Hakem-bilirkişi raporunun her iki tarafa da ulaşması gerekmekte olup örneğin sigorta hukukunda hakem-bilirkişi raporu hem sigortacıya hem de sigorta ettirene tebliğ edilmesi¹⁶⁴⁴ gerekir¹⁶⁴⁵. Alman hukukunda, BGB § 318/I hükmünde, hakem-bilirkişi raporunun taraflardan sadece birisine ulaştırılmasının yeterli olacağı düzenlenmiştir¹⁶⁴⁶. Ancak doktrinde kendisine ulaşan tarafın değil, hakem-bilirkişinin, hakem-bilirkişi raporunu her iki tarafa da ulaştırmakla yükümlü olduğu ifade edilmektedir¹⁶⁴⁷.

Taraflar hakem-bilirkişi raporunun kendilerine nasıl gönderileceğini serbestçe belirleyebilirler. Bu nedenle resmî usûllere göre tebligat yapılması yerine, alındı teyidini sağlayan kayıtlı elektronik e-postayla, taahhütlü mektupla veya makbuz karşılığında hakem-bilirkişi raporunun her iki tarafa gönderilmesi yeterlidir¹⁶⁴⁸.

Hakem-bilirkişi raporunun bağlayıcı etkisi, hakem-bilirkişi sayısına göre belirlenmektedir. Tek hakem-bilirkişinin söz konusu olduğu durumda, hakem-bilirkişi raporunun taraflara tebliği sonucu, bağlayıcı etki hemen meydana gelir. Ancak birden fazla örneğin üç hakem-bilirkişi olması durumunda, taraf hakem-bilirkişilerinin raporlarının sonuçları farklı olması durumunda, üçüncü hakem-bilirkişinin, taraf hakem-bilirkişilerinin sonuçlarının sınırları dahilinde üçüncü bir hakem-bilirkişi

¹⁶⁴² Tuluay, s. 121; Taşpınar, İspat Sözleşmeleri, s. 202; Bolayır, Deliller, s. 494; Teomete Yalabık, s. 524-525.

¹⁶⁴³ Heinrich, s. 210; Asmus, s. 142.

¹⁶⁴⁴ Nitekim genel olarak sigorta genel şartlarında da hakem-bilirkişi raporlarının, taraflara aynı zamanda tebliği edileceği düzenlenmiştir. Bkz. İnşaat SGŞ (Bütün Riskler) B.2 maddesi a fıkrası; Makine Kırılması SGŞ madde 13 a fıkrası; Montaj SGŞ madde 14 a fıkrası; Yangın SGŞ B.4 maddesi; Yangına Bağlı SGŞ B.5; Hırsızlık SGŞ B.3 maddeleri örnek olarak verilebilir.

¹⁶⁴⁵ Bachmann, s. 97; Heinrich, s. 210; Rauscher, s. 269; Asmus, s. 142; Yıldırım, s. 214.

¹⁶⁴⁶ Asmus, s. 141.

¹⁶⁴⁷ Heinrich, s. 210; Rauscher, s. 269; Asmus, s. 142.

¹⁶⁴⁸ Rauscher, s. 270; Asmus, s. 142; Heinrich, s. 211.

raporu düzenler. Bu hakem-bilirkişi raporunun taraflara tebliğ edilmesi sonucunda bağlayıcı etki meydana gelir ve hakem-bilirkişi raporu nihaîlik¹⁶⁴⁹ arz eder¹⁶⁵⁰.

Hakem-bilirkişi raporu tarafları ve mahkemeyi bağladığı gibi, aynı zamanda hakem-bilirkişiyi de bağlar. Hakem-bilirkişi, hakem-bilirkişi raporunu taraflara göndermeden önce, hakem-bilirkişi raporunda istediği değişiklikleri yapabilir¹⁶⁵¹. Ancak hakem-bilirkişinin, hakem-bilirkişi raporunu taraflardan birine gönderdiği (BGB § 318/I) an, hakem-bilirkişi raporundaki tespitleri değiştirmesi mümkün değildir¹⁶⁵². Bu kapsamda, hakem-bilirkişi, hakem-bilirkişi raporunun taraflara tebliği sonrası, hakem-bilirkişi raporunun hatalı olduğunu görerek değiştirmesi mümkün değildir. Hakem-bilirkişi, hakem-bilirkişi raporundaki, sadece basit yazım ve hesap hatalarını sonradan düzeltebilir¹⁶⁵³. Ayrıca hakem-bilirkişi yapmış olduğu bu düzeltmeler için ek ücret de talep edemeyecektir¹⁶⁵⁴. Ancak hakem-bilirkişi raporunun eksik gerekçesi, nitelikli yazı ve hesap hataları bu şekilde düzeltilemez¹⁶⁵⁵. Ancak doktrinde bizim de katıldığımız görüşe göre, bu husus haklı olarak doktrinde eleştirilmektedir.

Sieg, hâkim ve hakemin eksik kararları bakımından, ek karar verme durumunun (ZPO § 321), hakem-bilirkişi açısından da kıyasen uygulanması gerektiğini savunmaktadır. Çünkü tarafların yeniden hakem-bilirkişilik prosedürünü başlatması maliyetli olup bunun yerine aynı hakem-bilirkişiden, hakem-bilirkişi raporunda eksik kalan hususları tamamlatmaları daha uygundur¹⁶⁵⁶.

Meyer, hakem-bilirkişinin, hakem-bilirkişi raporunu düzenlemesiyle onun görevinin sona erdiğini, burada sonuç sorumluluğu şeklinde eser sözleşmesi değil, faaliyete dayalı hizmet sözleşmesi olduğunu ifade etmektedir. Ayrıca hakem-bilirkişinin, hakem-bilirkişi raporunda ek düzenlemeler yapması, hakem-bilirkişinin tarafsız ve bağımsız olmasıyla çelişebilir. Bu nedenle eksik bir hakem-bilirkişi

¹⁶⁴⁹ “Hakem-bilirkişi veya hakem-bilirkişiler yahut üçüncü hakem-bilirkişinin ziya ve hasar miktarı hususunda verecekleri kararlar kesindir, tarafları bağlar” (Bkz. İnşaat SGŞ (Bütün Riskler) B.2 maddesi g fıkrası; Makine Kırılması SGŞ madde 13 g fıkrası; Montaj SGŞ madde 14 g fıkrası; Yangın SGŞ B.4 maddesi; Yangına Bağlı Kar Kaybı SGŞ B.5; Hırsızlık SGŞ B.3 maddeleri örnek olarak gösterilebilir.

¹⁶⁵⁰ Asmus, s. 143-144; Yıldırım, s. 214.

¹⁶⁵¹ Asmus, s. 141; Heinrich, s. 226; Meyer, s. 140; Brosi, s. 282.

¹⁶⁵² Asmus, s. 144; Heinrich, s. 226; Meyer, s. 140; Brosi, s. 282.

¹⁶⁵³ Heinrich, s. 226; Meyer, s. 140; Asmus, s. 148; Sieg, s. 634; Brosi, s. 282; Yıldırım, s. 214.

¹⁶⁵⁴ Brosi, s. 282-283.

¹⁶⁵⁵ Heinrich, s. 227.

¹⁶⁵⁶ Sieg, s. 634.

raporunun iyileştirilmesi reddedileceğinden, eksik kararın düzenlendiği ZPO § 321 hükmünün kıyasen, hakem-bilirkişiliğe uygulanamayacağını savunmaktadır¹⁶⁵⁷.

İsviçre hukukunda da hakem-bilirkişinin hakem-bilirkişilik sözleşmesindeki her vakıayı içeren, bir hakem-bilirkişi raporu düzenlemediğinde sonucun ne olacağı doktrinde tartışmalıdır.

Bachmann, hakem-bilirkişi raporunun eksik, yoruma açık şekilde düzenlenmesi veya gerekçe eksik olması durumunda, tarafların, hakem-bilirkişiden, hakem-bilirkişinin raporu tamamlamasını isteme hakkının olduğunu savunmaktadır. Bu durumlar hakem-bilirkişi raporunun kendiliğinden bağlayıcı olmamasına yol açmadığı için tarafın hakem-bilirkişi raporu iptali davası yerine, bunları tamamlatmasının daha uygun olacağını belirtmektedir¹⁶⁵⁸.

Brosi de aynı şekilde, hakem-bilirkişi sadece yazı ve hesap hataları değil, aynı zamanda tahkim hükümlerine kıyasen (SchZPO Art. 388) açıklama, ekleme ve yorum yapmasının da mümkün olması gerektiğini ifade etmektedir. Bu şekilde tarafların hakem-bilirkişi raporunun bağlayıcı olmadığına ilişkin iptal davası açmak yerine, hakem-bilirkişiden bu değişiklikleri istemesinin usûl ekonomisine daha uygun olduğunu savunmaktadır¹⁶⁵⁹.

Diğer bir husus doktrinde, hakem-bilirkişilik sözleşmesi gibi, hakem-bilirkişi raporu da hâkim görüşe göre, mahkeme tarafından re'sen incelenen bir husus değildir. Taraflardan birinin hakem-bilirkişi raporunu def'i (Einrede) şeklinde ileri sürmesi hâlinde hakem-bilirkişi raporu mahkemece dikkate alınabilir¹⁶⁶⁰. Hakem-bilirkişi raporunu bir yargılamada, tarafların ne zamana kadar ileri sürebileceği açısından, İsviçre hukuku, hakem-bilirkişi raporunun taraflarca daha çok kullanılmasına önem vermiş ve yenilikler (Novel) getirmiştir. İsviçre hukukunda, hakem-bilirkişi raporunu, mahkemenin kendiliğinden dikkate alamayacağını, bir vakıa şeklinde tarafların mahkemeye bunu ileri sürmesi hâlinde sadece dikkate alınabileceği ifade edilmektedir. İsviçre Medenî Usûl Kanunu ön taslak metninde (Vorentwurf) tarafların hakem-bilirkişilik sözleşmesini, sadece bir davada cevap dilekçesi veya karşı davada ileri

¹⁶⁵⁷ Meyer, s. 141.

¹⁶⁵⁸ Bachmann, s. 97.

¹⁶⁵⁹ Brosi, s. 283.

¹⁶⁶⁰ Habscheid, FS Lehmann, s. 806; Weiler, s. 12-13; Jost, s. 41; Pelli, s. 234-236; Angstmann, s. 198; Brosi, s. 258; Aksi görüş için bkz. Kisch, Rhein, s. 17-18; Kisch, Schiedsmann, s. 105-106; Meckenstock, s. 82-83; Kuru, Usûl Cilt III, s. 2916.

sürebilecekleri düzenlenmiştir¹⁶⁶¹. Ancak bu kanun taslağı reddedilmiş ve taraflar, hakem-bilirkişilik sözleşmesi ve hakem-bilirkişi raporunu, SchZPO § 229’da belirtilen zaman sınırı olan tahkikat sona erene (Aktenschluss) kadar ileri sürebilecekleri ifade edilmiştir. Bu şekilde gerçek bir yenilik olarak tarafların, hakem-bilirkişi raporunu, mahkeme kararı tartışıldığı aşamaya kadar (Urteilsberatung) ileri sürmesi mümkündür¹⁶⁶². Hukukumuzda iddia ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağı söz konusu olduğundan, taraflar hakem-bilirkişilik sözleşmesini veya hakem-bilirkişi raporunu cevap dilekçesiyle ileri sürmek zorundadır¹⁶⁶³.

b. Bağlayıcı Etki ve Hukukî Sorun Meselesi

Hakem-bilirkişiler, hakem-bilirkişilik ve hakem-bilirkişi sözleşmesiyle kendisine verilen görev alanı içerisinde vakıa tespit işlevini yerine getirirler. Alman hukukunda, hakem-bilirkişilik sözleşmesi olup olmadığı tartışmalı olmakla birlikte, hakem-bilirkişinin sadece vakıa tespit fonksiyonu olmayıp ayrıca üçüncü kişi tarafından sözleşmeye ilişkin esaslı edim belirlemesi veya sözleşmenin uyarlanması şeklinde inşai bir görevleri de bulunmaktadır¹⁶⁶⁴.

Hem hukukumuzda hem de karşılaştırmalı hukukta, hakem-bilirkişinin vakıa tespit fonksiyonu açısından bir tartışma bulunmamaktadır. Hakem-bilirkişiler, tespit ettikleri vakıalar hakkında, hâkim veya hakem kararı gibi, sigorta ettiren malın hasarını tespit ettikten sonra, bu hasarı kimin ödeyeceğine karar veremeyecek olup bu onların görevi değildir. Hakem-bilirkişiler, kendisine sözleşmeyle tespit edilmesi istenen vakıa hakkında, sadece vakıa tespit görevinde bulunup hakem-bilirkişi hukukî ilişki veya hak hakkında da bir tespitte bulunamaz. Bunlar mahkeme veya tahkim mahkemesinin görevi olup tespit davasının konusunu oluşturur (HMK m. 106/I)¹⁶⁶⁵.

Hakem-bilirkişilerin hukukî sorun hakkında bir tespitte bulunup bulunamayacağı doktrinde tartışmalı bir konudur. Hakem-bilirkişinin görev alanı

¹⁶⁶¹ Botschaft ZPO, s. 7325 (Angstmann, s. 138, dn. 751); Brosi, s. 258-259.

¹⁶⁶² Angstmann, s. 138, Rn. 285; Brosi, s. 259.

¹⁶⁶³ Yargıtay 11. HD. E. 1989/309, K. 1990/1786, T. 5.3.1980 (Ulaş, Uygulamalı Sigorta, s. 126); Taşpınar, İspat Sözleşmeleri, s. 219-220.

¹⁶⁶⁴ Bu konu hakkındaki açıklamalarımız için bkz. İkinci Bölüm, II.

¹⁶⁶⁵ Kuru, Usûl Cilt III, s. 2914; Ö. Atalay, s. 871; Sebük, s. 503; Pekcanitez, Atalay ve Özkes, Usûl Hukuku, s. 1072; Pekcanitez, Atalay ve Özkes, Usûl Ders Kitabı, s. 619; Pekcanitez ve Yeşilirmak, Pekcanitez Usûl Cilt III, s. 2602.

hakem-bilirkişilik ve hakem-bilirkişi sözleşmesiyle belirlenir. Hakem-bilirkişiye sözleşmeyle verilen görevde, hukukî bir sorunun bulunması hâlinde, hakem-bilirkişinin öncelikle bu görevi kabul etmemesi gerekir. Ancak hukukçu olmak zorunda olmayan hakem-bilirkişiden hukuk ve vakıa ayırımını yapabilmesini beklemek, onun uzmanlık alanı olmadığı için de zordur¹⁶⁶⁶. Bu nedenle, hakem-bilirkişinin hukukî sorunlar hakkında da tespitte bulunup bulunamayacağı ve bunun sonuçları, karşılaştırmalı hukuk ve hukukumuz açısından incelenmeye çalışılacaktır.

Alman hukukunda, hâkim hukuku re'sen uygulama ilkesi (HMK m. 33)¹⁶⁶⁷ gereğince, hakem-bilirkişilerin hukuku uygulaması şeklinde salt hukukî değerlendirmede bulunması engellenmiş ve bu hususun mahkemeyi bağlamayacağı doktrinde belirtilmiştir¹⁶⁶⁸. Doktrinde bir görüş, hakem-bilirkişinin salt hukukî sorun hakkındaki tespitleri mahkemeyi bağlamayacağı için raporun hakem-bilirkişi raporunu mahkemeye veren taraf bakımından, bir uzman görüşü şeklinde taraf beyanı olarak (Parteivortrag) olarak nitelendirilmesi gerektiğini ifade etmiştir¹⁶⁶⁹.

Alman Federal Mahkemesi, hakem-bilirkişinin sigorta ettirenin ağır ihmalle mi kasten mi zarara uğrattığına ilişkin bir tespitte bulunamayacağına hükmetmiştir¹⁶⁷⁰. Aynı şekilde, Alman Federal Mahkemesi, eksik sigorta (Unterversicherung) olup olmadığına ilişkin belirleme konusunda hakem-bilirkişinin yetkisinin reddine karar vermiştir. Ancak özel bir anlaşmayla hakem-bilirkişiye eksik sigortayı haklı kılan, olguları inceleme ve değerlendirme görevi verilebileceğine hükmetmiştir¹⁶⁷¹.

Hukukî koruma sigortasının, hakem-bilirkişinin hukukî konularda, tespitte bulunamayacağının bir istisnası olduğu, burada hakem-bilirkişinin tarafın davayı kazanmada başarılı olup olunamayacağı şeklinde, hukukî bir sorun hakkında tespitte bulunduğu ifade edilmektedir¹⁶⁷². Hakem-bilirkişilerin sadece hasarı tespit etmekle görevli olduğu, ancak tazminat miktarının tespitine karar veremeyeceği belirtilmiştir¹⁶⁷³.

¹⁶⁶⁶ Lorenzen, s. 63.

¹⁶⁶⁷ Hâkimin hukuku re'sen uygulaması ilkesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Bolayır, İlke, s. 145-226.

¹⁶⁶⁸ Lorenzen, s. 144; Heinrich, s. 226; Asmus, s. 151-152.

¹⁶⁶⁹ Prölles, Martin ve Voit, VVG § 84, s. 714, Rn. 21.

¹⁶⁷⁰ Brück, Möller ve Johannsen, § 84, Rn. 26.

¹⁶⁷¹ Brück, Möller ve Johannsen, § 84, Rn. 26, dn. 74.

¹⁶⁷² Brück, Möller ve Johannsen, § 84, Rn. 26.

¹⁶⁷³ Brück, Möller ve Johannsen, § 84, Rn. 13.

Alman hukukunda, hakem-bilirkişinin ana edim olarak, salt hukukî sorun hakkındaki tespitleri, Hukuk Hizmetleri Yasası'na (Rechtsdienstleistungsgesetz) aykırılık teşkil etmektedir. Ancak hakem-bilirkişinin, vakıa tespiti yaparken, yan edim olarak hukukî değerlendirmede bulunması bu yasaya aykırılık teşkil etmemektedir¹⁶⁷⁴. Bu nedenle Alman hukukunda hakem-bilirkişinin vakıa tespiti yaparken, karşılaşmış olduğu hukukî ön sorunlar (Rechtsvorfragen) veya ikincil derecede önemli hukukî sorunlar (Rechtsfragen von untergeordneter Bedeutung) şeklinde de ifade edilen durumlar hakkında, tespitte bulunabileceği ve bunun mahkemeyi bağlayıcı olduğu ifade edilmektedir¹⁶⁷⁵. Alman Federal Mahkemesi de hakem-bilirkişinin vakıaları hukukî sınıflandırmasına ve hakem-bilirkişinin hukukî ön sorunlar hakkındaki tespitlerinin mahkemeyi bağladığına karar vermiştir¹⁶⁷⁶. Bu durum, özellikle hakem-bilirkişinin, hukukî ön sorunları (Rechtsvorfragen) tespit etmeden, vakıa tespitini yapamaması durumunda önem arz edecektir. Örneğin, hakem-bilirkişi sözleşmeye ilişkin edim uyarlama faaliyetinde, uyarlama koşullarının oluşup oluşmadığı hakkında tespitte bulunmadan, uyarlama faaliyetini gerçekleştiremeyecektir¹⁶⁷⁷. Özellikle bir şirketin satılmasına ilişkin bir değerlendirmeyi içeren hakem-bilirkişi raporunda, hakem-bilirkişinin satın alınacak nesneye göre bir hukukî inceleme yapması durumunda söz konusu olacaktır. Tarafların hakem-bilirkişinin hangi değerlendirme yöntemine göre hesaplama yapılacağına ilişkin sözleşmede bir kayıt koymadığı veya tarafların koymuş olduğu şirket satım sözleşmelerindeki garanti hükümlerinin yorumlanmasında bu sorunlar ortaya çıkacaktır. Bu durumda hakem-bilirkişi öncelikle garanti hükümlerini yorumlayacak ve bu yorumlama neticesinde, hakem-bilirkişi vakıa tespitinde bulunacak ve sonuç olarak da satın alınacak nesnenin fiyatı da değişecektir¹⁶⁷⁸.

İsviçre hukukunda da hakem-bilirkişinin hukukî sorunlar hakkında tespitte bulunması mümkün değildir ve mahkemeyi bağlamaz. Doktrinde hâkimin hukuku re'sen uygulaması kuralından dolayı, hakem-bilirkişinin hukukî sorunlar hakkındaki

¹⁶⁷⁴ Bayerlein, Bleutge, Roessner ve Schlehe, s. 503, § 26, Rn. 10.

¹⁶⁷⁵ Lorenzen, s. 145; Asmus, s. 154; Heinrich, s. 226; Sessler, s. 110-111; Sessler ve Leimert, s. 152.

¹⁶⁷⁶ BGH, Urt. v. 09.07.1986, BGHZ 98, 160 (166) (Maus, s. 187, dn. 991); BGH NJW 1953, 825; BGH NJW 1955, 665 (Bayerlein, Bleutge, Roessner ve Schlehe, s. 503, § 26, Rn. 10).

¹⁶⁷⁷ Lorenzen, s. 70; Angstmann, s. 168-170; Brosi, s. 44.

¹⁶⁷⁸ Lorenzen, s. 145; Sessler, s. 110-111; Sessler ve Leimert, s. 159; Ağaoğlu, s. 98.

tespitlerinin mahkemeyi bağlamayacağı ve mahkemenin bunların doğru nitelendirilip nitelendirmediğinin yeniden incelenmesi gerektiği savunulmaktadır¹⁶⁷⁹.

Bachmann, iş görememezlik ve nedensellik gibi kavramların bir hukukî kavramlar olduğunu ifade etmektedir. Hakem-bilirkişi sadece vakıa tespit faaliyetini gerçekleştirir, bu nedenle vakıaların, iş görememezlik veya nedenselliği haklı gösterip göstermediğine karar vermesi gerekmez. Ancak hakem-bilirkişilerin, bu noktada hukukî terimler kullanmaması da önlenemez. Bu durumda, hâkim, hakem-bilirkişilerin kullanmış olduğu hukukî terimleri doğru kullanıp kullanmadığını incelemesi gerekir. Hakem-bilirkişilerin hukukî ifadeler olmadan, hakem-bilirkişi raporu yazmaları zordur. Çünkü hakem-bilirkişilik sözleşmesi bir ispat sözleşmesi olup amacı ispat ve ispat aracı olan delillerdir. Bu durumda hâkim hukuku re'sen uygular ilkesinden hareketle, burada kullanılan ifadelerin hakem-bilirkişi tarafından doğru kullanılıp kullanmadığının, hâkim tarafından yeniden incelenmesi gerektiğini ifade etmektedir¹⁶⁸⁰.

İsviçre Medenî Usûl Kanunu yürürlüğe girmeden önce hakem-bilirkişinin, hukukî sorunlar hakkında da tespitlerde bulunduğu ve mahkemenin bunları kabul ettiğine ilişkin kararlar da bulunmaktadır¹⁶⁸¹. Hakem-bilirkişilik kurumunun düzenlendiği, İsviçre Medenî Usûl Kanunu'nun 189. maddesinin birinci fıkrasında, hakem-bilirkişinin sadece vakıalar hakkında tespitte bulunabileceği düzenlemiştir. Ancak bu düzenlemeye rağmen, doktrinde eski içtihatların devam etmesi gerektiği, bu nedenle hakem-bilirkişinin hukukî sorunlar hakkında da tespitte bulunulabileceği savunulmaktadır¹⁶⁸². Doktrinde bu düzenlemenin kanun koyucu tarafından bilinçli bir tercih olduğu ve hakem-bilirkişinin hiçbir şekilde hem salt hukukî sorunlar hem de ikincil derecedeki hukukî sorunlar hakkında tespitte bulunamayacağı ifade edilmektedir¹⁶⁸³. Diğer yandan, hakem-bilirkişilik sözleşmesinde hukukî sorunların tespit edilemeyeceği, ancak yabancı hukukun uygulanmasına ilişkin hakem-bilirkişilik sözleşmesinin olabileceği savunulmaktadır. Çünkü bunlar da çekişmeli vakıa gibi ispatın konusunu oluşturmaktadır¹⁶⁸⁴.

¹⁶⁷⁹ Bachmann, s. 34; Brosi, s. 26; Göksu, s. 36; Angstmann, s. 147.

¹⁶⁸⁰ Bachmann, s. 34-35.

¹⁶⁸¹ BGE 117 Ia 365 E. 6; BGE 129 535, E. 2 (Angstmann, s. 146, dn. 802).

¹⁶⁸² Carl, s. 45; Pelli, s. 116; Angstmann, s. 147.

¹⁶⁸³ Göksu, s. 36.

¹⁶⁸⁴ Bachmann, s. 34; Angstmann, s. 147; Göksu, s. 36.

Brosi, hakem-bilirkişilerin salt hukukî sorunlar hakkındaki tespitlerinin hâkimi bağlamayacağını, ancak bunların bir taraf uzman görüşü olarak yorumlanması gerektiğini savunmaktadır¹⁶⁸⁵.

Angstmann, vakıa tespitine ilişkin ikincil öneme sahip hukukî ön sorunların (Rechtsfagen von Untergeordneter Bedeutung, Rechtsvorfragen) tespitine, hakem-bilirkişinin tespit edeceği vakıalarla ilgili olduğu süreç, Alman hukukundaki gibi izin verilmesi gerektiğini savunmaktadır. Aksi takdirde, hakem-bilirkişilik kurumun önemini büyük ölçüde yitireceği ve tarafların her hukukî ön sorunla karşılaştıklarında, mahkeme veya tahkime gitmek zorunda kalmalarına sebebiyet vereceğini ve bu durumun usûl ekonomisini ihlâl ettiğini savunmaktadır. Ancak salt hukukî sorunlar mahkemeyi bağlamaz ve bunlar hakem-bilirkişi raporu etkisine sahip olamaz. Bu nedenle salt hukukî sorunların tespiti mahkeme veya tahkime mahsustur¹⁶⁸⁶. Hakem-bilirkişiler her ne kadar salt hukukî sorun hakkında tespitte bulunamasa dâhi, vakıa tespiti yaparken karşılaşmış olduğu hukukî ön sorunlar hakkında tespitte bulunması gerektiği ifade edilmektedir. Hakem-bilirkişi, vakıa veya hukukî ilişkinin bir unsurunu tespit eder, ancak belli bir durumda hangi vakıaları belirlemesi gerektiği, bir hukukî ön sorun olup hakem-bilirkişi bunları tespit etmeden, vakıa tespitini yapamaz. Hakem-bilirkişilerin bu soruları bir şekilde yanıtlaması gerekecektir¹⁶⁸⁷. Nitekim hakem-bilirkişi genellikle hukukî ön sorun hakkındaki tespitlerini bilinçli bir şekilde yapmaz ve hukukî ön sorunu bu şekilde tespit eder. Daha sonra bu vakıa tespitini, bu örtük hukukî ön sorunun tespitine dayanarak belirler¹⁶⁸⁸. Diğer yandan, teknik konular olduğunda durum daha da karmaşık hâle gelir. Çünkü bunlar hakkında mahkemenin sahip olmadığı, uzmanlık bilgisi gerekir. Teknik sorunlar her ne kadar vakıa düzleminde kalsa da bazı durumlarda onlar hukukî sorunlarla kesişir ve ayrılması da mümkün değildir¹⁶⁸⁹. Bu durum, hakem-bilirkişilik kurumunun da en çok uygulama alanı olan değerlendirme şeklinde, bir malın değerlendirilmesi sorunlarında karşımıza çıkar. Örneğin, bir şirketin değeri belirlenecekse, taraflar arasındaki uyuşmazlık, mahkemeye intikal ettiği durumda, mahkemenin bir bilirkişi ataması gerekir. Mahkemece atanan bilirkişiye mahkemeler değerlendirme sorunlarında, takdir yetkisi

¹⁶⁸⁵ Brosi, s. 27.

¹⁶⁸⁶ Angstmann, s. 147-148; Aynı görüşte bkz. Brosi, s. 35.

¹⁶⁸⁷ Angstmann, s. 149; Brosi, s. 34.

¹⁶⁸⁸ Angstmann, s. 149, Rn. 312.

¹⁶⁸⁹ Angstmann, s. 150.

vermekte, değerklemenin hangi esaslara göre yapılacağı şeklinde hukukî sorun ve bu esaslara göre yapılacak değerklendirme şeklinde bir vakıa sorununu çözmeye yetkisi vermektedir. Aynı şekilde, bu durum hakem-bilirkişilik açısından da geçerli olmalıdır. Özellikle taraflar, bir şirketin değerkinin belirlenmesine ilişkin, hangi değerklendirme yöntemini seçileceğini sözleşmede düzenleyebilir. Ancak böyle bir düzenleme yoksa, hakem-bilirkişi, hangi değerklendirme yöntemini kullanacağına da kendisi karar vermesi gerekecektir. Mahkemeler, hakem-bilirkişilerin teknik açıdan hukukî sorunlarla ilgili olan görev kapsamında, hakem-bilirkişinin raporlarıyla bağılı olması gerekir. Nitekim her ne kadar belirleyici faktör olan, teknik soruların nerede bittiğı ve kanunun uygulanmasının (Rechtsanwendung) nerede başladığıdır, ancak bu konuda düz bir çizgi çizmek de mümkün değildir. Çünkü taraflar hakem-bilirkişilik sözleşmesiyle uygulanması gereken teknik düzenlemelere atıfta bulunarak, hakem-bilirkişiye yetki vermiştir. Ancak taraflar sözleşmede böyle bir düzenleme koymasalardı, hakem-bilirkişi teknik sorunlardan önce ve onla ilişkisi olmayan salt mahkemeye ait bir görev olan, sözleşmeyi yorumlama veya tamamlama ve bunlar hakkında hukukî yorum yapamazdı¹⁶⁹⁰.

İngiliz hukukunda da hakem-bilirkişinin ilk zamanlar görevi sadece sözleşmeye ilişkin teknik sorunların bağlayıcı tespitiyle sınırlıydı. Günümüzde, ancak tarafların sözleşmede açıkça düzenleyerek, hakem-bilirkişinin hukukî konularda da bağlayıcı tespitlerde bulunabileceğı ifade edilmektedir¹⁶⁹¹. Alman hukukunda olduğu gibi, hakem-bilirkişinin vakıa tespitinde bulunurken, hukukî ön sorunlarda (preliminary issues) bağlayıcı tespitlerde bulunulmasına izin verilmektedir. Özellikle şirket satım sözleşmelerinde, taraflarca konulan garanti hükümlerini (warranties) hakem-bilirkişi yorumlamadan, şirketin değerkini tespit edemez¹⁶⁹².

Hukukumuzda da hakem-bilirkişiler sadece vakıa tespiti yapmakta olup meselenin hukukî yönüyle ilgilenmezler. Bu nedenle hakem-bilirkişi kimin haklı, haksız olduğuna veya kimim kime ne kadar ödeyeceğine ilişkin tespitte bulunmazlar. Yargıtay’a göre, hakem-bilirkişiler yetkilerini aşarak, aynı zamanda hukukî uyuşmazlık hakkında da tespitte bulundularsa, bu husus raporlarının tamamının

¹⁶⁹⁰ Angstmann, s. 151-152.

¹⁶⁹¹ Kendall, Freedman ve Farrell, s. 94, 172.

¹⁶⁹² Ağaoğlu, s. 98-102, 188.

geçersiz sayılmasını gerektirmez, mahkeme hakem-bilirkişi raporlarının sadece bu bölümünü dikkate almayacaktır¹⁶⁹³.

Hakem-bilirkişi kelimesinde her ne kadar hakem kelimesi geçse de hakem-bilirkişi yukarıda da açıklandığı üzere bir hakem değildir¹⁶⁹⁴. Hakemler hukukî problemi halleder ve karara bağlar. Hakem-bilirkişi, hukukî problemi inceleyemez ve karara bağlayamaz. Sadece rizikonun meydana gelmesinden doğan, gerçek zararı tespit eder. Buna rağmen taraflardan birinin isteğine uygun bir şekilde, hakem-bilirkişi masraflarının veya varsa avukat ücretinin kime ait olduğunu raporda yazamazlar ve nitekim bu durum mahkemeyi de bağlamayacaktır¹⁶⁹⁵.

Hakem-bilirkişilik kurumu, hukukumuzda en çok sigorta hukukunda uygulandığından sigorta hukukunda bu konuda birçok örnek vardır. Hakem-bilirkişiler, rizikonun kasıtlı gerçekleşmiş olması, beyan yükümlülüğünün rizikonun ağırlaştırılmamasına ilişkin yükümlülüğü, kurtarma yükümlülüğünün yerine getirilmemesi gibi hukukî bir ihtilaf varsa, bu durumda, mahkeme veya tahkimin karar vermesi gerekir¹⁶⁹⁶. Bu nedenle doktrin ve Yargıtay kararlarına göre, uyuşmazlığın hukukî yönünün hakem-bilirkişinin yetkisi içinde olmadığı kabul edilmektedir¹⁶⁹⁷. Ayrıca, Yargıtay kararlarına göre, sigorta uyuşmazlıklarında, hasarın sigorta poliçesi

¹⁶⁹³ Yargıtay TD. E. 1965/580, K. 1965/1272, T. 5.4.1965 (Cantaymaz, s. 100, dn. 288); Kuru, Usûl Cilt III, s. 2916-2917.

¹⁶⁹⁴ Bu konuda bkz. Üçüncü Bölüm, V.

¹⁶⁹⁵ Arseven, s. 130-131.

¹⁶⁹⁶ Arseven, s. 130.

¹⁶⁹⁷“*Hakem-bilirkişi kurumu, HUMK m. 287. maddesinde düzenlenen bir delil sözleşmesi hükmündedir. Hakem-bilirkişilerin, hakem gibi yetki ve sorumlulukları olmadığından taraflar arasındaki uyuşmazlığın hukukî yönüyle ilgileri bulunmamaktadır. Asli fonksiyonları, sigorta ettiren ile sigortacı arasında sigorta tazminatı bakımından, bir uyuşmazlık çıktığı takdirde, sigorta menfaat değeri ile hasar miktarını saptamaktır.*” (Yargıtay 11. HD. E. 2005/ 11134, K. 2006/ 11943, T. 20.11.2006) (Kazancı İçtihat-Bilgi Bankası, E.T. 22.10.2024).

teminatı kapsamında olup olmadığı¹⁶⁹⁸, eksik sigorta¹⁶⁹⁹, aşkın sigorta¹⁷⁰⁰ gibi hukukî sorunlarda hakem-bilirkişinin tespitinde bulunamayacağı kabul edilmektedir.

Nitekim sigorta genel şartlarında genel olarak, sadece hakem-bilirkişilerin ziya ve hasarın tespitini gerçekleştirebileceği düzenlenmiştir. Ayrıca sigorta genel şartlarına ilişkin birçok genel şartta, hasarın tespiti başlıklı maddenin j fıkrasında, ziya ve hasar miktarının tespiti, teminat verilen rizikolar, sigorta bedeli, sigorta değeri, aşkın ve menfaat değeri altındaki, sigorta sorumluluğunun başlangıcı, hak düşürücü ve hak azaltıcı sebeplerin ileri sürülmesine engel teşkil etmeyeceği belirtilmiştir¹⁷⁰¹. Bu şekilde hakem-bilirkişilerin görevi, sadece ziya ve hasar miktarının tespiti olup hakem-bilirkişiler, sigortacının sorumluluğuna ilişkin tespitlerde bulunamayacaktır. Nitekim yapılan bu tespitlerin, hiçbir hüküm ve sonuç doğurmayacağı ifade edilmiştir¹⁷⁰².

Yargıtay, mahkemenin önüne gelen olayda, taraflar arasındaki uyuşmazlığın özünün, yani tarafların arasındaki hakkın veya hukukî münasebetin de tartışmalı olduğunu anlaması hâlinde, bu aşamadan sonra hakem-bilirkişiye gidilmesinin gerekmediğine hükmetmekte ve normal bilirkişiye müracaat edilerek karar vermektedir¹⁷⁰³. Ancak bu kararlar, doktrinde hakem-bilirkişi raporunun tarafları bağladığı gibi mahkemeyi bağlamasına aykırılık teşkil ettiği ifade edilerek, tarafların irade özerkliğine aykırılık oluşturduğu için eleştirilmektedir¹⁷⁰⁴.

¹⁶⁹⁸ Yargıtay 11. HD. E. 1988/5715, K. 1988/5878, T. 17.10.1988 (Ulaş, Uygulamalı Sigorta, s. 123); Yargıtay 11. HD. E. 2009/2621, K. 2010/10301, T. 14.10.2010 (Kazancı İçtihat-Bilgi Bankası, E.T. 22.10.2024); Yargıtay 11. HD. E. 1989/720, K. 1989/1252, T. 2.3.1989 (Kuru, Usûl Cilt III, s. 2903).

¹⁶⁹⁹ Yargıtay 11. HD. E. 2005/5593, K. 2006/ 7906 T. 4.7.2006 (Kazancı İçtihat Bilgi-Bankası, E.T. 22.10.2024); Yargıtay 11. HD., E. 2005/6412, K. 2006/9020, T. 21.9.2006 (Kazancı İçtihat Bilgi-Bankası, E.T. 22.10.2024); Yargıtay 11. HD., E. 2000/7697, K. 2000/8790, T. 13.11.2000 (Kazancı İçtihat Bilgi-Bankası, E.T. 22.10.2024); Yargıtay 11. HD., E. 2005/2406, K. 2006/2218, T. 6.3.2006 (Kazancı İçtihat Bilgi-Bankası, E.T. 22.10.2024); Yargıtay 11. HD., E. 2005/1224, K. 2006/930, T. 6.2.2006 (Kazancı İçtihat Bilgi-Bankası, E.T. 22.10.2024); Yargıtay 11. HD., E. 2002/2538, K. 2002/5383, T. 30.5.2002 (Kazancı İçtihat Bilgi-Bankası, E.T. 22.10.2024).

¹⁷⁰⁰ Yargıtay 11. HD. E. 2004/ 877, K. 2004/ 121239, T. 9.12.2004 (Kazancı İçtihat-Bilgi Bankası, E.T. 22.01.2024); Yargıtay 11. HD., E. 1999/6352, K. 1997/8323, T. 18.11.1997 (Kazancı İçtihat Bilgi-Bankası, E.T. 22.10.2024).

¹⁷⁰¹ Bkz. İnşaat SGŞ (Bütün Riskler) B.2 maddesi j fıkrası; Makine Kırılması SGŞ madde 13 j fıkrası; Montaj SGŞ madde 14 j fıkrası; Yangın SGŞ B.4 maddesi; Yangına Bağlı Kar Kaybı SGŞ B.5; Hırsızlık SGŞ B.3 maddesi; Elektronik Cihaz SGŞ madde 13 j fıkrası; Cam Kırılmasına Karşı SGŞ madde 11 j fıkrası; Karayolu Yolcu Taşımacılığı Zorunlu Koltuk Ferdi Kaza SGŞ B.3. maddeleri örnek olarak verilebilir.

¹⁷⁰² Yıldırım, s. 207.

¹⁷⁰³ Yargıtay 11. HD, E. 1999/2974, K. 1999/4971, T. 7.6.1999 (Cantaymaz, s. 99, dn. 284); Yargıtay 11. HD., E. 1992/1195, K. 1993/3299, T. 8.4.1993 (Ulaş, Uygulamalı Sigorta, s. 133).

¹⁷⁰⁴ Cantaymaz, s. 99; Yeşilırmak, Hakem-Bilirkişilik, s. 726-727; Korkmaz, s. 360.

Yargıtay bir kararında bu görüşünden dönmüş ve “... *mal sigortalarında işin esasının uyuşmazlık konusu olduğu hâllerde, rizikonun sigorta teminatı içerisinde olduğu mahkemece belirlendikten sonra, tazminat miktarı bakımından da taraflar arasındaki uyuşmazlık çıktığı takdirde genel şartlardaki hakem-bilirkişi prosedürünün de bu dava içerisinde aynı mahkemece oluşturulacak hakem-bilirkişi prosedürüyle sonuca gidilmesi ve üçüncü hakem-bilirkişiye başvurulması durumunda bu rapora itiraz edilmesi hâlinde de itirazın aynı mahkemece değerlendirilerek sonuca gidilmesi gerektiğine*¹⁷⁰⁵” şeklinde karar vermiştir. Yargıtay’ın bu kararı örnek alınarak, öncelikle bir hukukî sorun olup olmadığı, mahkemece tespit edilmeli ve sonradan hakem-bilirkişi tarafından zararın tespiti sağlanması gerekir. Ancak bu şekilde, hakem-bilirkişilik kurumunun ilerlemesi sağlanabilir. Aksi hâlde, taraflar cevap dilekçelerinde savunma sebebi şeklinde haklı veya haksız olarak, eksik sigorta veya riziko sigorta teminatı kapsamında değil şeklinde ifadeler kullanarak, hakem-bilirkişilik kurumunun uygulanmasını kötü niyetli olarak engellemektedir¹⁷⁰⁶.

¹⁷⁰⁵ Yargıtay 11. HD., E. 1999/7231, K. 1999/8744, T. 4.11.1999 (Cantaymaz, s. 100, dn. 287).

¹⁷⁰⁶ “*Davacı vekili, davalının taahhüdü altında inşası yapılan doğalgaz boru hattı inşaatında meydana gelen hasarın, müvekkili şirket nezdindeki Montaj Sigorta Poliçesinden tazmini aşamasında anlaşmazlık çıktığından bahisle hakem-bilirkişi müessesesinin işletildiğini ve raporun müvekkiline tebliğ edildiğini, hasar miktarının ihtilaflı olduğu durumlarda işletilmesi gereken hakem bilirkişilik müessesesinin, hasarın poliçe teminat kapsamı dışında kalıp kalmadığı noktasında çıkan ihtilaflarda da uygulanamayacağını ileri sürerek, hakem-bilirkişi raporunun iptalini talep ve dava etmiştir. Davalı vekili, sigorta şirketinin "hasarın teminat kapsamında olmadığı" yönünde bir iddiası olmadığından genel şartlara uygun olarak hakem bilirkişiye müracaat edildiğini savunarak, davanın reddini istemiştir (Yargıtay 11. HD., E. 2003/12346, K. 2003/11182, T. 20.11.2003 (Kazancı İçtihat-Bilgi Bankası, E.T. 10.10.2024); “Davalı vekili; hasarın poliçe kapsamında olmadığını, hasar miktarı konusunda zarar tespiti ve uyuşmazlık çözümünün hakem bilirkişi tarafından yapılması gerektiğini, hakem bilirkişi atanmasına ve onların verecekleri raporların taraflarca kabul edileceğine dair anlaşmaların mahkemeyi bağlayan delil sözleşmesi niteliğinde olduğunu belirterek davanın reddine karar verilmesini istemiştir.” (Yargıtay 17. HD., E. 2014/15817, K. 2017/1945, T. 27.2.2017) (Kazancı İçtihat-Bilgi Bankası, E.T. 10.10.2024); Taraflar sözleşmede hakem-bilirkişilik şartına yer verdiklerinde, rizikonun gerçekleşmesi üzerine sadece zararın miktarının hakem-bilirkişi raporuyla ispatlanacağına ilişkin münhasır delil sözleşmesi yapmış olurlar ve artık başka delillere taraflar veya hâkim başvuramayacaktır. Eksik sigorta gibi hususlar, hakem-bilirkişilik şartının geçersizliği sonucunu doğurmaz. Mahkemenin rizikonun teminat dışı kaldığını kararıyla tespit etmesinden sonra mahkeme bilirkişileri tarafından karar vermesi irade özgürlüğüne aykırı bir durumdur. Bu nedenle yargılama sırasında sunulan deliller ile sigortacı rizikonun teminat dışında kaldığına ilişkin savunmasını ispatlaması durumunda, hâkim hakem-bilirkişi incelemesi yaptırmadan davanın reddine karar verecektir. Çünkü sigorta ettirenin sigorta bedeli alacağının doğmadığı hususunda, hâkim hüküm verecek kanaate ulaşmış durumdadır. Hâkim, taraflar arasındaki uyuşmazlığın tazminat miktarından ibaret olmasa dâhi, hâkimin zararın miktarına ilişkin olarak hakem-bilirkişi raporunun mahkemeye ulaşmasından ve diğer uyuşmazlık konularına ilişkin delillerin toplanmasından sonra delilleri birlikte değerlendirmelidir. Hâkim, sigorta şirketinin sorumlu olduğu kanaatine ulaşmış ise zararın miktarına ilişkin olarak da hakem-bilirkişi raporunu esas alarak karar vermek zorundadır. Çünkü hakem-bilirkişi raporu tarafları ve mahkemeyi bağlayıcı özelliğe sahiptir (Korkmaz, s. 360-361).*

Diğer yandan, Ferdi Kaza Sigortası Genel Şartları madde 15 ve Karayolu Yolcu Taşımacılığı Zorunlu Koltuk Ferdi Kaza Sigortası Genel Şartlarında B.3 maddesinde, hakem-bilirkişiye diğer sigorta genel şartlarından farklı olarak hasarın (zararın) miktarının tespiti¹⁷⁰⁷ değil, tazminatın miktarını tespit etme görevi verilmiştir. Tazminatın miktarına ilişkin, tazminat tespit sözleşmeleri (Entschädigungsfeststellungsvertrag), doğrudan hukukî ilişkiyi esas aldığından, doktrine göre, bir hakem-bilirkişilik sözleşmesi değil, sulh sözleşmesi şeklinde, bir tespit sözleşmesi olarak sınıflandırılmaktadır. Çünkü bir zararın tespiti veya hukukî ilişkinin bir unsuru değil, doğrudan hukukî ilişkinin tamamını esas alınmaktadır¹⁷⁰⁸. Hakem-bilirkişinin görevi, sadece zararın tespitiyle sınırlıdır. Nitekim, Karayolu Yolcu Taşımacılığı Zorunlu Koltuk Ferdi Kaza Sigortası genel şartlarının, B.3 maddesinin, dördüncü fıkrasında, tazminat miktarının tespitinin teminat verilen rizikolar, sigorta teminatı, sorumluluğun başlangıcı, hak düşürücü ve hak azaltıcı sebepler hususunda, bu genel şartlarda ve mevzuatta mevcut hüküm ve şartları ve bu şartların ileri sürülmesini etkilemez şeklinde düzenlenmiştir. Ancak, tazminat miktarının tespitinin, genel şartlarda ve mevzuatta mevcut hüküm ve şartları ve bu şartların ileri sürülmesine etkilemeyeceği ifade edilmesine rağmen, sigorta genel şartlarında, tazminat miktarının, hakem-bilirkişi raporuyla tespit edileceği hükmü, kendisiyle çelişki oluşturmaktadır. Aynı maddenin beşinci fıkrasında, hakem-bilirkişiye kazanın oluşumunda, zarara uğrayan yolcunun kusuru varsa, bu kusur oranında ödenecek tazminat miktarında indirim yapılabileceği de düzenlenmiş olup hakem-bilirkişiye adeta hâkim gibi çok geniş yetkiler verilmiştir.

Arseven de hakem-bilirkişinin zararını tespitini değil, tazminatı tespit edeceğine ilişkin sigorta genel şartlarında maddeler bulunduğunu ifade etmektedir. Ancak zararın tespiti bir vakıa iken, tazminatın tespiti bir hukukî bir değerlendirmedir. Çünkü hakem-bilirkişi gerçek zararı tespit ettikten sonra, mahkeme sigorta şirketinin sorumlu olmadığına karar verebilir. Hakem-bilirkişi raporu, sadece zararın tespitine ilişkin miktar, bakımından mahkemeyi bağlar. Mahkeme, hakem-bilirkişi raporunda

¹⁷⁰⁷ Bkz. İnşaat SGŞ (Bütün Riskler) Hasarın Tespiti başlıklı B.2 maddesi; Makine Kırılması SGŞ Hasarın Tespiti başlıklı madde 13; Montaj SGŞ Hasarın Tespiti başlıklı madde 14; Yangın SGŞ Hasarın Tespiti başlıklı B.4 maddesi; Yangına Bağlı Kar Kaybı SGS Hasarın Tespiti başlıklı B.5 maddesi; Hırsızlık SGŞ Hasarın (Zararın) Tespiti başlıklı B.3 maddeleri örnek olarak verilebilir.

¹⁷⁰⁸ Heinrich, s. 42.

tespit edilen miktarı değiştirmek. Ancak hakem-bilirkişi de zararın miktarından geniş hukukî bir sorun olan tazminatı tespit edemez¹⁷⁰⁹.

c. Bağlayıcı Etki Çeşitleri

aa. Genel Olarak

Doktrinde klasik her iki tarafı bağlayıcı hakem-bilirkişilik sözleşmelerine ek olarak, irade özerkliği temelinde, hakem-bilirkişilik sözleşmelerinin tanınırlığını artırmak ve daha çok alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olarak kullanılmasını sağlamak amacıyla, hakem-bilirkişilik sözleşmeleri ağıısından, çeşitli farklı bağlayıcı etkiler oluřturulmaktadır¹⁷¹⁰.

Greger/Stubbe tarafından oluşturulan bu ayırmda, hakem-bilirkişi raporunun farklı bağlayıcı etkilerinin olduğu düzenlemeleri, tarafların irade özerkliği çerçevesinde yapabileceklerini savunmaktadır. Bu sınıflandırmanın oluşturulmasında, İngiltere’de, Amerika Birleşik Devletleri’nde ve uluslararası kuruluşların hakem-bilirkişilik kurumunu uygulanması ve buna ilişkin farklı hakem-bilirkişilik sözleşmesi türleri düzenlemelerinden önemli ölçüde etkilenilmiştir.¹⁷¹¹ Yazar, bağlayıcılık unsurunu hukuken ve fiilen bağlayıcılık (*Factische Bindungswirkung*) olmak üzere ikiye ayırmıştır. Hukukî bağlanma etkisi, klasik sınıflandırmada, sözleşmenin taraflarını ve hâkimi bağlayan, hakem-bilirkişilik sözleşmelerinde var olan bir bağlanma şeklidir. Ancak fiili bağlayıcılıkta, hakem-bilirkişi raporu hâkimi bağlamamakta, sadece hakem-bilirkişinin özelliklerine de bağlı olarak psikolojik etki şeklinde taraflarda bağlayıcılık hissi oluşturmakta ve bu şekilde mahkeme masrafları ve zaman gibi bazı saiklerle, taraflar hakem-bilirkişi raporuna güvenerek mahkemeye iradi olarak başvurmamaktadır¹⁷¹². Tarafların aralarında yapmış olduğu anlaşmaya bağlı olarak, sınırlı bağlayıcı üst başlığında (*Einschränkung Schiedsgutachtenvertrag*), geçici bağlayıcı (*Vorläufig bindend*), bağlayıcı olmayan veya geciktirici şarta bağlayıcı (*Non-bindend, Aufschiebend bedingt bindend*) ve bir tarafı bağlayıcı

¹⁷⁰⁹ Arseven, s. 130.

¹⁷¹⁰ Greger ve Stubbe, s. 65; Brosi, s. 254; Klasen, s. 124.

¹⁷¹¹ Greger ve Stubbe, s. 2, Rn. 6.

¹⁷¹² Greger ve Stubbe, s. 18, Rn. 41.

(Einseitig bindend) kayıtları tarafların sözleşme özgürlüğü çerçevesinde kararlaştırabileceği ifade edilmektedir¹⁷¹³. Bu sınırlı bağlayıcı sözleşme tipleri, hakem-bilirkişilik sözleşmesi üst başlığı altında sınıflandırılmakta olup bu ayrıma modern hakem-bilirkişilik sözleşmeleri de denilmektedir¹⁷¹⁴. Ancak modern hakem-bilirkişilik sözleşmeleri, tespit edilen vakıa bakımından, mahkemeyi bağlamayıp sadece tarafları bağladığından, karakteristik etkisini, usûl hukukunda değil, maddî hukukta gösterdiği için bir maddî hukuk sözleşmesidir¹⁷¹⁵.

Tarafların hakem-bilirkişi raporunun, taraflardan yalnızca birini bağlaması, bağlayıcı etkinin geçici olması veya bağlayıcı olmaması konusunda anlaşım anlaşamayacakları ve bunların bir hakem-bilirkişilik sözleşmesi olup olmadığı bu bölümde incelenmeye çalışılacaktır.

bb. Tek Tarafı Bağlayıcı Model

Klasik iki tarafı bağlayıcı hakem-bilirkişilik sözleşmelerinde, sözleşmenin tarafları arasında hukukî ve ekonomik yönden bir tarafın, zayıf olup olmamasına göre ayırım yapılmaz. Sözleşmenin taraflarından biri, ekonomik ve hukukî konuda, zayıf konumda olsa dâhi, hakem-bilirkişi raporu her iki tarafı da bağlar. Tek tarafı bağlayıcı hakem-bilirkişilik sözleşmelerinde, sözleşme taraflarının konumları dikkate alınarak, Alman Hukuku'nda "*Schlichtung*" (Uzlaştırma) ve onun bir çeşidi "*Ombudsmann*" (Kamu Denetçisi) şeklinde ifade edilen, üçüncü taraf konumunda olan hakem-bilirkişilerden oluşan bir sistemdir¹⁷¹⁶. Bu prosedürde amaç, zayıf tarafın bu süreçte dâhil olma isteğini teşvik etmek, ancak aynı zamanda tarafsız üçüncü kişinin değerlendirmesinin ikna edici özelliğini kullanmaktır. Bu model esas olarak ticari işletmeler ve tüketiciler arasındaki anlaşmazlıklar için "*Schlichtung*" ve onun bir türü olan "*Ombudsmann*" prosedürlerinde kullanılmaktadır. Örneğin, özellikle sigorta şirketi ve ekonomik ve hukukî yönden zayıf konumda olan sigorta ettiren arasında kullanılmaktadır. Sigortacı ve sigorta ettiren arasındaki ilişki için sigorta genel şartları bazen yalnızca sigortacı için bağlayıcı olan tek tarafı bağlayıcı hakem-bilirkişilik

¹⁷¹³ Greger ve Stubbe, s. 17; Rn. 39.

¹⁷¹⁴ Greger ve Stubbe, s. 2-3, Rn. 8.

¹⁷¹⁵ Greger ve Stubbe, s. 69.

¹⁷¹⁶ Greger ve Stubbe, s. 11, Rn. 26.

şartını içermektedir¹⁷¹⁷. Tek tarafı bağlayıcı hakem-bilirkişilik sistemi, bir tarafın hakem-bilirkişinin raporuna bağlı olması, diğer tarafın bu rapora bağlı olmadığı anlamına gelir. Dolayısıyla, hakem-bilirkişi raporuyla bağlı olmayan taraf bakımından hakem-bilirkişi raporu, bir tavsiye niteliğindedir¹⁷¹⁸. Banka veya sigorta şirketleri, hakem-bilirkişi raporuyla bağlı olup hakem-bilirkişi raporunda tespit edilen vakıalara itiraz edemez. Bu doğrultuda, banka veya sigorta şirketi tarafından, yeni bir delil ileri sürülse dâhi, mahkeme tarafından dikkate alınmaz, vakıaya ilişkin ispatını, sadece hakem-bilirkişi raporuna dayanarak yapabilir. Banka veya sigorta şirketi tarafından bağlayıcı etki, aynı klasik iki tarafı bağlayıcı hakem-bilirkişi raporlarında olduğu gibi, hakem-bilirkişi raporunun açıkça hakkaniyete aykırı veya yanlış olmasının ispatlanması durumunda sona erecektir¹⁷¹⁹. Bağlı olmayan taraf konumunda bulunan tüketici, incelenmekte olan koşullar için delil sunmak zorunda kalırsa hakem-bilirkişi raporuna veya diğer delillere dayanıp dayanmama seçeneğine sahiptir¹⁷²⁰.

cc. Geçici Bağlayıcı Model

Alman hukukunda bağlayıcı ve bağlayıcı olmayan hakem-bilirkişilik sözleşmeleri arasında, bir ara düzey olarak ön (geçici) hakem-bilirkişilik sözleşmeleri bilinmemektedir¹⁷²¹.

İngiliz Hukuku'nda inşaat hukuku alanında meydana gelen 1996 yılında büyük inşaat reformu döneminde, Konut Hibeleri İnşaat ve Yenileme Yasası (Housing Grants, Construction and Regeneration Act 1996), hakem-bilirkişilik sözleşmelerinin daha çok kullanılmalarını ve onların adeta bir evrim geçirmelerini sağlamıştır¹⁷²². Konut Hibeleri İnşaat ve Yenileme Yasası'nın 108. maddesinde, geçici bağlayıcı hakem-bilirkişilik prosedürünü düzenlenmiş ve oradaki hakem-bilirkişiye ve sisteme “*adjudication*” ifadesi kullanılmıştır. Bu ifade Alman ve İsviçre hukukunda da aynı şekilde kullanılmaktadır¹⁷²³. Ancak, geçici bağlayıcı hakem-bilirkişilik prosedürü,

¹⁷¹⁷ Greger ve Stubbe, s. 65, Rn. 182.

¹⁷¹⁸ Greger ve Stubbe, s. 24, Rn. 55.

¹⁷¹⁹ Greger ve Stubbe, s. 67, Rn. 191; Brosi, s. 253.

¹⁷²⁰ Greger ve Stubbe, s. 68; Brosi, s. 253.

¹⁷²¹ Greger ve Stubbe, s. 17, Rn. 40.

¹⁷²² Kendall, Freedman ve Farrell, s. 76.

¹⁷²³ Greger ve Stubbe, s. 13,17; Klasen, s. 109; Brosi, s. 253.

İngiliz Hukuku'na özgü kalmayıp günümüzde, ulusal ve uluslararası sözleşmelerde hem inşaat hukuku hem de diğer alanlarda kullanılarak yaygınlaşmıştır. Taraflar kendileri bir geçici bağlayıcı bir hakem-bilirkişilik prosedür kurallarını oluşturabileceği gibi, bu amaçla özellikle uluslararası ticaretteki denenmiş ve test edilmiş standart olan düzenlemelere, örneğin, Milletlerarası Ticaret Odası (International Chamber of Commerce-ICC) Uyuşmazlık Kurulu Kurallarına (Dispute Board Rules) veya Uluslararası Danışmanlık ve Mühendisleri Federasyonu (International Federation of Consulting Engineers-FIDIC)'nun sözleşme modellerindeki kurallarına atıf da yapabilirler¹⁷²⁴.

Klasik hakem-bilirkişilik sözleşmelerinden farklı olarak ifade edilen geçici bağlayıcılıktan kasıt, hakem-bilirkişi raporunun öncelikle taraflarca hukuk veya sözleşmeye dayalı anlaşma gereğince dikkate alınması gerektiği anlamına gelir. Geçici bağlayıcı etki, taraflar arasında bir tahkim sözleşmesi varsa tahkimde veya mahkeme işlemlerinde bir değişiklik şeklinde iptal kararı verilene kadar etkisi devam eder. Mahkemede hâkim veya tahkimde hakem, daha önceden hakem-bilirkişinin raporunda tespit etmiş olduğu vakıa tespitlerine bağlı değildir. Ayrıca hakem-bilirkişi raporunun iptali için aranan açıkça yanlışlık durumuna da bağlı kalmadan, kapsamlı bir şekilde, bu raporu inceler ve iptal kararı verebilir. Bu yönüyle klasik sınıflandırmadaki hakem-bilirkişilik sözleşmelerinden ayrılmaktadır¹⁷²⁵.

dd. Bağlayıcı Olmayan veya Geciktirici Şarta Bağlı Model

Bağlayıcı olmayan hakem-bilirkişilik sözleşmeleri sonucu alınan rapor, klasik iki tarafı bağlayan hakem-bilirkişilik sözleşmeleri raporundan farklı olarak, tarafları ve mahkemeyi bağlamayacaktır. Bağlayıcı olmayan hakem-bilirkişilik sözleşmeleri, ilk olarak Amerika'da yargılama masraflarının yüksek olması¹⁷²⁶ sebebiyle düzenlenmiştir. Bu sistem günümüzde, geliştirilmiş olup bağlayıcı olmayan rapora, taraflardan herhangi biri belli bir süre içerisinde itiraz etmediği durumda, raporun

¹⁷²⁴ Greger ve Stubbe, s. 13, Rn. 29; Klasen, s. 124.

¹⁷²⁵ Greger ve Stubbe, s. 17, Rn. 40; Klasen, s. 109; Brosi, s. 253.

¹⁷²⁶ Amerikan devlet mahkeme teşkilatında var olan delillerin değiştirilmesi sisteminde (Discovery), avukatlar davanın en başından beri görev aldıkları ve ayrıca avukatların saatlik ücret almaları, devlet mahkemelerinin masraflarının aşırı derecede pahalı olmasına sebebiyet vermiştir (Greger ve Stubbe, s. 15, Rn. 34).

tarafları bağlayıcılığını öngören askıda bağlayıcılık veya geciktirici şarta bağlı bağlayıcılık (Aufschiebend Bedingt Bindend) olarak ifade edilen çeşitleri geliştirilmiştir. Bu tür şartlar, Milletlerarası Ticaret Odası (International Chamber of Commerce-ICC) gibi, uluslararası kuruluşlar tarafından¹⁷²⁷ kullanılmaktadır¹⁷²⁸. Bu tür hakem-bilirkişilik sözleşmelerinin önemi, özel uzmanlık nedeniyle yüksek düzeyde ikna gücüne sahip tarafsız bir üçüncü tarafla ilişki kurarak, taraflar arasındaki yasal anlaşmazlıkları önlemektir. Hakem-bilirkişi, tarafların dava olasılığını değerlendirmelerine yardımcı olur ve bu şekilde mahkeme dışı bir anlaşmazlık çözümüne katkıda bulunabilir.

