

## YABANCI UNSURLU ÖZEL HUKUK UYUŞMAZLIKLARINDA YABANCI HUKUKUN İÇERİĞİ HAKKINDA BİLGİ EDİNİLMESİNDE BİLİRKİŞİNİN ROLÜ\*

*The Role of Expert Witness in Obtaining Information on the Content of  
Foreign Law in Private International Law Cases*

İlyas ARSLAN\*\*

### Özet

Türk mahkemelerine 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunda (MÖHUK) yer alan kanunlar ihtilafı kurallarını ve bu kurallar uyarınca yetkili kılınan yabancı hukuku uygulama yükümlülüğü getirilmiştir (MÖHUK m.2(1)). Türk mahkemeleri, yabancı hukukun içeriğini tespit ve temin etmek amacıyla başta tarafların yardımı olmak üzere, çeşitli vasıtalarla başvurabilmektedir. Türk hukukunda 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu m.266 ve 6754 sayılı Bilirkişilik Kanunu m.3 uyarınca hukuki konularda bilirkişiye başvurmak açıkça yasaklanmıştır. Türk milletlerarası özel hukuk sisteminde yabancı hukukun bir “hukuk” olarak kabul edilmesi karşısında, Türk mahkemelerinin yabancı hukukun içeriğini temini konusunda sıklıkla başvurduğu vasıtalardan bir olan bilirkişiye başvurulmasının mümkün olup olmadığı sorunu ortaya çıkmıştır. Bu çalışmada ilk olarak, Türk doktrininin ve mahkeme tatbikatının incelenmesi sonucunda hukuki konularda bilirkişiye başvurma yasağının kapsamına yabancı hukukun içeriği hakkında bilgi edinilmesinin girmediği sonucuna ulaşılmıştır. Ardından, Yargıtay kararları ışığında yabancı hukuk hakkında bilgi edinilmek üzere kendisine başvurulmuş hukukçu bilirkişinin, Kanunlarda aranan niteliklere ilaveten sahip olması gereken vasıfları incelenmiştir. Son olarak, yabancı hukukun içeriğinin teminine ilişkin bilirkişi incelemesinin sınırları ve kapsamı ele alınmıştır. Bu kapsamda Yargıtay’ın öngördüğü bilirkişi raporunun Türk mevzuatına ilişkin olmaması, MÖHUK m.2(1)’e aykırı olmaması ve hukuki değerlendirme içermemesi şartları ayrıntılı olarak incelenmiştir.

**Anahtar kelimeler:** Yabancı hukukun uygulanması, bilirkişi, yabancı hukuk hakkında bilgi edinme, yabancı hukukun içeriği, bilirkişi raporu

➤ Bu makale Etik Kurul İznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee Permission.

➤ Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 29.12.2021

➤ Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 16.06.2022

\* Bu çalışma, 15-19 Aralık 2021 tarihleri arasında gerçekleştirilen Selçuk Hukuk Kongresi II 2021’de sunulan “Yabancı Unsurlu Özel Hukuk Uyuşmazlıklarında Yabancı Hukukun İçeriği Hakkında Bilgi Edinilmesinde Bilirkişilik Kurumu ve İşlevi” başlıklı bildirinin genişletilmiş halidir.

\*\* Dr. Öğr. Üyesi, Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı, ilyas.arslan@yalova.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0002-1567-2630>



## Abstract

In private international law disputes, Turkish courts are obliged to apply ex officio the conflict of laws rules in the Code on Private International Law and Procedural Law no.5718 (CPIL) and other Codes and the foreign law determined in accordance with these rules (Art.2(1) of CPIL). Turkish courts can resort to various means, especially the assistance of the parties, in order to obtain information on the content of foreign law. In Turkish law, it is expressly prohibited to resort to an expert in legal matters pursuant to Article 266 of the Code of Civil Procedure no. 6100 and Article 3 of the Expertise Law no. 6754. In the face of the acceptance of foreign law as a “law” in Turkish private international law system, the question of whether it is possible to resort to an expert witness, which is one of the means frequently used by Turkish courts to obtain the content of foreign law, has arisen. In this study, firstly, as a result of the analysis of Turkish doctrine and court practice, it was concluded that obtaining information about the content of foreign law does not fall within the scope of the prohibition of resorting to an expert witness in legal matters. Then, in addition to the qualifications sought in the Codes, the other qualifications of expert witness, who is been resorted to obtain information on foreign law, is examined in the light of decisions of Turkish Court of Cassation. Finally, the limits and scope of the expert examination regarding the determination and obtaining of the content of foreign law are discussed. In this context, the conditions that the report of expert witness cannot be related to Turkish legislation and in violation of Art. 2(1) of CPIL and the report cannot include legal assessment, which are stipulated by the Court, are examined in detail.

**Keywords:** Application of foreign law, expert witness, obtaining information on foreign law, the content of foreign law, the expert report

## GİRİŞ

Türk hukukunda yabancı unsurlu özel hukuk işlem veya ilişkilerinden doğan davalarda Türk mahkemelerinin 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’da (MÖHUK)<sup>1</sup> ve diğer kanunlardaki kanunlar ihtilafı kurallarını ve bu kurallar uyarınca yetkili kılınan yabancı hukuku resen uygulaması gerekmektedir (MÖHUK m.2(1)). Türk milletlerarası özel hukuk sisteminde Türk mahkemelerince uygulanması gereken yabancı hukuk, nitelik itibariyle bir hukuk (yabancı hukuk) olarak kabul edilmiştir<sup>2</sup>. Bunun doğal sonucu olarak, Türk mahkemelerinin somut uyuşmazlığa ilişkin yabancı hukukun maddi hukuk kurallarını uygulaması gerekir ve beklenir. Bununla birlikte, Türk mahkemelerinin yabancı hukuku, özellikle davaya tatbiki

<sup>1</sup> RG: 12.12.2007-26728.

<sup>2</sup> Cemal Şanlı, Emre Esen ve İnci Ataman-Figanmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk* (9.Bası Beta 2021), 75; Aysel Çelikel ve B.Bahadır Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk* (17.Bası Beta 2021) 172; Mustafa Erkan, ‘Türk Milletlerarası Özel Hukuk Sisteminde Yabancı Hukukun Tatbiki: Olan vs. Olması Gereken’ in Bilgin Tiryakioğlu, Mesut Aygün, Ali Önal, Kübra Altıparmak ve Cansu Kaya (Eds) *Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Konular Sempozyumu*, (Yetkin 2016) 543, 546; Can Yöney, *Yabancı Hukukun Uygulanması* (On İki Levha 2018) 74; Nur Bolayır, *Medenî Usûl Hukuku’nda Hâkimin Hukuku Re’sen Uygulanması* (On İki Levha 2019) 159-160.

lazım gelen yabancı hukukun maddi hukuk kurallarını bilme mecburiyeti bulunmamaktadır<sup>3</sup>. Bu sebeple, “*hâkim hukuku bilir (juria novit curia)*” prensibinin yabancı hukukun uygulanması gerektiği haller bakımında geçerli olmadığı kabul edilmektedir<sup>4</sup>. Diğer yandan, taraflar arasındaki uyuşmazlığın –yabancı hukuka istinaden- adalete muvafık bir şekilde çözümlenmesi için, yabancı hukukun uyuşmazlıkla ilgili tüm mevzuatının (kanun maddelerinden yargı içtihatlarına) bir bütün olarak temin edilmesi, yorumlanması ve uygulanması gerekmektedir<sup>5</sup>. Bu amaçla, Türk mahkemeleri yabancı hukukun içeriğini temin edebilmek için çeşitli vasıtalarla başvurabilecektir<sup>6</sup>.

Bu vasıtalarından biri olan bilirkişilik kurumuna, yabancı hukukun uygulanması gereken hallerde yabancı hukukun içeriği hakkında bilgi

<sup>3</sup> Ergin Nomer, *Devletler Hususî Hukuku* (23.Bası, Beta 2021) 193; Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe (n 2) 75; Çelikel ve Erdem (n 2) 171; Rona Aybay ve Esra Dardağan, *Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması (Kanunlar İhtilafı)* (2.Bası, Bilgi 2008) 113-114; Gülören Tekinalp ve Ayfer Uyanık, *Milletlerarası Özel Hukuk-Bağlama Kuralları* (12.Bası Vedat 2016) 46; Vahit Doğan, *Milletlerarası Özel Hukuk* (6.Bası Savaş 2020) 248; Gülin Güngör, *Türk Milletlerarası Özel Hukuku* (Yetkin 202) 95; Faruk Kerem Giray, ‘Milletlerarası Özel Hukuk Hakkaniyetinin 5718 Sayılı MÖHUK Kapsamında Değerlendirilmesi’, YÜHFD, Prof. Dr. Erhan Adal’a Armağan, (2011)8(2) – (2012)9(1) 555, 566.

<sup>4</sup> Çelikel ve Erdem (n 2) 171; Nomer (n 3)193; Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe (n 2) 75; Güngör (n 3) 95; Yöney (n 2) 84-85; Nuray Ekşi, ‘Yabancı Hukukun Tespiti ve Uygulanması- Mukayeseli Bir İnceleme’ UTDER (2014)3(1) 3, 20; Erkan (n 2) 548.

<sup>5</sup> Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe (n 2) 70; Erkan (n 2) 547; Bolayır (n 2) 159.

<sup>6</sup> Bu vasıtalarından ilki MÖHUK m.2(1)’de de belirtildiği üzere, tarafların yardımıdır. Bunun yanı sıra, mahkemelerin başvurabilecekleri vasıtalar da bulunmaktadır. Türk mahkemeleri yabancı hukuk kurallarının temini için Yabancı Hukuk Hakkında Bilgi Edinilmesine Dair Avrupa Sözleşmesinde (RG: 28.8.1975-15338) öngörülen usule başvurabileceği gibi doğrudan Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğüne başvurmak suretiyle hukuku uygulanacak devletin maddi hukuk kurallarını temin etme yoluna gidebilir. Bunun dışında hukuku uygulanacak devletin Türkiye’deki temsilciliklerine ya da Türkiye’nin söz konusu devletin ülkesindeki temsilciliklerine başvurulması da mümkündür. Ayrıca, mahkemeler bilirkişilik kurumundan veya hukuki mütalaa usulünden faydalanabilecek, hukuk fakülteleri bünyesindeki Milletlerarası Özel Hukuk anabilim dalları, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Münasebetler Araştırma ve Uygulama Merkezinden veya Mukayeseli Hukuk Araştırma merkezinden veya sair uzman kuruluşlardan yardım talep edebilecektir. Türk mahkemelerinin bu konuda sahip olduğu imkânlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Yöney (n 2) 96-106; Çelikel ve Erdem (n 2) 174-176; Nomer (n 3)196-197; Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe (n 2) 77-78. Benzer anlayışa mukayeseli hukukta da rastlanmak mümkündür. Bu sebeple, pek çok devletin hukukunda kanunlar ihtilafı kurallarının tatbiki sonucunda yabancı hukukun uygulanacağı hallerde, başta tarafların da yardımı olmak üzere, mahkemelerin pek çok vasıtaya başvurabileceği kabul edilmektedir. Ayrıntılı bilgi için kz.: Shaheza Lalani, ‘Establishing the Content of Foreign Law: A Comparative Study’ Maastricht Journal (2013) 20 (1) 75, 75ff; Sofie Geeroms, *Foreign Law in Civil Litigation-A Comparative and Functional Analysis* (Oxford University Press 2004) 42ff. Ayrıca, 69 devletin mahkemelerinin başvurabilecekleri vasıtaların listelendiği tablo hakkında bkz. Lalani (n 6) 89ff.



edinmek amacıyla başvurulup başvurulamayacağı özellikle 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK)<sup>7</sup> yürürlüğe girmesiyle beraber tartışılmalıdır<sup>8</sup>. Zira bir taraftan HMK m.226 ve 6754 sayılı Bilirkişilik Kanunu<sup>9</sup> m.3(2) uyarınca hâkimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgiyle çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişiye başvurulması yasaklanmış, çözümü teknik ve özel bilgi gerektiren hallerde bilirkişiye başvurulabileceği öngörülmüştür. Şüphesiz, bu düzenlemelerle Kanun Koyucu, hâkime verilen mutlak yargı yetkisinin -bilirkişi vasıtasıyla dahi olsa- bir başkasına devrini önlemeyi amaçlamıştır<sup>10</sup>. Diğer taraftan da, aynı Kanun Koyucu tarafından Türk mahkemelerine MÖHUK hükümleri vasıtasıyla yabancı hukuku uygulama yükümlülüğü getirilmiş, böylece yabancı hukuk bir “hukuk” olarak kabul edilerek mahkemelerce uygulanması emredilmiştir. Gerçekten, kimi hallerde Türk mahkemelerinin uygulamak durumunda oldukları yabancı hukukun temini konusunda bilirkişilere başvurmaları, Kanun Koyucunun MÖHUK hükümleriyle hedeflediği milletlerarası özel hukuk hakkaniyetinin gerçekleşmesi bakımından bir gereklilik olarak da ortaya çıkabilir. Zira MÖHUK ve sair kanunlarda yer alan kanunlar ihtilafı kuralları, maddi hukuk kurallarının uyuşmazlığa uygulanmasıyla ortaya çıkacak sonucun hakkaniyetli olmasını değil, yabancı unsurlu özel hukuk uyuşmazlığında uyuşmazlık ve uyuşmazlığın taraflarıyla en sıkı ilişkiye sahip bir devletin hukukunun uygulanmasını amaçlamaktadır. Birden fazla ülkeyle irtibatlı olması nedeniyle birden fazla devletin hukukunun uygulanma ihtimali bulunan bir uyuşmazlıkta, ilgili kanunlar ihtilafı kuralının uygulanmasıyla ulaşılan devlet hukuku, uyuşmazlıkla en fazla irtibata sahip hukuk olacaktır. Böylece, ilgili uyuşmazlığa uygulanacak devletin hukukun tespitiyle milletlerarası özel hukuk hakkaniyeti tesis edilmiş olacaktır<sup>11</sup>. Milletlerarası özel hukukun kendine özgü bu hakkaniyet anlayışı, ilgili kanunlar ihtilafı kuralının tatbiki neticesinde uyuşmazlığa yabancı bir devletin hukukun uygulanmasını gerektirebilir. Bu durumda Türk mahkemelerinin de MÖHUK m.2(1) uyarınca yabancı devletin uyuşmazlıkla ilgili hükümlerini hukuku uygulanan devletin mahkemesiymiş gibi uygulaması gerekecektir. Bunun için yabancı hukukun uyuşmazlıkla ilgili tüm mevzuatını doğru bir şekilde temin edip uygulaması gerekecektir. Yabancı hukukun uygulanacağının tespit edildiği hallerde yabancı hukukun uyuşmazlıkla ilgili maddi muhtevasının tam anlamıyla ve kapsamıyla temin edilmemesi ve/veya doğru bir şekilde uygulanmaması, dolaylı olarak

<sup>7</sup> RG: 4.2.2011-27836.

<sup>8</sup> Bkz. Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe (n 2) 77 dn.129; Murat Atalı, ‘6754 Sayılı Bilirkişilik Kanunu ve Hukuki Konularda Bilirkişilik’, AÜHFD (2016) 64 (4) 3271, 3281.

<sup>9</sup> RG: 24.11.2016-29898.

<sup>10</sup> Bkz.: Bilirkişilik Kanunu genel gerekçesi.

<sup>11</sup> Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe (n 2) 29 dn.60.

milletlerarası özel hukuk hakkaniyetinin de gerçekleştirilmemesi anlamına gelecektir. Türk mahkemelerinin yabancı hukukun içeriğini temini amacıyla sıklıkla başvurduğu vasıtalardan biri ise bilirkişilik kurumudur. Hukuki konularda bilirkişiye başvurmayı yasaklayan yukarıdaki hükümler karşısında yabancı hukuk hakkında uzmanlığa sahip olan bilirkişilere başvurulamayacak olması, yabancı hukukun içeriğinin doğru ve eksiksiz bir şekilde temin etmesi gereken mahkemelerin bu vasıttan yararlanamamalarına neden olacaktır. Dolayısıyla, burada hukuki konularda bilirkişiye başvurmayı yasaklayan yukarıdaki hükümler karşısında Türk mahkemelerinin yabancı hukukun içeriğini temini amacıyla bilirkişilere başvurulmasının halen mümkün olup olmadığı sorusu akla gelmektedir. Acaba, Kanun Koyucu tarafından yabancı hukukun içeriği hakkında bilgi edinilmesi, hâkimlik mesleğinin gerektirdiği hukuki bilgiyle çözümlenmesi mümkün olan konulardan biri midir? Hukuki konularda bilirkişiliği yasaklayan söz konusu hükümlerin kapsamına yabancı hukuk girmekte midir yoksa yabancı hukukun içeriği hakkında bilgi edinilmesi, çözümü teknik ve özel bilgi gerektiren hallerden biri midir? Bu çalışmada ilk olarak hukuki konulardaki bilirkişiye başvurmayı yasaklayan hükümlerin MÖHUK hükümleri uyarınca tespit edilen yabancı hukukun uygulandığı halleri kapsayıp kapsamadığı meselesini ele alacağız.

