

■ Arş. Gör. Ahmet ŞENSÖZ\* ■

## HAKEM-BİLİRKİŞİLİK SÖZLEŞMESİ TÜRLERİ

TYPES OF EXPERT DETERMINATION AGREEMENT

## ÖZET\*\*

Hakem-bilirkişilik sözleşmesiyle taraflar, aralarındaki 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 tespiti içeren hakem-bilirkişi raporunun, hem tarafları hem de hâkimi bağlayacağını kararlaştırırlar. Mukayeseli hukuk incelendiğinde, hakem-bilirkişiye sadece taraflar arasındaki çekişmeli vakiya ilişkin tespit faaliyeti görevi verilmemekte, daha farklı görevler de verilerek, hakem-bilirkişiye geniş bir faaliyet alanı verilmektedir. Diğer yandan, hakem-bilirkişi raporunun, farklı bağlayıcı etkileri olduğu sözleşmeler oluşturulmaktadır. Çalışmamızda, farklı bağlayıcı etkileri esas alınarak oluşturulan sözleşmelerin, hakem-bilirkişilik sözleşmesi olup olmadığı mukayeseli hukuk esas alınarak incelenecektir.

**Anahtar Kelimeler:** Hakem-Bilirkişilik Kurumu, Hakem-Bilirkişilik Sözleşmesi, Delil Sözleşmesi, Münhasır Delil Sözleşmesi, Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları.

## ABSTRACT

With the expert-determination agreement, the parties agree that certain issues, such as quantity, value or quality, regarding the subject matter of the dispute between them shall be determined by an expert and impartial expert appointed by the parties or by a committee to be formed as more than one expert, and that the expert-determination report containing this determination shall bind both the parties and the judge. When the comparative law is analysed, it is seen that the expert is not only assigned the task of determining the disputed fact between the parties, but also other duties and a wide range of activities are given to the expert. On the other hand, the expert-determination report has different binding effects. In this study, whether the agreements formed on the basis of different binding effects are expert-determination agreements will be analysed on the basis of comparative law.

**Keywords:** Expert-Determination Institution, Expert-Determination Agreement, Evidence Agreement, Exclusive Evidence Agreement, Alternative Dispute Resolution Methods.

\*\* Bu makale, Dokuz Eylül Üniversitesi Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği'nin "Doktora tezinin sonuçlandırılması" başlıklı 23. maddesinin 7. fıkrası gereğince doktora mezuniyet şartı olan "...tezi ile ilgili en az bir adet bilimsel makalesinin ulusal/uluslararası hakemli dergilerde yayımlanmış veya yayımlanmak üzere kesin kabul edilmiş olması..." koşulunun sağlanması için hazırlanmıştır.

## Araştırma Makalesi

Makale Geliş Tarihi: 25.06.2024 Kabul Tarihi: 19.08.2024

\* ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-9065-5737>.

Recep Tayyip Erdoğan Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı, ahmet.sensoz@erdogan.edu.tr

## 1. GİRİŞ

Hakem-bilirkişilik müessesesiyle taraflar, aralarındaki uyuşmazlık konusu hakkında, miktar, değer veya nitelik gibi belli bazı hususların, taraflarca atanmış uzman ve tarafsız olan hakem-bilirkişi veya birden fazla hakem-bilirkişiler şeklinde oluşturulacak kurulca tespit edilmesini, bu tespiti içeren hakem-bilirkişi raporunun, hem tarafları hem de hâkimi bağlayacağını kararlaştırırlar<sup>1</sup>. Bu durum, uyuşmazlığın ilk aşamada engellenmesi ya da uyuşmazlığın özellikle doğrudan görüşme yoluyla sona erdirilmesi için büyük önem taşımaktadır<sup>2</sup>. Hakem-bilirkişilik, uyuşmazlığın sona ermesinde önemli bir rol oynadığı gibi uyuşmazlığın mahkemeye taşınması halinde dâhi, alınan hakem-bilirkişi raporu kural olarak, hâkimi bağladığı için davanın sonuçlandırılmasını da (Beschleunigungsfunktion) hızlandırmaktadır<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü Cilt III, 6. Baskı, Demir-Demir Yayınevi, İstanbul 2001, (Usul Cilt III), s. 2899; Baki Kuru ve Burak Aydın, Medeni Usul Hukuku El Kitabı Cilt I, Yetkin Yayınları, Ankara 2021, s. 851; Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay ve Muhammet Özkes, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, On İki Levha Yayıncılık, 11. Bası, İstanbul 2023, s. 383; Oğuz Atalay, Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku Cilt II, 15. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, (Pekcanitez Usul Cilt II), s. 1752; Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar Ayvaz ve Emel Hanağası, Medeni Usul Hukuku, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2022, s. 520; Süha Tanrıver, Medeni Usul Hukuku Cilt I Temel Kavramlar ve İlk derece Yargılaması, Yetkin Yayınları, Ankara 2016, s. 802; Metin Tuluay, Delil Anlaşmaları, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, Tarihsiz, s. 71-72; Sema Taşpınar, Medeni Yargılama Hukukunda İspat Sözleşmeleri, Yetkin Yayınları, Ankara 2001, 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 Yeşilirmak, "Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolu Olarak Hakem-Bilirkişilik", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 11, Özel Sayı 2009, (Hakem-Bilirkişilik), s. 694; Ali Yeşilirmak, 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 2011, (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; Rezzan Selçuk Barış, "Genel Hatlarıyla Sigorta Hukukunda Hakem-Bilirkişi Müessesesi", İzmir Barosu Dergisi, S. 1, Ocak 1994, s. 33.

<sup>2</sup> Yeşilirmak, Hakem-Bilirkişilik, s. 694; Yeşilirmak, Öneri, s. 24.

<sup>3</sup> Reinhard, Greger ve Christian Stubbe, Schiedsgutachten, Beck Verlag, München 2007, s. 136-137; Brosi, Jeffrey, Das Schiedsgutachten gemäss Art. 189 ZPO Unter Besonderer Berücksichtigung der sich Stellen- den Abgrenzungsfragen zur Leistungbestimmung und Vertragsänderung durch einen Dritten, Schulthess Verlag, Dissertation, Zürich, Basel, Genf, 2023, s. 14-15; Yeşilirmak, Hakem-Bilirkişilik, s. 694; Yeşilirmak, Öneri, s. 24; Demirel, s. 24.

Ayrıca tarafların, dava açmadan önce başvurdukları hakem-bilirkişilik süreci sayesinde, hakem-bilirkişinin tarafların aralarındaki uyuşmazlığa ilişkin vakıayı, tarafları ve mahkemeyi bağlayıcı şekilde tespit etmesi, onların dava açmasını genelde önlemekte (Prozessvermeidungsfunktion) olduğundan hakem-bilirkişilik, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından da birisidir<sup>4</sup>. Mukayeseli hukukta, Almanya, İsviçre, Avusturya ve Anglo-Sakson hukuklarında sıkça karşımıza çıkan hakem-bilirkişilik kurumu, ulusal ve uluslararası sözleşmelerde, alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olarak, özellikle mal satımlarında satılan şeyin kalitesinin tespiti (Qualitätarbitrage), inşaat, enerji, sigorta, bilişim, şirketlerin birleşmesi, bölünmesi, şirket payının devri gibi benzeri konularda genel olarak kullanılmaktadır<sup>5</sup>. Ancak hakem-bilirkişilik, hukukumuzda mukayeseli hukuka göre daha az kullanılmakta ve gereken ilgiyi görmemektedir. Hakem-bilirkişilik, ifade ettiğimiz üzere, mukayeseli hukukta, bir alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olarak, ulusal ve uluslararası sözleşmelerde yaygın bir şekilde kullanılmakta, hukukumuzda da bu konuda pozitif bir düzenlemeye ihtiyaç bulunmaktadır. Nitekim hukukumuzda da hakem-bilirkişilik hakkında kanunî bir düzenleme yapılması öngörülmektedir. Bu konuda, 2021 yılının mart ayında Adalet Bakanlığı tarafından hazırlanan “İnsan Hakları Eylem Planı”<sup>6</sup> 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

<sup>4</sup> Carolin, Maus, Das Schiedsgutachten im Allgemeinen Bürgerlichen Recht, Dissertation, Berlin 2021, s. 30-31; Greger/Stubbe, s. 32-33; Walter J. Habscheid, “Das Schiedsgutachten als Mittel der Streitentscheidung und der Streitvorbeugung Eine Rechtsvergleichende Untersuchung”, Festschrift für Winfried Kralik zum 65. Geburtstag, Wien 1986, (FS Kralik), s. 189, 196; Yeşilirmak, Hakem-Bilirkişilik, s. 694; Yeşilirmak, Öneri, s. 29; Taşpınar, s. 141; Demirel, s. 24.

<sup>5</sup> Greger/Stubbe, s. 100; Arthur, Bachmann, Der Schiedsgutachter, Dissertation, Zürich 1949, s. 13-17; Luca, Angstmann, Das Schiedsgutachten im Schweizerischen Recht Ein Beitrag zum Verhältnis von Privat und Prozessrecht, Dissertation, Zürich 2020, s. 163-199; Brosi, s. 44-48; Karla Klasen, Alternative Streitbeilegung beim Bau von Offshore-Windparks Dispute Boards, Schiedsgutachten, Mediation, Dissertation, Köln 2018, s. 102; Jens Kleinschmidt, Delegation von Privatautonomie auf Dritte, Tübingen 2014, s. 841; Bernhard, Garger, Das Schiedsgutachtenrecht, Wien 1996, s. 12-35; John, Kendall, Clive Freedmann ve James Farrell, Expert Determination, London 2008, s. 85; Yeşilirmak, Hakem-Bilirkişilik, s. 694; Yeşilirmak, Öneri, s. 24.

<sup>6</sup> Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı, İnsan Hakları Eylem Planı Özgür Birey, Güçlü Toplum; Daha Demokratik Bir TÜRKİYE, Ankara Mart 2021, s. 48.

Uygulama Takvimi”<sup>7</sup>, hükmün düzenlenme süresinin bir yıl sonra olacağı belirtilmiştir. Ancak henüz hakem-bilirkişilik kanunlarımızda doğrudan düzenlenmemiştir.

Hakem-bilirkişilik açısından, taraflar kendi aralarında ve hakem-bilirkişiyle olmak üzere iki tane sözleşme yapmaktadır. Tarafların kendi aralarındaki çekişmeli vakianın tespiti için hakem-bilirkişi atayacaklarına ilişkin sözleşme hakem-bilirkişilik sözleşmesidir. Ayrıca hakem-bilirkişilik sözleşmesinin tarafları ve hakem-bilirkişi arasında, hakem-bilirkişinin hak ve yükümlülüklerini düzenleyen hakem-bilirkişi sözleşmesi kurulur<sup>8</sup>. Çalışmamızda, tarafların kendi aralarındaki çekişmeli vakianın tespitini hakem-bilirkişi aracılığıyla yapacaklarını kararlaştırdıkları, hakem-bilirkişilik sözleşmesi incelenecektir.

Hakem-bilirkişilik sözleşmesi, tarafların aralarındaki çekişmeli vakianın, 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<sup>9</sup>. Hakem-bilirkişilik sözleşmesi, bağımsız bir sözleşme

<sup>7</sup> Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı, İnsan Hakları Eylem Planı Ve Uygulama Takvimi, Özgür Birey, Güçlü Toplum; Daha Demokratik Bir TÜRKİYE, Ankara Nisan 2021, s. 58.

<sup>8</sup> Alman hukukunda tarafların kendi aralarında hakem-bilirkişi atayacaklarına ilişkin hakem-bilirkişilik sözleşmesi “Schiedsgutachtenvertrag” veya hakem-bilirkişilik anlaşması şeklinde “Schiedsgutachtenvereinbarung” olarak ifade edilmektedir. Taraflarla hakem-bilirkişi arasındaki hakem-bilirkişi sözleşmesi “Schiedsgutachtenvertrag” veya hakem-bilirkişi anlaşması şeklinde “Schiedsgutachtenvereinbarung” olarak ifade edilir (Joachim Gernhuber, Das Schuldberhältnis Begründung und Aenderung Pflichten und Strukturen Drittwirkungen, Tübingen 1989, s. 302-303; Jakob Weismann, Die §§ 355-357 des Entwurfs Eines Bürgerlichen Gesetzbuchs (Leistung nach Ermessen eines Dritten “Arbitrator), AcP 74 (1889), (AcP 74), s. 422; 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; Avusturya hukukunda da aynı ifadeler kullanılmaktadır (Garger, s. 42); İsviçre hukukunda ilk zamanlar aynı ifadeler kullanılmaktaydı (Bachmann, s. 81, Angstmann, s. 102-103). Ancak İsviçre hukukunda, son yayımlanan kitaplarda, hakem-bilirkişilik sözleşmesi açısından, tarafların kendi aralarında yaptıklarını vurgulamak için “Schiedsgutachtenparteivertrag” ifadesi kullanılırken; taraflarla hakem-bilirkişi arasındaki üçlü ilişkiyi konu edinen sözleşme için “Schiedsgutachtendrittvertrag” ifadesi kullanılmaktadır (Brosi, s. 5).

<sup>9</sup> Kuru, Usul Cilt III, s. 2883; Kuru/Aydın, s. 847; Pekcanitez/Atalay/Özkes, s. 33; Tanrıver, Usul Cilt I, s. 117; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 793; Yeşilürmak, Hakem-Bilirkişilik, s. 707.

veya taraflar arasında yapılan maddi hukuk sözleşmesinin içinde bir şart olarak düzenlenebilir<sup>10</sup>.

Hakem-bilirkişi, tahkimde hakemden farklı olarak, hukukî ilişkinin tamamı hakkında tespitte bulunmayıp, hukukî ilişkinin bir unsuru veya münferit çekişmeli vakıa hakkında tespitte bulunmakta olup bir yargılama faaliyetinde bulunmamaktadır. Hakem-bilirkişi haklar ve hukukî ilişkilerin tespitini değil, hukukî uyumsuzluk için önem arz eden vakıayı tespit eder<sup>11</sup>. Hakem-bilirkişilikte bir yargılama faaliyeti yoktur. Hakem-bilirkişi, kimin haklı kimin haksız olduğu veya kimin kime ne kadar ödemesi gerektiğine ilişkin yorumlarda bulunamaz<sup>12</sup>. Hakem-bilirkişilerin hazırladığı rapor, sadece vakıa tespit faaliyeti olduğundan, doğrudan icra edilemez. Taraflar bu nedenle hakem-bilirkişi raporunu esas alarak, aralarında hukukî ilişkiyi esas alan bir sulh sözleşmesi yapabilirler<sup>13</sup>. Ancak tarafların aralarında bir sulh söz konusu olmazsa, hakem-bilirkişi raporunun icra edilebilmesi için mahkeme veya tahkime başvurarak bir eda kararı<sup>14</sup> almaları gerekmektedir<sup>15</sup>. Hakem-bilirkişi raporuna karşı doğrudan temyiz kanun yolu mevcut değildir, taraflar sadece ilk derece mahkemesinde hakem-bilirkişi raporunun adalet ve nesafete aykırı olduğuna ilişkin, raporun iptaline ilişkin dava açabilirler<sup>16</sup>.