Hakem-bilirkişilik sözleşmesinin tarafları, hakem-bilirkişi raporuna, belli bir süre içinde itiraz edilmediği takdirde, raporun tarafları bağlı olacağını da kararlaştırabilirler. Bu tür modele geciktirici şarta bağlı, hakem-bilirkişilik modeli denilmektedir. Hakem-bilirkişi raporunun, başlangıçta bağlayıcı herhangi bir etkisi yoktur, sadece tavsiye niteliğindedir. Bu model de klasik iki tarafı bağlayıcı ve geçici bağlayıcı hakem-bilirkişilik sözleşmelerinden farklılık arz etmektedir. Taraflar hakem-bilirkişi raporuna itiraz etmediği takdirde, raporun tarafları bağlayıcı özelliği ortaya çıkacak ve rapor tarafları bağlayacaktır¹⁷²⁹. Alman Hukuku'nda, inşaat hukuku (Baurecht) alanında, geciktirici şarta bağlı hakem-bilirkişilik sözleşmeleri düzenlemeleri bulunmaktadır. Alman hukukunda, inşaat hukuku alanında genel şartlar ve koşulları düzenleyen, İnşaat Hizmetleri için Satın Alma ve Sözleşme Yönetmelikleri (Vergabe und Vertragsordnung für Bauleistungen-VOB) VOB/B § 18/II 'ye göre, müteahhit (Auftragnehmer) üç ay içinde, hakem-bilirkişi raporuna itiraz etmezse hakem-bilirkişi raporunun bağlayıcılığını kabul etmiş olacağı düzenlenmektedir¹⁷³⁰.

d. Değerlendirme ve Görüşümüz

Hakem-bilirkişiler, tespit ettikleri vakıalar hakkında, hâkim veya hakem kararı gibi sigorta ettiren malın hasarını tespit ettikten sonra, bu hasar bakımından kimin

¹⁷²⁷ Nitekim ICC 2003 yılındaki düzenlemeleri, sadece tarafların istemeleri durumunda, bağlayıcılık özelliğine sahiptir (Yeşilırmak, Hakem-Bilirkişilik, s. 701).

¹⁷²⁸ Greger ve Stubbe, s. 74, Rn. 208.

¹⁷²⁹ Greger ve Stubbe, s. 74, Rn. 208.

¹⁷³⁰ Greger ve Stubbe, s. 23-24, Rn. 53.

haklı veya haksız olduğuna, kimin kime ne kadar ödeyeceği şeklinde hukukî ilişki veya hak hakkında bir tespitte bulunamaz. Bunlar mahkeme veya tahkim mahkemesinin görevini oluşturur¹⁷³¹. Hakem-bilirkişilik sözleşmesi, taraflar arasındaki çekişmeli vakıanın tarafları ve mahkemeyi bağlayıcı olarak tespiti için yapılır. Hakem-bilirkişi, sadece vakıa hakkında tespitte bulunması gerekir, ancak vakıalar bakımından hukukî değerlendirmelerde bulunamaz. Çünkü hâkim Türk hukukunu¹⁷³² re'sen uygulayarak ilkesi gereğince, hâkim maddî vakıaya uygulanacak hukuk kurallarını araştırıp tespit eder, yorumlar ve dava sonunda altlama faaliyeti yaparak hukukî sonuca hükmeder (HMK m. 33)¹⁷³³.

Hukuk ve vakıa ayrımı, Anglo-Sakson hukuk sistemi, Kıta Avrupası hukuk sistemi ve hukukumuzda da bulunmakta ve önem arz etmektedir¹⁷³⁴. Özellikle Anglo-Sakson hukukunda bulunan, jürili yargılamalar bakımından hukuk ve vakıa ayrımı büyük önem arz etmektedir. Çünkü jüri, sadece maddî vakıayı tespit ederken; hâkim o maddî vakıaya uygun hukuk kuralını tespit, maddî vakıayla hukuk kuralının koşul vakıası bakımından altlama faaliyeti ve bunun sonucunda hükmünü verecektir¹⁷³⁵. Kıta Avrupası hukuk sistemi ve hukukumuzda vakıa ve hukuk ayrımı, temyiz mahkemesinin denetimi açısından önem taşır. Çünkü temyiz mahkemeleri istinaf mahkemelerinden farklı olarak, vakıa denetimi yapmayıp sadece hukukî denetim yapar¹⁷³⁶. Hukuk ve vakıa ayrımının önem kazandığı bir diğer nokta, bilirkişilik bakımındandır. Çünkü, bilirkişinin, hâkim tarafından yapılması gereken hukukî nitelendirme ve değerlendirmelerde bulunamayacağına ilişkin kanunda düzenlenmiş

¹⁷³¹ Kuru, Usûl Cilt III, s. 2914; Ö. Atalay, s. 871; Sebük, s. 503; Pekcanitez, Atalay ve Özkes, Usûl Hukuku, s. 1072; Pekcanitez, Atalay ve Özkes, Usûl Ders Kitabı, s. 619; Pekcanitez ve Yeşilirmak, Pekcanitez Usûl Cilt III, s. 2602.

¹⁷³² Hukuk kurallarının uygulanması ifadesi hem maddi hukuk hem de usûl hukuku kurallarının uygulanmasını kapsama almaktadır. Ayrıca hukuk ifadesine, iç hukuk kuralları kapsamında kanunlar, kanunlarla ilgili olan mevzuatı oluşturan, Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri ve yönetmelikler girmektedir (Bolayır, İlke, s. 16, 146).

¹⁷³³ Burhan Gürdoğan, “Temyiz Mahkemesinin Kontrolü Bakımından Vakıa ve Hukuk”, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi Dergisi**, C. XI, S. 3, Eylül 1956, s. 267-268; Mustafa Göksu, “Vakıa ve Hukuk”, **Halûk Konuralp Anısına Armağan Cilt I**, Yetkin Yayınları, Ankara 2009, (Hukuk), s. 328; Bolayır, İlke, s. 14; Toroman, s. 152, 197; Uğur Bulut, **Medenî Usûl Hukukunda Temyiz İncelemesinin Kapsamı ve Sınırları**, Adalet Yayınevi, Ankara 2022, s. 209; Recep Aşit, **Kanun Yolu Uygulamasında Hukuka Aykırılık Denetimi**, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2024, (Denetim), s. 177-178.

¹⁷³⁴ Gürdoğan, s. 259 vd; M. Göksu, Hukuk, s. 331; Bolayır, İlke, s. 16-18; Bulut, s. 217; Aşit, Denetim, s. 188.

¹⁷³⁵ M. Göksu, Hukuk, s. 332.

¹⁷³⁶ Gürdoğan, s. 272; M. Göksu, Hukuk, s. 337; Bulut, s. 216; Aşit, Denetim, s. 187.

yasak vardır (HMK m. 266, 279/IV)¹⁷³⁷. Hâkim, bilirkişileri yapması gereken incelemeyi de belirterek görevlendirmekte, ayrıca hâkim hukukun uzmanı (HMK m. 33) olması sebebiyle nelerin hukuk veya vakıa sorunu olduğunu bilmesi gerekeceğinden, buna göre bilirkişiyi görevlendirmesi gerekir (HMK m. 273)¹⁷³⁸. Ancak hakem-bilirkişiyi taraflar bir özel hukuk sözleşmesi olan hakem-bilirkişi sözleşmesiyle görevlendirmektedir. Hakem-bilirkişi sözleşmesinde, hakem-bilirkişiyi bir hukukî sorun hakkında bir tespitte bulunması istenirse hakem-bilirkişinin öncelikle kabul etmemesi gerekir. Ancak ne hakem-bilirkişiden ne de taraflardan neyin vakıa neyin hukukî sorun olduğu ayrımını beklemek zordur. Ayrıca, bilirkişilerde olduğu gibi, hakem-bilirkişilerin hukukî sorun hakkında hakem-bilirkişi raporu düzenleyemeyeceğine ilişkin kanunî bir düzenleme de yoktur. Diğer yandan, hukuk ve vakıa ayrımının yapılmasının doktrinde zor ve belirsiz olduğu ifade edilmektedir¹⁷³⁹. Özellikle bu ayrım, öncelikle hukuk ve vakıa kavramları arasındaki belirsizlik, yasalardaki belirsiz kavramlar, tecrübe kuralları¹⁷⁴⁰, karma nitelikli sorunlar sınırların belirginleştirmesini zorlaştırmaktadır¹⁷⁴¹. Bu konuda ayrımın yapılabilmesi adına Anglo-Sakson hukukunda, bir husus hukukçu olmayanlar tarafından da anlaşılabiliriyorsa veya bu konuda kullanılan dil günlük kelimelerden oluşuyorsa, bu husus vakıa alanına dahildir kıstası kullanılmaktadır¹⁷⁴². Bu kıstas hakem-bilirkişiler açısından da uygulanabilir. Bu nedenle hakem-bilirkişinin tespitleri, günlük hayatta kullanılan dil gibi olmalıdır. Hakem-bilirkişinin vakıa tespit faaliyetlerinde kullandığı illiyet bağı, kusur ve zarar kavramları açısından, bu durumu örneklerle

¹⁷³⁷ Bilirkişinin hukukî konularda rapor yazamaması yasağın kapsamına, yabancı hukuk ve örf ve âdet kuralları girmez. Yabancı kanun açısından, hâkim, sadece Türk hukuk kurallarını re'sen uygulamakla yükümlüdür (HMK m. 33). Vakıa ve hukuk ayrımında, yabancı hukuk kuralları, hukuk alanına dâhil olsa da bilirkişi incelemesinin konusunu oluşturabilir. Nitekim Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanun'un (MÖHUK) 2. maddesine göre, taraflara hâkime söz konusu yabancı hukukun tespitinde yardımcı olması düzenlenmiştir. Örf ve âdet kuralları açısından, bu kuralların yöreselliği ve istikrarlı bir şekilde uygulanıp uygulanmadığının tespit edilme güçlüğü nedeniyle, hâkimin yöresel bilirkişilerin yardımına da olumlu yaklaşılması gerekir (Bolayır, İlke, s. 157, 159); Toraman, s. 163, 166.

¹⁷³⁸ Toraman, s. 463.

¹⁷³⁹ Gürdoğan, 269; M. Göksu, Hukuk, s. 342-345; Toraman, s. 169; Bulut, s. 209-212; Aşit, Denetim, s. 188.

¹⁷⁴⁰ Tecrübe kuralları, hukukun vakıaya uygulanmasında zorunlu olarak hâkim tarafından başvuru alan tüm hukuk dışı soyutlamalardır. Bu kurallar, hususî malumat istemeyen ve normal seviyede bulunan bir insanın vakıf olacağı bilgilerdir. Bu kurallar hukuk ve vakıa arasında yer alır (M. Göksu, Hukuk, s. 343-344); Gürdoğan, s. 265; Toraman, s. 166-167; Aşit, Denetim, s. 167-168.

¹⁷⁴¹ M. Göksu, Hukuk, s. 342-345; Toraman, s. 161-173; Aşit, Denetim, s. 192-202.

¹⁷⁴² M. Göksu, Hukuk, s. 341-342.

açıklamak gerekir. İlliyet bağının tespiti fiili bir meseledir. Ancak, illiyet bağının hukukî vasıflandırılması şeklinde, uygun illiyet bağı hukukî bir meseledir. Çünkü uygun illiyet bağı, olayların akışına ve hayat tecrübelerine göre olayın onun sonucu olduğunun tespitini içermekte, bu şekilde hukukî vasıflandırmayı gerektirmektedir. Diğer bir örnek, kusurun tespiti şeklinde ilgili kişinin davranışları, sergilediği kişisel özellikler vakıa tespit alanına girer ve dolayısıyla fiili bir meseledir. Ancak kusurlu davranışın hukuken vasıflandırılarak kasıtlı, ağır veya hafif ihmal şeklinde değerlendirilip değerlendirilmemesi hukukî bir meseledir. Zarar açısından, zararın meydana gelip gelmediği ve miktarı bir fiili meseledir. Buna karşılık zarar kavramının hukukî yorumu ve koşul vakıa esas alınarak altlanması şeklinde ayıplı mal nitelendirilmesi hukukî bir meseledir¹⁷⁴³. Diğer yandan, mahkemelerin bu kıstası kendince değerlendirmesi şeklinde, burada bir hukukî sorun var denilerek, hâkimin hakem-bilirkişinin vakıa tespitleriyle bağlı olmayıp yeniden yorumlama seçeneği her zaman bulunmaktadır¹⁷⁴⁴. Bu konuda Fransız hukukunda, Fransız Medenî Usûl Kanunu’nun 12. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca, tarafların hukukî sorunlar ve vasıflandırma açısından hâkimi bağlayabileceği şekilde bir ispat sözleşmesinin yapılabilmesi düzenlenmiştir¹⁷⁴⁵. Ancak hukukumuzda, bu konuda kanunî bir düzenleme bulunmamakta ve tarafların hâkimin hukuku re’sen uygulaması ilkesinin taraf iradesiyle sınırlandırılmayacağı kabul edilmektedir¹⁷⁴⁶.

Diğer yandan, hakem-bilirkişinin hukukî sorun hakkında yorumları hakem-bilirkişi raporunun tamamının iptalini doğurmaz, bu yorumlar hariç hakem-bilirkişi raporu mahkemeyi bağlar¹⁷⁴⁷. Ayrıca böyle bir hakem-bilirkişi raporunun, mukayeseli

¹⁷⁴³ Bu konuda diğer örnekler için bkz Aşit, Denetim, s. 192-205; Toraman, s. 173-176.

¹⁷⁴⁴ Örneğin bu konuda temyiz mahkemesi, ilk derece mahkemesinin bir değerlendirmesini beğenmemesi sebebiyle, sırf bunu ortadan kaldıracı amacıyla, maddi bir meseleyi hukukî bir mesele olarak kabul edebilir veya maddî mesele olduğu çok açık olan bir konunun delillerle yeterince desteklenmemiş olması hâlinde bunu açıkça hukuka aykırı olarak denetleyebilir. (M. Göksu, Hukuk, s. 342); Aynı yönde bkz. Bulut, s. 212-214; Aşit, Denetim, s. 202-204; Aynı şekilde hakem-bilirkişi tarafından yapılan vakıa tespitinin de bir hukukî sorun olarak mahkemenin kabul etmesi ve yeniden değerlendirmesi mümkündür.

¹⁷⁴⁵ Bolayır, İlke, s. 82; Aynı şekilde Fransız hukukunda, “*Amicus Curiae*” (Mahkeme Dostu) şeklinde hukukî meselelerde, mahkemenin bilirkişi incelmeye başvurduğu bir kurum olarak bulunmaktadır. Özellikle karmaşık hukukî mesele ve olgusal, sosyolojik bir meseleyle karşılaşan hâkime, bu meseleye ilişkin daha sağlıklı değerlendirmede bulunabilmek adına bilgi alması önem arz ettiğinden, hukukumuzda da böyle bir kurumun kurulması tavsiye edilmektedir (Toraman, s. 223-228).

¹⁷⁴⁶ Meriç, Tasarruf İlkesi, s. 79-80; Bolayır, İlke, s. 82.

¹⁷⁴⁷ Kuru, Usûl Cilt III, s. 2914-2915.

hukuktaki gibi, tarafların hukukî sorun hakkında başvurabildikleri bir uzman görüşü olarak yorumlanması gerekir¹⁷⁴⁸.

Sonuç olarak, hakem-bilirkişinin hukukî sorun hakkında yapmış olduğu tespitler, hâkim hukuku re'sen uygulama ilkesi gereğince, mahkemeleri bağlamamakta ve mahkeme bu tespitleri yeniden yorumlamaktadır. Dolayısıyla, klasik hakem-bilirkişilik sözleşmeleri sadece anlaşmazlığın saf teknik bir sorun olması durumunda, tarafların bağlayıcı bir üçüncü taraf raporuna ihtiyaç duymaları hâlinde daha uygun olabilecektir. Bu durum hâkimi bağlamayan, sadece taraflar arasında bağlayıcılık etkisi bulunan, modern hakem-bilirkişilik sözleşmelerinin taraflarca daha çok kullanılmasına sebebiyet vermektedir.

Greger/Stubbe bu konuda, klasik hakem-bilirkişilik sözleşmelerinin önemli sorunlarının olduğu ve bu sorunların, ancak modern hakem-bilirkişilik sözleşmeleri sayesinde aşılabileceğini ifade etmektedir. Bu şekilde, klasik ve modern hakem-bilirkişilik sözleşmelerinin avantaj ve dezavantajlarını belirterek, hangi uyuşmazlık sebebinde hangi tür hakem-bilirkişilik sözleşmesinin daha uygun olacağına ilişkin bir değerlendirme yapmıştır¹⁷⁴⁹. Bağlayıcı olmayan hakem-bilirkişilik sözleşmeleri, tarafların hukukî sorunlar veya sözleşmeye dayalı yorumlama sorunları konusunda anlaşmazlığa düşmesi durumunda, özellikle dikkate değer olduğunu ifade etmiştir. Çünkü hâkim hukuku re'sen uygulama ilkesi (HMK m. 33) gereğince, hakem-bilirkişi, hukukî sorun bakımından, kural olarak, yorum yapmaması gerekir. Nitekim hakem-bilirkişi bu konuda, yorum yaptığı takdirde de bu yorum, hâkimi bağlamayacak ve hâkim, hakem-bilirkişinin raporundan bağımsız şekilde hukukî sorunu yeniden değerlendirecektir. Ayrıca, tarafların bağlayıcı veya geçici bağlayıcı bir hakem-bilirkişilik sözleşmesi yapmaktan çekince duyması durumunda, onlar için bağlayıcı olmayan hakem-bilirkişilik sözleşmeleri veya raporun öğrenilmesinden sonra itiraz edip etmemeye göre, geciktirici şarta bağlı hakem-bilirkişilik sözleşmeleri de tercih edilebilir¹⁷⁵⁰. Geçici bağlayıcı hakem-bilirkişilik sözleşmelerinde, meydana gelen geçici bağlayıcı etki, gelecekte özellikle taraflar arasındaki ekonomik çatışmalar için standart bir model olabileceği varsayımını haklı çıkaran önemli avantajlara sahiptir. Tüm bağlayıcı olmayan ve bağlayıcı hakem-bilirkişilik prosedürlerinin avantajlarını

¹⁷⁴⁸ Pröller, Martin ve Voit, VVG § 84, s. 714, Rn. 21; Brosi, s. 27.

¹⁷⁴⁹ Greger ve Stubbe, s. 31, Rn. 72, Tablo-3.

¹⁷⁵⁰ Greger ve Stubbe, s. 31, Rn. 73.

birleştirir ve büyük ölçüde onların dezavantajlarından kaçınmaktadır. Bir yandan, raporun geçici (ön)bağlayıcılığı sonucuna, taraflar ikna olmadıkları takdirde, dava açmakta tamamen özgürdürler. Ayrıca, geçici bağlayıcı süreç sona erse dâhi, geçici bağlayıcı hukukî niteliğe sahip hakem-bilirkişi raporu, mahkemeyi bağlamadığından, tarafların bu süreç sonunda da hâlen görüşme yapmaları mümkündür. Bu durumda, tarafların mahkeme sürecinden uzak durmalarına ve bu sürecin önündeki çoğu durumda, geçici olarak bağlayıcı sonucun, klasik iki tarafı bağlayıcı hakem-bilirkişi raporu gibi sonuçlar doğuracağını ifade etmektedir¹⁷⁵¹. Bu kapsamda doktrinde klasik iki tarafı bağlayıcı hakem-bilirkişilik sözleşmelerindeki bağlayıcı prosedürlerin, yani klasik Alman hakem-bilirkişi raporunun, Alman Hukuku'nda alternatif uyuşmazlık çözüm yolları içinde önemini koruyacağını, ancak belirli bir şekilde veya belli bir dönem sonra, geçici bağlayıcı hakem-bilirkişilik prosedürleriyle yerini değiştireceği ifade edilmektedir¹⁷⁵². Dolayısıyla, klasik hakem-bilirkişilik sözleşmeleri, sadece, anlaşmazlığın saf bir teknik sorun olması durumunda, tarafları bağlayıcı bir üçüncü taraf raporuna ihtiyaç duymaları hâlinde uygun olabilecektir. Ancak hem vakıa hem de hukukî sorun içeren karmaşık konular veya ihtilafı yüksek miktarlar bakımından, klasik iki tarafı bağlayıcı hakem-bilirkişi raporlarının iptal sebepleri ve bu sebeplerin ispatının zor olması durumu göz önüne alındığında, taraflar bu sözleşmeyi tercih etmeyebilir. Klasik hakem-bilirkişilik sözleşmelerinde, hakem-bilirkişi raporundan olumsuz etkilenen tarafın hakem-bilirkişi raporunu iptal etmesi, ancak raporun açıkça yanlış olduğunun ispatlanması hâlinde mümkündür ve bu da zor bir durumdur. Dolayısıyla, taraflar açısından, uyuşmazlık konusunun karmaşık ve değeri yüksek

¹⁷⁵¹ Greger ve Stubbe, s. 31-32, Rn. 74.

¹⁷⁵² Greger ve Stubbe, s. 32, Rn. 75; Ayrıca Alman Tahkim Merkezi (Deutsche Institution Schiedsgerichtsbarkeit-DIS), uygulanacak alternatif uyuşmazlık çözüm yolları prosedürlerine ilişkin kurallarını tahkim, arabuluculuk, uzlaştırma (Schlichtung), geçici bağlayıcı hakem-bilirkişilik (Adjudikation), hakem-bilirkişilik (Schiedsgutachten), bilirkişilik (Gutachten) ve uyuşmazlık yönetimi (Konfliktmanagement) şeklinde yediye ayırmıştır. Hakem-bilirkişilik kısmına ilişkin kurallarda klasik iki tarafı ve hâkimi bağlayıcı hakem-bilirkişilik prosedürü yerine, modern hakem-bilirkişilik sözleşmesi türü olan geçici bağlayıcı hakem-bilirkişilik prosedürünü esas alınmıştır (§ 22 DIS-Schiedsgutachtenordnung Bindungswirkung). Ayrıca geçici bağlayıcı hakem-bilirkişilik sözleşmesi (adjudikation) bakımından ayrı bir düzenleme de vardır. Bu durumlar, gelecekte klasik iki tarafı bağlayıcı hakem-bilirkişilik sözleşmeleri yerine, modern hakem-bilirkişilik sözleşmelerinin kullanılacaklarına dair gösterge olabilir (Klasen, s. 124); Nitekim Dünya Bankası, bir kredi sözleşmesi imzalarken taraflarla, kendine ait olan Dünya Bankası hüküm ve koşullarını, işlerin tedariki için standart ihale belgeleri, bakımından, yaklaşık yirmi yıl süredir, anlaşmazlıklar bakımından, Uyuşmazlık Kurulu (Dispute Board) maddelerini içermektedir. Bu durum, Uyuşmazlık Kurulu modellerinin, uluslararası alanda yayılmasına önemli ölçüde katkıda bulunmuştur (Greger ve Stubbe, s. 16, Rn. 36).

miktarlı çatışmalarda, klasik iki tarafı bağlayıcı hakem-bilirkişilik sözleşmeleri yerine, geçici bağlayıcı etkiye sahip hakem-bilirkişilik sözleşmelerinin daha uygun olduğu ifade edilmektedir¹⁷⁵³.

Hakem-bilirkişi raporunun bağlayıcı etkisi, hakem-bilirkişi tarafından verilen raporun açıkça hakkaniyete aykırı veya yanlış olması durumunda, sona erecektir (BGB § 319). Ancak, makul derecede bir hakem-bilirkişinin, bu büyük hatalardan kaçınması onun için zor değildir. Bu nedenle, hakem-bilirkişi raporunun, taraflarca sonradan iptali zor bir ihtimal olup bu durum tarafları korkutmakta ve onları farklı alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına yöneltmektedir¹⁷⁵⁴. Doktrinde farklı bağlayıcı etkileri olan sözleşmelerin bir hakem-bilirkişilik sözleşmesi olup olmadığı tartışmalıdır.

Doktrinde azınlık görüş¹⁷⁵⁵, hakem-bilirkişilik sözleşmelerinin daha çok kullanımını sağlamak amacıyla, farklı bağlayıcı etkileri olan sözleşmeleri de hakem-bilirkişilik sözleşmeleri olarak kabul etmektedir.

Doktrinde bizim de katıldığımız hâkim görüş¹⁷⁵⁶, hakem-bilirkişi raporunun tarafları ve mahkemeyi bağlamasını hakem-bilirkişilik sözleşmesinin zorunlu unsuru olarak görmüş ve farklı bağlayıcı etkileri olan sözleşmelerin hukukî niteliklerini, hakem-bilirkişilik sözleşmesi olarak kabul etmemişlerdir. Tarafları ve mahkemeyi bağlamayan sözleşmelerin, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının farklı bir biçimi olduğu, bunun bir erken vakıa değerlendirilmesi (early neutral evaluation) veya uzlaşma olarak nitelendirilmesi gerektiği ifade edilmektedir¹⁷⁵⁷. Ancak diğer yandan, hem bağlayıcı hakem-bilirkişi raporlarında hem de bağlayıcı olmayan veya geçici bağlayıcı sistemlerde, tam olarak terim sorunu olduğu ifade edilmiştir. Çünkü bu her ikisinde de uyuşmazlık inceleme kurullarının (Dispute Review Board) ortak bir terim olarak kullanılması doktrinde eleştirilmektedir¹⁷⁵⁸. Klasik hakem-bilirkişilik sözleşmelerin esaslı unsurları, hakem-bilirkişi tarafından verilen raporun, tarafları ve mahkemeyi bağlamasıdır. Bu bağlayıcı etki, hukukî bağlayıcı etki olarak kendini

¹⁷⁵³ Greger ve Stubbe, s. 32, Rn. 76.

¹⁷⁵⁴ Greger ve Stubbe, s. 18, Rn. 42.

¹⁷⁵⁵ Greger ve Stubbe, s. 2, 65; Klasen, s. 102, Rn. 175.

¹⁷⁵⁶ Rauscher, s. 198; Brosi, s. 255; Heinrich, s. 112, 226; Asmus, s. 26; Kendall, Freddmann ve Farrell, s. 71.

¹⁷⁵⁷ Kendall, Freedman ve Farrell, s. 71, para. 5.2.

¹⁷⁵⁸ Kendall, Freedman ve Farrell, s. 71, para. 5.2.

gösterir. Sadece tarafları bağlayıp mahkemeyi bağlamayan sözleşmeler, bir hakem-bilirkişilik sözleşmesi değildir¹⁷⁵⁹.

Modern hakem-bilirkişilik sözleşmeleri, bir hakem-bilirkişilik sözleşmesi olarak nitelendirilmese de Alman hukuku da İngiliz hukukunu rol model alarak, geçici bağlayıcı hakem-bilirkişilik (adjudikation) hakkında, Almanya’da kanunî düzenleme yapılması düşünülmektedir. Özellikle inşaat hukuku alanında “adjudication” şeklinde, geçici bağlayıcı hakem-bilirkişilik prosedürünün uygulanması ve bu konuda kanunî düzenleme getirilmesi planlanmaktadır¹⁷⁶⁰.

Hukukumuzda da geçici bağlayıcı hakem-bilirkişilik (adjudication) sözleşmelerine ilişkin, İngiliz ve Alman hukukundaki gibi bir kanunî düzenleme yapılması tavsiye edilebilir. Ayrıca sigorta hukukunda, hakem-bilirkişilik uygulamasından önce sigorta eksperinin hazırladığı bir rapor bulunmaktadır. Bu raporun tarafları veya mahkemeyi bağlayıcı bir özelliği yoktur¹⁷⁶¹. Sigorta hukukunda, sigorta ettiren niteliğinde tüketiciler bakımından, sigorta ettiren hukukî ve ekonomik yönden zayıf konumdadır. Bu nedenle sigorta eksperlerinin raporlarının, Alman Hukukundaki gibi tek taraflı olarak sadece sigorta şirketlerini bağlaması, ancak sigorta ettiren bakımından bu raporun hakem-bilirkişi raporu gibi bağlayıcı etkisinin olmadığı bir model tasarlanabilir. Bu sayede sigorta eksperleri hakkında tarafsızlık sorunları çözülebilir ve mahkemede davaların daha hızlı sonuçlanması sağlanabilir.

2. Hakem-Bilirkişi Raporu ve Alacağın Muacceliyeti Sorunu

Türk Borçlar Kanunu’nun 90. maddesinde, ifa zamanı taraflarca kararlaştırılmadıkça veya hukukî ilişkinin özelliğinden anlaşılmadıkça, her borcun alacağın doğumu anında muaccel olacağı düzenlenmiştir. Ancak doktrinde, bu düzenlemenin, sigortacının tazminat ve bedel ödeme borcunun niteliğine uygun olmadığı savunulmaktadır¹⁷⁶². Buna bağlı olarak, zamanaşımı süresinin, alacağın

¹⁷⁵⁹ Rauscher, s. 198; Brosi, s. 95; Angstmann, s. 84-85.

¹⁷⁶⁰ Bayerlein, Bleutge, Rossner ve Schlehe, s. 525-526, § 26 Rn. 50; Klasen, s. 134, Rn. 242.

¹⁷⁶¹ Yıldırım, s. 192; Demirel, s. 33.

¹⁷⁶² Bir borcun doğduğu anda muaccel olması (TBK m. 90) esastır. Ancak girilen hukukî ilişkiye göre, muacceliyet anı her zaman borcun doğumu anına tekabül etmeyebilir. Tarafların borcun muaccel olacağı anı kendi aralarında kararlaştırmaları mümkün olduğu gibi, bu konuda muacceliyet anına ilişkin bir özel hükmün de bulunması söz konusu olabilir. Nitekim TTK m. 1427 hükmü özel bir

muaccel olmasıyla işlemeye başlayacağı, Türk Borçlar Kanunu’nun 149. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenmiştir. Ancak mal ve sorumluluk sigortaları poliçe genel şartları içerisinde, hakem-bilirkişilik kurumunu düzenleyen maddeler içerisinde, *“Taraflar tazminat hususunda anlaşamadıkça, alacak ancak hakem-bilirkişi kararıyla muaccel olur ve zamanaşımı kesin raporun taraflara tebliğ tarihinden evvel işlemeye başlamaz. Meğer ki hakem-bilirkişilerin tayini ile Türk Ticaret Kanunu’nun 1292. maddesindeki ihbar müddeti arasında iki yıllık müddet geçmiş olsun”* şeklinde, düzenlemeler bulunmaktadır¹⁷⁶³. Bu poliçe şartları, yürürlükten kalkan 6762 sayılı eski Türk Ticaret Kanunu döneminde düzenlenmiş ve değiştirilmeden aynen kalmıştır. Hakem-bilirkişi raporlarının, bu şartta öngörüldüğü biçimde sigortacının, sigorta bedelini ödeme borcu için hem muacceliyet hem de zamanaşımı süresinin başlama şartı olarak kabul edilmesi, hem eski 6762 sayılı Ticaret Kanunu hem de 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu döneminde doktrinde tartışmalı bir konu olmuştur.

Hakem-bilirkişiye başvuru, Türk Borçlar Kanunu’nun 154. maddesine göre, tahkime başvurudan farklı olarak zamanaşımı süresini kesmemekte ayrıca durdurmamaktadır (TBK m. 153). Hakem-bilirkişilik sözleşmesi olmasına rağmen, taraflar dava açabilir. Mahkemenin, bu durumda tarafların hakem-bilirkişiye başvurup hakem-bilirkişi raporunu getirebilmeleri için süre vermesi gerekmektedir. Tarafların dava açmayarak, davanın maddî hukuka ilişkin sonuçlarından bir olan zamanaşımını kesme özelliğinden yararlanmayıp hakem-bilirkişi raporunun tebliğini beklemesi,

hüküm niteliğindedir. Sigorta ilişkisinde borcun doğduğu anda muaccel olacağı kuralının uygulanması hali, hakkaniyete aykırı sonuçlara yol açar. Bu nedenle, hükme göre, sigortacının tazminat ödeme borcunun doğum anı rizikonun gerçekleştiği an olarak, muacceliyet anı ise sigortacının edimine ilişkin araştırmaların tamamlandığı an olarak kabul edilecektir (Vural Seven, “Türk Ticaret Kanunu’nun 1427. Maddesinin 3. Fıkrası Kapsamında Sigortacıdan Talep Edilen Avans Ödemesinin Hukukî Niteliği”, **İzmir Barosu Dergisi**, Y. 67, S. 2, Ağustos 2022, (Avans), s. 423-424.); Sigorta tazminatı alacağı doğumuyla muaccel olan alacaklardan değildir. Sigorta tazminatının alacağının muaccel olması, yani sigorta tazminatının talep edilebilmesi için rizikoyla ilgili belgelerin sigortacıya verilmiş olması şartıyla rizikonun sigortacıya ihbarından (TTK m. 1446/I) itibaren kırk beş gün geçmiş olması gerekir (Kaner, s. 17); Yıldırım, s. 27, 357.

¹⁷⁶³ Bkz. İnşaat SGŞ (Bütün Riskler) B.2 maddesi h fıkrası; Makine Kırılması SGŞ madde 13 h fıkrası; Montaj SGŞ madde 14 h fıkrası; Yangın SGŞ B.4 maddesi; Yangına Bağlı Kar Kaybı SGŞ, Hırsızlık SGŞ B.3 maddeleri örnek olarak verilebilir.

alacağın muacceliyeti ve zamanaşımı tehlikesiyle¹⁷⁶⁴ karşı karşıya kalabilmesine sebebiyet verebilir¹⁷⁶⁵.

Sorun doktrinde alacağın zamanaşımına uğraması ve muacceliyeti olmak üzere iki kısma ayrılarak incelenmeye çalışılmıştır. Çünkü Türk Ticaret Kanunu zamanaşımı sürelerini emredici bir hüküm olarak düzenlenmiştir (TTK m. 6, TTK m. 1420, TTK m. 1452/II). Ancak sigorta alacaklarının muacceliyeti, sigorta ettiren lehine olmak şartıyla nispi emredici bir hüküm olarak düzenlenmiştir (TTK m. 1427/II, TTK m. 1452/III). Bu nedenle, hakem-bilirkişi raporunun, alacağın muacceliyetinin ön şartı olmasının sigorta ettirenin lehine olup olmadığı doktrinde tartışmalı bir husustur.

6762 sayılı eski Türk Ticaret Kanunu'nun 1299. maddesinin birinci fıkrasında, mal sigortalarında rizikonun gerçekleştiğinin, sigortacıya sigorta ettirenin, rizikonun gerçekleştiğini haber aldığı veya haber alması gerektiği tarihten itibaren, beş gün sonra (TTK m. 1292/I) muaccel olacağı ve bu tarihten itibaren, iki yıllık zamanaşımı süresinin işlemeye başlayacağı düzenlenmekteydi (TTK m. 1268)¹⁷⁶⁶. Ancak 6102

¹⁷⁶⁴ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararında, "...kaldı ki sigorta poliçesinin (16/g ve h) maddesindeki bu hükmün geçersiz olduğu ve dolayısıyla zamanaşımın geçtiği, bir an için kabul edilse dahi, davalı sigorta şirketi zamanaşımı define dayanamaz. Bütün sözleşme türlerinde iyi niyet kuralları esas olmakla birlikte sigorta sözleşmelerinde iyi niyet kuralları ayrı bir önem taşır. Bu nedenle sigorta sözleşmelerinde Medeni Yasanın 2. maddesinin koyduğu hakların kullanılması ve borçların ifasında objektif iyi niyet (dürüstlük) kurallarına uygun davranma ilkesi daha bir önem kazanır. Sigorta şirketleri büyük şirketlerdir...Bu sebeple de iradelerini sigortalılara empoze edecek güce sahiptirler. ... Sigorta poliçesinin bu genel şartlarının Bakanlıkça onaylanması... sigorta şirketi ile işlem yapan kişilerin, poliçedeki bu genel şartların yasalara uygun olduğuna inanmaları ve bu şartlara göre davranmalarından doğal bir şey olamaz... Sigorta ettirinde bu güveni uyandırıp hakem-bilirkişi yoluna başvurmak, hakem-bilirkişi raporuna; rağmen tazminatı ödemeyerek sigortalısını dava açmak zorunda bırakmak ve dava açılınca da "hakem-bilirkişi raporu olmadan talepte bulunamaz ve dava açılmaz. Alacak ancak hakem-bilirkişi raporu ile muaccel olur" şeklindeki kendi koyduğu hükme aykırı olarak bu kez yasadaki hükümlere dayanmağa kalkışmak (yani zamanaşımı savunmasında bulunmak) MK.nun 2. maddesinde ifadesini bulan dürüstlük kurallarına tümünden aykırıdır. Bu şekilde bir davranış içinde bulunan kişiler yasa hükümlerinin koruyuculuğuna sığınamazlar (MK. m.2/2). ... borçlunun hareket tarzı, pek yakında bir uzlaşmaya varılacağına yahut da zamanaşımı definin ileri sürülmeyeceğine kesin surette delalet etmişse artık zamanaşımı ileri sürülemez. Açıklanan bu nedenlerle de davalı sigorta şirketinin zamanaşımı definin reddi gerekirdi." (Yargıtay HGK, E. 1981/11-34, K. 1982/870, T. 3.11.1982) (Kazancı İçtihat-Bilgi Bankası, E.T. 22.10.2024); Kararın eleştirisi hakkında bkz. İsmail Doğanay, "Hakem-Bilirkişi Raporları Zamanaşımını Keser Mi?", **Sigorta Hukuku Dergisi**, C. I, S. 2, Y. 1982, (Zamanaşımı), s. 144-145; Bu konuda diğer Yargıtay kararları için bkz. Yargıtay 11. HD., E. 2002/1429, K. 2002/5203, T. 27.5.2002 (Kazancı İçtihat-Bilgi Bankası, E.T. 22.10.2024); Yargıtay 11. HD., 2001/434, K. 2001/2611, T. 30.3.2001 (Kazancı İçtihat-Bilgi Bankası, E.T. 22.10.2024); Yargıtay 11. HD., E. 2000/677, K. 2000/1539, T. 28.2.2000 (Kazancı İçtihat-Bilgi Bankası, E.T. 22.10.2024).

¹⁷⁶⁵ Kuru, Usûl Cilt III, s. 2909; Doğanay, Zamanaşımı, s. 142; Yeşilırmak, Hakem-Bilirkişilik, s. 704; Demirel, s. 37.

¹⁷⁶⁶ Doğanay, Zamanaşımı, s. 145-146; Türk, s. 191-192; Rayegân Kender, "Sigorta Tazminatının Muacceliyeti Meselesi", **Ticaret Hukuku Yargıtay Kararlar Sempozyumu IX**, Ankara 1992, s. 82-83; Yıldırım, s. 29-30.

sayılı yeni Türk Ticaret Kanunu'nun 1427 maddesinin ikinci fıkrasında, sigorta tazminatı veya bedeli, rizikonun gerçekleşmesini takiben rizikoyla ilgili belgelerin sigortacıya verilmesinden sonra, sigortacının edimine ilişkin araştırmaları bitince ve herhâlde de sigortacıya yapılacak ihbardan kırk beş gün sonra muaccel olacağını düzenlemiştir. Ayrıca, sigortacıya yüklenemeyen bir kusurdan dolayı incelemenin gecikmiş olması durumunda, sürenin işlemeyeceği ifade edilmiştir. 6102 sayılı Kanun, 6762 sayılı Kanundan farklı olarak, sigorta şirketine edime ilişkin araştırma süresi vermiş, ancak üst sınır olarak bu süre kırk beş gün olarak düzenlenmiştir¹⁷⁶⁷.

Doktrinde tartışmalı husus, kanunda düzenlenen muacceliyet hakkındaki hükmün, kesin hakem-bilirkişi raporunun tebliğ edilmesi anına bağlanmasının, sigorta ettiren lehine teşkil edip etmediği noktasında toplanmaktadır. Çünkü hem 6762 sayılı eski Türk Ticaret Kanunu'nun 1264. maddesinin dördüncü fıkrası hem de 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 1452. maddesinin üçüncü fıkrası, muacceliyet hususunda, sigorta ettiren lehine sözleşme yapılabileceğini düzenlemektedir.

Doktrinde bir görüş¹⁷⁶⁸, zamanaşımı süresinin, kesin hakem-bilirkişi raporunun taraflara tebliğ tarihinden evvel işlemeye başlamaması şeklindeki, sigorta poliçesi genel şartlarında düzenlenen bu hususu, emredici hükümlere aykırı olduğu için geçersiz saymaktadır. Zamanaşımı açısından niteliği emredici bir hükme karşı (TTK m. 6), kanuna aykırı olarak, sigorta poliçeleri şartlarında düzenlenen hükümler,

¹⁷⁶⁷ Yıldırım, s. 94-95; Seven, Avans, s. 420; Kaner, s. 16-17; Günay, s. 100.

¹⁷⁶⁸ *Doğanay*, sigorta sözleşmesinden doğan alacağın muacceliyet tarihini, hakem-bilirkişi raporunun verildiği tarihe uzatmak, hakem-bilirkişi raporu verme süresinin uzun zaman alması durumunda, zamanaşımı ve muacceliyetin hiç gelmeyeceği anlamına geleceği anlamına gelmektedir. Bu görüşün kabulü halinde, sigorta hukukunun ana ilkeleri tamamen ortadan kalkacağı gibi, dava konusu olayda her iki tarafın da tacir olması nedeniyle, tacirler arasındaki uyuşmazlıkların bir an önce sonlandırılması prensibine aykırılık teşkil ettiğini ifade etmektedir. Sonuç olarak, hem 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 6. maddesinin hem de 1268. maddesinde düzenlenen alacağın muacceliyeti ve zamanaşımı hususundaki hükümlerin, kamu düzeniyle ilgili bulunan maddeler olduğunu, bu hükümlere aykırı sonuç doğuran sözleşme veya poliçe hükümlerinin sigorta ettiren lehine olsa bile geçersiz olduğunu ve bu nedenle de her iki taraf leh ve aleyhine bir sonuç yaratmadığını geçersiz yok hükmünde olduğunu ifade etmiştir (*Doğanay*, Zamanaşımı, s. 150-151); *Kender*, sigorta poliçesi genel şartlarındaki hükmün, 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nu döneminden önce düzenlendiğini, eksik ve kanuna aykırı olduğunu ifade etmiştir. Çünkü, tarafların tazminat miktarı hususunda anlaşıkları durumda ve iki yıllık zamanaşımı süresi geçmiş olması durumunda ne olacağını düzenlemediği için poliçe genel şartlarının eksik olduğunu savunmaktadır. Yüksek enflasyon ve sigorta ettirenin temerrüt faizinden mahrum bırakılmasının kesin olarak doğru olmadığını insanları hakem-bilirkişiliğe başvurmaya teşvik etmeyeceğini ifade etmektedir. Ancak muacceliyetin, deniz sigortalarındaki gibi, sigorta şirketinin araştırmalarını bitirmesi sonrası başlaması gerektiğini ifade etmiştir. Sonuç olarak bu hükümlerin sigorta ettirenin aleyhine olduğunu ve bu nedenle geçersiz olduğunu savunmaktadır (*Kender*, s. 89-92); *Cantaymaz*, s. 95.

geçersiz olacaktır. Sigorta poliçeleri genel şartlarının, Gümrük ve Ticaret Bakanlığınca düzenlenmiş olması da bu hükümlerin geçersiz olmasını engellemeyeceği savunulmaktadır.

Doktrinde bizim de katıldığımız diğer bir görüş¹⁷⁶⁹, eski Türk Ticaret Kanunu'nun 1264. maddesinin dördüncü fıkrası uyarınca, nispi emredici bir hüküm olarak düzenlenen muacceliyet hususunda, hakem-bilirkişi raporunun düzenlenmesinden sonra, sigorta alacağının muaccel olacağı ve zamanaşımı süresinin başlayacağı şeklinde, sigorta ettiren yararına olan bu sözleşme hükmünün geçerli olduğunu savunmaktadır. Çünkü henüz miktarı bilinmeyen bir borcun muaccel kılınmaması gerekir. Sigorta ettiren bakımından onun yararına olup olmadığı sorununun iki yönlü olduğunu, ilk olarak, muacceliyetin uzaması, zamanaşımı süresini de uzatacağından sigorta ettirenin aleyhine değildir. Ancak diğer yandan sigorta tazminatının ödenmesini geciktireceği için sigorta ettirenin aleyhine olacaktır¹⁷⁷⁰. Sadece rizikonun gerçekleştiğinin ihbar edilmesi doğrudan doğruya sigorta tazminatı bedelinin ödenmesi anlamına gelmemektedir. Sigorta tazminatının miktarının belli olmadan muaccel olması, doktrinde eleştirilen bir konudur. Bu nedenle sigortacıya araştırmalarını tamamlaması için bir süre tanınmalıdır. Ancak mukayeseli hukukta olduğunu gibi, bu incelemelerin belli bir süre tamamlanmaması durumunda, 6762 sayılı eski Türk Ticaret Kanunu'nun 1451 ve 1452. maddelerinde, deniz sigorta hukukundaki hükümlerinde olduğu gibi, avans isteme hakkı, hatta bu konuda tazminat faizi öngörülmesi gerektiği ifade edilmektedir¹⁷⁷¹. Sigorta tazminatının hasar miktarını, hakem-bilirkişilerce saptandığı ya da hakem-bilirkişi raporunun taraflara tebliğ edildiği tarihte muaccel olacağını öngören kayıtlar sigorta ettiren lehine olması sebebiyle geçerlidir¹⁷⁷².

¹⁷⁶⁹ Türk, s. 203; Barış, s. 33; Yıldırım, s. 196; *Demirel*, 6102 sayılı yeni Türk Ticaret Kanunu'nun borcun muacceliyetini, hakem-bilirkişi raporunun düzenlenmesi anı olarak belirlemek, Türk Ticaret Kanunu'nun 1452. maddesi uyarınca taraflara tanınmış olduğu bir imkân ve nispi emredici bir hüküm olarak düzenlenen Türk Ticaret Kanunu'nun 1427. maddesindeki muacceliyet tarihini sigorta ettirenin lehine olarak değiştirilmesi kanunen mümkün kılınmıştır. Türk Ticaret Kanunu'nun 1420. maddesi de zamanaşımının başlangıç tarihini muacceliyet tarihi olarak esas almış ve bu süreden sonra iki yıl olarak belirlemiştir. Bu şekilde muacceliyet anı değiştirilse de emredici olan zamanaşımı süresi değişmemektedir. Sonuç olarak, korunması gereken menfaat sahibi, sigorta ettiren lehine yapılacak düzenlemelerin, kanunun çizmiş olduğu sınırlar içerisinde kalmak kaydıyla, geçersiz olmadığını savunmaktadır (*Demirel*, s. 38).

¹⁷⁷⁰ Türk, s. 203-204.

¹⁷⁷¹ Türk, s. 216-217.

¹⁷⁷² Türk, s. 204.

Yıldırım, 6102 sayılı yeni Türk Ticaret Kanunu'nun 1427. maddesinin ikinci ile beşinci fıkraları yarı emredici olduğunu belirtmiştir. Nitekim TTK 1452. maddesinin üçüncü fıkrasında, TTK 1427. maddesinin ikinci ile beşinci fıkraları bakımından, sigorta ettirenin aleyhine değiştirilemeyeceği düzenlemiştir. TTK 1427. maddesinin ikinci fıkrasına göre, sigortacının edimine ilişkin araştırmaları bitince ve her hâlde de sigortacıya yapılacak ihbardan kırk beş gün sonra muaccel olacağı düzenlemiştir. Ayrıca, sigortacıya yüklenemeyen bir kusurdan dolayı incelemenin gecikmiş olması durumunda, sürenin işlemeyeceği ifade edilmiştir. Ancak buradaki düzenlemede, araştırmanın hangi usûle göre yapılacağı düzenlenmemiştir. Dolayısıyla araştırmanın nasıl yapılacağı bakımından, sigorta genel ve özel şartlarında hakem-bilirkişi aracılığıyla zararın tespitinin yapılmasını öngören maddeler geçersiz değildir¹⁷⁷³. Nitekim yeni kanunla, sigorta ettirenin menfaatleri de göz ardı edilmeyip sigorta ettirene iki önemli olanak tanınmıştır. Bunlardan ilki, TTK m. 1427/III hükmünde, sigortacının yapacağı araştırmaların, sigorta ettirenin yapacağı ihbardan başlayarak üç ay içinde tamamlanamaması durumunda, sigortacı tazminattan veya bedelden mahsup edilmek üzere, tarafların mutabakatı veya anlaşmazlık hâlinde mahkemece yaptırılacak ön ekspertiz sonucuna göre, süratle tespit edilecek hasar miktarının veya bedelin en az yüzde ellisini avans olarak ödeneceği düzenlenmiştir. Diğer olanak kanunda düzenlenmeyen, muacceliyet tarihine kadar sigorta ettirene faiz ödenmesi ihtimalidir. Bu durum rizikonun gerçekleşmesiyle sigortacı tahmini zarar tutarını karşılık olarak ayırmakta, muacceliyete kadar geçen süre içinde, ayrılan karşılığın sigortacı tarafından nemalandırılması mümkün olmaktadır. Ancak, hak sahibi sigorta ettirenin bundan yararlanamayacağı adil olmayan bir durum ortaya çıkarmaktadır. Ayrıca muacceliyet geciktikçe, örneğin sigortacıdan kaynaklanmayan sebepler durumunda süre işlememesi (TTK m. 1427/II) hâlinde, sigorta ettiren alacağını daha geç almaktadır. Burada bir kanun boşluğu açıktır. Bu nedenle, hak sahibinin rizikonun meydana gelmesinden muacceliyetin gerçekleşmesi anına kadar faiz (anapara faizi) talep edebileceği kabul edilmeli ve burada 3095 sayılı Kanunî Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun'un 1. maddesinin kıyasen uygulanması gerektiğini savunmaktadır¹⁷⁷⁴.

¹⁷⁷³ Yıldırım, s. 196-197.

¹⁷⁷⁴ Yıldırım, s. 90.

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu sigorta sözleşmesinden doğan bütün istemler bakımından, zamanaşımı noktasında iki farklı başlangıç noktası öngörmüştür. Türk Ticaret Kanunu'nun 1420. maddesinde ilk olarak alacağın muaccel olduğu tarihten başlayarak iki yıl ve her hâlde rizikonun gerçekleştiği tarihten itibaren altı yıl geçmekle zamanaşımına uğrayacağı düzenlenmiştir. Rizikonun gerçekleştiği tarihten itibaren altı yıl geçmesiyle, sigorta sözleşmesinden doğan bütün istemlerin zamanaşımına uğrayacağı hükmü, zamanaşımının başlangıcı kanunen belirlendiğinden, TTK m. 1452/II hükmü uyarınca emredici bir hüküm olarak nitelendirilmesi gerekir. Ancak diğer durumda zamanaşımının başlangıç süresi, muacceliyet tarihine bağlanmıştır. TTK 1427 maddesinin ikinci fıkrasında, sigorta tazminatı ve bedeline ilişkin muacceliyet, sigortacının edimine ilişkin araştırmaları bitirmesine ve her hâlde sigortacıya yapılacak ihbardan kırk beş gün sonra olacak şekilde düzenlemiştir. TTK m. 1452/III'e göre, TTK 1427. maddesinin ikinci ile beşinci fıkraları nisbi emredici nitelikte olup sigorta ettiren lehine düzenleme yapılmasına izin vermektedir. Ayrıca bu düzenlemede, araştırmaların hangi usûle göre yapılacağı düzenlenmediğinden, bu araştırmalara, hakem-bilirkişi tarafından yapılan araştırmalar da dâhildir¹⁷⁷⁵. Sonuç olarak, sigorta genel ve özel şartlarında hakem-bilirkişi aracılığıyla, zararın miktarının tespitinin yapılmasını öngören şartlar geçersiz değildir. Ayrıca burada sigorta ettirenin menfaatleri göz ardı edilmemeye çalışılmıştır. Hakem-bilirkişi raporunun gecikmesi durumunda, TTK m. 1427/III çerçevesinde¹⁷⁷⁶, sigorta ettiren ihbardan başlayarak, üç ay içinde tamamlanamazsa, hasar miktarının veya bedelin en az yüzde ellisini avans olarak talep edebilecektir¹⁷⁷⁷. Diğer durum, kanunda düzenlenmemekle birlikte,

¹⁷⁷⁵ Yıldırım, s. 196.

¹⁷⁷⁶ Sigorta ettirenin TTK m. 1427/III'den yararlanabilmesi için öncelikle, TTK m. 1446 uyarınca rizikonun gerçekleştiğini ihbar etmesi, ihbardan itibaren üç aylık sürenin geçmesi ve sigorta ettiren bu konuda talebi gerekir. Diğer yandan, araştırmanın içeriği, gerçekleşen rizikonun teminat kapsamında olup olmadığı, sigortacının bu riziko dolayısıyla tazminat ödemekle yükümlü tutulup tutulmayacağı ve ödenecek tazminatın kapsamı ve tutarı oluşturacaktır. Bu nedenle, rizikonun teminat kapsamında olup olmadığına ve sigortacının gerçekleşen rizikodan sorumlu tutulup tutulmayacağına ilişkin araştırmaların devam ettiği bir süreçte, üç aylık süre geçmiş olsa dâhi, sigortacıdan avans talep edilemeyecektir (Seven, Avans, s. 422-425).

¹⁷⁷⁷ Doktrinde TTK m. 1427 hükmünde düzenlenen avans hükmünün, TBK m. 76'da düzenlenmiş olan geçici ödemeye yakından ilişkisi bulunduğu ifade edilmektedir. Çünkü geçici ödemede ve avansta nihai amaç, taraflardan birinin menfaatinin korunması ve mağduriyetinin önüne geçilmesidir. Geçici ödeme her ne kadar, Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlense de etkilerini doğrudan usul hukukunda doğurduğundan bir usul hukuku kurumudur. Aynı şekilde, avans ödemesinin hukukî niteliğinin tespitinde de usul hukuku kapsamında inceleme yapmak gerekir. Avans ödemesi bu yönüyle, sigorta hukukuna özgü geçici hukukî koruma olarak nitelendirilmesi gerekir. Diğer

doktrinde kabul edilen, sigorta ettirenin rizikodan muacceliyet tarihine kadar, sigorta ettirene (anapara) faizi ödenmesi imkânıdır¹⁷⁷⁸. Ancak bunun için öncelikle bir kanunî bir düzenlemenin olması şarttır.

Alman hukukunda, tarafların hakem-bilirkişiye başvurusu anında, zamanaşımının kesilmeyeceği, ancak duracağı düzenlenmiştir (BGB § 204/I-8)¹⁷⁷⁹. Ayrıca sigorta alacağının muacceliyetini düzenleyen, 2008 yılında yürürlüğe giren, Alman Sigorta Sözleşmesi Kanunu'nun § 14. hükmünde, sigortacıdan olan alacağın, muaccel hâle gelmesi için sigortacının gerekli araştırmaları bitirmesi gerektiği belirtilmiştir (VVG § 14). Düzenlemenin ikinci fıkrasında, sigortacı tarafından yapılan araştırmaların ihbardan itibaren bir ay içinde sonuçlanmaması hâlinde, sigorta ettiren, sigortacının en az ödemekle yükümlü sorumlu tutarın, kendisine avans verilmesini isteyebilir. Ancak araştırmanın sigorta ettirene yüklenen bir nedenle bitirilememiş olması durumunda, bu sürenin işlemeyeceği düzenlenmiştir¹⁷⁸⁰. Ayrıca mal sigortalarında, Almanya'da VVG § 91 uyarınca, rizikonun gerçekleşmesinden sigortacıya bildirilmesinden itibaren bir aylık sürenin geçmesinden sonra, sigorta ettirenin alacağına daha yüksek faiz uygulanmasını gerektiren bir durum yoksa, yüzde dört oranında faiz uygulanacağı düzenlenmiştir. Bu düzenlemedeki faiz hükmü, henüz muacceliyet gerçekleşmediği için bir temerrüt faizi değil, ana para faizidir¹⁷⁸¹. Bu şekilde, araştırmaların uzun sürmesi nedeniyle muacceliyette meydana gelen gecikmenin, sigorta ettirenin menfaatlerine zarar vermesi engellenmektedir¹⁷⁸². Sigortadan doğan alacağın, araştırmalar bitmeden muaccel olamayacağına ilişkin düzenlemelere, hakem-bilirkişilik süreci de dâhildir (VVG § 84, 189)¹⁷⁸³. Bu nedenle hakem-bilirkişi raporu tebliğ anına kadar, Alman hukukunda, sigortadan doğan alacak muaccel değildir¹⁷⁸⁴.

yandan, avans ödenmesi, paranın sigorta ettirene verilmesini konu edindiğinden, eda nitelikli ihtiyatî tedbir özelliği taşır. Bu nedenle Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 389 ve devamındaki hükümlerin uygulanması gerekir. Bu sayede, sigortacı avans ödeme kararına uymaktan kaçınması hâlinde, HMK m. 398 uyarınca yaptırıma tâbi tutulabilecektir (Seven, Avans, s. 427-431).

¹⁷⁷⁸ Yıldırım, s. 87, 90, 197.

¹⁷⁷⁹ Greger ve Stubbe, s. 75, Rn. 210; Klasen, s. 112.

¹⁷⁸⁰ Maus, s. 200; Yıldırım, s. 31-32.

¹⁷⁸¹ Maus, s. 201.

¹⁷⁸² Maus, s. 200; Yıldırım, s. 88.

¹⁷⁸³ Maus, s. 199-200.

¹⁷⁸⁴ Eickmann, s. 49; Wagner, s. 664; Maus, s. 201; Yıldırım, s. 197, dn. 349.

Aynı şekilde İsviçre hukukunda da hakem-bilirkişi raporuna konu alacağın, hakem-bilirkişi raporu taraflara tebliğ edilene kadar, alacağın muaccel olmadığı, burada “*pactum de non petenda in tempus*” şeklinde muacceliyetin, geçici olarak ertelendiği ifade edilmektedir. Çünkü aksi hâlde, hakem-bilirkişi raporundan önce alacağın zamanaşımına uğraması şeklinde haksız durum meydana gelir. Bu nedenle hakem-bilirkişi raporunun taraflara tebliği sonucu, vadenin gelmesi ve zamanaşımının işlemesinin, tarafların lehine olduğu ifade edilmektedir¹⁷⁸⁵.

D. Delillerin Serbestçe Değerlendirilmesi İlkesi ve Hakem-Bilirkişi Raporunun Hukukî Niteliği

1. Genel Olarak Delillerin Serbestçe Değerlendirilmesi

Kanun koyucu, bir davada, taraflara dava konusunu (HMK m. 24), dava malzemeleri olarak vakıa ve delileri (HMK m. 25) ve talep sonucunu (HMK m. 26) getirmesini; hâkime ise hukukun re’sen uygulanmasını (HMK m. 33) ve delilleri serbestçe değerlendirme yetkisini (HMK m. 198) vermiştir. Hâkim, hem hukuk kurallarını araştırıp tespit edecek hem de dava sonunda atılma faaliyeti yaparak, hukukî sonuca hükmedecektir¹⁷⁸⁶. Hakem-bilirkişinin yapmış olduğu hukukî değerlendirmeler bakımından, hâkimin hukuku re’sen uygular ilkesi gereğince, hâkimin bu değerlendirmelerle bağlı olup olmadığı konusu, mukayeseli hukuk ve hukukumuzdaki farklılıklar da belirlenerek incelenmiştir¹⁷⁸⁷. İkinci durum, hâkimin delilleri serbestçe değerlendirmesi yetkisi karşısında, hakem-bilirkişilik kurumu ve hakem-bilirkişi raporunun hukukî niteliğidir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun, birinci kısmının ikinci bölümünde “*Yargılamaya Hâkim Olan İlkeler*” (HMK m. 24-33) düzenlenmiştir. Ancak hâkimin delilleri serbestçe değerlendirmesi, Kanun’un yargılamaya hâkim olan ilkeler bölümünde değil, dördüncü kısım, “*İspat ve Deliller*” ana başlığında, birinci bölüm genel hükümler kısmındaki, 198. maddede düzenlenmiştir. Ancak bu durum, hâkim

¹⁷⁸⁵ Brosi, s. 257-258.

¹⁷⁸⁶ Gürdoğan, s. 267-268; M. Göksu, Hukuk, s. 328; Bolayır, İlke, s. 14; Toraman, s. 152, 197; Bulut, s. 209; Aşit, Denetim, s. 177-178.

¹⁷⁸⁷ Bu konuda bkz. Dördüncü Bölüm, II, C, b.

tarafından delillerin serbestçe değerlendirmesini, medenî yargılama hukukuna hâkim olan bir ilke olmaktan çıkarmayacaktır¹⁷⁸⁸. Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 198. maddesine göre, kanunî istisnalar dışında, hâkimin delilleri serbestçe değerlendireceği düzenlenerek, hâkimin delilleri serbestçe değerlendirmesinin¹⁷⁸⁹, belli hukukî sınırlandırmalara tâbi olduğu ifade edilmiştir. Hâkimin delilleri serbestçe değerlendirilmesi, yargılama hukukumuzda tam olarak, ancak takdiri delillerle ispatın mümkün olduğu hâllerde geçerlidir¹⁷⁹⁰. Çünkü kesin delillerle ispatın gerekli olduğu durumlarda (HMK m. 200, 201), hâkim kesin delillerle bağlı olduğundan, bu durumda delillerin serbestçe değerlendirilmesinden söz edilemez. Hâkim, kesin delillerle bağlı olup kesin delili kabul edip hükmünde ona dayanmak zorundadır¹⁷⁹¹.

Hâkimin delilleri serbestçe değerlendirmesi, hâkimin delilleri istediği gibi, takdir edeceği anlamına da gelmeyecektir. Hâkimin delilleri değerlendirmesi, aklî, mantıkî, hukukî gerekçelere dayanmalı, kendi içinde vakıalarla bağlantılı ve tutarlı olması gerekir¹⁷⁹². Hâkim bu şekilde, sunulmuş olan bir delile, neden ya da hiç dikkate almadığını, hukukî gerekçeleriyle, açık bir biçimde ortaya koymalıdır. Çünkü aksi bir durum, sürpriz karar verme yasağı şeklinde, hukukî dinlenilme hakkının ihlalini oluşturur¹⁷⁹³.