İkinci olarak, Türk mahkeme tatbikatında yabancı hukuk hakkında bilgi edinme vasıtası olarak uyuşmazlığın kaynaklandığı konuyla ilgili hukuk dalında veya milletlerarası özel hukuk alanında uzmanlığa sahip hukukçuların bilirkişi olarak görevlendirildiği görülmekte, hatta “uzman hukukçulara” bilirkişi olarak başvurulması gerektiğini dair aşağıda inceleyeceğimiz Yargıtay içtihatlarına rastlanmaktadır. Bu durumda yine akla HMK m.266(1) c.3’te yer alan “*Hukuk öğrenimi görmüş kişiler, hukuk alanı dışında ayrı bir uzmanlığa sahip olduğunu belgelendirmedikçe, bilirkişi olarak görevlendirilemez.*” hükmü karşısınca Yargıtay’ın söz konusu içtihatlarının ne derece yerinde olduğu sorusu akla gelmektedir. Acaba, Yargıtay yabancı hukukun uygulanması gereken davalar bakımından söz konusu hükme bir istisna mı getirmektedir? Daha da önemlisi, yabancı hukuk hakkında bilgi edinilmesi gereken haller bakımından uzman hukukçuların bilirkişi olarak atanabileceğini öngören Yargıtay’ın bu konuda bilirkişilerin yetkisinin sınırlarını çizen tespit ve değerlendirmeleri bulunmaktadır. Bununla birlikte, Yargıtay’ın bilirkişilerin bu konudaki rollerinin ne olduğu konusunda yanlış anlaşılmaya da müsait tespitleri de bulunmaktadır. Bu bakımdan, Yargıtay’ın söz konusu tespitlerinden hareketle, yabancı hukuk hakkında bilgi edinmek amacıyla kendisine başvuru alan bilirkişinin yetkisinin sınırlarını tespit etmeye çalışacağız.



## I. GENEL OLARAK BİLİRKİŞİLİK KURUMU VE HUKUKİ KONULARDA BİLİRKİŞİLİK

Bilirkişi, HMK m.266'da belirtildiği üzere, hâkimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgiyle çözümlenmesi mümkün olmayan, çözümü özel ve teknik bilgi gerektiren hallerde görüşüne başvurulanan kişidir<sup>12</sup>. Gerçekten, hayat ilişkilerinin ve uyuşmazlıkların çeşitli olmasının sonucu, hâkim çözmek zorunda olduğu uyuşmazlıkta hukuki bilgi dışında kalan teknik ve özel bilgiye ihtiyaç duyabilir. Bu gibi hallerde, HMK'da takdiri deliller arasında sayılan bilirkişi incelemesine, mahkemece resen veya tarafların talebi üzerine başvurulmaktadır. Bilirkişi, sahip olduğu uzmanlığı sebebiyle sahip olduğu bilgi ve tecrübeye dayanarak hazırlamış olduğu raporu mahkemeye sunduğundan, tanık delilinden ayrıldığı gibi, görevi sebebiyle hâkimin yardımcısı niteliğinde olduğu kabul edilmektedir<sup>13</sup>.

Türk hukukunda HMK m.266 ve Bilirkişilik Kanunu m.3 hükmüyle bilirkişi deliline başvurulmasının sınırları çizilmiştir. HMK m.266 c.1 uyarınca “*çözümü hukuk dışında, özel ve teknik bilgi gerektiren hallerde*” mahkemelerin bilirkişiye başvurabileceği öngörülmüş, HMK m.266 c.2 ve Bilirkişilik Kanunu m.3(3) uyarınca “*genel bilgi veya tecrübeyle ya da hâkimlik mesleğinin gerektirdiği hukukî bilgiyle çözümlenmesi mümkün olan konularda*” bilirkişiye başvurulması yasaklanmıştır. Keza, HMK m.266 c.3'te ve Bilirkişilik Kanunu m.3'te hukuk öğrenimi görmüş kişilerin, hukuk alanı dışında ayrı bir uzmanlığa sahip olduğunu belgelemedikçe bilirkişi olarak görevlendirilemeyeceği öngörülmüştür. Böylece Kanun Koyucu, hukuki konularda bilirkişiye başvurulması ve bilirkişilerin raporlarında teknik ve özel bilgi gerektiren konularda görüş bildirmek yerine hukuki değerlendirmeler

<sup>12</sup> Oğuz Atalay, *Pekcanıtez Usûl Medenî Usûl Hukuku* C.2, (15.Bası On İki Levha 2017) 1914-1915; Baki Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, C.3 (6.Bası Demir Demir 2001) 2622; İlhan Postacıoğlu ve Sümer Altay, *Medenî Usûl Hukuku Dersleri*, (Vedat 2015) 734; Saim Üstündağ, *Medeni Yargılama Hukuku* (7.Bası Beta 2000) 740; Abdurrahim Karslı, *Medeni Muhakeme Hukuku*, (3.Bası Alternatif 2012) 630; Süha Tanrıver, *Medenî Usûl Hukuku* C.I, (3.Baskı, Yetkin 2020) 893; Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar Ayvaz ve Emel Hanağası, *Medenî Usul Hukuku*, (6.Baskı Yetkin 2020) 456; Ejder Yılmaz, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, C.3, (4.Baskı Yetkin 2021) 4135; Murat Atalı, İbrahim Ermenek ve Ersin Erdoğan, *Medenî Usûl Hukuku*, (3.Bası Yetkin 2020) 526; L. Şanal Görgün, Levent Börü, Barış Toraman ve Mehmet Kodakoğlu, *Medenî Usûl Hukuku*, (9.Baskı Yetkin 2020) 560; Yahya Deryal, *Türk Hukukunda Bilirkişilik*, (5.Baskı, Adalet 2015) 27.

<sup>13</sup> Bilirkişiliğin hukuki niteliği hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Tanrıver (n 11) 894; Deryal (n 11) 34ff.; Üstündağ (n 11) 742; Atalay (n 11) 1916-1917; Atalı, Ermenek ve Erdoğan (n 11) 527. Özellikle yabancı hukuk hakkında bilgi edinilmesi yönünden bilirkişinin niteliği hakkında bkz.: Ersin Erdoğan ve S. Hilal Üçüncü, ‘Bilirkişilik Kurumu ve Bilirkişi Raporunun Delil Değerine İlişkin Bazı Sorunlar’, *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi* (2020) 10 (1) 354, 359-360.



yaparak kesin hukuki yargıda bulunmaları nedeniyle adeta yargı yetkisinin devri sonucuna yol açan bu durumu engellemek amacıyla hukuki konularda bilirkişiye başvurulmasını açıkça yasaklamıştır<sup>14</sup>.

Gerçekten, hukuk kurallarını resen araştırıp bulma ve somut uyuşmazlığa uygulama hâkimin işidir (HMK m.33). Çünkü hukuki konular, anlaşılabilmesi için hâkimin bilemeyeceği özel ve teknik bilgiye ihtiyaç duyulan konular değildir, hatta hukuki sorunların en yetkin bilirkişisinin hâkimin kendisi olduğu belirtilmektedir<sup>15</sup>. Bu sebeptendir ki, hukuki konularda mahkemelerin bilirkişiye başvurusu, bilirkişilerin de raporlarında hukuki nitelendirme ve değerlendirmede bulunmaları yasaklanmıştır. Bu itibarla, hukuki bilgiyle çözümlenmesi mümkün olmayan, özel ve teknik bilgi gerektiren hususlarda bilirkişiye başvurulabilecektir. Burada sözü edilen özel bilgiyle, hukuk bilimi dışında, belirli bir bilim dalının araştırıp ortaya koyduğu sonuçlara ilişkin bilgi; teknik bilgiyle ise, fizik, kimya, matematik gibi pozitif bilimlerin verilerini uygulamaya elverişli bilgi kastedilmektedir<sup>16</sup>. Dolayısıyla, belirli bir teknik veya mesleki alana ilişkin bilgiler olmaksızın somut uyuşmazlığın ve maddi sonuçlarının anlaşılamayacağı hallerde söz konusu özel ve teknik bilgiye vakıf kişilerin görüşüne başvurulması, davanın aydınlatılması için gerekli ise bilirkişiye başvurulabilecektir.

Kanun Koyucu, getirmiş olduğu özel düzenlemelerle, bazı davalarda mahkemelerce karar verilebilmesi için mutlaka bilirkişiden rapor alınmasını zorunlu kılmıştır<sup>17</sup>. Bu düzenlemelerin dışında kalan hallerde bilirkişiye başvurulmasına gerek olup olmadığına mahkemelerce takdirten karar verilecektir. Bu kapsamda, yukarıda da zikretmiş olduğumuz üzere, “*hâkimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgiyle çözümü mümkün olan konular*” dışında kalan, yani çözümü hukuk dışında özel ve teknik bilgi gerektiren konularda bilirkişiye başvurulabilecektir. Yine, sadece hukuk alanında uzmanlığa sahip olan kişilerin, başka bir alanda uzmanlığı olmadıkça, bilirkişi olarak görevlendirmeleri mümkün olmayacaktır. Bu bakımdan, hâkimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilginin yeterli olmayacağı, dolayısıyla çözümü için özel veya teknik bilginin gerekli olduğu halleri tek tek zikretmek mümkün olmamakla birlikte, uygulamadan yola çıkarak pek çok örnek verilebilir<sup>18</sup>.

<sup>14</sup> Yılmaz (n 11) 4154; Deryal (n 11) 112-113; Atalı (n 8) 3277.

<sup>15</sup> Yılmaz (n 11) 4139; Tanrıver (n 11) 900; Karşlı (n 11) 630.

<sup>16</sup> Yılmaz (n 11) 4145; Atalay (n 11) 1922; Tanrıver (n 11) 906-907; Postacıoğlu ve Altay (n 11) 734-735; Karşlı (n 11) 631.

<sup>17</sup> Kanunlarımızda mahkemelerin bilirkişiye başvurmayı zorunlu kıldığı haller hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Atalay (n 11) 1917-1921.

<sup>18</sup> Bilirkişi görevlendirilmesinin mümkün olduğu veya olmadığı hallere ilişkin örnekler için bkz. Yılmaz (n 11) 4144-4173.



HMK m.266 c.1’de “*hukuk dışında*” bir uzmanlığa sahip kişilerin bilirkişilik yapabileceği öngörüldürken, diğer yandan HMK m.266 c.2’de “*hâkimlik mesleğinin gerektirdiği*” ifadesi, bir yönüyle hukuki konularda bilirkişiye başvurulmasına da açık kapı bırakmaktadır<sup>19</sup>. Zira Bilirkişilik Kanununun genel gerekçesinde de belirtilen “*günümüz hukukî ihtilâflarının giderek çeşitlenen karmaşık ve çözüm için teknik bilgi gerektiren yapısı*” dikkate alındığında, hâkimlerin hukukun tüm dallarında çıkacak uygulamaya ilişkin sorunların çözümünü isabetle teşhis edecek derecede üstat olmasının imkânı olmadığı gibi hukukun bütün dallarına nüfuz etmesini beklemek pek mümkün değildir<sup>20</sup>. Gerçi, Türk hukukunda aile, fikri haklar, icra, tüketici veya ticaret gibi belirli uzmanlık alanlarında mahkemeler bulunduğu için hukuki konularda bilirkişiye başvurulmasının gerekli olmadığı ileri sürülebilir. Ancak, kimi hallerde bu tür ihtisas mahkemelerinin kurulmadığı küçük yargı çevrelerindeki genel mahkemelerden özel mahkemelerin görevine giren davalara özel mahkeme sıfatıyla bakmaları istendiğinde bu mahkemelerden özel mahkemelerle aynı isabet derecesinde karar vermelerini beklemenin yerinde olmadığı da bir gerçektir<sup>21</sup>. Hukuk dışı olaylar ve olgularla beraber hukuki konuların da karmaşık ve çetrefil hale geldiği günümüzde kimi hallerde hukukun belirli bir alanında uzman bilirkişiye başvurmak, somut uyuşmazlığa ilişkin hukuki meselenin anlaşılması ve çözümünde yararlı, hatta gerekli olabilecektir. Bu durumda dahi, hukukçu bilirkişi tarafından raporda belirtilen görüş ve hukuki değerlendirmeler, mahkemeleri bağlayıcı nitelikte değildir, hatta kendisi hukukçu olan bir hâkim hukuki konuda yapılmış değerlendirmeleri içeren bir raporu da rahatlıkla denetleyebilecektir<sup>22</sup>. Bu bakımdan, hukuki bir konuda bilirkişiye başvurulması, daha doğru bir ifadeyle bilirkişilerin raporlarındaki hukuki değerlendirmelerde bulunması, mahkemelere ait olan yargı yetkisinin devri gibi bir sonuca yol açmamaktadır<sup>23</sup>. Bu sebeple, bir tarafların genel gerekçede hukuki ihtilafların giderek karmaşıkleşen yapısından söz edilirken, diğer yandan hukuki konularda uzman bilirkişilere başvurma ihtiyacının ortaya çıkabileceği düşünülmeksizin tamamen yasak getirmek yerinde değildir<sup>24</sup>. Bu noktada, hukuki meselenin tamamen ve doğrudan bilirkişiye bırakılmaması, öncelikle hâkimin gerekli bilgileri edinerek somut hukuki sorunları kendisinin gidermeye çalışması, sadece bunun mümkün olmadığı istisnai hallerde hukukçu bilirkişiye somut sorular yöneltmek suretiyle başvurulması gerektiğini<sup>25</sup> düşünmekteyiz.

<sup>19</sup> Atalay (n 11) 1926.

<sup>20</sup> Bilge Umar, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, (Yetkin 2014) 793, 795; Postacıoğlu ve Altay (n 11) 737. Benzer yönde bkz. Atalı (n 8) 3280-3281; Ali Cem Budak ve Varol Karaaslan, *Medenî Usul Hukuku* (4.Bası, Adalet 2020) 283-284.

<sup>21</sup> Atalı (n 8) 3280.

<sup>22</sup> Atalı (n 8) 3279.

<sup>23</sup> Bu yönde bkz. Deryal (n 11) 135-136.

<sup>24</sup> Atalı (n 8) 3278-3279.

<sup>25</sup> Postacıoğlu ve Altay (n 11) 737.



## II. YABANCI HUKUKUN UYGULANMASI GEREKEN HALLERDE YABANCI HUKUKUN İÇERİĞİ HAKKINDA BİLGİ EDİNMEK İÇİN BİLİRKİŞİYE BAŞVURULMASININ MÜMKÜN OLUP OLMADIĞI MESELESİ

Türk hukukunda HMK m.266 ve Bilirkişilik Kanunu m.3 uyarınca hukuki konularda bilirkişiye başvurulması normatif olarak mümkün değildir<sup>26</sup>. HMK m.266'nın açık hükmü karşısında bu yasağın kapsamına yabancı hukukun da girdiği doğal olarak ileri sürülmektedir<sup>27</sup>. Kanun tarafından öngörülen açık yasağa, usul hukukçuları tarafından getirilen eleştirilere katılmamak da mümkün olmadığı gibi, hukuki konularda bilirkişiliğe başvurulması kimi hallerde gereklilik olarak ortaya çıkmaktadır. Özellikle hukuki olay ve olguların giderek karmaşık ve çetrefil hale gelmesine paralel olarak çözümü gereken hukuki sorunların da karmaşıklaştığı ve farklılaştığı günümüzde, hukukun yeni ve farklı dallarına ilişkin uyuşmazlıklar mahkemelerin önüne gelmektedir. Mesela, marka hukuku, bilişim hukuku, kişisel verilerin korunması hukuku, ekonomi ve finans hukuku gibi özel hukukun klasik dallarına dâhil edilemeyen pek çok hukuk alanı ortaya çıkmakta ve gelişmektedir. Bu tür ihtisaslaşma gerektiren alanlarda hâkimin genel hukuk bilgisiyle çözemeyeceği ve/veya o alana özgü teknik bilgilerin hukuki yorumuna ihtiyaç duyulabilir<sup>28</sup>.

Kimi hallerde hukuki konularda bilirkişiye başvurmak Kanun Koyucunun emri gereği de olabilir. Aşağıda inceleyeceğimiz üzere, Kanun Koyucu tarafından Türk mahkemelerine MÖHUK m.2(1) uyarınca Türk kanunlar ihtilafı kurallarını ve bu kurallar uyarınca yetkili kılınan yabancı hukuku resen uygulaması emredilmiştir. Mesela, Almanya'da tanzim edilmiş bir vasiyetnamenin iptali davasında vasiyetnamenin uygulanacak hukuk olarak tespit edilen Alman hukukunda aranan şekil şartlarını sağlayıp sağlamadığı Alman miras hukukuna göre belirlenecektir. Yine, iş sözleşmesinden kaynaklanan kimi uyuşmazlıkların çözümü için işçinin mutad işyeri olan Gürcistan hukukunun uygulanacağı tespit edilmişse, Gürcistan iş hukuku mevzuatı uyarınca dava karara bağlanacaktır. İşte uyuşmazlığın yabancı devlete ait maddi hukuk kurallarını uygulamak suretiyle çözümlenmesi gereken hallerde, Türk mahkemesince bu kuralların temin edilebilmesi, hatta bu kurallarda yer alan kurum ve kavramların anlaşılabilmesi için bu alanın

<sup>26</sup> Şüphesiz uygulamada, mahkemelerce çözümü gereken hukuki meseleler hakkında hukuk alanında uzman kişilerin, tazminat uzmanı vs. sıfatlarla açıkça veya dolambaçlı yollarda bilirkişi olarak atandıkları bir gerçektir. Hatta hukuk alanında uzmanlığa sahip kişilerin, doğal olarak bilirkişilik listelerinde adları olmamasına rağmen liste dışından bilirkişi olarak atandıkları bilinmektedir. Bu konu hakkında ve eleştirisi için bkz. Deryal (n 11) 109; Atalı (n 8) 3277-3278.