<sup>10</sup> Bachmann, s. 44; Yeşilirmak, Hakem-Bilirkişilik, s. 711; Yeşilirmak, Öneri, s. 39; Demirel, s. 33-34.

<sup>11</sup> Kuru, Usul Cilt III, s. 2899; Pekcanitez/Atalay/Özkes, s. 618; Atalay, s. 871; Sebük, s. 503; Yeşilirmak, Hakem-Bilirkişilik, s. 703; Yeşilirmak, Öneri, s. 32; Barış, s. 33.

<sup>12</sup> Kuru, Usul Cilt III, 2914; Atalay, s. 871; Sebük, s. 503; Pekcanitez/Atalay/Özkes, s. 618; Hakan Pekcanitez ve Ali Yeşilirmak, Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku Cilt III, 15. Bası, İstanbul 2017, s. 2602.

<sup>13</sup> Yeşilirmak, Hakem-Bilirkişilik, s. 703; Yeşilirmak, Öneri, s. 32.

<sup>14</sup> “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. 22.02.2024).

<sup>15</sup> Kuru, Usul Cilt III, s. 2916; Atalay, s. 871; Sebük, s. 503-504; Pekcanitez/Yeşilirmak, Pekcanitez Usûl Cilt III, s. 2602.

<sup>16</sup> “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 farklıdır. Hakem-bilirkişi raporları normal raporların aksine gerek taraflar ve gerekse de mahkemeyi bağlayıcı niteliktedir (Bkz: Prof. Dr. Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü: 4. baskı 1980 C. II S. 1986 ve devamı). Olayda olduğu gibi sigorta poliçelerinde, hasarın seçilecek

Hakem-bilirkişilik hukukumuzda açık bir yasal düzenlemeye sahip değildir. Ancak, buna rağmen, sigorta hukukunda, sigorta poliçesi genel şartlarında<sup>17</sup> ve inşaat hukukunda<sup>18</sup>, Bayındırlık İşleri Genel Şartname-lerinin<sup>19</sup> bazı hükümlerinde, hakem-bilirkişilik uygulaması söz konusudur<sup>20</sup>. Taraflar hakem-bilirkişilik sözleşmesiyle, vakianın tespitinin

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 usulüne uygun şekilde seçilmesi ve salahiyetleri dahilinde rapor düzenlemiş olmaları gerekir. Mahkeme bu şartların varlığını re>sen araştırır, rapor usulüne uygun değilse mahkeme için bağlayıcı değildir. Bunun yanında taraflardan biri, hakem bilirkişi raporunun adalet ve nasafete (poliçe md. 18/g>ye göre, kararın aşikar 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 karar gibi yorumlayarak, bu raporun denetiminin de 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 yapıpıp 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, Usul Cilt III, s. 2920, dn. 91c).

<sup>17</sup> Kuru, Usul Cilt III, s. 2901; Barış, s. 31; Cantaymaz, s. 78; Yeşilirmak, Hakem-Bilirkişilik, s. 696.

<sup>18</sup> “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 açıklik 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 hükmü 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 ol-duğunu 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 usulün 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, Usul Cilt III, s. 2901).

<sup>19</sup> 29.8.1984 tarih, 84/8520 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı eki olarak; 9.10.1984 tarih, 18540 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

<sup>20</sup> Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesinin 20. maddesinde fiyat tespiti; 29. maddede malzeme kalitesi tespiti ve 40. maddede kesin hak ediş raporu düzenlemelerinde, hakem-bilirkişilik uygulaması vardır. Ancak, hakem-bilirkişinin taraflardan biri olan idareye bağlı bir kurul veya kişi olmaması gerekir. Aksi, durum hakem-bilirkişi veya hakem-bilirkişilerin tarafsız ve bağımsız olmamasından kaynaklı, hakem-bilirkişi raporunun iptali sonucunu doğurur (Kuru, Usul Cilt III, s. 2898-2901); Cantaymaz, s. 74-75.

ispatını tek bir delil olan hakem-bilirkişi raporuyla sınırlandırarak hasretmektedirler. Bu nedenle hukukumuzda, doktrinde hâkim olan görüşe ve Yargıtay'ın yerleşik içtihatlarına göre<sup>21</sup>, hakem-bilirkişilik sözleşmesinin hukukî niteliği<sup>22</sup> delil sözleşmesinin bir türü olan münhasır delil sözleşmesi<sup>23</sup> olarak nitelendirilmektedir. Bu nedenle hakem-bilirkişiliğe yasal dayanak olarak, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun delil sözleşmelerini düzenleyen 193. maddesi gösterilmektedir.

Mukayeseli hukuk incelendiğinde, hakem-bilirkişiye sadece taraflar arasındaki çekişmeli vakiya ilişkin tespit faaliyeti görevi verilmemekte, daha farklı görevler de verilerek, hakem-bilirkişiye geniş bir faaliyet alanı verilmektedir. Ayrıca hakem-bilirkişi raporunun, hem tarafları hem de mahkemeyi bağlayıcı özelliğinin yanı sıra, farklı bağlayıcı etkileri olan sözleşmeler oluşturulmaktadır. Bu sayede, hakem-bilirkişilik kurumunun tanınırlığını artırmak ve alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olarak daha çok kullanılması sağlanmaya çalışılmaktadır. Çalışmamızda, hakem-bilirkişiye, taraflar arasındaki çekişmeli vakianın tespitinden farklı olarak farklı görevlerin verilip verilemeyeceği ve hakem-bilirkişi raporlarının farklı bağlayıcı etkileri esas alınarak oluşturulan sözleşmelerin, bir hakem-bilirkişilik sözleşmesi olup olmadığı incelenecektir.

<sup>21</sup> "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. S. 1995, T/776-198 (RKD 1966/4) (Kuru, Usul Cilt III, s. 2900); Yargıtay 11. HD, E. 1975/1551, K. 1975/2684, T. 14.4.1975 (Kuru, Usul Cilt III, s. 2901); Yargıtay 11. HD, E. 2000/9633, K. 2000/9263, T. 24.11.2000 (Atalay, Pekcanitez Usul 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).

<sup>22</sup> Hakem-bilirkişilik sözleşmesinin hukukî niteliği hakkında, mukayeseli hukuk ve hukukumuzdaki tartışmalar için bkz. Bachmann, s. 44-59; Garger, s. 185-220; Brosi, s. 51-66; Angstmann, s. 88-91; Maus, 129-168; Tuluay, s. 76-77; 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. 321-327; Taşpınar, s. 146-150; ; Rasih Yegengil, Tahkim (L'Arbitrage), Cezaevi Matbaası, İstanbul 1974, s. 149-150; Cantaymaz, s. 44-47; Demirel, s. 26-30.

<sup>23</sup> Kuru, Usul Cilt III, s. 2889; Kuru/Aydın, s. 851; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 383-384; Atalay, Pekcanitez Usul Cilt II, s. 1752; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 520; Tanrıver, Usul Cilt I, s. 803; Sebük, s. 503; Özcan, s. 872; Barış, s. 33.

## II. HAKEM-BİLİRKİŞİLİK SÖZLEŞMESİ TÜRLERİ

Hakem-bilirkişilik, Alman hukukunda, kanunî bir düzenleme olarak, doğrudan düzenlenmemiştir. Ancak, Alman hukukunda sözleşmeye ilişkin edimin üçüncü kişi tarafından belirlenmesini düzenleyen Alman Medenî Kanunu BGB § 317-319 paragrafları hakem-bilirkişinin yapmış olduğu sözleşmeye ilişkin edim belirleme, sözleşmeyi uyarlama, sözleşmedeki belirsiz hususların açıklanması ve vaka tespit faaliyetlerine, doğrudan veya kıyasen uygulanmaktadır. Hakem-bilirkişinin yapmış olduğu faaliyetleri esas alarak, yapılan bu ayrıma doktrinde, hakem-bilirkişilik sözleşmelerinin klasik ayrımı (Klassische Unterscheidung) denilmektedir<sup>24</sup>.

Diğer bir ayrım, 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 şeklindedir. Ancak, modern sınıflandırma hakem-bilirkişilik sözleşmelerinde tarafları bağlama çeşitleri farklılığı yönünden yapılan bir sınıflandırmadır. Burada amaç, hakem-bilirkişilik sözleşmelerinin tanınırlığını artırmak ve alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olarak daha çok kullanılmasını sağlamaktır<sup>25</sup>. Özellikle inşaat hukuku ve uluslararası sözleşmeler, modern sınıflandırmanın oluşturulmasında önemli 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 gecikici şarta bağlayıcı (Vorläufiger bindend- Aufschiebend Bedingt Bindend) ve bağlayıcı olmayan (Non-bindend) hakem-bilirkişilik sözleşmeleri olarak üçe ayrılmaktadır<sup>26</sup>. Çalışmamızda klasik ve modern hakem-bilirkişilik sözleşmesi türleri ve bunların bir hakem-bilirkişilik sözleşmesi olup olmadığı incelenecektir.

<sup>24</sup> Greger/Stubbe, s. 2, 35.

<sup>25</sup> Greger/Stubbe, s. 2-3, Rn. 8, s. 17, Rn. 39.

<sup>26</sup> Greger/Stubbe, s. 65-75.



## A. AKLASİK HAKEM-BİLİRKİŞİLİK SÖZLEŞMESİ TÜRLERİ

Hakem-bilirkişilik sözleşmelerinin türlerine ilişkin klasik sınıflandırmanın temeli, Roma hukukuna dayanmaktadır. Hakem-bilirkişinin faaliyeti, sadece sözleşmedeki esaslı edimin üçüncü kişi olarak hakem-bilirkişi tarafından belirlenmesi olup bu faaliyet sonucu eksik sözleşme hükümleri (Unvollständigen Vertrags) tamamlanıp, tam sözleşme haline gelmekteydi. Hakem-bilirkişinin bu faaliyeti, Roma hukuku dönemi, glassatorler, postglassatorler ve Pandekt hukuku dönemi ve Prusya Krallığına kadar devam etmiştir<sup>27</sup>.

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 paragraf aralıklarında üçüncü kişi tarafından edimin belirlenmesi kenar başlığıyla hakem-bilirkişilik kurumu, dolaylı olarak düzenlenmiş olup, hakem-bilirkişinin görevi sadece sözleşmedeki edimleri belirlemek faaliyetiyle sınırlandırılmıştır. Ayrıca Alman Medeni Usul Kanunu (Zivilprozessordnung-ZPO) kanunlaşma döneminde de kanun koyucular hakem-bilirkişilik müessesesinin maddi hukuka ait olduğunu ileri sürerek, hakem-bilirkişiliğin, usûl kanununda düzenlenmesini reddetmişlerdir<sup>28</sup>.

*Weismann*, Alman Kanun koyucusunun, hakem-bilirkişinin faaliyetlerini, sadece sözleşmedeki esaslı edimin belirlenmesi şeklinde, bu kadar özel ve dar yorumlanmasını 1888 yılındaki makalesiyle ilk eleştiren kişidir. Yazara göre, hakem-bilirkişinin faaliyetinin, sadece başlangıçta sözleşmedeki esaslı edimi belirlemek değil, sigorta hukukunda özellikle vakia tespiti faaliyeti de olduğunu ifade etmiştir. Ancak, Alman Medenî Kanunu BGB taslak hükümlerindeki § 355 paragrafta, üçüncü kişinin görevi, sadece "karşı tarafların yerine edim belirlemesi ve sözleşmeden doğan iradelerini tamamlaması" ile karakterize edilmektedir. Hükmün gerekçesinde de, hakem-bilirkişinin görevi, karşı tarafın ruhuna geçerek (Seele Der Kontrehten) edimi, tarafların rızalarının yerine, belirle-

<sup>27</sup> Sieveking, s. 46.

<sup>28</sup> Greger/Stubbe, s. 1, Rn. 2; Taşpınar, s. 142.

melidir, şeklinde ifade edilmektedir. Nitekim taslak düzenlemedeki § 355 paragraf, günümüzdeki BGB § 317 paragrafın temelini teşkil etmektedir<sup>29</sup>.

Hakem-bilirkişiliğe ilişkin düzenlemeler bakımından, Alman Hukuku'nda Alman Medeni Kanunu'nun yanında, yürürlükten kalkan, Alman Sigorta Sözleşmeleri Kanunu'nda da düzenlemeler olmasına rağmen (VVG § 64, 184), Alman İmparatorluk mahkemesi kararlarında BGB § 317 ve 319 düzenlemeleri esas alıp o hükümlere atıf yapmaktadır<sup>30</sup>. Çünkü Alman mahkemeleri, medenî kanunu temel bir kanun olarak görüp, özel bir sigorta hukuku gibi düzenleme bulunmadığı sürece, diğer hükümlerin yokluğunda, kanunun bu bölümünü tüm hakem-bilirkişilik sistemi için genel bir norm olarak görmektedir<sup>31</sup>.

Diğer yandan, hakem-bilirkişilerin vakıa tespit faaliyetleri de mahkemelere yansımaya başlamıştır. Ayrıca 19. yüzyılda mahkemeler, tahkim kararlarının, sadece usul açısından incelenip içerik olarak denetlenmemesini eleştirmekte, devlet ve adli mahkemeler, kendilerini tahkime bağlı egemenlik kaybına karşı savunmak zorunda hissetmişlerdir. Bu nedenle, Alman mahkemeleri, tahkim ve hakem-bilirkişilik arasındaki rekabeti başlatmışlardır. Bu nedenle, Alman hukukunda hakem-bilirkişinin faaliyetleri 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 tabidir<sup>32</sup>. 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 tara-

<sup>29</sup> Weissmann, AcP 74, s. 429; Walter J. Habscheid, "Das Schiedsgutachten Ein Grenzgebiet Zwischen Materiellem Recht und Prozessrecht", Das Deutsche Privatrecht in Der Mitte 20. Jahrhunderts Festschrift für Heinrich Lehmann II. Band, Berlin, Tübingen, Frankfurt am Main 1956, (FS Lehmann), s. 793; Bert Rauscher, Das Shiedsgutachtenrecht Unter Besonderer Berücksichtigung der Regelungen der Praxis des Massenverkehrs, Dissertation, Frankfurt 1969, s. 63-64.