Doktrinde ayrıca hâkimin delilleri serbestçe değerlendirilmesinin sınırlarından birinin de tarafların iradeleriyle düzenledikleri, delil ve hakem-bilirkişilik sözleşmeleri

¹⁷⁸⁸ K. Yıldırım, Delillerin Değerlendirilmesi, s. 90; Aybüke Basım, “Hukuk Yargılamasında Delillerin Serbestçe Değerlendirilmesi İlkesi”, **Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 4, S. 1, Y. 2018, s. 136; Çiftçi, İspat Hakkı, s. 461.

¹⁷⁸⁹ Hâkimin delilleri serbestçe değerlendirmesi ilkesinin gelişiminin temelinde, genellikle o hukuk sisteminde hâkime duyulan güven önemli bir etken olmuştur. Bu kapsamda, hâkime duyulan güven azaldıkça, olması muhtemel keyfiliğin önüne geçme amacıyla, bu yöndeki eğilim kanunî (şeklî) delil sistemine yönelmiştir (K. Yıldırım, Delillerin Değerlendirilmesi, s. 8-9); Çiftçi, İspat Hakkı, s. 40.

¹⁷⁹⁰ Günümüzde, medenî yargılama sistemimizde, hâkimin delilleri serbestçe değerlendirmesi ilkesi kural değil, istisna niteliğindedir. Çünkü senetle ispat zorunluluğu (HMK m. 200) hukukî işlemler açısından kabul edildiğinden, ancak hukukî fiillerin ispatında sadece takdiri delillere başvurulabilecektir. Nitekim bu durum da senetle ispat kuralının çok geniş bir uygulama alanına sahip olmasına sebebiyet verir (Çiftçi, İspat Hakkı, s. 462); Ayrıca hâkimin delilleri serbestçe değerlendirilmesinin sınırlandırılması, taraflar ait olan ispat hakkının da sınırlandırılması niteliğindedir (Çiftçi, İspat Hakkı, s. 467).

¹⁷⁹¹ Kuru ve Aydın, Usûl Ders Kitabı, s. 253; Kuru ve Aydın, Usûl El Kitabı Cilt I, s. 648; Pekcanitez, Atalay ve Özkes, Usûl Ders Kitabı, s. 380; Pekcanitez, Atalay ve Özkes, Usûl Hukuku, s. 714; Çiftçi, İspat Hakkı, s. 465-466.

¹⁷⁹² Özkes, Hukukî Dinlenilme Hakkı, s. 128.

¹⁷⁹³ Özkes, Hukukî Dinlenilme Hakkı, s. 185; Çiftçi, İspat Hakkı, s. 301-305.

olduğu ifade edilmektedir¹⁷⁹⁴. Mukayeseli hukuk ve hukukumuz esas alınarak, özellikle hakem-bilirkişi raporunun hukukî niteliği ve hâkimin delilleri serbestçe değerlendirilmesi ilkesiyle aralarındaki ilişki incelenmeye çalışılacaktır.

2. Hakem-Bilirkişi Raporunun Hukukî Niteliği Açısından Değerlendirme

Mukayeseli hukuk olarak, Alman ve İsviçre hukukunda, hakem-bilirkişi raporunun hukukî niteliği, hakem-bilirkişinin yapmış olduğu faaliyetler dikkate alınarak farklı yorumlanmış ve tartışmalıdır. Hakem-bilirkişilik sözleşmesinin hukukî niteliğine ilişkin ileri sürülen, maddî ve usûl hukuku sözleşmesi görüşleri, hakem-bilirkişi raporunun hukukî niteliğine ilişkin görüşlere de aynen aktarılmıştır¹⁷⁹⁵.

Alman hukukunda, maddî hukuk görüşünü savunanlara göre, BGB § 317-319 hükümlerinde, hakem-bilirkişinin görevinin sözleşmeye ilişkin esaslı bir edimi belirlemek olduğu gerekçe gösterilerek, hakem-bilirkişi raporunun hukukî niteliği bir irade açıklaması (Willenserklärung)¹⁷⁹⁶ olduğu ifade edilmektedir¹⁷⁹⁷. Ancak bu görüş doktrinde, hakem-bilirkişi raporundan, hakem-bilirkişinin kendisi etkilenmediği için eleştirilmiş ve bir irade açıklaması değil, hakem-bilirkişi raporunun, bir tasavvur (bilgi) açıklaması (Vorstellenäusserung) olduğu ifade edilmiştir¹⁷⁹⁸.

Maddî hukuk görüşünü savunanların ortak noktası, hakem-bilirkişilik sözleşmesinin, doğrudan karakteristik etkisini, sadece tarafları bağlayıcı tespit etkisinde görürler. Bu şekilde hakem-bilirkişi raporunun, mahkeme açısından delil vasıtasıyla bağlı olmasını reddederler veya bunu doğrudan bir etki olarak görmezler. Hakem-bilirkişi raporunun mahkemeyi bağlayıcı etkisini, tarafları tespit etkisinin, yan etkisi şeklinde bir refleks etkisi olarak görmektedirler. Bu şekilde hakem-bilirkişi raporunun hukukî niteliğinin, bir delil olma vasfını reddederler. Dolayısıyla, hakem-

¹⁷⁹⁴ K. Yıldırım, Delillerin Değerlendirilmesi, s. 255-263; Taşpınar, İspat Sözleşmeleri, s. 201; Konuralp, İspat, s. 58-61; Tanrıver, Usûl Cilt I, s. 908; Çiftçi, İspat Hakkı, s. 793; Basım, s. 165-168.

¹⁷⁹⁵ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. İkinci Bölüm, III.

¹⁷⁹⁶ Alman İmparatorluk mahkemesi kararına da konu olmuş mahkeme kararında, “hakem-bilirkişi olarak, üçüncü kişinin iradesi, sözleşme taraflarının irade açıklamasının yerine geçmekte” şeklinde ifade edilmiştir (Reichsoberhandelsgericht (ROHG) Bd. 18. S. 337 vom 1. 6. 75 (Arens, s. 26, dn. 1).

¹⁷⁹⁷ Weismann, Acp 72, s. 316; Wangner, s. 35; Kisch, Shiedsmann, s. 100.

¹⁷⁹⁸ Jost, s. 52-53; Arens, s. 26-27; Hukukumuzda tasavvur (bilgi) açıklamaları hakkında bkz. Eren, Borçlar Genel, s. 167.

bilirkişi raporu, emredici niteliği olan delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesine aykırılık teşkil etmez¹⁷⁹⁹.

Usûl hukuku görüşünde olanlar ise, hakem-bilirkişinin vakıa tespit faaliyeti şeklinde dar anlamda hakem-bilirkişilik sözleşmelerinden yola çıkarak, hakem-bilirkişi raporlarının hukukî niteliğini belirlemeye çalışmıştır. Ancak onlar da delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesinin, emredici bir ilke olduğunu kabul ettikleri için hakem-bilirkişi raporunun hukukî niteliğini, bir delil olarak nitelendirmekten kaçınmışlardır¹⁸⁰⁰. Bu nedenle hakem-bilirkişilik sözleşmesini, genel olarak usûl hukukuna ilişkin davada doğrudan tahkikat aşamasında etkisini gösteren, bir ispat sözleşmesi olarak nitelendirmişlerdir¹⁸⁰¹. Hakem-bilirkişilik sözleşmeleri, ispat sözleşmeleri üst başlığı altında, bir ikrar sözleşmesi veya vakıaları çekişmesiz hâle getiren sözleşme olarak nitelendirilerek, hakem-bilirkişi raporunun, delil olma vasfı reddedilmiş ve hakem-bilirkişi raporunun, vakıaları çekişmeli olmaktan çıkardığı (HMK m. 188/I, ZPO § 138/I) artık ispatının gerekmediği ifade edilmiştir. Dolayısıyla, hakem-bilirkişi raporunun, hâkimin delilleri serbestçe değerlendirilmesi ilkesini ihlâl etmediği savunulmaktadır¹⁸⁰².

Heinrich, öncelikle hakem-bilirkişi raporunun delil niteliğini reddetmektedir. Ancak diğer yazarlardan farklı olarak, mahkemenin bir belgenin sahte olup olmadığı (HMK m. 106/I, HMK m. 211) şeklinde, salt bir vakıa hakkında tespit kararı verebilmesini örnek olarak göstermektedir. Buna dayanarak, hakem-bilirkişi raporunun hukukî niteliğini, bir belgenin gerçekliğine ilişkin tespit edici hüküm niteliğindeki bağlayıcı tespit (Bindende Festellung in der Art des Feststellungsurteils über die Echtheit einer Urkunde) olduğunu savunmaktadır. Ancak, bu tespitin doğrudan icra edilebilme yeteneğinden yoksun olduğunu ifade ederek, bir hakem kararı da olmadığını ifade etmektedir¹⁸⁰³.

Maus, Alman hukukunda, hakem-bilirkişinin vakıa tespit faaliyetinin yanında, hukukî ön sorun veya sorunlar hakkında da tespitte bulunabileceğini gerekçe

¹⁷⁹⁹ Kohler, s. 305-306; Oertmann, s. 133; Buchdahl, s. 15-16; Kisch, Schiedsmann, s. 100-104; Wittmann, s. 53, 65; Deren-Yıldırım, s. 326-328.

¹⁸⁰⁰ Rauscher, s. 140; Eickmann, s. 92; Brosi, s. 64-65; Pelli, s. 157.

¹⁸⁰¹ Rauscher, s. 142; Brosi, s. 68; Tuluay, s. 134; Taşpınar, İspat Sözleşmeleri, s. 151; Cantaymaz, s. 52.

¹⁸⁰² Rauscher, s. 142; Brosi, s. 68; Taşpınar, İspat Sözleşmeleri, s. 113, 193.

¹⁸⁰³ Heinrich, s. 198-199.

göstererek, hakem-bilirkişi raporunun delil olma vasfından öte, kesin hüküm gibi etki doğurduğunu ifade etmektedir. Hakem kararıyla hakem-bilirkişi raporu arasında, sadece hâkimin açıkça yanlışlık denetimi şeklinde, içerik denetimi açısından, kademeli bir farklılık olduğunu ifade etmektedir. Bu nedenle hakem-bilirkişi raporunun bir kesin hüküm oluşturmamakla birlikte, kesin hüküm gibi etki (Rechtskraftsähnlichkeit) doğurduğunu savunmaktadır. Ancak, hakem-bilirkişi raporunun, doğrudan icra edilebilme özelliğinin olmadığını da belirtmektedir¹⁸⁰⁴. Ayrıca diğer bir görüş, bu kademeli farklılığı, hakem kararının bir kesin hüküm olduğunu, ancak hakem-bilirkişi raporunun, mahkemenin incelemesi gereken ön sorun olduğunu, mahkemelerin ön sorunlarda vermiş olduğu ara karar etkisinin, hakem-bilirkişi raporunda da aynı şekilde olduğunu savunmaktadır. Dolayısıyla hakem-bilirkişi raporunun hukukî niteliğini, bir ara karar (Zwischenentscheidung) olarak nitelendirmektedir¹⁸⁰⁵.

Jäckel, hakem-bilirkişi raporunun açıkça hakkaniyete aykırılık veya açıkça yanlışlık bakımından, mahkemenin denetime tâbi olduğu için bir delil veya delil değerlendirme sözleşmesinden bahsedilemeyeceğini ifade etmektedir. Dolayısıyla, hakem-bilirkişilik sözleşmesinin ve hakem-bilirkişi raporunun, hâkimin delilleri serbestçe değerlendirilmesi ilkesine aykırılık teşkil etmediğini savunmaktadır¹⁸⁰⁶.

Hakem-bilirkişi raporunun bir delil olma niteliği reddedilse de doktrinde hakem-bilirkişi raporunun delil olma vasfı, tamamen inkâr edilememiştir. Hakem-bilirkişi raporunun, hakem-bilirkişilik ve hakem-bilirkişi sözleşmeleri arasındaki bağı kurduğunu, bu nedenle hakem-bilirkişinin, hakem-bilirkişilik sözleşmesine uygun bir şekilde görevini ifa edip etmemesini konu alan sorumluluk davaları ve hakem-bilirkişi raporunun iptali davası şeklinde, ikincil davalarda, hakem-bilirkişi raporunun bir delil olma özelliği kabul edilmektedir¹⁸⁰⁷. Bu nedenle doktrinde, hakem-bilirkişi raporunun, çekişmeli vakıanın ispatı bakımından bir delil olduğu görüşü hâkim görüş tarafından savunulmaktadır¹⁸⁰⁸.

¹⁸⁰⁴ Maus, s. 239; Habscheid, bu konuda tüm hukukî ilişkiyi, yani vakıa ve hukukî sorunları birlikte tespit eden hakem-bilirkişi raporunu, artık ispat ve delil sözleşmelerinin ötesine geçtiğini, bu nedenle burada ispat sözleşmeleriyle tahkim sözleşmeleri arasında yer alan bir sözleşme tipi olduğunu savunmaktadır (Habscheid, FS Lehmann, s. 811).

¹⁸⁰⁵ Rauscher, s. 164-165.

¹⁸⁰⁶ Jäckel, s. 55.

¹⁸⁰⁷ Rauscher, s. 118.

¹⁸⁰⁸ Habscheid, FS Lehmann, s. 807; Baumgärtel, s. 256; Kornblum, s. 101; Stein, Jonas ve Schlosser, vor § 1025, s. 37, Rn. 60.

İsviçre hukukunda da hakem-bilirkişi raporunun bir delil olup olmadığı tartışmalıdır. Çünkü İsviçre hukukunda da hâkimin delilleri serbestçe değerlendirilmesi ilkesi bir emredici bir ilkedir¹⁸⁰⁹. Ancak kanun koyucu hakem-bilirkişiliği (SchZPO Art. 189), kanunda delillerin düzenlendiği üçüncü bölüm (Beweismittel-SchZPO Art. 168), mahkeme bilirkişisinin düzenlendiği (SchZPO Art. 183) beşinci kısmında, bir delil çeşidi olarak düzenlemiştir. Bu nedenle, doktrinde hâkim görüş, hakem-bilirkişi raporunun, çekişmeli vakıanın ispatına yönelik bir delil olduğunu savunmaktadır¹⁸¹⁰. Ancak İsviçre Medenî Usûl Kanunu'nun gerekçesinde, tarafların hakem-bilirkişi raporuyla gelecek veya şu an dava aşamasında vakıaya ilişkin uyuşmazlıklarını, uyuşmazlık dışı (Ausser Streit) bırakacakları ifadesi¹⁸¹¹, doktrinde, hakem-bilirkişi raporunun hukukî niteliği hakkında, farklı yorumlara sebebiyet vermiştir.

Brosi, hakem-bilirkişilik sözleşmesinin belirli bir olguyu ileri sürmemeyi veya karşı tarafın ileri sürdüğü bir iddiaya itiraz etmemeyi taahhüt eden bir ispat ikrar sözleşmesi (Beweisthemenvvertrag) olduğu, bu şekilde hakem-bilirkişi raporunun, hâkimin, delilleri serbestçe değerlendirme yetkisine aykırılık teşkil etmediğini ifade etmektedir. Bu nedenle hakem-bilirkişi raporunun bir delil olmadığını savunmaktadır¹⁸¹².

Banwill, hakem-bilirkişi raporu, nihaî (endgültiger Beweis) bir ispat şeklinde, yorumlanmaması gerektiğini, bu nedenle delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesine ilişkin kabul edilmez bir sınırlamadan bahsedilemeyeceğini savunmaktadır. Hakem-bilirkişi raporu da yargılamada ileri sürülen iddianın dayandığı vakıaların bir parçasını oluşturduğundan, diğer vakıalar gibi, mahkeme tarafından serbestçe değerlendirilebileceğini ifade etmektedir¹⁸¹³.

İsviçre Medenî Usûl Kanunu görüşmelerinde de hakem-bilirkişilik kurumunun, delillerin serbestçe değerlendirilmesi kuralına aykırılık teşkil ettiği ifade edilmiştir. Ancak görüşmelerde, bunun bir endişe kaynağı olmaması gerektiği belirtilmiş ve vurgulanmıştır. Çünkü hakem-bilirkişi uzmanlığı sayesinde, objektif gerçeği arama ve maddî olarak gerçekleri doğru tespit etme konusunda uzman

¹⁸⁰⁹ Guldener, Beweiswürdigung, s. 70; Guldener, ZSR, s. 240; Brosi, s. 64-65; Pelli, s. 157.

¹⁸¹⁰ Bachmann, s. 98; Guldener, ZSR, s. 243-244; Pelli, s. 11, 121; Angstmann, s. 137.

¹⁸¹¹ Botschaft SchZPO 2006, s. 7325 (Brosi, s. 67, dn. 255).

¹⁸¹² Brosi, s. 66-68.

¹⁸¹³ Banwill, s. 43.

olduğundan, hâkimden konuyu daha iyi inceleyebileceği, bu şekilde hakem-bilirkişiliğin usûl ekonomisine hizmet edeceği ifade edilmiştir. Ayrıca delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesine yapılan bu müdahale, tarafların iradesine de uygunluk teşkil edeceği belirtilmiştir. Nitekim hakem-bilirkişilik kurumu açısından, tarafların ispat hakkı bakımından sorunla karşılaşmaları, kanunda düzenlenen (SchZPO Art. 189) hem usûlî hem de maddî denetimlerle sağlanacağı ifade edilmiştir¹⁸¹⁴. İsviçre Medenî Usûl Kanunu’nun 189. maddesinde, bu nedenle hakem-bilirkişilik kurumu deliler kısmında düzenlenmiştir. Dolayısıyla hakem-bilirkişi raporunun bir delil olduğu ve bu durumun, hâkimin delilleri serbestçe değerlendirilmesi ilkesine kanunen konulmuş bir istisna olarak görülmüş ve bu konudaki tartışmaları kısaltmıştır¹⁸¹⁵.

İngiliz hukukunda da hakem-bilirkişi raporunun diğer delillerden farklı olduğunu ifade etmek için sabit delil anlamına gelen, “*conclusive evidence*” ifadesi kullanılmaktadır¹⁸¹⁶.

Hukukumuzda, Alman ve İsviçre hukukundan farklı olarak, deliller arasında, kesin ve takdirli delil ayrımı olup (HMK m. 200, 201) hâkim kesin delillerle bağlıdır ve hükmünü kesin delile dayandırmak zorundadır. Bu şekilde, hâkimin delilleri serbestçe değerlendirilmesinin istisnalarının olması, mukayeseli hukuktan farklı olarak hukukumuza yabancı olan bir husus değildir¹⁸¹⁷. Diğer yandan, kanun koyucu, hangi delillerin kesin¹⁸¹⁸ delil olduğunu, kanunda açıkça düzenlemiştir¹⁸¹⁹. Ancak hakem-bilirkişilik sözleşmeleri kanunda düzenlenmediği için bir delil olup olmadığı ve delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesine, hakem-bilirkişi raporunun aykırılık teşkil edip etmediği konusunun incelenmesi gerekmektedir.

Hukukumuz açısından içtihat ve doktrinde göre hâkim görüş, hakem-bilirkişilik sözleşmesini bir münhasır delil sözleşmesi olarak nitelendirdiği için

¹⁸¹⁴ Brosi, s. 86-87.

¹⁸¹⁵ Pelli, s. 14, 181.

¹⁸¹⁶ Kendall, Freedman ve Farrell, s. 299.

¹⁸¹⁷ Taşpınar, İspat Sözleşmeleri, s. 198-199; Tuluay, s. 112; Konuralp, İspat, s. 61.

¹⁸¹⁸ Örneğin, HMK m. 205/I’e göre, “Mahkeme huzurunda ikrar olunan veya mahkemeye inkâr edenden sadır olduğu kabul edilen adi senetler, aksi ispat edilmedikçe kesin delil sayılırlar.”; İkinci olarak, HMK m. 205/II “Usûlüne göre güvenli elektronik imza ile oluşturulan elektronik veriler senet hükmündedir.” Üçüncü olarak, HMK m. 204/I’e göre, ilâmlar ile düzenleme şeklindeki noter senetleri, sahteliği ispat olunmadıkça kesin delil sayılırlar.”

¹⁸¹⁹ Bir delilin kesin olup olmaması, kanunun getirmiş olduğu düzenlemeden kaynaklanır (Konuralp, İspat, s. 75); Erturgut, s. 176; Yavaş, s. 413; M. Göksu, Delil, s. 139.

hakem-bilirkişi raporunun da bir delil olma özelliği kabul edilmektedir¹⁸²⁰. Ancak münhasır delil sözleşmesi ve hakem-bilirkişilik sözleşmeleriyle tarafların bir kesin delil oluşturup oluşturmadıkları ve dolayısıyla hâkimin delilleri serbestçe değerlendirmesi yetkisine, müdahale olup olmadığı tartışmalıdır. Çünkü tarafların iradi olarak delil veya hakem-bilirkişilik sözleşmesiyle, kesin delil oluşturmaları durumunda, hâkim kesin delillerle bağlı olacağından, delillerin serbestçe değerlendirmesi ilkesine aykırılık da söz konusu olmayacağı ifade edilebilir.

Taşpınar, delil sözleşmelerinin hukukumuzda, mukayeseli hukuktan farklı olarak açıkça yasal olarak (HMK m. 193) düzenlenmesine vurgu yapmıştır. Dolayısıyla bu durum yargılama hukukunda tasarruf ve taraflarca getirilmesi ilkesi sayesinde, taraf iradesinin hâkimi bağlayabileceğinin delilidir. Kesin delil yaratılmasında amaçlanan, delilin “temsili” ve “güvenilirliği” düşünceleri, tarafların kendi menfaatlerine uygun bir delil sözleşmesi yaparak, doğrudan ortaya çıktığını, bu nedenle, tarafların delil sözleşmesiyle, bir kesin delil oluşturdıklarını ifade etmektedir¹⁸²¹. Yargıtay da tarafların delil sözleşmesinde kararlaştırdıkları delilin, kesin delil niteliğinde olduğuna ve hâkimi bağladığına karar vermektedir¹⁸²². Uygulamada da bankacılık alanında, banka kartları ve kredi kartlarına ilişkin üyelik sözleşmelerinde, yer alan genel işlem şartlarında, delil sözleşmelerinin, kesin delil niteliğine ilişkin birçok ifade kullanılmaktadır. Bu ifadeler, “banka kayıtlarının esas olacağı”, “banka tarafından tutulan defter kayıtları, bilgisayar kayıtları, mikrofilm ve mikrofişlerden alınan çıktılar, bankanın bilgisayar ortamında tuttuğu kayıtların delil olacağı ve kart sahibinin başka delile dayanamayacağı, bankanın ticarî defterlerinin doğru olduğu konusunda yemin teklifi hakkından peşinen feragat edildiği ve bu

¹⁸²⁰Kuru, Usûl Cilt III, s. 2889; Postacıoğlu ve Altay, s. 622; Kuru, Arslan ve Yılmaz, s. 442-443; Kuru, Usûl Hukuku, s. 325; Kuru ve Aydın, Usûl Ders Kitabı, s. 335-336; Kuru, Usûl El Kitabı Cilt I, s. 851; Pekcanitez, Atalay ve Özekes, Usûl Hukuku, s. 718-719; Pekcanitez, Atalay ve Özekes, Usûl Ders Kitabı, s. 384-385; Atalay, Pekcanitez Usûl Cilt II, s. 1752; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, s. 521; Tanrıver, Usûl Cilt I, s. 909-910; Yılmaz, Şerh, s. 3626; Umar, Şerh, s. 591; Karanlı, Medeni Muhakeme, s. 539; Sebük, s. 503; Şengel, s. 281; Ö. Atalay, s. 872; Battal, s. 134; Konuralp, İspat, s. 64; Erturgut, s. 274; Korkmaz, s. 120; Aslan, s. 69.

¹⁸²¹ Taşpınar, İspat Sözleşmeleri, s. 200-201, 220.

¹⁸²² “*Delil sözleşmesi kesin delil sayıldığından gerek tarafları gerekse mahkemeyi bağlayacağından hâkimin görevinden ötürü bu hususu re’sen göz önünde bulundurması mecburidir.*” (Yargıtay 15. HD, E. 2016/5200, K. 2016/459, T. 27.01.2016 (Yılmaz, Şerh, s. 3623, dn. 11); YHGK E. 1978/15-191, K. 1980/1959, T. 7.5.1980; YHGK E. 1987/15, K. 1987/244-72, T. 4.2.1987; Yargıtay 15. HD, E. 1983/2588, K. 1983/2034, T. 12.9.1983 (Kuru, Usûl Cilt III, s. 2892, dn. 29a).

kayıtların HMK m. 193 anlamında münhasır delil sözleşmesi ve kesin delil sayıldığı” şeklinde kayıtlar bulunmaktadır¹⁸²³.

Doktrinde bizim de katıldığımız hâkim olan diğer görüşe göre¹⁸²⁴, tarafların delil sözleşmesiyle, kesin delil oluşturmaları mümkün değildir. Hâkimin delileri takdir yetkisini genel olarak ortadan kaldıran, delil sözleşmesi yapılamaz. Çünkü hâkim delilleri serbestçe değerlendirmesi yetkisini, doğrudan kanundaki açık düzenlemeden alır (HMK m. 198) ve bu düzenlemenin emredici olduğu kabul edilmektedir. Kanunda izin verilen sadece delil sözleşmesinin yapılmasıdır, ancak delillerin değerlendirilmesi hâkime aittir. Ayrıca bir delilin kesin delil olup olmadığına, taraflar değil, kanun koyucu karar verir. Taraflar delil sözleşmesiyle, sadece, hangi vakıaların, hangi delillerle ispat edileceğini kararlaştırmaktadır. Ancak delil sözleşmesine konu olan delil veya delillerin takdiri yine mahkemeye aittir. Delil sözleşmesine ilişkin bu hususu bir örnekle açıklarsak, taraflar delil sözleşmesiyle çekişmeli vakıanın tanık deliliyle ispatlanmasını kararlaştırmaları, tanık delilini bir kesin delil hâline getirmemektedir. Nitekim hâkim tanıkların beyanlarını serbestçe değerlendirebilecektir.

Delil sözleşmesine ilişkin, hâkimin delilleri serbestçe değerlendirmesini bir istisnası olmadığına ilişkin görüş, hakem-bilirkişilik sözleşmesi açısından aynı doğrultuda değildir. Çünkü hakem-bilirkişilik sözleşmesi delil sözleşmesinden farklılık arz etmektedir. Taraflar hakem-bilirkişilik sözleşmesiyle, taraflar arasında çekişmeli vakıanın tespitini üçüncü bir kişi olan hakem-bilirkişiden talep etmekte, hakem-bilirkişi vakıayı tespit etmekte ve aynı zamanda değerlendirmektedir. Hakem-bilirkişinin vakıa tespit ve değerlendirmelerini içeren, hakem-bilirkişi raporu hem tarafları hem de mahkemeyi bağlayıcı müspet özelliğe ve hâkimin hakem-bilirkişi raporundan başka bir delile başvuramamağı şeklinde menfi bir etkiye sahiptir¹⁸²⁵.

Doktrinde bir görüş, hâkimin delillere ilişkin takdir yetkisini genel olarak ortadan kaldıran delil sözleşmelerinin caiz sayılmamasını, ancak bunun istisnasının, hakem-bilirkişilik sözleşmesi olduğu ifade etmiştir. Özellikle sigorta sözleşmelerinde

¹⁸²³ Konuralp, İspat, s. 74, dn. 51; “Kredi kartı üyelik sözleşmesinin 18. maddesi uyarınca, uyuşmazlık halinde banka defter ve kayıtlarının kesin delil teşkil etmesi, ancak bu kayıtların dayanağı belgelerin varlığı halinde mümkündür.” (Yargıtay 19. HD, E. 2000/7576, K. 2000/1284, T. 23.2.2000 (Yılmaz, Şerh, s. 3625, dn. 17)).

¹⁸²⁴ Konuralp, İspat, s. 61; Konuralp, Delil Başlangıcı, s. 24; Erturgut, s. 272-273; Yavaş, s. 413; M. Göksu, Delil, s. 139; Bolayır, Deliller, s. 492-493; Aşit, Delil Sözleşmesi, s. 145; Hatipoğlu, s. 107; Aslan, s. 61.

¹⁸²⁵ Schiedermeier, s. 122-123.

uygulama alanı bulan bu sözleşmelerle, hasarın miktarı, hakem-bilirkişi tarafından belirlenmekte ve bu tespitle taraflar ve mahkeme bağlı olmaktadır. Her ne kadar hakem-bilirkişi raporu hâkimi bağlasa da hakem-bilirkişi raporuna kesin delil demek doğru değildir. Çünkü hakem-bilirkişi raporu, kesin delillerden farklı olarak, açıkça hakkaniyete aykırı veya yanlış olması durumunda iptal edilebilecektir¹⁸²⁶.

Doktrinde diğer bir görüş, taraflar hakem-bilirkişi raporlarına uyacaklarına söz vermiş olmakla, hakem-bilirkişi raporlarının, kesin delil olma vasfını da kabul etmiş olduğunu ifade etmektedir. Bu şekilde hakem-bilirkişi raporu, mahkeme veya tahkimdeki yargılamada, hakem-bilirkişi tarafından tespit edilen vakıa bakımından, kesin delil teşkil eder¹⁸²⁷.

Taşpınar, tarafların delil sözleşmesiyle, kesin delil oluşturması mümkün olduğunu ifade etmesine rağmen¹⁸²⁸, hakem-bilirkişilik sözleşmesinin bir delil sözleşmesi olarak nitelendirmeyip ispat sözleşmesinin bir türü şeklinde, olayları ve olguları çekişmesiz hâle getiren bir sözleşme olarak nitelendirmektedir. Dolayısıyla, hakem-bilirkişi raporunun hukukî niteliğinin, bir delil olmadığını savunmaktadır¹⁸²⁹. Ancak, hakem-bilirkişilik sözleşmelerini, ispat sözleşmeleri üst başlığında incelemekte ve ispat sözleşmelerinin hem tarafları hem de mahkemeyi bağlayıcı özelliği olduğunu ifade ederek “*kesin delil*” etkisi gösterdiğini ifade etmektedir¹⁸³⁰.

Schiedermeier, önce ispat sözleşmelerinin daha sonra, hakem-bilirkişilik sözleşmelerinin etkilerini açıklamıştır. İspat sözleşmelerinin etkisini, mahkeme dışı ikrar sözleşmeleriyle, mahkeme içi ikrar sözleşmeleri arasında bir etkisinin olduğunu ifade etmiştir. Hakem-bilirkişilik sözleşmelerinin etkisi bakımından, ispat ve tahkim sözleşmeleri arasında bir etkisinin olduğunu belirtmiştir. Çünkü hakem-bilirkişilik sözleşmelerinin hem delilleri sınırlandırıcı menfi hem de tarafları ve mahkemeyi bağlayıcı müspet etkisi olduğunu, ancak hakem-bilirkişi raporunun bir kesin hüküm teşkil etmemesi sebebiyle, tahkim sözleşmesinden daha küçük bir etkisinin olduğunu belirtmiştir¹⁸³¹.

¹⁸²⁶ Konuralp, İspat, s. 61; Erturgut, s. 272-273.

¹⁸²⁷ Balcı, s. 30; Ö. Atalay, s. 872; Şanlı, s. 504.

¹⁸²⁸ Taşpınar, İspat Sözleşmeleri, s. 200-201, 220.

¹⁸²⁹ Taşpınar, İspat Sözleşmeleri, s. 113.

¹⁸³⁰ Taşpınar, İspat Sözleşmeleri, s. 263.

¹⁸³¹ Schiedermeier, s. 122-123.

Hakem-bilirkişi raporunun bir delil olup olmadığı ve hangi tür bir delil olduğunun incelenmesi gerekir. Hukukumuzda kesin deliller senet, yemin ve kesin hüküm olup bu deliller hâkimi bağlayıcı özelliğı sahiptir. Hakem-bilirkişi bir yargılama faaliyetinde bulunmadığı ve hukukî uyumsuzluğun tamamı hakkında bir hüküm vermediğinden, hakem-bilirkişi raporu bir kesin hüküm niteliğinde değildir. Aynı şekilde, hakem-bilirkişi davada taraf olmadığı ve bilimsel yöntemlerle bir vakıa tespitinde bulunduğu için bir yemin delili niteliğinde de değildir.

Hakem-bilirkişi raporunun delil olduğunu kabul edenler, hâkimin serbestçe değerlendirdiğı mahkeme bilirkişi raporu olmadığı (Sachverständigenbeweis), tam aksine belgeye dayalı bir delil (Urkundenbeweis) olduğunu savunmaktadır¹⁸³². Hakem-bilirkişi raporunun bir belge veya senet olup olmadığını, bu noktada tartışmamız gerekir.

Senet delili hukukumuzda özgü bir kavram olup belge¹⁸³³ delilinden farklılık arz etmektedir. Senet, bir kimsenin kendi aleyhine hazırladığı veya onun aleyhine sonuç doğuracak, vakıalar hakkında tam bilgi veren yazılı ve imzalı, bir belgedir¹⁸³⁴. Hakem-bilirkişi raporunda, tarafların imzası yoktur. Sadece hakem-bilirkişi raporunu düzenleyen, hakem-bilirkişilerin imzası söz konusu olacağından, hakem-bilirkişi raporu bir senet niteliğinde değildir. Ayrıca hakem-bilirkişi raporunda tarafların imzası olmadığı gerekçesiyle, hakem-bilirkişi raporunu bir delil başlangıcı olarak da nitelendiremeyiz. Çünkü delil başlangıcının varlığında, hâkim hem delil başlangıcı hem de dinlenen tanık veya diğer delilleri serbestçe değerlendirerek karar verecektir (HMK m. 202/I)¹⁸³⁵. Ancak hakem-bilirkişi raporu, tespit etmiş olduğu vakıalar bakımından tarafları ve mahkemeyi bağlar ve mahkeme hakem-bilirkişi raporundan başka bir delile başvuramayacağından, hakem-bilirkişi raporu bir delil başlangıcı niteliğinde de değildir.

¹⁸³² Bachmann, s. 99; Stein, Jonas ve Schlosser, vor § 1025, s. 44, Rn. 77.

¹⁸³³ Belge, uyumsuzluk konusu vakıaları ispata elverişli, yazılı veya basılı metin, senet, çizim, plan, kroki, fotoğraf, film gibi benzer bilgi taşıyıcılarıdır (HMK m. 199) (Pekcanitez, Atalay ve Özekes, Usûl Hukuku, s. 723); Pekcanitez, Atalay ve Özekes, Usûl Ders Kitabı, s. 385.

¹⁸³⁴ Kuru ve Aydın, Usûl Ders Kitabı, s. 262; Kuru ve Aydın, Usûl El Kitabı Cilt I, s. 670; Pekcanitez, Atalay ve Özekes, Usûl Ders Kitabı, s. 387-388; Pekcanitez, Atalay ve Özekes, Usûl Hukuku, s. 724.

¹⁸³⁵ Konuralp, Yazılı Delil Başlangıcı, s. 144-145; Kuru ve Aydın, Usûl Ders Kitabı, s. 281; Kuru ve Aydın, Usûl El Kitabı Cilt I, s. 711; Pekcanitez, Atalay ve Özekes, Usûl Hukuku, s. 750-751; Pekcanitez, Atalay ve Özekes, Usûl Ders Kitabı, s. 405.

Hakem-bilirkişilik sözleşmesi, bir ispat sözleşmesinin bağımsız bir türüdür. İspat sözleşmeleri de genel olarak hem tarafları hem de mahkemeyi bağlayıcı özelliği sayesinde, kesin delil gibi etki göstermektedir¹⁸³⁶. Bu nedenle hakem-bilirkişi raporu, her ne kadar kesin delil olmasa dâhi, kesin delil gibi etki gösterir. Diğer yandan, hakem-bilirkişi raporunun, hâkimi ve tarafları bağlayıcılığı mutlak ve sınırsız değildir. Hakem-bilirkişi raporu, açıkça hakkaniyete aykırı veya yanlış olması durumunda iptal edilebilir. Nitekim bu durum, hakem-bilirkişi raporunun, bir kesin delil olarak nitelendirilmesini engeller¹⁸³⁷. Çünkü kesin deliller olan senet, yemin ve kesin hüküm bakımından, açıkça hakkaniyete aykırı veya yanlış olması durumunda, iptali sağlanamaz.

Hakem-bilirkişi raporu, hakem-bilirkişinin görevlendirildiği vakıayla sınırlı olarak hâkimin delilleri serbestçe değerlendirilmesi ilkesinin bir istisnasını teşkil eder. Hakem-bilirkişilik sözleşmesinin, hâkimin delilleri serbestçe değerlendirilmesi ilkesini ihlal etmesi, diğer yandan hakem-bilirkişilik sözleşmelerinin yasaklanmasını gerektirmez. Nitekim hakem-bilirkişilik sözleşmesinin yasaklanmasında, devletin bir kamu menfaati de yoktur. Hakem-bilirkişilik sözleşmesinin yasaklanması yerine, onun işleyişindeki sorunları hem maddî hem de usûlî denetimlerle en aza indirmek ve hukuk kurallarıyla arasındaki çatışmayı ortadan kaldırmak yaklaşımı benimsenmelidir¹⁸³⁸. Ayrıca sadece delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesine bağlı kalınarak, medenî usûl hukukunun sorunlarına çözüm bulunması da zordur. Çünkü medenî usûl hukuku, birçok mülâhazanın yer aldığı, karmaşık bir yapı olup bu konuda diğer mülâhazaların da dikkate alınması gerekmektedir.¹⁸³⁹ Hakem-bilirkişilik, dava malzemesi olan vakıa ve delillerin toplanmasının kısaltılmasına ve hızlandırılmasına etki ederek, medenî usûl hukukunda, diğer bir ilke olan usûl ekonomisine hizmet edeceği gerekçesiyle (HMK m. 30) hakem-bilirkişilik sözleşmelerinin kanaatimizce, maddî ve usûl hukuku denetimi yapılması şartıyla geçerli olduğunun kabul edilmesi gerekir¹⁸⁴⁰.

¹⁸³⁶ Taşpınar, İspat Sözleşmeleri, s. 263.

¹⁸³⁷ Konuralp, İspat, s. 61.

¹⁸³⁸ Taşpınar, İspat Sözleşmeleri, s. 151.

¹⁸³⁹ K. Yıldırım, Delillerin Değerlendirilmesi, s. 34, 263.

¹⁸⁴⁰ Medenî usûl hukukunun amacı, çabuk ve ucuz bir muhakemeyle olayın hakikate uygun bir şekilde yeniden canlandırılması suretiyle özel hakları korumaktır. Taraf iradesinin tezahürü olan delil ve hakem-bilirkişilik sözleşmeleri de bu amaca hizmet ettiği takdirde geçerli kabul edilmesi gerekir.

III. HAKEM-BİLİRKİŞİ RAPORUNUN İPTALİ

Hakem-bilirkişi raporu, tarafların görevlendirdikleri vakıayla sınırlı olmak üzere, hakem-bilirkişi tarafından gerçekleştirilen vakıa tespitleri bakımından, tarafları ve mahkemeyi bağlamaktadır. Ancak hakem-bilirkişi raporunun bağlayıcı etkisi de sınırsız değildir. Taraflar bazı sebeplere dayanarak, hakem-bilirkişi raporuna itiraz eder ve hakem-bilirkişi raporunun iptal edilmesini sağlayabilir. Tarafların sadece maddî hukuk sebeplerine mi yoksa usûl hukuku sebeplerine mi veya her ikisine birden dayanarak hakem-bilirkişi raporunun iptalini isteyip isteyemeyeceği, doktrinde tartışmalı bir husus olup aşağıda incelenmeye çalışılacaktır.

A. Hakem-Bilirkişi Raporu İptal Sebepleri

1. Genel Olarak

Alman hukukunda hakem-bilirkişi raporunun iptal sebepleri, doktrinde ve mahkeme kararlarında farklılık arz etmekte ve tartışmalıdır.

Maddî hukuk görüşü savunucuları¹⁸⁴¹, hakem-bilirkişi raporu, sadece maddî hukuk denetimi olan, sonuç kontrolüne (Ergebniskontrol) tâbi olması gerektiğini savunmaktadır. Hakem-bilirkişi raporu sonuç kontrolü şeklinde, açıkça hakkaniyete aykırı (BGB § 319/I) veya yanlış olması durumunda sadece iptal edilebilir. Hakem-bilirkişinin, hakem-bilirkişi raporuna ilişkin sonuçları nasıl gerçekleştirdiği şeklinde, temel usûl hukuku ilkeleri, özellikle hukukî dinlenilme hakkı, taraflarca sözleşmede düzenlenmediği sürece, herhangi bir önem arz etmez. Çünkü hakem-bilirkişi raporunun çok hızlı bir şekilde taraflara tebliğ edilmesi gerekmekte olup usûl hukukuna ilişkin eksiklikler, sonuca ilişkin doğruluk kontrolüyle dengelenir. Bu şekilde, hakem-bilirkişi raporu açısından, açıkça hakkaniyete aykırılık veya yanlışlık sınırına kadar doğruluğunun garanti edilmesi yeterlidir.

Özellikle burada hakem-bilirkişilik açısından, hakem-bilirkişi uygulaması hukuk devletine uygun olmalı, en azından hukukî dinlenilme hakkına riayet edilmiş olması şartıyla kabul edilmelidir (K. Yıldırım, Delillerin Değerlendirilmesi, s. 263).

¹⁸⁴¹ Kisch, Schiedsmann, s. 86; Kisch, Rhein, s. 21; Wangner, s. 53; Weismann, Acp 72, s. 303; Wittmann, s. 88; Eckert, s. 26; Marsilius, s. 1015.

Usûl hukuku görüşü savunucuları, hakem-bilirkişinin vakıa tespit faaliyetinde bulunduğu dar anlamda hakem-bilirkişilik sözleşmeleri bakımından, hakem-bilirkişi raporunun salt usûl hukuku denetimi mi yoksa hem usûl hem maddî hukuk denetimine mi tâbi olması gerektiği tartışmalıdır.

Rauscher, hakem-bilirkişi raporu açısından, aynen hakem kararı gibi (ZPO § 1025), sadece usûl hukuku denetiminin yeterli olduğunu belirtmektedir. Ayrıca tahkime özgü bir kamu düzeni (ZPO § 1059/II-b) denetiminin dahî, hakem-bilirkişilik hakkında gerekli olmadığını savunmaktadır. Çünkü hakem-bilirkişi raporu, sonucundaki herhangi bir yanlışlık, hakem-bilirkişi raporunun aslında doğru bir belirleme yöntemi kullanmadığından kaynaklandığını ifade etmektedir. Bu şekilde hakem-bilirkişi raporunun, belirsiz bir hukukî kavram olan açıkça hakkaniyete aykırılık veya yanlışlık şeklinde açılan, hakem-bilirkişi raporu iptali davalarından korunacağını belirtmektedir¹⁸⁴². Ancak *Kornblum*, *Rauscher*'in maddî ve usûl hukuku denetimini karıştırdığını, usûl hukuku denetimine tâbi olarak ifade ettiği şeylerin, aynı zamanda maddî hukuk denetimi olarak da ileri sürebileceğini ifade etmiş ve eleştirmiştir. Usûl hukuku denetiminden kasıt, hakem-bilirkişinin vakıa tespitini nasıl bir yöntemle gerçekleştirmesi değil, buradaki kıtas, medenî usûl hukuku temel ilkelerine uyulup uyulmadığıdır¹⁸⁴³. Ayrıca tahkimde hakem kararının içerik olarak denetlenmesi yasak olsa dâhi, bu denetimin kamu düzeni denetimi yoluyla mahkemelerce yapıldığını, aynı şekilde hakem-bilirkişi raporu açısından da içerik denetimi olarak, açıkça hakkaniyete aykırılık veya yanlışlık yerine, sadece kamu düzeni denetiminin yeterli olduğunu savunmaktadır¹⁸⁴⁴.

Wagner, maddî hukuk görüşü savunucularından olmakla birlikte, hakem-bilirkişi raporu açısından bir usûl hukuku denetimini o da savunmaktadır. Ancak bu denetimin, tahkim hükümlerine kıyasen yapılmasının uygun olmadığını, çünkü kamu düzeni denetiminin, açıkça hakkaniyete aykırılık veya yanlışlık denetimini kapsamayan, daha dar bir kavram olduğunu belirtmiştir. Ayrıca hakem kararları

¹⁸⁴² Rauscher, s. 146-147.

¹⁸⁴³ Udo Kornblum, "Bert Rauscher, Das Schiedsgutachtenrecht unter besonderer Berücksichtigung der Regelungen der Praxis des Massenverkehrs, Frakurter Disseratiton, 1969 Schriftum, **KTS 1970/3**, (KTS 1970/3), s. 247.

¹⁸⁴⁴ Kornblum, KTS 1970/3, s. 247-248; Aynı görüşte bkz. Dütz, s. 298; Kornblum, s. 102; Karşılaştırınız Stein, Jonas ve Schloser, s. 42, § vor 1025, Rn. 72.

açısından içerik denetiminin, “*revision au fond*” yasağı sebebiyle mümkün olmadığını belirtmiştir¹⁸⁴⁵.

Usûl hukuku görüşü savunucuları bakımından hâkim görüş, hakem-bilirkişi raporunun hem usûl hem de maddî hukuk denetimine tâbi olması gerektiğidir. Çünkü hakem-bilirkişi raporunun iptali için maddî kontrol olarak, sadece hakkaniyete aykırılık veya yanlışlık kavramı (BGB § 315) yeterli olmayıp açıkça hakkaniyete aykırılık veya (BGB § 317, 319) yanlışlığın (VVG 84, 184) aranması gerekeceğinden, taraflar her durumda hakem-bilirkişi raporunun iptalini sağlayamayacaktır. Ayrıca adil yargılama yapan mahkemeler ve tahkim mahkemesinin, hakem-bilirkişi raporuyla vakıa tespitleri bakımından bağlayıcı olmasının engellenmesi, sadece maddî bir kontrolle düzeltilemez. Bu kontrole ek olarak usûl hukuku denetiminin de olması gerekir. Bu şekilde, tarafların, genel sebep olarak bağımsız usûl ve maddî hukuk şeklinde, iki tane bağlayıcı olmayan sebebi ileri sürülmesi imkânının sağlanması gerektiği savunulmaktadır¹⁸⁴⁶. Diğer yandan usûl hukuku iptal sebepleri, tarafları belirsiz bir hukukî kavram olan, açıkça hakkaniyete aykırılık ve yanlışlığın ispatlanması yönündeki zorluklardan kurtararak, onlara bir ispat kolaylığı sağlayacak ve hakem-bilirkişinin faaliyetinde daha özenli davranmasını da sağlayacaktır¹⁸⁴⁷.

İsviçre hukukunda da İsviçre Medenî Usûl Kanunu yürürlüğe girmeden önce (Zürich ZPO Art. 258) ve sonra da kanun koyucu (SchZPO Art. 189), hem açıkça yanlışlık şeklinde maddî denetimi hem de medenî usûl hukuku temel ilkeleri olan hakem-bilirkişinin tarafsız ve bağımsızlığının sağlanması bakımından, hakem-bilirkişi hakkında ret sebeplerinin gerçekleşmemesi ve hakem-bilirkişinin bir tarafa imtiyaz tanımaksızın hakem-bilirkişi raporunu düzenlenmesini, hakem-bilirkişi raporunun bağlayıcı olmama sebebi şeklinde özel olarak düzenlenmiştir. Bu şekilde maddî ve usûl hukuku sebepleri, bağımsız birer bağlayıcı olmayan sebep olarak, kanunda (Zürich ZPO Art. 258, SchZPO Art. 189) özel olarak düzenlenmiştir¹⁸⁴⁸.

Hukukumuzda da aynı şekilde hakem-bilirkişi raporu açısından açıkça hakkaniyete aykırılık veya yanlışlık şeklinde hem maddî hukuk sebepleri hem de hakem-bilirkişinin tarafsız ve bağımsızlığı gibi usûlî sebeplerin, hakem-bilirkişi

¹⁸⁴⁵ Wagner, s. 668-669; Aynı görüşte bkz. Wittmann, s. 169-171; Kleinschmidt, s. 407-408.

¹⁸⁴⁶ Habscheid, FS Lehmann, s. 807-811; Habscheid, KTS 1957/9, s. 134-136; Sieg, s. 635; Heinrich, s. 234-235; Asmus, s. 154-156; Bachmann, s. 41; Buchdahl, s. 45.

¹⁸⁴⁷ Meyer, s. 115.

¹⁸⁴⁸ Bachmann, s. 41, 106; Angstmann, s. 143; Brosi, s. 267-268.

raporunun bağımsız iptal sebepleri olabileceği ifade edilmiştir. Bu nedenle hakem-bilirkişi raporunun iptalini sağlayan maddî ve usûl hukuku kaynaklı iptal sebepleri aşağıda incelenmeye çalışılacaktır.

2. Maddî Hukuk Kaynaklı İptal Sebepleri

a. Terim Sorunu

Hakem-bilirkişi raporunun iptalinin talep edilebilmesi için hukukumuzda doktrinde, “*açıkça hakkaniyete aykırılık*”¹⁸⁴⁹, “*adalet ve nesafete açıkça aykırılık*”¹⁸⁵⁰, “*açıkça yanlışlık*”¹⁸⁵¹, “*gerçek durumdan önemli ölçüde sapma*”¹⁸⁵² gibi farklı terimler kullanılmakta olup bunların sebepleri ve hangi terimi kullanacağımızı ifade etmeye çalışacağız.

Alman hukukunda, hakem-bilirkişinin yapmış olduğu faaliyete göre, geniş anlamda hakem-bilirkişilik sözleşmeleri olarak da ifade edilen, bir sözleşmedeki edimin belirlenmesi veya sözleşmenin uyarlanması durumunda BGB § 319/I uyarınca, hakem-bilirkişi raporunun açıkça hakkaniyete aykırı olması durumunda, hakem-bilirkişi raporunun iptal edilebileceği düzenlenmiştir. Bu şekilde hakem-bilirkişi raporunun iptali bakımından geniş bir yoruma izin veren açıkça hakkaniyete aykırılık kavramı, Alman hukukundan kaynaklanmakta olup doktrin ve içtihatlar da kullanılmaktadır¹⁸⁵³. Doktrinde öncelikle bu ifadelerin, Roma hukukundan kaynaklanan “*arbitrium boni viri*” ve “*manifesta inequitas*”, şeklinde hakkaniyete uygun karar kavramlarının günümüzdeki yorumundan kaynaklandığı ifade edilmektedir. Ayrıca somut bireysel adalet olarak hakkaniyetin önemine ilişkin hâkim anlayış, Aristoteles'in yorumuna kadar uzanmaktadır. Hakkaniyet, soyut yasanın genelliğinin, bireysel bir davayı değerlendirirken tatmin edici olmayan bir sonuca yol

¹⁸⁴⁹ Hakem-bilirkişi raporunun hukuka ve hakkaniyete (MK m. 4) açıkça aykırı olduğu gerekçesiyle, bu raporun iptali için mahkemede dava açılabilir (Kuru ve Aydın, Usûl El Kitabı, Cilt I, s. 854); Kuru ve Aydın, Usûl Ders Kitabı, s. 337.

¹⁸⁵⁰ Kuru, Usûl Cilt III, s. 2917; Doğanay, Şerh, s. 2952; Konuralp, İptal Davası, s. 173; Hakem-bilirkişi raporlarına karşı, hak ve nesafete açıkça aykırı olmaları durumunda, iptal davası açılabilir (Pekcanıtez, Atalay ve Özkes, Usûl Ders Kitabı, s. 385).

¹⁸⁵¹ Taşpınar, İspat Sözleşmeleri, s. 220; Yıldırım, s. 216.

¹⁸⁵² Yıldırım, s. 217.

¹⁸⁵³ Bu konu hakkındaki açıklamalarımız için bkz. yuk. İkinci Bölüm, II, B, 1.

açtığı durumlarda yasal hukukun bir düzeltilmesini temsil eder¹⁸⁵⁴. Ancak, hakkaniyete dayalı hakem-bilirkişi raporunun yazılması, bir sonucun değil, birden fazla sonucun gerçekleşebileceği bir durum ortaya çıkarır. Bu durumda, hakem-bilirkişi takdir hakkını kullanarak, taraflar için en uygun olanı hakkaniyete göre belirleyerek sonucuna karar verecektir. Doktrinde bu durum, hakem-bilirkişinin tarafsız ve bağımsızlığını zedeleyeceği için eleştirilmektedir¹⁸⁵⁵. Diğer yandan, hakem-bilirkişinin vakıa tespit faaliyeti veya sözleşmedeki belirsizlikleri açıkladığı dar anlamda hakem-bilirkişilik faaliyetleri bakımından, BGB § 317-319 hükümleri kıyasen uygulanmaktadır. Çünkü hakem-bilirkişi bu faaliyetinde, bilimsel yöntemler kullanmakta ve altlama faaliyeti gerçekleştirerek, vakıa tespitinde bulunduğundan, açıkça hakkaniyete aykırılık değil, açıkça yanlışlık ifadesi doktrinde ve içtihatlarda kullanılmaktadır. Aynı şekilde sigorta hukukunda da açıkça yanlışlığın, diğer bir ifadesi olan gerçek durumdan önemli ölçüde sapma veya farklı olması terimi (VVG § 84) kullanılmaktadır¹⁸⁵⁶.

İsviçre hukukunda, hakem-bilirkişinin sözleşmeye ilişkin edim belirleme ve uyarılama şeklinde görevi kabul edilmese dâhi, açıkça hakkaniyete aykırılık ifadesi, İsviçre hukukunu da etkilemiş, bu kavram değiştirilerek, keyfi (willkürliches), açıkça haksız (offenbar ungerechtes) veya doğrudan aynı şekilde içtihatlarda kullanılmıştır¹⁸⁵⁷. Ancak, Alman hukukundaki gibi hakem-bilirkişinin kendi takdirine göre (nach freiem bleiben BGB § 319/II), sözleşmeye ilişkin edim belirleyeceği durumu, İsviçre kanunlarında ve doktrininde düzenlenmemiş ve bu kavram kullanılmamıştır¹⁸⁵⁸. İsviçre hukukunda hem İsviçre Medenî Usûl Kanunu'nun öncesi (Zürich ZPO Art. 258) hem de sonrası (SchZPO Art. 189) dönemde, hakem-bilirkişi raporunun iptali bakımından, açıkça hakkaniyete aykırılık ifadesi yerine, açıkça yanlışlık ifadesi kullanılmıştır¹⁸⁵⁹.

¹⁸⁵⁴ Maus, s. 102-103.

¹⁸⁵⁵ Habscheid, FS Lehmann, s. 808-810; Rauscher, s. 70-71; Maus, s. 54-55.

¹⁸⁵⁶ Bu konu hakkındaki açıklamalarımız için bkz. yuk. İkinci Bölüm, II, B, 3.

¹⁸⁵⁷ BGE 71 II 294, 67 II 146; SVA VIII 224; BIZR Bd. 40,106 (Bachmann, s. 106).

¹⁸⁵⁸ Bachmann, s. 19.

¹⁸⁵⁹ Bachmann, s. 41, 106; Angstmann, s. 143; Brosi, s. 267-268.

Hukukumuzda da hakem-bilirkişi raporunun iptal sebebi için açıkça hakkaniyete aykırılık veya adalet ve nesafete açıkça aykırılık¹⁸⁶⁰ şeklinde kavramlar kullanılmaktadır. Ancak hukukumuzda, Alman hukukundaki gibi, hakem-bilirkişinin sözleşmeye ilişkin edim belirlediği veya uyarlama şeklinde bir faaliyeti yoktur. Hakem-bilirkişinin tek bir görevi bulunmakta olup taraflar arasındaki çekişmeli vakıanın tespiti. Hakem-bilirkişinin görevi, bir vakıa tespiti olduğundan, vakıanın tespitinde, vakıanın doğru veya yanlış tespit edilmesi şeklinde kavramların kullanılması gerekmektedir. Bir vakıanın, hakkaniyete uygun veya değil şeklinde bir ifadenin kullanılması söz konusu olmayıp bu ifade sadece hakem-bilirkişinin sözleşmeye ilişkin bir edim belirlemesi şeklinde, kendisine takdir hakkı tanınması durumunda söz konusu olabilecektir¹⁸⁶¹. Bu nedenle, hakem-bilirkişi somut olaya göre, yani hakkaniyete göre bir değerlendirmede bulunmamakta, onun yerine hakem-bilirkişi bilimsel yöntemlerle vakıa tespit faaliyetinde bulunmaktadır. Bu ayrımı dikkate alan Alman kanun koyucusu da sigorta hukukunda zararın tespitinde, hakem-bilirkişi raporunun iptali için açıkça hakkaniyete aykırı olması durumunda iptal edileceği ifadesi yerine, açıkça yanlışlığın diğer bir nitelendirilmesi olan gerçek durumundan önemli ölçüde sapma veya farklı olması durumunda, hakem-bilirkişi raporunun iptal edileceğini düzenlemiştir¹⁸⁶².

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 433. maddesinin üçüncü fıkrasında, hakem veya hakem kurulunun, ancak tarafların açıkça yetkili kılınmış olmaları şartıyla hakkaniyet ve nesafet kurallarına göre veya dostane çözüm yoluyla karar verebilecekleri düzenlenmiştir. Aynı şekilde taraflar, irade özerkliğini kullanarak, hakem-bilirkişiye açıkça yetkili kılmak şartıyla, hakem-bilirkişinin hakkaniyet ve nesafet kurallarına göre veya dostane çözüm yoluyla, hakem-bilirkişi raporu düzenlenmesini kararlaştırabilirler. Bu durumda, hakem-bilirkişi, raporunu hakkaniyete göre hazırladığından, hakem-bilirkişi raporu açıkça hakkaniyete aykırılık sebebiyle iptal edilebilir. Ancak diğer durumlarda, hakem-bilirkişi raporunu,

¹⁸⁶⁰ Umar'a göre, hakem-bilirkişi raporlarının hak ve nesafete açık bir biçimde aykırı olması halinde, iptal edilebileceğine ilişkin görüşü savunan yazarların Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu döneminde bu görüşe ilişkin bir gerekçe gösteremediklerini, ancak Hukuk Muhakemeleri Kanunu döneminde, bunun gerekçesinin Kanun'un 193. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen, ispat hakkının kullanımını imkânsız kılan veya fevkalâde güçleştirmesi, olduğunu ifade etmiştir (Umar, Şerh, s. 592-593).

¹⁸⁶¹ Bachmann, s. 107; Asmus, s. 158.

¹⁸⁶² Bachmann, s. 108.

hakkaniyete göre değil, bilimsel kurallar temelinde hazırlandığından, hakem-bilirkişi raporu, açıkça yanlışlık durumunda iptal edilebilecektir.

Hukukumuzda, hakem-bilirkişi raporu bakımından, sigorta genel şartlarının ilk hâlinde, hakem-bilirkişi raporlarının kesin olduğu ve ona karşı bir itirazın mümkün olmadığı düzenlenmiştir. Ancak sonradan İsviçre hukuku esas alınarak, sigorta genel şartlarında, hakem-bilirkişi raporlarının, aşikâr (açık) bir şekilde gerçeklere aykırı olması hâlinde, itiraz şeklinde iptalinin mümkün olduğu düzenlenmiştir. Ancak böyle bir kayıt olmadığı zamanlarda dâhi, Yargıtay¹⁸⁶³ iyi niyet kurallarına aykırı olduğu veya açık bir şekilde gerçeklere ters düştüğü durumlarda, iddia eden tarafından ispatlanması durumunda, hakem-bilirkişi raporunu iptalini mümkün kılmaktaydı¹⁸⁶⁴. Sigorta genel şartlarına ilişkin sonraki düzenlemelerde de nitekim “*aşikâr olarak hakiki durumdan önemli şekilde farklı olması*”¹⁸⁶⁵ veya “*tespit edilen zarar miktarının gerçek durumdan önemli şekilde farklı olması*”¹⁸⁶⁶ kavramları kullanılmıştır. Bu nedenle, hakem-bilirkişi raporunun iptal sebebine ilişkin terim olarak, açıkça yanlışlık veya bu ifadenin diğer bir söyleyiş şekli olan, hakem-bilirkişi raporunun gerçek durumunda önemli ölçüde farklı olması (sapması) kavramını kullanacağız.

b. Hakem-Bilirkişi Raporunun Gerçek Durumdan Önemli Ölçüde Farklı Olması

Hakem-bilirkişi raporunun iptalinin istenebilmesi için sigorta hukukunda açıkça yanlışlık ifadesinin, diğer bir ifadesi olan, hakem-bilirkişi raporunun gerçek durumdan önemli ölçüde farklı olması (VVG § 84, 189) terimi genelde kullanılmaktadır. Doktrinde bu kavramdan yola çıkılarak, hakem-bilirkişi raporunun iptalinin istenebilmesi için hakem-bilirkişi raporunun gerçek durumdan farklı olması ve bu farklılığın önemli ölçüde olması aranmakta olup bu iki şart birlikte karşılanması

¹⁸⁶³ Yargıtay HGK 5.5. 1965 gün ve 1965/198 ve 1.6.1978 gün ve 1978/394 sayılı kararı, Yargıtay TD 5.5.1 1959 gün ve 1959/1306 sayılı 12.1.1968 gün ve 1968/175 sayılı kararı, 12.10.1978 gün ve 1970/1290 sayılı kararı, 19.1.1971 gün ve 1971/235 sayılı kararı, 2.6.1971 gün ve 1971/4386 sayılı kararı, 17.6.1971 gün ve 1971/4678 sayılı kararı 10.1.1972 gün ve 1972/1306 sayılı kararı (Arseven, s. 131, dn. 2).