<sup>27</sup> Acun Papakçı, 'Hukuki Bilirkişilik' Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi – Hukuk Araştırmaları Dergisi (2016) 22 (1) 433, 439.

<sup>28</sup> Bu yönde bkz. Budak ve Karaaslan (n 19) 283-284; Tanrıver (n 11) 903.



uzmanı hukukçuların bilgisine başvurulması gerekli hale gelebilir. İşte bu noktada bu zamana kadar Türk mahkemelerince sıkça başvurulmuş bir vasıta olan bilirkişilik kurumuna, hukuki konularda bilirkişiye başvurmayı yasaklayan söz konusu hükümler nedeniyle, halen başvurulmasının mümkün olup olmadığının sorusu akla gelmektedir. Acaba, Kanun Koyucu tarafından yabancı hukukun içeriği hakkında bilgi edinilmesi, hâkimlik mesleğinin gerektirdiği hukuki bilgiyle çözümlenmesi mümkün olan konulardan biri midir? Hukuki konularda bilirkişiliği yasaklayan söz konusu hükümlerin kapsamına yabancı hukuk girmekte midir yoksa yabancı hukukun içeriği hakkında bilgi edinilmesi, çözümü teknik ve özel bilgi gerektiren hallerden biri midir?

Bu soruların cevabını aramadan evvel bilirkişiye başvurma yasağını öngören HMK'nın yürürlüğe girdiği 2011 yılından önceki durumu incelemek yararlı olacaktır. Bu dönemde Bilirkişilik Yönetmeliği<sup>29</sup> ile yürürlükten kaldırılan Bölge Adliye Mahkemesi Adli Yargı Adalet Komisyonlarınca Bilirkişi Listelerinin Düzenlenmesi Hakkında Yönetmelik<sup>30</sup> m.5 hükmüyle bu konu net bir şekilde ortaya konmuştu. Söz konusu Yönetmelik m.5(3)'te *"yabancı hukuk, örf ve adet hukuku, yürürlükten kalkmış hukuk alanları ile hesap bilirkişiliği gibi alanlar dışında"*, hâkimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukukî bilgiyle çözümlenmesi mümkün olan konularda listelerde uzmanlık alanı belirlenemeyeceği öngörülmüştür. Böylece, söz konusu hükümle yabancı hukukun, hâkimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgiyle çözümlenmesi mümkün olan konulardan biri olarak değil, HMK m.266 ve mülga HUMK<sup>31</sup> m.275'te belirtilen *"çözümü teknik veya özel bir bilgiyi gerektiren haller"*den biri olarak kabul edildiği sonucuna varılabilir. Bu itibarla, bu dönemde yabancı hukukun, bilirkişi atanması gereken uzmanlık alanlarından biri olarak nitelendirildiği söylenebilecektir.

Şüphesiz, Kanun Koyucunun getirmiş olduğu hukuki konularda bilirkişiye başvurma yasağı, bir taraftan Türk mahkemelerine MÖHUK hükümlerine istinaden yabancı hukuku uygulamayı emrederken diğer yandan yabancı hukuka ulaşmada mahkemelerce yoğun olarak kullanılan bir vasıtayı ortadan kaldırması itibarıyla eleştiriye açıktır. Gerçi, nadiren de olsa hâkimin uyuşmazlığa ilişkin yabancı maddi hukuk kurallarını bilme ihtimali mevcuttur<sup>32</sup>. Kimi hallerde hâkim kişisel bilgi ve tecrübesini kullanarak yabancı hukuka vâkıf, örneğin yabancı hukukun ilgili kısmına ait akademik çalışmalarda bulunmuş olabilir. Örneğin, mahkeme benzer nitelikteki bir uyuşmazlığı daha evvel yabancı hukuk kurallarına göre karara bağlamış olabilir. Bu tür nadir ve istisnai haller

<sup>29</sup> RG: 03.08.2017-30143.

<sup>30</sup> RG: 8.4.2012- 28258.

<sup>31</sup> RG: 2, 3, 4.7.1927-622, 623, 624.

<sup>32</sup> Nomer (n 3) 196; Güngör (n 3) 95; Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe (n 2) 75; Ekşi (n 4) 27; Bolayır (n 2) 165; Yöney (n 2) 97.

dışında hâkimin yabancı hukuku da bildiği faraziyesinden hareket edilemez. Bu sebeple hukuki konularda bilirkişilik yasağının kapsamına yabancı hukukun girmediğinin *aşağıdaki gerekçelerle* kabulü gerekir.

İlk olarak, yabancı hukukun içeriğinin temini ve anlaşılmasında bilirkişilerin hukukçulardan seçilmesi bir zaruret olarak ortaya çıkabilir. Gerçekten, yabancı hukukun uygulanması suretiyle çözümü gereken bir uyuşmazlığın dâhil olduğu hukuk alanında belirli akademik çalışmalar yapmış, o alanda mukayeseli hukuk bilgisine sahip uzman bir hukukçuya başvurulması, somut uyuşmazlığa uygulanması gereken yabancı maddi hukuk kurallarının tespiti ve temini bakımından diğer vasıtalarla nazaran daha yararlı olabilir<sup>33</sup>. Mesela, Almanya’da tanzim edilmiş bir vasiyetnamenin şeklen geçersizliği nedeniyle iptaline dair bir davada, vasiyetnamenin uygulanacak hukuk olarak tespit edilen Alman hukukuna göre şeklen uygun olup olmadığının tespiti bu konuya ilişkin Alman hukukuna vâkıf bir hukukçudan istenebilir. Bir iş sözleşmesinden kaynaklanan muhtelif taleplerin karara bağlanması, hatta yabancı devletin iş hukuku mevzuatının Türk hukukuna nazaran işçiyi daha fazla koruyup korumadığının tespiti, yabancı bir devletin iş hukuku mevzuatının sadece Türkçeye tercüme edilmesiyle değil, bu alana vâkıf bir hukukçudan istenecek bir değerlendirmeye daha sağlıklı yapılabilir. Zira gerek uluslararası anlaşmalar kapsamında gerekse diplomatik yollara istinaden yapılan taleplerin veya bu taleplere cevaben ulaşılan yabancı hukuka ait metinlerin Türkçeye tercümeleri, hukuk terminolojisine vâkıf kişilerce yapılmamakta, dolayısıyla yabancı hukuk metinlerinin ne anlama geldiğini tespit etmekten uzak ve hatalı çevirilerle karşılaşmaktadır<sup>34</sup>. Bu bakımdan, yabancı hukukun tam anlamıyla ve kapsamıyla anlaşılabilmesi ve uygulanabilmesi için yabancı hukuk alanında uzman kişi ve avukatlardan yardım istenmesi bir gereklilik olarak görünmektedir<sup>35</sup>. Oysa doktrinde de haklı olarak eleştirildiği üzere, uygulanacak yabancı hukukun içeriğinin temini için tarafların yardımını isteyebilecek olan mahkemeler, bu amaçla uyuşmazlığın tarafı olmayan bir hukukçu uzmandan yardım isteyemeyecektir<sup>36</sup>. Yabancı hukukun uyuşmazlıkla ilgili bir kuralının veya bir kurumunun ne anlama geldiğinin veya Türkçe olarak tam karşılığının ne olduğunu tespit etmek durumunda olan bir mahkeme, ilgili yabancı dile vâkıf ve o konu hakkında belirli bir uzmanlığı olan bir hukukçuya başvuramayacak mıdır? Bir taraftan yabancı hukukun somut uyuşmazlığa tam anlamıyla ve kapsamıyla uygulanması gerekirken, yabancı hukukun gerçek anlamda uygulanabilmesi için yabancı hukuk alanında uzmanlardan istifade edilmesini normatif olarak engellemek yerinde bir yaklaşım değildir.

<sup>33</sup> Benzer yönde bkz. Atalı (n 8) 3281.

<sup>34</sup> Bu konuda bkz. Erkan (n 2) 548-549.

<sup>35</sup> Erkan (n 2) 551-554; Bolayır (n 2) 172.

<sup>36</sup> Atalı (n 8) 3281.



Her ne kadar Türk hukukunca yabancı hukuk da tıpkı Türk hukuku gibi bir hukuk olarak mütalaa edilmiş ve uygulanması emredilmiş olsa da, Türk mahkemelerinden hiç aşına olmadıkları, bu zamana kadar uygulamak durumunda kalmadıkları, dolayısıyla bilmelerinin makul olarak beklenemeyeceği yabancı hukuku biliyor oldukları söylenemez. Hatta bunu hâkimlik mesleğinin gerektirdiği konulardan biri olarak nitelendirmek doğru olmayacaktır. Nitekim doktrinde de hâkimin yabancı hukuk kurallarını resen uygulamak durumunda olsa da, almış oldukları eğitimin Türk hukukuna yönelik olduğu, hâkimce bilinmesi mümkün olmayan bu konuda bilirkişi incelemesine gidilebileceği belirtilmektedir<sup>37</sup>. Hatta doktrinde yabancı hukuk hakkında bilgi aktarmanın da bir tür bilirkişilik olduğu ifade edilmektedir<sup>38</sup>. Bu sebeple, hukuki konularda bilirkişiye başvurma yasağının, yabancı hukukun içeriği hakkında bilgi edinilmek üzere bilirkişiye başvurulmasına engel olmadığını, yabancı hukukun söz konusu yasağın istisnalarından biri olduğunun kabulü gerekir<sup>39</sup>.

Üçüncü olarak, hukukçu bilirkişi, özel bilgi gerektiren bir hal olarak yabancı hukuka dair hukuki bir mesele hakkında rapor sunmakta, mahkemeye ait bir görevi üstlenmemekte, bilakis sadece mahkemeye vâkıf olduğu yabancı hukuk normu hakkında bilgi aktarmaktadır<sup>40</sup>. Zaten mahkeme verilen bu raporla bağlı olmadığı gibi, bilirkişinin vermiş olduğu bilgileri yeterli bulmaması halinde yabancı hukuk hakkında daha geniş bir araştırmaya da gidebilir<sup>41</sup>. Bu bakımdan, yabancı hukuk hakkında bilirkişinin yapacağı inceleme, aslında hukuki bir konuya ilişkin olmakla beraber yabancı hukukun uyuşmazlıkla ilgili muhtevası hakkında olmakla sınırlı olması itibariyle diğer bilirkişi incelemelerinden ayrılmaktadır. Bu sebeple, yabancı hukuka ait kuralların tespiti, muhtevasının temini ve anlaşılması, “hukuki konulara ilişkin” olarak kabul edilmekle beraber, “hâkimlerin meslekleri gereği edinmeleri gereken genel ve hukuki bilgi” olarak kabul edilemeyecektir. Bunun doğal sonucu olarak, mevcut hükümler ışığında yabancı hukuk, tıpkı mülga Yönetmelikte olduğu gibi, “çözümü teknik ve özel bilgi gerektiren haller” kapsamına dâhil edilmek durumundadır. Hatta yabancı hukuk hakkında kendisinin görüşüne başvurulmuş hukukçu bilirkişi, tazminat hesaplaması, hasarın tespiti gibi teknik bilgilerin kullanılmasını gerektiren bir faaliyette bulunmamakta, aslında kendisine “özel bilgi gerektiren bir hal” için başvurulmaktadır.

<sup>37</sup> Görgün, Börü, Toraman, Kodakoğlu (n 11) 565.

<sup>38</sup> Deryal (n 11) 416; Erdoğan ve Üçüncü (n 12) 361.

<sup>39</sup> Görgün, Börü, Toraman ve Kodakoğlu (n 11) 565; Bolayır (n 2) 171-172; Volkan Özçelik, ‘Yabancı Hukukun Uygulanmasında Taraf Roller’ SDÜHFD (2020)10(1) 190, 206. Aksi yönde bkz. Papakçı (n 26) 439.

<sup>40</sup> Nomer (n 3) 197-198.

<sup>41</sup> Nomer (n 3) 198.

Bu itibarla, yabancı hukukun temini ve içeriğinin anlaşılmasını hâkimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgiyle çözümü mümkün bir konu olarak değil, tam aksine “çözümü teknik ve özel bilgi gerektiren hal” olarak değerlendirmek ve bu konuda bilirkişiye başvurulabileceğini kabul etmek gerekir<sup>42</sup>. Bu sebeple, mülga Yönetmelik hükmünün daha isabetli olduğu haklı olarak ifade edilmiştir<sup>43</sup>. Hatta mülga Yönetmelik hükmünün yabancı hukuk hakkında bilgi edinme vasıtası olarak bilirkişiye başvurulmasının yaygın olan benimseyen mukayeseli hukuktaki yaklaşımla<sup>44</sup> paralel olduğunu da belirtmek gerekir. Bunlara örnek vermek gerekirse, Alman hukukunda Alman Usul Kanunu m.293’te mahkemelerin bilmeleri mümkün olmayan yabancı hukuk, örf ve adet hukuku hakkında bilgi edinmek üzere başka vasıtalarla, bu kapsamda bilirkişilere başvurulabilecekleri kabul edilmektedir<sup>45</sup>. Uyuşmazlığın yabancılık unsuru ihtiva ettiğinin ve dolayısıyla yabancı hukukun uygulanması gerektiğinin mahkemece resen dikkate alınmadığı, taraflarca iddia ve ispat edilmesi gerektiği İngiliz hukukunda yabancı hukuk da bir maddi vakıa olarak kabul edilmiş, yabancı hukukun ispatı taraflara yüklenmiştir<sup>46</sup>. Bu kapsamda, İngiliz hukukunda yabancı hukukun (içeriğinin) ispatı/tespiti amacıyla genellikle bilirkişilere başvurulduğu belirtilmektedir<sup>47</sup>. Yine, Fransız hukukunda da yabancı hukukun uygulanacağını tespit eden bir mahkemenin, yabancı hukuka ulaşabilmek için kullanabileceği vasıtalarından birinin bilirkişi incelemesi olduğu ifade edilmektedir<sup>48</sup>. Hatta kimi devletlerin milletlerarası özel hukuk kanunlarında bu maksatla bilirkişiye başvurulabileceği yasal bir düzenlemeyle açıkça kabul edilmektedir<sup>49</sup>.

Bu noktada yabancı hukukun içeriğinin temini için mahkemelerin başka vasıtalarla da sahip olduğu, dolayısıyla bu vasıtalarından bir veya birkaçına

<sup>42</sup> Bu yönde bkz. Görgün, Börü, Toraman ve Kodakoğlu (n 11) 565; Atalı, Ermenek ve Erdoğan (n 11) 528; Erdoğan ve Üçüncü (n 12) 361; Yöney (n 2) 99-100; Bolayır (n 2) 172.

<sup>43</sup> Şanlı, Esen ve Ataman-Fıganmeşe n (2) 77 dn.79.

<sup>44</sup> Pek çok hukuk düzeninde yabancı hukukun maddi içeriğine ulaşma vasıtalar arasında bilirkişilik kurumu da kabul edilmektedir. *Lalani* tarafından hazırlanan ve yaklaşık 69 devletin hukukunda bu devletlerin mahkemelerinin yabancı hukukun içeriğinin temini için başvurulabileceği vasıtaların listelendiği bir tabloda söz konusu devletlerin 44’ünde bilirkişilik yabancı hukukun içeriği hakkında bilgi edinmek için başvurulabilecek bir yol olarak kabul edilmiştir. Bkz: *Lalani* (n 6) 75.

<sup>45</sup> Ekşi (n 4) 86-87; Papakçı (n 26) 438.

<sup>46</sup> Cheshire, North and Fawcett, *Private International Law*, (15.Ed. Oxford 2017) 105; Elizabeth B. Crawford and Janeen M. Carruthers, ‘United Kingdom’ in (Eds) Carlos Espluges Mota, Jose Luis Iglesias and Guillermo Palao, *Application of Foreign Law* (Munich 2011) 391, 391.

<sup>47</sup> Cheshire, North and Fawcett (n 45) 108-110; Crawford and Carruthers (n 45) 397-398.

<sup>48</sup> Samuel Fulli-Lemaire and Daniel Rojas Tamayo, ‘France’ in (Eds) Carlos Espluges Mota, Jose Luis Iglesias and Guillermo Palao, *Application of Foreign Law* (Munich 2011) 185, 191.

