

HAKEMLİ MAKALE

YABANCI HUKUKUN UYGULANMASINDA TARAF ROLLERİ*

Dr. Arş. Gör. Volkan ÖZCELİK**

ÖZET

Yabancılık unsuru taşıyan özel hukuka ilişkin işlem ve ilişkilerde kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca yabancı hukuk tatbik edilir. Yabancı hukukun tespiti ve uygulanması, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK) m. 2'de düzenlenmiştir. Bunun dışında ülkemizin de taraf olduğu Yabancı Hukuk Hakkında Bilgi Edinilmesine İlişkin Avrupa Sözleşmesi ile adli yardım anlaşmaları bulunmaktadır. Yabancı hukukun, hukuk sisteminde vakıa veya hukuk olarak nitelenmesine göre yabancı hukukun uygulanması farklılık arz eder. Kanun'a göre, hâkim Türk kanunlar ihtilafı kurallarını ve bu kurallara göre yetkili olan yabancı hukuku re'sen uygular. Hâkim yetkili yabancı hukukun muhtevasının tespitinde tarafların yardımını isteyebilir (MÖHUK m. 2). Çalışmamızda Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun, Hukuk Muhakemeleri Kanunu, milletlerarası anlaşmalar ve Yargıtay kararları çerçevesinde yabancı hukukun uygulanmasında taraf rolleri incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Yabancı Hukukun Tespiti, Yabancı Hukukun Uygulanması, Hâkimin Hukuku Re'sen Uygulaması, Taraf Rollerini.

* Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 09/03/2020
Kabul Edildiği Tarih: 03/06/2020

** Ondokuz Mayıs Üniversitesi A.F.B. Hukuk Fakültesi Medeni Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı volkan.ozcelik@omu.edu.tr; vozcelik.hukuk@gmail.com
ORCID ID: 0000- 0001-9999-900X.

PEER-REVIEWED ARTICLE

THE ROLES OF PARTY ON THE PROOF OF FOREIGN LAW

ABSTRACT

According to the rules of conflict of laws foreign law may be applied to the acts regarding private law containing foreign element. The ascertainment and application of foreign law is addressed in article 2 of Turkish International Law and Procedural Law Act. Further, the European Convention on Information on Foreign Law and the judicial cooperation treaties signed by Turkey also contain provision on this matter. The application of foreign law varies according to whether the foreign law is treated as a question of “fact” or “law”. The judge shall ex officio apply the rules of Turkish conflict of laws and foreign law, which is competent under these rules. The judge may request the assistance of the parties in order to determine the content of the foreign law. This article explains the identifications and application of foreign law and the roles of parties in this area pursuant to Turkish Code and the relevant international treaties as well as decisions of the Court of Cassation.

Key Words: Application of foreign law, proof of foreign law, ex officio proof of law the judge, the roles of party.

KISALTMALAR CETVELİ

AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Art.	: Artikel
C	: Cilt
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
IPRG	: Milletlerarası Özel Hukuk Hakkında Federal Kanun
m	: Madde
MHB	: Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni
MÖHUK	: Milletlerarası Özel Hukuk Ve Milletlerarası Usul Hukuku Hakkında Kanun
RG	: Resmi Gazete
S	: Sayı
s	: Sayfa
SÜHFD	: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
ZPO	: Zivilprozessordnung

I. YABANCI HUKUK KAVRAMI VE YABANCI HUKUKUN NİTELİĞİ

A. Yabancı Hukuk Kavramı

Devletler hukukuna göre devletin egemenliğinin iki görünümünü vardır: İç egemenlik ve dış egemenlik. Kamu otoritesinin devlet içinde nasıl örgütleneceği, nasıl etkin biçimde işleyeceği iç egemenlik kapsamında ele alınır. Pozitif egemenlik de denilen iç egemenlikte, devletin ülke sınırları içinde en üstün emretme gücüne sahip olması anlaşılır. Dış egemenlik ise devletin başkaca bir devlete bağımlı olmadığını, diğer devletlerle hukuken eşit konumda bulunduğunu ifade eder. Bu anlamda egemen bir devlet, gerek iç işlerinde gerekse uluslararası ilişkilerde dilediği gibi hareket edebilir¹.

Egemenlik hususunda ifade edilenler, her bir devletin hukuk kuralı koymak ve her bir vakıanın kendi ülkesinde ne gibi sonuçlar doğuracağını belirlemek hakkına sahip olduğu ortaya koymaktadır. Nitekim hukuk kuralı ihdas etmek, devletin iç egemenlik yetkisi kapsamındadır². Bir vakıanın hukukî sonuçlarını belirleyebilme hakkı, belirli bir vakıanın çeşitli ülkelerde farklı sonuçlara sahip olabilme olanağını yaratır. Ayrıca bu durum, bir devlet ülkesinde hukuk olan bir normun, diğer bir devlet ülkesinde de hukuk kuralı olarak kabul edilmesinin zorunlu olmadığını ortaya çıkarır³.

Bir normun, bir devlet ülkesinde hukuk normu olarak kabul edilerek tatbik edilmesi, bu normun millî bir hukuk kaynağı kaidesine göre “hukuk normu” olarak nitelendirilmesine bağlıdır. Dolayısıyla bir norm, millî hukuk kaynağı kuralına uymadığı zaman yabancı hukuk kuralı olarak nitelendirilir⁴. Bu anlamda hukukumuzda geçerli olan milletlerarası antlaşmalar yabancı hukuk niteliğinde değildir. Zira Anayasa'nın 90. maddesinin beşinci fıkrasına göre, usûlüne uygun şekilde yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir (AY m 90/5)⁵.

Yabancı hukuka anlam verilirken, hukuk yaratma gücünden de hareket edilmektedir. Bu ölçüt, aynı devlet içinde birden fazla yasama organı bulunduğu değer taşır. Federal hukuk sistemlerinde aynı devlet içinde tek bir ülke hukuk sistemi uygulanmaz. Bu nedenle her bir federe hukuk sistemi diğeri bakımından yabancı hukuk statüsündedir. Örneğin bir İngiliz mahkemesi için Kuzey İrlanda hukuku da yabancı hukuk statüsündedir⁶.

B. Yabancı Hukukun Niteliği

Yabancı hukukun davada tabi olacağı usûl, millî hukuk sistemi içinde yabancı hukukun niteliğinin ne olduğu ile yakından ilgilidir. “Hâkim hukuku re'sen uygular”

¹ KOÇAK, Mustafa, *Batı'da Ve Türkiye'de Egemenlik Anlayışının Değişimi Devlet ve Egemenlik (Eski Kavramlar-Yeni Anlamlar)*, Ankara 2006, s. 122 vd. Devletin egemenliği hususunda ayrıca bkz. DOEHRİNG, Karl, (Çeviren: Ahmet Mumcu), *Genel Devlet Kuramı (Genel Kamu Hukuku)*, 3. Baskı, Ankara 2015, s. 133 vd.

² KOÇAK, s. 124-125.

³ NOMER, Ergin, *Davada Yabancı Kanun*, İstanbul 1972, s. 7.

⁴ NOMER, *Yabancı Kanun*, s. 8; GİRAY, Faruk Kerem, “Milletlerarası Özel Hukuk Hakkaniyetinin 5718 Sayılı MÖHUK Kapsamında Değerlendirilmesi”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. VIII/2-IX/1, Özel Sayı: Prof. Dr. Erhan Adal'a Armağan, 2011, s. 557.

⁵ YAŞAR, Tuğçe Nimet, “Türk Mahkemelerinde Yabancı Hukukun Uygulanması”, *MHB*, C. 33, S. 2 s. 77-78; YÖNEY, Can, *Yabancı Hukukun Uygulanması*, İstanbul 2018, s. 44.

⁶ YÖNEY, s. 43.

kuralının yabancı hukuk bakımından geçerli olup olmayacağı, bu belirleme ile yakından ilgilidir⁷. Yabancı hukukun niteliği hususunda farklı görüşler ve bu görüşler gereğince anılan kural hakkında farklı uygulamalar bulunmaktadır. Mukayeseli hukuk sistemleri de dikkate alındığında yabancı hukuk temelde, millî hukuk sistemi için “vakıa” veya “hukuk” olarak nitelendirilmektedir⁸.

Yabancı hukuk vakıa olarak nitelendirildiğinde hukuk normu, onu ihdas eden devletin egemenlik alanından çıkması ile “hukuk” olmaktan çıkar. Hukukun re’sen uygulanmasında mahkeme için sadece millî hukuk “hukuk” niteliğinde olduğundan vakıa olarak nitelenen yabancı hukuk mahkeme için bağlayıcı olmaz. Nitekim taraflarca getirilme ilkesinin bir sonucu olarak, vakıa niteliğindeki yabancı hukuk normu taraflarca ileri sürülmeli ve ispatlanmalıdır⁹; yabancı hukuka ilişkin hâkimin re’sen araştırma yapma yetkisi yoktur¹⁰. Buna karşılık yabancı hukuk “hukuk” olarak nitelendirildiğinde, hukukun re’sen uygulanması kuralı bakımından yabancı hukukun millî hukuktan farkı bulunmaz. Hâkim yabancı hukuku re’sen tespit eder ve uygular. Tarafların yabancı hukukun içeriği hakkında anlaşma yapmaları hâkimi bağlamaz. Diğer taraftan, tarafların yabancı hukukun içeriğini ispat yükü söz konusu değildir. Ancak taraflar, yabancı hukukun uygulanması hususunda mahkemeden talepte bulunabilir veya yabancı hukukun içeriğinin tespitinde mahkemeye katkı sunabilir. Bu anlamda taraflar yabancı hukukun içeriğine dair bilgi ve belge sunabilirlerse de, bu bilgi ve belgeler mahkeme için bağlayıcı değildir¹¹. Yabancı hukukun uygulanması hususunda tarafların talepte bulunmaları veya yabancı hukukun içeriğinin tespitine katkı sunmaları mahkeme için bir yardım niteliğindedir¹².

Hukuk sistemimiz için yabancı hukuk, “hukuk” niteliğindedir¹³. Nitekim MÖHUK’da yer alan düzenleme bunu teyit eder niteliktedir. Buna göre, “*hâkim, Türk kanunlar ihtilâfi kurallarını ve bu kurallara göre yetkili olan yabancı hukuku re’sen uygular. Hâkim, yetkili yabancı hukukun muhtevasının tespitinde tarafların yardımını isteyebilir*” (MÖHUK m. 2/1)^{14, 15}.

⁷ YÖNEY, s. 7. Hâkim hukuku re’sen uygular ilkesinin, kanunlar ihtilafı kurallarına göre tespit edilen yabancı hukukun uygulanmasında kabul edilip edilmeyeceği tartışmalıdır. Bununla birlikte yabancı hukuku “hukuk” olarak ele alan sistemlerde, bu ilkenin yabancı hukuk kuralları bakımından uygulanmayacağı genellikle kabul edilmektedir. Hukukumuzda da anılan ilkenin yabancı hukuk kuralları bakımından uygulanamayacağı ifade edilmektedir. Bkz. ERKAN, Mustafa, “Türk Milletlerarası Özel Hukuk Sisteminde Yabancı Hukukun Tatbiki: Olan vs. Olması Gereken”, Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Konular Sempozyumu, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi 21-22 Nisan 2016 Eskişehir, Sempozyum Bildirileri ve Tartışmalar, Ankara 2016, s. 548; AKİL, Cenk, “Hâkimin Hukuku Kendiliğinden Uygulaması İlkesi”, AÜHFD, C. 57, S. 3, 2008, s. 18; YAŞAR, s. 85; YÖNEY, s. 82-83.

⁸ NOMER, Yabancı Kanun, s. 5; YAŞAR, s. 79; YÖNEY, s. 50. Bazı ülkelerde hukuk ve vakıa doktrininin doğrudan uygulanmayıp, her ikisinden de izler taşıyan karma yaklaşımlar benimsendiği hususunda bkz. YÖNEY, s. 62 vd.

⁹ YAŞAR, s. 79; YÖNEY, s. 56.

¹⁰ YÖNEY, s. 56.

¹¹ YÖNEY, s. 51-52.

¹² YAŞAR, s. 82.

¹³ Aksi yönde bkz. GÖGER, Erdoğan, Devletler Hususî Hukuku (Kanunlar İhtilafı), 4. Bası, Ankara 1977, s. 137.

¹⁴ ERKAN, s. 545-546. Uygulamada bu belirleme ile bağdaşmayan Yargıtay kararlarına rastlamak mümkündür. Örneğin İngiliz hukuku uygulanacağı tespit edilen bir olayda, mahkemeye Yabancı Hukuk Hakkında Bilgi Edinilmesine Dair Avrupa Sözleşmesi hükümlerinden istifade edilerek İngiliz hukuku hakkında yetkili makamlardan bilgi alınmıştır. Yetkili makamlardan gelen yazının

Hukuk literatürümüzde, İsviçre ve Alman hukuk sistemlerinin yabancı hukuku, “hukuk” olarak nitelendirdiği ifade edilmektedir¹⁶. Kanaatimizce, Alman ve İsviçre hukukundaki bazı düzenlemeler, bu hukuk sistemleri için yabancı hukukun tam anlamıyla “hukuk” olarak ele alınmasına engeldir. İsviçre hukukunda, uygulanacak yabancı hukukun içeriği re’sen tespit edilmelidir; ancak bu hususta tarafların katılımı istenebilir. Malvarlığına ilişkin hak taleplerinde taraflar yabancı hukukun içeriğini ispatla sorumlu tutulabilmektedir (Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) Art. 16 Abs. 1). İsviçre hukukundaki bu düzenleme ile malvarlığına ilişkin uyuşmazlıklarda yabancı hukukun içeriğinin belirlenmesi hususunda, “hâkim hukuku re’sen uygular” ilkesine istisna getirilmiştir¹⁷. Dolayısıyla yabancı hukukun niteliği bakımından yapılacak tasnifte, İsviçre hukuku saf olarak yabancı hukukun “hukuk” olarak ele alındığı kategoride ele alınamaz. Nitekim bu husus göz önünde tutularak İsviçre doktrininde, “malvarlığına ilişkin uyuşmazlıklarda yabancı hukukun mevcudiyeti ve içeriği taraflarca ispat edilmek zorunda olacağından, tarafların ileri sürdüğü hususların hukukî açıklamalar olarak değil, vakıa iddiaları olarak nitelendirilmesi gerektiği” ifade edilmektedir¹⁸. Alman Medenî Usûl Kanunu’nda da yabancı hukukun ispatın konusu olabileceği açıkça düzenlenmiştir. Buna göre, mahkemece bilinmeyen yabancı hukuk ispatını konusunu oluşturur. Mahkeme, yabancı hukukun içeriğinin araştırılmasını taraflarca temin edilen delillerle sınırlandıramaz. Bu noktada mahkeme, yabancı hukukun içeriğini tespit için başka bilgi kaynaklarına da başvurabilir (DZPO § 293). Alman literatüründe de bu durum, “hâkim hukuku re’sen uygular” ilkesine getirilen bir istisna olarak değerlendirilmiştir¹⁹.