¹⁸⁶⁴ Arseven, s. 131.

¹⁸⁶⁵ Bkz. İnşaat SGŞ (Bütün Riskler) B.2 g fıkrası; Makine Kırılması SGŞ madde 13 g fıkrası; Montaj SGŞ madde 14 g fıkrası örnek olarak verilebilir.

¹⁸⁶⁶ Bkz. Yangın SGŞ B.4 maddesi; Yangına Bağlı Kar Kaybı SGŞ B.5 maddesi; Hırsızlık SGŞ B.3 maddesi örnek olarak verilebilir.

durumunda, hakem-bilirkişi raporu iptal edilebilecektir. Bu şekilde farklılığın boyutu, hakem-bilirkişi raporunun iptali için önem kazanacaktır¹⁸⁶⁷.

aa. Raporun Gerçek Durumdan Farklı Olması

Hakem-bilirkişi raporunun iptal edilebilmesi için ilk şart, hakem-bilirkişi tarafından yapılan vakıa tespitiyle, gerçek durum arasındaki farklılık şeklinde vakıa tespitinin yanlış tespit edilmesidir. Hakem-bilirkişi raporu açısından genel sonuç, hakem-bilirkişi raporunun yanlış olması için belirleyicidir. Bu nedenle tek tek değer kalemlerinin yanlış değerlendirilmesi, diğer değer kalemlerindeki sapmalarla telafi edilirse, bu durum hakem-bilirkişi raporunun iptal edilmesi için yeterli olmayacaktır. Ancak yanlış değerlendirilen veya hiç değerlendirilmeyen münferit değerlendirme kalemleri çok önemli ve yüksek değere sahipse, artık bu hatanın telafisi gerçekleşemeyecektir¹⁸⁶⁸.

Hakem-bilirkişi raporunun iptaline ilişkin mahkeme tarafından değerlendirme yapılırken, sadece hakem-bilirkişiye sunulan bilgi ve belgelerin esas alınması gerekmekte olup mahkeme açısından, hakem-bilirkişi raporunu değerlendirme anındaki durum belirleyicidir. Taraflar hakem-bilirkişilik sürecinde teslim etmediği bilgi ve belgeleri sonradan ibraz ederek, hakem-bilirkişi raporunun gerçek durumdan farklı olduğunu, dürüstlük kuralına aykırılık teşkil ettiği için ileri süremeyecektir¹⁸⁶⁹.

Hakem-bilirkişi raporunun gerçek durumdan farklı olması için hakem-bilirkişinin kusuru da gerekli değildir. Hakem-bilirkişinin kusuru, sadece hakem-bilirkişinin sorumluluğuna gidebilmesi için bir şarttır. Bu nedenle hakem-bilirkişinin hiçbir kusuru söz konusu olmasa dâhi, hakem-bilirkişi raporunun gerçek durumdan farklı olması ve hakem-bilirkişi raporunun iptali söz konusu olabilir¹⁸⁷⁰.

Wittmann, hakem-bilirkişi raporunun gerçek durumdan farklı olmasına ilişkin vakıa gruplarını dörde ayırmıştır. Bunlardan ilki, yanlış değerlendirme yönteminin seçilmiş olmasıdır. Hakem-bilirkişi sözleşmede öngörülen değerlendirmeye ilişkin şartları yanlış değerlendirmiştir. Bu durum aynı zamanda sözleşmenin de içeriğinin

¹⁸⁶⁷ Heinrich, s. 237; Wittmann, s. 90; Yıldırım, s. 215-216.

¹⁸⁶⁸ Heinrich, s. 238; Yıldırım, s. 216.

¹⁸⁶⁹ Heinrich, s. 236-237; Asmus, s. 156; Bachman, s. 109; Yıldırım, s. 216; BGH VersR 1978, 121 (124) (Heinrich, s. 237, dn. 595).

¹⁸⁷⁰ Heinrich, s. 237; Asmus, s. 161; Bachmann, s. 107.

dikkate alınmaması durumuyla eş değerdir. İkincisi, hakem-bilirkişi raporunun test edilebilir bir hesaplama standart verilerine raporunda yer vermemesidir. Bu durumda hakem-bilirkişinin belirlenen sonuca nasıl ulaştığının belirsiz olması durumu şeklinde, hakem-bilirkişi raporunun yeterli gerekçe içermemesi durumu söz konusudur. Üçüncüsü, sözleşmenin içeriğinin yanlış değerlendirilmesi şeklinde genel bir sebepten kaynaklı olabilir. Son olarak dördüncüsü, hakem-bilirkişinin yanlış olgusal varsayımlar üzerinde sonuca gitmesidir. Bu şekilde hakem-bilirkişi temel değerlendirme faktörlerini göz ardı etmekte bu durum, hakem-bilirkişinin vakıyı yanlış tespit etmesine yol açmaktadır¹⁸⁷¹.

bb. Farklılığın Önemli Ölçüde Olması

Hakem-bilirkişi raporunun sadece gerçek durumdan farklı olması, hakem-bilirkişi raporunun iptali için yeterli değildir. Aynı zamanda bu farklılığın derecesinin önemli ölçüde olması gerekir. Sigorta genel şartlarında tanımlanmayan önemlilik kavramı, doktrin ve Alman Federal Mahkemesi kararlarına göre, hakem-bilirkişi raporunun yanlış olması ile keyfilik (Willkür) arasında bir ara aşama olarak tanımlanmaktadır¹⁸⁷².

Hakem-bilirkişi özellikle değerlendirme sorunlarıyla karşı karşıya kaldığında, sınırlı ölçüde bir takdir yetkisi mevcuttur. Bu nedenle hakem-bilirkişi raporu ile mahkeme bilirkişisinin raporu arasında farklılıkların çıkması doğaldır, ancak bunların önemli ölçüde olmaması gerekir. Nitekim yanlışlığın önemli ölçüde olması, tarafların hakem-bilirkişi raporunun doğruluğuna ilişkin menfaatleriyle, hakem-bilirkişi raporunun çekişmeli vakıa hakkında uyuşmazlığı engelleyici olması yönündeki menfaatlerde denge sağlamaktadır. Bu şekilde, sınırlı doğruluk kontrolü, hakem-bilirkişi raporunun iptal edilmesini zorlaştırmakta, bu nedenle önemli ölçüde yanlışlık

¹⁸⁷¹ Wittmann, s. 91-92; Heinrich, s. 238; Hakem-bilirkişi raporunun gerçek durumdan farklı olmasına ilişkin örnekler olarak, sigorta genel şartlarının hatalı yorumlanması nedeniyle yanlış değerlendirme yönteminin seçilmesi, hakem-bilirkişi raporunda, malın alım fiyatının esas alınması gerekirken satış fiyatının esas alınması, zarar ve/veya tazminat tutarının hesaplanması için zorunlu olan defter ve belgelerin hiç veya gereği gibi incelenmemesi verilebilir (Yıldırım, s. 216).

¹⁸⁷² BGH, NJW 1958, 2067, 2068; BGH WM 1968, 307, 308 (Wittmann, s. 90); Maus, s. 255.

içermeyen hakem-bilirkişi raporlarına ilişkin dava açılmasına ilişkin engel oluşturmaktadır¹⁸⁷³.

Taraflar hakem-bilirkişi raporunun, hangi oranda farklı olması durumunda önemli olacağına ilişkin sözleşmede bir oran öngerebilirler. Ancak taraflar bu hususa ilişkin özel bir şart düzenlemedilerse hâkim somut olaydaki tüm şartları dikkate almak suretiyle önemlilik şartının yerine gelip gelmediğini tespit ve takdir edecektir¹⁸⁷⁴.

Karşılaştırmalı hukukta, hakem-bilirkişi raporunun iptal edilebilmesi için gerekli olan önemlilik unsuru açısından farklı oranlar bulunmaktadır. Mahkeme söz konusu farklılığın tespitinde, hakem-bilirkişi raporunun düzenlendiği tarih esas alarak değerlemesini yapmaktadır. Bu nedenle, hakem-bilirkişi raporunun düzenlenmesinden sonra meydana gelen değişimler ve tarafların daha önce sunmadıkları bilgi ve belgeler iptal davasında dikkate alınmayacaktır¹⁸⁷⁵. Ancak hakem-bilirkişinin, tarafların sunmasına rağmen dikkate almadığı veya tarafların mücbir sebeple sunamadığı delilleri mahkeme kullanabilir. Çünkü hakem-bilirkişi, bütün bilgi araçlarını kullanma ve hakem-bilirkişi raporunu buna göre hazırlamak zorundadır¹⁸⁷⁶. Mahkemenin hakem-bilirkişi raporunda farklılığın belirlenmesi açısından, sigorta ettirenin zenginleşme yasağı ve diğer yandan sigortacının yükümlülüklerini kısmen yerine getirmesi arasındaki dengeyi dikkate alarak karar vermesi gerekir¹⁸⁷⁷.

Alman mahkeme kararlarında, mahkeme bilirkişisi tarafından belirlenen miktarla, hakem-bilirkişi veya hakem-bilirkişiler tarafından tespit edilen tutar arasındaki farklılığın, %15'ten az olmasını, mahkemeler önemlilik şartını gerçekleştirmediği sebebiyle reddederken¹⁸⁷⁸, %20-25 oranındaki farklılık durumunda, bu farklılığın önemli olduğuna karar vermektedir¹⁸⁷⁹. Ancak doktrinde farklılık oranlarının belirtilmesinin yanlış olduğunu, çünkü ortaya çıkan farkın mutlak boyutu değil, göreceli boyutunun esas alınması gerektiği savunulmaktadır. Örneğin,

¹⁸⁷³ Wittmann, s. 89; Heinrich, s. 238; Asmus, s. 158; Bachmann, s. 109; Angstmann, s. 143; Brosi, s. 268; Açıkça hakkaniyete aykırılık ve yanlışlık kavramlarının Anayasa'ya aykırı olduğu, bunun yerine salt hakkaniyete aykırılık veya yanlışlık (BGB § 315) kavramının kullanılması gerektiğine ilişkin azınlık görüşü hakkında bkz. Dütz, s. 256, 267-268.

¹⁸⁷⁴ Yıldırım, s. 217.

¹⁸⁷⁵ Heinrich, s. 236-237; Asmus, s. 156; Bachman, s. 109; Yıldırım, s. 216; BGH VersR 1978, 121 (124) (Heinrich, s. 237, dn. 595); Yıldırım, s. 217.

¹⁸⁷⁶ Meyer, s. 140-141; Angstmann, s. 144; Brosi, s. 269.

¹⁸⁷⁷ Heinrich, s. 240.

¹⁸⁷⁸ BGH vom 01.04.1987, VersR 1987, 601 (Sieveking, s. 126, dn. 694).

¹⁸⁷⁹ BGH Urt. v. 26.04.1991, NJW 1991, 2761 (2762); BGH Urt. v. 28.09.1964, NJW 1964, 2401 (Maus, s. 111, dn. 570); Heinrich, s. 239-240.

küçük hasar durumunda 5000 TL’lik sapma önemli olabilirken, büyük hasar durumunda 5000 TL’lik değer herhangi bir önem ifade etmez¹⁸⁸⁰. Bu durum, oransal belirlemenin yetersiz olduğunu açıkça ortaya koymaktadır. Bu nedenle, mahkeme bireysel vakıanın özelliklerini dikkate alarak, karar vermesi gerekir. Ancak diğer yandan, bu oranlar poliçe sahiplerine büyük ölçüde eşit davranılmasını ve hukuk devletinde belirlilik ilkesi yönünden kılavuz vazifesi görür¹⁸⁸¹. Bu oransal belirlemeler, sadece hasarın miktarının belirlendiği, hakem-bilirkişilik sözleşmelerinde geçerlidir. Ancak hakem-bilirkişi sadece hasar tespit etmemekte, bir vakıa tespiti yapmakta olduğu rakamsal belirlemenin önem arz etmediği durumlarda, mahkeme, somut bireysel vakıanın özelliklerine göre, hakem-bilirkişi raporunun, açıkça yanlış olup olmadığına karar vermesi gerekir¹⁸⁸².

İsviçre mahkeme kararlarında da hakem-bilirkişi raporunun mahkeme bilirkişisi tarafından belirlenen miktarla, hakem-bilirkişi veya hakem-bilirkişiler tarafından tespit edilen tutar arasında, %5’lik veya %15’lik bir fark olması durumunda, hakem-bilirkişi raporunun iptal edilemeyeceğine karar vermiştir¹⁸⁸³. Ancak hakem-bilirkişi raporunun sonucu ile gerçek durum arasındaki %20 veya %25 fark olması durumunda, bu fark önemli kabul edilmektedir¹⁸⁸⁴. Ancak doktrinde, bu oransal belirlemenin yanlış olduğu, özellikle belli bir yüzde tutarsızlığına ilişkin oran verilemeyeceği, önemli olan somut olayın özellikleri olduğu ifade edilmektedir¹⁸⁸⁵.

Hukukumuzda Yargıtay’ın bu konuda vermiş olduğu bir kararda, “Dava, hakem-bilirkişi raporunun iptaline ilişkindir. Davalı tarafından düzenlenen Endüstriyel Yangın Sigorta Poliçesi’nde davacıya ait işyerinde meydana gelebilecek yangın risklerine karşı yabancı para (USD) bazında teminat verilmiş olup, davacı ve 3. hakem-bilirkişiler sigorta tazminatını yabancı paraya tahvil etmişlerdir. (143.190 Ü 4.555 R 147.745 USD olarak) Her ne kadar taraflar arasındaki Sigorta Poliçesi Genel Şartları’nın B-4 maddesinde, hakem-bilirkişi kararlarına ancak, tespit edilen zarar miktarının gerçek durumdan önemli şekilde farklı olması durumunda itiraz

¹⁸⁸⁰ Heinrich, s. 238-239.

¹⁸⁸¹ Heinrich, s. 240.

¹⁸⁸² Asmus, s. 159.

¹⁸⁸³ HGerZH, ZR 93 (1994) Nr. 34 E. 6.5 (Pelli, s. 224, dn. 951); Bundesgericht SVA VIII 187 und Schwyzer Kantonsgericht in SVA VIII 216 (Bachmann, s. 108, dn. 21).

¹⁸⁸⁴ BGE 129 III 535 E. 2.2 (Pelli, s. 224, dn. 950); Angstmann, s. 145; Brosi, s. 269.

¹⁸⁸⁵ Angstmann, s. 145; Brosi, s. 270.

edilebileceği kabul edilmiş ise de, somut olaydaki risk tarihi, hasarın niteliği, paranın satın alma gücü gibi kıstaslar nazara alındığında, gerek TL ve gerekse USD bazında hakem-bilirkişi raporları arasında % 19,90'lık farkın önemli olduğunun kabul gerekir¹⁸⁸⁶”, şeklinde karar vermiştir. Karşılaştırmalı hukukta olduğu gibi, Yargıtay da kararında, hakem-bilirkişi raporunun gerçek durumdan %19,90'luk oranında farklı olmasını önemli olarak kabul etmiştir.

c. Hakem-Bilirkişilik veya Hakem-Bilirkişi Sözleşmelerinin Geçersiz Olması

Taraflar aralarındaki asıl sözleşmeye ilişkin, çekişmeli bir vakıanın tespitinin, hakem-bilirkişi aracılığıyla çözüleceğine ilişkin bir hakem-bilirkişilik sözleşmesi kurmaktadır. Ayrıca bu taahhütlerinin sonucunda, bir hakem-bilirkişi atarlar ve hakem-bilirkişiyle de aralarında hakem-bilirkişi sözleşmesini kurarlar. Bu şekilde, hakem-bilirkişi raporu, tespit edilen vakıayla sınırlı olmak üzere, tarafları ve mahkemeyi bağlamaktadır. Öncelikle, hakem-bilirkişi raporunun geçerliliği, taraflar arasındaki asıl sözleşme ve tarafların hakem-bilirkişi atayacaklarına dair hakem-bilirkişilik sözleşmesine bağlı olup olmadığı incelenecektir. Daha sonra hakem-bilirkişinin taraflarla kurduğu hakem-bilirkişi sözleşmesinin veya hakem-bilirkişi raporu hazırlarken, hakem-bilirkişinin maruz kaldığı irade bozukluğu hâllerinin, hakem-bilirkişi raporunun iptaline neden olup olmadığı incelenecektir.

aa. Asıl veya Hakem-Bilirkişilik Sözleşmesi Açısından Geçersizlik

Hakem-bilirkişilik sözleşmesinin amacı, asıl sözleşmedeki (Hauptvertrags) çekişmeli vakıanın tespiti olup üçüncü kişi olarak hakem-bilirkişi, tarafları ve mahkemeyi bağlayıcı bir vakıa tespitinde bulunur. Bu nedenle, hakem-bilirkişilik sözleşmesi ve buna bağlı olarak hakem-bilirkişi raporu, asıl sözleşmenin geçerliliğine bağlıdır. Bu şekilde, asıl sözleşmenin geçersiz olması hâlinde, hakem-bilirkişilik sözleşmesi ve hakem-bilirkişi raporu da geçersiz hâle gelecektir. Çünkü asıl sözleşme

¹⁸⁸⁶ Yargıtay 11. HD., E. 2001/2770; K. 2001/4675, T. 24.5.2001 (Kazancı İçtihat-Bilgi Bankası, E.T. 22.10.2024); Kararın eleştirisi hakkında bkz. Yeşilırmak, Hakem-Bilirkişi, s. 726-727.

ilişkinin yokluğunda, tarafların asıl sözleşmedeki çekişmeli olan vakıaları tespit etmesine artık gerek kalmayacaktır¹⁸⁸⁷. Aynı şekilde ana sözleşme geçerli olsa dâhi, eğer hakem-bilirkişilik sözleşmesi geçersiz olursa, hakem-bilirkişi raporunun meşruiyetinin kaynağı hakem-bilirkişilik sözleşmesi olduğundan, hakem-bilirkişi raporu yine geçersiz sayılacaktır¹⁸⁸⁸.

Karşılaştırmalı hukuk ve hukukumuzda, hakem-bilirkişi raporunun iptaline yönelik açılan davalarda veya hakem-bilirkişi raporunun ifasına yönelik açılan eda davasında, taraflar dava veya cevap dilekçelerinde, asıl sözleşmenin veya hakem-bilirkişilik sözleşmelerinin geçersiz olduğunu genelde ileri sürmekte ve bu şekilde hakem-bilirkişilik kurumunun uygulanmasını engellemekte veya hakkını kötüye kullanmaktadır¹⁸⁸⁹.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 422. maddesinin birinci fıkrasında, tahkim mahkemesinde, hakem veya hakem kurulu, tahkim sözleşmesinin mevcut veya geçerli olup olmadığına ilişkin itirazlar da dâhil olmak üzere, kendi yetkisi hakkında karar verebilir. Bu karar verilirken, bir sözleşmede yer alan tahkim şartı, sözleşmenin diğer hükümlerinden bağımsız olarak değerlendirilir. Hakem veya hakem kurulunun asıl sözleşmenin hükümsüzlüğüne karar vermesi, tahkim sözleşmesinin kendiliğinden hükümsüzlüğü sonucunu doğurmayacağı düzenlemiştir¹⁸⁹⁰. Ancak hakem-bilirkişinin, tahkim mahkemesindeki hakemden farklı olarak, hukukî ilişkinin geçerli olup olmadığı hakkında, bir tespitte bulunma özelliği bulunmadığından, bir kompetenz-kompetenz yetkisi yoktur. Bu nedenle asıl sözleşmenin geçerli olup olmadığına ilişkin hakem-bilirkişi bir tespitte bulunamaz¹⁸⁹¹.

Alman hukukunda uygulamada özellikle ulusal veya uluslararası mal satımlarında, ana sözleşmenin geçerli olup olmadığı hususunda, meydana gelebilecek itirazları engellemek amacıyla, tahkim ve hakem-bilirkişilik sözleşmesi birlikte kurulmaktadır. Bu şekilde, hakem, asıl sözleşmenin geçerli olup olmadığına ilişkin itirazları, karara bağlayarak süreçteki kopmalar engellenmektedir¹⁸⁹².

¹⁸⁸⁷ Bachmann, s. 63; Kisch Schiedsmann, s. 24. Rauscher, s. 191; Angstmann, s. 92; Maus, s. 98; Meyer, s. 42.

¹⁸⁸⁸ Rauscher, s. 271; Angstmann, s. 92; Bachmann, s. 63; Maus, s. 205.

¹⁸⁸⁹ Angstmann, s. 92-93; Rauscher, s.191.

¹⁸⁹⁰ Kuru ve Aydın, Usûl Ders Kitabı, s. 700; Pekcanıtez, Atalay ve Özkes, Usûl Ders Kitabı, s. 622.

¹⁸⁹¹ Rauscher, s. 192; Angstmann, s. 92.

¹⁸⁹² Rauscher, s. 192.

Rauscher, tahkim ve hakem-bilirkişilik sözleşmesinin birlikte imzalanması, tarafları büyük masraflara yol açmakta olduğunu ifade etmektedir. Diğer yandan, hakem-bilirkişi, asıl sözleşmenin geçerli olup olmayacağı hakkında tespitte bulunamayacağından, tarafların bu konuda tahkime veya mahkemeye gitmeleri gerekecektir. Bu durum, hakem-bilirkişi raporunun kısa sürede düzenlenmesine engel teşkil etmektedir. Bu nedenle, tarafların asıl sözleşmenin geçersiz olduğu itirazlarına rağmen, hakem-bilirkişi vakıa tespitine devam etmeli ve sonuçlandırmalıdır. Asıl sözleşmenin geçersizliğini ileri süren taraf, bu itirazını hakem-bilirkişi raporunun iptali davasında ileri sürmelidir. Ancak burada da hakem-bilirkişinin bir yanlış hukukî tespitinden kaynaklı, hukukî sorumluluğu söz konusu olabileceğinden, tarafların iddialarının sağlam temellere dayanıp dayanmadığının incelemesi gerekir. Eğer, tarafların iddiaları sağlam temele dayanıyorsa, hakem-bilirkişilik prosedürünü durdurmalı ve bu konuda asıl sözleşmenin geçerli olup olmadığına ilişkin taraflardan, açıklama talep etmesi gerekir. Tarafların açıklamalarına göre hakem-bilirkişi, hakem-bilirkişi raporunu düzenleyip düzenlemeyeceğine, karar vermesi gerekir¹⁸⁹³.

Angstmann, ana sözleşmenin geçersizliğini ileri süren taraf, bu konuda işbirliği yapmayı da reddederek, hakem-bilirkişinin atanmasını engelleyebileceğini belirtmektedir. Bu durumda, ana sözleşmenin geçerli olup olmadığı şeklinde, hukukî ön sorun hakkında, karar verilme zorunluluğu ortaya çıkar. Ancak bu durum, bir yargılama gerektirmesi şeklinde, uzun bir zaman geçmesi sebebiyle hakem-bilirkişilik sözleşmesinin amacına aykırıdır. Bu nedenle her türlü, ana sözleşmenin geçerli olduğu varsayılmalıdır. Ancak tarafın sonradan, ana sözleşmenin geçersizliğine ilişkin iddiasına izin verilmeli ve bu durum hakem-bilirkişilik maliyetleri paylaştırılırken göz önünde tutulması gerektiğini belirtmektedir¹⁸⁹⁴.

¹⁸⁹³ Rauscher, s. 261.

¹⁸⁹⁴ Angstmann, s. 92-93.

bb. Hakem-Bilirkişi Sözleşmesi veya Hakem-Bilirkişinin İrade Bozukluğu Hâllerine Maruz Kalması Açısından Geçersizlik

Taraflar hakem-bilirkişiyi atasalar da hakem-bilirkişi görevi kabul etmek zorunda değildir. Bu nedenle taraflarla hakem-bilirkişi arasında bir hakem-bilirkişi sözleşmesi kurulması gerekir. Hakem-bilirkişi sözleşmesinin geçersiz olması, hakem-bilirkişi raporuna etki etmeyecektir. Hakem-bilirkişi raporunun geçerliliği, sadece ana sözleşme veya hakem-bilirkişilik sözleşmesine bağlıdır. Hakem-bilirkişilik ve hakem-bilirkişi sözleşmeleri açısından, taraflar iki sözleşmeyi şarta bağlı kılmadığı süreç, birbirinden bağımsız sözleşmelerdir. Hakem-bilirkişi sözleşmesinin geçersiz olması, hakem-bilirkişilik sözleşmesi ve hakem-bilirkişi raporuna etki etmeyecek olup taraflar bu nedenle yeni hakem-bilirkişi seçebileceklerdir¹⁸⁹⁵.

Diğer bir durum olarak, hakem-bilirkişi, hakem-bilirkişi raporunu hazırlarken, irade bozukluğu hâlleri olan, hata, hile ve tehdit hâllerine maruz kalmış ve hakem-bilirkişi raporunu bu etkilerle yazmış olabilir. Bu durumda hakem-bilirkişi raporunun iptal edilip edilemeyeceği doktrinde tartışmalıdır.

Alman hukukunda, bu konuda BGB § 318/II hükmünde doğrudan düzenleme vardır. Hükümde, hakem-bilirkişinin irade sakatlığı hâlleri olan hata, hile ve tehdit durumlarına maruz kalarak oluşturduğu hakem-bilirkişi raporunun iptali düzenlenmiştir. Ancak hakem-bilirkişi, hakem-bilirkişi raporundan etkilenmediğinden, bu iptal etme hakkı hakem-bilirkişiye değil, hakem-bilirkişilik sözleşmesinin taraflarına verilmiřtir¹⁸⁹⁶. Diğer yandan, hakem-bilirkişi, kendisi hakkında sorumluluk davasını açılmasını engellemek amacıyla ve hakem-bilirkişi sözleşmesinden kaynaklı sadakat ve bilgilendirme yükümlülüğünün sonucu olarak, taraflara, hata, hile ve tehdit hâllerine uğradığını bildirme yükümlülüğü vardır¹⁸⁹⁷. Bu şekilde, hakem-bilirkişilik sözleşmesinden olumsuz etkilenen taraf, hakem-bilirkişinin hata, hile ve tehdit hâllerine maruz kaldığını ve iradesinin sakat olduğunu öğrendiğinde, hemen itirazını geręekleřtirmelidir¹⁸⁹⁸. Burada ayrıca düzenlemede hakem-bilirkişinin edim belirlemesinden itibaren, taraflara itiraz etmek için, irade

¹⁸⁹⁵ Meyer, s. 48; Bongartz, s. 30.

¹⁸⁹⁶ Maus, s. 88; Heinrich, s. 228.

¹⁸⁹⁷ Heinrich, s. 228.

¹⁸⁹⁸ Heinrich, s. 229.

bozukluğu hâllerindeki (BGB § 123, 124) bir yıllık süreden farklı olarak, otuz yıllık bir süre (BGB § 318/II) düzenlenmiştir¹⁸⁹⁹.

Doktrinde, hakem-bilirkişinin, hakem-bilirkişi raporunu hazırlarken hata, hile veya tehdit hâllerine maruz kalması durumunda, hakem-bilirkişi raporunun sonucunun zaten açıkça yanlışlık içereceği ifade edilmektedir. Ancak bu durumda, taraf ister hakem-bilirkişi raporunun açıkça yanlış olduğunu isterse de hakem-bilirkişinin hata, hile ve tehdit hâllerine uğradığını iddia ederek, hakem-bilirkişi raporunun iptal ettirebileceği şeklinde, taraflara seçimlik hak verdiği ifade edilmektedir. Bu şekilde taraflar açısından, açıkça yanlışlık ve irade bozukluklarının birbirleriyle yarışan seçimlik hak olduğu ifade edilmektedir¹⁹⁰⁰.

İsviçre hukukunda bu konuda, hakem-bilirkişinin, hakem-bilirkişi raporu hazırlarken irade bozukluğu hâlleri olan hata, hile veya tehdit hâlleriyile karşılaştığı durumda ne olacağına ilişkin bir düzenleme yoktur.

Brosi, hakem-bilirkişinin irade bozukluğu hâlleri olarak hata, hile ve tehdit hâllerine uğradığı durumda, her ne kadar kanun koyucu, bu durumu düzenlemese dâhi, İsviçre Borçlar Kanunu'nun 23. maddesinde irade bozukluğu hâllerinin düzenlendiği hükümlerin kıyasen uygulanmasını gerekeceğini savunmaktadır. Aynı şekilde hakem-bilirkişinin hata, hile ve tehdit hâllerine maruz kaldığında, hakem-bilirkişi raporu zaten açıkça yanlış olacaktır. Ancak irade bozukluğunun, açıkça yanlışlık kriterinden farklı olarak, ayrı bağımsız bir bağlayıcı olmayan sebep olarak da ileri sürülmesinin mümkün olması gerektiğini ifade etmektedir. Özellikle, bu durum hakem-bilirkişinin irade bozukluğu hâllerine uğradığı, ancak hakem-bilirkişi raporunun açıkça yanlış olmadığı durumlarda önem kazanacaktır. Dolayısıyla, doktrinde taraflara bu konuda seçimlik hak yetkisinin sağlanması ve bu durumun kanunî bir düzenleme olarak düzenlenmesi tavsiye edilmektedir¹⁹⁰¹.

d. Hakem-Bilirkişinin Yetki Sınırlarını Aşması

Hakem-bilirkişi, tarafların hakem-bilirkişilik veya hakem-bilirkişi sözleşmesinde kararlaştırmış olduğu, yetki sınırları içinde görevli olup sadece bu

¹⁸⁹⁹ Maus, s. 88.

¹⁹⁰⁰ Sieg, s. 318; Heinrich, s. 228-229; Sieveking, s. 119-120.

¹⁹⁰¹ Brosi, s. 283-286; Bachmann, s. 109.

hususlarda, hakem-bilirkişi raporu tarafları ve mahkemeyi bağlar¹⁹⁰². Hakem-bilirkişinin yetkilerini aşıp aşmadığı konusunda, sözleşmeyi yorumlama kurallarına göre mahkemece karar verilmesi gerekir (TBK m. 19/I)¹⁹⁰³. Taraflar bu noktada, hakem-bilirkişinin yetkisini sonradan sözleşmeyle genişletebilir. Ancak hakem-bilirkişi, böyle bir sözleşme olmaksızın yetkisini aşarsa, yetkisini aştığı kısım her iki tarafça kabul edilmezse, bağlayıcı değildir¹⁹⁰⁴. Çünkü hakem-bilirkişilik sözleşmesinin zorunlu unsurlarından biri de hakem-bilirkişinin hangi vakıayı tespit edeceğinin, ispat sözleşmesinde belirlilik ilkesi gereğince açıkça yazılmasıdır¹⁹⁰⁵.

Taraflar, hakem-bilirkişiye verilen görevler bakımından sorun çıkmaması için tahkim yargılamasında hakeme verilen, görev belgesi (Terms Of Reference) şeklinde bir belge verebilirler. Dolayısıyla taraflar, hakem-bilirkişi atandıktan sonra tarafların ve hakem-bilirkişinin imzaladığı, hakem-bilirkişi sözleşmesinin içeriği ve nasıl bir usûl izleyeceğine ilişkin şartlarının da yer aldığı görev belgesini, hakem-bilirkişiye verilebilir¹⁹⁰⁶. Görev belgesi, Milletlerarası Ticaret Odası tarafından ilk kez milletlerarası tahkim hizmetine sunulmuş ve tahkimdeki yargılamanın daha hızlı ve verimli bir şekilde ilerlemesi şeklinde, usûl ekonomisine hizmet eden, içeriği taraflar ve hakemlerce birlikte düzenlenip imzalanan bir belgedir¹⁹⁰⁷. Görev belgesinin düzenlenmesiyle hakemlerin hangi konular hakkında karar verecekleri, tahkim ve hakem sözleşmesinden sonra bir kez daha güncellenmiş olacağından¹⁹⁰⁸, yetki aşımı riski de bertaraf edilmiş olacaktır. Bu belge sayesinde, hakemlerin görev ve yetkilerinin kapsam ve sınırları belirlenmekte ve hakemin yetkileri dışında kalan bir meselenin görüşülüp karara bağlanması engellemektedir. Tahkim yargılamasında büyük önem arz eden görev belgesi, hakem-bilirkişinin vakıa tespitleri bakımından da önem arz edecek ve hakem-bilirkişinin yetki sınırı dışında kalan bir vakıa tespitinde

¹⁹⁰² Rauscher, s. 271; Bachmann, s. 67; Kuru, Usûl Cilt III, s. 2914-2916; Yeşilırmak, Hakem-Bilirkişilik, s. 729.

¹⁹⁰³ Bachmann, s. 68.

¹⁹⁰⁴ Bachmann, s. 68; Brosi, s. 296; Pelli, s. 222.

¹⁹⁰⁵ Bachmann, s. 68.

¹⁹⁰⁶ Kendall, Freedman ve Farrell, s. 159.

¹⁹⁰⁷ Şanlı, s. 335-336; Yeşilırmak, Öneri, s. 101-102; Mustafa Serdar Özbek, **Tahkim Hukuku Cilt II**, Yetkin Yayınları, Ankara 2022, (Tahkim Cilt II), s. 1308.

¹⁹⁰⁸ Görev belgesinin düzenlenmesi diğer yandan, zaman kaybına yol açabilmekte, özellikle kötü niyetli taraflarca tahkimi geciktirmek için kullanılabilir. Örneğin, tarafın görev belgesini imzadan kaçınması durumunda ne olacağı kanunda düzenlenmiş değildir. Bu sebeple, birkaç tahkim kurumu dışında görev belgesi düzenlenmesi genel kabul görmüş bir uygulama da değildir (Yeşilırmak, Öneri, s. 102); Özbek, Tahkim Cilt II, s. 1318.

bulunmasını engelleyecektir. Nitekim hakem de tahkim anlaşması dışında bir konuya karar verirse, tahkim anlaşması kapsamında olan konuların, tahkim anlaşması kapsamında olmayan konulardan ayrılması mümkün olduğu takdirde, hakem kararının sadece tahkim anlaşması kapsamında olmayan konuları içeren bölümü iptal edilebilir (HMK m. 439/III, MTK m. 15A/ (2)). Ayrıca hakemin talepten fazlaya hükmetmesi de hakem kararının bir iptal sebebidir. Örneğin, tahkim yargılamasında, davacı talep etmediği hâlde, hakemlerin faize hükmetmiş olması durumu bir iptal sebebi oluşturmaktadır¹⁹⁰⁹. Yargıtay da bir kararında, inşaat sözleşmesinden kaynaklanan bir uyuşmazlıkta işin belirli bir bölümünün yapılması davacı tarafından talep edilmemiş olmasına rağmen, hakemin kararında işin bu bölümüne ilişkin kısmı için de davalının tazminat ödemesine karar veren hakem kararını iptal etmiştir¹⁹¹⁰.

Hakem-bilirkişinin yetki aşımı yapması¹⁹¹¹ durumunda da aynı şekilde Yargıtay kararlarına göre, hakem-bilirkişi raporunun tamamının iptaline değil, sadece yetki aşımı yapmış olduğu kısımların geçersiz sayılmasına karar verilmektedir¹⁹¹². Dolayısıyla hakem-bilirkişinin yetki aşımı yapmadığı kısımlar bakımından, hakem-bilirkişi raporu geçerliliğini korumaktadır.

3. Usûl Hukuku Kaynaklı İptal Sebepleri

Hakem-bilirkişinin, taraflarla yapmış olduğu, hakem-bilirkişi sözleşmesinden, vekâlet sözleşmesi hükümlerine kıyasen, maddî hukuktan kaynaklı yükümlülüğü, doktrinde kabul edilmektedir¹⁹¹³. Ancak bizim de kabul ettiğimiz görüş doğrultusunda, hakem-bilirkişi, bir yargılama faaliyetinde bulunmadığı için adil yargılanma

¹⁹⁰⁹ Yeşilırmak, Öneri, s. 126.

¹⁹¹⁰ Yargıtay 15. HD., E. 2006/5196, K. 2006/6790, T. 23.11.2006 (Yeşilırmak, Öneri, s. 126, dn. 403).

¹⁹¹¹ “Olayda sigorta mukavelesinin akdinden önce ve sonra dolu yağdığı iddia edilmiştir. Hakem bilirkişiler her hangi bir zararı değil, sigorta sözleşmesinin kapsamına giren zararı tespit edeceklerdir.” (Yargıtay 11. HD., E. 1974/110, K. 1974/386, T. 8.2.1974) (Kazancı İçtihat-Bilgi Bankası, E. T. 22.10.2024).

¹⁹¹² TD. E. 1965/580, K. 1965/1272, T. 5.4.1965 (Yeşilırmak, Hakem-Bilirkişilik, s. 729, dn. 148); Yargıtay 11. HD., E. 2000/9633, K. 2000/9263, T. 24.11.2000 (Kazancı İçtihat-Bilgi Bankası, E.T. 10.10.2024); “Hakem-bilirkişi raporunun, yangın sigortası genel şartlarına göre, sadece, yangından kaynaklanan hasara ilişkin tespitler yapabileceği ve hasarın teminat içinde veya dışında kaldığına ilişkin tespitler yapamayacağı sonucuna varıldığından.” (Yargıtay 11. HD., E. 1990/5246, K. 1990/5637, T. 21.9.1990 (Ulaş, Uygulamalı Sigorta, s. 247); Aynı yönde karar için bkz. Yargıtay 11. HD., E. 1993/1267, K. 1994/419, T. 27.1.1994 (Kazancı İçtihat-Bilgi Bankası, E.T. 22.10.2024).

¹⁹¹³ Bu konu hakkındaki açıklamalarımız için bkz. yuk. Üçüncü Bölüm, V, A.

ilkelerinin, hakem-bilirkişiye uygulanıp uygulanmayacağı doktrinde tartışmalıdır. Karşılaştırmalı hukuk ve hukukumuzda, doktrin ve mahkeme kararlarında, bu sebeplerin bağımsız bir hakem-bilirkişi raporu iptal sebebi olup olmayacağı tartışmalı olup farklı yorumlanmıştır. Bu nedenle, öncelikle doktrindeki görüşler ve daha sonra mahkeme kararları örnek olarak verilerek, usûl hukuku iptal sebepleri incelenmeye çalışılacaktır.

a. Hakem-Bilirkişinin Tarafsız ve Bağımsız Olmaması

Hakem-bilirkişinin tarafsız ve bağımsız olması, doktrinde tartışmalı bir olmakla birlikte, doktrinde hâkim görüş, hakem-bilirkişinin tarafsız ve bağımsız olması gerektiğini savunmaktadır. Hakem-bilirkişilik veya hakem-bilirkişi sözleşmesinde, hakem-bilirkişinin tarafsızlık ve bağımsızlığı hakkında açık bir hüküm olmasa dâhi, bu zımni bir koşul olup hakem-bilirkişi tarafsız ve bağımsız olmak zorundadır. Bu nedenle tarafların, hakem-bilirkişiyi seçerken, tarafsız ve bağımsız kişilerden seçmesi gerekir¹⁹¹⁴.

Hakem-bilirkişi öncelikle sadakat yükümlülüğünün sonucu olarak hakem-bilirkişi seçildiğinde, tarafsızlık ve bağımsızlığına şüphe oluşturacak hususları açıklamakla yükümlüdür¹⁹¹⁵. Ayrıca, tarafların da hakem-bilirkişinin tarafsızlığı ve bağımsızlığı hakkında, araştırma yapma hakkı vardır. Ancak isterlerse, hakem-bilirkişi tarafından açıklanan durumlara inanıp araştırma yapmama hakları da vardır. Taraflardan biri, hakem-bilirkişinin tarafsızlığı ve bağımsızlığı hakkında bir araştırma yapmak isterse, bunu gecikmeksizin yapmak zorundadır. Taraf, araştırma sonucu elde ettiği bilgileri de derhâl hakem-bilirkişiye bildirmekle yükümlüdür¹⁹¹⁶. Hakem-bilirkişi tarafsızlık ve bağımsızlığını şüphe oluşturacak durumları, taraflara iletmiş ve taraflar bunları bilmelerine rağmen, hakem-bilirkişiye görev vermeleri durumunda, doktrine göre hakem-bilirkişinin tarafsız ve bağımsızlığı hakkında, zımni bir kabul vardır¹⁹¹⁷. Bu nedenle, taraflar hakem-bilirkişi hakkında ret sebeplerini öğrenmelerine rağmen, bunları hakem-bilirkişiye bildirmezse, mahkemede daha sonra açılan hakem-

¹⁹¹⁴ Habschied, FS Laufke, s. 314-315; Rauscher, s. 213-214; Kornblum, s. 103; Dütz, s. 250; Schlosser, Schiedsgutachten, s. 4; Heinrich, s. 91.

¹⁹¹⁵ Meyer, s. 109; Angstmann, s. 100; Brosi, s. 160, 215.

¹⁹¹⁶ Angstmann, s. 101.

¹⁹¹⁷ Meyer, s. 70, 91, 155; Angstmann, s. 100-101; Brosi, s. 215.

bilirkişi raporunun iptali davasında, hakem-bilirkişinin tarafsız ve bağımsız olmamasını iptal sebebi olarak ileri süremezler. Çünkü, bu durum hakkın kötüye kullanılması teşkil etmektedir¹⁹¹⁸.

Günümüzde, tacirler bakımından, hakem-bilirkişinin hızlı bir vakıa tespitinde bulunabilmesi için daha önceden vakıa hakkında bilgisi olan kişileri, genel işlem şartı şeklinde olmaksızın, bireysel bir sözleşmeyle seçmelerine izin verilmektedir. Bu durumda, hakem-bilirkişinin raporu hazırlarken, tarafsız ve bağımsız olması, taraflara eşit davranması ve hakem-bilirkişi raporunun sonuç kontrolü olarak, açıkça hakkaniyete aykırılık veya yanlışlık denetimi yapılarak, hakem-bilirkişinin tarafsız ve bağımsız kişilerden seçilmemesine ilişkin olumsuz sonuçlar engellenmeye çalışılır¹⁹¹⁹.

İsviçre hukukunda, İsviçre Medenî Usûl Kanunu dönemi öncesi (Zürich ZPO Art. 258) ve sonrasında, hakem-bilirkişinin tarafsız ve bağımsız olmaması, hakem-bilirkişi raporunun bağımsız bir iptal sebebidir. Çünkü kanun koyucu hakem-bilirkişi raporunun bağlayıcı olmasının ön şartı olarak, hakem-bilirkişi hakkında ret sebeplerinin gerçekleşmemiş (SchZPO Art. 189/III-b) olması ve hakem-bilirkişi raporunun bir tarafa imtiyaz göstermeksizin (SchZPO Art. 189/III-c) oluşturulmasını düzenlemiştir. Aynı şekilde, hakem-bilirkişinin öncelikle tarafsızlık ve bağımsızlığını zedeleyecek hususları açıklama yükümlülüğü vardır. Taraflar da isterlerse bu konuda araştırma yapabilir. Gelecekte açılacak hakem-bilirkişi raporu iptal davasında, tarafların hakem-bilirkişi raporunu iptal edebilmeleri için hakem-bilirkişinin tarafsızlık ve bağımsızlığından şüphe duyulmasını gerektirecek durumun öğrenilmesi durumunda, bu hususu derhâl karşı taraf ve hakem-bilirkişiye bildirmesi gerekir. Aksi durum, hakem-bilirkişinin tarafsızlık ve bağımsızlığı hakkında, zımnî kabul olarak yorumlanmaktadır. Hakem-bilirkişi, bu durumda kendiliğinden çekilebilir, ancak hakem-bilirkişi kendiliğinden çekilmezse, taraflar hakem-bilirkişi raporunun sonucunu bekleyerek, mahkemede hakem-bilirkişi raporunun iptalini gerçekleştirebilecekleri doğrudan kanunî düzenlemeyle (SchZPO Art. 189/III-b) sağlanmıştır¹⁹²⁰.

Alman hukukunda mahkeme kararlarında, hakem-bilirkişilik sözleşmesinin hukukî niteliği, bir maddî hukuk tespit sözleşmesi şeklinde nitelendirildiğinden,

¹⁹¹⁸ Meyer, s. 155; Angstmann, s. 100-101; Brosi, s. 215-216.

¹⁹¹⁹ Meyer, s. 70; Stieglmeier, s. 94-95; Kendall, Freedman ve Farrell, s. 134.

¹⁹²⁰ Angstmann, s. 100-101; Brosi, s. 215-216.

hakem-bilirkişi raporunun usûl hukuku iptal sebepleri kural olarak dikkate alınmaz. Bu nedenle, mahkemeler hakem-bilirkişinin tarafsız ve bağımsız olmamasını, hakem-bilirkişi raporunun iptali için bağımsız bir sebep olarak görmeyip bu durumun hakem-bilirkişi raporunun sonucunu etkilemesi durumuna bağılı bir sebep olarak görmektedir¹⁹²¹. Ancak mahkemeler, tek hakem-bilirkişi veya üçüncü hakem-bilirkişi bakımından, tarafsızlık ve bağımsızlık şartları açısından daha katı kriterler aramaktadır¹⁹²². Bu durumlarda dâhi, mahkeme tek hakem-bilirkişi tarafından verilen hakem-bilirkişi raporunun iptali yerine, sadece bir tarafa bağılı olarak düzenlenmiş hakem-bilirkişi raporunun, bir uzman görüşü olarak nitelendirilmesine karar vermiştir¹⁹²³. Bu nedenle taraflar, farklı yöntemlere başvurmakta, hakem-bilirkişinin tarafsız ve bağımsızlığına ilişkin şüphe duymaları durumunda, öncelikle hakem-bilirkişinin reddini sağlamak için talepte bulunmakta, hakem-bilirkişinin bu durumda, çekilmemesi durumunda, hakem-bilirkişi sözleşmesini haklı sebeple (BGB § 626) feshetmektedirler¹⁹²⁴.

Hukukumuzda, doktrinde, sigorta genel şartlarında hakem-bilirkişinin sadece uzmanlık yoksunluğu sebebiyle itirazı düzenlense de hakem-bilirkişinin tarafsızlık ve bağımsızlığını engelleyen bir durum olması durumunda da itiraz hakkının tanınması gerektiğı ifade edilmektedir. Hakem-bilirkişinin reddine ilişkin, kanunî bir hüküm olmaması sebebiyle, tahkim hükümlerinin kıyasen, hakem-bilirkişilere uygulanması gerektiğı hukukumuzda da savunulmaktadır¹⁹²⁵. Çünkü hakem-bilirkişi veya hakem-bilirkişiler de normal bilirkişilerde olduğı gibi, davanın taraflarına oranla, üçüncü kişi durumunda olmalı, yani tarafsız olmaları gerekir. Taraflardan birine bağılı olan kişi veya kurulların hakem-bilirkişi olarak seçilmesi, hakem-bilirkişinin tarafsız ve bağımsız olmasına aykırılık teşkil etmektedir. Bu nedenle taraflara bağılı hakem-bilirkişi raporlarının, mahkemeyi bağlayıcı nitelikte olmaması gerekir¹⁹²⁶.

Yargıtay'ın hakem-bilirkişinin tarafsız ve bağımsızlığına ilişkin yerleşmiş bir görüşü bulunmamaktadır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararında, Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesindeki Kat'î Kabul Komisyonu'nu, komisyonun üyeleri, taraflardan

¹⁹²¹ BGH vom 03.11.1995, NJW 1996, 452, 454 (Sieveking, s. 131, dn. 725).

¹⁹²² Sieveking, s. 85; OLG Schleswig vom 28.10.1953, VersR 1954, 506 (Sieveking, s. 85, dn. 384).

¹⁹²³ BGH vom. 06.06.1994, NJW-RR 1994, 1314, 1315 (Sieveking, s. 94, dn. 458).

¹⁹²⁴ BGH vom 05.12.1979, DB 1980, 967, 968 (Sieveking, s. 92, dn. 444); Meyer, s. 69, 155.

¹⁹²⁵ Kuru, Usûl Cilt III, s. 2907; Cantaymaz, s. 86; Yeşilırmak, Hakem-Bilirkişilik, s. 715.

¹⁹²⁶ Kuru, Usûl Cilt III, s. 2907.

birisi olan devlete karşı bağımsız durumda olmamasına rağmen, bağlayıcı kabul etmiştir¹⁹²⁷. Yargıtay'ın diğer kararlarında da davacı idare belediyenin, hakem-bilirkişi sıfatıyla kira bedelini belirlemesi¹⁹²⁸, davada taraf olan fabrikanın elemanlarının, hakem-bilirkişi sıfatıyla unun kontrolünü tespit etmesini bağlayıcı saymıştır¹⁹²⁹.

Kuru, doktrinde bu kararların, hakem-bilirkişinin tarafsız ve bağımsızlığını ihlâl etmesine rağmen, mahkeme kararlarında bu durumlarda hakem-bilirkişi raporunun iptal edilmemesini eleştirmektedir¹⁹³⁰. Doktrinde bu kararlara yapılan eleştiriler sonrası Yargıtay daha sonraki vermiş olduğu kararlarında hakem-bilirkişinin tarafsız ve bağımsızlığına önem vermiş ve hakem-bilirkişi raporlarının bağlayıcı olmadığına karar vermiştir. Yargıtay bir kararında, *“Özellikle sözleşme eklerinde bulunan yapı işleri genel şartnamesinin 20’nci maddesi delil sözleşmesi niteliğinde olup bu maddeye göre taraflar fiyatı belli olmayan işlerde fiyatın davalı kurumun bünyesinde oluşturulacak bir kurul tarafından tespitini kabul etmişlerse de hakem bilirkişi müessesesi niteliğinde olan bu hükmün işlerliği bulunmamaktadır. Çünkü çıkacak bir ihtilafın bir tarafın adamları eliyle halledilmesini öngören bir hüküm hakem-bilirkişilik müessesesinin tarafsız olması gereğine ters düşmektedir. Normal bilirkişilerde olduğu gibi hakem-bilirkişiler de davanın taraflarına oranla üçüncü kişi durumunda olmalı, yani tarafsız kişilerden seçilmelidir. Taraflardan birine bağlı olan kişilerin hakem bilirkişi olarak kararlaştırılması taraflar arasındaki eşitlik ilkesine aykırıdır. Bu nedenle bu gibi hakem-bilirkişilerin raporlarının mahkemeyi bağlayıcı niteliği bulunmamaktadır.”*¹⁹³¹.

¹⁹²⁷ YHGK, 4.7. 1973, T. 405-599 (İKİD 1973/155, s. 2372-2374); YHGK 4.10.1967, T/ 826-430 (Kuru, Usûl Cilt III, s. 2907-2908, dn. 59).

¹⁹²⁸ Yargıtay 4. HD., E. 1967/8076, K. 1967/10223, T. 18.12.1967 (Kuru, Usûl Cilt III, s. 2904, dn. 49).

¹⁹²⁹ Yargıtay 15. HD., E. 1978/2069, K. 1978/273, T. 16.2.1978 (Kuru, Usûl Cilt III, s. 2904, dn. 51).

¹⁹³⁰ Kuru, Usûl Cilt III, s. 2904-2908.

¹⁹³¹ Yargıtay 15. HD., E. 1990/2283, T. 18.5.1990 (Kuru, Usûl Cilt III, s. 2907, dn. 57a); *“Sözleşmenin malın ilk muayenesi sonucunda verilecek karara karşı öngördüğü itiraz mekanizması usulüyle, inceleme sonunda verilecek komisyon kararının etki ve mahiyeti delil sözleşmesi niteliğindedir. İtiraz muayenesini yapan komisyonun taraflardan birinin bünyesinde çalışan kişilerden oluştuğu gözetildiğinde bağımsızlık ve tarafsızlık unsurunu taşımayan kişilerin hakem bilirkişi ve bu delil sözleşmesinin de münhasır delil sözleşmesi olarak değerlendirilemeyeceği açıktır. Bu nedenle hâl böyle olunca Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen ve aynı yöne işaret eden bozma kararına uymak gerekirken, hiçbir inceleme ve değerlendirme yapılmaksızın salt itiraz muayenesi raporunun kesin olduğu, aksinin iddia edilemeyeceği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır.”* (Yargıtay HGK, E. 2017/13-691, K. 2021/534, T. 29.4.2021) (Kazancı İçtihat-Erişim Bilgi Bankası, E.T. 22.10.2024); *“... davacının elemanı olup taraflardan birine bağlı olan kişinin hakem bilirkişi olarak kararlaştırılması taraflar arasındaki eşitlik ilkesine aykırı olduğundan bu kişinin düzenlediği raporunun mahkemeyi bağlayıcı niteliği*

b. Hakem-Bilirkişinin Taraflara Eşit Davranmaması

Hakem-bilirkişinin tarafsız ve bağımsız olması sadece seçilirken değil, hakem-bilirkişilik prosedürü ve hakem-bilirkişi raporu verilmesi anına kadar devam etmesi gerekir. Bu nedenle hakem-bilirkişinin taraflara eşit davranması yükümlülüğü, hakem-bilirkişinin tarafsız ve bağımsız olmasının, hakem-bilirkişilik prosedüründe nasıl uygulanması gerektiğini ifade eden ve hakem-bilirkişinin tarafsız ve bağımsız olmasına hizmet eden bir ilkedir¹⁹³². Hakem-bilirkişinin uyması gereken ilkeler bakımından, mukayeseli hukuk olarak, Kıta Avrupası, Anglo-Sakson hukukunda, kabul edilen tek ilke, hakem-bilirkişinin taraflara eşit davranmasıdır¹⁹³³. Hakem-bilirkişi hızlı rapor verilebilmesi için tacirler bakımından, bireysel sözleşmeyle taraflarla iş ilişkisi içinde olan kişiler arasından seçilebilmesi mümkün olsa dâhi, hakem-bilirkişi taraflara eşit davranmak zorundadır¹⁹³⁴.

Taraflar, aralarındaki çekişmeli vakıyyla bağlayıcı tespitin yapılmasını, bir maddî hukuk sözleşmesiyle üçüncü kişiye devrederek, hakem-bilirkişi raporunun denetimini sağlayan maddî kontrol gerekliliklerine ek olarak, her iki sözleşme tarafı arasındaki güç dengesinin garanti altına alınmasını isterler¹⁹³⁵. Taraflar arasındaki güç dengesinin korunması amacıyla üçüncü taraf olarak hakem-bilirkişinin taraflara eşit davranması zorunludur. Sözleşmeye ilişkin adaletin temeli, sözleşme taraflarının sözleşmeye ilişkin prosedürlere eşit olarak katılımının sağlanmasıyla olmaktadır. Bu yönüyle sözleşme koşullarında eşitlik, sözleşme adaletinin vazgeçilmez bir parçasıdır. Bu nedenle, hakem-bilirkişi, bir tarafa hukukî dinlenilme hakkı tanıyorsa, diğer tarafa da aynı ölçüde hukukî dinlenilme hakkı tanımalıdır. Burada önemli olan hakem-bilirkişinin taraflara bu imkânı sağlaması olup tarafın bu imkânı kullanıp kullanmaması önemsizdir. Bu şekilde taraflara eşit davranılması, hakem-bilirkişinin

bulunmadığı ve bu halde ayıbın varlığı ile niteliğinin kanıtlanamamış olması sebebiyle sonucu itibariyle red kararı doğru olduğundan” (Yargıtay 15. HD., E. 2014/152, K. 2014/1681, T. 11.3.2014) (Kazancı İçtihat-Erişim Bilgi Bankası, E.T. 22.10.2024).

¹⁹³² Stiegelmeier, s. 102.

¹⁹³³ Brosi, s. 228; Sieveking, s. 316-317; Borowsky, s. 100.

¹⁹³⁴ Stiegelmeier, s. 103, 104, 120.

¹⁹³⁵ Doktrinde de bu konuda sözleşmede güç dengesinin diğer taraf lehine düzenleneceğine ilişkin bir kayıt olmadığı sürece, şüphe halinde hakem-bilirkişinin taraflara eşit davranma yükümlülüğü olduğunu savunmaktadır. Ancak taraflar isterlerse, bir tarafın güçsüz olması gibi özel durumlarda, bir taraf lehine güç dengesizliği, bu prosedür sayesinde düzeltilmesi sağlanır; ancak böyle bir düzenleme için tarafların açıkça mutabakata vararak, bunu sözleşmede düzenlemeleri gereklidir (Stiegelmeier, s. 102).

tarafsız ve bağımsız olmasına hizmet eder ve hakem-bilirkişi açısından bir yükümlülüktür. Hakem-bilirkişinin taraflara eşit davranmaması mahkeme içtihatlarında, tek taraflı hakem-bilirkişi raporu (Einseitigen Schiedsgutachten) olarak ifade edilmektedir. Tek taraflı hakem-bilirkişi raporu, hakem-bilirkişinin, hakem-bilirkişi raporunu sadece bir taraftan gelen bilgi ve belgelere dayanarak hazırlaması, yalnızca bir tarafla iletişim hâlinde olması veya sadece bir tarafa hukukî dinlenilme hakkının tanınması olarak gerçekleşmektedir¹⁹³⁶.

İsviçre hukukunda, hakem-bilirkişinin taraflara eşit davranma yükümlülüğü konusunda bir tartışma yoktur. Çünkü İsviçre Medenî Usûl Kanunu yürürlüğe girmeden önce (Zürich ZPO Art. 258) ve sonraki dönemde, hakem-bilirkişi hakkında ret sebeplerinin gerçekleşmemesi ve hakem-bilirkişi raporunun tek taraflı bir rapor şeklinde düzenlenmemesi, hakem-bilirkişi raporunun bağlayıcılığının ön şartı olarak düzenlenmiştir¹⁹³⁷. Ayrıca taraflara eşit davranma, tarafların belirli katılım haklarının hakem-bilirkişinin eşit muamele gerekliliğinden ve hakem-bilirkişinin özen yükümlülüğünden kaynaklandığı ifade edilmektedir. Taraflar anlaşma olmadığı sürece, hangi bilgi ve belgeleri, hakem-bilirkişiye sunacaklarında serbesttirler. Hakem-bilirkişi de özen yükümlülüğü nedeniyle tarafların sunmuş olduğu bilgi ve belgeleri görmezden gelemeyecektir. Ayrıca hakem-bilirkişi eşit davranma yükümlülüğünün gereği olarak, aksine bir anlaşma olmadığı sürece, bir tarafça verilen bilgi ve belgeleri, diğer tarafa da sunması gerekecektir¹⁹³⁸.

c. Hakem-Bilirkişinin Taraflara Hukukî Dinlenilme Hakkı Tanımaması

Hukukî dinlenilme hakkı, Anayasa'da düzenlenmiş adil yargılanma hakkının (Anayasa m. 36) bir unsuru olan, hakkaniyete uygun yargılanmanın gerçekleşmesini sağlayan temel yargısal bir haktır¹⁹³⁹. Hukukî dinlenilme hakkı, yargılama ile ilgili olarak bilgi sahibi olunmasını, açıklama ve ispat hakkını ve mahkemenin açıklamaları dikkate alarak, değerlendirmesini ve kararların somut ve açık olarak gerekçelendirilmesini içerir (HMK m. 27/II). Hukukî dinlenilme hakkı, sadece devlet

¹⁹³⁶ Stieglmeier, s. 102.

¹⁹³⁷ Bachmann, s. 74; Brosi, s. 129; Angtsmann, s. 98.

¹⁹³⁸ Angtsmann, s. 127, Rn. 264.

¹⁹³⁹ Pekcanıtez, Hukukî Dinlenilme Hakkı, s. 784-785; Özkes, Hukukî Dinlenilme Hakkı, s. 125-126; Çiftçi, İspat Hakkı, s. 138-139.

yargılamalarında değil, aynı zamanda tahkim mahkemesi tarafından yapılan özel yargılamalarda da aynı öneme sahiptir¹⁹⁴⁰. Nitekim bu hakka uyulmama, kanun koyucu tarafından doğrudan hakem kararı iptal sebebi olarak düzenlenmiştir (HMK m. 439/II-f). Ancak hakem-bilirkişi bir yargılama faaliyeti yapmamakta olup sadece çekişmeli vakıaların tespiti şeklinde tarafları ve mahkemeyi bağlayıcı hakem-bilirkişi raporu düzenlemekte olduğundan, hakem-bilirkişi hakkında hukukî dinlenilme hakkının uygulanıp uygulanmayacağı tartışmalıdır.

Hukukî dinlenilme hakkının bir unsuru olan bilgilenme hakkı bakımından, hakem-bilirkişilik prosedürlerinde herhangi bir sorun olmadığı, tarafların nasıl bilgilenmek istediklerine ilişkin sözleşmede hüküm koyabileceklerini, bu nedenle tarafların mahkeme yargılamalarındaki resmî tebligat yoluyla bilgilendirmelerinin, tahkim hükümlerinde olduğu gibi, hakem-bilirkişilik açısından da zorunlu olmadığı ifade edilmektedir. Dolayısıyla taraflar hangi yöntemi seçeceklerini serbestçe kararlaştırabilirler¹⁹⁴¹. Ancak mutlaka her iki tarafında hakem-bilirkişi raporu hakkında bilgilenmiş olması gerekir, aksi durum hakem-bilirkişi raporunun iptal edilmesine yol açar¹⁹⁴². Hakem-bilirkişi raporunun gerekçeli olması hususu da hukukî dinlenilme hakkının bir unsuru olan, mahkemenin açıklamaları dikkate alarak, değerlendirmesini ve kararların somut ve açık olarak gerekçelendirilmesine ilişkin olsa da doktrinde hakem-bilirkişi raporunun gerekçeli olması hususu, bağımsız olarak incelendiğinden, ilerde ayrı bir başlıkta incelenmeye çalışılmıştır¹⁹⁴³.