<sup>30</sup> RGZ Bd. 87, 190 (Bachmann, s. 19, dn. 1).

<sup>31</sup> Bachmann, s. 19.

<sup>32</sup> Brosi, s. 302-304.

findan, hakem-bilirkişilik sözleşmesi ve ona ilişkin türlerin belirlenmesi ve açıklığa kavuşturulması bakımından sonraki yıllarda da uygulamayı aydınlatacak kararı<sup>33</sup> etkili olmuştur. Nitekim karara konu olan durumda, hakem-bilirkişinin görevi, sözleşmeye ilişkin esaslı bir edim belirlenmesi değil, taraflar arasındaki cari hesapta, kimin alacaklı veya borçlu olduğunun belirlenmesine ilişkin bir vakia tespiti söz konusudur. Taraflar, davanın istinaf aşamasında, kendileri seçmiş oldukları ticari defter uzmanının tespitiyle bağlı kalacaklarını sözleşmeyle kararlaştırarak bir hakem-bilirkişilik sözleşmesi oluşturmuşlardır<sup>34</sup>. Kararda, hakem-bilirkişinin faaliyetinin sadece bir sözleşmeye ilişkin edim belirlemesi olmadığı ifade edilmiş ve hakem-bilirkişilik sözleşmeleri üç türe ayrılmaktadır. Bunlar, başlangıçta sözleşmedeki esaslı edimi belirleyen (*Rechtsbegründende, Vertragsgeräten*) geniş anlamda hakem-bilirkişilik sözleşmeleri; sözleşmedeki belirsiz ve anlaşılamayan ifadeleri açıklığa kavuşturan (*Rechtsklärende*) ve vakiaları tespit eden (*Tatbestandselemente Feststellende Gutachten*) dar anlamda hakem-bilirkişilik sözleşmeleri olarak üçe ayrılmaktadır. İmparatorluk mahkemesi kararında değinilmeyen hakem-bilirkişilik hukukunun sonraki gelişmelerinde tanımlanan sözleşmeyi değişen koşullara uyarlayan (*Rechtsändernde*) hakem-bilirkişilik sözleşmeleri de geniş anlamda hakem-bilirkişilik sözleşmeleri sınıfına içtihat<sup>35</sup> ve doktrin tarafından ilave edilmiş ve bu üçlü ayırma genişletirilmiştir<sup>36</sup>. Alman İmparatorluk Mahkemesi kararı sadece Alman hukukunu değil, Almanca dilini konuşan İsviçre<sup>37</sup> ve Avusturya<sup>38</sup> hukukunu da etkilemiş, oradaki tartışmalar da bu karar esas alınarak yürütülmektedir. Ancak bu ayırım doğrudan Alman hukukuna özgü olup diğer ülke hukuklarında doğrudan literatürde böyle bir ayırım yapılmamıştır<sup>39</sup>.

<sup>33</sup> RG 23.05.1919, II 22/19, RGZ 96, 57; BGH NJW 1991, 2761 (Greger/Stubbe, s. 38).

<sup>34</sup> RGZ, 96,57, s. 58-60.

<sup>35</sup> 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).

<sup>36</sup> Maus, s. 25-26.

<sup>37</sup> 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; Otto, Hagenbüchle, Das Schiedsgutachten im Schweizerischen Recht, Dissertation, Fraunfeld 1952, s. 54.

<sup>38</sup> Garger, s. 36, dn 59.

<sup>39</sup> Habscheid, FS Kralik, s. 189.

İsviçre hukukunda<sup>40</sup> ve hukukumuzda hakem-bilirkişiye geniş bir faaliyet alanı verilmemiş olup, hakem-bilirkişinin görevi sadece vakıa tespit fonksiyonuyla sınırlı tutulmuştur<sup>41</sup>. Tarafların sözleşmenin esaslı noktalarından birinin üçüncü kişiler tarafından belirlenmesini kararlaştırdıkları durumlarda, üçüncü kişi hakem-bilirkişi değildir. Çünkü hakem-bilirkişi bir vakıa tespit işlemi yapmakta ve bu tespit üçüncü kişinin tespit faaliyetinden önce hangi durumdaysa aynen muhafaza edilmektedir<sup>42</sup>.

Doktrinde genelde geniş ve dar anlamda hakem-bilirkişilik sözleşmeleri olarak ifade edilen hakem-bilirkişilik sözleşmeleri, ayrıca, hakem-bilirkişinin yapmış olduğu faaliyetin etkisine göre farklı olarak da ifade edilmektedir. Geniş anlamda hakem-bilirkişilik sözleşmeleri yerine inşaî veya yenilik doğuran hakem-bilirkişilik sözleşmeleri (Gestaltenden Schiedsgutachten); dar anlamda hakem-bilirkişilik sözleşmeleri yerine tespit edici (Festellenden Schiedsgutachten) hakem-bilirkişilik sözleşmeleri ifadesi de kullanılmaktadır<sup>43</sup>.

*Habscheid*, ayrıca geniş anlamda hakem-bilirkişilik sözleşmeleri yerine gerçek olmayan (eksik) hakem-bilirkişilik sözleşmeleri (Unechte Schiedsgutachten); dar anlamda hakem-bilirkişilik sözleşmeleri yerine de gerçek (tam) hakem-bilirkişilik sözleşmeleri (Echte Schiedsgutachten) ifadelerini kullanmaktadır<sup>44</sup>. Çalışmamızda, doktrinde genel olarak kullanılan, geniş ve dar anlamda hakem-bilirkişilik sözleşmeleri ifadesini tercih edeceğiz. Aşağıda geniş ve dar anlamda hakem-bilirkişilik sözleşmeleri ve bu sözleşme türlerinin günümüzde de geçerli olup olmadığı incelenecektir.

<sup>40</sup> Bachmann, 32-33, 61; Angstmann, s. 47; Brosi, 339-340.

<sup>41</sup> Tuluay, s. 77; Deren-Yıldırım, s. 325; Taşpınar, İspat Sözleşmeleri, s. 145-146; Aksi görüş için bkz. Yeğenil, s. 149-150.

<sup>42</sup> Tuluay, s. 77.

<sup>43</sup> Maus, s. 27-28.

<sup>44</sup> Habscheid, FS Lehmann, s. 810-811.

## 1. Geniş Anlamda Hakem-Bilirkişilik Sözleşmeleri

Geniş anlamda hakem-bilirkişilik sözleşmeleri, hakem-bilirkişinin yapmış olduğu iki faaliyet olan, Alman İmparatorluk Mahkemesi'nin vermiş olduğu içtihat doğrultusunda, öncelikle sözleşmedeki edimi belirlemesi ve bu içtihattan sonra doktrin ve mahkeme kararları sayesinde hakem-bilirkişinin sözleşmedeki edimi uyarlanması şeklindeki faaliyetleri dikkate alınarak oluşturulmuştur. Bu ayırım 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 tamamlamaktır. Hakem-bilirkişinin sözleşmedeki esaslı edimi tamamlayabilme faaliyeti, Roma Hukuku'ndan günümüze kadar geçerli olan bir faaliyettir. Nitekim Alman Medeni Kanunu'nun BGB § 317. maddesinin kenar başlığı bir edimin üçüncü kişi tarafından belirlenmesi olup bu hüküm geniş anlamda hakem-bilirkişilik sözleşmelerini ifade etmektedir. Hakem-bilirkişi bu faaliyetini, hakkaniyete göre (nach billigkeit) (BGB § 317/I, 319/I) veya serbest takdirine göre (nach freiem bleiben) (BGB § 319/II) gerçekleştirecektir. Ancak, hakem-bilirkişinin sözleşmedeki edimi belirlerken hakkaniyete veya serbest takdirine göre mi edimi belirleyeceği konusunda taraflar arasında bir anlaşmazlık olması durumunda, hakem-bilirkişinin § BGB 317/I' e göre, hakkaniyete uygun prensiplerle edimi belirleyeceği varsayılacaktır<sup>45</sup>. Bu şekilde hakem-bilirkişinin edimi hakkaniyete veya serbest takdirine göre belirlemesi şeklindeki ayırım, temelini Roma Hukuku'ndan almakta olup bunlardan ilkinde “*arbitrium boni viri*”; diğerine ise “*arbitrium merum*” denilmektedir<sup>46</sup>.

<sup>45</sup> Maus, s. 44; Habscheid, FS Lehmann, s. 791.

<sup>46</sup> Sieveking, s. 45-46; Maus, s. 57.

Alman doktrinde medenî hukukçular, hakem-bilirkişinin serbest takdirine (inancına) (belieben) göre, edimi serbestçe belirlemesinin mümkün olabileceği görüşüne sahiptir<sup>47</sup>. Doktrinde ancak üçüncü kişi tarafından edimin serbestçe belirlenmesinin, üçüncü kişinin uzmanlık özelliğini değil, taraflarla arasındaki güven ilişkisini ön plana çıkardığından, burada bir hakem-bilirkişilik sözleşmesi olmadığı ifade edilmektedir<sup>48</sup>.

Nitekim doktrinde *Schirmer*, hakem-bilirkişinin edimi serbestçe belirlenmesi şeklinde, «özgür seçiminin» (nach freiem belieben) modern hukuka, Roma hukuku kaynaklarının yanlış yorumlanmasından kaynaklı, genel hukuk doktrininin yanlış yorum ve çevirileri sonucu geldiğini ifade etmektedir<sup>49</sup>.

Hakem-bilirkişinin hakkaniyete göre edim belirlemesine göre, serbest takdirine (nach freiem belieben) dayalı edim belirlemesinde, hakem-bilirkişinin sınırları çok daha geniştir. Mahkeme hakem-bilirkişinin edimi hakkaniyete göre belirlemesinden farklı olarak, hakem-bilirkişinin serbest takdirine göre edim belirlemesinde, BGB § 319/I paragrafı uyarınca, açıkça hakkaniyete aykırılık denetimi yapamayacaktır. Dolayısıyla hakem-bilirkişi raporunun, açıkça hakkaniyete aykırı olması durumunda iptal edemeyecektir. Hakem-bilirkişinin serbest takdire dayalı (nach freiem belieben) edim belirlemesi durumunda, hakem-bilirkişi raporunun iptali, hakem-bilirkişinin kötü niyetli olması, hakem-bilirkişilik sözleşmesinin emredici kurallara, hukuka ve ahlaka aykırı olması (BGB § 138) hâllerinde mümkündür. Çünkü taraflar, hakem-bilirkişiye serbestçe edim belirleme hakkı vermiş olup, taraflarla edimi serbestçe belirleyen hakem-bilirkişi arasında büyük bir güven ilişkisi vardır<sup>50</sup>.

<sup>47</sup> Otto Palandt ve Christian Grüneberg, Palandt Bürgerliches Gesetzbuch mit Nebengesetzen Band 7, § 315-319 BGB, 80. Auflage, München 2021, § 319, s. 532, Rn. 2; Gernhuber, s. 293.

<sup>48</sup> Maus s. 44-45; Rauscher, s. 64; Habscheid FS Lehmann, s. 791.

<sup>49</sup> Th. Schirmer, "Arbitrium Merum und Arbitrium Boni Viri, AcP 1901 (91), s. 139.

<sup>50</sup> Palandt/Grüneberg, Palandt BGB Kommentar § 319, s. 541, Rn. 9-10; Gernhuber, s. 293; Kleinschmidt, s. 392-393.

Tarafların sözleşmeye ilişkin edim belirleme hakkı, bir yenilik doğurucu (inşai) bir hak olup taraflar sözleşme yoluyla, bu haklarını üçüncü kişi olan hakem-bilirkişiye devretmektedirler<sup>51</sup>. Bu nedenle hakem-bilirkişi tarafından yapılan faaliyetin etkisi, inşai bir etki olup hakem-bilirkişinin edim belirlemesi sonucu sözleşme kurulmakta ve taraflar sözleşmeden doğan hak ve yükümlülöklere sahip olmaktadır<sup>52</sup>. Hakem-bilirkişinin buradaki faaliyeti var olanı tespit değil, olması gerekeni belirlemektir. Bu nedenle doktrinde hakem-bilirkişinin faaliyeti, kurucu şeklinde “*voluntative*” olarak ifade edilmektedir<sup>53</sup>. Ayrıca bu durumda, sözleşmede objektif ölçütler şeklinde (Objektivem Masstab), makul (Angemessen), piyasa fiyatı (Marktpreis) veya yerel fiyat (Ortsübliche) gibi herhangi bir ifade yer almadığından, sübjektif bir belirsizlik değil, bir objektif belirsizlik vardır<sup>54</sup>. 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 tabi tutulmakta ve açıkça hakkaniyete aykırı olmadığı sürece, hakem-bilirkişi tarafından edim belirlemesi tarafları ve hâkimi bağlamaktadır. Alman Medeni Kanunu BGB § 317-319 paragraflarında düzenlemesi olan, hakem-bilirkişinin edim belirlemesi hakkında, Alman mahkeme kararları, BGB § 317-319 paragraflarını doğrudan uygulayarak karar vermektedir<sup>55</sup>.

Roma hukuku döneminde, satım akdinde satılan şeyin fiyatı esas alınarak, hakem-bilirkişinin sözleşmenin esaslı unsurunu (Wesentlichen Punkt- Essentialia Negotii) belirlemesi şeklinde uygulansa da günümüzde sözleşmenin yan unsurlarının (Nebentlichen Punkt) da ha-

<sup>51</sup> Hukukumuzda da edim belirleme yetkisi, hukuki niteliği gereği gibi yenilik doğurucu hak olarak nitelendirilmektedir (Fikret, Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 21. Baskı, Ankara 2017, s. 101).

<sup>52</sup> Gernhuber, s. 299; Maus, s. 42; Habscheid, FS Lehmann, s. 794; Wilhelm Dütz, Rechtsstaatlicher Gerichtsschutz im Privatrecht, Berlin-Zürich 1969, s. 262.

<sup>53</sup> Maus, s. 237.

<sup>54</sup> Walther J. Habscheid, Zur Frage Der Rechstaatlichen Ausgestaltung Des Schiedsgutachtenverfahrens”, Ius Et commercium, Festschrift für Franz Laufke, Würzburg 1971, (FS Laufke), s. 311; Habscheid, FS Lehmann, s. 794; Dütz, s. 252; Maus, s. 77-78; Brosi, s. 17, 43-44.