Türkçeye tercüme edilmesi amacıyla gerekli masrafın “gider avansı” olarak yatırılması için tarafa kesin süre verilmiş; taraf kendisine verilen kesin süre içinde bu gideri yatırmadığı için dava usûlden reddedilmiştir. Yargıtay, yerel mahkemenin verdiği bu kararı isabetli bulmuştur. Bkz. 2. HD, 25.06.2014, E. 2014/2879, K. 2014/14489 (www.lexpera.com). Varılan neticeye bazı üyeler, kanaatimizce de haklı olarak, katılmamıştır. Zira mahkeme Türk kanunlar ihtilafı kurallarını ve bu kurallara göre yetkili yabancı hukuku re’sen uygulamak zorundadır (MÖHUK m. 2/1). Re’sen uygulama, uygulanacak hukukun tespitini kapsadığı gibi buna ilişkin düzenlemeleri temin etmeyi de kapsar. Dolayısıyla bu hukukun tercüme edilmesi için gerekli masrafın gider avansı veya delil avansı olarak değerlendirilmemesi gerekir. Bu giderlerin hukukun re’sen uygulanması kapsamında öncelikli olarak devlet tarafından karşılanması gerekir.

¹⁵ Hâkimin hukuku bilme mecburiyetini ifade eden “jura novit curia” kaidesinin bir faraziye olduğu ve yabancı hukukun tatbik edildiği olaylarda bu faraziyenin geçerli olmadığı hususunda bkz. NOMER, Ergin, Milletlerarası Usul Hukuku, Beta Yayınevi, İstanbul 2009, s. 128.

¹⁶ YAŞAR, s. 83; YÖNEY, s. 53-54.

¹⁷ GEHRİ, Myriam A., JENT-SØRENSEN, Ingrid, SARBACH, Martin (SCHMİDT, Roland), ZPO Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Auflage, Orel Füsli Verlag AG, Zürich 2015, s. 349; Sutter-Somm, Thomas, HASENBÖHLER Franz, LEUENBERGER, Christoph (HASENBÖHLER, Franz), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich 2016, s. 1125.

¹⁸ HAUSHERR, Heinz, WALTER, Hans Peter (BRÖNNİMANN, Jürgen), ZPO, Band I: Art. 1-149 ZPO; Band II: 150-352 ZPO und Art. 400-406 ZPO, Schweizerische Zivilprozessordnung, Berner Kommentar, Stämpfli Verlag AG, Bern 2012, s. 1652. Buna karşılık yabancı hukukun hukuk kuralı niteliğinde bulunduğu, bu nedenle de İsviçre Medenî Usûl Kanunu’nun 150. maddesine nazaran, Milletlerarası Özel Hukuk Hakkında Federal Kanun (IPRG)’nin 16. maddesinin daha yerinde olduğu belirtilmektedir. Bkz. BRUNNER, Alexander, GASSER, Dominik, SCHWANDER, Ivo (LEU, Christian), Schweizerische Zivilprozessordnung ZPO Kommentar, 2. Auflage, Dike Verlag, Zürich 2016, s. 1125.

¹⁹ ROSENBER, Leo SCHWAB, Karl Heinz, GOTTWALD, Peter, Zivilprozessrecht, 17. Auflage, Verlag C. H. Beck, München 2010, s. 623.

II. İSVİÇRE VE ALMAN HUKUKUNDA YABANCI HUKUKUN UYGULANMASINDA GENEL ANLAMDA TARAF ROLLERİ

A. İsviçre Hukuku

Medenî Usûl Kanunu'nun 57. maddesine göre mahkeme hukuku re'sen uygular (SchZPO Art. 57). Bu kanuna göre ispatın konusu, hukuken önem taşıyan ve çekişmeli vakialardır (SchZPO Art. 150 Abs. 1). Bununla birlikte tecrübe kuralları, örf-adet kuralları ve malvarlığına ilişkin hukukî uyuşmazlıklarda yabancı hukuk ispatın konusu olabilir (SchZPO Art. 150 Abs. 2). Milletlerarası Özel Hukuk Hakkında Federal Kanun'a göre, uygulanacak yabancı hukukun içeriği re'sen tespit edilmelidir. Bunun için tarafların katılımı istenebilir. Malvarlığına ilişkin hak taleplerinde taraflar ispatla sorumlu tutulabilir (IPRG Art. 16, Abs. 1). Yabancı hukukun içeriğinin tespit edilememesi halinde İsviçre Hukuku uygulanır (IPRG Art. 16, Abs. 2)²⁰.

Milletlerarası Özel Hukuk Hakkında Federal Kanun'a göre, yabancı hukukun içeriği mahkemece re'sen tespit edilmelidir (IPRG Art. 16, Abs. 1). Bununla birlikte malvarlığına ilişkin hukukî uyuşmazlıklarda yabancı hukukun ispatı taraflara yüklenebilir (IPRG Art. 16, Abs. 1). Anılan düzenleme hâkimin hukuku re'sen uygulaması kuralına bir istisna teşkil eder²¹. Bu durum sadece malvarlığına ilişkin hukukî uyuşmazlıklarda geçerlidir²². Malvarlığına ilişkin olmayan hukukî uyuşmazlıklarda ise uygulanacak yabancı hukukun içeriği mahkemece re'sen araştırılmalıdır. Ancak bu hususta taraflar mahkemeye yardım edebilir (IPRG Art. 16, Abs. 1, Satz. 1)²³.

Yabancı hukukun ispatı tarafa yüklendiğinde, yabancı hukukun içeriği ispatın konusunu oluşturur. Bu durumda ispat, ispat yargılamasının kurallarına ve şekline göre olmalıdır²⁴. İspat yükü altında olan taraf, yetkili yabancı hukukun kaynaklarından faydalanmalı ve yabancı hukukun içeriği hakkında bilgi temin etmelidir. Taraf ispat yükünü yerine getirirken göstereceği delil genellikle bir belge, tanık, bilirkişi şeklinde çoğu zamanda taraflardan birisinin yazılı veya sözlü beyanı biçiminde olur. Yabancı hukuku ispatla yüklü olmayan taraf ise karşı ispat hakkına sahiptir²⁵.

Malvarlığına ilişkin olmayan uyuşmazlıklarda mahkeme, yabancı hukukun içeriğinin tespitinde tarafların katılımını isteyebilir (IPRG Art. 16 Abs. 1 Satz 2). Bu durumda taraflar ispat yargılamasının kurallarına ve şekline göre yabancı hukukun içeriğine ilişkin delillerini sunmak durumundadır²⁶. Mahkemenin bu kararına rağmen, taraflar üzerine düşen yükümlülükleri yerine getirmese, yabancı hukukun içeriğini tespit için gerekli çaba mahkemece gösterilmelidir. Zira hukukun doğru uygulanması mahkemenin sorumluluğundadır. Bu doğrultuda mahkeme, uygulanacak yabancı

²⁰ Doktrinde bu düzenlemelerden IPRG Art. 16'nın daha isabetli olduğu ifade edilmektedir. Zira yabancı hukuk, niteliği itibarıyla hukuk kuralı olması ve buna karşılık vakıa olmaması nedeniyle tam anlamıyla ispatın konusunu oluşturmaz. Bkz. LEU, s. 1125.

²¹ SCHMİDT, s. 349; HASENBÖHLER, s. 1125.

²² LEU, s. 1125.

²³ BRÖNNİMANN, Kommentar, s. 1652; LEU, s. 1125.

²⁴ BRÖNNİMANN, Kommentar, s. 1652; HASENBÖHLER, s. 1125; SCHMİDT, s. 349. Doktrinde bu ifade ile neyin kastedildiğinin açık olmadığı eleştirisi yapılmaktadır. Bkz. LEU, s. 1125-1126.

²⁵ HASENBÖHLER, s. 1125.

²⁶ BRÖNNİMANN, Kommentar, s. 1652; HASENBÖHLER, s. 1125; SCHMİDT, s. 349.

hukukun içeriğini tespit için uygun ve beklenebilir bir araştırmayı re'sen yapmalıdır. Örneğin mahkeme yabancı hukukun içeriğini tespit için, Lozan'da bulunan Mukayeseli Hukuk Enstitüsü (Schweizerisches Institut für Rechtsvergleichung²⁷) yardımıyla bilirkişi incelemesi yaptırabilir²⁸. Bununla birlikte mahkeme, yabancı hukukun araştırılmasında gerekli avansları taraflardan talep edebilir (SchZPO 102)²⁹.

Her durumda uygulanacak yabancı hukukun içeriği tespit edilemezse, Milletlerarası Özel Hukuk Hakkında Federal Kanun uyarınca İsviçre hukuku uygulanır (IPRG Art. 16, Abs. 2)³⁰. Başka bir deyişle İsviçre hukukunun uygulanması, ispat yükü altında olan tarafın delil göstermemesine ve mahkemenin kendisinden beklenen araştırmayı yapmasına rağmen yabancı hukukun içeriğini tespit edememesine bağlıdır³¹.

B. Alman Hukuku

Medenî Usûl Kanunu'nda yabancı hukukun ispatın konusu olabileceği açıkça düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre, bir başka devlette geçerli olan hukuk, sadece mahkemece bilinmediği zaman ispatın konusunu oluşturur. Yabancı hukukun araştırılmasını mahkeme taraflarca temin edilen delillerle sınırlandıramaz. Mahkeme yabancı hukukun tespiti için başka bilgi kaynaklarına da başvurmak hususunda yetkilidir (DZPO § 293).

Hukukun re'sen uygulanması kuralı (jura novit curia) nedeniyle, bir hukuk kuralının ispatın konusunu oluşturması nadiren karşılaşılan bir durumdur. Bir hukuk kuralının bilinmesinin hâkimden beklenemeyecek olması halinde, böyle bir istisna olabilir. Ki bu durum yabancı hukuk kuralı için geçerli olabilir. Yabancı hukuk kuralı mahkemece bilinmediği zaman ve bilinmediği kadarıyla ispatın konusunu oluşturur (DZPO § 293, S. 1)³². Bununla birlikte, uluslararası özel hukuk kuralları, devletler hukuku ve Avrupa Birliği hukuku yabancı hukuk kapsamında değildir³³.

Taraflar yabancı hukukun muhtevasını ispat için gerekli delilleri mahkemeye ibraz edebilir. Bazı hallerde taraflara ait bu görev daha belirgin şekilde karşımıza çıkmaktadır. Örneğin ticari uyuşmazlıklarda tarafların yabancı hukuk hakkındaki bilgilere erişimi daha kolay olabilir. Ya da taraflar yaptıkları hukuk seçimi ile uygulanacak yabancı hukuku belirlemiş ise, yabancı hukukun muhtevasının tespitinde tarafların katılımı daha yoğundur. Tarafların bu kapsamdaki faaliyetlerinin biçim ve kalitesi değişkenlik göstermektedir. Pratikte ise bu durum çoğu zaman yabancı hukuka ait yasal düzenlemelere ait Almanca tercümenin mahkemeye sunulması şeklinde olmaktadır. Bununla birlikte ileri sürdüğü vakıalara dayanak olacak şekilde yabancı hukuka istinat eden tarafın daha açıklayıcı beyan ve bilgiler ileri sürmesi

²⁷ Enstitü hakkında bilgi için bkz. <https://www.isdc.ch/de/>

²⁸ HASENBÖHLER, s. 1125.

²⁹ LEU, s. 1125.

³⁰ SCHMİDT, s. 349; LEU, s. 1126.

³¹ HASENBÖHLER, s. 1125-1126.

³² REMİEN, Oliver, "Germany: Proof of and Information About Foreign Law – Duty to Investigate, Expert Opinions and a Proposal for Europe", Treatment of Foreign Law- Dynamics towards Convergence? (Editör: Yuko Nishitani), Ius Comparatum- Global Studies in Comparative Law, C. 26, 2017, s. 190.

³³ ROSENBERG, SCHWAB, GOTTWALD, s. 623.

karşısında mahkemenin bu beyan ve bilgilerin doğruluğu hususunda temkinli olması gerektiği vurgulanmaktadır³⁴.

Yabancı hukukun araştırılması maksadıyla bir ispat gerekli olduğunda, vakıaların ispatında olduğu gibi bir ispat söz konusu olur. Mahkeme yabancı hukukun ispatı için öncelikle tarafları davet etmelidir. Bununla birlikte mahkeme yabancı hukukun tespitini tarafların getirmiş oldukları ile sınırlandıramaz. Aksine mahkeme, yabancı hukukun tespiti için tarafların ileri sürmüş olduğu hususların dışında başka bilgi kaynaklarından yararlanmak hususunda yetkilidir (DZPO § 293 S. 2). Mahkemenin bu yetkisini kullanması, mahkeme için aynı zamanda bir yükümlülüktür. Bu anlamda taraflardan birisinin veya her ikisinin inkârı mahkemenin araştırma yükümlülüğünü etkilemez; aksine mahkeme tarafların ikrar veya inkârı ile bağlı olmaksızın yabancı hukukun içeriğini tespit için araştırma yapmakla yükümlüdür³⁵.

Hâkim yabancı hukukun içeriğini araştırırken, 1968 tarihinde Londra'da imzalanan Yabancı Hukuk Hakkında Bilgi Edinilmesine Dair Avrupa Sözleşmesi ve bu sözleşmeye ek olarak kabul edilen 1978 tarihli Yabancı Hukuk Hakkında Bilgi Edinilmesine Dair Avrupa Sözleşmesi'ne Ek Protokol hükümlerinden faydalanabilir. Bu sayede mahkeme, yabancı hukukun içeriğini araştırırken Sözleşmeye taraf olan devletlerden yardım alabilir³⁶. Bunun dışında mahkeme bilirkişiye başvurmak suretiyle yabancı hukukun muhtevasını tespit edebilir³⁷.

Yabancı hukukun içeriği taraflarca ispat edilememişse, ispat yüküne ilişkin kararın sonuçlarına katlanma sonucu tam anlamıyla ortaya çıkmaz. Zira bu durumda bir yedek hukuk kuralı olarak Alman hukukuna üstünlük tanınır ve Alman hukuku hâkimin hukuku (lex fori) olarak uygulanır. Ayrıca taraflar, yargılamada herhangi bir zaman ile sınırlı olmaksızın Alman hukukunun uygulanmasını anlaşılarak kabul edebilir³⁸.