<sup>49</sup> Belarus Medeni Kanunu m.1095(2)’de mahkemelerin yabancı hukukun içeriğini tespit etmek amacıyla başvurulabileceği vasıtalar tek tek sayılmış olup bu vasıtalar arasında bilirkişilere de yer verilmiştir. Bkz.: *Lalani* (n 6) 81 dn.19.



başvurabileceği, bu nedenle yabancı hukuk hakkında bilgi edinmek için bilirkişi olarak bir hukukçuyu atamak yerine öncelikle bu yolları tercih etmesi gerektiği söylenebilir. Bu yönüyle, Kanun Koyucunun söz konusu tercihinin yerinde olduğu da ileri sürülebilir. Gerçekten, mahkemelerce bu konuda Adalet Bakanlığından, hukuku uygulanacak yabancı devletin Türk temsilciliklerinden ya da bu devletin Türkiye'deki temsilciliklerinden bilgi talep edilebilir. Günümüzde genellikle Adalet Bakanlığı vasıtasıyla yabancı hukuk hakkında bilgi edinilmesi yolu kullanılmaktadır. Bu vasıtalarla elde edilen yabancı hukukun kanun metinlerinin onaylı tercümeleri esas alınmakta ve bununla yetilmektedir. Ancak, çoğu durumda söz konusu tercümeler yetersiz kalmakta ve yanlış kararlar verilebilmektedir<sup>50</sup>. Bu sebeple, pek çok hukuk sisteminde tercih edildiği üzere, uyuşmazlıkla ilgili yabancı hukuk hakkında bilginin, uzman hukukçulardan veya yabancı hukukla ilgili uzman kurumlardan temin edilmesinin daha emin ve sağlam bir yol olduğu kabul edilmektedir<sup>51</sup>. Böylece, yabancı hukukun birkaç maddesinin tercümesiyle yetinmek yerine, yabancı hukuk somut uyuşmazlığa tüm anlamı ve kapsamıyla uygulanmış olur. Bu da MÖHUK hükümleriyle hedeflenen milletlerarası özel hukuk hakkaniyetinin sağlanmasına hizmet edecektir.

Uygulamaya baktığımızda ise, kendisine herhangi bir istisna getirilmeyen “yabancı hukuk hakkında bilgi edinilmesi”, Yargıtay’ın 2017 yılından itibaren vermiş olduğu çeşitli kararlarda “özel ve teknik bilgi gerektiren konulardan biri” olarak kabul edilmiştir. Yargıtay, özel hukukun çeşitli alanlarına ilişkin yabancı unsurlu davalarda uygulanacak hukuk olarak tespit edilen yabancı hukukun içeriğinin tespitinin özel ve teknik bilgi gerektirdiğini kabul etmekte, hâkimin gerekirse bilirkişi incelemesine gidebileceğini kabul etmektedir. Örneğin, düzenleme ve ödeme yeri yabancı ülke olan kambyo senetlerine istinaden yapılan icra takiplerine ilişkin davalarda Yargıtay, takibe konu belgenin yabancı dilde düzenlendiği ve muhatap banka yabancı olduğundan yabancılık unsuru bulunduğunu, özel ve teknik bilgiyi gerektirdiğinden bu konuda bilirkişiden rapor alınması gerektiğini belirtmiştir<sup>52</sup>.

<sup>50</sup> Nomer (n 3) 196-197.

<sup>51</sup> Nomer (n 3) 197.

<sup>52</sup> Yargıtay HGK. E.2017/367 K.2019/350 T.26.3.2019: “...imza edildiği ülke ile ödeme yerinin bulunduğu ülkenin hukuk mevzuatını ve dilini bilen Üniversitelerin Ticaret Hukuku kürsüsünden özellikle kambyo hukuku alanında yetkin bilirkişiden, takibe dayanak belgedeki kayıtların kambyo hukukundaki karşılıkları ile açıklanması amacıyla bilirkişi raporu alınması gerekmektedir.”; Yargıtay 12.HD. E.2018/1805 K.2019/10137 T.13.6.2019: “...takip dayanağı bononun yabancı dilde düzenlendiği dikkate alınarak, söz konusu belgenin düzenlendiği dili ve ülke hukukunu inceleyebilecek yeterlilikte, özellikle üniversitelerin ticaret ve kambyo hukuk dalından seçilecek bilirkişiye inceleme yaptırılmak suretiyle...”. Benzer yönde bkz. Yargıtay 12.HD. E.2012/16550 K.2012/23020 T.28.6.2012; Yargıtay 12.HD. E.2013/16430 K.2013/25383 T.4.7.2013. Kararlar için bkz. www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 15.10.2021.



Benzer şekilde, yabancı unsurlu iş sözleşmelerinden kaynaklanan çeşitli taleplerin konusunu oluşturduğu pek çok davada Yargıtay, uygulanacak hukuk olarak tespit edilen yabancı hukukun iş hukuku mevzuatına vâkıf uzman bir bilirkişiden rapor alınması gerektiği içtihadında bulunmuştur<sup>53</sup>. Yine, Almanya’da düzenlenen bir vasiyetnamenin düzenlendiği ülke olan Alman kanunlarına göre şeklen geçerli olup olmadığının tespitinin gerektiği bir davada Yargıtay, söz konusu ülke hukukunun muhtevasının araştırılmasını, *gerekirse vasiyetnamenin yapıldığı ülke hukukunun öngördüğü şekle uygun olarak yapıp yapılmadığı konusunda uzman bilirkişiden rapor alınması gerektiğini* ortaya koymuştur<sup>54</sup>.

Yukarıda özetlediğimiz kararlardan da anlaşılacağı üzere, yabancı hukukun uygulanması gerektiği sonucuna varılan pek çok davada dava konusu alanın uzmanı hukukçuların bilirkişi olarak görevlendirilmesi gerektiği net bir şekilde ortaya konmaktadır. Bu kararlardan, özellikle Yargıtay HGK kararından, yabancı hukukun içeriği hakkında bilgi edinilmesi faaliyetinin “*özel ve teknik bilgi gerektiren bir hal*” olduğu sonucu ortaya çıkmaktadır. Bu bakımdan, yabancı hukukun uygulanması gereken hallerde yabancı hukukun içeriği hakkında bilgi edinmek için bilirkişiye başvurulup başvurulamayacağı konusundaki belirsizlik Yargıtay’ın yukarıda zikrettiğimiz içtihatlarıyla ortadan kalkmış görünmektedir. Dolayısıyla, HMK m.266(1) c.3’ün kapsamına yabancı hukuk hakkında uzmanlığa sahip olan hukukçuların girmediğini söyleyebiliriz. Başka

<sup>53</sup> Yargıtay 9.HD. E.2020/5936 K.2021/4629 T.22.2.2021: “...uyuşmazlığa Umman hukukunun uygulanması gerekmektedir... Hal böyle olunca *gerekirse Umman hukukunda uzman bir bilirkişiden de rapor alınmak suretiyle* dava konusu uyuşmazlık bakımından değerlendirme yapılması gerekli iken..”; Yargıtay 9.HD. E.2020/5070 K.2021/3194 T.2.2.2021: “...uyuşmazlık hakkında Ukrayna Hukuku’nun uygulanması tüm dosya kapsamına daha uygun olacaktır. Hal böyle olunca, *gerekirse Ukrayna Hukuku’nda uzman bir bilirkişiden de rapor alınmak suretiyle*, dava konusu uyuşmazlık bakımından değerlendirme yapılması... gerekmektedir...”. Rusya hukuku hakkında uzman bir bilirkişiden rapor alınması gerektiğine dair bkz. Yargıtay 9.HD. E.2021/2497 K.2021/8085 T.13.4.2021; Yargıtay 9.HD. E.2021/2498 K.2021/8086 T.13.4.2021; Yargıtay 9.HD. E.2021/4794 K.2021/9194 T.18.5.2021; Yargıtay 9.HD. E.2021/5065 K.2021/9195 T.18.5.2021. Arnavutluk hukuku hakkında uzman bir bilirkişiden rapor alınması gerektiğine dair bkz. Yargıtay 9.HD. E.2021/2698 K.2021/6694 T.23.3.2021; Yargıtay 9. HD. E.2021/2699 K.2021/6695 T.23.3.2021; Yargıtay 9.HD. E.2021/2703 K.2021/6702 T.23.3.2021. Gürcistan hukuku hakkında uzman bir bilirkişiden rapor alınması gerektiğine dair bkz. Yargıtay 9.HD. E.2021/4810 K.2021/9191 T.18.5.2021; Yargıtay 9.HD. E.2021/4812 K.2021/9193 T.18.5.2021; Yargıtay 9.HD. E.2021/4811 K.2021/9192 T.18.5.2021. Kararlar için bkz. www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 15.10.2021.

<sup>54</sup> Yargıtay 3.HD. E.2018/7547 K.2019/6014 T.1.7.2019. Benzer yönde bkz. Yargıtay 3.HD. E.2018/3217 K.2018/10980 T. 5.11.2018: “...mahkemece dava konusu vasiyetnamenin Alman Kanunlarına uygunluğu yönünden yeterli inceleme ve araştırma yapılmamıştır...” *vasiyetname ile ilgili Almanya Yasalarının gerekirse bilirkişi aracılığı ile incelenmesi yapılarak hüküm tesisi gerekirken...*. Kararlar için bkz. www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 15.10.2021



bir ifadeyle, söz konusu hükümde yer alan “hukuk alanı” ifadesiyle aslında “Türk hukukunun” anlaşılması gerektiğini, hukuk öğrenimi görmüş olan kişilerin özel ve teknik bilgi gerektiren bir hal olan yabancı hukuk hakkında uzmanlığa sahip olmaları halinde bilirkişi olarak görevlendirilebileceğini söylemek yanlış olmayacaktır. Bu açıklamalar ışığında, uyuşmazlığa yabancı hukuku uygulaması gerektiğini tespit eden Türk mahkemelerinin, yabancı hukukun uyuşmazlığa ilişkin maddi muhtevası hakkında bilgi edinmek için, kendilerine sunulan diğer vasıtaların yanı sıra yabancı hukuk hakkında uzman hukukçulara bilirkişi olarak başvurabilecektir. Diğer taraftan, yabancı hukuk hakkında bilgi edinmek amacıyla bilirkişiye başvurulabileceği kabul edilmekle birlikte, bu konuda bilirkişiye başvurmak isteyen bir mahkemenin bu noktada nasıl hareket etmesi gerektiğine dair Yargıtay’ın birtakım tespitleri bulunmaktadır. Aşağıda bu tespitlerden hareketle yabancı hukuk hakkında bilgi edinmek amacıyla bilirkişiye başvurulabilmesinin ve bilirkişinin yapacağı incelemenin sınırlarını ayrıntılı olarak ele alacağız.

### III. YABANCI HUKUK HAKKINDA BİLGİ EDİNİLMESİ AMACIYLA BİLİRKİŞİYE BAŞVURULMASINDA VE BİLİRKİŞİ İNCELEMESİNDE DİKKAT EDİLMESİ GEREKEN HUSUSLAR

#### A. Genel Olarak

Türk hukukunda Yargıtay içtihatlarıyla yabancı hukukun içeriği hakkında bilgi edinilmesi faaliyeti özel ve teknik bilgi gerektiren bir hal olarak kabul edilmiştir. Bu kapsamda yabancı hukuku kanun maddelerinden içtihatlarına kadar, bir bütün olarak tespit ve temin etmek durumunda olan Türk mahkemeleri, bu amaçla ilgili yabancı hukuk hakkında uzman hukukçu bilirkişilere başvurabilecektir. Yabancı hukuk hakkında bilgi edinilmesi faaliyeti, yukarıda da belirttiğimiz üzere, özel bilgi gerektiren bir hal olarak yabancı hukuka dair olsa da hukuki bir konuya ilişkindir. Bu yönüyle tazminat hesaplanması, kusur tespiti veya ticari defter incelenmesi gibi bilirkişi incelemesine başvurulabilecek konulardan ayrılmaktadır. Yargıtay da kimi içtihatlarında yabancı hukuk hakkında bilgi edinmek amacıyla mahkemelerce uzman hukukçulara bilirkişi olarak başvurulabileceğini kabul etmekle birlikte, bunların bilirkişi olarak atanmasında ve bu kişilerce hazırlanacak raporlarda uyulması gereken birtakım kriterlere yer vermiştir. Yargıtay HGK, 26.3.2019 tarihli kararında mahkemece bilirkişi olarak atanacak hukukçunun ilgili yabancı hukuk alanında uzman olması ve yabancı dil bilgisinin varlığı gibi -Kanunlarda bilirkişilik yapmak için aranan nitelikler dışında<sup>55</sup>- birtakım koşullar aramaktadır. Yine, bilirkişinin gerekli olması halinde görevlendirilmesi gerektiğini öngören Yargıtay, bilirkişi incelemesinin (raporunun) Türk mevzuatına ilişkin ve MÖHUK m.2(1)

<sup>55</sup> Bilirkişiliğe kabul şartları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Atalay (n 11) 1930-1936.

hükmüne aykırı olmaması ve hukuki nitelendirme içermeyen nitelikte olması gerektiğini belirtmiştir<sup>56</sup>.

Bu içtihatlarla Yargıtay, yabancı hukukun içeriği hakkında bilgi edinilmesi amacıyla bilirkişiye başvurulmasının ve bilirkişilerin yetkisinin sınırlarını çizen tespit ve değerlendirmelerde bulunmuştur. Bununla birlikte, Yargıtay'ın söz konusu tespitleri, yabancı hukukun somut olaya ilişkin maddi hukuk kurallarının temin edilmesi ve anlaşılması konusunda bilirkişilerin rolü konusunda belirsizlik içerdiği gibi yanlış anlaşılmaya da müsaittir. Acaba, mahkemece kendisine bu konuda soru yöneltilemeyecek olan hukukçu bilirkişi, dosyadaki bilgilerden uyuşmazlığın yabancılık unsuru içermediğini veya yabancılık unsuru ihtiva etmekle birlikte ilgili kanunlar ihtilafı kuralı uyarınca uyuşmazlığa Türk hukukunun uygulanması gerektiğini tespit etmişse ne olacaktır? Bilirkişi raporunun/incelemesinin Türk mevzuatına ilişkin olmaması şartıyla MÖHUK m.2(1) hükmüne aykırı olmaması arasındaki fark nedir? Yabancı hukuk hakkında bilgi ihtiva eden raporun hukuki nitelendirme içermeyecek nitelikte olmasıyla ne kastedilmektedir? Raporun hukuki değerlendirme içermeyecek nitelikte olması aranmakla birlikte, yabancı hukukun somut uyuşmazlığa ilişkin kurallarında yer alan –ve Türk hukukundan farklı anlamlar ihtiva edebilecek- bir kavram veya kurumun ne şekilde anlaşılması gerektiği konusunda bilirkişi herhangi değerlendirmede bulun(a)mayacak mıdır? Acaba bilirkişinin görevi sadece yabancı hukukun somut uyuşmazlığa ilişkin mevzuatını tespit ve tercüme etmekten mi ibarettir? Görüldüğü üzere, Yargıtay'ın söz konusu tespitleri, beraberinde yabancı hukuk hakkında kendisine başvurulmak istenen hukukçunun bu konuda ne tür niteliklere sahip olması gerektiği, yabancı hukuk hakkında rapor hazırlarken nasıl hareket etmesi gerektiği gibi soruları beraberinde getirmektedir. Yargıtay'ın tespit etmiş olduğu söz konusu kriterlerden hareketle yabancı hukukun içeriği hakkında bilgi edinilmesi amacıyla bilirkişiye başvurulmasının ve bilirkişilerin yetkisinin sınırlarını inceleyeceğiz.

## **B. Yabancı Hukuk Hakkında Bilgi Edinilmek Amacıyla Kendisine Başvurulan Bilirkişide Olması Gereken Nitelikler**

Türk mahkemelerinin uygulanacak hukuk olarak tespit ettiği yabancı hukukun uyuşmazlığa ilişkin maddi hukuk kurallarının temin edilmesi amacıyla bilirkişi sıfatıyla uzman hukukçulara başvurabileceği geçmişten beri kabul edilmekteydi. Hatta Yargıtay, günümüze kadar yabancı hukukun yeterince araştırılmaksızın doğrudan Türk hukukun uygulayan yerel mahkemelerce verilen kararları bozduğu pek çok bozma kararında bu hususta üniversitelerin milletlerarası özel hukuk veya mukayeseli hukuk alanında uzman

<sup>56</sup> Yargıtay HGK. E.2017/367 K.2019/350 T.26.3.2019, www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 15.10.2021



akademisyenlere başvurulabileceğini vurgulaya gelmiştir<sup>57</sup>. Yargıtay, özellikle HMK'nın yürürlüğe girdiği tarihten sonraki kararlarında uygulanacak hukuk olarak tespit edilen yabancı hukukun içeriğinin temin edilmesi konusunda “*hukuku uygulanacak devletin mevzuatını ve dilini bilen*” ve “*uyuşmazlığın kaynaklandığı hukuk alanında yetkin*” hukukçu bilirkişilere başvurulması gerektiğini ifade etmektedir. Özellikle ödeme yeri ve imza yerinin yabancı ülke olduğu yabancı dilde düzenlenmiş bir senede dayanan icra takiplerine ilişkin bir dizi davada Yargıtay bu hususu açıkça vurgulamaktadır. Buna göre, takibe dayanak belgedeki kayıtların incelenmesi amacıyla kendisine başvurulacak bilirkişinin “*imza edildiği ülke ile ödeme yerinin bulunduğu ülkenin hukuk mevzuatını ve dilini bilen Üniversitelerin Ticaret Hukuku kürsüsünden özellikle kambiyo hukuku alanında yetkin*” olması gerekmektedir<sup>58</sup>. Söz konusu kararlar incelendiğinde, ilgili hukukçu bilirkişinin sadece Almanca veya İngilizce gibi belirli bir dili bilmesi yeterli görülmemiş, aynı zamanda uygulanacak hukuk olarak tespit edilen ödeme yeri ve imza yeri ülkesinin hukukunu inceleyebilecek yeterlilikte olması gerekir.