Hakem-bilirkişinin, tarafların hukukî dinlenilme hakkına riayet etmesi gerektiğine ilişkin bir kanunî düzenleme olmadığından, doktrinde ve mahkeme kararlarında en tartışmalı husus, hukukî dinlenilme hakkının, diğer bir unsuru olan

¹⁹⁴⁰ Özekes, Hukukî Dinlenilme Hakkı, s. 222; Kuru ve Aydın, Usûl Ders Kitabı, s. 710; Pekcanitez, Atalay ve Özekes, Usûl Ders Kitabı, s. 624; Pekcanitez, Atalay ve Özekes, Usûl Hukuku, s. 1086; Özbek, Tahkim Cilt II, s. 1998.

¹⁹⁴¹ Rauscher, s. 270; Asmus, s. 142; Heinrich, s. 211; Meyer, s. 116.

¹⁹⁴² “Dava konusu olayda, (hakem-bilirkişi) ‘lerin zarar ve ziyarı isbat hususunda delillerini bildirmesi zımında davacı sigortalıya herhangi bir tebligat yapılmadan keyfiyeti bir tutanakla tesbit ettikten sonra dağıldıkları anlaşılmaktadır. Bu durumda (hakem-bilirkişi) ‘lerin tetkikata dayanan ve tarafları bağlayıcı ve zarar miktarını belirten bir kararlarından söz etmeye imkân olmadığı gibi, bir an için, bu zaptın karar mahiyetinde olduğu kabul edilse bile yine poliçenin yukarıda değinilen 16/6 fıkrası hükmü icabı tarafların genel hükümler dairesinde bu raporun iptâli için mahkemeye başvurmaları mümkün bulunmaktadır” (Yargıtay TD. E. 1971/6123, K. 1972/40, T. 10.1.1972 (Doğanay, Şerh, s. 2953-2954, dn. 54.)

¹⁹⁴³ Bu hususta bkz. aşağı. Dördüncü Bölüm, III, B, 2, d.

açıklama ve ispat hakkı şeklinde hakem-bilirkişinin, taraflara açıklama hakkı verip vermemesidir.

Alman hukukunda, maddî hukuk savunucularından oluşan doktrinde bir görüş, hakem-bilirkişilik kurumunun düzenlendiği hükümler olan, BGB § 317-319 ve VVG 84, 189 hükümlerinde, hakem-bilirkişinin hukukî dinlenilme hakkı verme yükümlülüğüne ilişkin kanunî bir hüküm bulunmadığından, hakem-bilirkişi taraflara hukukî dinlenilme hakkı tanımak zorunda olmadığını belirtmektedir. Ancak taraflar sözleşmeyle, hakem-bilirkişinin taraflara hukukî dinlenilme hakkı vereceğine ilişkin düzenleme yaptıkları durumda, hakem-bilirkişi taraflara hukukî dinlenilme hakkını tanınması gerekir¹⁹⁴⁴. Ayrıca hakem-bilirkişinin taraflara hukukî dinlenilme hakkı sağlaması, hakem-bilirkişilik sürecini yavaşlatmakta ve daha maliyetli hâle getirmektedir. Bu durum hakem-bilirkişiliği, tahkime yakınlaştırmakta ve hakem-bilirkişiliği daha az çekici hâle getirdiği için reddedilmektedir. Nitekim hakem-bilirkişilik, tahkimden daha esnek ve daha düşük resmî gereklilikler olduğu için tercih edilmektedir. Özellikle salt teknik veya bir malzemenin kalitesine ilişkin sorunların değerlendirilmesi söz konusu olduğunda, taraflara hukukî dinlenilme hakkının tanınmasının faydasının da düşük olacağı ifade edilmektedir¹⁹⁴⁵. Alman Federal Mahkemesi bir kararında, hakem-bilirkişinin taraflara hukukî dinlenilme hakkı vermek zorunda olmadığı, çünkü hakem-bilirkişi raporunun açıkça hakkaniyete aykırılık ve yanlışlık yönünden denetlendiği ve bu durumun taraflara yeterli koruma sağladığına karar vermiştir¹⁹⁴⁶. Federal mahkeme diğer kararlarında da hakem-bilirkişinin hukukî dinlenilme hakkı açısından, her iki tarafa da aynı düzeyde hukukî dinlenilme hakkı tanınması veya taraflardan hiçbirine hukukî dinlenilme hakkı tanınamaması şeklinde, bir yükümlülüğü olduğuna karar vermiştir¹⁹⁴⁷.

Doktrinde usûl hukuku görüşü savunucularından bizim de katıldığımız diğer bir görüş, hakem-bilirkişilik sözleşmeleri arasında ayırım yaparak, tarafların çekişmeli vakıa tespitlerine ilişkin tespit yaptığı, dar anlamda hakem-bilirkişilik sözleşmeleri

¹⁹⁴⁴ Weismann, AcP 72, s. 267,287; Kisch, Schiedsmann, s. 88; Wangner, s. 53; Eckert, s. 26, 44; Gernhuber, s. 304; Marsilius, s. 1016; Stieglmeier, s. 95; Wagner, s. 677; Kleinschmidt, s. 537; Justin Thorens, “Schiedsgutachten und Rechtliches Gehör Im Schweizerischen und Deutschen Recht”, **KTS 1968/4**, s. 201; Hök, s. 62.

¹⁹⁴⁵ Wagner, s. 678; Stieglmeier, s. 102.

¹⁹⁴⁶ BGH Urt. v. 25.6.1952-II ZR 104/51; BGHZ 6, 335, 341 (Stieglmeier, s. 92, dn. 184).

¹⁹⁴⁷ BGH Urteil v. 4. 7. 2013- II ZR 52/12, NJW-RR 2014, 492, 493; BGH Urteil v. 6.6.1994-II ZR 100/92, NJW-RR 1994, 1314, 1315 (Stieglmeier, s. 103, dn. 250).

açısından, tahkim hükümlerinin kıyasen uygulanarak, hakem-bilirkişinin taraflara hukukî dinlenilme hakkı verilmesi gerektiğini savunmaktadır¹⁹⁴⁸. Hakem-bilirkişi hakkında, doğrudan her ne kadar günümüzde, kanunî düzenleme olmasa da 1926 yılında yürürlüğe girip 1953 yılında yürürlükten kalkan, Alman eski İş Mahkemeleri Kanunu'nun § 106. hükmü, tarafların hukuken önemli çekişmeli vakıalar bakımından hakem-bilirkişilik kurumuna başvurabileceği, hakem-bilirkişinin düzenlemiş olduğu hakem-bilirkişi raporunun da iş mahkemelerini, tespit edilen vakıa bakımından bağladığını düzenlenmiştir. Aynı Kanun'un § 107. hükmünde, hakem-bilirkişilik usûlü açısından, iş uyuşmazlıklarında, § 95. hükmünde düzenlenen hukukî dinlenilme hakkının, tahkim hükümlerine kıyasen, hakem-bilirkişilik usûlünde de uygulanacağı düzenlenmiştir¹⁹⁴⁹.

Hakem-bilirkişilik usûlünde taraflara hukukî dinlenilme hakkı sağlanması, temelde, bir yandan tarafların bakış açısından, tarafların usûlü ve kendi argümanlarını ileri sürerek, hakem-bilirkişi raporuna etki etmelerini sağlar. Diğer yandan, hakem-bilirkişinin, hakem-bilirkişi raporunu düzenlemek için tüm bilgi kaynaklarını tüketmesini garanti eder¹⁹⁵⁰. Özellikle bir malın kalitesine ilişkin nitelendirmede, hakem-bilirkişinin tarafları dinlemesine gerek olmadığı, bu nedenle hakem-bilirkişinin hukukî dinlenilme hakkı vermek zorunda olmadığı doktrinde ifade edilmektedir. Ancak bir malın kalitesine ilişkin bir nitelendirmede de ürünü satan ve satın alanın iddiaları şeklinde, malın istenilen kalitede olup olmadığına ilişkin bir açıklama yapmaları gerekebilir. Ancak hakem-bilirkişi bu kişileri zorla getiremez. Sadece hakem-bilirkişinin, taraflara hukukî dinlenilme hakkını kullanmasına imkân sağlaması yeterlidir. Bu şekilde, taraflara hukukî dinlenilme hakkının verilmesi sonucunda, hakem-bilirkişilik prosedürünün usûlü ve sonucu üzerinde tarafların eşit etkiye sahip olmaları sağlanır. Ayrıca taraflara hukukî dinlenilme hakkı tanınması, çekişmeli

¹⁹⁴⁸ Habscheid, FS Lehmann, s. 806; Habscheid, FS Laufke, s. 316; Sieg, s. 633; Kornblum, s. 103; Rauscher, s. 251; Walter F. Lindacher, "Schiedsgutachten und Rechtliches Gehör", **KTS 1964/I**, s. 37; Wittmann, maddi hukuk görüşü temsilcisi olmasına rağmen, hakem-bilirkişilik sözleşmeleri arasında geniş ve dar anlamda ayrımı olmaksızın, bütün hakem-bilirkişilik sözleşmelerinde, tarafların menfaati için hakem-bilirkişi hukukî dinlenilme hakkı tanımak zorunda olduğunu savunmaktadır (Wittmann, s. 142).

¹⁹⁴⁹ Weiler, s. 17; Rauscher, s. 251-252.

¹⁹⁵⁰ Rauscher, s. 251.

vakıanın tüm yönlerinin kapsamlı bir şekilde değerlendirilmesine, hakem-bilirkişinin çekişmeli vakıa hakkında bilgisinin artmasına yardımcı olacaktır¹⁹⁵¹.

Hakem-bilirkişinin yapmış olduğu tespitleri içeren hakem-bilirkişi raporu, tarafları ve adil yargılanma yapmak zorunda olan hâkimi ve hakemi, hakem-bilirkişinin vakıa tespitleriyle sınırlı olmak üzere bağlayıcı bir özelliğe sahiptir. Mahkeme, hakem-bilirkişi raporunu, açıkça hakkaniyete aykırı veya yanlış olmadığı sürece denetleyemez. Bu nedenle çekişmeli vakıayla sınırlı olmak üzere, mahkeme hakem-bilirkişi raporuyla bağlıdır. Dolayısıyla, hakem-bilirkişilik sürecinde, taraflara sağlanmayan hukukî dinlenilme hakkı, mahkeme tarafından, taraflara yeniden hukukî dinlenilme hakkı verilerek de gerçekleştirilemez. Bu şekilde, birbirinden bağımsız, bir hukukî uyuşmazlığın karara bağlanmasında, hakem-bilirkişi raporu ve yargı kararı şeklinde iki aşama söz konusu olmaktadır. Doktrinde, bu nedenle hakem-bilirkişilik, bir ön aşama (Vorschaltverfahren) olarak nitelendirilmektedir¹⁹⁵². Nitekim hakem-bilirkişinin tarafları yeniden dinleyememesinden kaynaklı kusur, mahkeme tarafından, hakem-bilirkişi raporu iptal davasında, açıkça hakkaniyete aykırılık veya yanlışlık (BGB § 319/I) şeklinde sonuç denetimiyle de telafi edilemez. Çünkü hakem-bilirkişi raporunun sadece açıkça hakkaniyete aykırı ve yanlış olduğu durumda iptal edilebilmesi mümkündür¹⁹⁵³. Ayrıca, açıkça hakkaniyete aykırılık veya yanlışlık şeklindeki kavramlar, belirsiz hukukî kavramlar olup taraflar açısından ispatı zor kavramlardır. Ancak taraflara hukukî dinlenilme hakkının verilmemesi ispatı kolay bir durum olup hakem-bilirkişinin, bu yönüyle, hakem-bilirkişilik sürecinde daha özenli davranmasını da sağlayacaktır¹⁹⁵⁴.

Doktrinde, hakem-bilirkişilik sözleşmesine konu olan vakıanın kapsamına göre, hukukî dinlenilme hakkının şekli açısından, mutlaka sözlü olarak yapılmasının zorunlu olmadığı, yazılı bir şekilde de hukukî dinlenilme hakkının sağlanacağı ifade edilmektedir. Ancak yazılı bir beyanın yeterli olmadığı durumlarda, hakem-bilirkişilik sözleşmesine konu olan vakıanın kapsamı ve türüne bağlı olarak sözlü hukukî dinlenilme hakkının da verilebileceği ifade edilmektedir. Çünkü hakem-bilirkişilik

¹⁹⁵¹ Rauscher, s. 251-252.

¹⁹⁵² Habscheid, FS Laufke, s. 303.

¹⁹⁵³ Lindacher, s. 36; Rauscher, s. 252.

¹⁹⁵⁴ Meyer, s. 17.

açısından tarafların dinlenilmesi, onların hakem-bilirkişi raporuna etki etmelerini sağlamaktadır¹⁹⁵⁵.

İsviçre hukukunda da hakem-bilirkişinin hukukî dinlenilme hakkıyla yükümlü olduğu konusunda, kanunî bir düzenleme, hem İsviçre Medenî Usûl Kanunu'nu öncesi hem de sonraki dönemde yoktur. Bu nedenle, hâkim görüşe göre, taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça, hakem-bilirkişi taraflara hukukî dinlenilme hakkı vermek zorunda değildir¹⁹⁵⁶. Ancak İsviçre Medenî Usûl Kanunu'nda hakem-bilirkişilik kurumunun düzenlendiği 189. maddesinin gerekçesinde, hakem-bilirkişinin belirli hukuk devleti garantileri sağlaması gerektiği ifade edilmiştir. Ancak bu belirli hukuk devleti garantileri açısından gerekçede, hukukî dinlenilme hakkı düzenlenmemiştir¹⁹⁵⁷.

Bachmann, hakem-bilirkişinin taraflara hukukî dinlenilme hakkı sağlaması noktasında, sözleşmede bir hüküm olmasa dâhi, her iki taraf ortak olarak hukukî dinlenilme hakkını talep ediyorsa, hakem-bilirkişinin buna uyması gerektiğini savunmaktadır¹⁹⁵⁸.

Angtmann, kanun koyucu hakem-bilirkişinin yargılama yapmadığını, sözleşmeye dayalı bir kurum olduğu için bilinçli olarak hukukî dinlenilme hakkı yükümlülüğünü hakem-bilirkişi açısından düzenlemediğini ifade etmektedir. Bu nedenle, tahkime ilişkin hükümler, hakem-bilirkişi açısından kıyasen uygulanamaz. Taraflara hukukî dinlenilme hakkının tanınıp tanınmayacağı veya ne ölçüde verileceği, hakem-bilirkişilik veya hakem-bilirkişi sözleşmesine, bu konuda hüküm konulup konulmamasına göre değerlendirilmesi gerektiğini belirtmektedir. Hakem-bilirkişinin taraflara eşit davranma yükümlülüğü olduğunu; ancak hakem-bilirkişinin hukukî dinlenilme hakkı bakımından, kanunda bir düzenleme olmadığı için bir yükümlülüğünün olmadığını ifade eder. Ancak taraflara eşit davranılması açısından kanunda düzenleme olduğu (SchZPO Art. 189/III/c) için bir tarafa hukukî dinlenilme hakkı verildiyse, diğer tarafa da aynı şekilde verilmelidir. Ancak hiçbir tarafa hukukî dinlenilme hakkı

¹⁹⁵⁵ Habscheid, FS Laufke, s. 317; Stein, Jonas ve Schlosser, s. 41, § vor 1025, Rn. 70; Schwab, Walter ve Baumbach, s. 13.

¹⁹⁵⁶ Angstmann, s. 126; Thorens, s. 201; Bachmann, s. 91; Brosi, s. 279; Aksi görüş için bkz. Guldener, ZSR, s. 242; Hagenbüchle, s. 84.

¹⁹⁵⁷ Angstmann, s. 125.

¹⁹⁵⁸ Bachmann, s. 91.

verilmediyse, hakem-bilirkişi raporu geçerli olup sadece hukukî dinlenilme hakkı her iki tarafa verilmemesi sebebiyle, hakem-bilirkişi raporu iptal edilemez¹⁹⁵⁹.

Göksu, taraflar arasındaki güç dengesinin korunabilmesi ve hakem-bilirkişi raporunun doğruluğunun sağlanabilmesi için hakem-bilirkişinin, taraflara hukukî dinlenilme hakkını vermesi gerektiğini savunmaktadır. Bu nedenle, her iki tarafa hukukî dinlenilme hakkının verilmemesini, hakem-bilirkişi raporunun iptal sebebi olduğunu belirtmektedir¹⁹⁶⁰.

İsviçre hukukunda bu konuda uygulamada, hakem-bilirkişi kesin hakem-bilirkişi raporunu imzalamadan önce, taraflara taslak bir hakem-bilirkişi raporu sunup bu konuda tarafların yazılı veya sözlü ifadelerini alarak taraflara hukukî dinlenilme hakkını sağlamak şeklinde bir yol izlenmektedir. Ancak hakem-bilirkişi, bu uygulamayı taraflar sözleşmede kararlaştırmadığı sürece yapmak zorunda değildir¹⁹⁶¹.

Hukukumuzda da hakem-bilirkişinin taraflara hukukî dinlenilme hakkı vermesi gerektiğine ilişkin, kanunda veya sigorta genel şartlarında, bu konuda düzenleme yoktur. Ancak taraflar sözleşmeyle hakem-bilirkişinin taraflara hukukî dinlenilme hakkını vermesi gerektiğini düzenleyebilirler. Doktrinde bizim de katıldığımız görüşe göre, bu konuda, hakem-bilirkişi her ne kadar yargılama faaliyetinde bulunmasa da uyuşmazlığın çözümünde önem taşıyan bir vakıaya ilişkin bir bağlayıcı ve nihaî tespitte bulunacağından, yargılamaya ilişkin temel haklara uymalı ve bu nedenle taraflara iddia ve savunma hakkı vermelidir¹⁹⁶².

Özkes, nitekim hakem-bilirkişi uyuşmazlık hakkında karar veremeyeceğinden, hakem-bilirkişiliğın kendine has özelliklerinin dikkate alınarak, sonuca varılması gerektiğini ifade etmektedir. Bu nedenle, hakem-bilirkişilik açısından, bir yargı organı önünde geçerli olduğu şekliyle hukukî dinlenilme hakkı, geniş ve kapsamlı bir şekilde gerçekleştirilemez. Ancak şüphesiz, tarafların ispat ve delillerle ilgili, hukukî dinlenilme hakkı çerçevesinde, kullanacakları tüm imkânlar dâhilinde, özellikle açıklama hakkıyla bağlantılı olarak, hakem-bilirkişilik hakkında da aynı durum geçerli olacaktır. Bu nedenle hem hakem-bilirkişilik süreci hem de

¹⁹⁵⁹ Angstmann, s. 127.

¹⁹⁶⁰ Göksu, s. 48.

¹⁹⁶¹ Angstmann, s. 130.

¹⁹⁶² Kuru, Usûl Cilt III, s. 2914; Kuru ve Aydın, Usûl Ders Kitabı, s. 336-337; Kuru ve Aydın, Usûl El Kitabı Cilt I, s. 853; Yeşilırmak, Hakem-Bilirkişilik, s. 717; Cantaymaz, s. 98.

hakem-bilirkişi raporuna karşı tarafların iptal davasında da taraflara hukukî dinlenilme hakkının sağlanmasında uygun davranılması gerektiğini savunmaktadır¹⁹⁶³.

d. Hakem-Bilirkişi Raporunun Gerekçeli Olmaması

Hakem-bilirkişinin, hakem-bilirkişi raporunu gerekçeli bir şekilde yazma yükümlülüğünün olup olmadığı doktrinde tartışmalı¹⁹⁶⁴ bir husustur. Alman hukukunda, hakem-bilirkişinin böyle bir yükümlülüğünün olup olmadığı durumu tartışmalıdır.

Alman hukukunda, maddî hukuk savunucuları, hakem-bilirkişi raporunun gerekçeli olarak düzenlenmesine ilişkin BGB § 317-319 hükümlerinde, bir düzenleme bulunmadığını bu nedenle, taraflar hakem-bilirkişilik veya hakem-bilirkişi sözleşmesine, hakem-bilirkişi raporunun gerekçeli bir şekilde düzenleneceği hususunu eklemediği sürece, hakem-bilirkişi raporunun gerekçeli olma zorunluluğunun olmadığını savunmaktadır. Hakem-bilirkişi raporuna ilişkin açıkça hakkaniyete aykırılık veya yanlışlık şeklinde kontrolün yeterli olacağını, hakem-bilirkişinin, sadece örneğin, sözleşmeye konu olan edimi belirlemesi şeklinde, fiyat şudur demesi yeterli olup ayrıca bu fiyat belirlemesine nasıl ulaştığını ifade etmesine gerek yoktur¹⁹⁶⁵.

Usûl hukuku savunucuları ise bu konuda bizim de katıldığımız görüşe göre, hakem-bilirkişilik sözleşmeleri arasında ayırım yaparak, tarafların çekişmeli vakıa tespitlerine ilişkin tespit yaptığı dar anlamda hakem-bilirkişilik sözleşmeleri açısından, tahkim hükümlerinin kıyasen uygulanarak, hakem-bilirkişi raporunun gerekçeli olması gerektiğini savunurlar. Çünkü hakem-bilirkişi raporunun, açıkça hakkaniyete aykırılık veya yanlışlık şeklinde sonuç kontrolünün yapılabilmesi bakımından, gerekçeye ihtiyaç olduğu belirtilmektedir. Aksi hâlde, hakem-bilirkişi raporunun

¹⁹⁶³ Özkes, Hukukî Dinlenilme Hakkı, s. 226-227.

¹⁹⁶⁴ İngiliz hukukunda, hakem-bilirkişi raporunun gerekçeli olup olmamasına göre, “Speaking” ve “Non-Speaking” şeklinde iki tür hakem-bilirkişilik türü vardır. Bunlardan birincisinde hakem-bilirkişi ayrıntılı gerekçe sunması gereklilik; ikinci türünde hakem-bilirkişi taraf anlaşmasına göre, gerekçe sunmak zorunda değildir. Özellikle hakem-bilirkişiler, kendisine karşı gelecekte sorumluluk davasının açılmasını engellemek veya davada ispatı zorlaştırmak açısından gerekçe gerektirmeyen (Non-Speaking) hakem-bilirkişi raporlarını tercih etmekte, bu nedenle sonucu sözlü veya gerekçesiz ifade etmektedirler. (Kendall, Freedmann ve Farrell, s. 221-222).

¹⁹⁶⁵ Kisch, Schiedsmann, s. 95; Weismann, Acp 72, s. 317; Asmus, s. 147; Rauscher, usûl hukuku görüşü temsilcisi olmasına rağmen, onun görüşüne göre de hakem-bilirkişi raporu gerekçeli olmak zorunda değildir (Rauscher, s. 267).

incelenmesi engellenecek, bu durum da keyfiliğe açık kapı bırakacak ve ayrıca hakem-bilirkişinin sorumluluğuna gidilmesini de engelleyecektir¹⁹⁶⁶. Doktrinde hakem-bilirkişi raporunun gerekçesi bakımından, mahkeme veya hakem kararlarında olduğu gibi ayrıntılı bir gerekçeye gerek olmadığı ifade edilmektedir. Ancak diğer yandan, hakem-bilirkişi raporunda, sadece sonucun belirtilmesi de yeterli değildir. Bu nedenle, doktrinde hakem-bilirkişi raporunun gerekçesinde, hakem-bilirkişinin sonuca nasıl ulaştığına ilişkin bilgi yolu ve hakem-bilirkişilik prosedürüne ilişkin bilgilerin yer alması yeterli olduğu ifade edilmektedir¹⁹⁶⁷. Ancak gerekçenin ne ölçüde verilmesi gerektiği, taraflar arasındaki çekişmeli vakıanın konusunun önemine ve kapsamına bağlıdır. Basit bir konu açısından gerekçe de talep edilmemelidir. Buradaki ölçüt, içeriğin ve prosedürün yalnızca sonuca dayalı olarak anlaşılabilir ve denetlenebilir olup olmadığıdır¹⁹⁶⁸. Ancak tacirlerin kendi aralarında bireysel sözleşme yaparak hakem-bilirkişinin gerekçeli rapor yazmasından, feragat etmeleri de mümkündür¹⁹⁶⁹.

Alman mahkeme kararları, hakem-bilirkişi raporunun gerekçeli olması gerekliliğine ayrı bir önem vermiştir. Ancak bunun gerekçesini, tahkim hükümlerine kıyasen değil, hakem-bilirkişi raporunun açıkça hakkaniyete aykırılık veya yanlışlık denetiminin yapılabilmesi için gerekçenin zorunlu olduğuna karar vermişlerdir. Alman Federal Mahkemesi, hakem-bilirkişi raporu iptal davasında, bir mahkeme bilirkişinin dâhi, hakem-bilirkişi raporunda, hakem-bilirkişinin bu sonuca nasıl ulaştığını anlayamadığı, gerekçeden yoksun veya hiç gerekçe olmaması durumunu, sonuç denetimi olan açıkça hakkaniyete aykırılık veya açıkça yanlışlık denetiminden bağımsız, bağlayıcı olmayan bir sebep olarak görerek, hakem-bilirkişi raporunun iptaline karar vermiştir¹⁹⁷⁰.

İsviçre hukukunda da hakem-bilirkişinin, hakem-bilirkişi raporunu gerekçeli yazma zorunluluğu açısından, bir kanun hükmü yoktur. Ancak mahkemenin hakem-bilirkişi raporunu, açıkça yanlışlık denetimi açısından incelediğinde, sınırlı ölçüde de olsa, hakem-bilirkişi raporunun gerekçesine ihtiyaç duyacaktır. Aksi takdirde,

¹⁹⁶⁶ Habscheid, FS Laufke, s. 307, 317; Meyer, s. 117.

¹⁹⁶⁷ Meyer, s. 117-118.

¹⁹⁶⁸ Maus, s. 263-264; Heinrich, s. 234; Bachmann, s. 97; Meyer, s. 118; Brosi, s. 231.

¹⁹⁶⁹ Rauscher, s. 268; Meyer, s. 118; Brosi, s. 231-232.

¹⁹⁷⁰ BGH Urt. v. 16.11.1987-II ZR 111/87, NJW-RR 1988, 506; BGH Urt. v. 25.1.1979-X 40/77, NJW 1979, 1885, 1886 und BGH Urt. v. 2.2.1977-VIII ZR 155/75, NJW 1977, 801, 802 (Stieglmeier, s. 87, dn. 147).

mahkeme hakem-bilirkişi raporunu anlayamaz ve denetleyemez. Buna göre, hakem-bilirkişi raporunun sonuçlarının en azından özet olarak gerekçelendirilmesi gerektiği savunulmaktadır¹⁹⁷¹.

Hukukumuzda, hakem-bilirkişi raporu, aksi taraflarca kararlaştırılmadığı veya bu konuda teamül olmadığı sürece gerekçeli olması gerekir¹⁹⁷². Ancak her durumda, hakem-bilirkişi raporunun gerekçe içermesi de mümkün değildir. Örneğin, uyuşmazlık konusunun bir buğdayın kalitesinin belirlenmesi durumunda, hakem-bilirkişi tecrübe ve deneyimine göre sonuçlarına ulaşarak hakem-bilirkişi raporunu yazacaktır. Bu durumlarda, işin niteliği gereği, hakem-bilirkişi raporunun gerekçeli yazılmasının mümkün olmadığı ifade edilmektedir¹⁹⁷³.

4. İptal Sebeplerinin İleri Sürülmesi

Taraflar, hakem-bilirkişi raporlarının iptali için maddî ve usûl hukuku kaynaklı iptal sebeplerini ileri sürebilirler. Bu sebeplerin mahkeme tarafından re'sen incelenip incelenmeyeceği doktrinde tartışmalı bir konudur. Bu tartışma, öncelikle hakem-bilirkişi raporunun bağlayıcı olmamasının (Unverbindlichkeit), nasıl bir tür geçersizlik sebebi (Unwirksamkeit) olduğu noktasında toplanmaktadır.

Doktrinde bir görüşe göre¹⁹⁷⁴, bağlayıcı olmama (Unverbindlichkeit) tarafların ileri sürmek zorunda oldukları, yenilik doğurucu bir iptal edilebilirlik (Anfechtbarkeit) sebebidir. Bu nedenle, mahkemece kendiliğinden dikkate alınamayacak olup tarafların ileri sürmesi gerekir. Ayrıca yenilik doğuran bir hakkın kullanımı söz konusu olduğundan, bu konuda dava açılmasına da gerek yoktur. Nitekim, kanun koyucu da bağlayıcı olmama açısından, taraflara BGB § 318'de yenilik doğurucu iptal edilebilirlik sebebi olan, hata, hile ve tehdit sebebiyle, hakem-bilirkişi raporuna itiraz etme hakkını tanımıştır.

¹⁹⁷¹ Angstmann, s. 30; Bachmann, s. 97; Brosi, s. 230.

¹⁹⁷² Kuru, Usûl Cilt III, s. 2914; Kuru ve Aydın, Usûl Ders Kitabı, s. 336-337; Kuru ve Aydın, Usûl El Kitabı Cilt I, s. 853; Yeşilırmak, Hakem-Bilirkişilik, s. 717; Cantaymaz, s. 98. Cantaymaz, s. 101; Yargıtay da kararlarında hem hakem-bilirkişi raporunun hem de bilirkişi raporunun gerekçeli olmasını bağlayıcı olmayan bir sebep olarak görmektedir. Bu konuda kararlar için bkz. Yargıtay 13. HD., E. 2016/11601, K. 2019/456, T. 22.1.2019 (Kazancı İçtihat-Bilgi Bankası, E. T. 20.10.20024); Aynı yönde bkz. Yargıtay 11. HD., 2018/4194, K. 2018/12451, T. 19.12.2018 (Kazancı İçtihat-Bilgi Bankası, E. T. 20.10.20024).

¹⁹⁷³ Yeşilırmak, Hakem-Bilirkişilik, s. 722.

¹⁹⁷⁴ Eckert, s. 32.

Doktrinde diğ er bir g r     göre, bağlayıcı olmama bir iptal edilebilirlik sebebi değil, geçersizliğin özel bir türü olan, kesin hükümsüzlük (mutlak butlan) (Nichtigkeit) sebebi olup baştan itibaren geçersizdir. Bu nedenle hâkim, hakem-bilirkişi raporunun bağlayıcı olup olmadığını, re’sen gözetmek zorundadır¹⁹⁷⁵.

Doktrinde bizim de katıldığımız başka bir g r     göre, bağlayıcı olmama iptal edilebilirlik veya mutlak butlan olarak nitelendirilemez. Bağlayıcı olmama kendine özgü (sui generis) bir geçersizlik sebebi olarak nitelendirilmesi gerekir.        hakem-bilirkişi raporu, mutlak butlan gibi, baştan itibaren geçersiz bir etkiye sahip nitelikte değildir. Ayrıca iptal edilebilirlik gibi, yenilik doğrucu haklar şeklinde, mahkeme kararı olmaksızın da anlam ifade etmeyecektir. Dolayısıyla tarafların, hakem-bilirkişi raporunun iptaline ilişkin mutlaka bir dava açması veya bu durumu açılan davada bir savunma sebebi olarak ileri sürmesi gerekecektir. Bu nedenlerle, bağlayıcı olmamanın, kendine özgü (sui generis), bir geçersizlik sebebi olduğu savunulmaktadır¹⁹⁷⁶.

Bağlayıcı olmamanın hukukî niteliğine ilişkin bu g r    , hakem-bilirkişi raporunun iptal edilmesine ilişkin maddî ve usûl hukuku sebeplerinin, hâkim tarafından re’sen dikkate alınıp alınamayacağına ilişkin g r     de etkilemiştir. Bu sebeplerin, mahkeme tarafından re’sen incelenip incelenmemesi, doktrinde tartışmalı bir husustur.

Doktrinde azınlıkta kalan bir g r    ¹⁹⁷⁷, hakem-bilirkişi raporunun iptali için us l  sebepler uygulanmayıp sadece maddî hukuk sebepleri olan açıkça hakkaniyete aykırılık veya yanlışlık sebeplerinin ileri sürülebileceğini ifade etmektedir. Hakem-bilirkişi raporuna ilişkin maddî hukuk iptal sebeplerinin, bir def’i olmadığı (Einrede), doğrudan itiraz sebebi (Einwendung) olduğunu, bu nedenle mahkeme tarafından, re’sen dikkate alınması gerektiğini savunmaktadır.

Doktrinde bu konuda hâkim g r    ¹⁹⁷⁸, hakem-bilirkişi raporunun iptali için hem maddî hem de usûl hukuku sebeplerinin mümkün olduğunu, ancak maddî hukuk denetimi şeklinde açıkça hakkaniyete veya yanlışlık durumlarının, mahkemece re’sen dikkate alınmaması gerektiğini savunmaktadır.

¹⁹⁷⁵ Kisch, Schiedsmann, s. 141-142.

¹⁹⁷⁶ Sieveking, s. 121-122; Asmus, s. 163.

¹⁹⁷⁷ Kisch, Schiedsmann, s. 142; Asmus, s. 167-168.

¹⁹⁷⁸ Eckert, s. 42; Sieveking, s. 121-122; Brosi, s. 296.

Usûl hukuku iptal sebeplerinin mahkemece re'sen dikkate alınıp alınmaması yönünden de doktrinde iki görüş bulunmaktadır.

Doktrinde bir görüş, hakem-bilirkişi raporlarının usûl hukuku iptal sebeplerinin, mahkemece re 'sen dikkate alınması gerekliliğini savunmaktadır¹⁹⁷⁹. Doktrinde diğer bir görüş, davalı hakem-bilirkişi raporuna itirazda bulunmaksızın bağlı olmak istiyorsa, bunu önlemede devletin bir kamu menfaatinin söz konusu olmadığını ifade etmektedir. Çünkü bu konu tarafın serbestçe tasarruf edebileceği durumdur. Nitekim taraflarca getirilme ilkesinin uygulandığı davalarda da mahkemenin maddî hakikate dayanmayan kararlar alabilmesi mümkün olduğunu belirtmektedir¹⁹⁸⁰.

İsviçre hukukunda da kanun koyucu, hakem-bilirkişi hakkında ret sebeplerinin gerçekleşmemiş olması ve hakem-bilirkişinin bir taraf lehine imtiyaz tanınmaksızın düzenlenmesini, hakem-bilirkişi raporunun bağlayıcı olmasının ön şartı (SchZPO Art. 189/III-b-c) olarak düzenlemiştir. Ancak bu düzenlemeler açısından, hâkimin re 'sen bu hususları inceleyip incelememesi yönünden herhangi bir düzenleme yapmamıştır.

Doktrinde bir görüş¹⁹⁸¹, hakem-bilirkişinin tarafsızlığı ve bağımsızlığının mahkemenin re 'sen araştırması gerektiği, buna aykırı durumda, hakem-bilirkişi raporunun bağlayıcılığının mahkemece reddedilmesi gerektiği savunulmaktadır.

Doktrinde bizim de katıldığımız diğer bir görüş¹⁹⁸², SchZPO Art. 189 hükümlerini lafzen yorumladığımızda, hâkim tarafından bunların re 'sen incelenmesi gerektiği ima edildiği anlaşılabileceğini belirtmektedir. Nitekim kanunun tasarıya ilişkin gerekçesinde, mahkeme kararının, bu kadar ciddi usûlî eksiklikler bulunması durumunda, hakem-bilirkişi raporuyla bağlı olmasının, yargının itibarıyla bağdaşmayacağı ifade edilmiştir¹⁹⁸³. Ancak diğer yandan, mahkeme, hakem-bilirkişi raporunun açıkça hakkaniyete aykırı veya yanlışlık denetimini re'sen gerçekleştiremeyecek olup bu konuda tarafların kendilerinin ileri sürmesi ve ispatlaması gerekir. Nitekim aksi bir durum, hakem-bilirkişilik sözleşmesinin hızlı ve nihaî olarak çekişmeli vakıya ilişkin bağlayıcı tespit yapma amacına aykırılık teşkil edecektir. Ayrıca mahkemenin, hakem-bilirkişi raporunun sonucunun doğru olup

¹⁹⁷⁹ Bachman, s. 103; Pelli, s. 224.

¹⁹⁸⁰ Rauscher, s. 279-280.

¹⁹⁸¹ Bachmann, s. 103; Pelli, s. 224.

¹⁹⁸² Brosi, s. 295-297.

¹⁹⁸³ Brosi, s. 294.

olmadığı hakkında, re'sen birden fazla bilirkişi raporu almasına sebebiyet verecektir. Aynı şekilde, hakem-bilirkişinin yetki sınırlarının aştığı durumda, mahkemenin re 'sen incelemesi gereken bir husus değildir. Çünkü taraflar kendi aralarında hakem-bilirkişinin yetkisinin genişletilmesine ilişkin sözleşme yapabilir ve mahkemenin bu sözleşmeyi öğrenmesi, taraflarca ileri sürülmediği sürece imkânsızdır. Aynı gerekçelerle, hakem-bilirkişinin tarafsız ve bağımsızlığı da mahkeme tarafından re'sen incelenmesi gereken bir husus değildir. Çünkü tarafların hakem-bilirkişinin reddine ilişkin bir bildirimde bulunup bulunmadığını taraflar ileri sürmedikçe mahkeme re 'sen inceleyemez. Diğer taraftan, hakem-bilirkişinin tarafsız ve bağımsız olmaması, mahkemenin hakem-bilirkişi raporuyla bağlı olmasında bir sakınca oluşturmaz. Hakem-bilirkişinin tarafsız ve bağımsız olmaması, hâkimin de tarafsız ve bağımsız olmayacağı şeklinde, hâkimin şahsına geçen bir durum değildir. Hâkim, hakem-bilirkişi raporunun sonucuna katıldığı için değil, tarafların irade serbestisi içinde hakem-bilirkişi raporunun bağlayıcı olduklarını kabul ettikleri için bağlayıcıdır. Bu nedenle, mahkemede, hakem-bilirkişinin tarafsız ve bağımsızlığı re 'sen değil, tarafların itirazı üzerine incelenmesi gerekir¹⁹⁸⁴.

Hukukumuzda da hakem-bilirkişi raporlarının maddî ve usûl hukuku iptal sebeplerinin, mahkemelerce re'sen veya taraflarca ileri sürülmesi durumunda dikkate alınıp alınmayacağına ilişkin bir düzenleme yoktur.

Kuru'ya göre¹⁹⁸⁵, hakem-bilirkişi raporlarının mahkemeyi bağlaması için hakem-bilirkişilik sözleşmesinin hem şekil hem de içerik bakımından geçerli bulunması gerekmektedir. Hakem-bilirkişi veya hakem-bilirkişilerin usûlüne uygun şekilde seçilmesi ve yetkileri dâhilinde rapor düzenlemiş olmaları gerekmekte olup mahkeme bu şartların varlığını re 'sen araştırır ve bu şartlara uygun olmayan hakem-bilirkişi raporu, mahkeme için bağlayıcı değildir. Ancak hakem-bilirkişi raporunun açıkça hakkaniyete aykırı ve yanlış olduğunda iddiası durumunda, tarafın dava açarak bunu ispatlaması gerekir.

Kanaatimizce, hakem-bilirkişi raporu iptal sebeplerinin mahkemece re'sen veya itiraz üzerine ileri sürülüp sürülmemesi açısından kanunî bir düzenleme olmadığından, bu konuda tahkim hukukundaki düzenlemeler dikkate alınarak yorum

¹⁹⁸⁴ Wittmann, s. 123; Brosi, s. 297.

¹⁹⁸⁵ Kuru, Usûl, Cilt III, s. 2916, 2920.

yapılması gerekir. Tahkim hukuku bakımından, hakem kararı iptal sebepleri millî tahkim için Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 439. maddesinde düzenlenmiştir. Milletlerarası tahkim hukukunda, hakem kararı iptal sebepleri, Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 15. maddesinde düzenlemiştir. Millî tahkim bakımından, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda hangi hakem kararı iptal sebeplerinin re 'sen, hangilerinin taraflarca ileri sürülerek iptal edilebileceği hakkında düzenleme yapılmamıştır. Ancak, Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 15. maddesinde, hakem kararına konu olan uyuşmazlığın tahkime elverişli olmadığı ve kararın kamu düzenine aykırı olması hâllerini, mahkemenin re 'sen incelemesi gerektiği ancak, diğer hâllerin, örneğin, tahkim anlaşmasında tarafların ehliyetsiz olması, tarafların eşitliği ilkesinin gözetilmemesi gibi durumların, tarafların iddia ve ispat etmesi şartına tâbi kılındığı düzenlenmiştir.¹⁹⁸⁶ Bu düzenlemenin, hakem-bilirkişi raporunun iptalinde, hangi sebeplerin mahkemece re'sen, hangisinin tarafların itirazının gerektiği bakımından, kıyasen uygulanması gerekir.

Hakem-bilirkişilik sözleşmesine konu olan uyuşmazlık konusu vakıa hakkında, tarafların serbestçe tasarruf edilebilir olmaması durumu, İsviçre hukukunda, hakem-bilirkişi raporunun bağlayıcı olmasının ön şartı (SchZPO Art. 189/III-a) olarak kanunen düzenlenmiştir. Ancak doktrinde, bu durumun, hakem-bilirkişi raporunun iptal sebebinden ziyade, hakem-bilirkişilik sözleşmesinin kesin hükümsüzlük sebebi olduğu, bu nedenle mahkemenin, bu hususu re'sen incelemesi gerektiği ifade edilmektedir¹⁹⁸⁷. İkinci olarak, hakem-bilirkişi raporunun kamu düzenine aykırılık teşkil etmesi durumunda, mahkemece re'sen inceleme yapabilir. Kamu düzeni terimi¹⁹⁸⁸, açıkça hakkaniyete aykırılık veya yanlışlıktan çok daha dar bir kavramdır.

¹⁹⁸⁶ E. Nomer, s. 595; Yeşilırmak, Öneri, s. 122-129; Özbek, Tahkim Cilt II, s. 2086.

¹⁹⁸⁷ Brosi, s. 287.

¹⁹⁸⁸ “Kamu düzeni, niteliği gereği zamana, yere göre değişen, içeriğinin tespiti zor bir her somut olaya göre değişiklik gösteren bir kavramdır. İlmi açıklamalara ve yargısal kararlara rağmen gelişen hukuk sistemlerinde bile tanımı olmamasına rağmen “toplumun temel yapısını ve çıkarlarını koruyan kuralların bütünü” olarak tanım yapılabilir. Kamu düzeni kavramının müdahale alanı son derece geniş ve yoruma müsaittir. Türk kamu düzeninin ihlali gerektirecek haller çoğunlukla emredici bir hükmün açıkça ihlali halinde düşünülecektir. Fakat her emredici hükmün ihlali halinde veya her emredici hükmü ihlal eden bir yabancı kararın Türk kamu düzenine aykırı bulunduğunu söylemek olanaklı değildir. O halde, iç hukuktaki kamu düzeninin çerçevesi, Türk hukukunun temel değerlerine, Türk genel adap ve ahlak anlayışına, Türk kanunlarının dayandığı temel adalet anlayışına, Türk kanunlarının dayandığı genel siyasete, Anayasada yer alan temel hak ve özgürlüklere, milletlerarası alanda geçerli ortak prensip ve özel hukuka ait iyi niyet prensibine dayanan kurallara, medeni toplulukların müştereken benimsedikleri ahlak ilkeleri ve

Diğer bir ifadeyle, hakem-bilirkişi raporunun açıkça hakkaniyete aykırı veya yanlış olması, hakem-bilirkişi raporunun, kamu düzenine aykırı olduğu anlamına gelmez. Nitekim doktrinde, hakem-bilirkişi raporu açısından da kamu düzeni hükümlerinin uygulanabileceği, hakem-bilirkişi raporu vasıtasıyla tarafların, kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı ve konusu imkânsız bir hakem-bilirkişi raporu düzenlemeleri durumunda, bunun kamu düzenine aykırılık teşkil edeceği ve mahkemenin, bu durumu re ‘sen incelemesi gerektiği ifade edilmektedir¹⁹⁸⁹.

B. Hakem-Bilirkişi Raporu İptal Davası

1. Genel Olarak

Hakem-bilirkişi raporunun bağlayıcı etkisi, hukukî ilişki hakkında değil, münferit bir vakıa hakkındadır. Bu nedenle, tarafların hakem-bilirkişi raporuna uymaması durumunda, uyuşmazlığı çözmekle görevli mahkeme veya hakeme başvurarak, eda davası açmak suretiyle hakem-bilirkişi raporunun uygulanmasını sağlayabilecektir¹⁹⁹⁰. Mahkeme veya hakem ilgili vakıa tespiti bakımından, hakem-bilirkişi raporuyla bağlı olduğundan, uyuşmazlık hakkında hızlı karar verebilecektir. Dolayısıyla, hakem-bilirkişi raporu, uyuşmazlığa ilişkin maddî vakıanın tespitini yapmakta olup yargısal bir hüküm oluşturmamaktadır. Hakem-bilirkişi raporları yargısal bir faaliyetin sonucu alınan kesin hüküm niteliğinde olmayıp sadece vakıanın

adalet anlayışının ifadesi olan hukuk prensiplerine, toplumun medeniyet seviyesine, siyasi ve ekonomik rejimine, insan hak ve özgürlüklerine aykırılık şeklinde çizilebilir. İç hukukta kamu düzeninin, tarafların uymak zorunda oldukları, kamu hukukundan ve özel hukuktan doğan ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri kurallar olarak anlaşılması gerekir” (YİBGK, E. 2010/1, K. 2012/1, T. 10.2.2012) (Kazancı İçtihat-Bilgi Bankası, E.T 10.10.2024).

¹⁹⁸⁹ Rauscher, s. 276-277; Kendall, Freedmann ve Farrell, s. 230-231.

¹⁹⁹⁰ Kuru, Usûl Cilt III, s. 2914-2915; Konuralp, İptal Davası, s. 173; Yeşilırmak, Hakem-Bilirkişilik, s. 730; Doğanay, Şerh, s. 2951; “Kesinleşmiş hakem-bilirkişi raporuna göre ödeme yapılması halinde bir çekışmenin doğmayacağı tabii olup, ödememe halindeyse eda hükmü içermeyen, bir başka deyişle kesinleşmiş bir yargı kararı olmayan rapora dayanılarak alacağın tahsiline kalkışılmasının mümkün olmadığı kuşkusuzdur. Böyle bir durumda, alacaklının kesinleşmiş hakem-bilirkişi raporunda saptanan miktardaki alacağın tahsili mümkün hâle getirebilmek için bir eda davası açması gerekecektir” (Yargıtay 11. HD, E. 2000/9633, K. 2000/9263, T. 24.11.2000) (Kazancı İçtihat-Bilgi Bankası, E.T. 10.10.2024).

tespitine yönelik olduğundan, kanun yolu incelemesi doğrudan kapalıdır¹⁹⁹¹. Ancak taraflar hakem-bilirkişi raporunu maddî veya usûl hukuku iptal sebeplerine dayanarak, hakem-bilirkişi raporunun iptalini, ilk derece mahkemesinden talep edebilirler. İlk derece mahkemesinin vermiş olduğu hakem-bilirkişi raporu iptal davasına ilişkin karar sonucunda, kanun yolu incelemesi sadece mümkündür. Ayrıca hakem-bilirkişi raporu, İcra ve İflâs Kanunu'nun 38. maddesine göre, ilâm niteliğinde belge de sayılmadığından, taraflar hakem-bilirkişi raporuna dayanarak, ilâmlı icra yoluna da başvuramayacaktır¹⁹⁹².

Hakem-bilirkişi raporu, sadece tarafları ve mahkemeyi bağlayan maddî vakıanın tespiti niteliğinde olup taraflar arasındaki uyuşmazlığın tamamını çözecek nitelikte olan, hakem kararı niteliğinde değildir. Bu nedenle hakem kararlarına yönelik iptal davasını düzenleyen, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 439. maddesi, hakem-bilirkişi raporları bakımından uygulanamaz¹⁹⁹³. Bu bölümde, hakem-bilirkişi raporlarına karşı ilk derece mahkemesinde açılacak iptal davasının, hangi sürede açılacağı, görevli ve yetkili mahkeme, hakem-bilirkişi raporu iptal davasının hukukî niteliği, mahkemenin incelemesinin çerçevesi, mahkemenin nasıl bir karar verebileceği ve bu karara karşı başvuru yolları incelenmeye çalışılacaktır.

2. İptal Davası Talep Süresi

Taraflar, maddî ve usûl hukuku iptal sebeplerine dayanarak, hakem-bilirkişi raporunu iptal etmek için dava açabilirler. Bu davanın, hangi sürede açılabileceğine ilişkin, karşılaştırmalı ve hukukumuzda farklılıklar söz konusudur.

Alman hukukunda hakem-bilirkişi raporuna ilişkin iptal davası açılabileceği kabul edilmektedir. Ancak, bu davanın hangi sürede açılabileceğine ilişkin kanunî bir düzenleme yoktur. Tarafların, hakem-bilirkişi raporuna ilişkin, hangi sürede iptal

¹⁹⁹¹ Kuru, Usûl Cilt III, s. 2916; Konuralp, İptal Davası, s. 173; Yeşilırmak, Hakem-Bilirkişilik, s. 723.

¹⁹⁹² Hakem-bilirkişi raporları İcra ve İflâs Kanunu'nun 38. maddesinde sayılan ilâm niteliğindeki belgelerden biri değildir. Hükme göre, mahkeme huzurunda yapılan sulhler, kabuller ve para borcu ikrarını havi re'sen tanzim edilen noter senetleri ve temyiz kefaletnameleri ile icra dairesindeki kefaletler, ilâmların icrası hakkındaki hükümlere tabidir. Aynı şekilde özel kanunlara göre ilâm niteliğinde belge sayılanlarda da hakem-bilirkişi raporu düzenlenmemiştir. Nitekim hakem-bilirkişi raporunda uyuşmazlığın esası mahkeme veya hakemler tarafından incelenmiş ve karara bağlanmış değildir (Konuralp, İptal Davası, s. 173-174); Yeşilırmak, Hakem-Bilirkişilik, s. 730; İzgi, s. 293.

¹⁹⁹³ Yeşilırmak, Hakem-Bilirkişilik, s. 723; Yeşilırmak, Öneri, s. 51; Sebük, s. 67; İzgi, s. 293.

davası açabileceklerini, sözleşmede düzenleyebilecekleri ifade edilmektedir¹⁹⁹⁴. Bu konuda, herhangi bir kanunî düzenleme olmadığından, hakem-bilirkişi raporunun bağlayıcı olmadığını ileri süren tarafın, derhâl veya makul süre içinde dava açması gerektiği ifade edilmektedir. Ancak doktrinde, tarafın dava açmadan da bağlayıcı olmadığına ilişkin beyanını, karşı tarafa ileri sürebileceği veya hakem-bilirkişi raporunun ifasına yönelik açılan eda davasında, bunu savunma sebebi olarak ileri sürülebileceği ifade edilmektedir¹⁹⁹⁵. Doktrinde, tarafın, makul sürede dava açmayıp uzun bir süre sonra hakem-bilirkişi raporu iptal davası açması, dürüstlük kuralına aykırılık teşkil ettiği için hakkın kötüye kullanılması şeklinde yorumlanmaktadır. Bu nedenle tarafın makul süre içinde dava açmaması, hakem-bilirkişi raporunu zımni kabul ettiği anlamına geldiği belirtilmektedir¹⁹⁹⁶.

İsviçre hukukunda da aynı şekilde, taraflardan birinin hakem-bilirkişi raporunun iptaline ilişkin bir dava açılabilmesi ifade edilmektedir. Ancak bu davanın hangi sürede açılabilmesine ilişkin, kanunî bir düzenleme yoktur. Nitekim taraflar, hakem-bilirkişi raporuna ilişkin hangi süreye kadar, iptal davası açabileceklerini sözleşmelerinde düzenleyebilirler. Ancak bu konuda herhangi bir düzenleme olmadığından, İsviçre Federal Mahkemesi, hakem-bilirkişi raporunun bağlayıcı olmadığını ileri süren tarafın, derhâl veya makul süre içinde, hakem-bilirkişi raporunun iptaline yönelik dava açması gerektiğine karar vermiştir¹⁹⁹⁷. Aynı şekilde, tarafın, makul süre sonrasında dava açmaması, hakkın kötüye kullanılması şeklinde, dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edeceği ve tarafın hakem-bilirkişi raporunu zımnen kabul ettiği anlamını taşıdığı ifade edilmektedir¹⁹⁹⁸. Ancak günümüzde, bu görüş, kabul edilmemektedir. Çünkü hiç kimsenin zorla dava açmaya zorlanamayacağı, nitekim davanın yargılama masraflarına sebebiyet vereceği, bu nedenle hakem-bilirkişi raporundan olumsuz etkilenen tarafın, dava açmaya zorlanmaması gerektiği savunulmaktadır. Hakem-bilirkişi raporu lehe olan tarafın açmış olduğu, hakem-bilirkişi raporunun uygulanmasına ilişkin eda davasında, hakem-bilirkişi raporundan

¹⁹⁹⁴ Asmus, s. 166; Heinrich, s. 248; Rauscher, s. 279.

¹⁹⁹⁵ Asmus, s. 166; Kisch, s. 142.

¹⁹⁹⁶ Asmus, s. 166; Heinrich, s. 251.

¹⁹⁹⁷ BGE 67 II 146 E. 3. (Brosi, s. 288, dn. 1155).

¹⁹⁹⁸ Brosi, s. 288.

olumsuz etkilenen tarafın, bunu bir savunma sebebi olarak ileri sürmesinin yeterli olacağı ifade edilmektedir¹⁹⁹⁹.

Hukukumuzda, hakem-bilirkişi raporunun iptaline ilişkin dava bakımından sigorta genel şartlarında, hakem-bilirkişi raporunun taraflara tebliğ tarihinden itibaren itiraz şeklinde, hakem-bilirkişi raporunu iptal etme imkânı açıkça düzenlenmiştir. Bu süre, genel olarak, hakem-bilirkişi raporunun taraflara tebliğinden itibaren, yedi gün olarak düzenlenmiştir. Ancak, bu süre, sigorta genel şartlarına göre farklılık göstermektedir. Örneğin, Montaj Sigortaları Genel Şartları 14-g maddesinde, hakem-bilirkişi raporunun taraflara tebliğinden itibaren yedi gün içinde mahkemeye başvurabileceği düzenlenmişken; Ferdi Kaza Poliçesi Genel Şartlarında hakem-bilirkişi raporunun tebliği tarihi tarihinden itibaren, on beş gün içinde, hakem-bilirkişi raporunun iptali için mahkemeye başvurabileceği düzenlenmiştir.

Ayrıca taraflar sigorta özel şartlarıyla hakem-bilirkişilik ve hakem-bilirkişi sözleşmesinde, hakem-bilirkişi raporuna itiraz şeklinde hakem-bilirkişi raporunun iptali bakımından, sözleşmede bu süreyi düzenleyebilirler. Bu konuda, sözleşmede süre öngörülmediği durumda, taraflar makul bir süre içinde hakem-bilirkişi raporunun iptalini talep etmesi gerekir²⁰⁰⁰. Nitekim mahkemelerde, tarafların hakem-bilirkişilik veya hakem-bilirkişi sözleşmesinde kararlaştırmış olduğu, süreye ilişkin anlaşmaları kabul etmektedir²⁰⁰¹. Taraflarca sözleşmede süreye ilişkin bir düzenleme yapılmadığı ve makul süre içinde dava açılmaması durumunda, hakem-bilirkişi raporu kesinleşmiş olur ve iptal edilemez²⁰⁰².

¹⁹⁹⁹ Brosi, s. 288-289.

²⁰⁰⁰ Yeşilırmak, Hakem-Bilirkişilik, s. 728; Yıldırım, s. 218.

²⁰⁰¹ Yargıtay sigorta genel şartlarında düzenlenen itiraz ve iptaline ilişkin bir davada “*Sigorta poliçesinin hakem-bilirkişiye başvurma koşulu içeren m. 18/g fıkrasında üçüncü hakem-bilirkişi raporunun iptali için, raporun tebliğ tarihinden itibaren ancak 1 hafta içinde dava açılabilmesi yazılıdır. Dava konusu raporun, davacı sigortaya tebliğ ile bu davanın açılma tarihine göre bir haftalık dava açma süresi geçirilmiştir. Poliçenin m. 18/g fıkrası delil anlaşması niteliğinde olduğu için HUMK.’nın 287. maddesi uyarınca taraflar buna uymak, iddia ve savunmalarını buna göre kanıtlamak zorundadırlar. Hakem-bilirkişi raporunun kesin olduğu yolundaki kaydın metne dahil edilmesinin amacı budur. Bu sürenin geçmesiyle rapor kesinleşmiş bulunmaktadır.*”²⁰⁰¹. Bu şekilde Yargıtay hakem-bilirkişi raporunun iptaline ilişkin sigorta genel şartlarında düzenlenen sürelerin re’sen dikkate alınacağı ve hakem-bilirkişi raporunun kesinleştiğine karar vermiştir” (Yargıtay 11. HD., E. 2006/8873, K. 2006/9889, T. 9.10.2006 (Kazancı İçtihat-Bilgi Bankası, E.T. 10.10.2024) (Yeşilırmak, s. 728, dn 1429).

²⁰⁰² “*Sigorta poliçesinin (hakem-bilirkişi) koşulunu içeren 18g maddesinin 3. fıkrasında, hakem-bilirkişi raporunun iptali için, raporun tebliğ tarihinden itibaren ancak 1 hafta içinde dava açılabilmesi yazılıdır. Dava konusu raporun davacı sigortaya tebliği ile bu davanın açılma tarihine göre bir haftalık dava açma süresi geçirilmiştir. Poliçenin 18/g. maddesi delil anlaşması niteliğinde olduğu*

Doktrinde sigorta genel şartlarında düzenlenen, hakem-bilirkişi raporu iptal sürelerinin kısa olduğu, hakem-bilirkişi raporunun aşikâr bir hata içerdiği durumda, hakem-bilirkişi raporundan olumsuz etkilenen tarafa, sigorta genel şartlarında düzenlenen bu kısa sürelerde, hem hakem-bilirkişi raporu iptali hem de uyuşmazlığın esası hakkında dava dilekçesinin hazırlanması külfetinin yüklenmesinin ağır bir durum olduğu ifade edilmektedir. Ayrıca, hakem-bilirkişilik kurumunun amacı olan kısa sürede çekişmeli vakıa hakkında tarafların sonuca ulaşabilmesinin sağlanabilmesi de bu duruma uygun düşmez²⁰⁰³.

Kanaatimizce, öncelikle hakem-bilirkişi raporundan olumsuz etkilenen taraf dava açmak zorunda bırakılmaması gerekir. Bu konuda, mukayeseli hukukta olduğu gibi, kimse dava açmaya zorlanamaması (HMK m. 24/II) gerekir. Ayrıca hakem-bilirkişi raporundan olumsuz etkilenen tarafın, sigorta genel şartlarında öngörülen sürede dava açamaması, onun hakem-bilirkişi raporunu zımnen kabul ettiği şeklinde de yorumlanmaması gerekir. Bu nedenle, hakem-bilirkişi raporuna dayanılarak açılan eda davasında, hakem-bilirkişi raporundan olumsuz etkilenen tarafın, bunu savunma sebebi olarak ileri sürülmesine izin verilmesi gerekir. Ancak burada hakem-bilirkişi raporundan olumsuz etkilenen tarafın gerçek iradesinin de araştırılması gerekir. Hakem-bilirkişi raporundan olumsuz etkilenen taraf, gerçek iradesini açığa vurmak açısından, bu konuda dava açması yerine, karşı taraf ve hakem-bilirkişiye, neden hakem-bilirkişi raporunun iptalini istediğine ilişkin bir bildirimde bulunmasının yeterli olması gerekir²⁰⁰⁴. Bu nedenle, tarafın, hakem-bilirkişi raporunun iptal edilmesi gerektiğine ilişkin bildiriminden sonra, hakem-bilirkişi raporu lehe olan tarafın açmış olduğu, hakem-bilirkişi raporunun uygulanmasına ilişkin eda davasında, hakem-bilirkişi raporunun bağlayıcı olmadığını savunma sebebi olarak ileri sürülmesine izin verilmesi gerekir.

için HUMK m. 287. maddesi uyarınca taraflar buna uymak, iddia ve savunmalarını buna göre kanıtlamak zorundadırlar. Hakem-bilirkişi raporunun kesin olduğu yolundaki kaydın madde metnine dahil edilmesinin amacı budur. Bu sürenin geçilmesiyle rapor kesinleşmiş bulunmaktadır.” (Yargıtay 11. HD., E. 1980/1005, K. 1980/1451, T. 21.3.1980) (Ulaş, Uygulamalı Sigorta, s. 131-132); Aynı yönde kararlar için bkz. Yargıtay 11. HD., E. 2005/8873, K. 2006/9889, T. 9.10.2006 (Kazancı İçtihat-Bilgi Bankası, E.T 15.10.2024); Yargıtay 11. HD., E. 2002/2962, K. 2002/6754, T. 1.7.2002 (Kazancı İçtihat-Bilgi Bankası, E.T 15.10.2024).

²⁰⁰³ Yeşilirmak, Hakem-Bilirkişilik, s. 728.

²⁰⁰⁴ Asmus, s. 166; Kisch, s. 142; Brosi, s. 288.

3. Görevli ve Yetkili Mahkeme

Hakem-bilirkişi raporunun açıkça yanlış olması durumunda, ne yapılabileceği ve hangi mahkemelerin görevli ve yetkili olduğu hakkında, kanunda bir düzenleme yoktur. Doktrinde bu husus eleştirilmekte, hakem-bilirkişi raporunun iptalini düzenleyen, yasal bir düzenlemeye ihtiyaç bulunduğu ifade edilmektedir²⁰⁰⁵. Çünkü mahkemelerin görevi kanunla düzenlenmek zorunda olduğundan (HMK m. 1), bu konuda kanunî düzenlemeye ihtiyaç duyulmaktadır.