III. TÜRK HUKUKUNDA YABANCI HUKUKUN UYGULANMASINDA TARAF ROLLERİ

A. Kanunlar İhtilafı Kurallarının Re'sen Uygulanması

Yabancılık unsuru taşıması nedeniyle, özel hukuka ilişkin bir uyumsuzluğa birden fazla ülke hukukunun uygulanma ihtimâli bulunabilir. Bu durumda ortaya çıkan çatışma halini çözmek için kullanılan kurallara *kanunlar ihtilafı kuralları*; bu kuralların oluşturduğu hukuk dalına ise *kanunlar ihtilafı hukuku* denir³⁹. Kanunlar ihtilafı kuralları somut olaya hangi ülke hukuk sisteminin uygulanacağı belirlemekle birlikte, bu kurallar ait olduğu hukuk sisteminin iç hukuk kuralı niteliğindedir. Bununla beraber bu kurallar maddî hukuk kurallarından farklıdır. Maddî hukuk kuralları somut olayı doğrudan çözüme kavuştururken, kanunlar ihtilafı kuralları somut olaya uygulanacak hukuk kurallarının tespitini yapar⁴⁰. Hukukumuzda kanunlar

³⁴ REMIEN, s. 194.

³⁵ ROSENBERG, SCHWAB, GOTTWALD, s. 623.

³⁶ ROSENBERG, SCHWAB, GOTTWALD, s. 624; REMIEN, s. 199-200.

³⁷ REMIEN, s. 195.

³⁸ ROSENBERG, SCHWAB, GOTTWALD, s. 623.

³⁹ YÖNEY, s. 8. Bir uyumsuzluğun kanunlar ihtilafı hukukunun kapsamına girebilmesi için o uyumsuzluğun yabancı unsur içermesinin gerekli olduğu hususunda bkz. AYGÜN, Mesut, "Yabancılık Unsurunun Mahiyeti Ve Yargılamadaki Rolü", DEÜHFD, C. 16, Özel Sayı: Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, 2014, s. 1028.

⁴⁰ YÖNEY, s. 8 vd.

ihtilafî kuralları 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk Ve Usûl Hukuku Hakkında Kanun ile düzenlenmiştir (MÖHUK m. 1)⁴¹.

Kanunlar ihtilafî kurallarının millî hukuk sistemine dâhil olmasının sonucunda, hâkimin hukuku re'sen uygulayacağı yönündeki kural kanunlar ihtilafî kaidelerinin tatbikinde de geçerlidir (MÖHUK m. 2; HMK m. 33). Tarafların talepleri olmasa dahi kanunlar ihtilafî kuralları mahkemece re'sen uygulanmalı, somut olaya uygulanacak yabancı hukuk tespit edilmelidir⁴². Bu noktada tarafların “Türk hukukunun uygulanması” hususundaki anlaşmalarında, sadece kanunlar ihtilafî kurallarının taraflara hukuk seçimi yapma olanağı tanıdığı hallerde önem taşır⁴³. Nitekim uyuşmazlık yabancılık unsuru taşınmasına rağmen mahkemenin kanunlar ihtilafî kurallarına uymak suretiyle yabancı hukuku uygulamayıp doğrudan Türk Hukukunu uygulaması bozma sebebidir⁴⁴.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na göre taraflar, dilekçelerinde dayandıkları hukukî sebepleri yazmalıdır (HMK m. 119/1-g; HMK m. 129/1-f). Buna karşılık hukukî sebebin dilekçede yazılmamış olmasının yaptırımını, Kanun'da açık bir şekilde düzenlenmemiştir (HMK m. 119/2; HMK m. 130). Doktrinde ise, hukukî sebebin vakıa iddialarına temel olması nedeniyle dilekçede yazılmasının önemine işaret

⁴¹ İsviçre hukukunda kanunlar ihtilafî kuralları, Milletlerarası Özel Hukuk Hakkında Federal Kanun ile düzenlenmiştir (IPRG Art. 1).

⁴² NOMER, Usul, s. 131; ARSLAN, İlyas, “Yabancı Unsurlu Özel Hukuk Uyuşmazlıklarında Makul Sürede Yargılanma Hakkı ile Yabancı Hukukun İçeriğinin Temin Edilmesi Arasındaki İlişki”, MHB, C. 37, S. 2, s. 76; YAŞAR, s. 82; YÖNEY, s. 73. Yargıtay da vermiş olduğu kararlarda, tarafların talebi olmasa bile kanunlar ihtilafî kurallarının re'sen uygulanacağı ifade etmiştir. Bkz. 11. HD, 16.09.1997, E. 1997/5344, K. 1997/5910 (www.lexpera.com).

⁴³ ERKAN, s. 551; YÖNEY, s. 74.

⁴⁴ 11. HD, 19.06.2017, E. 2016/5717 K. 2017/3854 (www.lexpera.com): “*Dava, uluslararası taşıma sırasında hasara uğrayan yük nedeniyle ödenen sigorta bedelinin rücuen tahsili istemine ilişkin olup, dava dışı sigortalı adına düzenlenen konşimentonun arka yüzünde yer verilen 23. maddede sözleşmeden kaynaklanan veya ekli olduğu konşimentonun içeriğinden doğan her türlü ihtilafın yüklenme ve tahliye yerindeki yerel hukukun zorunlu olarak uygulanacağı durumlar saklı kalmak kaydıyla Hong Kong Kanunları ile yönetileceği ve karara bağlanacağı öngörülmüştür. 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 2/4. maddesi uyarınca hâkimin, Türk Kanunlar ihtilafî kurallarını ve bu kurallara göre yetkili olan yabancı hukuku re'sen uygulayacağı ve yetkili yabancı hukukun muhtevasının tespitinde tarafların yardımını isteyebileceği düzenlenmiş, aynı Yasa'nın 24/1. maddesinde ise sözleşmeden doğan borç ilişkilerinin tarafların açık olarak seçtikleri hukuka tâbi olacağı ve 29/1. maddesinde ise eşyanın taşınmasına ilişkin sözleşmelerin tarafların seçtikleri hukuka tâbi olacağı belirtilmiştir. **Somut uyuşmazlıkta, sigortalı ile taşıyan arasında düzenlenen sözleşme uyarınca Hong Kong Hukuku'nun uygulanacağı kararlaştırılmış olup, yukarıda yer verilen 5718 sayılı Yasa'nın 2, 24 ve 29. maddeleri uyarınca ... Hukuku'nun taraflar arasındaki uyuşmazlığa ilişkin kurallarının temini ile gerekirse tarafların bu hususta yardımının istenmesi ve yargılamanın belirlenen hukuk kurallarına göre yürütülerek sonuçlandırılması gerekirken; mahkemece bu yön üzerinde durulmaksızın, yazılı şekilde karar verilmesi doğru olmamış, kararın bu nedenle re'sen bozulması gerekmiştir.**”; 2. HD, 15.01.2015, E. 2014/16187, K. 2015/523 (www.lexpera.com): “...Tarafların ikisi de ... uyruklu olduklarına göre, boşanma sebepleri bakımından müşterek milli hukuklarının araştırılarak öncelikle bu hukukun uygulanması, yabancı hukukun olaya ilişkin hükümlerinin tüm araştırmalara rağmen tespit edilememesi halinde Türk hukukunun uygulanması (5718 s. MÖHUK m. 2/2) gerekirken, müşterek milli hukukları araştırılmadan hüküm tesisi doğru bulunmamıştır.” Aynı şekilde bkz. 2. HD, 29.09.2010, E. 2010/13616, K. 2010/15652 (www.lexpera.com); 2. HD, 22.03.2012, E. 2011/16681, K. 2012/6879 (www.lexpera.com); 12. HD, 22.10.2013, E. 2013/23202, K. 2013/33020 (www.lexpera.com); 12. HD, 14.03.2016, E. 2016/5038, K. 2016/7339 (www.lexpera.com); 27.04.2016, E. 2015/7816, K. 2016/4745 (www.lexpera.com).*

edilmiştir⁴⁵. Bu düşünce kapsamında taraflarca yabancı hukukun uygulanması için gerekli vakıalar ileri sürülürken, hangi yabancı hukuk sisteminin uygulanması gerektiği hususunda açıklama yapılmalı ve bu yapılırken de ilgili kanunlar ihtilafı kurallarına dayanılmalıdır. Bu suretle taraf, vakıa iddialarını sağlam bir temel içinde ileri sürmesinin yanında, uygulanacak yabancı hukukun tespitinde hâkime yardımcı olur. Ancak önemle vurgulanmalıdır ki, hukuku re'sen uygulamak durumunda olan hâkim, uyuşmazlığa uygulanacak kanunlar ihtilafı kurallarını taraflar ileri sürmemiş olsalar bile tespit ederek olaya uygulamak zorundadır (HMK m. 33; MÖHUK m. 2).

B. Bağlama Noktası Olan Vakıaların İleri Sürülmesi ve İspatı

Kanunlar ihtilafı kurallarının bir yabancı ülke hukuk sistemini işaret etmesi durumunda, ilgili yabancı hukuk kuralları uygulanır. Kanunlar ihtilafı kurallarının yabancı hukuku işaret etmesi, bağlama noktalarının bir yabancı ülke ile bağlantılı olmasını gerektirir⁴⁶.

Bağlama noktası olan vakıalar medenî usûl hukuku bakımından maddî vakıa niteliğindedir. Bu nedenle bağlama noktası niteliğindeki vakıalar hâkimin hukuku bakımından, vakıaların ileri sürülmesi kurallarına göre yargılamaya dâhil edilmelidir. Hukukumuzda dava malzemesi olan vakıaların yargılamaya dâhil edilmesinde kural olarak taraflarca getirilme ilkesi geçerlidir. Nitekim bu durum Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda açıkça ifade edilmektedir. Buna göre, “*Kanunda öngörülen istisnalar dışında, hâkim, iki taraftan birinin söylemediği şeyi veya vakıaları kendiliğinden dikkate alamaz ve onları hatırlatabilecek davranışlarda dahi bulunamaz*” (HMK m. 25/1). Bu nedenle taraflarca getirilme ilkesinin bir gereği olarak, bağlama noktası olan vakıalar taraflarca ileri sürülmelidir⁴⁷.

Medenî usûl hukukunda taraflarca getirilme ilkesinin geçerliliğinde, taraflar belli usûlî yükler altında bulunabilir. Bu yüklerin başında iddia yükü gelmektedir. Kanunlar ihtilafı kurallarında belirlenen bağlama noktalarına ilişkin vakıalar, iddia yükü çerçevesinde taraflarca ileri sürülmelidir. Zira taraflarca getirilme ilkesine göre, taraflarca iddia edilmeyen vakıalar mahkemece dikkate alınamaz. Vakıalar ileri sürülürken, aynı zamanda ispata elverişli şekilde somutlaştırılmalıdır (HMK m. 194/1). Ayrıca iddia edilen bağlama noktası niteliğindeki vakıalar taraflar arasında çekişmeli olursa, bu vakıaların ispat yükü altında bulunan tarafça ispat edilmesi gerekir (HMK m. 187/1)⁴⁸. Bağlama noktası niteliğindeki vakıalar iddia edilmez veya iddia edilse bile ispat edilmediği için mahkemece tespit edilemezse hâkim Türk Hukukunu uygular (MÖHUK m. 2).

C. Yabancı Hukukun Tespiti

Uyuşmazlığa uygulanacak yabancı hukukun muhtevasının doğru bir şekilde tespit edilmesi önemlidir. Milletlerarası özel hukukun başarılı olabilmesi ve

⁴⁵ ÖZEKES, Muhammet, “Dava Dilekçesinde Hukukî Sebep Bildirmek Zorunludur”, Halûk Konuralp Anısına Armağan, C. 1, Ankara 2009, s. 761 vd.; ÖZEKES, Muhammet, “HMK Bakımından Dava Dilekçesinde Eksiklik Halinde Yapılması Gereken İşlemler”, DEÜHFD, C. 16, Özel Sayı: Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, 2014, s. 297-298.

⁴⁶ YÖNEY, s. 84.

⁴⁷ NOMER, Ergin, Devletler Hususî Hukuku, 20. Bası, İstanbul 2013, s. 188; ERKAN, s. 546; AKİL, s. 20; YÖNEY, s. 85 vd.; ÖZÇELİK, Volkan, Türk Medenî Usûl Hukukunda Taraflarca Getirilme İlkesi, Ankara 2020, s. 248-249.

⁴⁸ NOMER, Usul, s. 132-133; ERKAN, s. 546.

milletlerarası özel hukuk hakkaniyetinin gerçekleştirilebilmesi için yabancı hukukun muhtevası tam ve kesin biçimde tespit edilmelidir⁴⁹.

Kanunlar ihtilafı kurallarına göre uyumsuzluğa uygulanacak yetkili yabancı hukuk tespit edildikten sonra, yabancı hukukun içeriği belirlenmeli ve yabancı hukuk kuralları tutanağa kaydedilmelidir (HMK m. 154/1). Yargıtay'a göre, somut olaya tatbik edilen yabancı hukuk kurallarının dosyaya eklenmemesi bozma sebebidir⁵⁰.

Yabancı hukukun uygulanması için muhtevasının tespiti yapılırken, bu kuralların ilgili ülke hukukunda nasıl tatbik edildiği de tespit edilmelidir. Zira yabancı hukuk kuralları somut olaya uygulanırken, bu hukuk kuralı kendi ülkesinde hangi şekilde yorumlanıyor ve uygulanıyorsa o şekilde uygulanmak zorundadır⁵¹. Yabancı Hukuk Hakkında Bilgi Edinilmesine Dair Avrupa Sözleşmesi'nin 7. maddesi bunu sağlamaya yöneliktir. Düzenlemeye göre hukuk sistemi hakkında kendisinden bilgi talep edilen Devlet'in vereceği cevap, ilgili yasa ve tüzük metinleri ile içtihat kararlarını ihtiva etmelidir. Ayrıca istemde bulunan makamın sağlam bilgi edinebilmesi için gerekli görülecek ölçüde, doktrine ait eserler ve hazırlık çalışmaları gibi tamamlayıcı belgeler verilecek cevaba eklenir. Bunun dışında açıklayıcı yorumlar da cevaba eklenebilir (Sözleşme m. 7).

Hukukumuzda hâkim yabancı hukukun muhtevasını tespit ederken yapacağı araştırmada geniş bir hareket serbestisine sahiptir⁵². Bu serbesti kapsamında yabancı hukukun araştırılması için takip edilecek usûl, hâkimin görev anlayışına bırakılmıştır⁵³.