<sup>55</sup> Gernhuber, s. 291; Maus, s. 42.

kem-bilirkişi tarafından belirlenmesi uygulamada kullanılmaktadır<sup>56</sup>. Doktrindeki tartışmalar, ancak bu belirlemenin sözleşmenin esaslı unsur (wesentlichen punkt) olması üzerinden yapılmaktadır. Çünkü hakem-bilirkişinin faaliyeti, daha çok örneğin, bir satım sözleşmesindeki bedelin, uzman olarak hakem-bilirkişi tarafından, belirlenmesi şeklinde kendini göstermektedir. Taraflar, aralarında bir satım sözleşmesi yapmak istemekte, ancak sözleşme konusu şeyin bedelini kendilerinden uzmanlık bilgisi eksikliğinden dolayı belirleyememektedirler. Bu durumda, fiyatın belirlenmesi için bir uzmana ihtiyaç duymaktadırlar. Nitekim satım sözleşmesinde satılacak şeyin fiyatı bir esaslı unsur olup bu unsurun belli olmaması durumunda sözleşme kurulmamış olacaktır. Doktrinde, tarafların sözleşmesinin esaslı unsuru üzerinde anlaşamaması şeklinde, bu unsurun eksik kalması durumuna, eksik sözleşme (unvollständigvertrag) denilmektedir<sup>57</sup>. Bu durumlarda, belirlemeyi uzman bilgisine sahip tecrübeli üçüncü kişi olarak hakem-bilirkişi yapmaktadır. Bu şekilde sözleşme kurulmuş olmakta ve tam sözleşme (vollständigvertrag) haline gelmektedir.

Sözleşmeye ait bir edimin üçüncü kişi tarafından düzenlenebileceğine ilişkin düzenlemeler ve 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 belirlenebileceğini ve o kişinin satış bedelini belirleyemediği veya belirlemek istemediği hallerde satış sözleşmesinin geçersiz olacağı düzenlenmiştir<sup>58</sup>. Aynı şekilde Avusturya hukukunda da, Avusturya Medenî Kanunu'nun 1056. maddesinde, üçüncü kişi olarak hakem-bilirkişinin sözleşmedeki esaslı edimi belirleyebileceği, ancak hakem-bilirkişinin sözleşmedeki esaslı edimi belirlememesi durumunda, sözleşmenin geçersiz olacağı düzenlenmiştir<sup>59</sup>.

<sup>56</sup> Kleinschmidt, s. 39; Maus, s. 84.

<sup>57</sup> Habscheid, FS Lehmann, s. 791; Greger/Stubbe, s. 37, Rn. 89.

<sup>58</sup> Habscheid, FS Lehmann, s. 793; Habscheid, FS Kralik, s. 192.

<sup>59</sup> Garger, s. 44.



Alman Kanun koyucusu, diğer Kıta Avrupası ülkelerinden farklı olarak, satış sözleşmesi yerine, genel olarak bir sözleşmeye ilişkin edimin üçüncü kişi tarafından belirlenmesini düzenlemiştir (BGB § 317-319). Ayrıca sözleşmenin geçersiz olmasına ilişkin riski engellemek istemiştir. Bu nedenle Alman Medeni Kanunu BGB § 319 paragrafında, eğer üçüncü kişinin edimi belirleyememesi (*nicht treffen kann*), edimi belirlemek istememesi (*nicht will*) ya da edimi belirlemede gecikmesi (*verzögert*) durumunda, edimin mahkeme kararıyla (*durch Urteil*) belirleneceği şeklindeki düzenlemeyle, eksik sözleşmelerden kaynaklanabilecek riskleri engellemiştir. Benzer bir düzenleme de İtalyan hukukunda<sup>60</sup> bulunmaktadır.

Doktrinde sözleşmenin esaslı unsurunun bir üçüncü kişi tarafından belirlenmesinin, 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 etmektedir<sup>61</sup>.

*Maus*, 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 durumunda, sözleşmenin geçersiz olduğu düzenlenmiştir. Bu nedenle, BGB § 317 paragrafı, edimin belirli veya belirlenebilirliği ilkesinin bir istisnası olarak, atipik bir düzenleme olduğunu savunmaktadır<sup>62</sup>.

İsviçre hukukunda, 1879 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu (Obligationsrecht- OR) taslağının 20. maddesinin ikinci fıkrasına buna benzer

<sup>60</sup> 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 hatalysa tespit işlemi hâkim tarafından yapılacaktır (Tuluay, s. 79.)

<sup>61</sup> Habscheid, FS Lehmann, s. 802-803; Rauscher, s. 102 vd.

<sup>62</sup> Maus, s. 76-77.

bir hüküm eklenmiştir. Ancak üçüncü kişinin bu edimi belirlememesi durumunda, Fransız hukukundaki gibi sözleşme hükümsüz mü olacak, yoksa Alman hukukundaki gibi mahkeme kararıyla mı edim belirlenecek hususu tartışılmıştır. Yapılan tartışmalar sonucunda, bu durumun edimin belirli veya belirlenebilir olması ilkesine aykırılık teşkil edeceği sonucuna varılarak taslak hüküm, kaldırılmıştır<sup>63</sup>.

## 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 bir sapma gerçekleşebilir. Bu tür durumlar özellikle sürekli borç ilişkisi kuran kira ve hizmet sözleşmesi gibi sözleşmelerde meydana gelmektedir<sup>64</sup>. Borçlar hukukuna hâkim olan genel ilke, “*pacta sunt servanda*”, yani ahde vefa ilkesine göre, borçlu, şartlar kendi aleyhine değişse bile, sözleşmeye bağlı olarak edimini aynen ifa etmelidir. Ancak, bu ilkenin tek başına uygulanıp istisna tanınmaması, borçlu aleyhine durumların yaratılmasına neden olur. Güçleşmiş ve ağırlaşmış şartlara rağmen halen, 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 olayların olumsuz etkisini, sadece borçlunun sorumluluğuna yüklemek,

<sup>63</sup> Hagenbüchle, s. 80; Zürich Kantonu Özel Hukuk Yasası (1853-55)'nin § 1387. paragrafında, 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 belirlenimin objektif ölçütler şeklinde günlük piyasa, ortalama fiyat, borsa gibi durumlarda sadece belirlendiğine karar vermekteydi (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 belirlenmesini de yeterli belirlenebilme kavramına dâhil etmiştir (BGE 84 II 273 E. 2.) (Brosi, s. 350-351).

<sup>64</sup> Habscheid, FS Lehmann, s. 795; Eren, s. 499-500; Kemal M. Oğuzman ve Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I, 18. Bası, İstanbul 2020, s. 208-209.

tarafklar arasında bir sözleşmede olması gereken eşitlik ilkesine aykırıdır. Dolayısıyla bu durumlarda, sözleşmeler hukukunda diğerk bir ilke, “*clausula rebus sic stantibus*” şeklinde, sözleşmenin değışen koşullara uyarlanması ilkesi uygulanmalıdır<sup>65</sup>.

Geniş anlamda hakem-bilirkişilik sözleşmelerinde, İmparatorluk Mahkemesi kararına konu olmayan, ancak doktrin ve mahkeme kararları tarafından hakem-bilirkişinin faaliyetine eklenen, hakem-bilirkişinin görevlerinden biri de sözleşmenin değışen şartlara uyarlanmasıdır. Sözleşmenin değışen şartlara uyarlanmasında, sözleşmedeki edimin belirlenmesinden farklı olarak sözleşme kurulmuş ve tamdır; ancak sözleşme gelecekte bir belirsizlik içermektedir<sup>66</sup>. Tarafların sözleşmeye ilişkin edimi uyarlama hakları da bir inşai hak olup taraflar bu haklarını sözleşmeyle üçüncü kişi olan hakem-bilirkişiyeye devretmektedir. Dolayısıyla hakem-bilirkişinin faaliyetinin etkisi inşai olup var olanı tespit etmez. Tam aksine olması gerekeni tespit edeceğinden dolayı, hakem-bilirkişinin faaliyeti kurucu “*voluntative*” bir faaliyettir<sup>67</sup>. Doktrine göre, hakem-bilirkişi tarafından sözleşmenin değışen koşullara uyarlanması talebi, sözleşmeye ilişkin ediminin hakem-bilirkişi tarafından belirlenmesi talebinin bir alt türüdür<sup>68</sup>.

Taraflar, akdi uyarlama temelinde, sözleşmenin değışen koşullara uyarlanabilmesi için ana sözleşmeye bir şart veya ayrı bir hakem-bilirkişilik sözleşmesi kurarak, sözleşmenin değışen koşullara, hakem-bilirkişi tarafından uyarlanmasını sözleşme özgürlüğü ilkesinde kararlaştıralırlar. Doktrinde bu şartlara, sözleşmeye konu olan nesnenin değışerinin korunmasının konu edildiğı için değışer koruma maddeleri (Wertsicherungsklausel) de denilmektedir<sup>69</sup>.

<sup>65</sup> Eren, s. 499-500; Oğuzman/Öz, s. 210.

<sup>66</sup> Habscheid, FS Lehmann, s. 795; Maus, s. 48.

<sup>67</sup> Maus, s. 237.

<sup>68</sup> Habscheid, FS Lehmann, s. 795.

<sup>69</sup> Kleinschmidt, s. 35.

Alman hukukunda, hakem-bilirkişinin yapmış olduğu sözleşmeye ilişkin edim uyarlama faaliyeti bakımından, mahkeme içtihatlarında, hakem-bilirkişinin sözleşmedeki edimlerin belirlenmesine ilişkin, Alman Medeni Kanunu'nun BGB § 317-319. paragrafları doğrudan uygulanmaktadır<sup>70</sup>. Ancak doktrinde, burada taraflar arasında kurulan tam bir sözleşme olduğu, sözleşmenin sadece gelecekte belirsizlik içerdiğini, bu nedenle BGB § 317-319 paragraflarının doğrudan değil; kıyasen uygulanması gerektiği de savunulmaktadır<sup>71</sup>.

## 2. Dar Anlamda Hakem-Bilirkişilik Sözleşmeleri

Alman İmparatorluk mahkemesine konu olan hakem-bilirkişinin diğer iki faaliyeti, dar anlamda hakem-bilirkişilik sözleşmeleri olarak ifade edilen, hakem-bilirkişinin sözleşmedeki belirsiz ifadeleri açıklaması ve vakıa tespit faaliyetidir. Bu ayrım esas alınarak, önce hakem-bilirkişinin sözleşmedeki belirsiz hususları açıklama görevi, daha sonra vakıa tespit faaliyeti incelenecektir.

### a. Sözleşmedeki Belirsizlikleri (Vakıaları) Açıklama

Hakem-bilirkişi, taraflarca sözleşmede objektif ölçüt olarak (Objektivem Massstab), makul (Angemessenpreis), piyasa fiyatı (Marktpreis) veya yerel rayiç bedel (Ortsübliche Preis) gibi düzenlenen, ancak taraflar için veya taraflardan biri için açık olmayan belirsiz (Unkundig) sözleşme içeriğini sübjektif olarak açıklamaktadır. Bu nedenle, doktrine göre, burada bir objektif belirsizlik değil, hakem-bilirkişinin iradesine dayalı sübjektif bir belirsizlik vardır<sup>72</sup>. Bu yönüyle de sözleşmede esaslı edimin belirlenmesi şeklinde hakem-bilirkişilik sözleşmelerinden ayrılmaktadır, çünkü sözleşmede esaslı edimin belirlenmesi durumunda sözleşmede, objektif ölçüt olarak, piyasa fiyatı (Marktpreis) veya yerel

<sup>70</sup> Habscheid, FS Lehmann, s. 795.

<sup>71</sup> Maus, s. 67.

<sup>72</sup> Habscheid, FS Lehmann, s. 798; Dütz, 252; Maus, 128; Rauscher, s. 65; Taşpınar, s. 143.

rayiç bedel (Ortsübliche Preis) gibi ifadeler olmadığı için objektif bir belirsizlik vardır<sup>73</sup>.

Taraflar, uygun ve makul satın alma fiyatı üzerinde mutabık kalmışsa veya taraflar alışılmış banka faiz oranları üzerinde mutabık kalmışsa ve üçüncü bir şahıs, hangi satım alma bedelinin makul olduğunu veya bu durumda bankacılıkta hangi faiz oranının kabul edilebileceğini bağlayıcı bir şekilde belirleyecektir. Burada üçüncü kişi olarak hakem-bilirkişi, mevcut bir sözleşmenin sorunsuz bir şekilde ifasını sağlamayı amaçlamaktadır<sup>74</sup>. Bu nedenle hakem-bilirkişinin yapmış olduğu faaliyet, sözleşmedeki edimin içeriğinin belirlenmesiyle ilgili değil, sözleşmedeki yükümlülüğün ifasına yöneliktir. Dolayısıyla hakem-bilirkişinin faaliyeti kurucu “*voluntative*” bir faaliyet değildir. Hakem-bilirkişinin uzmanlığını bilişsel yeteneğini ön plana çıkardığı tespit edici “*kognitive*” bir faaliyeti söz konusudur<sup>75</sup>. Doktrinde, hakem-bilirkişinin vakıa tespit ve hakem-bilirkişinin sözleşmedeki belirsiz hususları açıklaması faaliyeti, hakem-bilirkişinin sözleşmede var olanı tespit faaliyetine ilişkin olduğu için aynı kategoride sınıflandırılmaktadır<sup>76</sup>.

Hakem-bilirkişinin sözleşmedeki belirsiz hususları açıklarken takdir alanı, geniş anlamda hakem-bilirkişilik sözleşmelerine göre daha dardır. Hakem-bilirkişi, yeni bir hukuki ilişki yaratmaz veya değiştirmez, sadece belirsizliği tespit ederek açıklar<sup>77</sup>. Hakem-bilirkişi geniş anlamda hakem-bilirkişilik sözleşmelerindeki gibi hakkaniyete göre bir edim belirlemeyecek, takdir alanı daha dar olan doğruluk kriterine göre, sözleşmedeki belirsiz ifadeyi açıklayacaktır<sup>78</sup>. Hakem-bilirkişinin sözleşmedeki belirsizlikleri doğruluk kriterine göre, açıklaması gerektiğinden mahkeme tarafından, hakem-bilirkişi raporu iptal davasında, açıkça hak-

<sup>73</sup> Habscheid, FS Laufke, s. 311; Habscheid, FS Lehmann, s. 794; Dütz, s. 252; Maus, s. 77-78; Brosi, s. 36.

<sup>74</sup> Habscheid, FS Lehmann, s. 798; Rauscher, s. 65.

<sup>75</sup> Maus, s. 237.

<sup>76</sup> Habscheid, FS Lehmann, s. 799; Rauscher, s. 65-66.

<sup>77</sup> Habscheid, FS Lehmann, s. 798; Rauscher, s. 67.

<sup>78</sup> Habscheid FS Lehmann, s. 799; Habscheid, FS Laufke, 311.

kaniyete aykırılık denetimi değil, açıkça yanlışlık denetimi yapılacak ve bu nedenle BGB § 317-319 paragrafları kıyasen uygulanacaktır<sup>79</sup>.