Sigorta genel şartlarında, hakem-bilirkişi raporuna itiraz ve bu şekilde hakem-bilirkişi raporunun iptali düzenlenmiştir. Ancak, hakem-bilirkişi raporu iptal davası açma süresi, sigorta genel şartlarına göre farklılık arz etmekle birlikte, görevli ve yetkili mahkeme açısından sigorta şartları yeknesaktır. Genel olarak, hasar mahallindeki veya rizikonun meydana geldiği ticaret mahkemeleri görevli mahkeme olarak düzenlenmiştir²⁰⁰⁶.

Kanaatimizce, sigorta ettirenin tüketici olduğu, hakem-bilirkişi raporu iptal davasında, tüketici mahkemelerinin görevli olması gerekir. Çünkü 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 3. maddesinin 1 bendinde, gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, sigorta sözleşmesi ve işlemlerinin, açıkça bir tüketici işlemi olduğu düzenlenmiştir. Aynı Kanun'un 73. maddesinin birinci fıkrasına göre, tüketici işlemleri ile tüketiciye yönelik uygulamalardan doğabilecek uyuşmazlıklara ilişkin tüketici mahkemelerinin görevli olduğu düzenlenmiştir. Bu nedenle, tüketicinin taraf olduğu sigorta sözleşmesinden kaynaklı, hakem-bilirkişi raporunun iptali davasında görevli mahkemenin tüketici mahkemesi olması gerekir²⁰⁰⁷.

²⁰⁰⁵ Yeşilırmak, Hakem-Bilirkişilik, s. 723.

²⁰⁰⁶ Bkz. İnşaat SGŞ (Bütün Riskler) B.2 maddesi g fıkrası; Makine Kırılması SGŞ madde 13 g fıkrası; Montaj SGŞ madde 14 g fıkrası; Yangın SGŞ B.4 maddesi; Yangına Bağlı Kar Kaybı SGŞ B.5 maddesi; Hırsızlık SGŞ B.3 maddesi; Elektronik Cihaz SGŞ madde 13 g fıkrası; Cam Kırılması SGŞ madde 11 g fıkrası; Dolu SGŞ B.4 maddesi; Karayolu Yolcu Taşımacılığı Zorunlu Koltuk Ferdi Kaza Sigortası B.3 maddeleri örnek olarak verilebilir; Bu yönde karar için bkz. Yargıtay 11. HD., E. 2001/8847, K. 2001/8178, T. 22.10.2001 (Kazancı İçtihat-Bilgi Bankası, E.T 10.10.2024).

²⁰⁰⁷ “6502 sayılı TKHK'nın 73. maddesi uyarınca tüketici işlemleri ile tüketiciye yönelik uygulamalardan doğacak uyuşmazlıklara ilişkin davalarda tüketici mahkemesi görevli kılınmıştır. Bunun yanında Kanun'un 83. maddesinde de taraflardan birini tüketicinin oluşturduğu işlemler ile ilgili diğer kanunlarda düzenleme olmasının, bu işlemin tüketici işlemi sayılmasını ve bu Kanun'un görev ve yetkiye ilişkin hükümlerinin uygulanmasını engellemeyeceği belirtilmiştir. Bu

Yargıtay da sigorta poliçeleri genel şartlarında yer alan hakem-bilirkişi raporlarına karşı iptal davasının, görevli ve yetkili ticaret mahkemesinde açılması gerektiğine yönelik hükmü, taraflar arasında daha önceden açılmış bir dava olup olmamasına göre farklı yorumlamakta ve görevli ve yetkili mahkemenin farklı olmasına da bu sebeple izin vermektedir. Dolayısıyla sigorta genel şartlarında görevli mahkeme şartı, taraflar arasında daha önceden dava açılmış olmaması hâlinde sadece geçerli sayılmaktadır. Bu nedenle, mahkeme sigorta tazminatı davası sırasında, uyuşmazlık mahkemeye intikal ettikten sonra, tarafların hakem-bilirkişilik prosedürüne gitmesi durumunda, hakem-bilirkişi raporuna itiraz şeklinde iptal davasının da aynı mahkemece incelenmesi gerektiği görüşünü yerleşmiş içtihatlarında vurgulamaktadır. Ayrıca, hakem-bilirkişi raporunun iptali için ticaret mahkemesinde dava açılmışsa, dosyanın getirilerek, asıl dava dosyasıyla birleştirilmesi gerektiğine karar vermiştir²⁰⁰⁸.

4. İptal Davasının Hukukî Niteliği

Alman hukukunda hakem-bilirkişi raporunun iptal davasına ilişkin hukukî nitelik tartışmasında, hakem-bilirkişilik sözleşmelerine göre ayırım yapılmaktadır. Hakem-bilirkişi geniş anlamda hakem-bilirkişilik sözleşmesi şeklinde, bir sözleşmeye ilişkin edim belirlemesi veya uyarlaması durumunda, açıkça hakkaniyete aykırılık sebebiyle açılan iptal davasının hukukî niteliği bir inşaî davadır. Mahkeme, bu

durumda; davacının otobüste yolcu olarak bulunduğu, davanın taşıma sözleşmesinden kaynaklandığı ve davacının tüketici sıfatına sahip olduğu anlaşılmakla mahkemenin görevsizliğine ve Tüketici Mahkemesinin görevli olduğuna karar verilmiş olmasında usûl ve yasaya aykırı bir husus bulunmamaktadır.” İzmir BAM 20. HD, T. E. 2021/1541, K. 2021/1391, T. 16.12.2021 (Kazancı İçtihat-Bilgi Bankası, E.T 10.10.2024).

²⁰⁰⁸ “*Dosyadaki yazılara ve kararın dayandığı delillere gerektirici sebeplere ve delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına ve davalı sigorta vekili hakem-bilirkişi prosedürünü kendisi önererek bu yola gittiğine göre, artık bir kısım rizikonun teminat dışı olduğunu ileri sürmesi mümkün olmamasına, her ne kadar mahkemenin hakem-bilirkişi raporuna karşı ayrı bir iptal davası açılmaması gerekçesiyle hakem-bilirkişi raporunun kesinleştiğine ilişkin gerekçesi isabetli değil ve sigortacıya karşı açılan dava sırasında hakem-bilirkişi prosedürüne gidildiğinde hakem-bilirkişi raporuna karşı itirazın dahil aynı mahkemece incelenmesi Dairemizin yerleşik içtihatları gereğinden ise de hakem-bilirkişi raporuna (kararına) karşı ileri sürülen itiraz Yangın Sigortası Genel Şartları’nın 18/g maddesi niteliğinde olmamasına göre, davalı sigorta vekilinin yerinde görülmeyen temyiz itirazlarının reddiyle kararın onanmasını gerektirmiştir.” (11. HD., E. 1997/3560, K. 1997/4322, T. 7.6.1997 (Ulaş, Uygulamalı Sigorta, s. 247); Aynı yönde bkz. Yargıtay 11. HD., E. 1999/7213, K. 1999/8744, T. 4.11.1999 (Cantaymaz, s. 111, dn. 321).*

durumda tarafların inşâî haklarını onların yerine kullanmakta ve sözleşmeyi tam hâle getirmekte veya sözleşmeyi uyarlamaktadır. İnşâî davaların sınırlı sayıda olma prensibi olmasına rağmen, hakem-bilirkişi raporu iptali davası, doğrudan kanunda düzenlendiğinden (BGB § 319/I), hakem-bilirkişi raporunun iptali davasının hukukî niteliğinin bir inşâî dava olarak nitelendirilmesinde sorun bulunmamaktadır²⁰⁰⁹. Alman Federal Mahkemesi, hukukî ilişkinin bir hâkim kararıyla baştan oluşturulmasını bir irade özgürlüğüne aykırı olarak görmekte ve usûl ekonomisi gibi nedenlerle, bu davayı örtülü inşâî dava (Verdeckte Gestaltungsklage) şeklinde bir eda davası (Leistungklage) olarak nitelendirmektedir²⁰¹⁰. Ancak doktrin, bu davanın hukukî niteliğinin, bir eda davası olarak nitelendirilmesini eleştirmektedir²⁰¹¹.

Diğer yandan doktrinde, hakem-bilirkişi dar anlamda hakem-bilirkişilik sözleşmeleri şeklinde bir vakıa tespit faaliyeti yapması durumunda, yapılan bu vakıa tespit faaliyetinin, açıkça hakkaniyete aykırı veya yanlış olduğu iddia edilerek açılan hakem-bilirkişi raporu iptal davasının hukukî niteliğinin bir menfî tespit davası olduğu belirtilmektedir²⁰¹². Alman hukukunda doğrudan hakem-bilirkişi raporunun açıkça hakkaniyete aykırı veya yanlış olması durumunda, tarafların hakem-bilirkişi raporunun iptalini mahkemeden talep edilebileceği kanunen düzenlendiği (BGB § 319/I) için tespit davası için aranan, hukukî yarar tartışmalarını kısaltmış ve sona erdirmiştir²⁰¹³.

İsviçre hukukunda hakem-bilirkişinin faaliyeti, sadece taraflar arasındaki çekişmeli vakıanın tespittir. Doktrinde, hakem-bilirkişi raporunun iptaline yönelik, bağımsız bir menfî tespit davası açılıp açılmayacağı doktrinde tartışmalıdır. Çünkü tespit davası, sadece hak veya hukukî ilişkinin varlığı veya yokluğu hakkında açılabilir (SchZPO Art. 88, HMK m. 106/I). Ancak tespit davasının konusunu, maddî vakıalar tek başına oluşturamaz (HMK m. 106/III). Tarafların bağımsız bir dava açmak yerine, hakem-bilirkişi raporuna dayanılarak açılan eda davasında, hakem-bilirkişi raporunun bağlayıcı olmadığını savunma sebebi olarak ileri sürmesi de mümkündür²⁰¹⁴. Bu

²⁰⁰⁹ Maus, s. 125-126; Stieglmeier, s. 106-107.

²⁰¹⁰ BGH Urt. v. 7.4.2000-VZR 36/99, NJW 2000, 2986, 2987; BGH Urt. v. 30.3.1979-VZR 150/77, NJW 1979, 1543 (Stieglmeier, s. 107, dn. 266); Maus, s. 125.

²⁰¹¹ Stieglmeier, s. 108.

²⁰¹² Maus, s. 249; Kisch, Schiedsmann, s. 147; Rauscher, s. 279; Heinrich, s. 250-251; Asmus, s. 167.

²⁰¹³ Maus, s. 248-249.

²⁰¹⁴ Brosi, s. 290.

durum, bağımsız bir hakem-bilirkişi raporu iptal davasının, hukukî yarar eksikliği sebebiyle açılıp açılmayacağı tartışmasını ortaya çıkarmıştır. Ancak, hakem-bilirkişi raporundan olumsuz etkilenen taraf, kendisine karşı bir eda davası açılmasını beklemeksizin de dava açarak bu belirsizliği sona erdirmek isteyebilir. Hakem-bilirkişi raporunun bağlayıcı olup olmadığının tespiti davasında, tespit davasının konusu bir vakıa olmayıp, hakem-bilirkişi raporunun bağlayıcı olup olmadığı şeklinde, hukukî ilişkiyi içeren hukukî bir sorundur. Dolayısıyla hakem-bilirkişi raporunun bağlayıcı olmamasına ilişkin karar, taraflar arasındaki hukukî ilişkiyi de etkilemektedir. Bu nedenle tarafların, hakem-bilirkişi raporunun bağlayıcı olup olmadığının açıklığa kavuşturulmasında hakları ve menfaatleri vardır. Taraflardan, bu belirsizliği sürdürmesi artık beklenemeyecek olup bu tehdidin mevcut olduğu ve bunu başka bir şekilde gidermek mümkün olmayacak şekilde hukukî yararları mevcuttur. Bu nedenle, doktrinde hakem-bilirkişi raporu iptali davasının hukukî niteliği, bir menfi tespit davası olarak nitelendirilmekte ve bu davada tarafların hukukî yararının bulunduğu ifade edilmektedir²⁰¹⁵.

Hukukumuzda da hakem-bilirkişinin sadece vakıa tespit şeklinde bir görevi olduğundan hakem-bilirkişi raporunun, açıkça hakkaniyete aykırı veya yanlış olması durumunda, açılan davanın iptal davasının hukukî niteliğinin bir tespit davası olup olmadığı doktrinde tartışmalıdır. Çünkü maddî vakıalar, tek başlarına tespit davasının konusunu oluşturamaz (HMK m. 106/III). Ancak hakem-bilirkişi raporunun iptaline ilişkin doktrindeki görüşler ve yargı kararlarında da hakem-bilirkişi raporunun iptalinin ayrı bir dava ile istenebileceği gibi, açılmış olan eda davasında da savunma sebebi olarak ileri sürülmesinin mümkün olduğu ifade edilmektedir²⁰¹⁶. Çünkü hakem-bilirkişi raporu bir vakıa tespitine ilişkin olmakla birlikte, bu vakıa (zarar ve kusur oranının tespiti hâllerinde olduğu gibi) hukukî ilişkinin de tespitini içermekte ve nitekim hukukî ilişkinin tespiti için de tespit davası açmak mümkündür²⁰¹⁷. Aynı

²⁰¹⁵ Brosi, s. 290-291; Bachmann, s. 110; Göksu, s. 47.

²⁰¹⁶ “Taraflar arasında yapılan sigorta sözleşmesi genel şartlarının 14 ncü maddesinde hasarın nasıl tespit edileceği öngörülmüştür. Sigortalı mallarda meydana gelen zarar ve ziyan hakkında uyuşma olmadığı takdirde, bu zarar ve ziyanın tutarı hakem-bilirkişiler aracılığıyla tespit edilir. Hakem-bilirkişinin kararlarına karşı da ancak bu kararın, aşikâr olarak gerçek durumdan önemli bir biçimde farklı olduğu takdirde, itiraz edebilir veya iptalini mahkemeden istenebilir. Hakem-bilirkişi raporunun iptali istemi, zarar ve ziyanın bir tür tespiti niteliğindedir.” (YHGK, E. 1995/11-366, K. 1995/640, T. 14.06.1995) (Yılmaz, Şerh, s. 3628, dn. 22).

²⁰¹⁷ Kuru, Usûl Cilt III, s. 2917; Yeşilırmak, Hakem-Bilirkişilik, s. 727-728; Hanağası, s. 249.

şekilde uygulamadaki ihtiyaçlar da hakem-bilirkişi raporunun iptali için ayrı bir iptal davası açılmasını gerekli kılmaktadır. Zira hakem-bilirkişi raporu iptal davası için sigorta genel şartlarında, bir hafta veya on beş gün gibi kısa süreler düzenlemektedir. Ayrıca, taraflar aralarında tahkim anlaşması yapmışlarsa, hakem-bilirkişi raporunun iptalini hakemden de isteyebilir²⁰¹⁸.

Yargıtay, bir kararında²⁰¹⁹, “*hakem-bilirkişilerin tanzim ettikleri, rapor aleyhine poliçe umumî şartlarının 16. maddesinin 2. fıkrasının (ğ) bendi hükmü gereğince ve tespit davası yoluyla mahkeme başvuruabileceği*”, şeklindeki kararıyla hakem-bilirkişi raporu iptali davasının hukukî niteliğini bir tespit davası olarak nitelendirmiştir.

Hakem-bilirkişi raporu iptal davası, bir tespit davası niteliğinde olup hakem-bilirkişi raporunun geçerli olup olmadığı tespit edilmektedir. Bu iptal davası genel hükümlere göre istenir ve incelenir²⁰²⁰. Ayrıca hakem-bilirkişi raporu iptal davası, asıl alacağı ilişkin husus içermediği için maktu harç vekâlet ücreti alınması gerekir²⁰²¹.

Hakem-bilirkişi raporunun iptalinin reddi kararı da hakem-bilirkişi raporunun geçerli olduğunu ifade eden bir müspet tespit hükmü olduğundan, aynı şekilde ilâmlı icra hükümlerine göre icra edilemez. Bu durumda, tarafın eda davası açması gerekmektedir. Eda davasında, hakem-bilirkişi raporuyla tespit edilen miktar tarafları ve mahkemeyi bağlayıcı nitelikte delil teşkil eder. Bu nedenle, hakem-bilirkişi raporunun iptalini reddeden, mahkemenin esas alacak hakkında karar vermesi söz konusu değildir²⁰²².

²⁰¹⁸ Yeşilırmak, Hakem-Bilirkişilik, s. 728; Brosi, s. 292.

²⁰¹⁹ Yargıtay TD 2.6.1971, 2830/4366 (Kuru, Usûl Cilt III, s. 2917, dn. 91); Aynı görüşte bkz. Yargıtay 11. HD, E. 1994/3170, K. 1994/643, T. 1.2.1994 (Kuru, Usûl Cilt III, s. 2919, dn. 91b); YHGK, E. 1995/11-366, K. 1995/640, T. 14.06.1995 (Yılmaz, Şerh, s. 3628, dn. 22).

²⁰²⁰ Ö. Atalay, s. 872; Yeşilırmak, Hakem-Bilirkişilik, s. 728-729.

²⁰²¹ “*Taraflar arasındaki anlaşmanın koşullarını düzenleyen poliçenin 16. maddesinde ziya ve hasarın tespitinde tarafların hakem-bilirkişileri anlaşamadıkları takdirde bunların incelemeye başlamadan önce seçecekleri üçüncü hakem-bilirkişi, taraflar hakem-bilirkişilerinin saptadıkları hadler dahilinde kalmak üzere bir miktar tayinine yetkilidir. Taraflar arasında delil sözleşmesi niteliğinde bulunan bu hüküm gereğince üçüncü hakem-bilirkişinin, davacı hakem-bilirkişisinin saptadığı (50.000) Lira arasındaki bir miktarı belirtmekle yetkili iken poliçenin 16. maddesindeki yetkisini tecavüz ederek (45.000) lira olarak hasar ve ziya belirtmiş olması, yalnızca bu nedenle yetki tecavüzü yönünden verdiği raporun iptali gerekir. Öte yandan, dava bir eda davası olmayıp, tespit davası niteliğinde bulunması ve bundan miktarın dava sonucu bakımından vekillik ücreti tayinine etkili bulunmaması nedenleriyle Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi gereğince davacı yararına maktu vekillik ücreti tayini gerekirken, nisbî vekillik ücreti tayini yerinde değildir.*” (Yargıtay 11. HD., E. 1980/5864, K. 1981/231, T. 23.1.1981) (Ulaş, Uygulamalı Sigorta, s. 133-134); Konuralp, İptal Davası, s. 174; Yeşilırmak, Hakem-Bilirkişilik, s. 729.

²⁰²² Konuralp, İptal Davası, s. 173-174.

Diğer yandan, taraflardan birinin, hakem-bilirkişi raporuna dayanarak, mesela tazminat veya eda davası açması durumunda, karşı tarafın hakem-bilirkişi raporunun iptaline yönelik, ayrı bir dava açmasında hukukî yararı yoktur. Çünkü savunma sebebi olarak ileri sürülebilecek bir husus, ayrı bir dava konusu yapılamayacaktır. Bu nedenle açılan dava, dava şartı olan hukukî yarar (HMK m. 114/1/h) eksikliğinden, usûlden reddedilmesi gerekir. Nitekim davalı aynı davada, hakem-bilirkişi raporunun, açıkça hakkaniyete aykırı veya yanlış olduğunu ve bu nedenle iptal edilmesi gerektiğini savunma yoluyla ileri sürebilir. Mahkemede, bu durumu ön sorun (hadise) (HMK m. 163) olarak incelemesi gerekir²⁰²³. Hakem-bilirkişi raporunun iptali için dava açıldıktan sonra, asıl dava (tazminat davası) açılması durumunda, bu davaya bakan mahkeme, hakem-bilirkişi raporunun iptali hakkındaki davayı, bekletici mesele (HMK m. 165) yapması gerekir²⁰²⁴. Çünkü hakem-bilirkişi raporu gibi, bu raporun iptali hakkındaki, davada verilecek karar da asıl davaya bakan mahkemeyi bağlar²⁰²⁵.

5. Mahkemenin İncelemesi

Hakem-bilirkişi raporunun açıkça hakkaniyete aykırı veya yanlış olmasına dayanılarak açılan hakem-bilirkişi raporu iptal davasında, mahkemenin nasıl bir inceleme yapması gerektiği karşılaştırmalı hukuk ve hukukumuzda tartışmalıdır.

Alman hukukunda, Alman Federal Mahkemesi'nin bu konuda, iki farklı kararı bulunmaktadır. Mahkeme ilk kararında, hakem-bilirkişi raporunun iptaline yönelik, hakem-bilirkişi raporu, dürüstlük kuralını açık bir şekilde ihlâl ediyorsa, hakem-bilirkişi raporunun iptal edilmesi gerektiğine karar vermiştir. Bu kararda mahkeme, hakem-bilirkişi raporunun ayrıntılı incelemesine gerek olmaksızın, hakem-bilirkişi raporunun dürüstlük kuralını ihlâl etmesini yeterli görüp hakem-bilirkişi raporunun iptaline karar vermiştir²⁰²⁶. Alman Federal Mahkemesi, ilk kararından dönmüş ve

²⁰²³ Kuru, Usûl Cilt III, s. 2920.

²⁰²⁴“Bu durumda, haksız iktisap olduğu iddia edilen ödemenin müstenidi olan hakem-bilirkişi raporunun iptali hakkında açılan dava sonucu, bu dava için bekletici mesele teşkil eder. Her ne kadar davalının sözünü ettiği 9.3.1973 tarihli ilam dosya içinde mevcut ise de kesinleşip kesinleşmediği anlaşılamamaktadır. O halde bu yönün tespitinden sonra davacının talebi hakkında bir karar verilmek gerekirken yazılı olduğu şekilde tahsil kararı ittihazında isabet görülmemiştir.” (Yargıtay 11. HD., E. 1973/3740, K. 1973/4861, T. 6.12.1973 (Kuru, Usûl Cilt III, s. 2921, dn. 93).

²⁰²⁵ Kuru, Usûl Cilt III, s. 2920; Konuralp, İptal Davası, s. 174.

²⁰²⁶ BGH v. 14.10.1958 NJW 1958, 2067 (Kleinschmidt, s. 725, dn. 159).

ikinci kararında, hakem-bilirkişi raporunda açıkça hakkaniyete aykırılık ve yanlışlık denetiminin, herkes için geçerli olmayan, sadece bir uzmanın hemen veya dikkatli inceleme sonrası gözüne çarpan durum olarak belirtmiştir. Bu nedenle hakem-bilirkişi raporunun açıkça hakkaniyete aykırı veya yanlış olmasının, herkesçe bilinen bir vakıa olmadığını (HMK m. 187/II), ispatlanmaya muhtaç bir vakıa olduğunu, sadece bir uzman şeklinde, mahkeme bilirkişisinin hemen veya ayrıntılı incelemesine dayanması gerektiğini belirtmiştir. Bu nedenle hâkimin tek başına bu hususu, belirlemeyeceğine karar vermiştir²⁰²⁷. Doktrinde de hâkimin uzmanlık alanının hukuk olduğu, teknik konularda hâkimin bir uzmanlığının olmadığından, hakem-bilirkişi raporunun açıkça hakkaniyete aykırı veya yanlış olmasını, hâkimin, tek başına belirlemeyeceği ifade edilmektedir. Bu nedenle hâkimin, bu hususta bilirkişi tarafından dikkatli bir inceleme yaptırması gerektiği ifade edilmektedir. Dolayısıyla hâkim, mahkeme bilirkişilerinden yardım almalı, bilirkişinin belirlediği miktarla, hakem-bilirkişinin belirlediği miktar arasındaki yüzdeler oranlara göre, karar vermesi gerektiği belirtilmektedir²⁰²⁸.

İsviçre hukukunda da hakem-bilirkişinin, hakem-bilirkişi raporunun iptaline karar verirken, nasıl bir inceleme yapması gerektiği, doktrinde tartışmalıdır. *Angstmann*'a göre, mahkeme tarafından açıkça yanlışlık şeklinde, hakem-bilirkişi raporunun doğruluğu hakkında, sınırlı bir inceleme yapılması gerekir. Mahkemenin incelemesini, bu nedenle bir kanun yolu incelemesine benzetmekte, vakıaların en baştan tartışılmayacağını, sadece hakem-bilirkişiye verilen bilgi, belgeler ve hakem-bilirkişi raporuyla sınırlı bir inceleme yapılması gerektiğini ifade etmektedir. Ancak, hâkimin teknik durumlar bakımından gerekirse, bir mahkeme bilirkişinden yardım alması gerektiğini belirtmektedir. Ancak, bu durumda dâhi, mahkeme tarafından kontrolün sınırlı (Plausibilitätskontrolle) olması gerektiğini savunmaktadır. Diğer yandan mahkemenin, sadece bilirkişinin tespit ettiği miktarla, hakem-bilirkişinin tespiti arasındaki yüzdeler oransal farklılıklar üzerinden, hakem-bilirkişi raporunun iptaline karar vermemesi gerekir²⁰²⁹.

İsviçre Federal Mahkemesi, Alman Federal Mahkemesine benzer şekilde, mahkemenin hakem-bilirkişi raporunda açıkça hakkaniyete aykırılık ve yanlışlık

²⁰²⁷ BGH v. 27.6.2001 NJW 2001, 3775, 3777 (Kleinschmidt, s. 724, dn. 151).

²⁰²⁸ Heinrich, s. 236; Asmus, s. 168; Sieveking, s. 126; Kleinschmidt, s. 730.

²⁰²⁹ Angstmann, s. 144-145.

denetimi için hakem-bilirkişi raporundaki bir hatanın, hemen göze çarpması, hemen fark edilmesi (Sofort ins Auge springt)²⁰³⁰ veya derhâl açık olması gibi (Sofort Erkennbar oder Aufdrängt)²⁰³¹ kriterlere dayanmaktadır. Bu nedenle, mahkemece görevlendirecek bilirkişi, değerlendirilecek sorunu meslekî niteliklerine, konunun önemine ve karmaşıklığına uygun olarak incelemesi sırasında, hatanın açık ve net hâle gelip gelmediği ve bu şekilde ortaya çıkıp çıkmadığını kontrol etmelidir. Mahkemeler, hakem-bilirkişi raporunun iptali konusunda, mahkeme bilirkişilerinden yardım almak zorundadır. Aynı şekilde, hakem-bilirkişi raporu, zararın miktarının tespiti gibi bir sayısal bir tespit yapması durumunda, gerçek durumundan önemli ölçüde sapma olup olmadığı bakımından, yüzdelik oransal verilerden hareket edilmesi gerekmektedir²⁰³². Nitekim hakem-bilirkişi ve bilirkişi raporu arasındaki içeriğin karşılaştırılması, en azından açıkça yanlışlığın varlığına ilişkin bir kanıt olabilir²⁰³³.

Hukukumuzda da hakem-bilirkişi raporunun iptaline yönelik mahkemenin nasıl bir inceleme yapması gerektiği doktrinde tartışmalıdır. Sigorta genel şartlarında genel olarak, hakem-bilirkişi raporunun iptaline yönelik mahkeme incelenmesi bakımından, hakem-bilirkişi raporlarına, ancak karar ilk bakışta anlaşılır, yani aşikâr olarak hakiki durumdan önemli şekilde farklı ise itiraz edilebileceği düzenlenmiş olup²⁰³⁴ doktrinde husus farklı şekillerde yorumlanmıştır.

Yeşilirmak bu konuda²⁰³⁵, açıkça aykırılığın ve aşikâr olarak gerçekten ayrılma durumunun tespitinin, Amerikan hukukundaki mahkeme kararlarında ifade edilen, ilk görünüş (prima facie) ispatı olarak değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Dolayısıyla hakem-bilirkişi raporu, hâkim veya hakem tarafından, eldeki verilere ve taraf beyanlarına göre yapılan inceleme sonucunda, ilk görünüşte adalet ve nesafete aykırı veya aşikâr olarak gerçekten ayrılmışsa, bu durumda hâkim hakem-bilirkişi raporunu iptal etmesi gerektiğini savunmaktadır. Örneğin, bir depoda yanan pamuk balyalarının değerinin tespitine ilişkin, hakem-bilirkişi raporu iptaline yönelik

²⁰³⁰ BGE 67 II 148 (Brosi, s. 270, dn. 1083).

²⁰³¹ ZR 93/1994, Nr. 34, 132, E. 6. 5. (Brosi, s. 270, dn. 1084).

²⁰³² Brosi, s. 269; Bachmann, s. 107-108.

²⁰³³ Brosi, s. 269.

²⁰³⁴ Bkz. İnşaat SGŞ (Bütün Riskler) B.2 maddesi g fıkrası; Makine Kırılması SGŞ madde 13 g fıkrası; Montaj SGŞ madde 14 g fıkrası; Yangın SGŞ B.4 maddeleri örnek olarak verilebilir.

²⁰³⁵ Yeşilirmak, Hakem-Bilirkişilik, s. 724.

Yargıtay kararında²⁰³⁶, hakem-bilirkişi raporunda belirtilen miktarda pamuk balyasının anılan depoda saklanması fiziken mümkün olmadığı iddiasının değerlendirilmesi gerektiğine hükmetmiştir. Çünkü iddianın doğru olması durumunda, hakem-bilirkişi raporu hak ve nesafete aykırı olacak ve gerçek durumdan aşikâr biçimde ayrılmış olacaktır. Bu kapsamda, mahkeme tarafından, bilirkişi incelemesine gerek olmaksızın, eldeki verilere ve taraf beyanlarına göre inceleme yapılması gerektiğini savunmaktadır. Bu nedenle, Yargıtay'ın son dönemde vermiş olduğu, hakem-bilirkişi raporunun iptali açısından, mahkemece bilirkişi atanması ve bilirkişi raporuyla hakem-bilirkişi raporunun örtüşmemesi durumundaki²⁰³⁷, hakem-bilirkişi raporunun iptaline yönelik tutumu eleştirmektedir. Nitekim bu durumda her hakem-bilirkişi raporu iptal davasında, vakıanın tespitine ilişkin bilirkişi atanıp bilirkişi raporu ile hakem-bilirkişi raporunun karşılaştırılması şeklinde, hakem-bilirkişi raporlarının iptali için aranan hak ve nesafete veya gerçeğe açık ve aşikâr aykırılığı aramanın hiçbir anlamı kalmayacağını ifade etmiştir²⁰³⁸.

Hakem-bilirkişi raporunun incelenmesine yönelik, mahkemenin yaptığı incelemeyi, bir dolaylı ispat yöntemi olan ilk görünüş ispatı şeklinde nitelendirme her durumda uygun olmayabilir. Hâkim bazı durumlarda taraf beyanları ve tecrübe kuralından yararlanarak bilirkişiye başvurmaksızın hakem-bilirkişi raporunun iptaline karar verebilir. Ancak hakem-bilirkişinin tespit etmiş olduğu vakıalar her zaman hâkimin tecrübe kurallarıyla sonuca ulaşp hakem-bilirkişi raporunun iptaline karar vermesini gerektiren durumlar yerine, teknik inceleme gerektiren durumlar da olabilir. Nitekim ilk görünüş ispatı, iddia edilen vakıayı doğrudan ispat eden delillerle olmayıp dolaylı ispat şeklinde, diğer komşu olayların varlığına dayalı olarak, çekişmeli olay hakkında, hâkimin mevcut fiili olaylardan, yaşam deneyimi şeklinde tecrübe

²⁰³⁶ Yargıtay 11. HD, E. 1983/3568, K. 1983/4203, T. 11.10.1983 (Doğanay Şerh, s. 2953, dn. 53); Yeşilırmak, s. 724, dn. 128.

²⁰³⁷ “Dava, hakem-bilirkişi raporunun iptaline ilişkindir. Davalı tarafından düzenlenen Endüstriyel Yangın Sigorta Poliçesi'nde davacıya ait işyerinde meydana gelebilecek yangın risklerine karşı yabancı para (USD) bazında teminat verilmiş olup, davacı ve 3. hakem-bilirkişiler sigorta tazminatını yabancı paraya tahvil etmişlerdir. (143.190 Ü 4.555 R 147.745 USD olarak) Her ne kadar taraflar arasındaki Sigorta Poliçesi Genel Şartları'nın B-4 maddesinde, hakem-bilirkişi kararlarına ancak, tespit edilen zarar miktarının gerçek durumdan önemli şekilde farklı olması durumunda itiraz edilebileceği kabul edilmiş ise de, somut olaydaki risk tarihi, hasarın niteliği, paranın satın alma gücü gibi kıstaslar nazara alındığında, gerek TL ve gerekse USD bazında hakem-bilirkişi raporları arasında % 19,90'lık farkın önemli olduğunun kabul gerekir” (Yargıtay 11. HD., E. 2001/2770; K. 2001/4675, T. 24.5.2001 (Kazancı İçtihat-Bilgi Bankası, E.T. 22.10.2024).

²⁰³⁸ Yeşilırmak, Hakem-Bilirkişilik, s. 726.

kurallarına göre çıkarım yapmasıdır²⁰³⁹. Dolaylı ispat yöntemleri çeşitlerinden biri olan emare delilden de ilk görünüş ispatı farklılık arz etmektedir. İlk görünüş ispatının asıl kullanım alanı nedensellik ve kusur iken; emare delilde olayın tüm unsurları konu edinebilir²⁰⁴⁰. Örneğin, ameliyat olan kişinin, kendisini ameliyat eden doktora karşı açtığı tazminat davasında, hâkim, bilirkişi deliline başvurmaksızın, doktorun bu makası kusurlu olarak hastanın karnında unuttuğunu, tecrübe kuralları şeklinde, ilk görünüş ispatıyla ulaşır²⁰⁴¹. Hakem-bilirkişi raporunun iptaline yönelik dava bakımından, dava konusu doğrudan hakem-bilirkişi raporunun açıkça yanlış olup olmadığını konu edindiği için burada dolaylı ispat değil, doğrudan ispat vardır. Ayrıca hâkimin kullanması gereken tecrübe kuralından ziyade, genel olarak teknik konu hakkında onun uzmanlığının yetersizliğinin olduğu bir durum söz konusu olup bu durumlarda hâkim davanın taraflardan birinin talebi üzerine veya kendiliğinden bilirkişi incelemesine başvurabilir (HMK m. 266/I). Dolayısıyla mahkemenin, hakem-bilirkişi raporuna ilişkin incelemesini ilk görünüş ispatından ziyade, genel olarak hâkimin çözümünün hukuk dışında, özel veya teknik bilgiyi gerektiren bir inceleme olarak nitelendirmek gerekir.

Diğer yandan, hakem-bilirkişi raporundan olumsuz etkilenen tarafın, hakem-bilirkişi raporunun açıkça yanlış olduğuna ilişkin muğlak genel iddiaları söz konusu vakıya ilişkin kapsamlı bir tahkikat şeklinde, doğrudan mahkemenin bilirkişi incelemesi yaptırmasına da yol açmamalıdır²⁰⁴². Hakem-bilirkişi raporunun iptali davasında, hakem-bilirkişi raporunun bağlayıcı olmadığını iddia eden, ispat yükü altında olup bu ispatında hakem-bilirkişi raporunun gerçek durumdan saptığını ve bu sapmanın önemli derecede olduğunu ispatlaması gerekir²⁰⁴³. Bu nedenle, hakem-bilirkişi raporunun bağlayıcı olmadığına ilişkin dilekçesinde deliller sunması gerekmekte ve bu konuda isterse bir uzman görüşü de alabilmesi mümkündür²⁰⁴⁴. Ancak, bu davada hakem-bilirkişinin kusurlu olduğunu kanıtlamasına gerek yoktur. Hakem-bilirkişinin kusuru, hakem-bilirkişinin sorumluluğu davasında önem arz

²⁰³⁹ Leyla Keser, “İlk Görünüş İspatı (Prima Facie Beweis)”, **Prof. Dr. Mahmut Tevfik Birsel’e Armağan**, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir 2001, s. 231, 238; Erturgut, s. 280; M. Göksu, Delil, s. 114.

²⁰⁴⁰ Keser, s. 237; Erturgut, s. 281.

²⁰⁴¹ Keser, s. 235; BGH VersR 1952, s. 180 vd. (Keser, s. 235, dn. 19).

²⁰⁴² Brosi, s. 293-294.

²⁰⁴³ Kisch, Schiedsmann, s. 148-149; Heinrich, s. 249; Asmus, s. 170; Brosi, s. 269.

²⁰⁴⁴ Brosi, s. 293.

edecektir²⁰⁴⁵. Diğer yandan, hakem-bilirkişi raporunun doğru olduğunu iddia edenin, onun doğruluğunu kanıtlaması gerekmeyecek olup sadece hakem-bilirkişi raporunun doğru olduğuna ilişkin, karşı ispat faaliyetinde bulunacaktır²⁰⁴⁶.

Hakem-bilirkişi raporunun iptali davasında, mahkeme hakem-bilirkişi raporuyla bağlı olmayıp delillerin serbestçe değerlendirmesi şeklinde (HMK m. 198, ZPO § 286, 287) genel ispat kuralları geçerli olacaktır. Ancak mahkeme, çekişmeli vakıayı baştan incelemeyecek, sadece hakem-bilirkişiye teslim edilen bilgi ve belgeler ve hakem-bilirkişinin dikkate almadığı bilgi ve belgeler üzerinden, hakem-bilirkişinin tespitte bulunduğu ana göre, sınırlı bir inceleme yapacaktır. Ayrıca bu konuda gerekirse mahkeme bilirkişilerinden yardım alacaktır²⁰⁴⁷.

Alman hukukunda, mahkemeler hakem-bilirkişi raporunun iptali davasında, katı bir tutum sergilemekte, bu şekilde hakem-bilirkişi raporunun açıkça hakkaniyete aykırı veya yanlış olup olmadığı konusunda, hâkimin kanaat getiremediği durumda, şüphe kuralı olarak, hakem-bilirkişi raporunun geçerli olduğuna karar vermektedir²⁰⁴⁸. Bu konuda Alman mahkemeleri, 2000 yılından 2012 yılına kadar, hakem-bilirkişi raporunun iptaline yönelik açılan, yirmi davanın sadece üçünde²⁰⁴⁹, hakem-bilirkişi raporunun iptaline karar vermiştir.

Karşılaştırmalı hukukta olduğu gibi, hakem-bilirkişi raporu iptali davasında, öncelikle hakem-bilirkişi raporunun iptal edilebilmesine yönelik tutum katı hâle getirilmelidir. Bu nedenle hakem-bilirkişi raporunun iptalini isteyen taraf, bu konuda ispat yükü altında olup hakem-bilirkişi raporunun iptaline yönelik sebeplerini ayrıntılı olarak dilekçesinde ifade etmesi gerekir. Dilekçesinde taraf beyanını güçlendirmek için bu konuda uzman görüşünden de yararlanabilir. Mahkeme, hakem-bilirkişi raporunun iptali davasında, hakem-bilirkişi raporu iptal sebepleri açısından, tarafın sunmuş olduğu sebeplerle bağlı olup kanaatimizce, kamu düzeni ve hakem-bilirkişiliğe elverişlilik hariç re 'sen inceleme yapamaz²⁰⁵⁰. Ayrıca, mahkemenin hakem-bilirkişi raporu sürecinde, hakem-bilirkişiye verilen bilgi ve belgeler üzerinden

²⁰⁴⁵ Heinrich, s. 237; Asmus, s. 161; Bachmann, s. 107; Meyer, s. 29.

²⁰⁴⁶ Kisch, Schiedsmann, s. 148-149.

²⁰⁴⁷ Brosi, s. 269; Asmus, s. 168; Heinrich, s. 249.

²⁰⁴⁸ Dütz, s. 254; Kisch, Schiedsmann, s. 149; Asmus, s. 170; Kleinschmidt, s. 743.

²⁰⁴⁹ BGH v. 19.1.2001 NJW 2001, 1930, 1931; LG Dortmund v. 30.5.2008; OLG Rostock v. 26. 5. 2004 OLGR 2006, 2 (Kleinschmidt, s. 743, dn. 293, 294).

²⁰⁵⁰ Bu konu hakkındaki açıklamalarımız için bkz. Dördüncü Bölüm, III, B, 3.

ve hakem-bilirkişi raporunun düzenlendiği an esas alınarak inceleme yapması gerekir. Ancak hâkim, hakem-bilirkişi raporunun iptali davasında, teknik konularda uzman bir kişi olmadığı için bilirkişilerden (HMK m. 266) de yardım alması gerekir. Mahkeme bilirkişisi ve hakem-bilirkişi arasındaki, tespit edilen tutarlar bakımından, yüzdelerik oransal farklılıklar da dikkate alınmalı, ancak bu farklılıklar somut olaya göre de değeriendirilmelidir.

6. İptal Davasında Karar ve Karara Karşı Başvuru Yolları

a. Karar

Hakem-bilirkişi raporunun iptal edilmesi sonrası, mahkemenin kendisi mi karar vermeli, yoksa eski hakem-bilirkişilerle veya yeni hakem-bilirkişiler seçilerek, yeniden hakem-bilirkişilik prosedürü mü işletilmesi gerektiği, karşılaştırmalı hukuk ve hukukumuzda tartışmalıdır.

Alman hukukunda, hakem-bilirkişi raporunun açıkça hakkaniyete aykırı, açıkça yanlış olması ve gerçek durumdan önemli ölçüde sapması durumunda, mahkemenin karar vermesi gerektiği, hem BGB § 319/I hem de VVG § 84/I hükümlerinde doğrudan düzenlenmiştir. Yürürlükten kalkan Alman Sigorta Sözleşmeleri Kanunu VVG § 64 hükümlerinde, hakem-bilirkişi raporunun, gerçek durumdan önemli ölçüde sapması durumunda, mahkemenin karar vereceği düzenlenmiştir. Ancak, hükmün gerekçesinde, tarafların bu konuda, başka bir çözüm yolu olarak, yeniden hakem-bilirkişilik sürecini başlatabileceklerinin mümkün olduğu belirtilmiştir²⁰⁵¹. Bu nedenle, doktrinde, tarafların mahkemeden sadece hakem-bilirkişi raporunun iptalinin tespitine karar verilmesini istendiği takdirde, mahkemenin kendisinin, bu miktarı belirlememesi gerektiği ifade edilmektedir. Dolayısıyla, doktrinde tarafların hakem-bilirkişi raporu iptal sebeplerine göre, aynı veya yeni hakem-bilirkişileri seçmelerine izin verilmesi, eğer bu mümkün olmadığı takdirde, son çare olarak mahkemenin karar vermesi gerektiği savunulmaktadır²⁰⁵². Ayrıca

²⁰⁵¹ Kisch, Schiedsmann, s. 154, dn. 5.

²⁰⁵² Kisch, Schiedsmann, s. 154; Heinrich, s. 250; Kleinschmidt, s. 699.

mahkemenin bu durumda, kendisinin karar vermesinin, tarafların irade özgürlüğüne de aykırılık teşkil ettiği ifade edilmektedir²⁰⁵³.

İsviçre hukukunda hakem-bilirkişi raporunun açıkça hakkaniyete aykırı veya yanlış olması durumunda, mahkemenin karar vereceğine ilişkin, kanunî bir düzenleme yoktur.

Bachmann, Alman hukukundaki hakem-bilirkişi raporunun açıkça yanlış olması durumunda, mahkemenin karar vermesi durumunu eleştirmektedir. Çünkü hâkimin görevi, salt vakıayı tespit etmek olamaz (HMK m. 106/II). Bu nedenle hâkimin görevi, hasar miktarını belirlemek değil, sadece hukukî sorun ve uyuşmazlık olan, hakem-bilirkişi raporunun iptali hakkında karar vermek olduğunu ifade etmiştir²⁰⁵⁴.

Brosi, hakem-bilirkişi raporunun iptaline mahkeme tarafından karar verilmesini, taraflar arasındaki hakem-bilirkişilik sözleşmesinin de sona ermesi sonucunu doğurmayacağını belirtmektedir. Bu nedenle, tarafların sözleşme gereği, yeniden hakem-bilirkişi raporu alması gerekir. Ancak tarafların yedek hakem-bilirkişi konusunda şart koymamaları veya yeniden hakem-bilirkişi atanması konusunda anlaşamamaları durumunda, hakem-bilirkişilik sözleşmesi sonradan imkânsız hâle gelebilmesi mümkündür. Hakem-bilirkişi raporu iptali davasında, mahkemenin görevi sadece hakem-bilirkişi raporunu iptal etmek olup mahkeme ayrıca çekişmeli vakıa hakkında bağlayıcı tespitte bulunamaz²⁰⁵⁵.

Hukukumuzda da hakem-bilirkişi raporunun iptal kararı sonrasında, sigorta genel şartlarında, mahkemenin karar verip vermesine ilişkin herhangi bir düzenleme olmadığından, bu durum doktrin ve içtihatlarda tartışmalıdır.

Doktrinde azınlık görüşe göre²⁰⁵⁶, Alman Sigorta Sözleşmesi Kanunu (VVG) § 84 hükmündeki gibi, mahkemece hakem-bilirkişi raporunun iptaline hükmedilmesi durumunda, vakıa tespitinin de mahkemece yapılması gerekir. Çünkü bunun pratik bir çözüm olduğu savunulmaktadır. Mahkemece zarar miktarının belirlendiği durumda, mahkemenin tespitinden sonra, tekrar hakem-bilirkişilerce rapor düzenlenmesi gerektiğini savunmak, ihtilafın uzamasına sebebiyet verdiğini ifade etmektedir. Ayrıca

²⁰⁵³ Stieglmeier, s. 106.

²⁰⁵⁴ Bachmann, s. 110.

²⁰⁵⁵ Brosi, s. 299.

²⁰⁵⁶ Yıldırım, s. 219.

Türk Ticaret Kanunu'nun 1427. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen, alacağın muacceliyet anının, yeniden hakem-bilirkişi raporu verilmesi anına uzamasına sebebiyet verecektir. Hakem-bilirkişi raporunun, mahkemece iptal edilmesi, taraflar açısından, hakem-bilirkişilerin güvenilirliklerinin ciddi ölçüde sarsılmasına ve sonradan atanan hakem-bilirkişiler açısından da mahkemece atanan bilirkişilerden farklı bir sonucun, dışına çıkmalarının olası olmadığını belirtmektedir.

Doktrinde bizim de katıldığımız hâkim görüşe göre²⁰⁵⁷, hakem-bilirkişi raporlarına karşı iptal davasında, mahkemenin vereceği karar, hakem-bilirkişi raporunun iptali veya iptal talebinin reddi şeklinde olması gerekir. Çünkü tarafların, talep sonucu, hakem-bilirkişi raporunun iptali isteminden ibaret olup asıl alacak hakkında bir istemleri yoktur. Taleple bağılılık ilkesine göre, hâkim, tarafların talep sonucuyla bağlı olup ondan fazlasına veya başka bir şeye karar veremeyecektir (HMK m. 26/I). Bu nedenle, hakem-bilirkişi raporunun iptali davasında, tarafların talep sonuçları, sadece hakem-bilirkişi raporunun iptaline ilişkin olup asıl alacak miktarı hakkında, bir talepleri olmadığından karar verilemez ve hakem-bilirkişi raporunun iptali davasının hukukî niteliği bir menfi tespit davasıdır. Ayrıca hakem-bilirkişi raporunun iptalinin içeriği sadece hakem-bilirkişi raporunun hukukî niteliği olan delil olarak geçersiz sayılmasından ibarettir. Bu nedenle, taraf iradesine saygı gösterilmek suretiyle, hakem-bilirkişi raporunun iptali sonrası, yeni bir hakem-bilirkişi atanması ve ilgili vakıa hakkında yeni bir hakem-bilirkişi raporunun düzenlenmesi gerekmektedir. Aksi durum, tarafların hakem-bilirkişilik sözleşmesi yapma iradesinin yok sayılmasına, mahkemenin kendisi atayacağı bilirkişilerce, uyuşmazlık konusuna dair yeni bir tespit gerçekleştirmesine sebebiyet verecektir. Nitekim hakem kararının iptali durumunda, taraflar aksini kararlaştırılmamışlarsa hakemleri ve tahkim süresini yeniden belirleyebilecekleri ve hatta isterlerse eski hakemleri tayin edebilecekleri kanunda düzenlenmiştir (HMK m. 439/VII). Aynı şekilde, hakem-bilirkişi raporunun iptali durumunda da ilk derece mahkemesi sadece, hakem-bilirkişi raporunun iptaline

²⁰⁵⁷ Yeşilirmak, Hakem-Bilirkişilik, s. 727; Konuralp, İptal Davası, s. 174; Taraflar hakem-bilirkişi raporundaki miktarın fahiş olup olmadığının tespiti için genel hükümlere göre alınan bilirkişi raporunun belirlediği zarar miktarında anlaşmaları durumunda, uyuşmazlık sulh yoluyla çözülecek ve yeni bir hakem-bilirkişi raporu alınmasına gerek kalmayacaktır. Ayrıca hakem-bilirkişi raporunda tespit edilen zarar miktarının fahiş olduğu bilirkişi incelemesi yaptırmaya gerek kalmadan, başka delillerin incelenmesi suretiyle anlaşılıyorsa, artık yeni bir hakem-bilirkişi kurulu oluşturularak, bunlardan rapor alınması gerekir (Korkmaz, s. 366); Demirel, s. 40.

veya iptal talebinin reddine karar vermeli, tarafların hakem-bilirkişileri ve hakem-bilirkişilik süresini yeniden belirleyebilmelerine ve hatta isterlerse eski hakem-bilirkişileri tayin etmelerine de izin verilmesi gerekir.

Yargıtay eski tarihli bir kararında, hakem-bilirkişi raporuna yapılan itiraz şeklinde iptal davasını olumlu görülürse, hakem-bilirkişi raporunu bir ara kararıyla iptal ederek, poliçe hükümleri gereğince oluşturulacak, yeni bir hakem-bilirkişi raporu alınarak, onun sonucuna göre bir karar verilmesi gerektiğine hükmetmiştir²⁰⁵⁸. Yargıtay sonraki kararlarında, her ne kadar hakem-bilirkişi raporunun iptalinin bir tespit davası niteliğini kabul edilse de bu davanın aynı zamanda gerçek zararın da tespiti anlamına geldiğini ifade etmektedir. Bu nedenle, ilk derece mahkemesinin, sadece hakem-bilirkişi raporunu iptal etmesini, bir bozma sebebi saymıştır²⁰⁵⁹. Yargıtay sonraki içtihatlarında da hakem-bilirkişi raporlarının iptalinin gerekip gerekmediği hususunda, uzman bilirkişi kurulu aracılığıyla inceleme yapılması ve yine kurul aracılığıyla gerçek zarar miktarının tespit edilerek, bu miktara hükmedilmesine karar vermiştir²⁰⁶⁰. Yargıtay, nitekim bu konuda katı bir tutum izleyerek, ilk derece mahkemesinin bu usûle uymaksızın, hakem-bilirkişilik prosedüründe yer almayan bir prosedür şeklinde, hakem-bilirkişilerden kendi raporlarına karşı itirazları inceleme yetkisi tanınması şeklinde alınan ek rapora dayanılarak, hüküm kurulmasını da bozma sebebi saymıştır²⁰⁶¹.

²⁰⁵⁸ Yargıtay 11. HD., E. 1983/3568, K. 1983/4203, T. 11.10.1983 (Ulaş, Uygulamalı Sigorta, s. 131); Cantaymaz, s. 110, dn. 318.

²⁰⁵⁹ “*Hakem-bilirkişi raporunun iptali istemi, zarar ve ziyanın bir tür tespiti niteliğindedir. Başka bir anlatımla, taraflar hakem-bilirkişi raporunun iptalini istemiş iseler, bu dava, aynı zamanda gerçek zararın tespiti anlamını da taşır. Yani mahkemece tarafların iddia ve savunmaları incelendikten sonra koşulları varsa, hakem-bilirkişi raporu iptal edilecek ve fakat bu iptal kararından sonra da gerçek zarar ne tutarda ise, bu tutar kararda gösterilmek suretiyle, zarar ve ziyan rakam olarak belirlenecektir. Hatta davacı taraf raporun iptali ile gerçek zararın tahsilini istemiş ise, mahkemece tahsile de karar verilmesi gerekir. Açıklanan bu duruma göre, hakem-bilirkişi raporunun mahkemece sadece iptaline karar verilmesi suretiyle uyumsuzluğun ortada bırakılması doğru görülmemiştir.*” (Yargıtay 11. HD., E. 1994/3170, K. 1994/643, T. 1. 2. 1994) (Kuru, Usûl Cilt III, s. 2919, dn. 91b).

²⁰⁶⁰ Yargıtay, 11. HD., E. 1996/6295, K. 1996/6884, T. 15.10.1996 (Cantaymaz, s. 110, dn. 319); Aynı görüşte bkz. Yargıtay 11. HD., E. 1989/8359, K. 1990/710, T. 8.2.1990 (Ulaş, Uygulamalı Sigorta, s. 246); YHGK, E. 1995/11-366, K. 1995/640, T. 14.06.1995) (Yılmaz, Şerh, s. 3628, dn. 22).

²⁰⁶¹ Yargıtay 11. HD., E. 1995/3551, K. 1995/4749, T. 8.6.1995 (Ulaş, Uygulamalı Sigorta, s. 306).

b. Karara Karşı Başvuru Yolları

Hakem-bilirkişi raporu, hukukî uyuşmazlığa ilişkin maddî vakianın tespitini tarafları ve mahkemeyi bağlayıcı şekilde gerçekleştirmektedir. Ancak hakem-bilirkişi raporu hem hakem-bilirkişinin, hâkim veya hakem olmaması hem de sadece hukukî uyuşmazlığa ilişkin vakıa tespitiyle sınırlı olması sebebiyle yargısal bir hüküm şeklinde kesin hüküm teşkil etmez. Bu nedenle hakem-bilirkişi raporlarına karşı doğrudan kanun yolu incelemesi şeklinde, istinaf ve temyiz kanun yolu kapalıdır²⁰⁶². Taraflar sadece hakem-bilirkişi raporunun açıkça hakkaniyete aykırı veya yanlış olduğu şeklinde maddî veya temel usûl hukuku ilkelerinin hakem-bilirkişilik sürecinde uygulanmadığını iddia ederek, ilk derece mahkemesi olan asliye ticaret mahkemesinde hakem-bilirkişi raporunun iptaline ilişkin dava açabilirler²⁰⁶³. Ayrıca ilk derece

²⁰⁶² Kuru, Usûl Cilt III, s. 2916; Konuralp, İptal Davası, s. 173; Yeşilırmak, Hakem-Bilirkişilik, s. 723; Doğanay, Şerh, s. 2952; Sebük, s. 67; “Sigorta mukavelenamesinin 18. maddesine istinaden seçilmiş olan şahıslar HUMK’nun tahkim faslındaki hakemlerden değildir. Bunlar hasarın mahiyet ve miktarını tayin ile vazifelendirilmiş hakem-bilirkişilerdir. Hakem-bilirkişiler hak ve hukukî münasebetler üzerinde karar vermeye yetkili kimseler değildir. Bunların verecekleri karar bir hasarın nispet ve kıymetinin takdiri gibi hususlara taallük eder ve bu şahısların mütalâa ve kararları tarafları bağlar. Bu mahiyeti itibarıyla bu kararlar infaz kabiliyetine haiz bulunmadığı gibi, bunlar aleyhine doğrudan temyiz kanun yoluna da gidilemez. Bu kararlar ancak mahkemenin kararına esas olabilir” (İİD, E. 1959/1364, K. 1959/1677, T. 5.6.1959) (Kuru, Usûl Cilt III, s. 2915, dn. 78); “Hakem-bilirkişi raporları hukuken bir hakem kararı mahiyetinde olmadıkları için kabili temyiz değildirler” (Yargıtay TD, E. 1959/230, K. 1959/1306, T. 5.5.1959) (Doğanay, Şerh, s. 2952, dn. 50).

²⁰⁶³ “Öğretide açıkça kabul edildiği üzere; hakem-bilirkişi raporları, HUMK’nun 516’ncı ve devamı maddelerinde öngörülen hakem kararı niteliğinde olmayıp HUMK’nun 287/2’nci maddesinde belirtilen münhasır delil sözleşmesi hükmündedir. Hakem-bilirkişiler normal bilirkişilerden farklı oldukları gibi hakemlerden de farklıdırlar. Hakem-bilirkişi raporları normal raporların aksine gerek taraflar ve gerekse de mahkemeyi bağlayıcı niteliktedir (Bkz: Prof. Dr. Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usûlü: 4. baskı 1980 C. II S. 1986 ve devamı). Olayda olduğu gibi sigorta poliçelerinde, hasarın seçilecek olan hakem-bilirkişiler tarafından tesbit edileceği ve tesbitin tarafları bağlayacağı kararlaştırılmaktadır. Bu da yukarıda belirtildiği üzere bir tahkim şartı olmayıp, sadece delil sözleşmesi niteliğindedir. Hakem-bilirkişilerin verecekleri raporları bir hakem kararı olmadığından temyiz de edilemez. Ancak hakem-bilirkişi raporlarının mahkemeyi bağlaması için hakem-bilirkişi sözleşmesinin gerek şekil gerek içerik bakımından geçerli bulunması, bu kişilerin usûlüne uygun şekilde seçilmesi ve salahiyetleri dahilinde rapor düzenlemiş olmaları gerekir. Mahkeme bu şartların varlığını re’sen araştırır, rapor usûlüne uygun değilse mahkeme için bağlayıcı değildir. Bunun yanında taraflardan biri, hakem bilirkişi raporunun adalet ve nasafete (poliçe md. 18/g’ye göre, kararın aşikâr olarak hakiki durumdan önemli şekilde farklılığına) açıkça aykırı olduğu gerekçesiyle bu raporun iptali için mahkemede dava açabilirler (age S. 1987). - Bu açıklamaların ışığı altında; mahkemenin hakem-bilirkişi raporunu bir hakem kararına gibi yorumlayarak, bu raporun denetiminin de Yargıtay görevinden bulunduğu yolundaki gerekçesinin yanlış olduğu ortaya çıkmaktadır. Burada görev Yargıtay’a ait olmayıp mahkemenindir. - Bu nedenle işin esasına gidilerek, yangın poliçesi genel şartlarının 18 ve HUMK’nun 287/f-2 maddesi uyarınca gerekli inceleme yapıp hasıl olacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken, mahkemece yazılı olduğu şekilde, davaya bakmanın mahkemenin

mahkemesi olarak asliye ticaret mahkemesinde, hakem-bilirkişi raporlarına karşı açılan iptal davası, bir olağan kanun yolu olarak da nitelendirilemez. Çünkü hakem-bilirkişi raporu, bir yargısal hüküm şeklinde kesin hüküm niteliğine sahip değildir²⁰⁶⁴. Dolayısıyla taraflar ilk derece mahkemesinin vermiş olduğu, hakem-bilirkişi raporunun iptali veya iptal talebinin reddi kararlarına karşı kanun yoluna başvurabilirler.

Hukukumuzda 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkındaki Kanun²⁰⁶⁵ ile bölge adliye mahkemeleri kurulmuştur. Bu Kanun 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe girdiği hâlde, bölge adliye mahkemeleri hemen kurulup göreve başlamamıştır. Daha sonra 07.11.2015 tarih ve 2925 sayılı Resmî Gazete’de Adalet Bakanlığı ile Hâkimler ve Savcılar Kurulu Kararları ile Hâkimler ve Savcılar Kurulu, bölge adliye mahkemelerinin 20.07.2016 tarihinde göreve başlayacağına ilişkin karar yayınlanmıştır²⁰⁶⁶. Bölge adliye mahkemelerinin bu tarihte göreve başlamasından sonra temyiz kanun yolu, ilk derece mahkemesi kararlarına karşı başvurulacak ilk kanun yolu olmaktan çıkmıştır. Bu nedenle ilk derece mahkemesi kararlarına karşı, ilk önce bölge adliye mahkemelerine başvurulacak, buradaki istinaf incelemesi üzerine verilen kararlara karşı, temyiz kanun yoluna başvurulacaktır²⁰⁶⁷.

İlk derece mahkemesi olarak asliye ticaret mahkemesinin, hakem-bilirkişi raporunun iptali veya iptal talebinin reddi hakkındaki karara karşı, hakem-bilirkişi raporundan olumsuz etkilenen taraf hukukî yararı olmak kaydıyla, öncelikle bölge adliye mahkemesine ve bölge adliye mahkemesi kararından sonra temyiz kanun yoluna başvurabilecektir. Ayrıca hakem-bilirkişi raporunun iptali davası, asıl alacağı ilişkin bir husus içermeyip tespit davası niteliğinde olduğundan ve bu yüzden maktu

görevine girmediğine dair verilen karar bozmayı gerektirmiştir" (Yargıtay 11. HD. E. 8198/1987, K. 1373/1987, T. 10.3.1987) (Kuru, Usûl Cilt III, s. 2920, dn. 91c).

²⁰⁶⁴ Aynı şekilde, hakem kararları açısından öngörülen, Bölge Adliye Mahkemesi’nde açılan iptal davası da (HMK m. 439/I) olağan kanun yolu niteliğinde değildir. Çünkü hakem kararları açısından öngörülen iptal davası, hakem kararlarının sınırlı birtakım sebeplerle incelenmesine imkân tanıyan ve hükmün şekli anlamda kesinleşmesini engellemeyen, özel ve istisnâî bir kurumdur (Atalı, Ermenek ve Erdoğan, s. 794).

²⁰⁶⁵ RG., 7.10.2004, S. 25606.

²⁰⁶⁶ RG., 07.11.2015, S. 29525.