Yabancı hukukun muhtevası tespit edilirken mahkemenin belli bir sıraya uyması zorunluluğu, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanun hükümlerinden açıkça anlaşılmamaktadır (MÖHUK m. 2). Bununla birlikte Yargıtay,

⁴⁹ ERKAN, s. 547.

⁵⁰ 11. HD, 07.10.2003, E. 2003/2977 K. 2003/8974 (www.lexpera.com): “Davalı F1 Bankası AŞ tarafından düzenlenen teminat mektubunda “Mevcut garanti; ICC, Garanti Talepleri Yeknesak Kurallarına tabidir.” hükmü yer almaktadır. Bu kayıt, F3 Bankası AŞ tarafından düzenlenen teminat mektubunda ise bulunmamaktadır. Bununla birlikte her iki davalı banka tarafından düzenlenen teminat mektuplarında “Bu garanti İsviçre yasalarına göre yönetilip, yorumlanacaktır.” hükmü yer almaktadır. **Mahkemece hükme esas alınan 28.11.2002 günlü bilirkişi raporunda, İsviçre Hukuku'nun da incelendiği ifade edilmiş ise, dava konusu uyumsuzluğa uygulanması gereken yabancı hukuk kuralları dosyaya sunulmamıştır. Hakim, MÖHUK.nun 2.maddesi hükmüne göre, bir davada yabancı kanunun uygulanıp uygulanmayacağını kendiliğinden araştırmakla yükümlüdür. MÖHUK.nun 24/1.maddesi hükmüne göre ise, sözleşmeden doğan borç ilişkileri, tarafların açık olarak seçtikleri kanuna tabidir. Taraflar arasındaki sözleşme hükmü sayılan teminat mektubunda yer alan hüküm gereğince, dava konusu uyumsuzluğa İsviçre yasalarının uygulanması gerekmektedir. Bu durumda mahkemece, işbu davada uygulanması gereken İsviçre yasalarını veya ilgili mevzuatı sunması için taraflardan yardım istemesi ve TC. Adalet Bakanlığı aracılığıyla ilgili yasa hükümlerinin celbi ile, bilirkişi raporunun, getirilen yabancı yasa hükümlerine uygun olup olmadığının denetlenmesi gerekirken, sadece bilirkişi raporunda yazılı gerekçelerle yetinilerek, yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiş, hükmün bu nedenle davalılar yararına bozulması gerekmiştir.”**

⁵¹ NOMER, Yabancı Kanun, s. 36; YAŞAR, s. 86; YÖNEY, s. 101.

⁵² EKŞİ, Nuray, “Yabancı Hukukun Tespiti Ve Uygulanması –Mukayeseli Bir İnceleme–”, Legal Uluslararası Ticaret Ve Tahkim Hukuku Dergisi, C. 3, S. 1, 2014, s. 20; NOMER, Yabancı Kanun, s. 88; TARMAN, Zeynep Derya, “Turkey: The Treatment of Foreign Law in Turkey, Treatment of Foreign Law- Dynamics towards Convergence?”, (Editör: Yuko Nishitani), Ius Comparatum-Global Studies in Comparative Law, C. 26, 2017, s. 553; AKİL, s. 21; YAŞAR, s. 85; YÖNEY, s. 97.

⁵³ NOMER, Usul, s. 136-137.

yabancı hukukun muhtevasının tespitinde öncelikle tarafların yardımına başvurulmasını, sonrasında ise gerekmesi durumunda Yabancı Hukuk Hakkında Bilgi Edinilmesine Dair Avrupa Sözleşmesi hükümlerinden yararlanılarak yabancı hukukun muhtevasının tespit edilmesi, bu işler yapıldıktan sonra da dosyanın bir bütün halinde alanında uzman bilirkişiye gönderilmesi gerektiğini belirtmektedir⁵⁴. Bu durumda taraflar mahkemece kendilerine verilen süre içinde, olaya uygulanacak yabancı hukukun kanun maddelerinin tercüme edilmiş hallerini, ilgili bilgi ve belgeler ile olayın çözümü için gerekli olan tüm dokümanları mahkemeye sunmalıdır⁵⁵.

1. Hâkimin Yabancı Hukuk Hakkında Bilgisi

Yabancı hukukun içeriğinin tespitinde başvurulabilecek kaynaklardan birisi hâkimin yabancı hukuk hakkındaki bilgisidir^{56, 57}. Buna göre hâkim sahip olduğu yabancı hukuk bilgisi ile uyumsuzluğu çözüme kavuşturabilir⁵⁸.

Ancak bu yapılırken uygulanacak yabancı hukuk ve muhtevası hakkında taraflar bilgilendirilmeli ve taraflara açıklama hakkı tanınmalıdır. Taraflara bilgi verilmesi ve açıklama hakkının tanınması hukukî dinlenilme hakkının bir gereğidir (HMK m. 27/2). Nitekim tarafın hukukî sebep kapsamına giren her şey hakkında açıklama yapma hakkı bulunmaktadır. Yabancı hukukun içeriğinin doğru bir şekilde belirlenmesinde tarafların yardım yükümlülüğünü tam anlamıyla yerine getirebilmesi için, hâkimin bilgisi dâhilinde olan yabancı hukuk hakkında taraflara açıklama yapma olanağı tanınmalıdır⁵⁹. Taraflar açıklamalarını uzman görüşüne dayanarak yapabilir

⁵⁴ 8. HD, 26.05.2011, E. 2010/5330, K. 2011/3103 (www.lexpera.com). Benzer şekilde bkz. 06.11.2008, E. 2008/13740, K. 2008/14696 (www.lexpera.com); 14. HD, 05.07.2017, E. 2016/13302, K. 2017/5712 (www.lexpera.com).

⁵⁵ 8. HD, 26.05.2011, E. 2010/5330, K. 2011/3103 (www.lexpera.com): “...O halde mahkemece yapılacak iş; öncelikle tarafların kendi milli hukukunda bulunan konuya ilişkin tercüme edilmiş kanun maddeleri, ilgili bilgi ve belgeler ile olayın çözümü için gerekli olan tüm dokümanları mahkemeye sunmaları için taraflara süre ve imkan tanınması, gerekirse Yabancı Hukuk Hakkında Bilgi Edinilmesine Dair Avrupa Sözleşmesi hükümlerinden de yararlanılması, bundan ayrı Adalet Bakanlığı, Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğünden Alman Medeni Kanununda yer alan yasal mal rejimiyle ilgili tüm kanun maddeleri ile bilgi ve belgelerin mahkemeye gönderilmesinin istenmesi, bu konuda anılan genel müdürlüğe yöntemine uygun bir biçimde yazı yazılması, 5718 sayılı MÖHUK m. 1, 2, 5 ve 15. maddelerinin olayın çözümünde göz önünde tutulması, tarafların milli hukukuna göre gerekli bilgi ve belgeler ile kanun maddelerinin Türkçe örnekleri sağlandıktan sonra dosya tomarıyla birlikte Devletler Hususi Hukuk ve Medeni Hukuk konusunda uzman iki akademisyene verilmek suretiyle olayın çözümüne ve tarafların milli hukukuna uygun gerekçeli tarafların ve Yargıtay'ın denetimine açık rapor alınması, ondan sonra oluşacak duruma göre bir karar verilmesi gerekirken, tarafların milli hukuku göz ardı edilerek Türk Medeni Kanununa göre yapılan inceleme sonucu hüküm kurulmuş bulunması usul ve kanuna aykırıdır.”

⁵⁶ NOMER, Yabancı Kanun, s. 88; YÖNEY, s. 97-98.

⁵⁷ Hâkimin yabancı hukuk hakkında bilgisi için doktrinde, “hâkimin yabancı hukuk hakkında şahsî bilgisi” kavramı kullanılmaktadır. Bkz. NOMER, Yabancı Kanun, s. 88; YÖNEY, s. 97. Medenî usûl hukukunda “hâkimin şahsî bilgisi” kavramı genellikle hâkimin mesleği dışında kişisel olarak maddî vakıalar hakkındaki bilgisi için kullanılmaktadır. Bu nedenle hâkimin yabancı hukuk hakkında şahsî bilgisi deyimi yerine hâkimin yabancı hukuk hakkında bilgisi kavramını kullanmak daha yerinde olur.

⁵⁸ NOMER, Usul, s. 134, 137; YÖNEY, s. 98.

⁵⁹ ÖZEKES, Muhammet, Medeni Usûl Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı, Ankara 2003, s. 136-138.

(HMK m. 293/1). Uzman görüşü sunulması durumunda hâkim uzman görüşünü dikkate almadan karar veremez⁶⁰.

2. Yabancı Hukuk Hakkında Bilgi Edinilmesine Dair Avrupa Sözleşmesi

Yabancı hukukun muhtevasının tespitinde başvurulabilecek yöntemlerden birisi Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin taraf olduğu iki ve çok taraflı adlî yardım anlaşmaları kapsamında ilgili ülkeden bilgi talep edilmesidir. Bu kapsamdaki talepler Adalet Bakanlığı ve Dışişleri Bakanlığı aracılığıyla, hukuku uygulanacak ülkenin Türkiye'deki temsilciliklerinden veya ilgili ülkedeki Türk temsilciliklerinden yapılır. Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin diğer devletlerle arasında yapılmış iki taraflı adlî yardım anlaşmaları bulunmaktadır⁶¹. Çok taraflı adlî yardım anlaşması niteliğindeki Yabancı Hukuk Hakkında Bilgi Edinilmesine Dair Avrupa Sözleşmesi ayrıca ele almayı gerektirmektedir.

Ülkemiz, 7 Haziran 1968 tarihinde Londra'da imzalanan "Yabancı Hukuk Hakkında Bilgi Edinilmesine Dair Avrupa Sözleşmesi"ne taraftır. Mahkeme bu sözleşmeden kaynaklanan imkânlar vasıtasıyla bir yabancı hukuk sistemi hakkında bilgi sahibi olabilir. Bu Sözleşme ile akit devletlere, birbirlerine hukukî ve ticarî konulardaki mevzuatları ve hukuk usûlleri dâhil, hukukî alanda adlî teşkilatları hakkında bilgi sağlama yükümlülüğü getirilmiştir⁶².

Yabancı hukuk hakkında bilgi talebinde bulunulabilmesi, açılmış olan bir dava nedeniyle söz konusu olabilir (Sözleşme m. 3/1). Sözleşme hükümlerine göre, yabancı hukuk hakkında bilgi talebinde bulunacak mahkeme bu talebini, Adalet Bakanlığı Dış İlişkiler ve Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü'ne ("İletici Makam") bildirmelidir (Adalet Bakanlığı Dış İlişkiler ve Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü'nün⁶³Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü'nün 1 Mart 2008 tarihli 67/1 numaralı Genelgesi, İkinci Bölüm, 3). Bilgi talebi için yazılacak yazı, hem talebin iyi bir şekilde anlaşılabilmesi hem de talebe kesin ve doğru cevap verilebilmesi için belli bir muhtevaya sahip olmalıdır. Buna göre, bilgi talebinde bulunan adlî makam, davanın niteliği, talepte bulunulan Devletin hukuku ile ilgili olarak hangi hususlar üzerinde bilgi istendiği ve istemde bulunulan Devletin birden fazla hukuk sistemi varsa, hangi hukuk sistemi hakkında bilgi istendiği mümkün olduğu kadar açık bir şekilde belirtmelidir. Ayrıca gerekmesi durumunda, talebin konusunu açıklayıcı nitelikteki belgelerin örnekleri eklenmelidir (Sözleşme m. 4).

Bilgi talebine ilişkin yazının Sözleşme'de belirlenen nitelikte olması doğrudan doğruya mahkemenin kontrol ve sorumluluğundadır. Ancak taraflar, bilgi talebine ilişkin yazının oluşturulmasında gerekli hususları mahkemeye bildirerek, yazının cevap vermeye uygun bir nitelik kazanmasına katkı sunabilir. Bu durum yargılamanın makûl sürede tamamlanmasına katkı sunacağından, tarafların menfaatini

⁶⁰ Bu yönde bkz. 11. HD, 04.05.2016, E. 2015/10467, K. 2016/5052 (www.lexpera.com); 11. HD, 01.10.2015, E. 2015/2448, K. 2015/9719 (www.lexpera.com); 11. HD, 31.03.2016, E. 2015/7580, K. 2016/3513 (www.lexpera.com); 15. HD, 10.11.2016, E. 2015/5127, K. 2016/4635 (www.lexpera.com).

⁶¹ ERKAN, s. 548.

⁶² Sözleşme ceza hukuku ve usûlü alanında bilgi edinilmesini kapsamamaktadır. Ancak 15 Mart 1978 tarihinde imzalanan ve ülkemizin de 1 Eylül 1980 tarihinde imzalayarak taraf olduğu "Yabancı Hukuk Hakkında Bilgi Edinilmesine Dair Avrupa Sözleşmesi"ne Ek Protokol" ile Sözleşmenin kapsamı ceza hukuku alanını da içine alacak şekilde genişletilmiştir.

⁶³ Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü ibaresi, Dış İlişkiler ve Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü olarak değiştirilmiştir. Bkz. 4 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi m. 799/a.

ilgilendirmektedir⁶⁴. Nitekim kendisinden bilgi talep edilen Devlet, talebe ilişkin cevap verirken, gerekli görülen tamamlayıcı bilgileri bilgi talebinde bulunan mahkemeden sorabilir (Sözleşme m. 13). Demek oluyor ki bilgi talebine ilişkin yazının muhtevası, bilgi talebinde bulunulan Devletin cevap vermesine ne kadar elverişli bulunursa, bilgi talebinde bulunulmasından sonra ayrıca tamamlayıcı bilgiler sunulmak zorunda kalınmaz. Bu ise yargılamanın daha kısa sürede tamamlanmasına katkı sunar.

Bilgi talep yazısı ve bu yazının ekleri, talepte bulunulan Devletin resmî dil veya dillerinden birinde yazılmalı veya bu dilde bir tercümesi ile birlikte sunulmalıdır (Sözleşme m. 14/1). Dolayısıyla hâkim, talepte bulunulan Devletin resmî dilini bilmiyorsa, talep yazısı ve ekli evrakın tercümesini yaptırmalıdır. Bu tercümenin noter marifetiyle yapılması gerekmektedir. Nitekim Noterlik Kanunu'na göre, "belgeleri bir dilden diğer dile veya bir yazıdan başka bir yazıya çevirmek" noterlerin genel olarak yapacakları işlerdendir (NK m. 60/6)⁶⁵. Talep yazısı ve ekli evrak iki takım halinde düzenlenmeli ve yabancı devlet yetkili makamlarına iletilmek üzere Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü'ne gönderilmelidir (Genelge, Üçüncü Bölüm, I, 5).