## b. Vakıa Tespit Faaliyeti

Hakem-bilirkişilik sözleşmeleri bakımından, uygulamada en çok rastlanılan tür, hakem-bilirkişinin vakıa tespit faaliyetidir. Hakem-bilirkişi, bir sözleşmedeki edimi belirlemez, sözleşmeyi şart ve koşullara göre uyarlamaz veya onun içeriğini açıklamaz. Hakem-bilirkişi, sözleşmede taraflar için uyumsuzluğun çözümünde önemli olan hukuki ilişkinin bir unsurunu (Tatbestandselemente) veya hukuken önemli vakıaların tespitini yapar<sup>80</sup>. Hakem-bilirkişinin vakıa tespit faaliyeti, mevcut bir sözleşmenin sorunsuz bir şekilde ifasını sağlamaya yöneliktir<sup>81</sup>. Bu nedenle hakem-bilirkişinin yapmış olduğu faaliyet, sözleşmenin içeriğinin belirlenmesi şeklinde, kurucu “*voluntative*” bir faaliyet değil, sözleşmenin ifasına yönelik, hakem-bilirkişinin uzmanlığını bilişsel yeteneğini ön plana çıkardığı tespit edici “*kognitive*” bir faaliyeti söz konusudur<sup>82</sup>.

Hakem-bilirkişinin vakıa tespit ederken bu konuda takdir alanı, geniş anlamda hakem-bilirkişilik sözleşmelerine göre daha dar olup hakem-bilirkişi, yeni bir hukuki ilişki yaratmaz veya değiştirmez, sadece vakıa tespiti yapar. Bu nedenle, hakem-bilirkişi geniş anlamda hakem-bilirkişilik sözleşmelerindeki gibi hakkaniyete göre bir edim belirleyecek, takdir alanı daha dar olan bilimsel yöntemlerle doğruluk kriterine göre, vakıa tespit faaliyetinde bulunacaktır<sup>83</sup>. Hakem-bilirkişi vakıa tespit faaliyetini, doğruluk kriterine göre gerçekleştireceğinden, mahkeme tarafından, hakem-bilirkişi raporu iptal davasında, açıkça hakkaniyete aykırılık (Offenbar Unbillig) denetimi değil, açıkça yanlışlık (Offenbar Unrichtig) denetimi yapılacak olup, bu nedenle BGB § 317-319 hüküm-

<sup>79</sup> RGZ 96, 57, s. 60.

<sup>80</sup> Habscheid, FS Lehmann, s. 807; Rauscher, s. 66; Bachmann, s. 31; Brosi, s. 18 Angstmann, 62.

<sup>81</sup> Habscheid, FS Lehmann, s. 807.

<sup>82</sup> Maus, s. 237.

<sup>83</sup> Habscheid, FS Lehmann, s. 808; Rauscher, s. 67.

leri kıyasen uygulanacaktır<sup>84</sup>. Nitekim kanun koyucu sigorta hukukunda zararın tespiti şeklinde dar anlamada 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) paragraflarında, hakem-bilirkişi raporunun iptali bakımından, açıkça hakkaniyete aykırılık ifadesini düzenlemede kullanmamıştır. Alman Sigorta Sözleşmeleri Kanunu VVG § 84 paragrafının 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 şeklidir<sup>85</sup>.

İsviçre’de Federal Medenî Usul Kanunu yürürlüğe girmeden önce usul Kanunları her kantonda farklı şekillerde düzenleniyordu. Bazı Kantonlarda hakem-bilirkişiliğe ilişkin düzenlemeler mevcutken; bazı kantonlarda ise hakem-bilirkişiliğe ilişkin düzenleme mevcut değildir. Örneğin, yürürlükten kalkan, Züriç Medeni Usul Kanunu’nun 258. maddesinde, hakem-bilirkişilik kurumu, Kanun’un dördüncü kısmında, tahkimle aynı kısımda düzenlemiş olup hakem-bilirkişinin sadece vakia tespit faaliyeti olduğu ve hakem-bilirkişi raporunun açıkça yanlış olması durumunda iptalinin mümkün olacağı düzenlenmiştir<sup>86</sup>. 1 Ocak 2011’de yürürlüğe giren İsviçre Federal Medenî Usul Kanunu’nun (SchZPO) 189. maddesinde hakem-bilirkişilik kurumu “*Schiedsgutachten*” düzenlenmiştir. Hakem-bilirkişinin görevi açısından, sadece vakia tespit faaliyeti esas alınmış ve hakem-bilirkişi raporunun iptalinde, hakem-bilirkişi kendi uzmanlık ve tecrübesini kullanarak sonuçlarına ulaşacağından açıkça yanlışlık ifadesi kullanılmıştır<sup>87</sup>.

<sup>84</sup> RGZ 96, 57, s. 60.

<sup>85</sup> Habscheid, FS Lehmann, s. 808.

<sup>86</sup> Brosi, s. 3; Angstmann, s. 4.

<sup>87</sup> Brosi, s. 268; Angstmann, s. 69.

### 3. Değerlendirme ve Görüşümüz

Mukayeseli hukuk ve hukukumuz açısından hakem-bilirkişinin yapmış olduğu, vakıa tespit faaliyeti hiçbir sorun teşkil etmemektedir. Nitekim hakem-bilirkişilik sözleşmesiyle taraflar, aralarındaki çekişmeli vakıanın üçüncü kişi olarak hakem-bilirkişi tarafından tespitini ve bu tespiti içeren hakem-bilirkişi raporuyla kendilerinin ve hâkimin bağlı olmasını amaçlarlar<sup>88</sup>. Ancak hakem-bilirkişinin sözleşmeye ilişkin edim belirleme, sözleşmeyi uyarlama ve sözleşmeye ilişkin belirsiz hususları açıklama şeklinde diğer faaliyetlerinin olup olmayacağı doktrinde tartışmalıdır.

Alman hukukunda, hakem-bilirkişilik sözleşmeleri türlerine yönelik, edimin üçüncü kişi tarafından belirlenmesi veya sözleşmeye ilişkin edimin uyarlanması, sözleşmede belirli olmayan hususların açıklanması ve vakıa tespiti şeklindeki üçlü ayırım doktrinde eleştirilmektedir. Çünkü sözleşmeye ilişkin esaslı bir edimin belirlenmesi ve sözleşmede belli olmayan hususların açıklanması durumları birbirlerine karıştırılmakta ve ikisinin ayırt edilmesinin çok zor olduğu doktrinde ifade edilmektedir<sup>89</sup>. *Kleinschmidt*, bu konuda BGB § 317-319 paragraflarına 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 etmektedir. Çünkü taraflar hakem-bilirkişilik sözleşmeleri kurarken, bazılarının hukukî danışmanlık aldığını, bazılarının Alman Tahkim Merkezi'nce (Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit) düzenlenen standart sözleşme kalıplarını kullandığını veya sözleşmelerde mutlaka makul (Angemessen), piyasa fiyatı (Marktpreis), yerel rayiç bedel (Ortsübliche) gibi ifadeleri düzenlediklerini ifade etmektedir. Örneğin, satılan şeyin fiyatı hususunda, tarafların uzmanlıklarının olmaması sebebiyle sözleşmede, taraflarca makul gibi belirsiz bir ifadeyle, hakem-bilirkişi bir edim belirlemez, sadece sözleşmede belirsiz olan hususu açıklar. Bu nedenle, geniş anlam-

<sup>88</sup> Kuru, Usul Cilt III, s. 2914; Tuluay, s. 77; Taşpınar, s. 146.

<sup>89</sup> Kleinschmidt, s. 31-32.



da hakem-bilirkişilik sözleşmesi türü olan, üçüncü kişi tarafından edim belirlenmesi görevi, sözleşmede objektif olarak belirlenmiş yukarıdaki ifadeler sayesinde, dar anlamda hakem-bilirkişilik sözleşmesi türü olan, sözleşmedeki belirsizlikleri (vakıa) açıklayıcı hakem-bilirkişilik sözleşmesi türüne dönüşmektedir<sup>90</sup>. Nitekim bu konuda, mahkeme kararlarında da, hakem-bilirkişilik sözleşmesinin türünün bir geniş veya dar anlamda hakem-bilirkişilik sözleşmesi olup olmadığı noktasında bir şüphe söz konusu olduğu durumlarda, dar anlamda hakem-bilirkişilik sözleşmesi olduğu kabul edilmektedir<sup>91</sup>. Ayrıca mahkemeler hakem-bilirkişi raporunun iptaline ilişkin kararlarında geniş ve dar anlamda hakem-bilirkişilik sözleşmeleri ayrımına önem vermemekte ve bu nedenle hakem-bilirkişilik sözleşmesinin türü ne olursa olsun, kararlarında hem açıkça hakkaniyete aykırılık hem de açıkça yanlışlık ifadelerini birlikte kullanmaktadır<sup>92</sup>.

İsviçre hukukunda da aynı şekilde, tarafların, günümüzde, sözleşmede artık standart sözleşme kalıplarını kullandığını, bu nedenle sözleşmelerinde makul, mutat, piyasa fiyatı gibi objektif ifadelerle mutlaka yer verdiği ifade edilmektedir. Bu nedenle doktrinde, bu tür hakem-bilirkişilik sözleşmelerinin, Alman hukukundaki gibi dar anlamda hakem-bilirkişilik sözleşmesi türü olan, sözleşmedeki belirsiz ifadeleri açıklayıcı hakem-bilirkişilik sözleşmesi olarak nitelendirmemiz gerektiği ifade edilmektedir<sup>93</sup>. Hakem-bilirkişi tarafından gerçekleştirilen, sözleşmedeki belirsiz hususları açıklayıcı faaliyette, her ne kadar, hakem-bilirkişi, sözleşmedeki belirsiz hukukî terimlerin açıklanması şeklinde, bir hukukî sorun hakkında tespit bulunsa da, hakem-bilirkişinin bu faaliyeti uygulamada yoğun bir şekilde kullanılmaktadır. Nitekim, aslında hakem-bilirkişi tarafından, bir şirketin payının değerinin belirlenmesi faaliyeti, hakem-bilirkişinin sözleşmedeki belirsiz hususları açıklaması faaliyettir. Hakem-bilirkişi, bu şekilde sözleşmedeki belirsiz hususları

<sup>90</sup> Kleinschmidt, s. 32; Rauscher, s. 72.

<sup>91</sup> Sieveking, s. 45.

<sup>92</sup> Kleinschmidt, s. 32; Taşpınar, s. 143.

<sup>93</sup> Broşi, s. 18.

açıklayarak sözleşmenin ifasına hizmet eder<sup>94</sup>. Hukukumuzda da aynı şekilde, tarafların sözleşmelerinde makul, mutad, piyasa fiyatı gibi objektif ifadeler yer vermesi durumunda, bunların aynen Alman ve İsviçre hukukundaki gibi, dar anlamda hakem-bilirkişilik sözleşmesi türü olan vakıaları veya sözleşmedeki belirsiz ifadeleri açıklayıcı hakem-bilirkişilik sözleşmesi türü olarak nitelendirmemiz gerekir. Ancak doktrinde farklı görüşler de bulunmaktadır.

*Yeğengil'e göre*, hakem-bilirkişinin faaliyeti, sadece Fransız ve Alman hukukuna benzer şekilde sözleşmedeki esaslı edimi belirlemektir. Taraflar bir üçüncü kişiye, bu yetkiyi verip vermemede serbest olup bu yetkinin verilmediği hallerde, taraflar edimi bizzat belirlemiş olacak ve bu bir sözleşme niteliğini taşıyacaktır. Bu durumda üçüncü kişi, tespitini, tarafların vekâletine dayanarak yapmaktadır. Satış fiyatının belirlenmesi, bir satım sözleşmesinin esaslı unsurudur. Bu nedenle hakem-bilirkişinin raporu, satım sözleşmesinin 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 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 bir sözleşme nasıl bir usul hukuku sözleşmesi değilse, aynı şekilde, sigorta tazminatını tayin eden hakem-bilirkişi raporu da hakkın esasına ilişkin bir sözleşme niteliğindedir<sup>95</sup>.

*Taşpınar*, Yargıtay ve doktrinin, edimin üçüncü kişi tarafından belirlenmesiyle (kurucu-değiştirici etki) veya sözleşmenin uyarlandığı, sözleşmedeki belirsiz hususları açıkladığı ve belli olay ve olguları tespit ettiği (tespit edici etki) sözleşme türlerinin birbirinden ayrılması gerektiğini savunmaktadır. Bu sayede, esaslı edimin belirlenmemesinde, eksik bir sözleşme bulunmakta olup üçüncü kişi edimi belirlemeden önce alacak muaccel olmayacak ve temerrüt de gerçekleşmeyecektir. Yazar,

<sup>94</sup> Brosi, s. 18-19.

<sup>95</sup> Yeğengil, s. 148-149.

hakem-bilirkişiliğin bu türünde, bu sözleşme tipi bir usul hukuku sözleşmesinden daha çok bir maddi hukuk sorunu olduğunu ifade etmektedir. Ancak diğer iki tür olan sözleşmedeki belirsiz hususların açıklanması veya belli unsurları olguları tespit etme işlemi durumunda, kurulmuş bir sözleşme olduğunu ve bu durumun talebin varlığına veya muacceliyetine etki etmediğini ifade etmektedir<sup>96</sup>.

Hukukumuz açısından sözleşme taraflarının mutlaka esaslı edimler üzerinde anlaşmış olmaları gerekmektedir. Tarafların sözleşmeye ilişkin esaslı edimler üzerinde anlaşamadıkları durumda, sözleşme kurulmamış olacak ve hâkim de sözleşmeyi tamamlayamayacaktır. Ancak sözleşmeye ilişkin yan edimler bakımından, taraflar üzerinde durmamış olsa bile, sözleşme kurulmuş sayılacaktır (TBK m. 2/1). İkinci derecedeki edimler bakımından tarafların uyuşmaması halinde, hâkim uyuşmazlığın için özelliğine bakarak sözleşmedeki boşluğu tamamlayabilecektir<sup>97</sup>.

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 tarafından belirlenmesi mümkündür<sup>98</sup>. 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 hale gelmektedir. Edimin üçüncü kişi tarafından, adalet ve hakkaniyete, dürüstlük kurallarına uygun bir şekilde belirlenmesi gerekir<sup>99</sup>. Sözleşmeye ilişkin esaslı edim

<sup>96</sup> Taşpınar, s. 147; Aynı görüşte bkz. Cantaymaz, 43-44.

<sup>97</sup> Eren, s. 248; Oğuzman/Öz, 205-207.