²⁰⁶⁷ Pekcanitez, Atalay ve Özeks, Usûl Ders Kitabı, s. 484-485.

harç ve vekâlet ücreti alınacağından²⁰⁶⁸, hakem-bilirkişi raporunun iptali davasındaki karara karşı, kanun yolları başvurusunda, istinaf (HMK m. 341/II) ve temyiz açısından parasal sınırlara (HMK m. 362/I-a) ilişkin hükümler de uygulanmayacaktır. Bu kapsamda, hakem-bilirkişi raporundan olumsuz etkilenen taraf hukukî yararı olmak kaydıyla, hakem-bilirkişi raporunun iptali davasındaki hükmü, kanun yolları olarak istinaf ve temyiz de sınırlı yeniden incelenmesini yapabilecektir. Ancak ilk derece mahkemesi olarak, asliye ticaret mahkemelerinden verilen hakem-bilirkişi raporunun iptali veya reddi hakkındaki karara karşı, önce bölge adliye mahkemesine başvurulması ve ardından temyize gidilmesi, hakem-bilirkişilik sürecini uzatacak ve tarafların gereksiz masraflar yapmasına sebebiyet verecektir. Hakem-bilirkişi raporunun, devlet mahkemelerinde sınırlı bir denetime tâbi tutulması amaçlanırken, kanun yolları aşamasında bu denetim, tarafların alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olarak hakem-bilirkişilik kurumuna başvurusundaki hızlı sonuca ulaşma amacına da aykırılık teşkil edecek ve tarafların hakem-bilirkişilik kurumunu tercih edilmesini engelleyebilecektir.

²⁰⁶⁸ “Taraflar arasındaki anlaşmanın koşullarını düzenleyen poliçenin 16. maddesinde ziya ve hasarın tespitinde tarafların hakem-bilirkişileri anlaşamadıkları takdirde bunların incelemeye başlamadan önce seçecekleri üçüncü hakem-bilirkişi, taraflar hakem-bilirkişilerinin saptadıkları hadler dahilinde kalmak üzere bir miktar tayinine yetkilidir. Taraflar arasında delil sözleşmesi niteliğinde bulunan bu hüküm gereğince üçüncü hakem-bilirkişinin, davacı hakem-bilirkişinin saptadığı (50.000) Lira arasındaki bir miktarı belirtmekle yetkili iken poliçenin 16. maddesindeki yetkisini tecavüz ederek (45.000) lira olarak hasar ve ziya belirtmiş olması, yalnızca bu nedenle yetki tecavüzü yönünden verdiği raporun iptali gerekir. Öte yandan, dava bir eda davası olmayıp, tespit davası niteliğinde bulunması ve bundan miktarın dava sonucu bakımından vekillik ücreti tayinine etkili bulunmaması nedenleriyle Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi gereğince davacı yararına maktu vekillik ücreti tayini gerekirken, nisbî vekillik ücreti tayini yerinde değildir.” (Yargıtay 11. HD., E. 1980/5864, K. 1981/231, T. 23.1.1981) (Ulaş, Uygulamalı Sigorta, s. 133-134); Konuralp, İptal Davası, s. 174; Yeşilirmak, Hakem-Bilirkişilik, s. 729.

²⁰⁶⁸ “Davacı sigorta şirketi yargılamanın iadesine karar verilmesini istemiş ve mahkemece hakem-bilirkişi raporunun bir mahkeme kararı olmadığı belirtilerek istemin reddine karar verilmiştir. Gerçekten hakem-bilirkişi raporları mahkeme kararı niteliğinde değildir. Yerel mahkemenin bu konudaki görüşü doğrudur. Ancak, davacı sigorta şirketi rizikonun sigorta poliçesinin düzenlenmesinden önce meydana geldiğini ve bu nedenle ödemelerin durdurulduğunu öne sürmüştür. Poliçe genel şartlarının hükümlerine göre sigorta teminatı içinde kalan zararlar için hakem-bilirkişi tayin edilebilir. Davacı sigorta, oluşan zararın sigorta tazminatının dışında kaldığını ileri sürmesine göre bu uyuşmazlıkta zararın tespiti hakem-bilirkişilere değil mahkemece tayin edilen bilirkişiler aracılığıyla yargılama aşamasında saptanır. Açıklanan bu duruma göre zararın sigorta teminatının dışında kaldığı öne sürülmesi nedeniyle taraflar arasındaki uyuşmazlığın çözümünde dava konusu yapılan hakem-bilirkişi raporunun herhangi bir değeri yoktur ve dolayısıyla infazı da olanaksızdır. Bu itibarla, davacı sigorta şirketinin yargılamanın iadesine ilişkin istemin reddi sonucu itibarıyla doğru olmakla yerel mahkeme kararının bu gerekçelerle onanması gerekmiştir.” (Yargıtay 11. HD., E. 1992/1195, K. 1993/2299 K., T. 8.4.1993) (Ulaş, Uygulamalı Sigorta, s. 133).

Aynı şekilde benzer bir durum, 7101 sayılı Kanun'un 60. maddesi ile yapılan değişikliğe kadar, hakem kararının iptali açısından görevli mahkeme açısından söz konusu olmaktaydı. Çünkü 2011 yılında yürürlüğe giren, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 410. maddesinde, hakem kararlarının iptali davalarında görevli mahkeme olarak bölge adliye mahkemesi düzenlenmekteydi. Ancak bölge adliye mahkemeleri, hukukumuzda 20.07.2016 tarihinde göreve başladığından, görevli mahkeme ile ilgili doktrinde tartışmalar yaşanmıştır²⁰⁶⁹. Bölge adliye mahkemeleri faaliyete başlayıncaya kadar, genel görevli mahkeme olan asliye hukuk mahkemesi tahkim ile ilgili konularda görevli mahkeme olarak gösterilmekteydi. Bununla beraber, 6545 sayılı Kanunla Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un 5. maddesinin üçüncü fıkrası yeniden düzenlenmiş, asliye ticaret mahkemeleri, tahkim ile ilgili konularda görevli mahkeme olarak belirlenmiş ve tahkimde bölge adliye mahkemelerinin görevli ilk derece mahkemesi olarak görev yapmasına da son verilmiştir²⁰⁷⁰. Bölge adliye mahkemelerinin göreve başlamasıyla bu değişiklik asliye ticaret mahkemelerinden verilen karara karşı önce istinaf ve ardından temyize başvurulması yönünde tartışmalara neden olmuştur. Doktrinde, bu durumun verilen kararın kesinleşme süresini uzatacağı, tarafların gereksiz masraflara sebebiyet vermesi, tarafların alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olarak, tahkime başvurusundaki olumlu yönlerin ortadan kaldıracağına ve tarafların tahkime başvurusunu engelleyeceği gerekçelerle eleştirilmiştir. Bu nedenle doktrinde, hakem kararı iptal davasının açılacağı asliye ticaret mahkemelerinden verilen kararlara karşı, doğrudan temyiz kanun yoluna başvurulması gerektiği savunulmuştur²⁰⁷¹. Yargıtay'da vermiş olduğu kararlarında bu görüşü desteklemekte, asliye ticaret mahkemelerinin iptal davası hakkında verdiği karara karşı istinaf kanun yoluna başvurmadan doğrudan temyiz kanun yoluna başvurulabileceği hakkında karar vermiştir²⁰⁷². Doktrindeki eleştiriler ve bu konuda

²⁰⁶⁹ Bu konudaki tartışmalar için bkz. Sema Taşpınar Ayvaz, "Asliye Ticaret Mahkemeleri Hakkında Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Tahkimde Görevli Mahkeme", **DEÜHFD, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan Cilt I**, C. 16, Özel Sayı 2014, (Tahkim), s. 469 vd.

²⁰⁷⁰ Taşpınar Ayvaz, Tahkim, s. 470; Pekcanitez, Atalay ve Özkes, Usûl Ders Kitabı, s. 633.

²⁰⁷¹ Pekcanitez, Atalay ve Özkes, Usûl Ders Kitabı, s. 632-633.

²⁰⁷² Yargıtay 23. HD., E. 2017/1040, K. 2017/1433, T. 11.05.2017; Aynı yönde bkz. Yargıtay 15. HD., E. 2017/745, K. 2017/2355, T. 31.05.2017 (Pekcanitez, Atalay ve Özkes, Usûl Ders Kitabı, s. 633-635, dn. 44).

Yargıtay'ın uygulamasından sonra 7101 sayılı Kanun'un²⁰⁷³ 60. maddesi Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 439. maddesi değiştirilerek, bölge adliye mahkemelerinin hakem kararlarına karşı açılacak iptal davasında görevli mahkeme olduğu açıkça düzenlenmiş ve iptal davaları hakkında bölge adliye mahkemesinde verilen kararlara karşı temyiz kanun yoluna gidilebileceği düzenlenmiştir. Ancak, diğer yandan tahkim yargılamasında, mahkeme tarafından yapılacağı belirtilen diğer işler bakımından görevli ve yetkili mahkemenin, konusuna göre, tahkim yeri asliye hukuk veya asliye ticaret mahkemesi olarak belirlenmiştir²⁰⁷⁴.

Aynı şekilde hakem-bilirkişilik kurumu açısından da ilk derece mahkemesi olarak asliye ticaret mahkemesinin, hakem-bilirkişinin iptali davalarında görev yapması yerine, bölge adliye mahkemelerinin görev yapması hakkında kanunî düzenleme yapılması tavsiye edilebilir. Çünkü kanun koyucu, hakem kararı iptal davalarında, ilk derece mahkemesi olarak görevli mahkemenin bölge adliye mahkemesi olarak düzenlenmesinin sebebi, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 410. maddesinin gerekçesinde, tahkimin niteliği, gerektirdiği sürat ve uzmanlık göz önünde bulundurularak tahkim yerinin bölge adliye mahkemesi olarak düzenlendiğini belirtilmiştir²⁰⁷⁵. Aynı şekilde, hakem-bilirkişilik kurumunun niteliği, gerektirdiği sürat ve uzmanlık göz önünde bulundurularak, hakem-bilirkişi raporlarının iptali davasında da görevli mahkeme bölge adliye mahkemesi olarak kanunen düzenlenebilir. Bu şekilde, hakem kararlarının iptaline ilişkin elde edilmiş ihtisaslaşma ve tecrübe, hakem-bilirkişi raporlarının iptali davalarına da aktarılacaktır. Kanaatimizce, böyle bir düzenleme yapılmasa dâhi, ilk derece mahkemelerinin vermiş olduğu, hakem-bilirkişi raporunun iptali veya reddi kararlarına karşı, tarafların istinaf kanun yoluna başvurmadan doğrudan temyiz kanun yoluna başvurulabilmesi sağlanmalıdır. Çünkü, istinaf mahkemeleri, temyiz mahkemelerinden farklı olarak hem vakıa hem de hukukî denetim yapmaktadır. Ancak hakem-bilirkişilik sözleşmesini, taraflar hukukî uyumsuzluğa ilişkin maddî vakıanın tespitini tarafları ve mahkemeyi bağlayıcı şekilde gerçekleştirmek için yapmaktadır. Ayrıca buradaki mahkeme ifadesi, sadece ilk derece mahkemesini değil, aynı zamanda kanun yolu

²⁰⁷³ RG, 15.3.2018, S. 7101.

²⁰⁷⁴ Pekcanitez, Atalay ve Özkes, Usûl Ders Kitabı, s. 635.

²⁰⁷⁵ Bölge adliye mahkemesi hâkimleri de bu şekilde belirli tecrübe ve ihtisasa sahip olacaktır. Bölge adliye mahkemelerinin tahkim konularında görevlendirilmesinin amacı bir anlamda ihtisas mahkemeleri oluşturulmak istenmesidir (Pekcanitez, Atalay ve Özkes, Usûl Ders Kitabı, s. 633).

aşamasındaki, istinaf ve temyiz mahkemelerini de hakem-bilirkişi raporu açıkça yanlış olmadığı sürece bağlar şeklinde anlaşılmalıdır²⁰⁷⁶. Temyiz mahkemesinin sadece hukukî denetim şeklinde, hakem-bilirkişi raporunu hem maddî hem de usûl hukuku kurallarına aykırılık şeklinde incelemesi²⁰⁷⁷, hakem-bilirkişi raporunda tespit edilen vakıa tespitleriyle, açıkça yanlış olmadığı sürece bağlı olması, hakem-bilirkişilik kurumuna kanaatimizce daha uygundur.

Ayrıca, hakem-bilirkişi ifade ettiğimiz gibi, bir yargılama faaliyetinde bulunmadığından, hakem-bilirkişi raporu kesin hüküm teşkil etmez, bu nedenle taraflar olağanüstü kanun yolu olan yargılamanın iadesi (HMK m. 374, HUMK m. 445) HUMK m. 445 (HMK m. 374 vd.) yoluna da başvurulamazlar²⁰⁷⁸.

C. Hakem-Bilirkişi Raporunun İptalinin Sonuçları

Tarafların hakem-bilirkişi raporunun iptalini sağlamak için itiraz etmeleri onlar için bir yükümlülük değil, bir haktır. Bu haktan, feragatleri de kanun yolundan feragat hükümlerinde olduğu gibi (HMK m. 349), durumun meydana geldiği an olan, hakem-bilirkişi raporu düzenlendikten sonra mümkündür. Hakem-bilirkişi raporu taraflara verilmeden önce yapılan, hakem-bilirkişi raporunun iptaline yönelik feragat anlaşmaları, genel ahlaka ve dürüstlük kuralına aykırı olduğu için geçersizdir²⁰⁷⁹.

Hakem-bilirkişi raporu hakkında, dava açılmaksızın veya eda davasında, bu husus savunma sebebi olarak ileri sürülmeksizin, hakem-bilirkişi raporunun bağlayıcılığı kendiliğinden sona ermeyecektir. Çünkü hakem-bilirkişi raporunun

²⁰⁷⁶ Angstmann, s. 83, Rn. 165.

²⁰⁷⁷ M. Göksu, Hukuk, s. 337; Bulut, s. 207; Aşit, Denetim, s. 56.

²⁰⁷⁸ “Davacı sigorta şirketi yargılamanın iadesine karar verilmesini istemiş ve mahkemece hakem-bilirkişi raporunun bir mahkeme kararı olmadığı belirtilerek istemin reddine karar verilmiştir. Gerçekten hakem-bilirkişi raporları mahkeme kararı niteliğinde değildir. Yerel mahkemenin bu konudaki görüşü doğrudur. Ancak, davacı sigorta şirketi rizikonun sigorta poliçesinin düzenlenmesinden önce meydana geldiğini ve bu nedenle ödemelerin durdurulduğunu öne sürmüştür. Poliçe genel şartlarının hükümlerine göre sigorta teminatı içinde kalan zararlar için hakem-bilirkişi tayin edilebilir. Davacı sigorta, oluşan zararın sigorta tazminatının dışında kaldığını ileri sürmesine göre bu uyuşmazlıkta zararın tespiti hakem-bilirkişilere değil mahkemece tayin edilen bilirkişiler aracılığıyla yargılama aşamasında saptanır. Açıklanan bu duruma göre zararın sigorta teminatının dışında kaldığı öne sürülmesi nedeniyle taraflar arasındaki uyuşmazlığın çözümünde dava konusu yapılan hakem-bilirkişi raporunun herhangi bir değeri yoktur ve dolayısıyla infazı da olanaksızdır. Bu itibarla, davacı sigorta şirketinin yargılamanın iadesine ilişkin istemin reddi sonucu itibarıyla doğru olmakla yerel mahkeme kararının bu gerekçelerle onanması gerekmiştir.” (Yargıtay 11. HD., E. 1992/1195, K. 1993/2299 K., T. 8.4.1993) (Ulaş, Uygulamalı Sigorta, s. 133).

²⁰⁷⁹ Bachmann, s. 110.

açıkça hakkaniyete aykırı veya yanlış olması, hakem-bilirkişi raporunun, kesin hükümsüz (mutlak butlan) olduğu anlamına gelmez²⁰⁸⁰. Taraflardan biri, hakem-bilirkişi raporunun bağlayıcı olmadığına ilişkin mahkemede dava açarak veya kendisine açılan davada bu hususu savunma sebebi olarak ileri sürerek, mahkeme hakem-bilirkişi raporunun iptaline karar verinceye kadar, hakem-bilirkişi raporunun bağlayıcı etkisi devam edecektir²⁰⁸¹. Bu nedenle sigortacı, daha önceden sigorta ettirene ödemede bulunur, ancak daha sonra mahkeme hakem-bilirkişi raporunun iptaline karar verirse, sigortacı sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre, sigorta ettirenden ödediği zarar miktarını geri alabilir²⁰⁸². Hakem-bilirkişi raporunun iptal edilmesiyle, hakem-bilirkişi raporunda tespit edilen zarar miktar, geriye etkili olarak etkisi ortadan kalkacaktır²⁰⁸³.

Hakem-bilirkişi raporu iptal edildiği durumda, mahkeme, tespit edilen vakıa bakımından, hakem-bilirkişi raporuyla bağlı değildir. Ancak, doktrinde, hakem-bilirkişi raporunun, taraflar bakımından bağlayıcı olup olmadığı konusunda bir düzenleme yoktur. Bu nedenle, her ne kadar mahkeme için bağlayıcı olmayan, hakem-bilirkişi raporu, tarafları bağlayıcı tespit etkisi nedeniyle, taraflar açısından hâlen bağlayıcı olduğu düşünülebilir. Ancak hakem-bilirkişilik sözleşmesinin karakteristik etkisi, tarafları bağlayıcı tespit etkisinde değil, doğrudan mahkemeyi bağlayıcı etkiden meydana gelmektedir. Bu nedenle bağlayıcı etki, tespit etkisinin yan etkisi şeklinde bir refleks etkisi değildir. Tam tersi şekilde, tespit etkisi, bağlayıcı etkinin yan etkisi şeklinde refleks etkisidir. Dolayısıyla hakem-bilirkişi raporunun bağlayıcı olmaması hem mahkemeler hem de taraflar için bağlayıcı olmadığı anlamına gelir. Ancak bağlayıcı olmama ile kesin hükümsüzlük aynı şey olmadığından, taraflar isterlerse iptal edilen hakem-bilirkişi raporunu, bir uzman görüşü olarak kullanabilirler²⁰⁸⁴.

Genel olarak hakem-bilirkişi raporunun bağlayıcı olmaması, hakem-bilirkişi raporunun yetkisini aştığı, kısmen bağlayıcı olmaması durumu hariç, hakem-bilirkişi raporunun tamamını kapsayacaktır²⁰⁸⁵. Hakem-bilirkişi raporunu bir delil olarak nitelendirdiğimizden, mahkemenin hakem-bilirkişi raporunun iptaline karar vermesi

²⁰⁸⁰ Eckert, s. 32; Asmus, s. 121-122; Sieveking, s. 121-122.

²⁰⁸¹ Bachmann, s. 110; Kuru, Usûl Cilt III, s. 2917; Yeşilırmak, Hakem-Bilirkişilik, s. 730.

²⁰⁸² Asmus, s. 167; Heinrich, s. 249.

²⁰⁸³ Heinrich, s. 248; Kisch, Schiedsmann, s. 143.

²⁰⁸⁴ Brosi, s. 298.

²⁰⁸⁵ Heinrich, s. 248; Kuru, Usûl Cilt III, s. 2916-2917.

durumunda, hakem-bilirkişi raporuyla bağlı olmayacak ve artık genel ispat kuralları geçerli olacaktır. Bu nedenle, mahkeme genel ispat kurallarına göre, sanki hiç hakem-bilirkişi raporu var olmamış gibi, diğer bir ifadeyle hakem-bilirkişi raporuyla bağlı olmaksızın, genel ispat hükümlerine göre, tarafların hukukî uyuramazlık talepleriyle birlikte, hukukî uyuramazlık için önem arz eden zararın miktarını, gerekirse, mahkeme bilirkişilerinden de yardım almak suretiyle (HMK m. 266), delilleri serbestçe değerlendirerek tespit eder ve hükmünü verir (HMK m. 198, ZPO § 286, 287, SchZPO Art. 157)²⁰⁸⁶.

²⁰⁸⁶ Eckert, s. 32; Bachmann, s. 111.

SONUÇ

Medenî yargılama hukuku, özel hukuk tarafından, taraflara tanınan hakların tespit edilmesine, korunmasına ve hakların elde edilmesine hizmet eden, şekli bir hukuk dalıdır. Bu şekilde maddî hukuk, hak ve yetki ve yükümlülüklerin temelini ortaya koyarken, yargılama hukuku, bunların nasıl elde edileceği, somutlaştırılacağı şeklinde bir işlev ortaya koymakta olup aralarında işlevsel bir ilişki söz konusudur. Bu nedenle özel hukukun temeli olan irade özerkliği ve onun yansıması şeklinde sözleşme özgürlüğü, belirli hâllerde, davada taraflara bazı haklar ve yetkiler tanınarak, tarafların davaya iradeleriyle etki etmelerini sağlar. Kanun koyucu, tarafların sahip olduğu bazı hak ve yetkileri doğrudan kanunda düzenlemiştir. Bunlardan biri de 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 193. maddesinde düzenlenen delil sözleşmeleri olup taraflara bu sayede davada kullanacakları delil veya delilleri seçebilme imkânı tanınmıştır. Ancak kanunda, hakem-bilirkişilik sözleşmeleri düzenlenmemiştir. Bu durum, akdî dava yasağı görüşü savunucularının iddialarının tersine, kanunlarda düzenlenmeyen, bütün usûl sözleşmelerinin yasak olacağı sonucunu ortaya çıkarmaz. Yargılama kanunlarının, kazuistik bir düzenleme içermemesi, kanunda düzenlenmeyen her türlü usûl sözleşmesinin yasaklandığı sonucunu ortaya çıkarmamalı, aksine tarafların bu konuda sözleşme yapmasına izin verilebilir şeklinde yorumlanması gerekir. Usûl hukukunda irade özerkliği, doğrudan kanundan kaynaklanmaz, ancak sözleşme hürriyeti temelini, Anayasa'nın 48. maddesi ve tarafların yargılamada dava konusu ve dava malzemeleri olan vakıa ve deliller hakkında tasarruflarını ifade eden, tasarruf ve taraflarca getirilme ilkesinden kaynaklanır. Bu nedenle taraflar, kanunlarda düzenlenmemiş konularda, yargılama hukukunun temel ilkeleri ve maddî hukukun emredici düzenlemelerine aykırı olmamak şartıyla usûl sözleşmesi yapabilirler (TBK m. 27).

Hakem-bilirkişilik, taraflar arasında çekişmeli ve hukuken önemli bir vakıanın, taraflarca seçilen uzman ve tarafsız bir kişi ya da kurulca tespit edilen, bu tespite göre ortaya çıkan raporun, tarafları ve mahkemeyi kural olarak bağladığı ve bu hususların sadece hakem-bilirkişi raporuyla ispatlanacağını taraflarca kararlaştırıldığı sözleşmeyi ifade eder. Hakem-bilirkişilik kurumu açısından, taraflar kendi aralarında ve hakem-bilirkişiyle olmak üzere iki tane sözleşme yapmaktadır. Tarafların kendi

aralarındaki çekişmeli vakıanın tespiti için hakem-bilirkişi atayacaklarına ilişkin sözleşme hakem-bilirkişilik sözleşmesiyken; hakem-bilirkişilik sözleşmesinin tarafları ve hakem-bilirkişi arasında, hakem-bilirkişinin hak ve yükümlülüklerini düzenleyen sözleşme hakem-bilirkişi sözleşmesidir. Her iki sözleşmenin tarafları ve hukukî nitelikleri farklı olduğundan birbirinden ayrılması gerekir.

Hakem-bilirkişi, hukukî ilişkinin tamamı hakkında tespitte bulunmayıp hukukî ilişkinin bir unsuru veya münferit çekişmeli vakıa hakkında tespitte bulunmakta, hakem-bilirkişi yargılama yapmadığından, bu nedenle hakem-bilirkişi raporu kesin hüküm ve doğrudan icra edilebilme özelliğine sahip olmadığından, hakem-bilirkişilik tahkim kurumundan ayrılmaktadır.

Hakem-bilirkişi raporu, hakem-bilirkişinin tespit etmiş olduğu vakıa bakımından, tarafları ve mahkemeyi bağladığından, sigorta eksper kurumundan da farklılık arz etmektedir. Taraflar sigorta eksperinin sunmuş olduğu raporda anlaşılmadıkları durumda, hakem-bilirkişilik kurumuna başvuracakları için sigorta eksperinin sunmuş olduğu rapor, hâkimin delilleri serbestçe değerlendirebileceği, takdiri bir delil olarak anlaşılması gerekir. Ancak Sigorta Eksperleri Atama Yönetmeliğinin 8. maddesinde, hakem eksper atanması şeklinde, yeni bir düzenleme getirilmiştir. Bu düzenlemeye göre, motorlu araç sigortalarında, sigorta eksperleri raporlarının, müsteşarlıkça usûl ve esasları belirlenen Eksper Atama ve Takip Sistemi girişine ilişkin bildirim yapılmasından itibaren, üç iş günü içinde, taraflardan birinin talebi hâlinde, hakem eksper atanacağı ifade edilmiştir. Hakem eksper, atama tarihinden itibaren en geç üç iş günü içinde, dosya üzerinden inceleme yaparak, raporunu hazırlayacağı ve bu raporun nihaî olduğu düzenlenmiştir. Bu şekilde, sigorta hukukunda sigorta eksperinden sonra, hakem-bilirkişilik kurumunun uygulanmasını engelleyici bir düzenleme getirilmiştir. Ancak bu düzenleme, hakem-bilirkişilikten, hakem eksperin taraflarca atanmaması, en geç üç iş günü içinde raporunu yazması ve raporunun nihaî olması gibi farklılık içermektedir. Kanaatimizce, tarafların hakem eksperini kendilerinin seçmemesi, hakem eksper raporunun üç iş günü gibi kısa sürede hazırlanması ve raporun nihaî olması, bu rapor hakkında taraflara itiraz ve iptal hakkı tanınmaması, ayrıca bu hükmün sigorta ettiren sıfatıyla tüketiciler hakkında da uygulanması göz önüne alındığında, bu düzenleme, Anayasa'nın 36. maddesinde

düzenlenen, hak arama hürriyetine aykırılık teşkil etmekte olup Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilmesi gerekir.

Hakem-bilirkişilik, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 293. maddesinde düzenlenen, uzman görüşünden de farklılık arz etmektedir. Özel uzman görüşü, bir delil olmayıp tarafın mahkemeye sunduğu yazılı belgeye bağlı beyan açıklamasıdır. Uzman görüşü hem hukukî konularda hem de vakıa konularında taraflarca alınabilirken, hakem-bilirkişi raporu sadece vakıa konularında alınabilir. Uzman görüşünde, vakıa hakkında yapılmış olan tespitler, karşı tarafın bu tespitleri bağlayıcılığını kabul etmesi durumunda, uzman görüşünü, bir hakem-bilirkişi raporuna çevirmez. Çünkü uzman görüşünü düzenleyecek uzmanı kural olarak taraflardan sadece birisi seçeceğinden, bu durum, hakem-bilirkişinin tarafsız ve bağımsız olmasına aykırılık teşkil edecektir.

Hakem-bilirkişilik, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 400. maddesinde düzenlenen delil tespitinden de farklılık arz etmektedir. Delil tespitiyle taraflar mahkemeden, delil veya ona bağlı olarak bir vakıa tespiti talebinde bulunurlar. Ancak, mahkemeden delil tespiti istenebilmesi için delilin hemen tespit edilememesi hâlinde kaybolacağı veya ileri sürülmesinin önemli ölçüde zorlaşacağı şeklinde, hukukî yararın bulunması gerekmektedir. Hakem-bilirkişilik ve delil tespiti etkileri itibariyle farklı sonuçlar gösterse de vakıa tespiti yapılabilmesi yönünden faaliyetler keşşedilmektedir. Ancak delil tespiti, tarafları ve mahkemeyi bağlayıcı bir özelliğe sahip olmadığı gibi bir alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından biri de değildir. Bu nedenle mahkemelerin, hakem-bilirkişilik sözleşmesinin kullanılmasını engellemek amaçlı tarafların kötü niyetli olarak, delil tespitine başvurmaları durumunda, tarafın hukukî yararının olup olmadığı hususunda, daha katı bir yorum yapması gerekir.

Hakem-bilirkişilik, delil sözleşmelerinden farklı olarak, üçüncü kişi olarak, hakem-bilirkişinin taraflar arasındaki çekişmeli vakıaya ilişkin, tarafları ve mahkemeyi bağlayıcı tespitte bulunduğu bir alternatif uyuşmazlık çözüm yoludur. Taraflar genelde dava açmadan önce, hakem-bilirkişilik kurumuna başvurmakta olup hakem-bilirkişi raporu, taraflar arasındaki hukukî uyuşmazlık için önem arz eden vakıa bakımından, tarafları ve mahkemeyi bağlayıcı tespitte bulunduğundan, dava açmayı önleyici fonksiyona sahiptir. Diğer bir durum olarak, taraflar arasındaki uyuşmazlık, henüz bir hukukî uyuşmazlık aşamasına gelmemiş, bir vakıa aşamasındaysa, örneğin

bir madenin kalitesi gibi hakem-bilirkişilik bu durumda, vakıa temelli uyuşmazlık sona erdiren bir fonksiyona sahiptir. Nitekim, hakem-bilirkişilik kurumuyla amaçlanan, uyuşmazlığın ilk aşamada engellenmesi ve çözüme kavuşturulmasıdır. Hakem-bilirkişilik uyuşmazlığın sona ermesinde önemli bir rol oynadığı gibi, uyuşmazlığın mahkemeye taşınması hâlinde dâhi, alınan rapor kural olarak, hâkimi bağladığı için davanın sonuçlandırılmasını da hızlandırmaktadır. Hakem-bilirkişilik ayrıca diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yollarıyla da birlikte kullanılabilir. Özellikle şirket alım satımlarında, taraflar hem tahkim hem de hakem-bilirkişiliği birlikte kullanmaktadırlar. Sözleşmede, hukukî uyuşmazlık bakımından hakeme başvurulacağı; teknik uzmanlıklar bakımından hakem-bilirkişiliğe başvurulacağı şeklindeki hükümlerle, hakem-bilirkişi raporundaki vakıa tespitleriyle hakemi bağlamasıyla, hakemin yargılama süresi kısaltmakta ve hakem-bilirkişi raporunun doğrudan icra edilememesi dezavantajı, hakem kararının doğrudan icra edilebilmesiyle aşılmaktadır. Aynı şekilde, hakem-bilirkişilik, arabuluculukla da beraber kullanılabilir. Özellikle, tarafların aralarındaki teknik uyuşmazlıklar bakımından, arabuluculuk uygun bir çözüm yöntemi olmayabilir. Bu nedenle arabuluculuk ve hakem-bilirkişilikle birlikte kullanılmakta, bu yöntem mukayeseli hukukta, genellikle önce arabuluculuğun sonra hakem-bilirkişiliğin kullanıldığı, “*Med-Ex*” yöntemi olarak ifade edilmektedir. Özellikle bu yöntem, taraflar arasındaki, direnç noktalarının birbirine uzak olduğu, arabulucunun özel görüşmelerinin de fayda etmediği, tarafların özel bir uzmana ihtiyaç duyduğu durumlarda önem arz etmektedir.

Alman hukukunda, hakem-bilirkişinin sadece vakıa tespit görevi bulunmamaktadır. Alman İmparatorluk Mahkemesi ve sonraki Federal Mahkeme Kararları, hakem-bilirkişilik ve tahkim arasında rekabetin söz konusu olabilmesi için hakem-bilirkişiye vakıa tespit faaliyeti yanında, sözleşmeye ilişkin edim belirlenmesi, sözleşmeye ilişkin belirsiz hususları açıklama ve sözleşmenin uyarlanması görevlerini içtihatla vermiştir. Hukukumuzda, Alman hukukundaki gibi, hakem-bilirkişinin sözleşmeye ilişkin bir edim belirleme veya sözleşmeyi uyarlama şeklinde bir görevi olmayıp sadece vakıa tespit görevi vardır. Çünkü sözleşmeye ilişkin esaslı edim belirlenememesi durumunda, bir eksik sözleşme söz konusu olacağından, burada bir maddî hukuk sorunu vardır.

Hakem-bilirkişiliğe verilen görevlerin farklılığı ve hakem-bilirkişiliğin kanunda düzenlenip düzenlenmemesi, hakem-bilirkişilik sözleşmesinin hukukî niteliğinin doktrinde farklı olarak yorumlanmasına sebebiyet vermiştir. Hukukumuzda, doktrinde hâkim görüş ve içtihatlarla göre, taraflar çekişmeli vakıaya ilişkin ispatını, sadece hakem-bilirkişi raporuyla yapılacağını kararlaştırdıklarından, hakem-bilirkişilik sözleşmesi, delil sözleşmesinin bir türü olan, münhasır delil sözleşmesi olarak nitelendirilmektedir. Ancak delil sözleşmeleri, sadece delilleri sınırlandırıcı menfî bir etkiye sahiptir. Diğer yandan, hakem-bilirkişilik sözleşmeleri, delil sözleşmelerinden farklı olarak, delilleri sınırlandırıcı menfî etkisinin yanında, hakem-bilirkişi raporundaki vakıa tespitleriyle hâkimin bağlı olduğu, bağlayıcı etki şeklinde, müspet etkisi de var olup bu etki delil sözleşmeleriyle açıklanamaz. Bu nedenle, hakem-bilirkişilik sözleşmesi, delil sözleşmelerinden daha üst bir kavram olan tarafların tahkikat aşamasına özgü yapmış oldukları usûl sözleşmeleri şeklinde, ispat sözleşmesinin bağımsız bir türüdür. Bu durum, hakem-bilirkişilik sözleşmesinin hukukî niteliğinin birkaç sözleşmenin birleşmesinden oluşmasını sağlayabilir. Hakem-bilirkişilik sözleşmesinin delilleri sınırlandırıcı etkisi, bir delil sözleşmesi olduğunu, ancak hakem-bilirkişi raporunun tespit edilen vakıyla sınırlı, tarafları ve mahkemeyi bağlaması, delil değerlendirme sözleşmesi olduğunu gösterir. Ancak, bu durum, hâkimin, her noktada hakem-bilirkişi raporuyla bağlı olduğu anlamına gelmez. Hâkimin, sadece, hakem-bilirkişiye tespit edilmesi istenen vakıyla sınırlı olarak bağlılığı söz konusu olup hâkim yargılamanın bütünü hakkında kararını aynı şekilde verecektir. Hukukumuzda, İsviçre hukukundaki gibi (SchZPO Art. 189), hakem-bilirkişinin tespit etmiş vakıalarla hâkimin bağlı olduğunu düzenleyen, kanunî bir düzenleme olmadığı sürece, hakem-bilirkişilik sözleşmesinin hukukî niteliği, delil ve delil değerlendirme sözleşmesinin birleşiminden oluşmaktadır. Diğer yandan, hakem-bilirkişilik sözleşmeleri sadece usûl hukukunda etki göstermeyip, bir yargılama sürecinden bağımsız maddî hukukta da etki gösterirler. Hakem-bilirkişilik sözleşmesinin, davayı önleyici etkisi de bunu göstermektedir. Ayrıca, hakem-bilirkişi raporunun hem maddî hukuk hem de usûl hukuku denetimi şeklinde, bağımsız denetiminin söz konusu olması nedeniyle, hakem-bilirkişilik sözleşmesi karma nitelikte, ispat usûl sözleşmesidir.

Hakem-bilirkişilik sözleşmesi, taraflar arasındaki çekişmeli vakıanın, tarafları ve mahkemeyi bağlayıcı tespitinin, hakem-bilirkişi vasıtasıyla yapacaklarını kararlaştırdıkları bir sözleşmedir. Bu sözleşme, tarafların serbestçe tasarruf edebilecekleri durumlar olan, taraflarca getirilme ilkesinin uygulandığı davalarda uygulanacak olup re'sen araştırma ilkesinin uygulandığı davalar bakımından hakem-bilirkişilik sözleşmesi yapılamayacaktır. Hakem-bilirkişilik sözleşmesi, bağımsız bir sözleşme veya taraflar arasında yapılan maddî hukuk sözleşmesinin içinde bir şart olarak kararlaştırılabilir. Hakem-bilirkişilik sözleşmesi, şahsa bağlı bir işlem olmadığı için temsilci vasıtasıyla da yapılabilir. Delil sözleşmelerinin bir vekille yapılması bakımından, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 74. maddesinde sayılan vekile özel yetki hâllerini gösteren durumlar bakımından, delil sözleşmesi düzenlenmemiştir. Ancak hakem-bilirkişilik, delil sözleşmelerinden farklı olarak, bir alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olduğundan ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 74. maddesinde, vekilin alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına başvurabilmesi için vekâletnamesinde özel yetki arandığı için kanaatimizce, bir vekilin, hakem-bilirkişilik sözleşmesi yapabilmesi için vekâletnamesinde özel yetki aranması gerekir.

Hakem-bilirkişilik sözleşmesi, genel işlem şartları içinde düzenlenebilir. Bu durumda hem tacir hem de tüketiciler bakımından, Türk Borçlar Kanunu'nun 20 ve 25. maddeleri arasındaki genel işlem koşulları denetimi uygulanacaktır. Ancak taraflardan biri tüketiciyse, hakem-bilirkişilik şartının geçerliliği konusunda, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ve bu Kanun uyarınca düzenlenen yönetmelik esas alınması gerekmekte olup bu kanuna aykırı şartlar geçersiz sayılacaktır. Hakem-bilirkişilik, dürüstlük kuralına aykırı, karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı şaşırtıcı hükümler konulmadığı sürece, tüketicinin hak ve yükümlülüklerinde dengesizlik yaratmaz. Bu nedenle hakem-bilirkişi atanması, usûlü, ücreti, tarafsız ve bağımsız olması, hakem-bilirkişi raporunun gerekçeli olması ve açıkça yanlış olması durumunda iptal edilmesi gibi konularda, eşitliğe uyulması sağlanmalı ve bu şekilde tüketicinin hakları da ihlal edilmemelidir. Aynı şekilde, taraflar arasındaki çekişmeli vakıanın tespiti, hakem-bilirkişi tarafından her iki tarafı bağlayıcı şekilde tespit edileceğinden, hakem-bilirkişilik şartı, tarafların ispat yükü kurallarına da aykırılık teşkil etmemektedir. Ayrıca hakem-bilirkişilik sözleşmesi, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 193. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen,

tarafardan birinin ispat hakkının kullanımını imkânsız kılan veya fevkalâde güçleştiren düzeyde olmadığı için kural olarak geçerlidir.

Hakem-bilirkişilik sözleşmesi, dava dosyasına usûlüne uygun olarak girse dâhi, taraflarca def'i şeklinde ileri sürmediği sürece, hâkim tarafından re 'sen dikkate alınmaması gerekir. Çünkü usûl ve ispat sözleşmeleri, taraflara ondan yararlanıp yararlanmama konusunda bir seçenek sunar. Bu nedenle hiç kimse kendisine ait hakkı kullanmaya zorlanamaz, bu durum tasarruf (HMK m. 24) ve taraflarca getirilme ilkesine (HMK m. 25) aykırılık teşkil eder. Taraflar da hakem-bilirkişilik sözleşmesine ilişkin defilerini, iddia ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağı çerçevesinde ileri sürebilirler. Taraflarca akdedilen hakem-bilirkişilik sözleşmesi, tarafları ve hâkimi bağlayıcı etkiye sahip olduğundan, hâkim, hakem-bilirkişi raporundan başka bir delile başvuramayacaktır. Bu nedenle, hâkim tahkikat yetkilerini kullanarak kendiliğinden bilirkişi (HMK m. 266) veya keşif (HMK m. 288) incelemesine de karar veremeyecektir. Aynı şekilde, taraflar hakem-bilirkişilik sözleşmesiyle iradelerini şüpheyi yer bırakmayacak şekilde düzenlediklerinden hâkim, davayı aydınlatma ödevi (HMK m. 31) çerçevesinde de delil toplayamayacaktır.

Tarafların davadan önce hakem-bilirkişiye başvurmaları, tarafların dava veya tahkime başvurularından farklı olarak (TBK m. 154) zamanaşımını kesme özelliğine sahip değildir. Bu nedenle taraflar asıl alacağı ilişkin zamanaşımının dolma tehlikesini engellemek amacıyla dava açabilir. Mahkemenin bu durumda, hakem-bilirkişiye başvurma, kanunda bir ilk itiraz (HMK m. 116) veya dava şartı olarak (HMK m. 114) düzenlenmediği için davayı usûlden reddetmeyip tarafların hakem-bilirkişiye başvurmaları için süre vermesi gerekir. Sürenin taraflar arasındaki çekişmeli vakıanın somut özelliklerine göre makul olması gerekir. Hakem-bilirkişi, bir idarî makam veya hâkim olmadığından burada, bekletici mesele (HMK m. 165) hükümleri uygulanamaz. Kanaatimizce, hakem-bilirkişi raporu bir delil niteliğinde olduğundan, burada delillere ilişkin hükümler kıyasen uygulanmalıdır. Hakem-bilirkişi, bir üçüncü kişi konumunda olduğu için tarafların belgeyi ibraz etmemesindeki gibi (HMK m. 220/I), üçüncü kişinin belgeyi ibraz etmemesinde de (HMK m. 221/I), hâkimin üçüncü kişiye kesin süre vermesine ilişkin düzenleme kıyasen uygulanması gerekir. Taraflar kesin süre içerisinde hâkime, hakem-bilirkişi raporunu ibraz edememeleri hâlinde, hâkim, davada

genel ispat kurallarına göre karar verecektir. Ancak böyle bir durumda, tarafların neden hakem-bilirkişi raporunu getiremediklerine ilişkin mahkemece tahkikat yapıp kimin kusuru varsa, onu da dikkate alarak karar vermesi, olması gereken hukuk bakımından hakem-bilirkişiliğın hukukumuzda gelişmesini ve teşvikini sağlamak açısından önem arz edecektir.

Hakem-bilirkişilik sözleşmesi, sözleşmelerin nispileği ilkesi gereğı, sadece hakem-bilirkişilik sözleşmesinin tarafları bakımından etkili olup üçüncü kişileri etkilemez. Üçüncü kişiler, sadece hakem-bilirkişilik sözleşmesine taraf olması durumunda, hakem-bilirkişinin tarafları ve mahkemeyi bağlayıcı etkisinden yararlanabilir. Diğer yandan, hakem-bilirkişilik sözleşmesine taraf olanlardan birinin vefat etmesi durumunda, hakem-bilirkişilik hükümleri külli halefi olan mirasçılarını da etkiler ve bağlıdır. Ancak, hakem-bilirkişilik sözleşmesine konu olan eşyanın satılması şeklinde cüzi halefiyet durumunda, yeni satın alanlar hakem-bilirkişilik hükümleriyle bağli değildir. Hakem-bilirkişilik sözleşmesi dava arkadaşlarına etkileri bakımından farklılıklar arz etmektedir. Mecburi dava arkadaşlığında, maddî hukuk bakımından tasarruf yetkisini birden çok kişinin oy birliğiyle kullanması gereken elbirliği mülkiyetine ilişkin durumlarda, dava takip yetkisi, tek bir malike ait olmayıp oy birliğiyle birlikte kullanmak zorundadır. Bu nedenle mecburi dava arkadaşlığında, hakem-bilirkişilik sözleşmesi yaparken, her birinin tek başına bir dava takip yetkisi olmayıp hep birlikte kullanması gerekeceğinden, hakem-bilirkişilik sözleşmesini sadece birlikte yapabileceklerdir. Ancak ihtiyari dava arkadaşlığında, her birinin ayrı ayrı kural olarak maddî hukuktaki tasarruf yetkisine göre tayin edilen talep sonucu hakkında hüküm alabilme yetkisi vardır. Bu nedenle ihtiyari dava arkadaşlığında, davalar birbirinden bağımsız olup, dava arkadaşlarından her biri birbirinden bağımsız olarak hareket etmektedir. İhtiyari dava arkadaşlığında, birden fazla kişinin dava arkadaşı olmalarının nedeni, tahkikatın ortak oluşu olmasıdır. İhtiyari dava arkadaşları iddia ve savunmalarını ile delillerini ayrı ayrı ileri sürebilirler. Ancak hepsi için ortak vakıa hakkında ileri sürülen hususlardan, diğer dava arkadaşı da yararlanabilecektir. Hakem-bilirkişilik de taraflar arasındaki çekişmeli vakıanın tespiti için yapıldığından, hakem-bilirkişilik sözleşmesini imzalamayan taraf bakımından, mahkemenin diğer tarafın hakem-bilirkişi raporunu kabul edip etmeyeceğine ilişkin rızasının alınmasını sağlaması gerekir. Bu konuda ihtiyari dava arkadaşları arasında bir anlaşmaya

varılamazsa, mahkeme davaların ayrılmasına kendiliğinden karar vermesi gerekir (HMK m. 167).

Tarafların kendi aralarındaki çekişmeli vakıanın tespitine ilişkin hakem-bilirkişilik sözleşmesi kurmaları ve hakem-bilirkişi atamaları, hakem-bilirkişiyle sözleşme kurulduğu sonucunu ortaya çıkarmaz. Tarafların hakem-bilirkişi atamaları, tek taraflı yenilik doğuran bir hakkın kullanımı olup tarafların iradelerinin karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamaları sonucu oluşan sözleşmeden (TBK m. 1/I) farklılık arz etmektedir. Tarafların hakem-bilirkişiyi ataması, hakem-bilirkişinin o görevi kabul edeceği anlamına gelmeyecek olup taraflarla hakem-bilirkişi arasında, hakem-bilirkişinin hak ve yükümlülüklerini düzenleyen hakem-bilirkişi sözleşmesinin kurulması gerekir. Hakem-bilirkişi sözleşmesi, hakem-bilirkişinin hakem-bilirkişi raporunu hazırlamasını konu alan, kanunda düzenlenmemiş, kendine özgü (sui generis) iş görme sözleşmesi olarak, vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümler, niteliklerine uygun düştükleri ölçüde uygulanacaktır (TBK m. 502/II). Ancak, hakem-bilirkişi sözleşmesinin hukukî niteliği, bir vekâlet sözleşmesi değildir. Çünkü vekâlet sözleşmesinde, vekilin talimatlarla bağlı olması ve vekâlet verenin her zaman sözleşmeyi tek taraflı olarak sona erdirmeye hakkı (TBK m. 512), hakem-bilirkişinin tarafsız ve bağımsızlığıyla çelişmektedir.

Hakem-bilirkişilik hukukumuzda kanunda düzenlenmeyip, genel olarak sigorta genel şartlarında düzenlenmektedir. Sigorta hukukunda hakem-bilirkişilik, mal ve sorumluluk sigorta poliçesi genel şartları içerisinde yer alan ve sigorta teminatına dâhil olan bir hasarın meydana gelmesi durumunda, tarafların sadece hasar miktarında anlaşamamaları hâlinde, sigorta ettiren menfaat değeri ve hasar miktarını, tarafları ve mahkemeyi bağlayıcı şekilde tespitinin hakem-bilirkişi tarafından gerçekleştirilmesini sağlayabilir. Hakem-bilirkişilerin seçilmeleri, hakem-bilirkişinin nasıl inceleme yapacağı, hakem-bilirkişi raporunun etkisi, hakem-bilirkişilerin ücret ve masraflarının nasıl ödeneceği ve hakem-bilirkişi raporlarına karşı itiraz şeklinde hakem-bilirkişi raporunu iptali, bu poliçe genel şartlarında genelde standart olarak ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Taraflar ortaklaşa tek hakem-bilirkişi seçebileceği gibi, her bir taraf, taraf hakem-bilirkişisini seçer ve taraf hakem-bilirkişileri de üçüncü hakem-bilirkişiyi seçebileceklerdir. Taraflar, taraf hakem-bilirkişisi veya taraf hakem-bilirkişileri de üçüncü hakem-bilirkişinin kim olacağı konusunda anlaşamadığı durumda, mahkeme

tarafından hakem-bilirkişi atanmaktadır. Sigorta genel şartlarına göre, taraf hakem-bilirkişisi veya üçüncü hakem-bilirkişisi taraflardan birinin talebi üzerine hasar mahallindeki ticaret davalarına bakmaya yetkili mahkeme tarafından, tarafsız ve uzman şahıslar tarafından seçileceği düzenlemiştir (Yangın Sigortası Genel Şartları B.4). Ancak 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 3. maddesinin 1 bendinde, tüketici işlemleri arasında sigorta sözleşmeleri düzenlenmiş ve aynı kanunun 73. maddesinin birinci fıkrasında, tüketici işlemlerinden doğan davalarda tüketici mahkemeleri görevli olarak düzenlendiği için tüketicinin taraf olduğu sigorta sözleşmeleri bakımından, görevli mahkemenin tüketici mahkemesi olması gerekir.

Hakem-bilirkişinin hem gerçek hem de tüzel kişi olabilmesi mümkündür. Özellikle şirket satım sözleşmelerinde, şirketin değerini, değerlendirme şirketleri belirlemektedir. Hakem-bilirkişinin uzman kişi olması gerekir. Ancak, hakem-bilirkişinin taraflar arasındaki ihtilaflı çekişmeli vakıa bakımından uzman olması yeterli olup Sigortacılık Kanunu'nda aksine bir düzenleme olmadığı için sigorta eksperisi veya sigorta hakemi gibi ünvana sahip olması aranmaz. Nitekim hakem-bilirkişinin uzman olmaması, sigorta genel şartlarında bir itiraz sebebi olarak düzenlenmiştir. Taraflar, hakem-bilirkişinin uzmanlığına ilişkin aramış oldukları şartları, sigorta hukukuna konu durumda sigorta özel şartlarında, sigorta hukukuna konu olmayan durumda, hakem-bilirkişilik sözleşmesinde, serbestçe belirleyerek, hakem-bilirkişi açısından alanında tecrübeli olması, yabancı dil bilmesi, lisansüstü eğitimini tamamlaması gibi şartlar getirebilir. Hakem-bilirkişinin tarafsız ve bağımsız kişilerden seçilmesi gerekir. Bu nedenle hakem-bilirkişiyle seçen arasında, ailevi veya ekonomik bir ilişkinin olmaması gerekir. Ancak tacirler bakımından, bireysel sözleşmeyle kararlaştırılmak şartıyla, hakem-bilirkişi seçilecek kişi bakımından tarafsız ve bağımsız olmayan, işle bağlantılı kişilerden seçilmesi mümkündür. Ancak bu durumda, hakem-bilirkişinin taraflara eşit davranma yükümlülüğü, hakem-bilirkişi raporunda eşitliğin gözetilmesi ve hakem-bilirkişi raporunun açıkça yanlış olması durumunda, hakem-bilirkişi raporunun iptalinin sağlanması gerekir. Hakem-bilirkişinin tarafsız ve bağımsız olmaması durumunda, hakem-bilirkişinin reddini düzenleyen bir düzenleme mevcut değildir. Ancak taraflar hakem-bilirkişinin reddinin nasıl olacağına ilişkin bu hususu sözleşmeyle düzenleyebilirler. Taraflar her ne kadar sözleşmeyle böyle bir düzenleme getirse de hakemin reddinde olduğu gibi, son aşama

olarak mahkemenin (HMK m. 418/IV), hakem-bilirkişinin reddine karar vermesine ilişkin kanunî düzenleme olmadığından, bu konuda kanunî düzenleme getirilmesi tavsiye edilebilir.

Hakem-bilirkişinin görevi, taraflar arasındaki çekişmeli vakıanın tespitini sağlamaktır. Ancak sadece vakıa tespit faaliyeti, ne hâkime (HMK m. 106/III) ne de hakeme bırakılamayan bir görev olduğundan, hakem-bilirkişi bir yargılama faaliyetinde bulunduğu şeklinde nitelendirilemez. Dolayısıyla hakem-bilirkişi, kısmî hâkim veya hakem olarak nitelendirilemez. Ayrıca hakem-bilirkişileri tarafların kendilerinin seçmesi, hakem-bilirkişi raporu tarafları ve mahkemeyi bağladığından dolayı, hakem-bilirkişi bir mahkeme bilirkişisi gibi, hâkim yardımcısı olarak da nitelendirilemez. Hakem-bilirkişinin hukukî durumu, bu nedenle kendine özgü (sui generis) bir niteliğe sahiptir.

Hakem-bilirkişi, taraflar sözleşmede aksini düzenlemediği sürece, inceleme usûllerinde Hukuk Muhakemeleri Kanunu hükümleriyle bağlı değildir. Ancak bu serbestliğin de sınırları söz konusudur. Çünkü hakem-bilirkişi raporları, hem açıkça yanlışlık durumunda iptali söz konusu olacak hem de yargılamayı bağlayıcı tespitlerde bulunduğu için hakem-bilirkişi faaliyetlerinde yargılamanın temel ilkelerine riayet etmesi gerekir. Bu şekilde hakem-bilirkişi incelemesini yaparken taraflara eşit davranmalı, hakem-bilirkişiliğe konu vakıanın konusunun boyutuna ve karmaşıklığına göre taraflara hukukî dinlenilme hakkı tanınmalı ve hakem-bilirkişi raporu bir uzmanın anlayacağı şekilde gerekçeli olması gerekir. Hakem-bilirkişi hasarın tespiti için gerekli görecekları deliller, kayıt ve belgeleri isteyebilir ve hasar mahallinde incelemelerde bulunabilir. Hakem-bilirkişinin, hakem-bilirkişi raporunu hazırlayabilmesi için tarafların iştirakine ihtiyacı söz konusudur. Ancak taraflar açısından iştirak durumu bir yükümlülük değil, hak niteliğinde olup, taraflar bu hakkını yerine getirmediği durumda sonuçlarına katlanacaklardır. Bu nedenle günümüzde hakem-bilirkişiye re'sen araştırma yetkisi veren belgeler verilerek, hakem-bilirkişi raporunun daha hızlı düzenlenmesi sağlanmaktadır.

Hakem-bilirkişi raporu kanaatimizce, geçerlilik şartı olarak, yazılı hazırlanmak zorundadır. Ancak sadece bu durumda, hakem-bilirkişi raporu davadan kaçınma ve taraflar arasında yeni uyuşmazlıkların ortaya çıkmasını engelleme vazifesi görür. Ayrıca hakem-bilirkişi raporunda, tarafların kim olduğu, hakem-bilirkişi veya hakem-

bilirkişilerin isimleri, atanma usûlleri, yetki alanına giren vakıa ve işlemler, hakem-bilirkişilerin tespitleri ve gerekçesi, hakem-bilirkişilerin imza ve tarihlerinin bulunması, hakem-bilirkişi raporunun denetimi açısından önem arz edecektir.

Hakem-bilirkişi raporunun hukukî niteliği, kanaatimizce bir delil niteliğindedir. Çünkü hakem-bilirkişi raporu, hakem-bilirkişinin usûlüne uygun olarak, hakem-bilirkişi raporunu düzenleyip düzenlemediğine ilişkin, hakem-bilirkişi raporunun iptali ve hakem-bilirkişinin sorumluluğu davalarında ispat aracı şeklinde, delil vazifesi görmektedir. Hakem-bilirkişi raporuyla tespit edilen vakıa bakımından, her ne kadar taraflar ve mahkeme bağlı olsa da hakem-bilirkişi raporunu, bir kesin delil olarak nitelendiremeyiz. Çünkü kesin delil vasfı için kanunda açıkça düzenlenme gerekmektedir. Ayrıca hakem-bilirkişi raporu açıkça yanlış olması durumunda iptal edilmesi mümkün olduğundan, hakem-bilirkişi raporu bir kesin delil değildir. Ancak hakem-bilirkişilik sözleşmesi bir ispat sözleşmesi olduğundan ve hakem-bilirkişi raporu da tarafları ve mahkemeyi bağlayıcı özelliği olduğundan, hakem-bilirkişinin tespit etmiş vakıayla sınırlı olmak üzere, kesin delil gibi etki doğurur. Hakem-bilirkişi raporu tarafları ve mahkemeyi bağlayıcı etkisi, hakem-bilirkişi raporunun taraflardan birine tebliğinin gerçekleştiği anda gerçekleşir ve hakem-bilirkişi de artık bu raporla bağlıdır. Hakem-bilirkişi basit yazı ve hesap hataları hariç, hakem-bilirkişi raporunu düzeltmez. Ayrıca hakem-bilirkişi raporu tebliğ edilmedikçe asıl alacağa ilişkin muacceliyet gerçekleşmeyecektir. Tarafların zamanaşımı süreleri hakkında sözleşme yapmaları yasaktır (TTK m. 6). Ancak zamanaşımının başlangıcını, düzenleyen muacceliyet (TBK m. 90) anını taraflar, nispi emredici olarak düzenleyebilirler. Hakem-bilirkişi raporu, taraflara tebliğ edilene kadar, tarafların TTK m. 1427/III uyarınca avans hakkı olması tarafların lehine bir durumdur. Ayrıca bu konuda kanun koyucunun taraflara, Alman hukukundaki gibi (VVG § 91), hakem-bilirkişi raporu düzenlene kadar, bir anapara faizi düzenleme yapması önerilebilir.

Hakem-bilirkişinin çekışmeli vakıa hakkındaki tarafları ve mahkemeyi bağlayıcı tespitlerini içeren hakem-bilirkişi raporu, haklar ve hukukî ilişkiler hakkında tespitlerde bulunmayıp sadece vakıa tespit faaliyetini içerdüğinden ve hakem-bilirkişi raporu ilâm niteliğinde belge (İİK m. 38) niteliğinde olmadığından doğrudan icrası istenemez. Tarafların hakem-bilirkişi raporunda tespit edilen zararın miktarını elde edebilmesi için eda davası açması gerekir. Hakem-bilirkişi raporu, bir kesin hüküm

niteliğinde olmadığından, hakem-bilirkişi raporuna ilişkin doğrudan kanun yolu incelemesi de kapalıdır. Hakem-bilirkişi raporu, usûl ve maddî hukuk sebeplerine dayanılarak, ilk derece mahkemesi tarafından iptal edilebilir. Sigorta genel şartlarına göre, hakem-bilirkişi raporunun iptali davasında, görevli mahkeme, hasar mahallindeki ticaret mahkemeleridir. Ancak 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 3. maddesinin 1 bendinde, tüketici işlemleri arasında sigorta sözleşmeleri düzenlenmiş ve aynı kanunun 73. maddesinin birinci fıkrasında, tüketici işlemlerinden doğan davalarda tüketici mahkemeleri görevli olarak düzenlenmiştir. Bu nedenle tüketicinin taraf olduğu sigorta sözleşmeleri bakımından, görevli mahkemenin tüketici mahkemesi olması gerekir.

Hakem-bilirkişi raporuna ilişkin maddî hukuk iptal sebeplerine ilişkin doktrinde açıkça hakkaniyete aykırılık, adalet ve nesafete aykırılık gibi kavramlar kullanılmaktadır. Ancak hakem-bilirkişi uzman bir üçüncü kişi olarak sonuçlarına hakkaniyetle değil, bilimsel yöntemler kullanarak ulaşmaktadır. Taraflar hakem yargılamasındaki gibi, açıkça hakem-bilirkişinin hakkaniyetle sonuçlarına ulaşmalarına ilişkin düzenleme yapmadığı sürece (HMK m. 433/II), kanaatimizce hakem-bilirkişi raporunun iptaline ilişkin açıkça yanlış olması, yani gerçek durumdan önemli ölçüde farklı olması ifadesi kullanılması gerekir. Hakem-bilirkişi raporunun açıkça yanlış olması için önemlilik eşiğine gelmiş olması gerekmekte olup bu eşik hakem-bilirkişi raporuna, tarafların her durumda itiraz etmelerini önleyecektir. Hakem-bilirkişi raporu ayrıca, asıl sözleşmenin ve tarafların hakem-bilirkişi atayacaklarına ilişkin hakem-bilirkişilik sözleşmesinin geçersiz olması durumunda da iptal edilebilir. Hakem-bilirkişinin, hakemden farklı olarak, hukukî ilişkiler hakkında tespitte bulunma yetkisi şeklinde, asıl sözleşmenin geçerli olup olmadığının tespitine ilişkin kompetenz-kompetenz yetkisi (HMK m. 422) yoktur. Bu konuda taraflardan en fazla sözleşmelerin geçerli olup olmadığı hakkında açıklama talep edebilir. Ancak taraflar da hakem-bilirkişi raporunun iptalini sağlamak için kötü niyetli bu tür iddialarda bulunmaktadır. Bu durumda kanaatimizce, mahkeme sadece asıl sözleşmenin geçerli olup olmadığına karar verip zararın tespitine karar vermemeli ve tarafları hakem-bilirkişiliğe başvurmaları için süre vermesi gerekir. Aynı şekilde tarafların sigorta hukukunda, eksik sigorta, aşkın sigorta ve sigorta teminatına vakıanın dâhil olup olmadığı iddiaları bakımından da mahkeme sadece hukukî sorunlar

hakkında tespitlerde bulunup zararın tespitine karar vermemeli ve taraflara hakem-bilirkişiliğe başvurmaları için süre vermesi gerekir. Aksi durum, tarafların irade özerkliğine, tasarruf (HMK m. 24) ve taraflarca getirilme ilkesine (HMK m. 25) aykırılık teşkil eder.

Hakem-bilirkişi raporunun iptali davasında, hakem-bilirkişi raporunun iptalini isteyen taraf, ispat yükü altında olup hakem-bilirkişi raporunun iptaline yönelik delillerini ve gerekirse bu konuda uzman görüşü alarak bu iddialarını desteklemesi gerekir. Kanaatimizce, mahkemenin hakem-bilirkişi raporlarında taraflarca ileri sürülen iptal sebeplerini, re'sen veya tarafların itirazı üzerine dikkate alması bakımından, 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 15. maddesinde düzenlemenin esas alınması gerekir. Bu nedenle mahkeme, hakem-bilirkişilik sözleşmesinin serbestçe tasarruf edilebilir bir konu içermemesi ve hakem-bilirkişi raporunun kamu düzenine aykırı olması hariç, tarafların iptal sebepleriyle bağlıdır. Mahkeme bu iptal sebeplerinin, hakem-bilirkişi raporunun iptal edebileceğine kanaat getirdiği durumda, mahkeme bilirkişine tarafların talebi veya kendiliğinden başvurabilir (HMK m. 266). Çünkü mahkemenin bu incelemesi tecrübe kuralından ziyade, teknik bir bilgiyi içermekte olacağından, mahkeme bilirkişisinden yardım alabilmelidir. Taraflar ayrıca hakem-bilirkişi raporunun iptaline ilişkin bir dava açmak zorunda da bırakılmamalıdır. Ancak bu noktada tarafın hakem-bilirkişi raporuna ilişkin iptal davası açacağına ilişkin gerekçelerini karşı tarafa bildirmesi gerekir. Bu durumda, hakem-bilirkişi raporu lehine olan tarafın açmış olduğu eda davasında, savunma sebebi olarak hakem-bilirkişi raporunun iptalini talep edebilir. Mahkeme bu durumda ön sorun olarak, hakem-bilirkişi raporunun iptal edilip edilemeyeceğine karar vermesi gerekir.