Yabancı hukuk hakkında bilgi talep edilmesi üzerine verilen cevap, bilgi isteminde bulunulan devletin dilinde yazılır (Sözleşme m. 14/1). Bu durumda gelen cevabın mahkemece Türkçeye tercüme ettirilmesi gerekir. Uygulamada tercüme için gereken masraf taraflardan kesin süre verilmek suretiyle alınmaktadır⁶⁶.

⁶⁴ Usûl ekonomisini sağlamakla doğrudan doğruya devlet yükümlüdür. Nitekim gerek Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda gerekse Anayasada usûl ekonomisini sağlamakla yükümlü muhatabın yargı organı, yani mahkeme olduğu belirlenmiştir (AY m. 141/4; HMK m. 30). Buna karşılık yargılamanın taraflarının usûl ekonomisi ilkesinin yükümlüsü olarak görülüp görülemeyeceği tartışmalıdır. Bu hususta ayrıntılı açıklama için bkz. RÜZGARESEN, Cumhuriyet, Medeni Muhakeme Hukukunda Usul Ekonomisi İlkesi, Ankara 2013, s. 76 vd.

⁶⁵ Bu düzenlemenin uygulaması genellikle, noterlerin yeminli tercümanlara yaptırılan tercümenin onaylanması şeklinde olmaktadır.

⁶⁶ 2. HD, 25.06.2014, E. 2014/2879, K. 2014/14489 (www.lexpera.com): "Koca tarafından 02.08.2012 tarihinde boşanma davası açılmış, kadın tarafından 17.10.2012 tarihinde karşı boşanma davası açılmıştır. Dava ve karşı dava, kocanın daha önce açtığı aile konutu olarak özgülünen taşınmazın tapu kütüğüne konutla ilgili şerh konulmasına ilişkin davasıyla birleştirilerek görülmüştür. Tarafların her ikisi de İngiliz uyrukludur. Bu hususu dikkate alan mahkeme 5718 sayılı Türk Milletlerarası Özel Hukukuna göre boşanma ve hükümlerinde eşlerin müşterek milli hukukunun yetkili olduğunu (m.14/1) belirlemiş, aynı yasanın 2/1. maddesi gereğince "Yabancı Hukuk Hakkında Bilgi Edinilmesine Dair Avrupa Sözleşmesi" hükümlerinden yararlanarak konuya ilişkin İngiliz hukukunu Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü (Dış İlişkiler ve Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü) vasıtasıyla ilgili Devletten talep etmiştir. Bu sözleşme gereğince İngiliz hukukunun boşanma ve hükümlerine ait düzenlemesi dosyaya talepte bulunulan devletin dilinde gönderilmiştir. Bunun Türkçe'ye tercümesinin gerektirdiği masraf davacı-karşı davalıdan mahkemece istenmiş, kesin süre içerisinde bu masraf yatırılmamıştır. Milletlerarası usul hukukunda "Lex Fori" prensibi geçerlidir. Bu prensibe göre özel hukuka ilişkin uyumsuzluklarda uyumsuzluğun götürüldüğü hâkim, kendi usul kurallarını uygular. Bu bakımdan uyumsuzluğa uygulanacak maddi hukuk açısından İngiliz hukuku yetkili olmakla birlikte taraflar usul hukuku bakımından Türk usul hukuku hükümlerine tabidirler. Yabancı hukukun Türkçeye tercümesinin gerektirdiği masraf, davacı-karşı davalı (koca) vekilinden "gider avansı" kapsamında istenildiği halde bu gider, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 120/2. maddesinde gösterilen süre zarfında yatırılmadığına göre, kocanın boşanma davasının ve bununla birleştirilen aile konutu şerhi konulmasına ilişkin davasının mahalli mahkemece usulden reddine karar verilmiş olmasında bir isabetsizlik görülmemiştir. Aile konutu şerhi konulmasına ilişkin dava, taşınmazın aynı ile ilgili olmadığından taşınmazın Türkiye'de bulunuyor

Yabancı Hukuk Hakkında Bilgi Edinilmesine Dair Avrupa Sözleşmesi kapsamında yabancı hukuk hakkında bilgi edinilmesinde karşılaşılabilecek temel problemlerden birisi çeviri hataları olabilir. Hukuk terminolojisine vakıf olmayan kişilerce çevrilen talep metinleri gerçek anlamına uygun şekilde tercüme edilmeyebilir. Hukukî yardım talep edilen ülkenin yetkili makamları, kendilerine yöneltilen talebe ilişkin olarak ancak ilgili yardım talebinden ve eklerinden anlaşılabilirdiği ölçüde cevap verebilir. Ayrıca gelen cevap da yargılama dili olan Türkçeye tercüme edilmelidir. Bu aşamada da hukuk terminolojisine vakıf olmayan kişilerce çevrilen metinlere farklı anlamlar yüklenebilmektedir. Sonuç olarak hâkimin talep ettiği yardım, tam anlamıyla karşılanamayabilir⁶⁷. Bu sorunun çözümü hususunda tarafların hukukî menfaati bulunur. Çünkü yapılan tercüme hataları, hukuken yanlış kararlar verilmesine sebebiyet verebilir. Taraflar tercüme hatalarına itiraz etmek suretiyle bu metinlerin doğru bir şekilde tercüme edilmesini sağlayabilir.

Anılan Sözleşme hükümlerine göre bilgi talebinde bulunan Devlete, kural olarak hiçbir harç veya masraf yükletilmez. Ancak bilgi talebinde bulunulan Devletin kabul organı, bilgi talebinin yanıtlanması için talebi özel bir kuruma veya yetkili bir hukukçuya havale eder ve bu işlem nedeniyle masraf ortaya çıkarsa, bu masraf kural olarak bilgi talebinde bulunan Devlete yüklenir (Sözleşme m. 15). Ancak bunun için, kendisinden bilgi talebinde bulunulan Devletin kabul organı, söz konusu intikal işlemini yapmadan önce, istemi yapan makama, hangi özel kurum veya hukukçuya talebin havale edileceğini bildirmeli, muhtemel masraflar hakkında mümkün olduğu kadar kesin bilgi vermeli ve onun muvafakatini almalıdır (Sözleşme m. 6/3).

Bu durumda Sözleşme hükümlerine göre bilgi verilmesi için tarafların herhangi bir harç ve masraf yatırmasına gerek bulunmaz. Ancak bilgi talebinde bulunulan Devlet, bilgi verilmesi için talebi, özel bir kuruma veya yetkili bir hukukçuya havale eder ve bu işlem nedeniyle ortaya çıkacak masrafa Türkiye Cumhuriyeti Devleti muvafakat ederse, bu masrafın dava sonunda haksız çıkan tarafa yüklenmesi gerekir. Nitekim kanunda yazılı haller dışında, yargılama giderlerinin aleyhine hüküm verilen taraftan alınmasına karar verilir (HMK m. 326/1). Belirtmek gerekir ki, yargılama esnasında ilk önce bu masrafın kim tarafından ödeneceğini belirleyen açık bir düzenleme mevcut değildir. Bu hususta Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun "re'sen yapılması gereken işlemlere ilişkin giderler" başlığını taşıyan 325. maddesinin uygulanıp uygulanamayacağı tartışılabilir. Bu düzenlemenin kapsamı "tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyeceği dava ve işlerle" sınırlı tutulmuştur. Dolayısıyla denilebilir ki, sadece tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyeceği dava ve işlerde, Sözleşme hükümlerine göre bilgi talebinde bulunulduğunda gerekli masrafın öncelikle taraflardan birisi veya belirlenen oranda her ikisi ödemeli, giderin süresi içinde ödenmemesi halinde ise yargılama sonunda haksız çıkan taraftan alınmak üzere Hazine'den ödenmesi gerekmektedir. Tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği dava ve işlerde ise gerekli gider öncelikle yabancı hukukun uygulanmasını talep eden tarafça ödenmeli; yargılama sonunda ise haksız çıkan tarafa yükletilmelidir (HMK m. 326/1). Kanaatimizce bu yorum "olan hukuk" bakımından yerinde görülebilirse de, yabancı hukukun "hukuk" olarak ele alındığı hukuk sistemimizin (MÖHUK m. 2) yapısına uygun düşmez. Hâkim hukuku re'sen uygular. Bu doğrultuda, uygulanması gereken hukuk kuralı, yabancı hukuk

olması yukarıda ulaşılan sonucu değiştirecek nitelikte görülmemiştir. Bu sebeple tarafların asıl ve birleşen davaya ilişkin temyiz itirazları yerinde görülmemiştir."

⁶⁷ ERKAN, s. 548-549.

sistemine ait bir kural dahi olsa, mahkemece tespit edilmek ve uygulanmak durumundadır. Nitekim hukukun yanlış uygulanması bir bozma sebebi teşkil eder (HMK m. 371/1-a). Dolayısıyla yabancı hukukun muhtevasının tespiti için masraf ortaya çıktığında, bu masraf taraflardan birine veya belirtilen tutarda ikisine yüklenmeli; taraf veya taraflar kendilerine verilen bir haftalık süre içinde ödeme yapmazsa, gerekli gider yargılama sonunda haksız çıkan tarafa yükletilmek üzere Hazineden karşılanmalıdır.

3. Bilirkişi İncelemesine Müracaat Edilmesi

Yabancı hukukun içeriğinin tespitinde, bilirkişi incelemesine müracaat edilip edilemeyeceği belirlenmelidir. Nitekim Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na göre, *“mahkeme, çözümü hukuk dışında, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hâllerde, taraflardan birinin talebi üzerine yahut kendiliğinden, bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına karar verir. Ancak genel bilgi veya tecrübeyle ya da hâkimlik mesleğinin gerektirdiği hukukî bilgiyle çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişiye başvurulamaz. Hukuk öğrenimi görmüş kişiler, hukuk alanı dışında ayrı bir uzmanlığa sahip olduğunu belgelendirmedikçe, bilirkişi olarak görevlendirilemez”* (HMK m. 266). Belirleme yapılırken, yabancı hukukun içeriğinin tespiti hususunun, *“çözümü hukuk dışında, özel veya teknik bilgiyi gerektiren”* bir hâl olup olmadığı temel ölçüt olmalıdır.

Bilirkişilik Kanunu'na göre⁶⁸, Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Bilirkişilik Daire Başkanlığı *“bilirkişilik hizmetlerine ilişkin temel ve alt uzmanlık alanlarını tespit etmek”*le görevlidir (BilK m. 6/2-a). Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 266. maddesindeki düzenleme ile uyumlu olarak, Bilirkişilik Daire Başkanlığı'nın yayımlamış olduğu *“Bilirkişilik Temel ve Alt Uzmanlık Alanları”* listesinde hukuk bilimine temel bir uzmanlık alanı olarak yer verilmemiştir⁶⁹. Bu durumda yabancı hukukun tespiti amacıyla bilirkişilik listesine müracaat edildiğinde, bilirkişiliğe kabul şartları yerine gelmediğinden yapılan başvurunun ret edilmesi gerekir (BilK m. 10/1-f, 4). Bilirkişi, kural olarak bilirkişilik bölge kuralları tarafından hazırlanan listelerden görevlendirilebileceğinden (BilK m. 12/5, 6; HMK m. 268); bir yabancı hukuk sistemi hakkında uzmanlığa sahip kişiler, bilirkişilik bölge kuralları tarafından hazırlanan listelerde yer almadıkları ve hukuk bilimine *“Bilirkişilik Temel ve Alt Uzmanlık Alanları”* listesinde temel bir uzmanlık alanı olarak yer verilmemesi nedenleriyle bilirkişi olarak görevlendirilemeyeceklerdir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda yer alan bu düzenlemenin, yabancı hukukun içeriğini tespit için mahkemenin bilirkişi incelemesine başvurmasına engel olmadığı kabul edilmektedir⁷⁰. Aksine yabancı hukukun gerçek anlamda uygulanabilmesi için yabancı uzmanlardan ve avukatlardan bilirkişi olarak istifade edilmesi gerektiği ifade edilmektedir⁷¹. Doktrinde Nomer, yabancı hukuk hakkında bilgi için bilirkişi incelemesine müracaat edilebileceğini belirttikten sonra, bu husustaki bilirkişi raporunun diğer bilirkişi raporlarından farkına işaret etmektedir. Yabancı hukuk hakkında bilgi için bilirkişi incelemesine müracaat edildiğinde, bilirkişi hukukî meseleler hakkında açıklama yapabilir. Bilirkişi bunu yaparken

⁶⁸ RG. 24.11.2016, S. 29898.

⁶⁹ http://bilirkisilik.adalet.gov.tr/dokumanlar/2018/ekim/EK_1.pdf (Erişim Tarihi: 06.03.2019).

⁷⁰ YÖNEY, s. 99.

⁷¹ ERKAN, s. 554.

hâkime ait bir görevi üstlenmiş olmayıp, sadece mahkemeye yabancı hukuk hakkında bilgi aktarmaktadır⁷².

Uygulamada da yabancı hukukun muhtevasının tespitinde alanında uzman hukukçuların bilirkişi olarak atanabileceği kabul edilmektedir⁷³. Yargıtay 12. Hukuk Dairesi yabancı hukuk uygulanacak bir uyuşmazlıkta, uygulanacak yabancı hukukun dilini yabancı hukuk sistemini inceleyebilecek yeterlilikte bilen ve özellikle üniversiteden bir hukukçunun bilirkişi olarak görevlendirilerek rapor alınmasını eksiksiz bir inceleme için şart görmektedir. Yüksek Mahkeme'ye göre bu şekilde bir rapor alınmadan karar verilmesi eksik inceleme ile karar verme sonucunu doğurmaktadır⁷⁴. Mukayeseli hukukta da yabancı hukukun muhtevasını tespit için bilirkişi incelemesinden faydalanılabileceği ifade edilmektedir. Örneğin İsviçre hukukunda, hukukun doğru uygulanması mahkemenin sorumluluğunda olması nedeniyle, mahkemenin yabancı hukukun içeriğini tespit için gerekli araştırmayı yapmasının zorunlu olduğu kabul edilmektedir. Bu doğrultuda mahkeme, bilirkişi incelemesine müracaat edebilir⁷⁵.

Hâkim re'sen ya da tarafların talebi üzerine bilirkişi incelemesine müracaat edebilir (HMK m. 266). Eğer taraf bilirkişi incelemesine dayanmamışsa, mahkemeden re'sen bilirkişi incelemesine müracaat edilmesi talep edilebilir.