<sup>98</sup> Eren, s. 101; Haluk Nami Nomer, "Sözleşmedeki Esaslı Bir Nokta, Özellikle Karşılıklı Borç Doğuran Akitlerde İvazın Miktarı Belirlenmeksizin Sözleşme Kurulabilir mi?", Prof. Dr. Aydın Zevkiler'e Armağan Cilt II, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, Cilt 8, Özel Sayı 2013, s. 2067; Derya Ateş, "Sözleşme İlişkilerinin Kurulmasında ve Borç İlişkilerinde Üçüncü Kişi", Türkiye Barolar Dergisi 2020 (151), s. 348.

<sup>99</sup> Eren, s. 101; Hukukumuzda hakem-bilirkişinin edimi nasıl belirleyebileceği hakkında düzenleme bulunmasa bile, bu sonuca temel düzenleme olan dürüstlük kuralı (TMK m. 2/1) ile ulaşmak mümkündür (Ateş, s. 348).

belirlenmesi durumunda, edimi belirleyen kişinin bir yargılama faaliyetinde bulunup bulunmadığı ve buna bağlı olarak bu kişinin hukukî konumunun ne olacağı doktrinde tartışmalıdır.

Doktrinde birinci görüş<sup>100</sup>, sözleşmeye ilişkin esaslı edim belirleme yetkisinin, üçüncü kişiye bırakılması durumunda, üçüncü kişinin bir birlikişi veya hakem sıfatıyla hareket edeceğini savunmaktadır.

Doktrinde ikinci görüş<sup>101</sup>, sözleşmedeki esaslı boşlukların doldurulması faaliyetinin, tahkime elverişli bir durum olarak nitelendirilerek bu faaliyetin tahkim yargılamasında hakem tarafından yapılabileceğini savunmaktadır.

Doktrinde bizim de katıldığımız hâkim görüşüne göre<sup>102</sup>, tahkim yargılamasının temelini tarafların serbestçe tasarruf edebildiği hukukî ilişkideki uyumsuzlukları esas alan mahkeme yargılamaları oluşturmaktadır. Bu nedenle mahkeme yargılamasına konu olan şeyler, sadece tahkim yargılamasına konu olabilirler. Bu şekilde, faaliyet konuları bakımından, tahkim ve mahkeme yargılaması aralarında paralellik vardır. Sözleşmeye ilişkin esaslı edimin belirlenmemesi durumunda, sözleşme henüz kurulmadığı ve bu konuda mahkemenin dâhi karar vermesi mümkün olmadığından, tahkimde hakemin de bu konuda karar veremeyeceği ifade edilmektedir<sup>103</sup>. Çünkü edim belirleme faaliyeti yenilik doğurucu inşâî bir faaliyet olup inşâî davalar sınırlı sayıdadır. Bu nedenle taraflar, kendi iradeleriyle, yeni bir inşâî dava oluşturamazlar. Nitekim mahkemenin görevi, hukukî ilişkileri düzenlemek şeklinde, taraflar arasındaki, bir sözleşmenin düzenlenmesini sağlamak da değildir. Henüz sözleşmeye

<sup>100</sup> Eren, s. 101.

<sup>101</sup> 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.

<sup>102</sup> Habscheid, FS Lehmann, s. 797; Angstmann, s. 51-53; Brosi, s. 416.

<sup>103</sup> Angstmann, s. 51-52; Brosi 425-426.

ilişkin esaslı edim belirlenmediği için ortada bir hukukî ilişki olmadığından, hem mahkeme hem de tahkim<sup>104</sup> karar veremez.

İsviçre Federal Mahkemesi, tarafların sözleşmenin esaslı noktaları üzerinde anlaşamadığı durumda, hâkimin düzenleyebileceği ortada bir sözleşme olmadığına karar vermiştir<sup>105</sup>. 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 etmekle ilgilidir<sup>106</sup>.

*Dütz*, tahkimde hakemler tarafından bir sözleşmeye ilişkin esaslı edim belirlemesinin doğrudan mümkün olmadığını ifade etmektedir. Ancak, bu konuda BGB § 319 paragrafı uyarınca, esaslı edimin üçüncü kişi olarak hakem-bilirkişi tarafından belirlenmemesi, belirlenmek istenmemesi veya geciktirilmesi durumunda, mahkemenin karar verebileceği düzenlenmiştir. Tarafların bu konuda mahkemeye gitmek yerine, tahkim sözleşmesi yaparak edim belirleme faaliyetini tahkimde hakem tarafından dolaylı olarak yapabileceklerini ifade etmektedir<sup>107</sup>.

*Brosi*, İsviçre hukukunda üçüncü kişi olarak hakem-bilirkişinin sözleşmeye ilişkin esaslı edim belirlememesi, belirleyememesi veya edim belirleme faaliyetini geciktirmesi durumunda mahkemenin karar verebileceğine ilişkin bir hükmün olmadığını ve sözleşmenin geçersiz olacağını ifade etmiştir. Bu nedenle tarafların yeniden hakem-bilirkişilik prosedürü oluşturmaları gerekmektedir. Dolayısıyla, tahkim mahkeme-

<sup>104</sup> *Angstmann*, bu konuda her ne kadar sözleşmeye ilişkin esaslı edim belirleme faaliyetinin, mahkeme tarafından yapılamayacağını savunsa da, tahkim yargılamalarında hakemin sözleşmeye ilişkin esaslı edim belirleyebileceğini ifade etmektedir. Bu durum, tahkimin faaliyetlerinin geleneksel içeriğini aşmaktadır. Ancak sözleşmeye ilişkin edim belirleme devlet yargılamasında belirlenmediği için özel bir yargılama olan tahkimde buna izin verilmesi gerektiğini savunmaktadır (*Angstmann*, s. 53-54).

<sup>105</sup> BGE 119 II 347, E. 5. (*Angstmann*, s. 52, dn 319).

<sup>106</sup> *Angstmann*, s. 53.

<sup>107</sup> *Dütz*, s. 267.

lerinin dolaylı olarak dâhi, sözleşmeye ilişkin esaslı edim belirleme yetkisinin olmadığını savunmaktadır<sup>108</sup>.

İkinci olarak, hakem-bilirkişinin bir sözleşmeye ilişkin edimi, değişen koşullara uyarlayıp uyarlayamayacağı hususunun incelenmesi gerekir. Doktrine göre, sözleşmenin değişen koşullara ilişkin uyarlama taleplerinin mahkemeler taraflarından yapılabileceğinden (TBK m. 138) tahkimde de bir hakem tarafından yapılabileceği savunulmaktadır<sup>109</sup>. Ancak sözleşmeyi uyarlama faaliyetinin üçüncü kişi olarak hakem-bilirkişi tarafından yapılıp yapılamayacağı doktrinde tartışmalıdır.

İsviçre hukukunda, hakem-bilirkişinin faaliyeti sadece vakıa tespitle sınırlı tutulmuştur. Hakem-bilirkişinin sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması şeklinde bir görevi yoktur. Hakem-bilirkişiye böyle bir görevin verilmemesinin sebebi, uyarlama koşullarının oluşup oluşmadığının durumunun bir hukukî sorun olmasıdır. Ancak hakem-bilirkişinin hukukî sorunlar bakımından yapmış olduğu tespitlerle mahkeme, hâkim hukuku re'sen uygular ilkesi (HMK m. 33) gereğince, bağlı değildir<sup>110</sup>. *Brosi*, 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 savunmaktadır<sup>111</sup>.

*Angstmann*, sözleşmeyi değişen koşullara uyarlaması faaliyetinin hakem-bilirkişi tarafından gerçekleştirilmesi gerektiğini savunmaktadır. Sözleşmenin değişen koşullara ilişkin vakıaların gerçekleşip gerçekleşmediği hususu, bir hukukî sorun içermesi bu durumu engellemektedir. Ancak bu konuda taraflar, sözleşmenin değişen koşullara ilişkin vakıaların gerçekleştiği konusunda uyuşmakta veya sözleşmenin değişen koşullara uyarlanmasına ilişkin vakıaların hukukî bir sorun içermeyen, basit matematiksel orana dayalı vakıalar olması mümkündür. Bu durumda

<sup>108</sup> *Brosi*, s. 416.

<sup>109</sup> *Habscheid*, FS *Lehmann*, s. 796; *Angstmann*, s. 168; *Brosi*, s. 423; *Özbek/Yücer-Aktürk*, s. 33.

<sup>110</sup> *Brosi*, s. 388-389.

<sup>111</sup> *Brosi*, s. 37-38.

hakem-bilirkişinin uyarlama faaliyeti yapmasında herhangi bir sorun olmadığını, bu şekilde mahkemelerin iş yükünü azaltacağını ve uygulanması gerektiğini savunmaktadır<sup>112</sup>.

Doktrinde, sözleşmenin uyarlanması, akdî, kanunî ve kazaî, yani hâkim tarafından gerçekleştirilen uyarlama olarak üçe ayrılmaktadır<sup>113</sup>. Hukukumuz bakımından da sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması bakımından akdî uyarlama mümkündür. Taraflar, edimin değişen koşullara uyarlanması için üçüncü kişi olarak hakem-bilirkişiyle anlaşabilirler. Burada sözleşmedeki edimin belirlenmesinden farklı olarak, sözleşmenin uyarlanmasında sözleşme esaslı noktalarıyla kurulmuş olup sözleşmenin kurulması yönünden herhangi bir sorun teşkil etmemekte, ancak sözleşmenin geleceği açısından bir sorun söz konusudur<sup>114</sup>.

Uyarlama davaları, özel ve teknik bilgiyi gerektiren davalar olduğu için mahkemeler, uyarlanan şeyin fiyatını belirlemek için tarafların talebi ile veya kendiliğinden bilirkişiye (HMK m. 266) başvurarak karar vermektedir. Tarafların uyarlama talepleri bakımından mahkemeye gitmek yerine, anlaşarak doğrudan hakem-bilirkişiye başvurmaları durumunda, bu durum mahkemeye göre, daha kısa sürede, daha ekonomik olarak sonuç alınması şeklinde usul ekonomisine hizmet edecektir<sup>115</sup>. Ancak uyarlama koşullarının oluşup oluşmadığı bir hukukî sorun içermektedir. Hâkim hukuku re'sen uygular ilkesi gereğince, hukukî sorunlarla hâkim bağlı değildir. Hakem-bilirkişilik sözleşmesinin esaslı unsuru olan hakem-bilirkişi raporuyla tarafların ve mahkemenin bağlı olması buna aykırılık teşkil eder. Bu nedenle hukukî konularda mahkemelerin karar vermesi gerekir. Ancak uyarlama koşullarının oluştuğuna ilişkin taraf-

<sup>112</sup> Angstmann, s. 168-169;

<sup>113</sup> Eren, Borçlar Genel, s. 501.

<sup>114</sup> Habscheid, FS Lehmann, s. 794.

<sup>115</sup> Konuralp, kira bedelinin tespiti davaları ve kamulaştırma bedeline itiraz davaları açısından, hükmün bütün unsurlarının genellikle bilirkişi tarafından belirlendiğini ifade etmekte, bu yönden, hükmü ağırlıklı olarak etkileyen bilirkişi raporları sınıfına sokmuştur. Hükmü ağırlıklı olarak etkileyen, bilirkişi raporları bakımından, bu nedenle alternatif uyuşmazlık çözüm yollarını öngörmektedir (Hâluk Konuralp, "Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolu ve Bilirkişilik", Bilirkişilik Sempozyumu, Samsun, TBB Ankara, 9-10 Kasım 2001, s. 503).

ların uyuşması veya bu konuda sözleşmede basit matematiksel oranlar söz konusu olduğunda, ortada bir hukukî sorun olmadığından, hakem-bilirkişinin uyarlama faaliyetinde bulunabilmesi gerekir. Ancak, hakem-bilirkişi, sözleşmeyi değişen koşullara uyarlayamadı, uyarlamadı veya bu hususta gecikmesi durumunda, uyarlama talebi mahkemece yapılması gerekir (TBK m. 138)<sup>116</sup>.

## B. MODERN HAKEM-BİLİRKİŞİLİK SÖZLEŞMESİ TÜRLERİ

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 açısından, çeşitli farklı bağlayıcı etkiler oluşturulmaktadır<sup>117</sup>.

*Greger/Stubbe* tarafından oluşturulan bu ayırmda, hakem-bilirkişi raporunun farklı bağlayıcı etkilerinin olduğu düzenlemeleri, tarafların irade özerkliği temelinde yapabilecekleri savunulmaktadır. Bu sınıflandırmada, İngiltere ve Amerika Birleşik Devletleri'nde hakem-bilirkişilik kurumunun kullanılması ve uluslararası kuruluşların hakem-bilirkişilik bakımından farklı düzenlemelerinden önemli ölçüde etkilenilmiştir<sup>118</sup>. Yazar, bağlayıcılık unsurunu hukukî ve fiilî bağlayıcılık (*Factische Bindungswirkung*) olmak üzere ikiye ayırmıştır. Hukuki bağlanma etkisi klasik sınıflandırmada iki tarafı 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 oluşturmaktadır. Bu şekilde mahkeme masrafları ve zaman gibi bazı saiklerle taraflar, hakem-bilirkişi raporuna güvenerek mahkemeye başvurmamaktadır<sup>119</sup>. Taraflar, sözleşme özgürlüğü çerçevesinde, tek tarafı bağlayıcı, geçici bağlayıcı (*vorläufig bindend*), bağlayıcı olma-

<sup>116</sup> Eren, s. 503-504.

<sup>117</sup> Greger/Stubbe, s. 65; Brosi, s. 254; Klasen, s. 124.

<sup>118</sup> Greger/Stubbe, s. 2, Rn. 6.

<sup>119</sup> Greger/Stubbe, s. 18, Rn. 41.



yan veya şartlı bağlayıcı (Aufschiebend bedingt bindend) sözleşmeler oluşturabilirler<sup>120</sup>. Bu sınırlı bağlayıcı sözleşme tipleri, hakem-bilirkişilik sözleşmesi üst başlığı altında sınıflandırılmakta olup, bu ayrıma modern hakem-bilirkişilik sözleşmeleri denilmektedir<sup>121</sup>. Ancak modern hakem-bilirkişilik sözleşmeleri, tespit edilen vakıa bakımından, mahkemeyi bağlamayıp sadece tarafları bağladığından, karakteristik etkisini, usul hukukunda değil, maddi hukukta gösterdiği için bir maddi hukuk sözleşmesidir<sup>122</sup>. Tarafların, hakem-bilirkişi raporunun, taraflardan yalnızca birini bağlaması, bağlayıcı etkinin geçici olması veya bağlayıcı olmaması konusunda anlaşıp anlaşamayacakları ve bunların bir hakem-bilirkişilik sözleşmesi olup olmadığı incelenmeye çalışılacaktır.