Hakem-bilirkişilik kurumu açısından, tarafların hakem-bilirkişi raporunun açıkça yanlış olduğunu iddia ederek, ilk derece mahkemesi olan asliye ticaret mahkemesinde dava açılması gerekir. Ancak ilk derece mahkemesi olarak asliye ticaret mahkemesinin, hakem-bilirkişinin iptali davalarında görev yapması yerine, bölge adliye mahkemelerinin görev yapması hakkında kanunî düzenleme yapılması tavsiye edilebilir. Bu sayede, hakem-bilirkişi raporunun iptali hakkında, önce istinaf ve istinaf mahkemesi kararına karşı temyiz başvurusunda bulunulması engellenir. Kanaatimizce, böyle bir düzenleme yapılmassa dâhi, ilk derece mahkemelerinin vermiş

olduğu, hakem-bilirkişi raporunun iptali veya reddi kararlarına karşı, tarafların istinaf kanun yoluna başvurmadan doğrudan temyiz kanun yoluna başvurulabilmesi sağlanmalıdır. Çünkü, istinaf mahkemeleri, temyiz mahkemelerinden farklı olarak hem vakıa hem de hukukî denetim yapmakta olduğundan, hakem-bilirkişinin taraflar arasındaki çekişmeli vakıaya ilişkin tarafları ve mahkemeyi bağlayıcı tespiti dikkate alındığında, sadece hukukî denetim yapan temyiz mahkemeleri bu denetim için daha uygundur.

Hakem-bilirkişi raporunun iptali davasının hukukî niteliği, hakem-bilirkişi raporu aleyhine olan tarafın, bir borcunun olmadığına ilişkin menfî tespit davası niteliğindedir. Mahkemenin sadece hakem kararının iptali gibi (HMK m. 439), hakem-bilirkişi raporunun iptalinin tespitine karar vermesi gerekir. Ayrıca mahkemenin gerçek zararın tespiti hakkında karar vermemesi gerekir. Bu durum, tarafların irade özerkliğine, tasarruf (HMK m. 24), taraflarca getirilme (HMK m. 25) ve taleple bağlılık (HMK m. 26) ilkesine aykırılık teşkil eder. Tarafların bu durumda, hakem-bilirkişi raporunun iptal sebebine göre, aynı hakem-bilirkişiler veya yeni hakem-bilirkişiler seçerek, yeniden hakem-bilirkişi raporu alınması sağlanmalıdır. Hakem-bilirkişi raporunu bir delil olarak nitelendirdiğimiz için mahkeme hakem-bilirkişi raporunun iptaline karar vermesi durumunda, hakem-bilirkişi raporuyla bağlı olmayacak ve artık genel ispat kuralları geçerli olacaktır. Bu nedenle mahkeme genel ispat kurallarına göre, sanki hiç hakem-bilirkişi raporu var olmamış gibi, genel usûl hükümlerine göre, hukukî uyuşmazlık için önem arz eden zararın miktarını, gerekirse mahkeme bilirkişilerinden yardım almak suretiyle delilleri serbestçe değerlendirerek tespit eder (HMK m. 198).

Son olarak, yukarıda saydığımız gerekçelerle hakem-bilirkişilik hızlı, ucuz ve esnek bir alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olarak, ulusal ve uluslararası sözleşmelerde yaygın bir şekilde kullanılmakta olup hukukumuzda da bu konuda düzenlemeye ihtiyaç bulunmaktadır. Nitekim hukukumuzda da hakem-bilirkişilik hakkında kanunî düzenleme yapılması öngörülmektedir. Bu konuda, 2021 yılının mart ayında Adalet Bakanlığı tarafından hazırlanan “İnsan Hakları Eylem Planı” Hedef 3.6 “Bilirkişilik Sisteminin Kalitesinin Artırılması ve Öngörülebilirliğin Sağlanması” bölümünün “g” maddesinde, yabancılık unsuru taşıyanlar da dâhil olmak üzere, özel hukuk uyuşmazlıklarının daha kısa sürede çözümü amacıyla hakem-bilirkişilik

kurumunun ihdas edileceği ve “İnsan Hakları Eylem Planı ve Uygulama Takvimi” şeklinde denetleyici kitapta, bu hükmün, düzenlenme süresinin eylem planının yayınlanmasından bir yıl sonra olacağı belirtilmiştir. Ancak henüz hakem-bilirkişilik kanunlarımızda doğrudan düzenlenmemiştir.



KAYNAKÇA

Ağaoğlu, Cahit. **Arbitration in Merger and Acquisition Transactions**, Queen Mary University, Doctoral Thesis, London, 2012.

Akkan, Mine. **Bir İşin Yapılması veya Yapılmamasına İlişkim İlâmların İcrası (İİK m. 30, m. 343)**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.

Akkaya, Tolga. “**Medenî Usûl Hukukunda Delillerin Hasredilmesi**”, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Eskişehir, 2003.

Alangoya, Yavuz, Kâmil Yıldırım ve Nevhis Deren-Yıldırım. **Medenî Usûl Hukuku Esasları**, 8. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2011.

Alangoya, Yavuz, Kâmil Yıldırım ve Nevhis Deren-Yıldırım. **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Değerlendirme ve Önerileri**, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2006. (Değerlendirme).

Alangoya, Yavuz. **Medenî Usûl Hukukunda Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1973 (Tahkim).

Alangoya, Yavuz. **Medenî Usûl Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1979 (İlkeler).

Angstmann, Luca. **Das Schiedsgutachten im Schweizerischen Rech Ein Beitrag zum Verhältnis von Privat und Prozessrecht**, Schultless Verlag, Dissertation, Zürich, Basel, Genf, 2020.

Ansay, Sabri Şakir. **Hukuk Tarihinde İslâm Hukuku**, 4. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2002 (İslâm Hukuku).

Ansay, Sabri Şakir. **Hukuk Yargılama Usûlleri**, 7. Baskı, Güzel Sanatlar Matbaası, Ankara, 1960 (Yargılama).

Antalya, Gökhan. **Marmara Hukuk Yorumu Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt V/1, 1, 2**. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019.

Arens, Fritz. **Arbitri (Schiedsrichter) und Arbitratoren (Schiedsmänner) Nach Heutigem Reichsrecht**, Dissertation, Mainz, 1911.

Arkan, Sabih. **Ticarî İşletme Hukuku**, 24. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2018.

Arseven, Haydar. **Sigorta Hukuku**, Beta Yayınevi, İstanbul, 1987.

Arslan, Ramazan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar Ayvaz ve Emel Hanağası. **Medenî Usûl Hukuku**, 10. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2024.

Arslan, Ramazan. “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Delil Sözleşmesi Konusunda Getirdiği Yenilikler”, **Bankacılar Dergisi**, Özel Sayı, 2013, ss. 67-72.

Arslandoğan, Birce. **Medenî Yargılama Hukukunda Delil Tespiti**, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.

Arslanlı, Hâlil. “Ticari Bey’in Mevzuu”, **İÜHFM**, Yıl 1946, Cilt 12, S. 2-3, ss. 627-652, (Ticari Bey’in Mevzuu).

Arslanlı, Hâlil. **Kara Ticareti Hukuku Dersleri Umumî Hükümler**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1960 (Kara Ticareti).

Aslan, Nâsi. **İslâm Yargılama Hukukunda Şühûdü’l Hâl Jüri Osmanlı Devri Uygulaması**, Beyan Yayınları, İstanbul, 1999.

Aslan, Tutku Ecem. “**Medenî Usûl Hukukunda Münhasır Delil Sözleşmesi**”, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2023.

Asmus, Werner. **Das Sächverständigenverfahren**, Dissertation, Hamburg, 1961.

Aşit, Recep. “**Delil Sözleşmeleri Bakımından İrade Serbestîsinin Sınırı**”, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2015, (Delil Sözleşmesi).

Aşit, Recep. “**Kanun Yolu Uygulamasında Hukuka Aykırılık Denetimi**”, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2024, (Denetim).

Atalay, Oğuz. “Delil Kavramı Üzerine”, **Hâluk Konuralp Anısına Armağan**, Cilt I, Ankara, 2009, ss. 129-139, (Delil).

Atalay, Oğuz. **Medenî Usûl Hukukunda Menfi Vakıaların İspatı**, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, İzmir, 2001, (Menfi Vakıaların İspatı).

Atalay, Oğuz. **Pekcanıtez Usûl Medenî Usûl Hukuku Cilt II**, 15. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, (Pekcanıtez Usûl Cilt II).

Atalay, Özcan. “Hakem-Bilirkişi Kavramı”, **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl: 1976, S. 5, ss. 870-874.

Atalı, Murat, İbrahim Ermenek ve Ersin Erdoğan. **Medenî Usûl Hukuku**, 7. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2024.

Atamer, Yeşim. **Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi**, 2. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2001, (Denetleme).

Atamer, Yeşim. “Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi-TKHK m. 6 ve TTK m. 55, F. 1, (f) ile Karşılaştırmalı Olarak”, **Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu 8 Nisan 2011**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2011, ss. 9-73, (Karşılaştırma).

Atar, Fahrettin. **İslâm Yargılama Hukukunun Esasları**, 2. Baskı, Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Yayınları, İstanbul, 2017.

Ateş, Derya. “Sözleşme İlişkilerinin Kurulmasında ve Borç İlişkilerinde Üçüncü Kişi”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Y. 2020, S. 151, ss. 329-359.

Ateş, Mustafa. Hukuk Muhakemeleri Usûlünde Delil Sözleşmeleri, **Yargıtay Dergisi**, Y. 1995, S. 3, ss. 244-263.

Avcı, Ali. “Kamu Yapım Sözleşmelerinde Geçici Hakediş Raporlarına İhtirazı Kayıt ve Hukuka Aykırılık Sorunu”, **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, S. 40, C. 3, Y. 2015, ss. 171-192.

Aydemir, Fatih. **Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmeleri**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.

Aydın, Mehmet Akif. **Türk Hukuk Tarihi**, 15. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2018.

Aydoğdu, Murat. **Türk Borçlar Hukukunda Genel İşlem Koşullarının ve Tüketici Hukukunda Haksız Şartların Denetimi**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2014.

Bachmann, Arthur. **Der Schiedsgutachter**, Dissertation, Zürich, 1949.

Bahtiyar, Mehmet. “Sigorta Poliçesi Genel Koşulları”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi (Batıder)**, C. XIX, S. 2, Aralık 1997, ss. 89-108.

Balcı, Muharrem. **İhtilâfların Çözüm Yolları ve Tahkim**, Danışman Yayınevi, İstanbul, 1999.

Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü. **“Bilirkişi ve Hakem Odaları Birliği” “İstanbul’da Milletlerarası Tahkim Merkezi” Kurulması Hakkında Adalet Bakanlığı Tarafından Hazırlanan Kanun Taslakları**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2001.

Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü. **“Hakemlik ve Örgütlenilmesi Tahkim ve Türkiye Hakemler Odası İle İlgili Kanun Taslakları”**, Ankara, 1971.

Banwill, Otto Fredli. **Festellung und Beweis des Schadens in der Schadenversicherung, insbesondere des Sachverständigenverfahren**, Dissertation, Druckerei Gehr. Kürzi, Siebnen, 1948.

Barış, Rezzan Selçuk. “Genel Hatlarıyla Sigorta Hukukunda Hakem-Bilirkişi Müessesesi”, **İzmir Barosu Dergisi**, S. 1, Ocak 1994, ss. 31-36.

Basım, Aybüke. “Hukuk Yargılamasında Delillerin Serbestçe Değerlendirilmesi İlkesi”, **Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 4, S. 1, Y. 2018, ss. 135-187.

Batar, Vildan, Nuran. **“Sigorta Tahkimde İspat Sorunları”**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2022.

Battal, Ahmet. “Bankacılık İşlemlerinde İspat Usûlü ve Delil Sözleşmeleri”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, C. XIX, Y. 1997, S. 2, ss. 129-140.

Baty, Thomas. “The Difference Between Arbiter in The Roman Sense and Modern Arbitrators”, **University of Pennsylvania Law Review and American Law Register**, Vol. 65, No. 8, 1917, ss. 732-736.

Baumann, Wolfgang. **Das Schuldnerkenntnis**, Dissertation, Berlin, 1992.

Baumbach, Adolf, Wolfgang Lauterbach, Jan Albers ve Peter Hartmann. **Zivilprozessordnung**, 78. Auflage, C. H. Beck Verlag, München, 2017.

Baumgärtel, Gottfried. **Wesen und Begriff der Prozesshandlung einer Partei im Zivilprozess**, 2. Auflage, Köln-Berlin-Bonn-München, 1972.

Bayerlein, Walter, Katherine Bleutge, Wolfgang Roessner ve Volker Schlehe. **Praxishandbuch Sachverständigenrecht**, 6. Auflage, München, 2021.

Bayındır, Abdulaziz. **İslâm Muhakeme Hukûku**, Süleymaniye Vakfı Yayınları, İstanbul, 2015.

Becker, Christian. “Das Versicerungsrechtliche Sachverstandigen”, **VersP 2016/V**, ss. 33-35.

Becker-Eberhard, Ekkehard. “Dava Malzemesinin Taraflarca Getirilme İlkesinin Esasları ve Sınırları”, çev. M. Kâmil Yıldırım, **İlkeler Işığında Medenî Yargılama Hukuku**, 9. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2017.

Belgesay, Mustafa Reşit. **Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, Güven Basımevi, İstanbul, 1939, (Şerh).

Belgesay, Mustafa Reşit. **Hukuk ve Ceza Muhakemesinde Deliller**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1940, (Deliller).

Berger, Berner. **Berner Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung Band II: Art. 150-302 ZPO**, Bern, 2012.

Berki, Şakir. **Hukuk Muhakemeleri Usûlü**, Ege Matbaası, Ankara, 1960.

Berkin, Necmettin M. **Medenî Usûl Hukuku Esasları**, Hamle Matbasası, İstanbul, 1969, (Usûl).

Berkin, Necmettin M. **Usûl Hukukunda Senetler ve Senetlerin İspat Kuvveti**, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1947, (Senet).

Bilge, Necip ve Ergün Önen. **Medenî Yargılama Hukuku Dersleri**, 3. Baskı, Sevinç Matbaası, Ankara, 1978.

Bilge, Necip. **Medenî Yargılama Hukuku Dersleri**, Sevinç Matbaası, Ankara, 1965.

Bilge Necip ve Ramazan Arslan. **Yargıtay İçtihat Birleştirme Kararları Işığında Hukuk Muhakemeleri Usûlü Kanunu**, Olgaç Matbaası, Ankara, 1977.

Binder, Julius. **Prozess und Recht Ein Beitrag Zur Lehre von Rechtsschutzanspruch**, Leipzig, 1927.

Blake, Susan, Julie Browne and Stuart Sime. **A Practical Approach To Alternative Dispute Resolution**, Third Edition, Oxford University Press, 2014.

Bleutge, Peter. **Sachverständige als Schiedsgutachter**, Institut für Sachverständigenwesen Verlag, 5. Auflage, Köln, 2014.

Blomeyer, Arwed. **Zivilprozessrecht Erkenntnisverfahren**, 2. Auflage, Berlin, 1985.

Bolayır, Nur. **Hukuk Yargılamasında Delillerin Toplanmasında Tarafların ve Hâkimin Rolü**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, (Deliller).

Bolayır, Nur. **Medenî Usûl Hukukunda Hâkimin Hukuku Re'sen Uygulanması İlkesi**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, (İlkeler).

Bolayır, Nur. **Medenî Usûl Hukukunda Yetki Sözleşmeleri**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2009, (Yetki Sözleşmeleri).

Bongartz, Theo. **Die §§ 317 bis 319 BGB in ihrer Bedeutung für den Schiedsgutachtervertrag**, Dissertation, Würzburg, 1935.

Borowsky, Martin. “Das Schiedsgutachten im Common Law-ein Überblick zu Expert Determination und Appraisal”, **Schiedsgutachten Versus Schiedsgerichtsbarkeit**, München, 2007, ss. 49-59, (Common Law).

Borowsky, Martin. **Das Schiedsgutachten im Common Law**, Nomos Verlag, Dissertation, Baden-Baden, München, 2001, (Schiedsgutachten).

Bölükbaş, Ali Haydar. **İslâm Borçlar Hukukunda Niza**, STS Yayınları, Rize, 2020.

Brosi, Jeffrey. **Das Schiedsgutachten gemäss Art. 189 ZPO Unter Besonderer Berücksichtigung der sich Stellenden Abgrenzungsfragen zur Leistungbestimmung und Vertragsänderung durch einen Dritten**, Schultless Verlag, Dissertation, Zürich, Basel, Genf, 2023.

Brunner, Alexander, Dominik Gasser, Ivo Schwander ve Heinrich Andreas Müller. **Schweizerische Zivilprozessordnung ZPO Kommentar**, 2. Auflage, Zürich/St, Gallen, 2016.

Bruns, Rudolf. **Zivilprozessrecht**, 2. Auflage, München, 1979.

Brück, Ernst, Hans Möller ve Katherine Johannsen. **Versicherungsvertragsgesetz Grosskommentar Dritter Band § 74-99 VVG**, 9. Auflage, Berlin, 2010

Buchdahl, Walter. **Die Rechtsnatur der Schiedsgutachterklausel und des Schiedsgutachtens**, Dissertation, Erlangen, 1931.

Buchwitz, Wolfram. **Schiedsverfahrensrecht in Antike und Mittelalter**, Wien, 2020.

Budak, Ali Cem ve Varol Karaaslan. **Medenî Usûl Hukuku**, 8. Baskı, Filiz Yayınevi, İstanbul, 2024.

Budak Ali Cem Budak ve Yavuz Özkan. “Türk Medeni Usûl Hukukunun Yüzyıllık Tarihi”, **Adalet Dergisi**, Sayı 71, 2023/II, ss. 89-117.

Bulut, Uğur. **Medenî Usûl Hukukunda Temyiz İncelemesinin Kapsamı ve Sınırları**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022.

Buluttekin, Derya. “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na Göre Tahkimin Değerlendirilmesi”, **Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 27, S. 46, Y. 2022, s. 262.

Bunsen. “Prozessrechtsgeschäfte”, **Zeitschrift für Deutschen Zivilprozess**, 1906 (35), ss. 401-423.

Bülow, Oskar. “Dispositives Civilprozessrecht und die Verbindliche Kraft der Rechtsordnung”, **AcP 1881 (64)**, ss. 1-109.

Can, Mertol. **Türk Özel Sigorta Hukuku (Ders Kitabı) Cilt I**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.

Cantaymaz, Tunç. “İspat Hukukunda Hakem-Bilirkişilik”, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2002.

Carl, Barbara. **Aussergerichtliche Formen der Streitbehandlung im Bauvertragsrecht unter Besonderer Berücksichtigung des Schiedsgutachtens, der Mediation, der Empfehlung VSS 641 510 für Streiterledigung und Weiterer Bauspezifischer Mechanismen**, Dissertation, Zürich, 2010.

Çiftçi, Pınar. “Bir Hukuk Genel Kurul Kararı Işığında Özellikle Medenî Usûl Hukuku Açısından Delil Sözleşmelerinin Geçerliliği Sorunu, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 11, Özel Sayı: Bilge Umar’a Armağan, Y. 2009, Basım Yılı: 2010, ss. 129-182, (Delil Sözleşmeleri).

Çiftçi, Pınar. **Medenî Yargılama Hukukunda İspat Hakkı ve Sınırlamaları**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, (İspat Hakkı).

Demirel, Duygu. “Hakem-Bilirkişi Sözleşmesi ve Uygulaması Esasları”, **Terazi Dergisi**, C. 9, S. 93, Mayıs 2014, ss. 24-42.

Deren Yıldırım, Nevhis. “Hakem-Bilirkişi Sözleşmesinin Hukukî Mahiyeti ve Delillerin Serbestçe Değerlendirilmesi İlkesinin Vazgeçilmezliği, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. LIV, S. 1-4, ss. 321-330.

Dişel, Buse. **Dava Takip Yetkisi**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.

Doğanay, İsmail. “Hakem-Bilirkişi Raporları Zamanaşımını Keser Mi?”, **Sigorta Hukuku Dergisi**, C. I, S. 2, Y. 1982, ss. 141-152, (Zamanaşımı).

Doğanay, İsmail. **Türk Ticaret Kanun Şerhi Cilt III**, 3. Baskı, Feryal Matbaası, Ankara, 1990, (Şerh),

Dolge, Annette. **Basler Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung**, 3. Auflage, Basel, 2017.

Dütz, Wilhelm. **Rechtsstaatlicher Gerichtsschutz im Privatrecht**, Berlin-Zürich, 1969.

Eckert, Herbert. **Der Schiedsgutachter (§ 317 ff. BGB.), insbesondere sein Verhältnis zum Schiedsrichter**, Dissertation, Köln, 1928.

Ehrenzweig, Albert. **Deutsches (Österreichisches) Versicherungsvertragsrecht**, Wien, 1952, (VVG).

Ehrenzweig, Armin. “Über Prozessrechtliche Verträge und Creationen von Kohler”, **Zeitschrift für das Privat Öffentliche Recht der Gegenwart (Gruch)** Wien, 1891 (18), ss. 228-244, (Vertrag).

Eickmann, Karl Wilhelm. **Beweisverträge im Zivilprozess**, Bochum, 1987.

Ekmekçi, Ömer, Muhammet Özekes, Murat Atalı ve Vural Seven. **Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk -Arabuluculuğun Temel Kavramları İhtiyarî Arabuluculuk- Zorunlu Arabuluculuk-İş Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk- Ticarî Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk**, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.

Ekşi, Nuray. **Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda Tahkim**, 2. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2019.

Erdönmez, Güray. **Medenî Usûl Hukukunda Belgelerin İbrazı ve Mecburiyeti**, 2. Baskı, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014.

Erdönmez, Güray. **Pekcanıtez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, Cilt I, 15. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, (Pekcanıtez Usûl Cilt I).

Eren, Fikret. **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 29. Baskı, Legem Yayınevi, Ankara, 2024 (Borçlar Genel).

Eren, Fikret. **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, (Borçlar Özel).

Erturgut, Mine. **Medenî Usûl Hukukunda Elektronik İmzalı Belgelerin Delil Olarak Değerlendirilmesi**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2004.

Fasching, Hans W. **Lehrbuch des Österreichischen Zivilprozessrecht**, Wien, 1990.

Frank, Richard, Hans Sträuli ve Georg Messmer. **Kommentar zur Zürcherischen Zivilprozessordnung**, 3. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich, 1997.

Garger, Bernhard. **Das Schiedsgutachtenrecht**, Manzsche Verlags, Wien, 1996.

Gernhuber, Joachim. **Das Schuldverhältnis Begründung un Anderung Pflichten und Strukturen Drittwirkungen**, Tübingen, 1989.

Göksu, Mustafa. **Hukuk Yargılamasında Elektronik Delil**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011, (Delil).

Göksu, Mustafa. “Vakıa ve Hukuk”, **Halûk Konuralp Anısına Armağan Cilt I**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, (Hukuk), ss. 323-350.

Göksu, Tarkan. **Schiedsgerichtsbarkeit**, Dike Verlag, Zurich-St. Gallen, 2014.

Görgün, Şanal, Levent Börü ve Mehmet Kodakoğlu. **Medenî Usûl Hukuku**, Yetkin Yayınevi, 13. Baskı, Ankara, 2024.

Greger, Reinhard ve Christian Stubbe. **Schiedsgutachten**, Beck Verlag, München, 2007.

Guldener, Max. **Schweizerisches Zivilprozessrecht**, Zürich, 1979, (Schweiz ZPO).

Guldener, Max. “Über Dispositives Recht Zurcherischen Zivilprozess und Eidgenössischen Betreibungsrecht”, **Zeitschrift für Schweizerisches Recht (ZSR)** 1946/V, ss. 185-254, (ZSR).

Guldener, Max. **Beweiswürdigung und Beweislast Nach Schweizerischem Zivilprozessrecht**, Zürich, 1955, (Beweiswürdigung).

Günay, Barış. **Sigorta Hukuku**, 5. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2023.

Güneysu, Nilüfer Boran. “İşlem Türleri ve Usûli İşlemin Bu İşlem Türleri Arasındaki Yeri”, **Haluk Konuralp Anısına Armağan Cilt I**, Yetkin Yayınları, Ankara 2009, ss. 163-194.

Güngör, Gülin. **Türk Milletlerarası Özel Hukuku**, 2. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.

Gürdoğan, Burhan. “Temyiz Mahkemesinin Kontrolü Bakımından Vakıa ve Hukuk”, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi Dergisi**, C. XI, S. 3, Eylül 1956, ss. 258-285.

Gürgen, Orhan. “Trafik Sigortası Genel Şartlarının Hukuki Mahiyeti ve Yargıtay’ın Konuya İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Y. 11, S. 41, Ocak 2020, ss. 463-481.

Gözler, Kemal. **İdare Hukuku Cilt II**, 3. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2019.

Habscheid, Walter J. “Das Schiedsgutachten als Mittel der Streitentscheidung und der Streitvorbeugung Eine Rechtsvergleichende Untersuchung”, **Festschrift für Winfried Kralik zum 65. Geburtstag**, Wien 1986, ss. 189-203, (FS Kralik)

Habscheid, Walther J. “Behörden Als Schiedsgutachter”, **MDR 1954/7**, ss. 392-394, (MDR).

Habscheid, Walther J. "Zur Frage Der Rechstaatlichen Ausgestaltung Des Schiedsgutachtenverfahrens", *Ius Et Commmercium*, **Festschrift für Franz Laufke**, Würzburg 1971, (FS Laufke), ss. 303-319.

Habscheid, Walter J. "Zur Neuren Entwicklung im Recht des Schiedswesens", **KTS 1970/II**, ss. 132-147, (KTS 1970/II).

Habscheid, Walter J. "Aus Der Höhstrichterlichen Rechtsprechung zur Schiedsgerichtsbarkeit", **KTS 1970/I**, s. 11, ss. 1-12, (KTS 1970/I).

Habscheid, Walter J. "Das Schiedsgutachten Ein Grenzgebiet Zwischen Materiellem Recht und Prozesrecht", **Das Deutsche Privatrecht in Der Mitte Des 20. Jahrhunderts Festschrift für Heinrich Lehmann II. Band**, Berlin- Tübingen-Frankurt am Main, 1956, ss. 789-811, (FS Lehmann).

Habscheid, Walther J. "Aus der Höchstrichterlichen Rechtsprechung xur Schiedsgerichtsbarkeit", **KTS 1957/11**, ss. 161-167, (KTS 1957/11).

Habscheid, Walther J. "Schiedsvertrag und Schiedsgutachtenvereinbarung", **KTS 1957/9**, ss. 129-136, (KTS 1957/9).

Habscheid, Walther J. **Schweizerischen Zivilprozess und Gerichtsorganisationsrecht Ein Lehrbuch**, 2. Auflage, Basel, 1990, (Schweiz ZPO).

Hagenbüchle, Otto. **Das Schiedsgutachten im Schweizerischen Recht**, Dissertation, Fraunfeld, 1952.

Hanağası, Emel. **Davada Menfaat**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009.

Hartl, Martin. **Das Schiedsgutachten im İtalienischen Recht**, Dissertation, München, 1993.

Hatipoğlu, Tahsin. **Medenî Yargılama Hukukunda Delil Sözleşmeleri**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.

Heinrich, Wiebke. **Das Sachverständigenverfahren Im Privatversicherungsrecht**, Peterlang Verlag, Dissertation, Hamburg, 1995.

Heller, Jochen. **İslamisches Recht im Deutschen Schiedsgerichtsverfahren?**, Masterarbeit, Köln, 2014.

Honsell Heinrich ve Roland Beckmann. **Berliner Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz Kommentar zum Deutschen und Österreichischen VVG**, § 64 VVG, Berlin, 1998.

Hök, Götz-Sebastian. “Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Açısından Hakem-Bilirkişi Raporu ve Uyuşmazlık Çözüm Kurulu (Dispute Adjudication Board (DAB) Kararının Uygulanması”, çev. Gökhan Erbaş, **Terazi Hukuk Dergisi**, Y. 6, S. 56, Nisan 2011, ss. 54-62.

İldır, Gülgün. **Alternatif Uyuşmazlık Çözümü-Medenî Yargıya Alternatif Yöntemler**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2003.

Işık, Sultan. “**Uzman Görüşü**”, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2015.

İstanbul Ticaret Odası. **İstanbul Ticaret Odası Tahkim Uzlaştırma Hakem-Bilirkişilik Müesseseleri ve İstanbul Ticaret Odası, Tahkim-Uzlaştırma-Hakem Bilirkişilik Gider ve Ücret Yönetmeliği**, İstanbul, 1979

İstanbul Ticaret Odası. **İstanbul Ticaret Odası Tahkim Uzlaştırma Hakem-Bilirkişilik Müesseseleri ve İstanbul Ticaret Odası, Tahkim-Uzlaştırma-Hakem Bilirkişilik Gider ve Ücret Yönetmeliği**, İstanbul, 2000.

İstanbul Ticaret Odası. **İstanbul Ticaret Odası Tahkim Uzlaştırma Hakem-Bilirkişilik Müesseseleri ve İstanbul Ticaret Odası, Tahkim-Uzlaştırma-Hakem Bilirkişilik Gider ve Ücret Yönetmeliği (08.03.2012 Tarihi İtibariyle Revize Edilmiş Metin)**, İstanbul, 2012.

İzgi, Mehmet Feridun. **Türk Hukukunda Tahkim Benzeri Uyuşmazlık Çözüm Yolları**, On iki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2023.

Jäckel, Holger. **Beweisvereinbarungen im Zivilrecht**, Köln, 2007.

Jost, Bodo Dieter. **Das Schiedsgutachten**, Dissertation, Köln, 1956.

Kabukçuoğlu, Özer Fatma Dilek. **Sigortacılık Kanunu Şerhi**, XII Levha Yayınevi, İstanbul, 2012.

Kajkowska, Ewelina. **Enforceability of Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses**, Oxford and Portland, Oregon, 2017.

Kale, Serdar ve Müjgan Tunç Yücel. “Sigortacılık Kanununda Tahkim”, **Hâluk Konuralp Anısına Armağan**, Cilt I, Ankara, 2009, ss. 461-478.

Kaner, Deniz İnci. **Sigorta Hukuku**, 4. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2021.

Kara, Burak. “Sigorta Sözleşmesi Şartlarının Genel İşlem Koşulları Çerçevesinde Hukuki Mahiyeti”, **Asoscongress 4. Uluslararası Hukuk Sempozyumu 3-4-5 Mayıs 2018 Alanya Tam Metin Kitabı**, ss. 265-277.

Karaaslan, Varol. **Medenî Usûl Hukukunda Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2013.

Karafakih, İsmail Hakkı. **Hukuk Muhakemeleri Usûlü**, Yeni Matbaa, Ankara, 1952.

Karslı, Abdurrahim. **Medenî Muhakeme Hukuku**, 5. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020, (Medenî Muhakeme).

Karslı, Abdurrahim. **Medenî Usûl Hukukunda Usûlî İşlemler**, Kudret Yayınevi, İstanbul, 2001, (Usûlî İşlem).

Kekeç, Elif Kısmet. **Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler**, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.

Kender, Rayegân. “Sigorta Tazminatının Muacceliyeti Meselesi”, **Ticaret Hukuku Yargıtay Kararlar Sempozyumu IX**, Ankara, 1992, ss. 77-98.

Kenndall, John, Clieve Freedman ve James Farrell. **Expert Determination**, Sweet Maxwell Press, London, 2008.

Keser, Leyla. “İlk Görünüş İspatı (Prima Facie Beweis)”, **Prof. Dr. Mahmut Tefik Birsell’e Armağan**, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir 2001, ss. 231-251.

Kılınç, Ahmet. **Osmanlı Yargılama Hukukunda Bilirkişilik**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.

Kıyak, Emre. **Dönüştürücü Arabuluculuk Problem Çözücü Arabuluculuk ile Uyumsallaştırılması**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2018.

Kiraz, Taylan Özgür. **Medenî Yargılama Hukukunda İkrar**, 2. Baskı, Bilge Yayınevi, Ankara 2013.

Kisch, Wilhelm. “Die Rechtliche Bedeutung des Schiedsgutachtens in Versicherungsachen”, **Rhein Zeitschrift**, 1917/18, ss. 12-31, (Rhein).

Kisch, Wilhelm. **Der Schiedsmann im Versicherungsrecht**, Mannheim, Berlin, Leipzig, 1924, (Schiedsmann).

Klasen, Karla. **Alternative Streitbeilegung beim Bau von Offshore-Windparks Dispute Boards, Schiedsgutachten, Mediation**, Dissertation, Köln, 2018.

Kleinschmidt, Jens. **Delegation von Privatautonomie auf Dritte**, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen, 2014.

Klocke, Wilhelm. **Der Sachverständige und Seine Auftraggeber**, Berlin, 1987.

Knecht, Otto. **Die Beweisverträge im Zivilprozess**, Freiburg, 1937.

Kocayusufpaşaoğlu Necip, Hüseyin Hatemi, Rona Serozan ve Abdülkadir Arpacı. **Borçlar Hukuku Genel Bölüm Birinci Cilt**, Filiz Kitabevi, 7. Bası, İstanbul, 2017.

Kohler, Josef. “Über Prozessrechtliche Verträge und Creationen”, **Gesammelte Beitrage zum Zivilprozess, Gruch 31**, 1881 (31), ss. 276-324.

Konuralp, Hâluk. “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolu ve Bilirkişilik”, **Bilirkişilik Sempozyumu, Samsun, TBB Ankara**, 9-10 Kasım 2001, (Bilirkişilik).

Konuralp, Hâluk. “Hakem-Bilirkişi Raporunun İptali Davası”, **Sigorta Hukuku Dergisi**, Y. 1982, C. I, S. 2, ss. 717-174, (İptal Davası).

Konuralp, Hâlûk. **Medenî Usûl Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları, Yetkin Yayınları**, Ankara, 2009, (İspat).

Konuralp, Hâlûk. **Medenî Usûl Hukukunda Yazılı Delil Başlangıcı**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, (Yazılı Delil Başlangıcı).

Konuralp, Orhan Emre. “**Hakemlerin Hukukî Sorumluluğu**”, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi Ekonomi ve Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2018.

Korkmaz, Sibel. **Sigorta Sözleşmelerinde İspat Sorunları**, Güncel Hukuk Yayınları, İzmir, 2004.

Kornblum Udo. **Probleme Der Schiedsrichterlichen Unabhängigkeit**, München, 1968.

Kornblum, Udo. “Bert Rauscher, Das Schiedsgutachtenrecht unter besonderer Berücksichtigung der Regelungen der Praxis des Massenverkehrs, Frankfurter Disseratiton, 1969 Schriftum, **KTS 1970/3**, ss. 244-248, (KTS 1970/III).

Kuchinke, Kurt ve Adolf Schönke. **Zivilprozessrecht**, 9. Auflage, Karlsruhe, 1969.

Kuru, Baki ve Ali Cem Budak. **Tespit Davaları**, 2. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010.

Kuru, Baki ve Burak Aydın. **İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı**, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2023, (Usûl Ders Kitabı).

Kuru, Baki ve Burak Aydın. **Medenî Usûl Hukuku El Kitabı Cilt I**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, (Usûl El Kitabı Cilt I).

Kuru, Baki, Ramazan Arslan ve Ejder Yılmaz. **Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı**, 25. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014.

Kuru, Baki. **Hukuk Muhakemeleri Usûlü Cilt III**, 6. Baskı, Demir-Demir Yayınevi, İstanbul, 2001, (Usûl Cilt III).

Kuru, Baki. **Hukuk Muhakemeleri Usûlü Cilt VI**, 6. Baskı, Demir-Demir Yayınevi, İstanbul, 2001 (Usûl Cilt VI).

Kuru, Baki. **İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017, (Usûl Hukuku).

Lindacher, Walter F. “Schiedsgutachten und Rechtliches Gehör”, **KTS 1964/I**, ss. 35-37.

Lorenzen, Bernadette. **Schranken Für Die Rechtliche Bewertung Innerhalb Der Schiedsgutachterlichen Tätigkeit**, Lit Verlag, Dissertation, Hamburg, Berlin, 2020.

Marsilius, Georg. “Schiedsgerichtsvertrag oder Schiedsgutachtervertrag”, **Der Betriebs-Berater Heft 28**, October 1959, ss. 1015-1017.

Maus, Carolin. **Das Schiedsgutachten im Allgemeinen Bürgerlichen Recht**, Humblot Verlag, Dissertation, Berlin, 2021.

Mebrouk, Hadda. **Senetle İspat Konusunda Fransız Hukukundaki Gelişmeler Türk ve Cezayir Hukuku ile Karşılaştırma**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012.

Meckenstock, Gustav. **Der Schiedsgutachtervertrag und seine Anwendung im Arbeitsrecht**, Dissertation, Köln, 1932.

Memiş, Tekin. **Sigorta Sözleşmesi Şartlarının Yargısal Denetimi**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016.

Mentis, Georgios. **Schranken Prozessualer Klauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen**, Baden-Baden, 1994.

Meriç, Nedim. **Medenî Yargılama Hukukunda Tasarruf İlkesi**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011, (Tasarruf İlkesi).

Meriç, Nedim. “Hâkimin Davayı Aydınlatma Yükümlülüğü”, **DEÜHFD, Prof. Dr. Bilge Umar’a Armağan**, C. 11, Özel Sayı 2009, ss. 377-424, (Aydınlatma).

Meyer, Bettina. **Der Schiedsgutachtervertrag Eine Untersuchung des Rechtlichen Verhältnisses zwischen Schiedsgutachtern und Parteien mit Vergleichenden Ausführung zum Schiedsrichtervertrag**, Dissertation, München, 1995.

Niese, Werner. **Prozesshandlungen und Verträge über Prozesshandlungen, Dissertation**, Leipzig, 1931.

Niggemann, Friedrich. “Schiedsgutachten und Schiedsgerichtsähnliche Verfahren im Französischen Recht”, **Schiedsgutachten Versus Schiedsgerichtsbarkeit**, Carl Heymanns Verlag, Köln, Berlin, München, 2007, ss. 59-75.

Nikisch, Arthur. **Zivilprozessrecht Ein Lehrbuch**, 2. Auflage, Tübingen, 1952.

Nomer, Engin. **Devletler Hususî Hukuku**, 23. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2021.

Nomer, Hâluk Nami. “Sözleşmedeki Esaslı Bir Nokta, Özellikle Karşılıklı Borç Doğuran Akitlerde İvazın Miktarı Belirlenmeksizin Sözleşme Kurulabilir mi?”, **Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan**, C. II, İzmir, 2013, ss. 2053-2074, (Sözleşme).

Nomer, Hâluk Nami. **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 18. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2021, (Borçlar Genel).

Oertmann, Paul. Schiedsrichter und staatliches Recht, **Zeitschrift für Deutschen Zivilprozess** 1918/ 47, ss. 105-150.

Oğuzman, Kemal M. ve Turgut Öz. **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I**, 22. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2024.

Önen, Ergün. **Medenî Yargılama Hukuku**, Sevinç Matbaası, Ankara, 1979, (Yargılama).

Önen, Ergün. **Medenî Yargılama Hukukunda Sulh**, Sevinç Matbaası, Ankara, 1972, (Sulh).

Özbay, İbrahim. “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri”, **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. X, S. 3-4, Y. 2006, ss. 459-475.

Özbek, Mustafa Serdar ve İpek Yücer AKTÜRK. “Sözleşmedeki Boşlukların Tahkim Yoluyla Doldurulması”, **Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi**, Y. 6, S. 1, Ankara 2019, ss. 9-40.

Özbek, Mustafa Serdar. **Alternatif Uyuşmazlık Çözümü**, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2022, (Alternatif Uyuşmazlık).

Özbek, Mustafa Serdar. **Tahkim Hukuku Cilt I**, Yetkin Yayınları, Ankara 2022, (Tahkim Cilt I).

Özbek, Mustafa Serdar. **Tahkim Hukuku Cilt II**, Yetkin Yayınları, Ankara 2022, (Tahkim Cilt II).

Özçelik, Volkan. **Türk Medenî Usûl Hukukunda Taraflarca Getirilme ilkesi**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.

Özekes, Muhammet. “Zorunlu Arabuluculuğun Hak Arama Özgürlüğü ve Arabuluculuk İlkeleri Bakımından Değerlendirilmesi-Zorunlu Arabuluculuğa Eleştirel Yaklaşım”, **Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu, Yargıtay’ın 150. Kuruluş Yıl Dönümü Etkinliği**, Ankara, 2019, ss. 111-136, (Arabuluculuk İlkeleri).

Özekes, Muhammet. “Arabuluculuk Mahkemelerine Doğru Tehlikeli Gidiş”, **Kayseri Barosu Dergisi Duruşma Arası**, Y. 2019, S. 1, ss. 53-63, (Arabuluculuk Mahkemeleri).

Özekes, Muhammet. “Bilirkişinin Konumu ve Karşılaştırmalı Bir Bakış”, **Bilirkişilik Sempozyumu, Bilirkişilik Uygulama Alanları, Sorunlar, Öneriler, TMMOB Mimarlar Odası**, Ankara, 2009, ss. 55-63, (Bilirkişilik).

Özekes, Muhammet. **İcra İflas Hukukunda İhtiyati Haciz**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1999, (İhtiyati Haciz).

Özekes, Muhammet. **Medenî Usûl Hukukunda Hukukî Dinlenilme Hakkı**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003, (Hukukî Dinlenilme Hakkı).

Özer, Tülay. **HUMK’tan HMK’ya Medeni Usûl Kanunu Tasarıları**, Yeditepe Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2012.

Özkan, Aktan. “Sigorta Sözleşmelerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklarda Hakem-Bilirkişilik”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukukta Disiplinlerarası Yaklaşımlar Konferansları No.2 “Hukukta Anlaşmazlık Çözüm Yolları” Uluslararası Sempozyumu**, Ankara, 2021, ss. 533-535.

Özkan, Yavuz. **1879 Tarihli Usûl-i Muhâkeme-i Hukukiyye Kanûn-u Muvakkatinin Modern Usûl Hukukuna Etkileri**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2021.

Palandt Otto ve Christian Grüneberg. **Palandt Bürgerliches Gesetzbuch mit Nebengesetzen Band 7, § 315-319 BGB**, 80. Auflage, München, 2021.

Pekcanitez, Hakan. “Hukukî Dinlenilme Hakkı”, **Seyfullah Edis’e Armağan**, İzmir 2000, ss. 753-791, (Hukukî Dinlenilme Hakkı).

Pekcanitez, Hakan ve Ali Yeşilırmak. **Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku Cilt III**, 15. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, (Pekcanitez Usûl Cilt III).

Pekcanitez, Hakan, Oğuz Atalay ve Muhammet Özekes. **Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı**, 14. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013, (Usûl Hukuku).

Pekcanitez, Hakan, Oğuz Atalay ve Muhammet Özkes. **Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı**, 12. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2024, (Usûl Ders Kitabı).

Pekcanitez, Hakan. “Medenî Yargıda Adil Yargılanma”, **İzmir Barosu Dergisi**, 1997 Nisan, ss. 35-55, (Adil Yargılanma).

Pekcanitez, Hakan. “Özel Uzman (Bilirkişi) Görüşü ve Değerlendirilmesi”, **Prof. Dr. Saim Üstüdağ’a Armağan**, Ankara, 2009, ss. 397-419, (Uzman Görüşü).

Pekcanitez, Hakan. **Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku Cilt I**, Onikilevha, 15. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, (Pekcanitez Usûl Cilt I).

Pelli, Olivia. **Beweisverträge im Zivilprozess**, DIKE Verlag, Dissertation, Zürich, St., Gallen 2012.

Perroluaz, Kilian. **Schweizerische Zivilprozessordnung Stämpflis Handkommentar**, Bern, 2010.

Postacıoğlu İlhan E. ve Sümer Altay. **Medenî Usûl Hukuku Dersleri**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015.

Postacıoğlu İlhan E. **Şehadetle İspat Memnuiyeti ve Hudutları**, 2. Bası, Baha Matbaası, İstanbul, 1964, (Şehadetle İspat).

Postacıoğlu, İlhan E. **Medenî Usûl Hukuku Dersleri**, 6. Bası, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1975, (Usûl Hukuku).

Prölss, Jürgen, Anton Martin ve Wolfgang Voit. **Versicherungsvertragsgesetz mit Nebengesetzen, Vertriebsrecht und Allgemeinen Versicherungsbedingungen**, 31. Auflage, München, 2021.

Rasyid, Abdul. "Relevance of Islamic Dispute Resolution Processes in Islamic Banking and Finance", **Arab Law Quarterly** 27 (2013), ss. 343-369.

Rauscher, Bert. **Das Schiedsgutachtenrecht Unter Besonderer Berücksichtigung der Regelungen der Praxis des Massenverkehrs**, Dissertation, Frankfurt, 1969.

Ritzmann, Uve J. **Über Den Feststellungsvertrag**, Dissertation, Hamburg, 1973.

Rosenberg, Leo, Karl Heinz Schwab ve Peter Gottwald. **Zivilprozessrecht**, 18. Auflage, München, 2018.

Rosenberg, Leo. **Lehrbuch Des Deutschen Zivilprozessrechts**, 8. Auflage, München-Berlin, 1960, (Lehrbuch).

Rosenberg, Leo. **Stellvertretung im Prozess**, Berlin, 1908, (Stellvertretung).

Rüffler, Friedrich. **Der Sachverständige Im Zivilprozess**, Wien, 1995.

Sachse. Beweisverträge, **Zeitschrift für Deutschen Zivilprozess**, 1929 (54) ss. 409-434.

Sancakdar, Oğuz. "Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında AİHM'nin 2010 Yılında Türkiye ile İlgili Verdiği Başlıca Kararlar ve Değerlendirilmesi", **Ceza Hukuku Dergisi**, Aralık 2011, S. 17, s. 7-20.

Sancakdar, Oğuz, Lale Burcu Önüt, Eser Us Doğan, Mine Kasapoğlu Turhan ve Serkan Seyhan. **İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı**, 12. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2024.

Santens, Ank. "Expert Determination Clauses in Contracts Providing for International Arbitration- What Happens when the Expert's Decision is Not Final and Binding", **Arbitration International**, Vol. 23, No. 4, 2007, ss. 687-698.

Schiedermaier, Gerhard. **Vereinbarungen İm Zivilprozess**, Bonn, 1935.

Schilken, Eberhard. “Medenî Yargılamada Hâkimin Rolü”, çev. Nevhis Deren-Yıldırım, **İlkeler Işığında Medenî Yargılama Hukuku**, 9. Baskı, İstanbul, 2017.

Schlosser, Peter F. “Der gegenwärtige Entwicklungstand des Rechts des Schiedsgutachtens”, **Schiedsgutachten versus Schiedsgerichtsbarkeit**, München 2007, ss. 1-15, (Schiedsgutachten).

Schlosser, Peter. **Einverständliches Parteihandeln im Zivilprozess**, Tübingen, 1968, (Parteihandeln).

Schöll, Michael. “Das Schiedsgutachten im Schweizer Recht-Grundriss und Praxisfragen”, **Schiedsgutachten Versus Schiedsgerichtsbarkeit**, München 2007, ss. 25-49.

Schwab Karl Heinz, Gerhard Walter ve Adolf Baumbach. 7. Auflage, **Schiedsgerichtsbarkeit**, München, 2005.

Schwarzmann Johannes ve Robert Walz. **Das ADR Formular Buch**, 2. Auflage, München, 2016.

Sebük, Tahir. “Hakem, Hakem-Bilirkişi ve Kanunî Hakem Kararlarının Mukayesesi ve Tahkim Şartı”, **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl: 1966, S. 3, ss. 500-506.

Sessler, Anke. “Schiedsgutachten in Post M&A Streitigkeiten”, **Schiedsgutachten Versus Schiedsgerichtbarkeit**, München, 2007, s. 97-117.

Sessler, Anke and Corina Leimert. “The Role of Expert Determination in Mergers and Acquisitions under German Law”, **Arbitration International**, Vol. 20, No. 2, 2004, ss. 151-166.

Seven, Vural. “Sigorta Şirketleriyle Yaşanan Uyuşmazlıklarda Alternatif Bir Çözüm Yöntemi: Sigorta Tahkim Komisyonu”, **Franchise Market Türkiye**, S. 5, Ekim 2018, (Sigorta Tahkim), ss. 30-31.

Seven, Vural. “Türk Ticaret Kanunu’nun 1427. Maddesinin 3. Fıkrası Kapsamında Sigortacıdan Talep Edilen Avans Ödemesinin Hukukî Niteliği”, **İzmir Barosu Dergisi**, Y. 67, S. 2, Ağustos 2022, (Avans), ss. 419-439.

Seven Vural. “Mahkemeye- Tahkime Başvurmadan Önce Sigorta Şirketine Başvuru Zorunluluğu”, **İzmir Barosu Dergisi**, Mayıs 2018, (Başvuru Zorunluluğu), ss. 98-125.

Shirmer, Th. “Arbitrium Merum und Arbitrium Boni Viri, **AcP 1901 (91)**, ss. 136-141.

Sieg, Karl. “Die Festelenden Schiedsgutachter im Privatsicherungsrecht”, **Versicherungsrecht (VersR) Zeitschrift**, Heft 25, 1965, ss. 629-635.

Sieveling, Ramon. **Schiedsgutachtenverträge Nach Deutschem und New Yorker Recht**, Dissertation, Peter Lang Verlag, Frankfurt am Main, Berlin, Bern, Bruxelles, New York, Oxford, Wien, 2007.

Simil, Cemil. “Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevinin Sınırları”, **DEÜHFD, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan Cilt II**, C. 16, Özel Sayı 2014, ss. 1351-1376.

Soner, Lütfi Fikri. “Senetle İspat Zorunluluğu, Delil Sözleşmesi ve Tanık Dinletilmesi”, **Ankara Barosu Dergisi**, Y.1975, S. 5, ss. 656-664.

Söğüt, İpek Sevda. **Roma Hukukunda Tahkim**, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011.

Stein, Friedrich, Martin Jonas ve Peter Schlosser. **Kommentar Zur Zivilprozessordnung Band 10 § 1025-1066**, 23. Auflage, Tübingen, 2014.

Stieglmeier, Henry. **Vertragsarbitrage und Internationales Privat und Zivilverfahrensrecht**, Dissertation, Berlin, 2018.

Stubbe, Christian. “Kombination des Schiedsgutachtensverfahren mit Anderen Verfahrenstufen”, **Schiedsgutachten Versus Schiedsgerichtsbarkeit**, München 2007, ss. 75-87.

Sturmberg, Georg. **Die Beweissicherung in der Anwaltlichen Praxis Privat Gutachten, Gerichtliche Beweissicherung und Schiedsgutachten**, Strategie und Taktik im Baurecht, Köln, 2016.

Sutter Somm, Thomas Franz Hasenböhler ve Christoph Leunberger. **Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung**, 3. Auflage, Zürich, 2016.

Sümer, Utku Ilgaz. “**Conflict Resolution of Commercial Dispute by Expert-Determination**”, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2023.

Şanlı, Cemal. **Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları**, 8. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2023.

Şengel, Berkant. “Delil Sözleşmesi”, **Yargıtay Dergisi**, Y. 1998, S. 3, ss. 266-283.

Tahiroğlu, Fatih. **Medenî Usûl Hukukunda Re’sen Araştırma İlkesi**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.

Tandoğan, Hâlûk. **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt II**, 5. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010.

Tanrıver, Süha. “Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 64, Y. 2006, ss. 151-177, (Alternatif Uyuşmazlık).

Tanrıver, Süha. **Medenî Usûl Hukuku Cilt I Temel Kavramlar ve İlk derece Yargılaması**, 6. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2024, (Usûl Cilt I).

Tanrıver, Süha. **Medenî Usûl Hukuku Cilt II**, 2. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, (Usûl Cilt II).

Tanrıver, Süha. **Medenî Yargıda Bilirkişilik**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, (Bilirkişilik).

Taşkın, Alim. **Hakem Sözleşmesi**, 2. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2005.

Taşpınar Ayvaz Sema. **Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun (HMK) Zaman Bakımından Uygulanması**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013, (Zaman Bakımından Uygulama).

Taşpınar Ayvaz, Sema. “Asliye Ticaret Mahkemeleri Hakkında Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Tahkimde Görevli Mahkeme”, **DEÜHFD, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan Cilt I**, C. 16, Özel Sayı 2014, (Tahkim), ss. 469-482.

Taşpınar, Sema. “Bilirkişi Ücreti”, **Bilirkişilik Sempozyumu, 9-10 Kasım 2001, Samsun Barosu Türkiye Barolar Birliği**, ss. s. 347-395, (Bilirkişi).

Taşpınar, Sema. **Medenî Yargılama Hukukunda İspat Sözleşmeleri**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2001, (İspat Sözleşmeleri).

Tekdoğan, Bahçivancı Işıl S. “Hakem-Bilirkişilik Sözleşmesine Uygulanacak Hukuk”, **Atipik Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk**, İstanbul, 2020, ss. 359-393.

Teomete, Yalabık, **Fulya İngiliz ve Amerikan Hukuklarında Vakıaların Getirilmesi ile Delillerin Toplanmasında Hâkimin Rolü ve Türk Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016.

Thomas Heinz ve Hans Putzo. **Zivilprozessordnung Kommentar**, Beck Verlag, 42. Auflage, München, 2021.

Thorens, Justin. “Schiedsgutachten und Rechtliches Gehör Im Schweizerischen und Deutschen Recht”, **KTS 1968/4**, ss. 193-201.

Toraman, Barış. **Medenî Usûl Hukukunda Bilirkişi İncelemesi**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017.

Tuğsavul Muhsin. “İspat Külfeti, Kanuni Deliler ve İkamesi”, **Adalet Dergisi**, Y.1951, C. 42, S. 7, ss. 1060-1095.

Tuluay, Metin. “**Delil Anlaşmaları**”, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, Tarihsiz.

Turan, Sinem. **Medenî Usûl Hukukunda Delil Tespiti Kurumunun Fonksiyonları**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.

Türk, Hikmet Sami. “Sigortacının Temerrüdü Ne Zaman Başlar?”, **Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XII**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1995, ss. 185-241.

Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı. **İnsan Hakları Eylem Planı Özgür Birey, Güçlü Toplum; Daha Demokratik Bir TÜRKİYE**, Ankara, Mart 2021.

Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı. **İnsan Hakları Eylem Planı ve Uygulama Takvimi, Özgür Birey, Güçlü Toplum; Daha Demokratik Bir TÜRKİYE**, Ankara, Nisan 2021.

Türkmen, Emre. **Adi Ortaklıkta Çıkma ve Çıkarılma**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2020.

Tüzel, Sadık. “Beyyineye Müteallik Mukaveler”, **Adliye Ceridesi**, Y. 1938, S. 10, ss. 1601-1617.

Ulaş, Işıl. **Uygulamalı Zarar Sigortaları Hukuku Genel Hükümler Mal ve Sorumluluk Sigortaları**, 8. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2012, (Zarar Sigortaları).

Ulaş, Işıl. **Uygulamalı Sigorta Hukuku Mal ve Sorumluluk Sigortaları**, 2. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 1998, (Uygulamalı Sigorta).

Umar Bilge ve Ejder Yılmaz. Kazancı Matbaacılık, **İsbat Yüğü**, 2. Bası, İstanbul, 1980.

Umar, Bilge. “Delil Anlaşmaları”, **İHFM**, Y. 1962, Cilt: XXVIII, S. 3-4, ss. 856-862, (Delil Anlaşmaları).

Umar, Bilge. **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014 (Şerh).

Ünan, Samim. **Türk Ticaret Kanunu Şerhi Altıncı Kitap Sigorta Hukuku Cilt I Genel Hükümler (Madde 1401-1452)**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016.

Üstündağ, Saim. **Medenî Yargılama Hukuku Cilt I-II**, 7. Bası, Nesil Matbaacılık, İstanbul, 2000, (Medenî Yargılama).

Üstündağ, Saim, “Medenî Usûl Hukukunda Selahiyet Anlaşmaları”, **İHFM**, Y. 1962, C. XXVII, S. 1-4, ss. 310-339, (Anlaşmalar).

Valesek, Martin and Frederic Wilson. “Distinguishing Expert Determination from Arbitration: The Canadian Approach in a Comparative Perspective”, **Arbitration International**, Vol. 29, No. 1, 2013, ss. 63-88.

Volze, Harald. “Befangenheit im Sachverständigenverfahren”, **VersR** 2016, ss. 1228-1230.

Von Bernuth, Wolf H. “Schiedsgutachterabreden und Die Durchführung Selbständiger Beweisverfahren”, **ZIP** 1998, Heft 50, ss. 2081-2086.

Wagner, Gerhard. **Prozessverträge Privatautonomie im Verfahrensrecht**, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen, 1998.

Walter, Gerhard. “Dogmatik der Unterschiedlichen Verfahren zur Streitbeilegung”, **ZZP** 103, ss. 141-170.

Wangner, Fritz. **Der Schiedsgutachter**, Dissertation, Freiburg, 1908.

Weismann, Jakob. “Das Schiedsgutachten”, **AcP** 72 (1888), ss. 269-329, (AcP 72).

Weismann, Jakob. “Die §§ 355-357 des Entwurfs Eines Bürgerlichen Gesetzbuchs (Leistung nach Ermessen eines Dritten “Arbitrator)”, **AcP** 74 (1889), ss. 422-432, (AcP 74).

Wenger, Werner. **Zum Obligationenrechtlichen Schiedsverfahren im Schweizerischen Recht Eine Rechtsvergleichende und Historische Studie zur Unterscheidung zwischen Schiedsrichter und Schiedsgutachter unter Besonderer Berücksichtigung des “arbitrato libero” des Italienischen Rechts**, Dissertation, Basel, 1968.

Wilhelm, Weiler. **Das Schiedsgutachten im Arbeitsrecht**, Dissertation, Köln, 1934.

Winter, Hans Joachim. **Die Bestimmung der Leistung durch den Vertragspartner oder Dritte (§ 315 bis 319 BGB) unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung und Lehre des 19. Jahrhunderts**, Dissertation, Frankfurt, 1979.

Wittmann, Arno. **Struktur und Grundprobleme des Schiedsgutachtenvertrags**, Dissertation, München, 1978.

Yardımcıoğlu, Didem. “İş Hukukunda Dava Şartı Arabuluculuk ile Hakem-Bilirkişiliğin Birlikte Uygulanması Hâlinde Karşılaşabilecek Durumlar”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Y. 14, S. 56, Ekim 2023, ss. 465-496.

Yavaş, Murat. **Senetle İspat ve Senede Karşı Senetle İspat Kuralları ile Bu Kuralların İstisnaları**, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2020.

Yavuz, Cevdet, Faruk Acar ve Burak Özen. **Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler**, 19. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2024.

Yazıcı, Tıktık, Çiğdem. **Arabuluculukta Gizliliğin Korunması**, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013.

Yazıcı, Ali Said. **Medenî Yargılama Hukukunda Uzman Görüşü**, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2024.

Yazıcıoğlu, Emine ve Zehra Şeker Ögüz. **Sigorta Hukuku**, 3. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020.

Yazıcıoğlu, Emine, Rayegan Kender ve Ergon Çetingil. **Deniz Ticareti Hukuku**, 16. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020.

Yeğengil, Rasih. **Tahkim (L'Arbitrage)**, Cezaevi Matbaası, İstanbul, 1974.

Yeşilırmak, Ali. “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolu Olarak Hakem-Bilirkişilik”, **Prof. Dr. Bilge Umar’a Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 11, Özel Sayı 2009, ss. 693-738, (Hakem-Bilirkişilik).

Yeşilırmak, Ali. **Türkiye’de Ticari Hayatın ve Yatırım Ortamının İyileştirilmesi İçin Uyuşmazlıkların Etkin Çözümünde Doğrudan Görüşme, Arabuluculuk, Hakem-Bilirkişilik ve Tahkim: Sorunlar ve Çözüm Önerileri**, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022, (Öneri).

Yıldırım M. Kâmil. **Medenî Usûl Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi**, Kazancı Matbaacılık, İstanbul, 1990, (Delillerin Değerlendirilmesi).

Yıldırım, M. Kâmil. “Avrupa İspat Hukuku Tablosu-Kitap İncelemesi”, **Doç. Dr. Mehmet Somer’in Anısına Armağan**, İstanbul, 2006, ss. 797-808, (İspat Tablosu).

Yıldırım, Ali Haydar. **Sigorta Tazminatı ve Bedelinin Muacceliyeti (TTK 1427)**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2020.

Yılmaz, Ejder. **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi 3. Cilt**, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, (Şerh).

Yılmaz, Ejder. **Medenî Yargılama Hukukunda Islah**, Yetkin Yayınları, Ankara 2013, (Islah).

Zevkliler, Aydın ve Emre Gökyayla. **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 20. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2020.

Zufferey Jean-Baptiste. **L’expertise-Arbirtage Das Schiedsgutachten**, Zürich, 2013.

www.itotam.com/TahkimKurallari.aspx

www.kazanci.com.tr