Yabancı hukukun muhtevasının tespit edilmesi amacıyla bilirkişi incelemesine müracaat edilecek olduğunda, seçilecek bilirkişinin alanında uzman olması gerekir (HMK m. 266). Bilirkişi incelemesine müracaat eden mahkeme, bu hususta vereceği ara kararda seçilecek bilirkişinin uygulanacak yabancı hukukun muhtevasını tespit bakımından (veya en azından milletlerarası özel hukuk alanında) uzman olmasına atıfta bulunmalıdır⁷⁶. Taraflar ise ileri sürecekleri talep ve itirazlar ile

⁷² NOMER, Usul, s. 138.

⁷³ 12. HD, 12.07.2011, E. 2011/179, K. 2011/15737 (www.lexpera.com); 12. HD, 28.06.2012, E. 2012/16550, K. 2012/23020 (www.lexpera.com); 12. HD, 04.07.2013, E. 2013/16430, K. 2013/25383 (www.lexpera.com); 12. HD, 12.12.2016, E. 2016/7878, K. 2016/25149 (www.lexpera.com); 14. HD, 05.07.2017, E. 2016/13302, K. 2017/5712 (www.lexpera.com).

⁷⁴ 12. HD, 12.07.2011, E. 2011/179, K. 2011/15737 (www.lexpera.com); 12. HD, 28.06.2012, E. 2012/16550, K. 2012/23020 (www.lexpera.com); 12. HD, 04.07.2013, E. 2013/16430, K. 2013/25383 (www.lexpera.com); 12. HD, 12.12.2016, E. 2016/7878, K. 2016/25149 (www.lexpera.com).

⁷⁵ HASENBÖHLER, s. 1125.

⁷⁶ 14. HD, 05.07.2017, E. 2016/13302, K. 2017/5712 (www.lexpera.com): "*Mahkemece 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 2/1. maddesi dikkate alınmadan, 21.04.2015 tarihli dördüncü celsede dosyanın Milletlerarası Özel Hukuk alanında uzman bilirkişiye tevdi ile 05.03.2012 tarihli belgenin Alman Hukukuna uygun olup olmadığı ve Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'a göre irdelenmesi istenilmiştir. Bilirkişinin, Milletlerarası Özel Hukuk konusunda uzmanlığı, 09.03.2016 tarihli dosyanın bilirkişiye teslimine dair tutanaktan, ya da 18.04.2016 havale tarihli raporundan anlaşılacakla birlikte hazırlanan raporda yer yer 12/11/2007 tarih ve 26728 S.R.G. de yayımlanan 5718 sayılı "Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanununun 64. maddesi birinci fıkrası ile yürürlükten kaldırılan 2675 sayılı kanuna ve 08/12/2001 tarih ve 24607 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 4721 sayılı "Türk Medeni Kanununun 1028. maddesi ile yürürlükten kaldırılan 743 sayılı Türk Kanunu Medenisine atıflar yapılan bilirkişi rapor esas alınarak davanın reddine karar verilmiştir. O halde mahkemece, 5718 sayılı Kanunun 2/1. maddesi dikkate alınarak olayla ilgili uygulanacak Alman Hukuku hükümlerinin Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü'nden sorulup getirilmeli, Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü'nden bir cevap alınmaması halinde yetkili yabancı hukukun muhtevasının tespitinde tarafların yardımını istenerek sonucuna göre bir karar*

mahkemenin vereceği kararın bu yönüyle isabetli olmasına katkı sunabilir. Bu noktada taraflar, bilirkişinin alanında uzman bir kimse tarafından seçilmesi hususunda talepte bulunabilir. Ayrıca taraflar, bilirkişi raporunun kendilerine tebliğinden itibaren iki hafta içinde raporda gördükleri eksik hususların bilirkişiye tamamlattırılmasını; raporda belirsizlik gösteren hususlar hakkında bilirkişinin açıklama yapmasının sağlanmasını veya yeni bilirkişi atanmasını talep edebilir (HMK m. 281/1). Diğer taraftan taraflar, yabancı hukukun muhtevasının tespiti maksadıyla uzman görüşü alarak bilirkişi raporuna itiraz edebilir (HMK m. 293). Bu sayede taraflar, bilirkişinin vermiş olduğu raporun güvenilirliği hususunda mahkemede kuşku doğurabilir. Tarafın bilirkişi raporuna itiraz etmesi ve itirazına ek olarak sunduğu uzman görüşünün bilirkişi raporu ile çelişmesi durumunda mahkemece yapılması gereken, tarafın bilirkişi raporuna yönelik itirazlarının değerlendirilmek ve bilirkişi raporu ile uzman görüşü arasındaki çelişkinin giderilmesi için inceleme yapmaktır⁷⁷. Alınan

verilmesi gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm tesisi doğru görülmemiş, bu sebeple kararın bozulması gerekmiştir.”

⁷⁷ 11. HD, 01.10.2015, E. 2015/2448 K. 2015/9719 (www.lexpera.com):“...Yargılama sırasında yürürlüğe giren ve somut uyuşmazlığa uygulanması gereken 6100 sayılı HMK'nın 293. maddesinde, tarafların, dava konusu olayla ilgili olarak uzmanından bilimsel mütalaa alabilecekleri düzenlenmiş olup hakim bu delili serbestçe değerlendirebileceği kuşkusuzdur. Bu itibarla, mahkemece alınan bilirkişi raporları ile sunulan uzman görüşü arasındaki çelişki giderilerek ve gerekirse anılan maddenin ikinci fıkrasında düzenlenen, hakim rapor alınan uzman kişiyi davet ederek dinleyebileceği imkanı da gözetilerek, oluşacak sonuç çerçevesinde çelişkiyi giderecek şekilde gerektiğinde içerisinde kimya mühendisinin de olduğu yeni bir uzman bilirkişi heyetinden rapor alınarak karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde eksik incelemeye dayalı olarak karar verilmesi doğru görülmediğinden asıl davada davalı-birleşen davada davacı İleri E. K. Sanayi A.Ş. vekilinin bu yöne ilişkin karar düzeltme itirazının kabulü ile Dairemizin 18.11.2014 gün ve 2013/16851-2014/17841 karar sayılı onama ilamının kaldırılarak, yerel mahkeme kararının anılan nedenle asıl davada davalı-birleşen davada davacı İleri E. K. Sanayi A.Ş. yararına bozulmasına karar vermek gerekmiştir.”; 11. HD, 04.05.2016, E. 2015/10467 K. 2016/5052 (www.lexpera.com): “Mahkemece, iddia, savunma, toplanılan deliller, benimsenen bilirkişi raporu ve tüm dosya kapsamına göre, dava konusu tasarımların genel karakter, detay özellikleri itibarıyla zaten daha önce sunulmuş tasarımlar kapsamında kaldığından yeni ve ayırt edici olmadığı, davalı tarafça bilirkişi raporundan sonra sunulan uzman raporuna itibar edilmediği zira, uzman raporunda, bir takım detay farklılıklarının öne çıkartıldığı buna göre, karşılaştırılan sonraki tarihi taşıyan tasarımla aradaki farkların ortaya konduğu oysa, daha sonra tescillenen bir tasarımın önceki tasarımın yani dava konusu tasarımın yeniliğini bozmayacağı gerekçesiyle, davanın kabulü ile 2012/02870/1, 2, 3 sıra no'lu çoklu tasarımların hükümsüzlüğü ile sicilden terkinine karar verilmiştir....Dava, davalı adına çoklu tasarım belgesi ile tescilli tasarımların hükümsüzlüğü istemine ilişkin olup, mahkemece benimsenen bilirkişi raporu doğrultusunda dava konusu çoklu tasarım belgesinde yer alan 1 ve 2 no'lu tasarımların da hükümsüzlüğüne karar verilmiştir. Ancak, davalı tarafça bilirkişi raporuna itiraz dilekçesi verilmiş ve ekinde uzman görüşüne dayanılmıştır. Bu durumda, mahkemece, uyuşmazlık konusu 1 ve 2 no'lu tasarımlar bakımından davalının rapora itirazlarının karşılanması ve bilirkişi raporu ile uzman görüşü arasındaki çelişkinin giderilmesi için 6100 sayılı HMK'nın 293. madde hükümleri de nazara alınmak suretiyle inceleme ve değerlendirme yapılarak sonucuna göre bir karar vermek gerekirken, yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmamış, bozmayı gerektirmiştir.” 15. HD, 10.11.2016, E. 2015/5127, K. 2016/4635 (www.lexpera.com):“...Alınan bilirkişi raporuna davalı vekili esaslı itirazlarda bulunmuş ve bu itirazlarına 6100 sayılı HMK'nın 293. maddesi gereğince alınan uzman görüşünü dayanak olarak eklemiştir. Bilindiği üzere 6100 sayılı HMK'nın 293. maddesinde düzenlenen uzman görüşü, tarafların uyuşmazlığın aydınlanabilmesi, anlaşılabilmesi ve iddia ve savunmaların ispatı için kendisinin belirlediği özel ve teknik bilirkişiden bir konuda bilgi alması olarak düzenlenmiş olup, uygulamada özel bilirkişi adı da verilmektedir. Taraflar kendi menfaatlerini koruyabilmek ve alınan bilirkişi raporundan tatmin olmamaları halinde olayın tam olarak aydınlanmasını sağlamak ve doğru ve adil kararın verilmesi için uzman görüşü alıp mahkemeye ibraz edebilecektir. Mahkeme özellikle özel ve teknik bilgiyi gerektiren konularda, tarafın sunduğu uzman görüşünün

bilirkişi raporuna taraflardan biri, uzman görüşüne dayanmak suretiyle itiraz eder ve bu itirazlar mahkeme tarafından hiç değerlendirmeye alınmaz ve itirazlar gerekçeli bir şekilde karşılanmamış olursa, uzman görüşüne dayanan tarafın hukukî dinlenilme hakkı ihlâl edilmiş olur⁷⁸. Diğer taraftan mahkeme uzman görüşünü değerlendirirken, uzman görüşüne dayanmayan karşı tarafın sunulan bu rapora olan itirazlarını da dikkate almalıdır. Bunun için mahkemenin uzman görüşüne karşı itirazlarını bildirmesi için tarafa makûl bir süre vermesi yerinde olur. Tarafa itiraz imkânı verilmeden ya da tarafın itirazlarını ileri sürmesi için makûl bir süre verilmeden, sunulan uzman görüşü dikkate alınarak karar verilmesi, uzman görüşüne dayanmayan tarafın adil yargılanma hakkını ihlâl eder⁷⁹.

D. Yabancı Hukukun Tespitinde Tarafların Yardım Etme Yükümlülüğü

1. Medenî Usûl Hukukunda Usûlî Yük ve Yükümlülük

Medenî usûl hukukunda taraflar için usûlî yük ve yükümlülükler bulunur. Bu yük ve yükümlülükler medenî usûl hukukunda beraber bulunmaktadır⁸⁰. Çünkü her ikisi de, ilgili tarafın belli bir usûlî davranışı yerine getirmelerine, aksi halde ise belli elverişsiz sonuçlarla karşılaşılmasına neden olur⁸¹.

Medenî usûl hukukunda yük ve yükümlülük arasında önemli farklılıklar vardır. Bu nedenle aralarındaki ayrımın yapılması önem taşır. Ancak hemen belirtmek gerekir ki, Kanunda “yükümlülük” kelimesinin kullanılmış olması, bir normun taraflar için bir yük veya yükümlülük tesis edip etmediğini belirlemek hususunda karar

dava konusuyla ilgili olması halinde mutlaka dikkate almak ve değerlendirmek zorundadır. Bu anlamda alınan bilirkişi raporuna, taraflardan biri, uzman görüşüne dayanmak suretiyle itiraz etmiş ve ve bu itirazlar mahkeme tarafından hiç değerlendirmeye alınmamış ve itirazlar gerekçeli bir şekilde karşılanmamış ise uzman görüşüne dayanan tarafın 6100 sayılı HMK'nın 27., Anayasa'nın 36. ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının en önemli unsuru olan hukuki dinlenme hakkını ihlal etmiş olabilecektir. Dosyaya ibraz edilen uzman görüşünde bilirkişi raporu ile tespit edilen görüşlerinin aksine tespit ve görüşler ileri sürülmüş olup, bilirkişi raporu ile uzman görüşü ciddi şekilde çelişkiler içermektedir. Alınan bilirkişi raporu ile uzman görüşü arasındaki çelişkinin giderilmesi amacıyla dosyanın yeni bir bilirkişi heyetine tevdi edilmesi yerine yetersiz ve esaslı itiraza uğrayan rapora dayanılarak uzman görüşü karada gerekçeli olarak değerlendirilip tartışılmadan karar verilmiş olması doğru olmamış, bozmayı gerektirmiştir.”

⁷⁸ 15. HD, 10.11.2016, E. 2015/5127, K. 2016/4635 (www.lexpera.com).

⁷⁹ 11. HD, 31.03.2016, E. 2015/7580, K. 2016/3513 (www.lexpera.com):“...Somut uyuşmazlıkta davacılar vekilince,...'den alınan ve 26.12.2014 tarihli celse dosyaya ibraz edilen mütalaa mahkemece, uzman görüşü olarak değerlendirilmiştir. Davalılar vekili ise söz konusu mütalaa inceleyip beyanda bulunmak üzere süre talep etmiştir. Anayasa'nın 36'ncı maddesine göre herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı merciileri önünde iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir. Adil yargılanma hakkı hak arama özgürlüğünün uygulamaya yönelik uzantısı niteliğindedir. Somut uyuşmazlıkta davalılar vekilinin, davacı tarafın ibraz ettiği mahkemenin de uzman görüşü olarak nitelendirdiği uzman görüşüne karşı beyanda bulunması için gerekli ve makul süre verilmeden yukarıda özetlendiği şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir. Bu durumda mahkemece, HMK'nun 293. maddesinde öngörülen usul ve esaslara uyulup, davalılar vekiline savunma hakkı tanınarak oluşacak sonuç çerçevesinde karar verilmesi gerekirken HMK'nun 293. maddesi hükmü nazara alınmadan ve savunma hakkının kısıtlanması sonucunu doğuracak şekilde işlem yapıp yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir...”

⁸⁰ Medenî usûl hukukunda taraflara yükümlülük getiren hallerin istisnai nitelik taşıdığı hususunda bkz. ROSENBERG, SCHWAB, GOTTWALD, s. 11.