## 1. Tek Tarafı Bağlayıcı Model

Klasik iki tarafı bağlayıcı hakem-bilirkişilik sözleşmelerinde, sözleşmenin tarafları arasında hukukî ve ekonomik yönden bir tarafın zayıf olup olmasına göre bir ayırım yapılmaz. Sözleşmenin taraflarından biri, zayıf konumda olsa bile, hakem-bilirkişi raporu her iki tarafı da bağlar. Tek tarafı bağlayıcı hakem-bilirkişilik sözleşmelerinde sözleşme taraflarının konumları dikkate alınarak oluşturulmuştur. Alman Hukuku'nda "Schlichtung" (Uzlaştırma) ve onun bir çeşidi, "Ombudsmann" (Kamu Denetçisi) şeklinde ifade edilen, üçüncü taraf konumunda olan hakem-bilirkişilerden oluşan bir sistemdir<sup>123</sup>. Bu prosedürde, amaç zayıf tarafın bu sürece, dâhil olma isteğini teşvik etmek, ancak aynı zamanda tarafsız değerlendirmenin ikna edici özelliğini kullanmaktır. Bu model esas olarak ticari işletmeler ve tüketiciler arasındaki anlaşmazlıklar şeklinde, örneğin sigorta şirketi ve sigortalı arasında veya banka ve tüketiciler arasında kullanılmaktadır. Sigortacı ve sigortalı arasındaki ilişki açısından, sigorta genel koşulları, bazen yalnızca sigortacı için bağlayıcı şeklinde, tek tarafı bağlayıcı hakem-bilirkişilik şartını içermektedir<sup>124</sup>. Tek tarafı

<sup>120</sup> Greger/ Stubbe, s. 17, Rn. 39.

<sup>121</sup> Greger/Stubbe, s. 2-3, Rn. 8.

<sup>122</sup> Greger/Stubbe, s. 69.

<sup>123</sup> Greger/Stubbe, s. 11, Rn. 26.

<sup>124</sup> Greger/Stubbe, s. 65, Rn. 182.

bağlayıcı hakem-bilirkişilik sistemi, sadece bir tarafın hakem-bilirkişinin raporuna bağlı olması, diğer tarafın bu raporla bağlı olmadığı anlamına gelmektedir. Dolayısıyla, hakem-bilirkişi raporuyla bağlı olmayan taraf bakımından, hakem-bilirkişi raporu bir tavsiye niteliğindedir<sup>125</sup>. Banka veya sigorta şirketleri, hakem-bilirkişi raporuyla bağlı olup hakem-bilirkişi raporunda tespit edilen vakıalara itiraz edemez. Dolayısıyla banka veya sigorta şirketi tarafından, yargılamada yeni bir delil ileri sürülse bile, 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 açıkça yanlış olmasını ispatlanması hâlinde mümkündür<sup>126</sup>. Hakem-bilirkişi raporuyla bağlı olmayan taraf konumunda bulunan tüketici, incelenmekte olan koşullar için delil sunmak zorunda kalırsa, hakem-bilirkişi raporuna veya diğer delillere dayanıp dayanmama seçeneğine sahiptir<sup>127</sup>.

## 2. Geçici Bağlayıcı Model

Alman hukukunda, geçici bağlayıcı hakem-bilirkişilik sözleşmeleri şeklinde, bağlayıcı ve bağlayıcı olmayan hakem-bilirkişilik sözleşmeleri arasında bir ara düzey olarak ön (geçici) hakem-bilirkişilik sözleşmeleri bilinmemektedir<sup>128</sup>.

İngiliz Hukuku'nda inşaat hukuku alanında meydana gelen 1996 yılında büyük inşaat reformu döneminde, Konut Hibeleri İnşaat ve Yenileme Yasası'nda (Housing Grants, Construction and Regeneration Act 1996) hakem-bilirkişilik sözleşmelerinin daha çok kullanılmasını sağlamış ve onların adeta bir evrim geçirmelerini sağlamıştır<sup>129</sup>. Konut Hibeleri İnşaat ve Yenileme Yasası'nın 108. maddesinde, geçici bağlayıcı

<sup>125</sup> Greger/Stubbe, s. 24, Rn. 55.

<sup>126</sup> Greger/Stubbe, s. 67, Rn. 191; Brosi, s. 253.

<sup>127</sup> Greger/Stubbe, s. 68; Brosi, s. 253.

<sup>128</sup> Greger/Stubbe, s. 17, Rn. 40.

<sup>129</sup> Kendall/Freddmann/Farrell, s. 76.

cı hakem-bilirkişilik prosedürü düzenlenmiş ve düzenlemedeki hakem-bilirkişiye “*adjudication*” ifadesi kullanılmıştır. Bu ifade Alman Hukuku ve İsviçre hukukunda da aynı şekilde kullanılmaktadır<sup>130</sup>. Ancak geçici bağlayıcı hakem-bilirkişilik prosedürü, günümüzde İngiliz Hukuku’na özgü kalmayıp ulusal ve uluslararası sözleşmelerde hem inşaat hukuku hem de diğer alanlarda kullanılarak yaygınlaşmıştır. Taraflar geçici bağlayıcı hakem-bilirkişilik prosedür kurallarını kendileri 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)’nin sözleşme modellerindeki kurallarına atıf da yapılabilirler<sup>131</sup>.

Geçici bağlayıcı hakem-bilirkişilik sözleşmelerinde, hakem-bilirkişi raporunun, öncelikle taraflarca hukuk veya sözleşmeye dayalı anlaşma gereğince dikkate alınması gerekmektedir. Bağlayıcı etki, taraflar arasında bir tahkim sözleşmesi varsa tahkimde veya mahkeme işlemlerinde bir değişiklik iptal kararı verilene kadar devam edecektir. Mahkemede hâkim veya tahkimde hakem, daha önceden hakem-bilirkişinin raporunda tespit etmiş olduğu vakıa tespitlerine ve hakem-bilirkişi raporunun iptali için gerekli olan açıkça yanlışlık şartına bağlı kalmadan verilen raporu kapsamlı bir şekilde inceler. Bu yönüyle klasik sınıflandırmadaki hakem-bilirkişilik sözleşmelerinden ayrılır<sup>132</sup>.

### 3. Bağlayıcı Olmayan veya Geciktirici Şarta Bağlı Model

Bağlayıcı olmayan hakem-bilirkişilik sözleşmeleri klasik iki tarafı bağlayan hakem-bilirkişilik sözleşmelerinden farklıdır. Çünkü hukuken hakem-bilirkişi raporu tarafları ve mahkemeyi bağlamayacaktır. Bağlayıcı olmayan hakem-bilirkişilik sözleşmeleri, ilk olarak Amerika’da yar-

<sup>130</sup> Greger/Stubbe, s. 13,17; Klasen, s. 109; Brosi, s. 253.

<sup>131</sup> Greger/Stubbe, s. 13, Rn. 29; Klasen, s. 124.

<sup>132</sup> Greger/Stubbe, s. 17, Rn. 40; Klasen, s. 109; Brosi, s. 253.

gılama masraflarının yüksek olması<sup>133</sup> sebebiyle tercih edilmiştir. Bu sistem günümüzde geliştirilmiş olup bağlayıcı olmayan rapora, taraflardan herhangi biri belli bir süre içerisinde itiraz etmediği durumda, raporun tarafları bağlayıcılığını öngören askıda bağlayıcılık veya geciktirici koşullu şarta bağlı bağlayıcılık (Aufschiebend Bedingt Bindend) şeklinde bir çeşidi geliştirilmiştir. Bu tür düzenlemeler, Milletlerarası Ticaret Odası (International Chamber of Commerce-ICC) gibi uluslararası kuruluşlar<sup>134</sup> tarafından kullanılmaktadır<sup>135</sup>. Bu tür hakem-bilirkişilik sözleşmelerinin önemi, özel uzmanlık nedeniyle yüksek düzeyde ikna gücüne sahip tarafsız bir üçüncü tarafla ilişki kurarak yasal anlaşmazlıkları önlemektir. Hakem-bilirkişi, tarafların dava olasılığını değerlendirmelerine yardımcı olur ve bu şekilde mahkeme dışı bir alternatif anlaşmazlık çözümüne katkıda bulunabilir<sup>136</sup>.

Hakem-bilirkişilik sözleşmesinin tarafları, hakem-bilirkişinin raporuna, tarafların belli bir süre için itiraz etmediği takdirde, raporun tarafları bağlayabileceğini kararlaştırabilirler. Bu tür modele geciktirici şarta bağlı hakem-bilirkişilik modeli denilmektedir. Hakem-bilirkişi raporunun, başlangıçta herhangi bir bağlayıcı etkisi yoktur, sadece tavsiye niteliğindedir. Bu sebeple, bu bağlayıcı model de klasik iki tarafı bağlayıcı ve geçici hakem-bilirkişilik sözleşmelerinden farklılık arz etmektedir. Taraflar hakem-bilirkişi raporuna itiraz etmediği takdirde, raporun tarafları bağlayıcı özelliği ortaya çıkacaktır ve rapor tarafları bağlayacaktır<sup>137</sup>. 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

<sup>133</sup> 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/Stubbe, s. 15, Rn. 34)

<sup>134</sup> Nitekim ICC 2003 yılındaki düzenlemeleri, sadece tarafların istemeleri durumunda bağlayıcılık özelliğine sahiptir (Yeşilürmek, Hakem-Bilirkişilik, s. 701).

<sup>135</sup> Greger/Stubbe, s. 74, Rn. 208.

<sup>136</sup> Greger/Stubbe, s. 74, Rn. 208

<sup>137</sup> Greger/Stubbe, s. 74, Rn. 208.

(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 edilmiş sayılacağı düzenlenmektedir<sup>138</sup>.

#### 4. Değerlendirme ve Görüşümüz

Hakem-bilirkişi raporunun bağlayıcı etkisi, hakem-bilirkişi raporunun açıkça hakkaniyete aykırı veya açıkça yanlış olması durumuna dayanılarak iptal edilmesi durumunda sona erecektir (BGB § m. 319). Ancak, orta düzey bir hakem-bilirkişinin, bu büyük hatalardan kaçınması onun için zor olmayacaktır. Dolayısıyla hakem-bilirkişinin raporunun, taraflarca sonradan mahkeme kararıyla iptal edilmesi zor bir ihtimaldir. Hakem-bilirkişi raporunun iptalinin zor olması tarafları korkutmakta, farklı alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına yönelmektedir<sup>139</sup>. Doktrinde farklı bağlayıcı etkileri olan sözleşmelerin bir hakem-bilirkişilik sözleşmesi olup olmadığı tartışmalıdır.

Doktrinde, azınlık görüş<sup>140</sup>, hakem-bilirkişilik sözleşmelerinin daha çok kullanımını sağlamak amacıyla, farklı bağlayıcı etkileri olan sözleşmeleri de hakem-bilirkişilik sözleşmeleri olarak kabul etmiştir.

Doktrinde bizim de katıldığımız hâkim görüş<sup>141</sup>, 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 vakia değerlendirilmesi (early neutral evaluation) olarak veya uzlaşma olarak nitelendirilmesi gerektiği ifade edilmiştir<sup>142</sup>. Ancak

<sup>138</sup> Greger/Stubbe, s. 23-24, Rn. 53.

<sup>139</sup> Greger/Stubbe, s. 18, Rn. 42.

<sup>140</sup> Greger/Stubbe, s. 2, 65; Klasen, s. 102, Rn. 175.

<sup>141</sup> Rauscher, s. 198; Brosi, s. 255; Kendall/Freddmann/Farrell, s. 71.

<sup>142</sup> Kendall/Freddmann/Farrell, s. 71, para. 5.2.

diğer yandan hem bağlayıcı hakem-bilirkişi raporlarında hem de bağlayıcı olmayan veya geçici bağlayıcı sistemlerde, tam olarak terim sorunu olduğu ifade edilmiş, her ikisinde de uyumsuzluk inceleme kurullarının (Dispute Review Board) ortak bir terim olarak kullanılması durumu eleştirilmiştir<sup>143</sup>.

Klasik hakem-bilirkişilik sözleşmelerinin esaslı unsuru, hakem-bilirkişi tarafından verilen raporun tarafları ve mahkemeyi bağlamasıdır. Bu bağlayıcı etki bir hukukî bağlayıcı etki olarak kendini gösterir. Sadece tarafları bağlayıp mahkemeyi bağlamayan sözleşmeler, bir hakem-bilirkişilik sözleşmesi değildir<sup>144</sup>.

Modern hakem-bilirkişilik sözleşmeleri bir hakem-bilirkişilik sözleşmesi olarak nitelendirilmese de, Alman hukukunda İngiliz hukuku rol model olarak, geçici bağlayıcı hakem-bilirkişilik sözleşmesi (adjudication) hakkında kanunî düzenleme yapılması düşünülmektedir. Özellikle inşaat hukuku alanında “*adjudication*” şeklinde geçici bağlayıcı hakem-bilirkişilik prosedürünün uygulanması ve bu konuda kanunî düzenleme getirilmesi tartışılmaktadır<sup>145</sup>.

*Greger/Stubbe*, klasik hakem-bilirkişilik sözleşmelerinin önemli sorunlarının olduğu ve bu sorunların ancak modern hakem-bilirkişilik kurumlarıyla aşılabileceğini ifade etmektedir. Bu şekilde, klasik ve modern hakem-bilirkişilik sözleşmesi ayırımına göre, bunların avantaj ve dezavantajlarını belirterek hangi uyumsuzluk sebebinde hangi tür hakem-bilirkişilik sözleşmesinin daha uygun olacağına ilişkin bir değerlendirme yapmıştır<sup>146</sup>. Bağlayıcı olmayan hakem-bilirkişilik sözleşmelerinin, tarafların hukukî sorunlar veya sözleşmeye dayalı yorumlama sorunları konusunda anlaşmazlığa düşmesi durumunda özellikle dikkate değer olduğunu ifade etmiştir. Çünkü hâkim hukuku re’sen uygular ilkesi (HMK m. 33) gereğince, hakem-bilirkişinin hukukî sorun bakımından kural olarak bir yorum yapmaması gerekir. Nitekim hakem-bilirkişi bu

<sup>143</sup> Kendall/Freddmann/Farrell, s. 71, para. 5.2.

<sup>144</sup> Rauscher, s. 198; Brosi, s. 95; Angsmann, s. 84-85.

<sup>145</sup> Klasen, s. 134, Rn. 242.