Yargıtay'ın hukukçu bilirkişinin yabancı dil bilgisine atıfta bulunmamakla beraber, uyuşmazlığın kaynaklandığı hukuk alanındaki yetkinliğine işaret ettiği içtihatları bununla sınırlı değildir. Yabancı unsurlu iş sözleşmelerinden doğan ve uygulanacak hukuk olarak Rusya, Ukrayna, Arnavutluk, Gürcistan, Umman gibi devletlerin hukukunun tespit edildiği bir dizi davada da Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, yukarıda zikrettiğimiz her bir devletin hukukunda uzman bir bilirkişiden rapor alınması gerektiğini vurgulamıştır<sup>59</sup>. Yine, vasiyetnamenin şeklen geçerli olup olmadığının tartışıldığı yabancı unsurlu bir davada, vasiyetnamenin yapıldığı ülke (Alman) hukukunda öngörülen şekle uygun yapılıp yapılmadığı konusunda uzman bilirkişiden rapor alınması gerektiğine Yargıtay 3. Hukuk Dairesinin bir kararında değinilmiştir<sup>60</sup>. Belirtmek gerekir

<sup>57</sup> Yabancı hukukun teminiyle ilgili olarak devletler hususi hukuku alanında uzman akademisyenlerden bilirkişi raporu alınabileceğine dair bkz. Yargıtay 12.HD, E.2005/22462, K.2005/24968, T.14.12.2005; Yargıtay 12.HD, E.2009/23883, K.2010/5503, T.9.3.2010, www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 10.12.2021. İstanbul Üniversitesi Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Münasebetler Araştırma ve Uygulama Merkezi ile İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırma ve Uygulama Merkezinden yabancı hukuk hakkında görüş alınması gerektiğini belirten kararı için bkz. Yargıtay 11.HD E.1997/5344, K.1997/5910, T.16.9.1997, www.kazanci.com.tr., Erişim Tarihi: 15.10.2015).

<sup>58</sup> Bkz. Yargıtay HGK. E.2017/367 K.2019/350 T.26.3.2019; Yargıtay 12.HD. E.2009/23883 K.2010/5503 T.9.3.2010; Yargıtay 12.HD. E.2011/179 K. 2011/15737 T. 12.07.2011; Yargıtay 12.HD. E.2012/16550 K.2012/23020 T.28.6.2012; Yargıtay 12.HD. E.2013/16430 K.2013/25383 T.4.7.2013; Yargıtay 12.HD. E.2018/1805 K.2019/10137 T.13.6.2019, www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 15.10.2021.

<sup>59</sup> Söz konusu kararlar için bkz. II, s.307 dn.53.

<sup>60</sup> Yargıtay 3.HD., E.2018/7547 K.2019/6014 T.1.7.2019, www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 15.10.2021.

ki, bu kararlarda sadece yabancı hukuk hakkında “uzman bir bilirkişiden” rapor alınmasından bahsedilmiş, Yargıtay HGK’nın tespitinden farklı olarak, bilirkişinin uyuşmazlığın kaynaklandığı hukuk alanına ilişkin olarak yabancı hukuku inceleyebilecek yetkinlikte olmasından da bahsedilmemiştir. Ayrıca, bu kararlarda ne bu bilirkişinin hukukçu olmasına ne de hakkında rapor hazırlanacak olan yabancı hukukun ait olduğu ülkenin dilini bilmesine değinilmemiştir.

Yargıtay’ın çeşitli dairelerince ve HGK tarafından özel hukukun çeşitli alanlarına ilişkin içtihatları, yabancı hukuk hakkında bilgi edinmek üzere kendisine başvurulmuş bilirkişinin sahip olması gereken niteliklere ilişkin çeşitli veriler sunmaktadır. Her ne kadar bazı kararlarda bu hususa açıkça değinilmese de, özellikle Yargıtay HGK kararıyla ortaya konduğu üzere, bilirkişinin hukuku uygulanacak yabancı devletin dilini bilmesi gerekmektedir. Diğer yandan, söz konusu kararlarda bilirkişinin hukuku uygulanacak yabancı devletin dilini ne derecede bilmesi gerektiğine veya yabancı dil bilgisi seviyesine dair herhangi bir atıf yapılmamıştır. Dolayısıyla, bilirkişinin hukuku uygulanacak devletin diline vakıf olup olmadığının veya ne derecede vakıf olduğunun ne şekilde tespit edileceği belirsizdir. Bunun ispatı/tespiti amacıyla bilirkişinin yabancı dil bilgisini ve seviyesini tespit eden yabancı veya Türk kamu veya özel eğitim kurumlarından alınan belgelerin yeterli olacağı söylenebilir.

Bilirkişinin hukuku uygulanacak devletin dilini bilmesinin yanı sıra, hukuku uygulanacak devletin somut uyuşmazlıkla ilgili özel hukuk alanında yetkinliğe sahip olması da gerekmektedir. Bu noktada, Yargıtay HGK’nın 23.6.2019 tarihli kararındaki “..ülkenin hukuk mevzuatını..bilen” ifadesinden yola çıkılarak, bilirkişinin hukuku uygulanacak yabancı devletin mevzuatının tamamına vakıf olması gerektiği şeklinde bir düşünce akla gelebilir. Ancak bilirkişiden yabancı bir devletin hukuk mevzuatının tümünü bilmesinin beklenemeyeceği bir gerçektir. Zaten, Yargıtay HGK’nın söz konusu kararında yer alan “Üniversitelerin Ticaret Hukuku kürsüsünden özellikle kambiyo hukuku alanında yetkin” ifadesiyle bu hususa dolaylı olarak açıklık getirmiştir. Muhtemeldir ki bu maksatla Yargıtay, kimi kararlardan farklı olarak, söz konusu içtihatlarında üniversitelerdeki ticaret ve kambiyo hukuku alanında çalışmakta olan hukukçu akademisyenlerin bu alanda uzmanlığa/ yetkinliğe sahip olacağı varsayımından hareket etmiş ve içtihatlarında yerel mahkemeleri “özellikle üniversiteden Ticaret ve Kambiyo Hukuku dalında bir hukukçu bilirkişi”ye yönlendirmiştir. Bu bakımdan, Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin çeşitli kararlarında iş sözleşmesinden doğan davalarda uygulanacak hukuk olarak tespit ettiği ve hakkında bilirkişiden rapor istenen Rus, Ukrayna, Arnavutluk vs. hukuku ifadesini aslında söz konusu devletlerin iş hukuku (mevzuatı) olarak anlamak gerekir. Bu açıklamalar ışığında, yabancı hukukun uygulanması gereken herhangi bir somut bir uyuşmazlıkta, bilirkişinin sadece



hukuku uygulanacak devletin somut uyuşmazlıkla ilgili hukuk alanını bilmesi, hatta o hukuk alanının alt dallarında yetkinliğe sahip olması yeterli olacaktır.

Bu açıklamalarımızın bir diğer sonucu ise, mahkemelerin salt uyuşmazlığa yabancı hukukun uygulanacağı gerekçesiyle yabancı hukukun içeriğini temin etmek üzere milletlerarası özel hukuk veya mukayeseli hukuk alanında uzman akademisyenlere başvurmaması gerektiğidir. Zira bu alanlardaki herhangi bir akademisyenin, tüm hukuk sistemlerinin maddi hukuk kuralları konusunda bilgiye/uzmanlığa sahip olmaları beklenemeyeceği gibi böyle bir zorunluluğu da yoktur. Bu alanlardaki akademisyenlerin, hukuku uygulanacak devletin uyuşmazlıkla ilgili hukuk kurallarına yönelik bir çalışması veya uzmanlığını belgeleyen başka bir bilgi olmadıkça, yabancı hukukun maddi muhtevasıyla ilgili uzmanlığa sahip olacağından kolaylıkla söz edilemeyecektir. Başka bir ifadeyle, hukuku uygulanacak devletin uyuşmazlıkla ilgili maddi hukuk kuralları hakkında uzmanlık seviyesinde bilgi sahibi olmadığı sürece, kural olarak milletlerarası özel hukuk ya da mukayeseli hukuk alanında faaliyet gösteren bir akademisyenin herhangi bir yabancı hukuk sisteminin maddi kurallarına yönelik yetkinliğinin bulunması beklenemeyecektir. Bu bakımdan, 2019 tarihli Yargıtay HGK kararından önceki içtihatlarda yabancı hukukun içeriğinin temini amacıyla milletlerarası özel hukuk veya mukayeseli hukuk alanında uzman akademisyenlere yapılan göndermenin 2019 tarihli HGK kararı karşısında yerinde olmadığını söyleyebiliriz. Bu sebeple, mahkemelerce bu alanlara mensup bir akademisyenin bilirkişi olarak atanmasından önce söz konusu akademisyenin hukuku uygulanacak devletin uyuşmazlıkla ilgili hukuk alanında belirli bir uzmanlığa sahip olup olmadığına dair araştırma yapılması, yabancı hukukun maddi muhtevasına ulaşma yollarından biri olan bilirkişilik kurumunun daha etkin ve yararlı olmasını sağlayacaktır.

Şüphesiz, hukuk öğrenimi görmüş bir kişinin uyuşmazlığın kaynaklandığı belirli bir hukuk dalına ilişkin olarak yabancı hukukun söz konusu spesifik hukuk dalı hakkında belirli bir uzmanlığa veya tecrübeye sahip olması gerektiği bir gerçektir. Ancak bu noktada, yabancı unsurlu bir özel hukuk uyuşmazlığında yabancı hukukun uygulanacağını tespit eden bir mahkemenin, herhangi bir hukukçuya, hatta üniversitelerin hukuk fakültelerindeki herhangi bir akademisyene değil, hukuku uygulanacak yabancı devletin uyuşmazlıkla ilgili olan hukuk alanında belirli bir yeterliliğe/yetkinliğe sahip hukukçulara bilirkişi olarak başvurması gerektiğini belirtmeliyiz<sup>61</sup>. Gerçekten, yabancı hukuk hakkında bilirkişi sıfatıyla bilgisine başvurulacak kişilerin başında, uygulamada da söz konusu olduğu üzere, özel hukukun çeşitli alt dallarında akademik çalışmalar yapmış hukukçular gelmektedir. Bunların büyük kısmını oluşturan üniversitelerin hukuk fakültelerinde çalışmakta olan akademisyenler,

<sup>61</sup> Benze yönde bkz.: Deryal (n 11) 136.



özel hukukun çeşitli alanlarında, hatta alt dallarında akademik çalışmalar yapmakta, bu amaçla mukayeseli hukuka da başvurmaktadır. Mesela, evlilik mal rejimleri ya da mirasçılıktan ıskat konusunda bir çalışma kaleme alan bir medeni hukukçu, bu amaçla mukayeseli hukuk çalışması da yapmakta, Alman, İsviçre veya İngiliz hukukunda mevcut durumu ve mahkeme tatbikatını da çalışmalarına yansıtabilmektedir. Dolayısıyla, evlilik mal rejimlerinin tasfiyesine ilişkin bir uyuşmazlıkta İsviçre hukukunun uygulanacağını tespit eden bir Türk mahkemesinin İsviçre maddi hukuk kurallarının temini ve anlaşılması için bu alanda uzmanlığa sahip bir hukukçuya başvurması gerekli ve yerinde olacaktır<sup>62</sup>. Aksi takdirde, yabancı hukuka ulaşma vasıtası olarak bilirkişilik kurumundan beklenen fayda bir yana, gereksiz zaman ve masraf kaybı olabileceği gibi yabancı hukuk kurallarının yanlış tespiti ve uygulanması söz konusu olacaktır.

Buraya kadarki açıklamalarımız ışığında, yabancı hukuk hakkında bilgi edinmek amacıyla kendisine başvurulacak bilirkişinin hukuku uygulanacak yabancı devletin dilini bilme ve hukuku uygulanacak devletin somut uyuşmazlıkla ilgili mevzuatını inceleyebilecek yeterliliğe sahip olması gerektiğini, bu iki koşuldan neyin anlaşılması gerektiğini tespit etmiş bulunmaktayız. Diğer yandan, bu tür uyuşmazlıkları karara bağlayan yerel mahkemelerin, söz konusu şartları taşıyan hukukçu bilirkişilere nasıl ulaşabileceği, dahası bu şartları taşıyıp taşımadıklarının nasıl tespit edileceği de ayrı bir meseledir. Zira hukuk alanında uzman kişilerin bilirkişi olarak görevlendirilmesi yukarıdaki içtihatlarla istinaden mümkün olmakla birlikte, bilirkişi listesinde hukuki konularda uzmanlık alanları söz konusu olmadığı için, yabancı hukuk hakkında bilgisine başvurulacak hukukçunun mahkeme tarafından görevlendirilmesi gerekecektir. Bu durumda mahkeme, yabancı hukukun uyuşmazlıkla ilgili kısmı hakkında bilgi edinmek için hukukçu bilirkişiye nasıl ulaşacaktır? Bu konuda üniversitelerin hukuk fakültelerine mi başvurması gerekecektir? Hukukçu bilirkişinin, listede kaydı bulunmamakla birlikte, dava esnasında çıkagelip kendisinin yabancı hukuk(un ilgili alanı) hakkında yetkinliğe sahip olduğunu beyan etmesi mi gerekecektir? Hukuk alanı dışında uzmanlığa sahip olan ancak bilirkişi listesinde kaydı bulunmayan kişiler bakımından da geçerli olan böyle bir durumda<sup>63</sup>, hukukçu bilirkişinin kendisinin yabancı hukukun uyuşmazlıkla ilgili alanında uzmanlığa sahip olduğunu ispat etmek amacıyla belge sunmasını beklemenin de aklen muhal olduğu ileri sürülebilir. Bu konudaki eksiklik muhtemelen mahkemelerce önceki bilgi ve tecrübelerle giderilebilecek veya dolambaçlı yollara başvurulabilecek olmakla birlikte, söz konusu hukukçu bilirkişinin yabancı dil bilgisine sahip olup olmadığını nasıl tespit edecek veya yabancı hukukun uyuşmazlıkla ilgili alanı hakkında

<sup>62</sup> Bu konuda farklı bir örnek için bkz. Deryal (n 11) 141.

<sup>63</sup> Bu konuda bkz. Atalı (n 8) 3278.



uzmanlığa sahip olduğu nasıl belgelenecektir? Zira somut bir uyuşmazlıkta Arnavutluk, Gürcistan, Umman gibi devletlere ait maddi hukuk kurallarının uygulanması gereken hallerde hukuku uygulanacak yabancı devletin dilini bilen ve/veya uyuşmazlıkla ilgili hukuk alanına ilişkin mevzuatına vâkıf bir hukukçu bulmak, Alman, İsviçre veya İngiltere gibi devletlerinkine nazaran kolay, hatta mümkün olmayacaktır. Hukuku uygulanacak devletin dilini bilebilecek bir hukukçuya ulaşmanın mümkün olmadığı bu gibi hallerde, mahkemelerin sadece bilirkişiye başvurmamaları veya bilirkişiye başvurmakta ısrar etmemeleri, bu kapsamda yabancı hukukun temini için diğer vasıtalara başvurmaları gerekmektedir.