⁸¹ BRÖNNIMANN, C. Jürgen, Die Behauptungs- und Substanziierungslast im schweizerischen Zivilprozessrecht, Stämpfli&Cie Verlag AG, Bern 1989, s. 31.

vermeye esas teşkil etmez⁸². Taraflar için bir yükümlülük veya yük getirildiğinden söz edilebilmesi, aşağıda izah edilecek hususlara dikkat etmeyi gerektirir.

a. Usûlî Yükler

Usûlî yükler, bir usûl işleminin ihmâl edilmesinin ortaya çıkaracağı usûlî bir dezavantaj ile karşı karşıya kalınmasının ifadesidir⁸³. Eğer taraf kendisinden beklenen usûlî davranışı yerine getirmese, bu davranışa bağlanan dezavantajlı sonuç gerçekleşir. Usûl işlemini yapmakla kim yüklü ise, bu sonuç ile de o taraf karşılaşır. Bu işlemi yapıp yapmamak ve dolayısıyla olumsuz sonuçla karşılaşmak ya da bu sonucun önüne geçmek esas itibarıyla tarafın iradesindedir. Bununla birlikte, tarafın dezavantajlı bir usûlî sonucun önüne fiilen geçtiği durumda, ancak bir usûlî yükten bahsedilebileceği anlamına gelmez⁸⁴. Örneğin ispat yükü altında olan taraf bütün çabalarına rağmen ispat yükünü yerine getiremezse, ispat edememenin rizikosunu taşır. Yani bu durumda tarafın iddiası ispat edilememiş olur⁸⁵.

b. Usûlî Yükümlülükler

Usûlî yük karşısında usûlî yükümlülükler, ilgili tarafı yargılamada belli bir şekilde davranması hususunda zorunlu kılar veya en azından teşvik eder⁸⁶. Medenî usûl hukukunda bu yükümlülüklerin yerine getirilmesi amaçlanır; dolayısıyla taraflar başka bir davranış yapmak suretiyle bu yükümlülüklerden kaçınmaz. Aksi halde bu durum, kanun ve mahkemece kabul edilmez⁸⁷. Örneğin doğruyu söyleme yükümlülüğünün bir gereği olarak taraflar, davanın dayanağı olan vakıalara ilişkin açıklamalarını gerçeğe uygun bir biçimde yapmakla yükümlüdür (HMK m. 29; DZPO § 138; SchZPO Art. 52)⁸⁸. Nitekim doğruyu söyleme yükümlülüğünün ihlâl edilmesi suretiyle ileri sürülen vakıalar mahkemece dikkate alınmaz⁸⁹.

⁸² BRÖNNİMANN, Substanziierungslast, s. 31.

⁸³ BLOMEYER, Arwed, Zivilprozessrecht: Erkenntnisverfahren, 2. Auflage, Berlin 1985, s. 362; ROSENBERG, SCHWAB, GOTTWALD, s. 11.

⁸⁴ BRÖNNİMANN, Substanziierungslast, s. 31-32.

⁸⁵ ROSENBERG, SCHWAB, GOTTWALD, s. 12; BRÖNNİMANN, Substanziierungslast, s. 32.

⁸⁶ GULDENER, Max, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Auflage, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich 1979, s. 187; ROSENBERG, SCHWAB, GOTTWALD, s. 12; BRÖNNİMANN, Substanziierungslast, s. 32.

⁸⁷ ROSENBERG, SCHWAB, GOTTWALD, s. 12.

⁸⁸ STÖCKLİN, Sabine Asprion, Die Verhandlungsmaxime im schweizerischen Zivilprozessrecht, de lege lata und de lege ferenda, Basel 2008, s. 36; ROSENBERG, SCHWAB, GOTTWALD, s. 12; ALANGOYA, Yavuz, Medenî Usûl Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler, İstanbul 1979, s. 118; ARSLAN, Ramazan, Medenî Usûl Hukukunda Dürüstlük Kuralı, Ankara 1989, s. 116; TERCAN, Erdal, “Medenî Usûl Hukukunda Gerçeği Söyleme Yükümlülüğü”, SÜHFD, Prof. Dr. M. Şakir Berki’ye Armağan, Konya 1996, s. 183.

⁸⁹ PRÜTTİNG, Hanns, GEHRLEİN, Markus, ZPO Kommentar, 1. Auflage, Köln 2010, s. 553; STEİN, Friedrich, JONAS, Martin, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 22. Auflage, Bd. 3, § 128-252, Mohr Siebeck, Tübingen 2005, s. 224; ROSENBERG, SCHWAB, GOTTWALD, s. 346; GRUNSKY, Wolfgang, Grundlagen des Verfahrensrechts, 2. Auflage, Verlag Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld 1974, s. 182-183; BECKER-EBERHARD, Ekkehard, “Dava Malzemesinin Taraflarca Getirilmesi İlkesinin Esasları ve Sınırları (Grundlagen und Grenzen des Verhandlungsgrundsatzes)”, İlkeler Işığında Medenî Yargılama Hukuku, 7. Baskı, İstanbul 2012, s. 29; SCHİLKEN, Eberhard, “Medenî Yargılamada Hâkimin Rolü”, İlkeler Işığında Medenî Yargılama Hukuku, 7. Baskı, İstanbul 2012 (Çeviren: Deren-Yıldırım, Nevhis), s. 55; ALANGOYA, s. 124; ARSLAN, Dürüstlük, s. 122-123; TANRIVER, Süha, Medenî Usûl Hukuku, C. 1 (Temel Kavramlar ve İlk Derece Yargılaması), Ankara 2016, Usûl, s. 420; PEKACANITEZ, Hakan, Medenî Usûl Hukuku, 15. Bası, İstanbul 2017, s. 920; ÖZEKES, Hukukî Dinlenilme, s. 80;

Usûlî yükümlülükler, bir usûlî yük düzenlenmesiyle medenî usûl hukukunun amacına ulaşılamayacak olması durumunda söz konusu olur⁹⁰. Bir yükümlülüğün tarafa yüklenmesinin şartı, tarafın kendisinden beklenen davranışı yerine getirebilecek konumda olmasıdır⁹¹.

Taraf, kendisinden beklenen davranışı yerine getirmese, medenî usûl hukukuna aksi şekilde davranmış olur. Bu durumda medenî usûl hukuku taraf için müeyyideler öngörür. Usûlî yükümlülüğün bu yönü, onu usûlî yükten ayırır. Zira usûlî yükte sadece olumsuz bir durum ile karşı karşıya kalmak söz konusu iken, bir usûlî yükümlülüğün yerine getirilmemesinde ilgili taraf, medenî usûl hukukunun öngördüğü bir müeyyide ile karşılaşır⁹².

2. Yabancı Hukukun Tespitinde Tarafların Yardım Etme Yükümlülüğü

“*Hâkim, Türk kanunlar ihtilâfî kurallarını ve bu kurallara göre yetkili olan yabancı hukuku re’sen uygular. Hâkim, yetkili yabancı hukukun muhtevasının tespitinde tarafların yardımını isteyebilir*” (MÖHUK m. 2/1). Gerek Türk hukukunu gerekse kanunlar ihtilafî kuralları uyarınca yabancı hukuku uygulamak hâkimin görevidir. Bu nedenle uygulanacak yabancı hukukun muhtevasının tespiti işinde tarafların faaliyeti, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Kanunu’nda “yardım” olarak nitelendirilmiştir (MÖHUK m. 2/1). Taraflar, hâkimin hukuku uygulama görevini yerine getirirken yabancı hukukun muhtevasını tespitte hâkime yardımcı olmaktadır⁹³.

Hâkimin tarafların yardımını istemesinin ön şartı, uyuşmazlığa uygulanacak hukukun yabancı hukuk olmasıdır (MÖHUK m. 2/1). Uyuşmazlık yabancı unsur içermediği durumlarda hukukun uygulanması hususunda anılan düzenleme işlevini kaybeder. Nitekim millî hukuk sistemimiz için yabancı hukuk niteliğindeki düzenlemelerin uyuşmazlıkta uygulanması durumunda tarafların yardım etme yükümlülükleri söz konusu olabilirken, tümüyle Türk hukukunu ilgilendiren ihtilaflarda tarafların yardım etme yükümlülükleri olmaksızın hâkim hukuku re’sen uygular (HMK m. 33). Bu anlamda hukukumuzda usûlüne uygun şekilde yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar kanun hükmünde olduğundan (AY m. 90/5), bu düzenlemeler Türk hukuku niteliğindedir⁹⁴. Buna karşılık mukayeseli hukuktan farklı olarak Avrupa Birliği hukuku yabancı hukuk kapsamında yer almaktadır⁹⁵.

Yabancı hukukun muhtevasının tespitinde asıl iş mahkemenin araştırma yapmasıdır. Başka bir deyişle mahkemenin araştırma yapması ile tarafın bu konuda yardım etmesi ayrı ayrı ele alınacak hususlar değildir. Yabancı hukukun muhtevasının tespiti için taraflardan yardım istenmesi, mahkemenin yabancı hukuku doğru bir şekilde tatbik etme görevini ortadan kaldırmaz⁹⁶. Tarafların yardımını isteyen

TERCAN, s. 205; BÖRÜ, Levent, Medenî Usûl Hukukunda İddia ve Somutlaştırma Yükü, Ankara 2016, s. 100; KURT KONCA, Nesibe, Medenî Usûl Hukukunda Tarafların Doğruyu Söyleme Yükümlülüğü, Ankara 2016, s. 289.

⁹⁰ BLOMEYER, s. 173; HENCKEL, Wolfram, Prozessrecht und Materielles Recht, Verlag Otto Schwartz&CO, Göttingen 1970, s. 14.

⁹¹ BRÖNNİMANN, Substanziierungslast, s. 32. Ayrıca krş. BLOMEYER, s. 362.

⁹² BRÖNNİMANN, Substanziierungslast, s. 32.

⁹³ NOMER, Yabancı Kanun, s. 92; YÖNEY, s. 102.

⁹⁴ YAŞAR, s. 44.

⁹⁵ Alman hukuku bakımından Avrupa Birliği hukukunun yabancı hukuk kapsamında olmadığı açıklaması için bkz. ROSENBERG, SCHWAB, GOTTWALD, s. 623.

⁹⁶ NOMER, Usul, s. 134; TARMAN, s. 559; ERKAN, s. 552; YAŞAR, s. 90; YÖNEY, s. 103.

mahkeme, taraflarca ileri sürülen yabancı hukuk kurallarının doğru olup olmadığından kuşku duyuyorsa, yabancı hukukun içeriğinin tespiti için ayrıca yapacağı araştırma neticesinde elde ettiği bilgiler ile taraflarca sunulan bilgileri denetlemelidir. Yabancı hukuk kurallarının muhtevasını temin etmek için tarafların yardımını isteyen mahkeme, örneğin Adalet Bakanlığı Dış İlişkiler Ve Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü vasıtasıyla bu yabancı hukuk sisteminin uyumsuzluğa uygulanacak kurallarını temin etmelidir⁹⁷. Bu durum esas itibarıyla yabancı hukukun re'sen uygulanmasının mahkemenin bir görevi olmasından kaynaklanmaktadır (MÖHUK m. 2/1). Nitekim hâkim yabancı hukuk hakkında bilgi sahibi ise veya yapmış olduğu araştırma neticesinde bilgi sahibi olmuşsa, artık tarafların yardımının istenmesi söz konusu olmaz⁹⁸. Diğer taraftan taraflarca ortaya konulan yardım hâkimi bağlamaz⁹⁹.

Yabancı hukukun muhtevasının belirlenmesinde tarafların yardım etme faaliyeti, teknik anlamda bir ispat faaliyeti değildir¹⁰⁰. Gerçi yabancı hukukun muhtevasının tüm araştırmalara rağmen tespit edilememesi durumunda Türk hukukunun uygulanacak olması, yabancı hukuk kuralları lehine olan taraf bakımından olumsuz bir durum ortaya çıkarsa da, bu sonuç bir vakıanın ispatsız kalması halinde ortaya çıkan durum ile aynı değildir¹⁰¹. Yabancı hukukun muhtevasının tespit edilememesi durumunda Türk hukukunun uygulanması, yabancı hukuk kuralı lehine olan taraf bakımından bir müeyyidedir¹⁰². Bu ise yabancı hukukun muhtevasının tespitine tarafın yardımının bir yük olmadığını aksine bir yükümlülük olduğunu göstermektedir¹⁰³. Nitekim medenî usûl hukukunda tarafın bir yükümlülüğü yerine getirmemesi, tarafın bir müeyyide ile karşılaşması sonucunu doğurur¹⁰⁴.

Taraflar yardım yükümlülüğünü yabancı hukuka ilişkin kanun metinleri, doktrindeki görüşler, yargı kararları gibi hususları içeren belgeleri mahkemeye ibraz etmek suretiyle yerine getirebilir¹⁰⁵. Taraflar Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 293. maddesi kapsamında uzman görüşü almak suretiyle yabancı hukukun muhtevası hakkında beyanda da bulunabilir¹⁰⁶.

Yabancı hukukun muhtevasını tespitinde yardım etmekle yükümlü olacak taraf, yabancı hukukun uygulanmasından fayda görecektir¹⁰⁷. Gerçi Milletlerarası Özel Hukuk Ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'da bu hususta açık bir düzenleme bulunmamaktadır (MÖHUK m. 2/1). Ancak yabancı hukukun uygulanması menfaatine olmayan taraftan böyle bir yardım beklemek pratik olmaz. O

⁹⁷ Bu doğrultuda bkz. 11. HD, 07.10.2003, E. 2003/2977, K. 2003/8974 (www.lexpera.com).

⁹⁸ AKİL, s. 21.

⁹⁹ ERKAN, s. 552.

¹⁰⁰ NOMER, Yabancı Kanun, s. 87; TARMAN, s. 556; AKİL, s. 20; YÖNEY, s. 102.

¹⁰¹ NOMER, Yabancı Kanun, s. 87; YÖNEY, s. 102.

¹⁰² Buna karşılık doktrinde yabancı hukukun muhtevası konusunda mahkemeye yardım yapılmamasının herhangi bir yaptırımı olmadığı ifade edilmiştir. Bkz. EKŞİ, s. 27. Benzer şekilde, yardım mükellefiyetinin yerine getirilmemesinin, taraflara herhangi bir hukukî sorumluluk yüklemeyeceği ifade edilmiştir. Bkz. GİRAY, s. 566.

¹⁰³ Buna karşılık, tüm araştırmalara rağmen yabancı hukukun muhtevasının tespit edilememesi durumunda Türk hukuku uygulanacağından, taraftan yabancı hukukun muhtevasının tespiti için yardım istenmesi taraf için gerçek anlamda bir yardım yükümlülüğü anlamına gelmediği doktrinde ifade edilmiştir. Bkz. YÖNEY, s. 103-104.

¹⁰⁴ BRÖNNİMANN, Substanziierungslast, s. 32.

¹⁰⁵ YAŞAR, s. 89; YÖNEY, s. 102.

¹⁰⁶ ARSLAN, Yabancı, s. 81; YÖNEY, s. 102.