<sup>146</sup> Greger/Stubbe, s. 31, Rn. 72, Tablo-3.

konuda yorum yaptığı takdirde, bu yorum hâkimi bağlamayacak ve hâkim, hakem-bilirkişinin raporundan bağımsız şekilde hukukî sorunu yeniden değerlendirecektir. Ayrıca, tarafların bağlayıcı hakem-bilirkişilik sözleşmelerinden, hakem-bilirkişi raporunun iptalinin sonradan zor olması sebebiyle, çekince duyması mümkündür. Bu durumda taraflara bağlayıcı olmayan veya raporun öğrenilmesinden sonra itiraz edip etmemeye göre, geciktirici şarta bağlı bağlayıcı hakem-bilirkişilik sözleşmeleri önerilebilir<sup>147</sup>. Diğer yandan, geçici bağlayıcı hakem-bilirkişilik sözleşmelerinde meydana gelen, geçici bağlayıcı etki, gelecekteki özellikle taraflar arasındaki ekonomik çatışmalar için standart bir model olabilecek avantajlara sahiptir. Çünkü tüm bağlayıcı olmayan ve bağlayıcı hakem-bilirkişilik prosedürlerinin avantajlarını birleştirmekte ve büyük ölçüde dezavantajlarından kaçınmaktadır. Taraflar, bir yandan, raporun geçici (ön)bağlayıcılığı sayesinde, raporun sonucuna ikna olmadıkları takdirde, dava açmakta tamamen özgürdürler. Diğer yandan, geçici bağlayıcı süreç sona erse bile, geçici bağlayıcı hukuki niteliğe sahip, hakem-bilirkişi raporu mahkemeyi bağlamadığından, tarafların bu süreç sonunda bile, halen 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-bilirkişilik sözleşmesi gibi sonuçlar doğuracağı sonucunu ortaya çıkarmaktadır<sup>148</sup>. Bu aşamada bazı yazarlar tarafından, klasik iki tarafı bağlayıcı hakem-bilirkişilik sözleşmelerindeki bağlayıcı prosedürler, yani klasik hakem-bilirkişilik sistemi, Alman Hukuku'nda alternatif uyuşmazlık çözüm yolları içindeki önemini koruyacak, ancak belirli bir şekilde veya belli bir dönem sonra, geçici bağlayıcı hakem-bilirkişilik prosedürleriyle yerini değiştireceği savunulmaktadır<sup>149</sup>. Klasik hakem-

<sup>147</sup> Greger/Stubbe, s. 31, Rn. 73.

<sup>148</sup> Greger/Stubbe, s. 31-32, Rn. 74.

<sup>149</sup> Greger/Stubbe, s. 32, Rn. 75; Ayrıca Alman Tahkim Merkezi (Deutsche Institution für 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 hakimi bağlayıcı hakem-bilirkişilik prosedürü yerine, modern hakem-bilirkişilik sözleşmesi türü olan geçici bağlayıcı hakem-bilirkişilik prosedürünü esas alınmıştır (§ 22 DIS-Schiedgutachtenordnung 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).

bilirkişilik sözleşmeleri sadece, anlaşmazlığın saf bir teknik sorun olması durumunda, tarafların bağlayıcı bir üçüncü taraf raporuna ihtiyaç duymaları halinde uygun olabilecektir. Ancak, karmaşık konular veya ihtilafli yüksek miktarlar bakımından, klasik iki tarafı bağlayıcı hakem-bilirkişilik raporlarının iptal sebepleri ve iptal sebeplerinin ispatının zor olması durumu göz önüne alındığında, taraflar bu sözleşmeyi tercih etmeyebilir. Burada rapordan olumsuz etkilenen tarafın raporu iptal etmesi, ancak raporun açıkça yanlış olduğunun ispatlanması halinde mümkündür ve bu da zor bir durumdur. Dolayısıyla, yazarlar uyuşmazlık konusunun karmaşık, hukukî sorun içeren ve değeri yüksek miktarlı çatışmalar için, iki tarafı bağlayıcı hakem-bilirkişilik sözleşmeleri yerine, geçici bir bağlayıcı etkiye sahip hakem-bilirkişilik sözleşmelerinin daha uygun olduğunu savunmaktadır<sup>150</sup>.

## SONUÇ

Hakem-bilirkişilik, delil sözleşmelerinden farklı olarak, üçüncü kişi olarak, hakem-bilirkişinin taraflar arasındaki çekişmeli vakiya ilişkin, tarafları ve mahkemeyi bağlayıcı tespitte bulunduğu bir alternatif uyuşmazlık çözüm yoludur. Taraflar genelde dava açmadan önce, hakem-bilirkişiye başvurmakta olup, hakem-bilirkişi raporu, taraflar arasındaki hukukî uyuşmazlık için önem arz eden vakia bakımından, tarafları ve mahkemeyi bağlayıcı tespitte bulunduğundan, dava açmayı önleyici 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 halinde dâhi, alınan rapor kural olarak, hâkimi bağladığı için davanın sonuçlandırılmasını da hızlandırmaktadır. Hakem-bilirkişilik, bir alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olarak ulusal ve uluslararası sözleşmelerde yaygın bir şekilde kullanılmakta olup hukukumuzda da bu konuda pozitif bir düzenlemeye ihtiyaç bulunmaktadır. Nitekim hukukumuzda da hakem-bilirkişilik hakkında kanunî düzenleme yapılması öngörülmektedir. Ancak henüz hakem-bilirkişilik kanunlarımızda doğrudan düzenlenmemiştir.

<sup>150</sup> Greger/Stubbe, s. 32, Rn. 76.



Mukayeseli hukuka baktığımızda, hakem-bilirkişinin görevinin, sadece taraflar arasındaki çekişmeli vakıanın tespiti olmadığı görülmektedir. Örneğin, 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 esaslı veya esaslı olmayan edimin belirlenmesi, sözleşmeye ilişkin belirsiz hususları açıklanması 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 maddi 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 durumunda, sözleşmeye ilişkin ediminin uyarlanması, mahkemeye göre daha kısa sürede, daha ekonomik olarak sonuçlandırılabilir. Bu durum usul ekonomisine hizmet ederek, mahkemelerin iş yükünü azaltır.

Hakem-bilirkişi raporu iptal sebeplerine ilişkin doktrin ve mahkeme kararlarında, 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. Bu nedenle hakem-bilirkişinin vakıa tespit faaliyetini içeren hakem-bilirkişi raporunun iptaline ilişkin açıkça yanlış olması, yani gerçek durumdan önemli ölçüde farklı olması ifadesinin 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.

Klasik hakem-bilirkişilik sözleşmeleri şeklinde her iki tarafı ve mahkemeyi bağlayan hakem-bilirkişilik sözleşmeleri karmaşık, değeri yüksek miktarlı çatışmalar ve hukukî sorun içeren uyuşmazlıklarda sorunlar teşkil etmekte ve bu nedenle taraflarca tercih edilmemesi mümkündür. Hakem-bilirkişinin hukukî sorun hakkında yapmış olduğu tespitler, hâkim hukuku re'sen uygular ilkesi gereğince, mahkemeleri bağlamakta 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 halinde uygun olabilecektir. Bu durum hâkimi bağlamayan, sadece taraflar arasında bağlayıcılık etkisi bulunan, modern hakem-bilirkişilik sözleşmelerinin taraflarca daha çok kullanılmasına sebebiyet vermektedir. Ancak bu sözleşmeler, hakem-bilirkişilik sözleşmesinin esaslı unsuru olan tarafları ve mahkemeyi bağlayıcı özelliğe sahip olmadığından, bir hakem-bilirkişilik sözleşmesi değildir.

Diğer yandan, özellikle modern hakem-bilirkişilik sözleşmeleri türlerinden biri olan, geçici bağlayıcı hakem-bilirkişilik (adjudication) hakkında, hukukumuzda da, Alman ve İngiliz hukukunda olduğu gibi kanunî düzenleme yapılması tavsiye edilebilir. Ayrıca sigorta hukukunda, hakem-bilirkişilik uygulamasından önce, genellikle uygulamada sigorta eksperlerinin hazırladığı bir rapor bulunmaktadır. Bu raporun tarafları veya mahkemeyi bağlayıcı bir özelliği yoktur. Sigorta hukukunda sigorta şirketleri ve sigortalı niteliğinde tüketiciler bakımından, sigortalı hukukî ve ekonomik yönden zayıf konumdadır. Bu nedenle sigorta eksperlerinin raporlarının, Alman Hukukundaki gibi tek taraflı olarak sadece sigorta şirketlerini bağlaması, ancak sigortalı bakımından, bu raporun hakem-bilirkişi raporu gibi bağlayıcı etkisinin olmadığı bir model tasarlanabilir. Bu sayede sigorta eksperleri hakkında tarafsızlık sorunları çözülebilir.

## KAYNAKÇA

**Angstmann, Luca**, Das Schiedsgutachten im Schweizerischen Rech Ein Beitrag zum Verhältnis von Privat und Prozessrecht, Schultless Verlag, Dissertation, Zürich, Basel, Genf, 2020.

**Arslan, Ramazan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar Ayvaz ve Emel Hanağası**, Medenî Usul Hukuku, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022.

**Atalay, Oğuz**, Pekcanitez Usul Medenî Usul Hukuku Cilt II, 15. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, (Pekcanitez Usul Cilt II).

**Atalay, Özcan**, “Hakem-Bilirkişi Kavramı”, **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl: 1976, S. 5, ss. 870-874.

**Ateş, Derya**, “Sözleşme İlişkilerinin Kurulmasında ve Borç İlişkilerinde Üçüncü Kişi”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Y. 2020, S. 151, ss. 329-359.

**Bachmann, Arthur**, Der Schiedsgutachter, Dissertation, Zürich, 1949.

**Bariş, Rezzan Selçuk**. “Genel Hatlarıyla Sigorta Hukukunda Hakem-Bilirkişi Müessesesi”, **İzmir Barosu Dergisi**, S. 1, Ocak 1994, ss. 31-36.

**Brosi, Jeffrey**, Das Schiedsgutachten gemäss Art. 189 ZPO Unter Besonderer Berücksichtigung der sich Stellenden Abgrenzungsfragen zur Leistungsbestimmung und Vertragsänderung durch einen Dritten, Schultless Verlag, Dissertation, Zürich, Basel, Genf, 2023.

**Cantaymaz, Tunç**, “İspat Hukukunda Hakem-Bilirkişilik”, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2002.

**Demirel, Duygu**, “Hakem-Bilirkişi Sözleşmesi ve Uygulaması Esasları”, *Terazi Dergisi*, C. 9, S. 93, Mayıs 2014, s. 24-42.

**Deren Yıldırım, Nevhis**, “Hakem-Bilirkişi Sözleşmesinin Hukuki Mahiyeti ve Delillerin Serbestçe Değerlendirilmesi İlkesinin Vazgeçilmezliği, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LIV, S. 1-4, ss. 321-330.

**Dütz, Wilhelm**, *Rechtsstaatlicher Gerichtsschutz im Privatrecht*, Berlin-Zürich, 1969.

**Eren, Fikret**, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 21. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017.

**Garger, Bernhard**, *Das Schiedsgutachtenrecht*, Manzsche Verlags, Wien, 1996.

**Gernhuber, Joachim**, *Das Schuldverhältnis Begründung un Änderung Pflichten und Strukturen Drittwirkungen*, Tübingen, 1989.

**Greger, Reinhard** ve **Christian Stubbe**, *Schiedsgutachten*, Beck Verlag, München 2007.

**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, 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.**, Zur Frage Der Rechstaatlichen Ausgestaltung Des Schiedsgutachtenverfahrens”, *Ius Et Commmercium*, Festschrift für Franz Laufke, Würzburg 1971, (FS Laufke), ss. 303-319.

**Hagenbüchle, Otto**, Das Schiedsgutachten im Schweizerischen Recht, Dissertation, Fraunfeld, 1952.

**Kenndall, John, Clieve Freedman ve James Farrell**, *Expert Determination*, Sweet Maxwell Press, London, 2008.

**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.

**Konuralp, Hâluk**, “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolu ve Bilirkişilik”, *Bilirkişilik Sempozyumu*, Samsun, TBB Ankara, 9-10 Kasım 2001, ss. 489-511.

**Kuru, Baki ve Burak Aydın**, *Medenî Usul Hukuku El Kitabı Cilt I*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.

**Kuru, Baki**, *Hukuk Muhakemeleri Usulü Cilt III*, 6. Baskı, Demir-Demir Yayınevi, İstanbul, 2001, (Usul Cilt III).

**Maus, Carolin**, Das Schiedsgutachten im Allgemeinen Bürgerlichen Recht, Humblot Verlag, Dissertation, Berlin, 2021.

**Nomer, Haluk 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.

**Oğuzman, Kemal M. ve Turgut Öz**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I, 18. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2020.

**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.

**Palandt Otto ve Christian Grüneberg**, Palandt Bürgerliches Gesetzbuch mit Nebengesetzen Band 7, § 315-319 BGB, 80. Auflage, München 2021.

**Pekcanitez, Hakan ve Ali Yeşilirmak**, 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 Özkes**, Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı, 11. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2023.

**Rauscher, Bert**, Das Schiedsgutachtenrecht Unter Besonderer Berücksichtigung der Regelungen der Praxis des Massenverkehrs, Dissertation, Frankfurt, 1969.

**Schirmer, Th.**, “Arbitrium Merum und Arbitrium Boni Viri, AcP 1901 (91), ss. 136-141.

**Sebük, Tahir**, “Hakem, Hakem-Bilirkişi ve Kanunî Hakem Kararlarının Mukayesesi ve Tahkim Şartı”, Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 1966, S. 3, ss. 500-506.

**Sieveking, Ramon**, Schiedsgutachtenverträge Nach Deutschem und New Yorker Recht, Dissertation, Peter Lang Verlag, Frankfurt am Main, Berlin, Bern, Bruxelles, New York, Oxford, Wien, 2007.

**Tanrıver, Süha**, Medenî Usûl Hukuku Cilt I Temel Kavramlar ve İlk derece Yargılaması, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, (Usûl Cilt I).

**Taşpınar, Sema**, Medeni Yargılama Hukukunda İspat Sözleşmeleri, Yetkin Yayınları, Ankara, 2001.

**Tuluay, Metin**, “Delil Anlaşmaları”, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, Tarihsiz.

**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.

**Weismann, Jakob**, “Die §§ 355-357 des Entwurfs Eines Bürgerlichen Gesetzbuchs (Leistung nach Ermessen eines Dritten “Arbitrator)”, AcP 74 (1889), ss. 422-432, (AcP 74),

**Yegengil, Rasih**, Tahkim (L'Arbitrage), Cezaevi Matbaası, İstanbul 1974.

**Yeşilirmak, 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).

**Yeşilirmak, 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, 2011, (Öneri).