Yabancı hukuk hakkında bilgi edinmek üzere yukarıdaki vasıflara sahip bir hukukçu bilirkişinin tespiti mümkün olmayabileceği gibi kimi hallerde yukarıdaki vasıflara sahip bir bilirkişiye başvurmak da çözüm olmayabilir. Zira kimi Yargıtay kararlarına yansıdığı üzere, mahkemece yabancı hukuk hakkında bilgi edinmek üzere kendisine başvurulana bilirkişinin hazırlamış olduğu raporda bilirkişinin uzmanlığı konusunda tereddüde yol açan ifadelerle rastlanabilir<sup>64</sup>. Nasıl ki özel ve teknik bilgi gerektiren bir konuda hazırlanan bilirkişi raporundan tatmin olmayan bir mahkeme bu raporu kararında esas almayabilirse, benzer şekilde yabancı hukuk hakkında sağlıklı ve tatmin edici nitelikte olmayan bir raporu da esas almayabilecektir. Haliyle, bu tür hallerde bilirkişilik müessesesinden uyuşmazlığın çözümü noktasında kendisinden beklenen faydanın elde edilmesi mümkün olmadığı gibi, gereksiz yere zaman ve masraf harcanmış olacaktır. Bu sebeple, yabancı hukuk hakkında bilgi edinilmesi gerektiğinde mahkemelerin kendilerine sunulan vasıtalardan sadece biriyle yetinmemeleri, birden fazla vasıtaya başvurmaları gerektiği öğretide<sup>65</sup> ve dolaylı olarak Yargıtay tarafından<sup>66</sup> belirtilmektedir. Dolayısıyla, bu tür hallerde

<sup>64</sup> Mesela, Yargıtay 14. Hukuk Dairesinin E.2016/13302 K.2017/5712 sayılı ve 5.7.2017 tarihli kararında, Almanya’da düzenlenen mirasçılıktan çıkarmaya ilişkin belgenin iptaline ilişkin davada Alman hukuku hakkında bilgi edinmek için başvurulana milletlerarası özel hukuk alanında uzman bilirkişinin raporundan bu alana ilişkin uzmanlığının anlaşılamadığı, raporun yürürlükten kalkan kanunlara istinat ettiği gerekçesiyle bu rapora dayanılarak verilen yerel mahkeme kararı bozulmuştur. Karar için bkz. [www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), Erişim Tarihi: 10.12.2021.

<sup>65</sup> Giray (n 3) 567-569; İlyas Arslan, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Milletlerarası Özel Hukuka Etkisi* (Adalet 2019) 127-128.

<sup>66</sup> Yargıtay, E.2010/5330 K.2011/3103 sayılı ve 26.5.2011 tarihli kararında yerel mahkemenin öncelikle taraflara davanın çözümü için millî hukuklarında bulunan konuya ilişkin tercüme edilmiş maddelerle bilgi ve belgeleri mahkemeye sunmaları için süre ve imkân sunması gerektiğini belirtmiştir. Ardından, gerekirse yerel mahkemenin Yabancı Hukuk Hakkında Bilgi Edinilmesine Dair Avrupa Sözleşmesi hükümlerinden, bundan ayrı olarak Adalet Bakanlığı, Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğünden Alman MK’da yer alan yasal mal rejimiyle ilgili tüm kanun maddeleriyle bilgi ve belgelerin mahkemeye gönderilmesinin isteyebileceğini belirtmiştir. Karar için bkz. [www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), Erişim Tarihi: 10.12.2021.

mahkemelerin bilirkişilik kurumuyla yetinmeyerek, aynı zamanda tarafların yardımına, Adalet Bakanlığı veya diğer vasıtalardan birine başvurmaları yerinde olacaktır.

### C. Bilirkişi İncelemesinin/Raporunun Sınırları

#### 1. Bilirkişi Raporunun Türk mevzuatına İlişkin Olmaması ve Bu Şartın MÖHUK m.2(1)'e Aykırı Olmama Şartı ile İlişkisi

Yabancı hukukun uygulanması gereken hallerde yabancı hukukun uyumsuzluğa ilişkin maddi hukuk kurallarının tespiti ve temini amacıyla kendisine başvurulmuş bilirkişinin hazırlayacağı raporun, dolayısıyla bilirkişinin raporu hazırlarken dikkat etmesi gereken hususların başında bilirkişi raporunun “Türk mevzuatına ilişkin olmaması ve MÖHUK m.2(1) hükmüne aykırı olmaması” gerekir. Aksi takdirde mahkemelerce Türk mevzuatının bir parçasını teşkil eden kuralların, haliyle Türk mevzuatının bir parçasını teşkil eden MÖHUK m.2(1)'in ne şekilde yorumlanması ve/veya uygulanması gerektiğine dair açıklamalar ihtiva eden bir rapora istinat edilmesi halinde söz konusu karar hukuki konularda bilirkişiliği yasaklayan düzenlemelere aykırı olacaktır. Bu itibarla, bilirkişi raporunun Türk mevzuatına ilişkin olmaması için, öncelikle mahkemelerin yabancı hukuk hakkında bilgi edinmek üzere başvurdukları bilirkişiye Türk mevzuatına, dolayısıyla MÖHUK m.2(1)'nin tatbikine yönelik soru yönelmemeleri gerekmektedir. Başka bir deyişle, mahkemelerin Türk mevzuatına ilişkin konularda ve/veya MÖHUK m.2(1)'nin tatbikine yönelik konularda bilirkişilere başvurmamaları gerekmektedir<sup>67</sup>.

Yargıtay HGK, söz konusu içtihadında bilirkişi raporunun hem Türk mevzuatına ilişkin olmamasını hem de MÖHUK m.2(1)'e aykırı olmamasını aramaktadır. Türk mahkemelerine “Türk kanunlar ihtilafı kurallarını ve bu kurallara göre yetkili yabancı hukuku re’sen uygulama” görevi yükleyen MÖHUK m.2(1)'in de Türk mevzuatının bir parçası olduğu göz önüne alındığında, MÖHUK m.2(1)'e aykırı olmama şartıyla ne kastedilmiş olabilir? Zira MÖHUK m.2(1)'e aykırı bir şekilde hazırlanan bir bilirkişi raporu hem Türk mevzuatına ilişkin hem de Türk mevzuatına aykırı olacaktır. Dolayısıyla, bunun için öncelikle bilirkişi raporunun Türk mevzuatına ilişkin olmamasıyla neyin kastedildiğini ortaya koymak, aşağıda ayrı başlık altında inceleyeceğimiz bilirkişi raporunun MÖHUK m.2(1)'e aykırı olmaması şartının anlaşılmasını da kolaylaştıracaktır.

Türk mevzuatına ilişkin olmama şartıyla aslında mahkemelerin bir delil değerlendirme vasıtası olarak bilirkişi incelemesinden yararlanmak suretiyle, Türk hukukuna ilişkin kuralları araştırıp tespit etme, bu kurallara istinaden

<sup>67</sup> Mevzuatın uygulanmasının hakimlik mesleğinin gerektirdiği hususlardan olduğuna dair bkz.: Yılmaz (n 11) 1191.



somut uyuşmazlıkla ilgili delillere istinaden hukuki değerlendirmede bulunma, böylece hüküm tesis etme görevini bilirkişiler vasıtasıyla yerine getirmelerini engellemek amaçlanmıştır. Gerçekten, bu koşula yer verilmesinin temelinde bilirkişiye Türk hukukuna, yani hukuki konularda bilirkişiye başvurulmasının yasaklanmış olması, Türk mevzuatına ilişkin somut uyuşmazlıkla ilgili kuralları araştırıp bulmak ve uygulamak mahkemelere hasredilmiş bir görev olması yatmaktadır<sup>68</sup>. Bu itibarla, uyuşmazlığa kanunlar ihtilafı kurallarına göre Türk hukukunun uygulanacağını tespit edildiği hallerde dahi Türk mevzuatının bir parçasını teşkil eden kuralların araştırılması ve yorumlanması ve somut olaya uygulanmasına ilişkin bilirkişi raporu, bilirkişiye başvurma yasağıyla bağdaşmayacaktır. Hatta yabancı hukukun uygulanması gereken hallerde yabancı hukuk hakkında bilgi edinmek üzere kendisine başvuru alan bilirkişiye “yabancı hukukun uyuşmazlıkla ilgili hükümlerine ulaşamaması ihtimaline binaen Türk hukukunun uyuşmazlıkla ilgili hükümlerinin araştırıp bulunmasına veya yorumlanmasına ya da uygulanmasına ilişkin sorular yöneltilmesi” de doğru olmayacaktır.

Yabancılık unsuru içermeyen, dolayısıyla Türk hukuk kurallarının uygulanması gereken davalarda var olan bu husus, yabancı unsurlu davalar bakımından da aynen geçerlidir. Bu bakımdan, prensip olarak Türk mahkemeleri MÖHUK m.2(1) uyarınca kendilerine verilen “*Türk kanunlar ihtilafı kurallarını uygulama*”, bu kapsamda yabancılık unsurunun var olup olmadığını, varsa hangi kanunlar ihtilafı kuralının uygulanacağını tespit etme işini, bu hususlar Türk mevzuatına ilişkin olduğu için, bilirkişilere havale edemeyecektir. Bunun doğal sonucu olarak, MÖHUK veya sair kanunlardaki kanunlar ihtilafı kurallarından hangisinin uygulanacağını tespiti ve bu kuralın uygulanması da, bu kurallar Türk mevzuatından olduğu için bilirkişilere havale edilemeyecektir. İlgili kanunlar ihtilafı kuralı uyarınca uygulanacak hukuk olarak ister Türk hukukunu isterse yabancı bir devletin hukukunu tespit etsin, uyuşmazlıkla ilgili Türk veya yabancı maddi hukuk kurallarını araştırıp bulmak, yorumlamak ve olaya uygulamak prensip olarak Türk mahkemelerinin görevidir ve kaynağını Türk mevzuatından alan bu görev bilirkişilere devredilemeyecektir. Bilirkişiler, sadece yabancı hukuka ait maddi hukuk kurallarını araştırılmasında mahkemeye yardımcı olmakla görevli olup, mahkeme bilirkişi raporunda yer alan yabancı hukuka ait bilgilerden tatmin olmaması halinde raporu esas almayabilecektir.

<sup>68</sup> AYM, E.2017/20 K.2018/75 5.7.2018, para.41 (RG: 30.11.2018-30611; AYM B.No.2015/10393, 9.1.2019, para.74 (RG: 31.1.2019-30672); “...hukuk kurallarını resen araştırarak bulmak, yorumlamak ve olaya uygulamak zaten hâkimin işidir. Nitekim hukuki sorunları hâkimin mesleki bilgi ve deneyimleriyle çözmesi gerektiğinden bu sorunların en yetkin kişisi hâkim olup...”.

Bu açıklamalar ışığında, Türk mevzuatının bir parçası olan MÖHUK m.2(1) hükmünün ve bu hükme istinaden kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanması, aslında Türk mevzuatının uygulanmasıdır ve dolayısıyla Türk mevzuatına ilişkindir. Dolayısıyla, yabancı unsurlu özel hukuk davalarında Türk mahkemelerinin MÖHUK m.2(1)'in ve bununla bağlantılı olarak ilgili kanunlar ihtilafı kuralının tatbikine yönelik sorular yöneltmek üzere bir bilirkişi görevlendirmesi mümkün olmadığı gibi, bilirkişinin raporunda doğrudan veya dolaylı olarak buna ilişkin soruları cevaplaması da hukuki konularda bilirkişiye başvurma yasağına aykırı olacaktır.

## 2. Bilirkişi Raporunun MÖHUK m.2(1)'e Aykırı Olmaması

MÖHUK m.2(1) hükmü ve bu hükme istinaden ilgili kanunlar ihtilafı kuralının uygulanması Türk mevzuatına ilişkin olduğunu tespit ettiğimize göre, MÖHUK m.2(1) hükmünün ve dolayısıyla bu hükme istinaden ilgili kanunlar ihtilafı kuralının uygulanmasına ilişkin konularda hazırlanan bilirkişi raporları da MÖHUK m.2(1) hükmüne aykırı olacaktır. Zira yukarıda zikretmiş olduğumuz MÖHUK m.2(1)'in ve bununla bağlantılı kuralların uygulanmasına ilişkin pek çok hukuki meselenin çözümü mahkemelere ait olup, bunların bilirkişiye havale edilmesi MÖHUK m.2(1)'e aykırı olacaktır. Bu sebeple, MÖHUK m.2(1)'e aykırı olmama şartının kapsamına hangi hususların girdiğinin ayrıntılı olarak ele alınması yararlı olacaktır.

İlk olarak, bilindiği üzere MÖHUK m.2(1)'de mahkemelere Türk kanunlar ihtilafı kurallarını uygulama görevi verilmiştir. Bu kapsamda Türk kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanması için bir önkoşul olan yabancılık unsurunun var olup olmadığı, Türk usul hukukuna da hâkim olan ilkeler ışığında mahkemelerce tespit edilecektir<sup>69</sup>. MÖHUK hükümlerinin uygulanmasını, dolayısıyla yabancı hukukun uygulanmasını dahi etkileyen ve çoğunlukla bir maddi vakıya dayanan yabancılık unsurunun<sup>70</sup> tespit edilmemesi, MÖHUK m.2(1)'in ihlali anlamına gelecektir<sup>71</sup>.

Uyuşmazlığın yabancılık unsuru ihtiva ettiğinin tespitinden sonra ise, uygulanacak kanunlar ihtilafı kuralının tespiti gerekmektedir. Bu kapsamda mahkeme vasıflandırma yapmak, başka bir deyişle hukuki nitelendirmede bulunmak suretiyle uyuşmazlığın özel hukukun hangi alanına ilişkin olduğunu, böylece hangi kanunlar ihtilafı kuralının kapsamına girdiğini tespit edecektir. Kimi hallerde ise, Türk hukukunda uyuşmazlığın kaynaklandığı

<sup>69</sup> Mesut Aygün, 'Yabancılık Unsurunun Mahiyeti ve Yargılamadaki Rolü', DEÜHFD Prof. Dr. Hakan PEKCANİTEZ'e Armağan, Özel Sayı (2014)16 1025, 1050ff.

<sup>70</sup> Yabancılık unsurunun niteliği hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Aygün (n 69) 1045-1048.

<sup>71</sup> Uygulamada yabancılık unsurunun yerel mahkemelerce tespit edilememesi nedeniyle verilen mahkeme kararlarının sıkça bozma kararına maruz kaldığı görülmektedir. Yabancılık unsurunun göz ardı edilmesi nedeniyle yerel mahkeme kararların bozulduğu özel hukukun çeşitli alanlarına ilişkin Yargıtay kararların özetleri için bkz.: Aygün (n 69) 1041-1046.



özel hukuk alanında bu tür yabancı unsurlu özel hukuk uyuşmazlıklarına doğrudan uygulanmak üzere kurallar tanzim edilmiş olabilir. Bu kurallar, maddi milletlerarası özel hukuk kuralı<sup>72</sup> niteliğinde olabileceği gibi doğrudan uygulanan kural<sup>73</sup> niteliğinde de olabilir. Bu halde ilgili kanunlar ihtilafı kuralı ve bu kural uyarınca yetkili kılınan hukukun uygulanmasından evvel bu kuralların somut uyuşmazlığa tatbiki gerekecektir<sup>74</sup>. Gerek uygulanacak kanunlar ihtilafı kuralının tespiti gerekse uyuşmazlıkla ilgili maddi milletlerarası özel hukuk kurallarının var olup olmadığının tespiti de mahkemeye ait olup, bu konuda yanlışlık veya eksiklik verilen kararın bozulmasına neden olacaktır. Bu sebeple, Türk hukukuna ait bir kuralın veya uygulanacak hukuk olarak tespit edilen devletin hukukunda var olan bir kuralın maddi milletlerarası özel hukuk kuralı veya doğrudan uygulanan kural niteliğinde olup olmadığına yönelik sorular bilirkişiye yöneltilemeyecektir.

Uygulanacak kanunlar ihtilafı kuralının hangisi olduğunu tespit eden mahkeme, bu kapsamda ilgili kanunlar ihtilafı kuralında yer alan ve uygulanacak hukuka ulaşmamızı sağlayan bağlama noktalarını da tespit etmek durumundadır. Örneğin, MÖHUK m.19 uyarınca “*nafaka talepleri, nafaka alacaklısının mutad meskeni hukukuna tâbidir*” hükmü uyarınca, yabancı unsurlu bir nafaka alacağına ilişkin davanın nafaka alacaklısının mutad meskeni hukukuna göre karara bağlanması için, nafaka alacaklısının mutad meskeninin tespiti gerekecektir. Bu hükümde kullanılan mutad mesken veya vatandaşlık, ika yeri gibi yabancı hukukun tatbikini sağlayan bağlama noktaları birer maddi vakiadır. Usul hukukumuzda, maddi vakıaların resen araştırma ilkesinin cari olduğu davalarda mahkemece resen araştırılması gerektiği kabul edilmektedir. Bunun dışında kalan hallerde ise, mahkemelerin vakıaları resen araştırmayacağı, hatta bu vakıalar konusunda taraflara hatırlatmada bulunması dahi mümkün olmadığı, yabancı hukukun uygulanmasını temin eden maddi vakıaların taraflarca ispat edilmesi gerektiği kabul edilmektedir<sup>75</sup>. Diğer yandan, ister resen araştırma ilkesinin isterse taraflarca getirilme ilkesinin cari olduğu davalarda olsun, uygulanacak hukukun tespitinde kullanılan ve

<sup>72</sup> Maddi milletlerarası özel hukuk kuralları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe (n 2) 6ff.

<sup>73</sup> Doğrudan uygulanan kurallar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe (n 2) 8ff; Hatice Özdemir Kocasakal, *Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri* (Galatasaray Üniversitesi Yayınları 2001) 8.

<sup>74</sup> Burada özellikle Türk hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının tatbikini öngören MÖHUK m.6’nın ve ilgili kanunlar ihtilafı kuralı uyarınca yetkili kılınan yabancı hukukun doğrudan uygulanan kurallarının veya uyuşmazlığın bir sözleşmeden kaynaklanması halinde sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarının uygulama alanı bulabileceğini öngören MÖHUK m.31 hükümlerinin de mahkemelere uygulanması gerekmektedir.

<sup>75</sup> Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe (n 2) 72.



yabancı hukukun uygulanmasını temin eden bir bağlama noktasının (maddi vakianın) varlığı/gerçekleşmiş olduğu konusunda nihai kararı da verecek olan mahkemedir. Örneğimizden hareket edecek olursak, nafaka alacaklısının mutad meskeninin hangi ülkede olduğunu mahkeme tespit edecektir. Bu noktada ilgili kanunlar ihtilafı kuralına istinaden uygulanacak hukuka ulaşmayı sağlayan bu tür maddi vakıaların var olup olmadığının tespiti amacıyla bilirkişiye başvurulması veya bilirkişinin raporunda buna ilişkin değerlendirmelerde bulunması, bilirkişi raporunun hem Türk mevzuatına ilişkin olmaması hem de MÖHUK m.2(1) olmaması şartlarıyla bağdaşmayacaktır.

Bilirkişi raporunun MÖHUK m.2(1)'e aykırı olmaması, sadece bu hallerle sınırlı değildir. Uyuşmazlıkla ilgili Türk kanunlar ihtilafı kuralını ve bu kural uyarınca uygulanacak hukuku tespit etmek durumunda olan bir Türk mahkemesinin, aynı zamanda Türk kanunlar ihtilafı hukukunun genel prensiplerini oluşturan birtakım kural ve müesseselere de riayet etmesi gerekir. Aile ve şahsın hukukuna ilişkin davalarda ilgili kanunlar ihtilafı kuralı uyarınca yetkili kılınan yabancı hukukun kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanmasını öngören MÖHUK m.2(3), yetkili kılınan yabancı hukukun birden fazla bölgesel birime ait olması halinde hangi bölgesel birimin hukukunun uygulanacağını öngören MÖHUK m.2(5) hükümleri buna örnek verilebilir. Keza, kanunlar ihtilafı kurallarının işleyişinde MÖHUK m.3 ve 4 gibi normatif düzenlemelere de riayet edilmesi gerekmektedir. Türk kanunlar ihtilafı kuralları uygulanırken dikkate alınması ve uygulanması gereken bu kurallar, uygulanma kabiliyetini mahkemelere “*Türk kanunlar ihtilafı kurallarını..re’sen*” uygulama yükümlülüğü getiren MÖHUK m.2(1)’den almaktadır. Dolayısıyla, yukarıda zikretmiş olduğumuz kuralların ne şekilde yorumlanması ve uygulanması gerektiğine yönelik bilirkişi raporları, aynı zamanda MÖHUK m.2(1)’e aykırı olacaktır.

MÖHUK m.2(1) uyarınca Türk kanunlar ihtilafı kurallarını resen uygulayan ve uyuşmazlığa yabancı bir hukukun uygulanması gerektiği sonucuna varan Türk mahkemesi, işte bu aşamada yabancı hukukun somut uyuşmazlıkla ilgili maddi hukuk kurallarını temin etmek üzere bilirkişiye başvurabilir. Şüphesiz, bu noktada mahkeme tarafların yardımına başvurabilir, ancak tarafların mahkemeye yabancı hukukun içeriğini temin etme konusunda yardım mükellefiyeti bulunmamaktadır<sup>76</sup>. Bu görev, halen mahkemenin üzerinde olup, tarafların yardımını öngören MÖHUK m.2(1) c.2’ye rağmen devam etmektedir<sup>77</sup>. Bu amaçla mahkeme bilirkişilik kurumu dışında, yabancı hukuk

<sup>76</sup> Şanlı, Esen ve Ataman-Fıganmeşe (n 2) 75-76; Yöney (n 2) 103.

<sup>77</sup> Nitekim Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin E.2018/3313 K.2020/2354 T.4.3.2020 tarihli gemi üzerinde konulan ihtiyati haczin haksız olduğuna dair açılan ve uygulanacak hukukun Suriye hukuku olduğu bir tazminat davasına ilişkin kararında bu husus dolaylı olarak vurgulanmıştır. Söz konusu kararda yerel mahkeme, 1968 tarihli Yabancı Hukuk Hakkında



hakkında bilgi edinmek üzere diğer vasıtalarla da başvurabilme imkânına sahiptir. Bu noktada belirtmeliyiz ki, aslolan mahkemelerin uygulanacak hukuk olarak tespit ettikleri yabancı hukukun uyuşmazlıkla ilgili hükümlerini doğru ve özellikle menşe ülkedeki anlam ve kapsamıyla temin etmesi ve uygulamasıdır<sup>78</sup>. Aksi takdirde yabancı hukukun tatbiki anlamsız olur ve Kanun Koyucunun kanunlar ihtilafı kurallarıyla hedeflediği milletlerarası özel hukuk hakkaniyetinden uzaklaşmış olunur. Bu sebeple, sadece tek bir vasıtayla yetinilmemeli, yabancı hukukun uyuşmazlıkla ilgili doğru ve tatminkâr metinlerine ve yorumlarına ulaşılması gerektiği belirtilmektedir<sup>79</sup>. Yine belirtmeliyiz ki, kimi hallerde yabancı hukukun uyuşmazlıkla ilgili kurallarının doğru ve menşe ülkedeki anlamıyla ve kapsamıyla temin edilip anlaşılması için sadece bu kuralların Türkçe tercümeleriyle yetinilmesi yeterli olmayabilir. İşte bu tür hallerde, yabancı hukukun uyuşmazlıkla ilgili alanında uzmanlığa sahip hukukçulardan yararlanılması, daha tatminkâr sonuçlara ulaşılmasını sağlayacaktır.

MÖHUK m.2(1) hükmü, aynı zamanda Türk mahkemelerine “*yetkili yabancı hukuku re’sen uygulama*” yükümlülüğü de getirmektedir<sup>80</sup>. Yukarıda da değindiğimiz üzere, yabancı hukuku araştırıp bulmak, yorumlamak ve olaya uygulamak Türk mahkemelerinin görevidir. Bu konuda bilirkişilerin rolü sadece yabancı hukuka ait maddi hukuk kurallarını araştırılmasında mahkemeye yardımcı olmakla sınırlıdır ve yabancı hukuka ilişkin bilgiler ihtiva eden rapordan tatmin olmayan mahkeme, söz konusu raporu kararında esas almayabilecektir. Bu kapsamda Türk mahkemeleri, bilirkişi raporuyla veya başka vasıtalarla edinmiş olduğu yabancı hukukun uyuşmazlıkla ilgili

---

Bilgi Edinilmesine Dair Avrupa Sözleşmesinin uygulanmasının mümkün olmadığı, taraflarca uygulanacak yabancı hukuk olan Suriye hukuku hakkında mahkemeye bilgi vermesi gerektiği, fakat yapılan ihtaratlı tebligata rağmen tarafların Suriye Hukuku’ na ilişkin bilgi vermediği gerekçesiyle Türk hukukunu uygulamıştır. Yargıtay ise, “uygulanacak hukukun tespitinde taraflarca hazırlama ilkesinin benimsenmiş olması ve ihtaratlı tebligat sonrasında Suriye hukukuna ilişkin taraflarca bilgi verilmemesi neticesinde Türk hukukunun uygulanmasının doğru olmadığını belirtmiş, ardından “*yabancı hukukun muhteviyatının tespiti konusunda gerekli olduğunda ...veya ilgili kamu kurum ve kuruluşlarından araştırma yapılmaksızın Türk hukukunun uygulanması*”nın isabetli olmadığına hükmetmiştir. Karar için bkz. [www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), 20.12.2021.

<sup>78</sup> Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe (n 2) 69-70; Ekşi (n 4) 27.

<sup>79</sup> Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe (n 2) 79.

<sup>80</sup> Şüphesiz, bu yükümlülüğün yerine getirilebilmesi için yetkili kılınan yabancı hukukun somut olaya ilişkin hükümlerini temin edebilmek için kendilerine tanınan vasıtaların bir veya birkaçına başvurmak suretiyle gerekli araştırmayı yapmaları da gerekmektedir. Bu konuda gerekli ve yeterli çabayı göstermeksizin, salt yabancı hukuka ulaşamadıkları gerekçesiyle dava Türk hukukunu uygulamak, MÖHUK m.2(1)’in ihlali niteliğinde olacağı gibi, aynı zamanda “yabancı hukukun tüm araştırmalara rağmen bulunamaması halinde Türk hukukunun uygulanmasını öngörülen MÖHUK m.2(2)’nin de yanlış uygulanması anlamına gelecektir. Bir önceki dipnotta değindiğimiz karar, aynı zamanda bu hususa da işaret etmektedir.

kurallarını, hukuku uygulanan devletin mahkemesiymiş gibi uygulamak ve mevcut deliller ışığında uyumsuzluğu karara bağlamak durumundadır<sup>81</sup>. Nasıl ki yerel karakterli davalar bakımından mevcut Türk maddi hukuk kurallarına göre hüküm tesis etme yetkisi Türk mahkemelerine aitse, yabancı hukukun tatbiki gereken hallerde de hüküm tesis etme yetkisi mahkemelere aittir (AY m.138). Dolayısıyla, mahkemeler MÖHUK'ta öngörülen haller dışında, yabancı hukuk kurallarını uygulamaktan kaçınmayacağı gibi, yabancı hukuk hakkında bilgi edinmek amacıyla kendisine başvuru bilirkişinin hazırlamış olduğu raporda yabancı hukukun uygulanmaması gerektiğine dair tespit ve değerlendirmeleri de MÖHUK m.2(1)'e aykırı olacaktır. Örneğin, bilirkişinin raporunda yabancı hukukun getirmiş olduğu düzenlemelerin Türk hukukunun emredici kurallarıyla bağdaşmadığı ya da kamu düzenine aykırı olduğu şeklinde tespitleri, Türk mevzuatına ilişkin olmamakla beraber Türk mevzuatının bir parçası olan MÖHUK m.2(1)'e aykırı, hatta aşağıda inceleyeceğimiz üzere, bilirkişinin raporunun hukuki değerlendirme içermemesi şartıyla da bağdaşmıyor olacaktır.

### 3. Bilirkişi Raporunun Hukuki Değerlendirme İçermemesi

Yabancı hukuk hakkında bilgi edinilmek üzere istenen “*bilirkişi raporunun hukuki değerlendirme içermemesi*” gerekir. Yukarıda anlatmış olduğumuz pek çok hususla bağlantılı olan bu koşulun aranmasının temelinde de yargılama yapma ve hüküm tesis etme yetkisinin Türk mahkemelerine ait olması yatmaktadır (AY m.138). İster yerel karakterli isterse yabancı unsurlu olsun, taraflar arasındaki uyumsuzluk bakımından somut olaya ilişkin maddi hukuk kurallarına istinaden hangi tarafın haklı veya haksız olduğuna mevcut delilleri değerlendirmek suretiyle karar verecek olan mahkemelerdir. Aksi takdirde, şekil olarak hükmü kuran hâkim olsa da gerçekte hükmü bilirkişi vermiş olur ki bu da yargı yetkisinin devri anlamına gelir<sup>82</sup>. Bu sebeple Yargıtay HGK, 23.6.2019 tarihli kararında “*takip dayanağı belgenin kambiyo senedi vasfında olup olmadığı, takip alacaklısının takip hakkının bulunup bulunmadığı, söz konusu belge çek niteliğinde ise borçlunun sorumluluğunun bulunup bulunmadığı*”na yönelik hukukçu bilirkişiden rapor alınması gerektiğini belirten Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin kararını bu konuların çözümü hukuk alanında ve mahkemenin yargı yetkisinde olması nedeniyle -kısmen- bozmuştur. Diğer yandan, bilirkişiden çözümü hâkimin yargı yetkisinde olan konularda hukuki değerlendirmede bulunamayacağını öngören bu karara rağmen, halen aksi yönde kararlara rastlanmaktadır<sup>83</sup>.

<sup>81</sup> Şanlı, Esen ve Ataman-Fıganmeşe (n 2) 70; Nomer,

<sup>82</sup> AYM B.No: 2015/10393, 9.1.2019, para.74; AYM, B.No: 2014/18103, 26.10.2017 para.46 (RG: 8.12.2017-30264).

<sup>83</sup> Yargıtay 12.HD. E.2018/1805 K.2019/10137 T.13.6.2019: “..anılan hukuk kurallarına göre takip dayanağı belgenin kambiyo senedi vasfında olup olmadığının, takip alacaklısının takip hakkının bulunup bulunmadığının, söz konusu belge bono niteliğinde ise borçlunun sorumluluğunun bulunup bulunmadığının tespiti yönünde rapor aldırılarak..” www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 15.10.2021.



Gerçekten, MÖHUK m.2(1) uyarınca bilirkişi vasıtası (veya başka bir vasıtayla) elde ettiği yabancı maddi hukuk kurallarını uygulamak, bu kapsamda taraflar arasındaki uyuşmazlık hakkında hukuki nitelendirmede bulunmak, söz konusu kurallara istinaden taraflarca sunulan veya resen temin ettiği delilleri dikkate alıp bunları değerlendirmek mahkemelere aittir. Burada, *“bilirkişi raporunun hukuki değerlendirme içermemesi”* şartı, dolaylı olarak söz konusu raporun MÖHUK m.2(1)’e aykırı olmaması şartıyla da bağlantıya sahiptir. MÖHUK m.2(1) uyarınca Türk kanunlar ihtilafı kurallarını uygulama, bu kurallar uyarınca uygulanacak (yabancı) hukuku tespit, yabancı hukuku(n maddi içeriğini) temin ve somut uyuşmazlığa tatbik görevinin mahkemelere ait olduğunu, bunlardan sadece yabancı hukukun içeriği hakkında bilgi edinmek amacıyla bilirkişiye başvurulmasının mümkün olduğunu belirtmiştik. Dolayısıyla, yabancı hukukun içeriği hakkında bilgi edinmek dışında kalan hallerden ilki olan Türk kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanmasına yönelik ihtilaflar bakımından bilirkişiye başvurmak MÖHUK m.2(1)’e aykırı olduğu gibi, bu konuda bilirkişinin yorum ve değerlendirmesine başvurmak da bilirkişi raporunun hukuki değerlendirme içermemesi şartına aykırı olacaktır. Örneğin, uyuşmazlığın yabancılık unsuru içerip içermediği, uyuşmazlıkla ilgili uygulanması gereken maddi milletlerarası özel hukuk kuralının var olup olmadığı, hangi kanunlar ihtilafı kuralının uygulanacağı, ilgili kanunlar ihtilafı kuralında yer alan ve uygulanacak hukuka ulaşmamızı sağlayan bağlama noktasının (maddi vakıanın) tespiti, ilgili kanunlar ihtilafı kuralının uygulanırken dikkate alınması gereken kuralların tatbikiyle ilgili meseleler mahkemece çözümü gereken hukuki meselelerdir. Bu meseleler hakkında bilirkişinin görüşüne başvurmak, doğal olarak bilirkişiden mahkemece çözümü gereken konularda değerlendirmede bulunmasını istemek anlamına gelecektir.

İkinci olarak, yetkili kılınan yabancı hukukun uygulanmasına ilişkin meseleler hakkında da bilirkişinin görüşüne başvurmak, bilirkişi raporunun hukuki değerlendirme içermemesi şartına aykırı olarak nitelendirilebilir. Yukarıda da belirttiğimiz üzere, yabancı hukukun tatbiki gereken hallerde de yabancı hukuk kurallarını somut uyuşmazlığa uygulayarak karar verecek olan mahkemelerdir. Yetkili yabancı hukukun somut olaya ilişkin hükümlerini uyuşmazlığa uygulamak durumunda olan mahkeme, yabancı hukuk hakkında bilgi edinmek üzere başvurduğu bilirkişiden yabancı hukukun uygulanmasının gerekip gerekmediğine veya ne şekilde uygulanması gerektiğine dair yorum ve değerlendirmede bulunmasını isteyemez. Bu kapsamda, bilirkişi raporu, tazminat hesaplanması veya kusur oranının tespiti gibi amaçlarla da olsa, yabancı maddi hukuk kurallarına istinaden olaydaki verilere göre hangi tarafın iddialarının yerinde olduğuna dair değerlendirmeler ihtiva edemez. Yine, yabancı hukuk kurallarının aynı konuya ilişkin Türk hukukundaki emredici kurallarla bağdaşıp bağdaşmadığına ilişkin değerlendirmelerde bulunulması,

bir kuralın doğrudan uygulanan kural niteliğinde olup olmadığına, dolayısıyla bu kuralın yabancı hukukun somut hükümlerinin uygulanmasını engelleyici nitelikte olup olmadığına dair değerlendirmeler de bu şartın kapsamına girmektedir. Keza, raporda yabancı hukukun ilgili hükümlerinin uygulanması halinde ortaya çıkacak sonuçların Türk kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil edip etmeyeceğine, dolayısıyla yabancı hukukun uygulanma(ma)sına yönelik tespit ve değerlendirmeler de söz konusu şartla bağdaşmayacaktır. Dolayısıyla, yabancı hukukun maddi hukuk kurallarının uygulanmasıyla ilgili bu tür hallerde mahkemelerin bilirkişilere başvurması yerinde olmayacağı gibi, bilirkişilerden yabancı hukuku hakkında bilgi edinmek isterken onların bu konulara ilişkin görüşlerini yansıtacak şekilde sorular yöneltilmesi de doğru olmayacaktır.

Buraya kadarki ifadelerimizden yabancı hukukun uygulanması gereken hallerde yabancı hukuk hakkında bilgi edinilmek üzere bilirkişinin sadece *“yabancı hukukun uyumsuzlukla ilgili maddi hukuk kurallarını tespit ve temin etmek amacıyla görevlendirilebileceği, bilirkişi raporunun da sadece buna yönelik olması gerektiği”* sonucu ortaya çıkmaktadır. Diğer yandan, bilirkişinin hukuku uygulanacak devletin dilini bilme ve hukuku uygulanacak devletin uyumsuzlukla ilgili hukuk alanında yetkin olması şartları da dikkate alındığında, söz konusu hukukçu bilirkişiden sadece yabancı hukukun uyumsuzlukla ilgili hükümlerini, yargı kararlarını ve/veya doktriner görüşleri vs. Türkçeye tercüme etmesi istendiği anlaşılmaktadır. Başka bir ifadeyle, Yargıtay’ın bu konudaki sınırlamaları nedeniyle hukukçu bilirkişinin yabancı hukuk hakkında bilgi edinme vasıtası olarak rolü, bir nevi tercümanlığa indirgenmiş gibi yorumlanmaya da müsaittir. Ancak, bilirkişinin bu konudaki rolü, yabancı bir dildeki belgenin Türkçeye tercümesini yapan bir tercümana indirgenecek şekilde yorumlanmamalıdır. Zira daha önce de belirttiğimiz üzere, yabancı hukuku ait olduğu ülkede hangi anlam ve kapsamda tatbik ediyorsa, Türk mahkemeleri de bu şekilde tatbik etmelidir<sup>84</sup>. Yabancı hukukun uyumsuzlukla ilgili kurallar ve/veya kurumlar ile bu kuralların veya kurumların amacı, bunların Türk hukukundaki karşılığını oluşturan düzenlemelerden tamamen farklı olabilir. Hatta Türk hukukundan oldukça farklı hükümler ihtiva edebilir, Türk hukukuna tamamen yabancı veya Türk hukukunda olmayan düzenlemeler veya kurumlar yabancı hukuk düzeninde var olabilir. Mesela, uygulanacak hukuk olarak tespit edilen Umman veya Arnavutluk hukukunun iş hukuku mevzuatı Türk hukukundan tamamen farklı olabilir. Yetkili yabancı hukukta uyumsuzluk konusu olan işçinin kıdem tazminatına ilişkin hükümler bulunmamakla birlikte kıdem tazminatına benzer veya işçinin maddi açıdan menfaatini gözeten farklı kurumlar bulunabilir.

<sup>84</sup> Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe (n 2) 69-70.



Bu tür hallerde bilirkişinin raporunda yabancı hukukun somut uyuşmazlığa ilişkin kurallarında yer alan Türk hukukundakinden farklı anlama ve amaca sahip olan veya Türk hukukunda hiç düzenlenmeyen bir kavramın veya müessesenin mahkemece anlaşılması amacıyla herhangi bir yoruma yer vermemesi, yabancı hukukun tam anlamıyla ve kapsamıyla anlaşılmasını ve uygulanmasını da etkileyebilir. Bu bakımdan, yabancı hukukun somut uyuşmazlığa ilişkin maddi kurallarının sadece ve birebir Türkçeye tercüme edilmesiyle yetinilmemelidir ki zaten aksi halde alelade bir tercümana da başvurulabilir. Dolayısıyla, yabancı hukuk hakkında bilgisine başvuru hukukçu bilirkişinin yabancı hukukun somut uyuşmazlığa ilişkin maddi hukuk kurallarının Türk mahkemelerince ne şekilde anlaşılması gerektiğini, bu kuralların yorumu ve tatbikinde nelere dikkat edilmesi gerektiğini ortaya koyan birtakım değerlendirmelere yer vermesi de gerekecektir. Böyle bir değerlendirme, teknik anlamda bir uyuşmazlığın hukuki tavsifinin yapılması ve mevcut vakıaların değerlendirilerek uyuşmazlığın yabancı hukuk kurallarına istinaden çözümlenmesi sonucuna yol açacak nitelikte olmamalıdır. Başka bir deyişle, söz konusu değerlendirme, sadece yabancı hukukun uyuşmazlığın ilişkin maddi hukuk kurallarının anlaşılmasına yönelik olmakla sınırlıdır. Bu nedenle yabancı hukuk hakkında bilirkişiden bilgi edinilmek istendiğinde bunun kapsamına sadece yabancı hukukun uyuşmazlıkla ilgili hükümlerinin tespiti ve tercümesi değil, yabancı hukukun içeriğinin anlaşılması da girmektedir<sup>85</sup>. Yabancı hukukun tespiti ve tercümesi yanında bu kuralların yabancı hukuk düzeninde ne anlama ve amaca sahip olduğu ya da ne şekilde uygulanması gerektiğine dair yorumların yer alması, bilirkişinin raporunda hukuki değerlendirme, daha doğrusu mahkemenin yerine geçerek somut uyuşmazlığın çözümüne yönelik değerlendirmede bulunduğu şeklinde anlaşılmalıdır.

## SONUÇ

Türk hukukunda çözümü hukuk dışında, özel ve teknik bilgi gerektiren hallerde mahkemelerin bilirkişiye başvurabileceği öngörülmüş, genel bilgi veya tecrübeyle ya da hâkimlik mesleğinin gerektirdiği hukukî bilgiyle çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişiye başvurulması yasaklanmıştır. MÖHUK m.2(1) uyarınca yabancı hukukun uygulanması gereken hallerde yabancı hukukun uyuşmazlıkla ilgili kurallarını araştırıp bulmak, yorumlamak ve uygulamakla da yükümlü kılınan Türk mahkemelerinin yabancı hukuku Türk hukukunu bildikleri gibi bilmeleri beklenemez. Türk mahkemelerinin yabancı hukuk hakkında bilgi edinmek amacıyla sıkça başvurduğu vasıtalarından biri olan hukukçu bilirkişilere başvurmaları da normatif olarak mümkün görünmemektedir. Bu itibarla, HMK'nın yürürlüğe girmesinden evvel özel ve teknik bilgi gerektiren hallerden biri olarak kabul edilen yabancı hukuk

<sup>85</sup> Bu yönde bkz.: Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe (n 2) 77 dn.129.



hakkında bilgi edinilmesinin, bilirkişiye başvurma yasağının kapsamına girip girmediği konusunda uygulamaya da yansıyan tereddütler ortaya çıkmıştır.

Türk mahkemelerinden yabancı hukuku bilmelerinin kendilerinden beklenemeyecek olması nedeniyle hukuki konularda bilirkişiye başvurma yasağının kapsamına yabancı hukukun girmediğinin kabul edilmesi gerekir. Yabancı hukuk hakkında başvurulacak hukukçu bilirkişi, bu amaçla hukuki bir konuda ancak özel bilgi gerektiren bir mesele hakkında bilgisini ortaya koymakta, mahkemeye ait bir görev üstlenmemekte, vâkıf olduğu alanda bilgisini aktarmaktadır. Ayrıca, yabancı hukuk hakkında bilgi edinilmesi “hukuki konulara ilişkin” olarak kabul edilse dahi, “hâkimlerin meslekleri gereği edinmeleri gereken genel ve hukuki bilgi” olarak nitelendirilemez. Nitekim bu anlayışın bir sonucu olarak söz konusu eksiklik, Yargıtay tarafından giderilmiş, yabancı hukuk özel ve teknik bilgi gerektiren konulardan biri olarak kabul edilmiştir. Özellikle Yargıtay HGK’nın 26.3.2019 tarihli kararıyla yabancı hukuk hakkında bilgi edinilmesi amacıyla bilirkişiye başvurulurken yerel mahkemelerin hangi hususlara dikkat etmesi gerektiği ortaya konmuştur.

Yabancı hukuk hakkında bilgi edinmek üzere başvurulacak hukukçu bilirkişinin, Kanunlarda bilirkişilik yapmak için aranan nitelikler dışında, hukuku uygulanacak devletin dilini bilmesi ve hukuku uygulanacak devletin somut uyuşmazlıkla ilgili hukuk alanında yetkinliğe/yeterliliğe sahip olması gerekmektedir. Hukukçu bilirkişinin yapacağı incelemenin/hazırlayacağı raporun, Türk mevzuatına ilişkin olmaması, MÖHUK m.2(1)’e aykırı olmaması ve hukuki değerlendirme içermemesi de gerekmektedir. Bilirkişi incelemesinin/ raporunun sınırlarını çizen bu şartlar, aynı zamanda Türk mahkemelerine Türk hukukuna ilişkin kuralların, keza Türk mevzuatının bir parçasını teşkil eden MÖHUK hükümlerinin araştırılıp bulunması, yorumlanması veya uygulanmasına yönelik bilirkişilere soru yöneltmemeleri gerektiğini de ortaya koymaktadır. Bilirkişi incelemesi, Türk kanunlar ihtilafı kurallarını uygulama yükümlülüğü getiren MÖHUK m.2(1)’e aykırı olmamalıdır. Bu sebeple, uygulanacak kanunlar ihtilafı kuralının araştırılıp bulunmasına, yorumlanmasına ve/veya uygulanmasına veya ilgili kuralın uygulanmasında dikkate alınacak genel kuralların ne şekilde yorumlanması veya uygulanması gerektiğine yönelik değerlendirmeler, hem Türk mevzuatının bir parçasını teşkil eden MÖHUK m.2(1)’e aykırı hem de hukuki değerlendirme ihtiva etmiş olacaktır. MÖHUK m.2(1) uyarınca yabancı hukuku araştırıp bulmak, yorumlamak ve olaya uygulamak Türk mahkemelerinin görevi olup, bilirkişilerin rolü sadece yabancı hukuka ait maddi hukuk kurallarını araştırılmasında mahkemeye yardımcı olmakla sınırlıdır. Dolayısıyla, yabancı hukukun uyuşmazlıkla ilgili kurallarını somut uyuşmazlığa uygulayıp mevcut delilleri değerlendirmek suretiyle uyuşmazlığın esasına ilişkin değerlendirmeler içeren bir rapor yukarıdaki şartlara aykırı olacaktır.



Bu tespitlerimiz ışığında bilirkişinin sadece yabancı hukukun uyuşmazlıkla ilgili maddi muhtevasını tespit ve temin etmek üzere görevlendirilebileceğini, bilirkişi raporunun da sadece buna yönelik olması gerektiğini söyleyebiliriz. Yargıtay'ın getirmiş olduğu sınırlamalar karşısında hukukçu bilirkişinin bu konudaki rolünün bir nevi tercümanlığa indirgendiği ileri sürülebilirse de, yabancı hukukun Türk mahkemelerince ait olduğu ülkedeki anlam ve kapsamıyla uygulanması gerektiğinden, bilirkişi incelemesinin kapsamına sadece yabancı hukukun ilgili kurallarının tespiti ve temini değil, yabancı hukukun içeriğinin anlaşılması da girmektedir. Zira yabancı hukuka ait kuralların sadece ve birebir Türkçeye tercümesiyle yetinilmesi, bu maksatla alelade bir tercümenin yapılması, çoğu zaman mahkemenin eksik ve yetersiz metinlere istinat etmelerine yol açmaktadır. Bu bakımdan, yabancı hukukun somut uyuşmazlığa ilişkin maddi hukuk kurallarının amacı, yorumu ve tatbikinde nelere dikkat edilmesi gerektiğini ortaya koyan birtakım değerlendirmelere yer vermesi de yararlı olacaktır. Böyle bir değerlendirme, sadece yabancı hukukun uyuşmazlığın ilişkin maddi hukuk kurallarının anlaşılmasına yönelik olmakla sınırlı olmalıdır.

## KAYNAKÇA

Arslan R, Yılmaz E, Taşpınar Ayvaz S ve Hanağası E, *Medenî Usul Hukuku*, (6.Baskı Yetkin 2020).

Arslan İ, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Milletlerarası Özel Hukuka Etkisi* (Adalet 2019).

Atalay O, *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku* C.2, (15.Bası On İki Levha 2017).

Atalı M, '6754 Sayılı Bilirkişilik Kanunu ve Hukuki Konularda Bilirkişilik', AÜHFD (2016) 64 (4) 3271-3282.

Atalı M, Ermenek İ ve Erdoğan E, *Medenî Usûl Hukuku*, (3.Bası Yetkin 2020).

Aybay R ve Dardağan E, *Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması (Kanunlar İhtilafı)* (2.Bası, Bilgi 2008).

Aygün M, 'Yabancılık Unsurunun Mahiyeti ve Yargılamadaki Rolü', DEÜHFD Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ'e Armağan, Özel Sayı (2014)16 1025-1066.

Bolayır N, *Medenî Usûl Hukuku'nda Hâkimin Hukuku Re'sen Uygulaması* (On İki Levha 2019).

Budak AC ve Karaaslan V, *Medenî Usul Hukuku* (4.Bası, Adalet 2020).

Cheshire, North and Fawcett, *Private International Law*, (15.Ed. Oxford 2017).

Crawford EB and Carruthers JM, 'United Kigndom' in (Eds) Carlos Espluges Mota, Jose Luis Iglesias and Guillermo Palao, *Application of Foreign Law* (Munich 2011) 391-408.

Çelikel A ve Erdem BB, *Milletlerarası Özel Hukuk* (17.Bası Beta 2021).

Deryal Y, *Türk Hukukunda Bilirkişilik*, (5.Baskı, Adalet 2015).

Doğan V, *Milletlerarası Özel Hukuk* (6.Bası Savaş 2020).

Ekşi N, 'Yabancı Hukukun Tespiti ve Uygulanması-Mukayeseli Bir İnceleme' UTDER (2014) 3 (1) 3-100.

Erdoğan E ve Üçüncü SH, 'Bilirkişilik Kurumu ve Bilirkişi Raporunun Delil Değerine İlişkin Bazı Sorunlar', Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi (2020) 10 (1) 354-387.

Erkan M, 'Türk Milletlerarası Özel Hukuk Sisteminde Yabancı Hukukun Tatbiki: Olan vs. Olması Gereken' in Bilgin Tiryakioğlu, Mesut Aygün, Ali Önal, Kübra Altıparmak ve Cansu Kaya (Eds) *Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Konular Sempozyumu*, (Yetkin 2016) 543-555.

Fulli-Lemaire S and Tamayo DR, 'France' in (Eds) Carlos Espluges Mota, Jose Luis Iglesias and Guillermo Palao, *Application of Foreign Law* (Munich 2011) 185-199.

Geeroms S, *Foreign Law in Civil Litigation-A Comparative and Functional Analysis* (Oxford University Press 2004).

Giray FK, 'Milletlerarası Özel Hukuk Hakkaniyetinin 5718 Sayılı MÖHUK Kapsamında Değerlendirilmesi', YÜHFD, Prof. Dr. Erhan Adal'a Armağan, (2011)8(2) – (2012)9(1) 555-577.

Görgün LŞ, Börü L, Toraman B ve Kodakoğlu M, *Medenî Usûl Hukuku*, (9.Baskı Yetkin 2020)

Güngör G, *Türk Milletlerarası Özel Hukuku* (Yetkin 2021).

Karlı A, *Medeni Muhakeme Hukuku*, (3.Bası Alternatif 2012).

Kocasakal HÖ, *Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri* (Galatasaray Üniversitesi Yayınları 2001)

Kuru B, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, C.3 (6.Bası Demir Demir 2001).

Nomer E, *Devletler Hususî Hukuku* (23.Bası, Beta 2021).

Lalani S, 'Establishing the Content of Foreign Law: A Comparative Study' Maastricht Journal (2013) 20 (1) 75-112.

Özçelik V, 'Yabancı Hukukun Uygulanmasında Taraf Roller' SDÜHFD (2020)10(1) 190-220.



Papakçı A, ‘Hukuki Bilirkişilik’ Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi-  
Hukuk Araştırmaları Dergisi (2016) 22 (1) 433-456.

Postacıoğlu İ ve Altay S, *Medenî Usûl Hukuku Dersleri*, (Vedat 2015).

Şanlı C, Esen E ve Ataman-Figanmeşe İ, *Milletlerarası Özel Hukuk* (9.Bası  
Beta 2021).

Tanrıver S, *Medenî Usûl Hukuku C.I*, (3.Baskı, Yetkin 2020).

Tekinalp G ve Uyanık A, *Milletlerarası Özel Hukuk-Bağlama Kuralları*  
(12.Bası Vedat 2016).

Umar B, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, (Yetkin 2014).

Üstündağ S, *Medeni Yargılama Hukuku* (7.Bası Beta 2000).

Yılmaz E, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, C.3, (4.Baskı Yetkin 2021).

Yöney C, *Yabancı Hukukun Uygulanması* (On İki Levha 2018).