¹⁰⁷ ERKAN, s. 552.

halde yabancı hukukun muhtevasını tespitte yardımı istenecek taraf, yabancı hukuka dayanan taraf olmalıdır. Çünkü yabancı hukukun muhtevasının belirlenmesi, talep ve iddialarını bu hukuka dayandıran tarafın menfaatindedir¹⁰⁸.

Yardım talebinin bir zaman sınırlaması yoktur. Hâkim yabancı hukukun muhtevasını araştırırken aynı zamanda tarafların yardımına başvurabileceği gibi, yabancı hukukun muhtevasını tespitte güçlük yaşar yahut tespit edilen içerikte tereddüt ederse tarafların yardımına müracaat edebilir¹⁰⁹.

E. Yabancı Hukukun Tespit Edilememesi ve Türk Hukukunun Uygulanması

Yabancı hukukun olaya ilişkin hükümlerinin tüm araştırmalara rağmen tespit edilememesi hâlinde, Türk hukuku uygulanır (MÖHUK m. 2/2).

Yabancı unsurlu bir davada Türk hukukunun uygulanması konusunda hâkimin şarta bağlı bir yetkisi vardır. Bu şart tüm araştırmalara rağmen yabancı hukukun muhtevasının mahkemece tespit edilememiş olmasıdır¹¹⁰. Yabancı hukukun tam olarak bilinemediği veya anlaşılmadığı, muhtevasında tereddüt olduğu hallerde yabancı hukukun uygulanmasından vazgeçilerek Türk maddî hukukuna göre karar verilmelidir¹¹¹. O halde yabancı hukukun uygulanması menfaatine aykırı olan taraf, yabancı hukukun muhtevası hususunda mevcut kuşku ve tereddütleri ileri sürmesi kendi yararınadır. Taraf, yabancı hukukun muhtevasının tam anlamıyla tespit edilemediğini gerekçe göstererek Türk hukukunun uygulanmasını talep edebilir.

IV. YABANCI HUKUKUN UYGULANMASINDA TARAF ROLLERİNE İLİŞKİN ÖZEL DURUMLAR

A. TARAFLARIN YABANCI HUKUKU SEÇME HAKKININ BULUNMASI

Devletler özel hukukunda tarafların uygulanacak yabancı hukuku seçme olanağı, maddî hukuktaki “irade serbestisi” ilkesine dayanır. Anılan ilkenin devletler özel hukukundaki görünümü tarafların “hukuk seçimi” yapabilme esasıdır¹¹². Tarihi gelişim içinde önceleri, yalnızca sözleşmeden doğan borç ilişkileri alanında tarafların uygulanacak hukuku seçebilecekleri kabul edilmekte iken, bugün sözleşmeden doğan borç ilişkileri dışındaki hukukî işlem veya ilişkiler için de tarafların uygulanacak hukuku seçme olanağı kabul edilmektedir. Nitekim hukukumuzda hukukî işlemlerin şekli, evlilik mal rejimi, miras, haksız fiil ve eşya hukuku gibi alanlarda, tarafların uygulanacak hukuku belirleme olanağı bulunmaktadır¹¹³.

Doktrinde, kanunlar ihtilafı kurallarının tarafların iradesini üstün tuttuğu hallerde, uygulanması gerekli hukukun taraflarca veya ilgili tarafça ileri sürülmesinin zorunlu olabileceği, aksi halde hâkimin kanunlar ihtilafı kurallarının göstermiş olduğu yabancı hukuku uygulama zorunluluğunun devam edeceği ifade edilmektedir¹¹⁴. Yabancı hukuk, “hukuk” olarak nitelendirildiğinde tarafların uygulanacak hukuk

¹⁰⁸ NOMER, Usul, s. 134.

¹⁰⁹ ERKAN, s. 552.

¹¹⁰ ERKAN, s. 553.

¹¹¹ NOMER, Usul, s. 140.

¹¹² ÇİLİNGİROĞLU, Cüneyt, “Devletler Özel Hukuku Alanında Borç Sözleşmelerinde Hukuk Seçimi: Sübjektif Bir Bağlanma Noktası Olarak Taraf İradeleri”, MHB, C. 9, S. 2, Ocak 1989, s. 104.

¹¹³ DOĞAN, Vahit, Milletlerarası Özel Hukuk, 5. Baskı, Ankara 2019, s. 212.

¹¹⁴ NOMER, Usul, s. 132.

kuralını dilekçelerinde belirtmemiş olması eksiklik oluşturmaz (HMK m. 119/2; HMK m. 130). Hâkim, uyuşmazlığın aydınlatılmasının zorunlu kıldığı durumlarda, maddî veya hukukî açıdan belirsiz yahut çelişkili gördüğü hususlar hakkında, taraflara açıklama yaptırabilir (HMK m. 31). Dolayısıyla kanunlar ihtilafı kurallarının taraf iradesine üstünlük tanıdığı hallerde, taraflar seçmiş oldukları yabancı hukuku dilekçelerinde ileri sürmemiş olsalar dahi, mahkeme doğrudan doğruya kanunlar ihtilafı kurallarının yetkilendirdiği yabancı hukuku uygulamamalı; hâkim, davayı aydınlatma ödevi kapsamında taraflardan açıklama yapmalarını istemelidir. Bunun için mahkemenin taraflara kesin süre vermesi etkili bir çözüm olabilir. Zira kesin süre içinde yapılması gereken işlemi, süresinde yapmayan tarafın, o işlemi yapma hakkı ortadan kalkar (HMK m. 94/3). Kesin süre içinde taraf(lar)ın herhangi bir açıklama yapmaması durumunda, Türk kanunlar ihtilafı kurallarının yetkilendirdiği yabancı hukuk tatbik edilmelidir¹¹⁵.

Tarafların hukuk seçimini ne zamana kadar yapabilecekleri belirlenmelidir. Sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde uygulanacak hukukun taraflarca her zaman yapılabileceği açıkça düzenlenmiştir (MÖHUK m. 24/2). Doktrinde hukuk seçiminin yargılama aşamasında bile yapılmasına olanak tanınması gerektiği; özellikle böyle bir durumda seçimin “hâkimin hukuku” lehine olacağı, dolayısıyla hâkimin kendi hukukunu uygulama kolaylığı sağlayacağı gerekçesiyle ileri sürülmektedir¹¹⁶. Hukuk seçiminin zamanına ilişkin yasal düzenleme (MÖHUK m. 24/3), tarafların yargılama yapılırken de hukuk seçebilmesine olanak tanıyacak biçimde düzenlenmiştir. Ancak Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun yargılama aşamaları ve düzenlemeleri dikkate alınarak bunun sınırlanması gerekmektedir. Kanaatimizce taraflar en geç ön inceleme duruşması tamamlana kadar hukuk seçimi yapabilir; ön inceleme aşaması tamamlandıktan sonra artık kural olarak taraflar hukuk seçimi yapamamalıdır. Bir dava için ön inceleme aşaması, davanın görülebilmesinin hazırlık işlemlerinin yapıldığı aşama olarak anılabilir. Bu cümleden olmak üzere mahkeme ön inceleme aşamasında, dava şartlarını ve ilk itirazları inceler, uyuşmazlık konularını tam olarak belirler, hazırlık işlemleri ile tarafların delillerini sunmaları ve delillerin toplanması için gereken işlemleri yapar, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği davalarda onları sulhe veya arabuluculuğa teşvik eder (HMK m. 137/1). Mahkeme ön inceleme duruşmasında anılan hazırlık işlemlerinin tamamlanması için taraflara da söz vermek suretiyle gerekli kararları alır. Ön inceleme duruşmasında yapılan işlemler ve alınan kararlar ön inceleme tutanağına kaydedilir. Tahkikat bu tutanak esas alınmak suretiyle yürütülür (HMK m. 140/3). Dolayısıyla taraflar, hukuk seçimi yapacak ise de bu seçimi tahkikat aşamasına geçmeden yapmalıdır. Bu zorunluluk sadece ön inceleme aşamasının varlığından kaynaklanmaz. Yargılamanın makûl sürede tamamlanması suretiyle adil yargılanma hakkının tesis edilmesi gerekliliği, tarafların hukuk seçimini belli bir süre ile sınırlamayı gerektirir. Nitekim adil yargılanma hakkı ile doğrudan ilgili olan usûl ekonomisi ilkesi Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda da açıkça düzenlenmiştir (HMK m. 30). Buna göre hâkim, yargılamanın makûl süre içinde ve düzenli bir biçimde yürütülmesini ve gereksiz gider

¹¹⁵ Medenî usûl hukukunda hâkimin verdiği kesin süre ve kesin sürenin etkileri hakkında bkz. ÖZÇELİK, Volkan, “Medeni Usul Hukukunda Hâkimin Verdiği Kesin Süre”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 129, 2017, s. 133 vd.

¹¹⁶ Bu hususta bkz. ÖZDEMİR KOCASAKAL, Hatice, “Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun MÖHUK m. 24 Çerçevesinde Tespiti Ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları”, MHB, Yıl: 30, S. 1-2, 2010, s. 31.

yapılmamasını sağlamakla yükümlüdür. Dolayısıyla mahkeme gerekirse taraflara bu hususta kesin süre vererek, tarafların hukuk seçimini tahkikat aşamasına geçmeden önce yapmasını sağlamalı; tahkikat aşamasında ise taraflar arasında çekişme konusu olan vakıalar dikkate alınarak uygulanacağı belirlenen hukuk kuralları çerçevesinde yargılama yapılmalıdır.

B. YABANCI HUKUKUN İÇERİĞİ HUSUSUNDA TARAFLARIN ANLAŞMASI

Taraflar kanunlar ihtilafı kurallarına göre uygulanacak yabancı hukukun muhtevası hususunda anlaşmaya varırsa, bu anlaşmanın hâkim için bağlayıcı olup olmadığı ele alınmalıdır. Bu durum özellikle yabancı hukukun muhtevasının tespitine yardım etme yükümlülüğünü yerine getiren tarafın yabancı hukukun muhtevası hususunda ileri sürmüş olduğu beyanlara karşı, diğer tarafın itiraz etmemesi durumunda değerlendirilmelidir. Acaba böyle bir durumda mahkeme, karşı tarafın itiraz etmemesinden bahisle yabancı hukukun muhtevasını yardım eden tarafın beyanı doğrultusunda dikkate alarak karar mı vermeli; yoksa tarafların bu mutabakatına rağmen yabancı hukukun muhtevasını araştırmalı mıdır?

Hukuk sistemimiz için yabancı hukuk, “hukuk” niteliğindedir (MÖHUK m. 2)¹¹⁷. Yabancı hukukun bu niteliğinin gereği olarak, hâkim yabancı hukuku tarafların katılımı olmasa bile re’sen uygulamak zorundadır. Bunun bir sonucu olarak, yabancı hukukun içeriği hususunda tarafların anlaşmaları hâkimi bağlamaz¹¹⁸. Dolayısıyla tarafların açık veya zımnî olarak yabancı hukukun muhtevası hakkında yaptıkları anlaşma, hâkim için bağlayıcı olmamalıdır. Hâkim tarafların bu iradelerinden bağımsız olarak uygulanacak yabancı hukuku re’sen tespit etmeli ve bu hukuk sistemine ilişkin kuralları olaya uygulamalıdır¹¹⁹.

C. KANUN YOLU İNCELEMESİNDE YABANCI HUKUKUN UYGULANMASININ DENETİMİ

Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda nelerin istinaf sebebi olabileceği tek tek sayılmamış; ayrıca Kanun’da istinaf sebepleri konusunda bir sınırlama da yapılmamıştır. İstinaf incelemesinde, istinafın niteliğinin gereği olarak, hem hukukîlik hem de maddî vakıalar ve deliller bakımından inceleme yapılabilir¹²⁰. Dolayısıyla uygulanacak yabancı hukuk sisteminin doğru bir şekilde tespit edilip edilmediği (kanunlar ihtilafı kurallarının doğru uygulanıp uygulanmadığı) ve yabancı hukuk kurallarının olaya doğru uygulanıp uygulanmadığı istinaf incelemesinin konusunu oluşturabilir. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus, istinaf incelemesinin kural olarak istinaf dilekçesinde belirtilen sebeplerle sınırlı olarak yapılmasıdır (HMK m. 355). Bu nedenle istinaf dilekçesinde yabancı hukukun uygulanması hususundaki

¹¹⁷ ERKAN, s. 545-546.

¹¹⁸ YÖNEY, s. 51-52.

¹¹⁹ Tarafların anlaşmak suretiyle hâkimin hukuku re’sen uygulaması ilkesi üzerinde tasarrufta bulunup bulunamayacakları konusu doktrinde tartışmalıdır. Ancak hâkim görüş, tarafların anlaşmak suretiyle mahkemeyi bağlayıcı bir tasarrufta bulunamayacakları şeklindedir. Bu husustaki görüşler ve açıklamalar için bkz. AKİL, s. 7 vd.

¹²⁰ YILMAZ, Ejder, İstinaf, 2. Baskı, Ankara 2005, s. 62; ÖZEKES, Muhammet, “Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu’nda Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Kanun Yolu İncelemesi –Özellikle İstinaf-”, Legal Hukuk Dergisi, C. 2, S. 23, 2004, s. 3105; AKKAYA, Tolga, Medenî Usûl Hukukunda İstinaf, Ankara 2009, s. 188-189; ÖZEKES, Pekcanitez Usûl, s. 2206; MERAKLI YAYLA, Deniz, Medenî Usûl Hukuku’nda İstinaf Kanun Yolunda Yeniden Tahkikat Yapılması, Ankara 2014, s. 66.

istinaf sebeplerinin eksiksiz biçimde yazılmış olması gerekir (HMK m. 342/2-e). Kural bu olmakla birlikte, bölge adliye mahkemesi kamu düzenine aykırılık hallerini re'sen nazara alır (HMK m. 355). Dolayısıyla yabancı hukukun uygulanması Türk kamu düzenine aykırılık oluşturursa, bu durum bölge adliye mahkemesi tarafından re'sen gözetilmelidir¹²¹.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na göre, hukukun yanlış uygulanması temyiz incelemesinde bir bozma nedenidir (HMK m. 371/1-a). Yabancı hukukun uygulanması bakımından iki nedenle temyiz incelemesi söz konusu olabilir. Bunlardan ilki, uygulanacak yabancı hukukun hatalı tespit edilmesi yahut uyuşmazlığa yabancı hukuk uygulanması gerekirken Türk Hukuku uygulanmasıdır¹²². İkincisi, uyuşmazlığa uygulanacak yabancı hukuk doğru bir şekilde tespit edildikten sonra, bu hukuk sistemine ilişkin kuralların olaya yanlış uygulanması halidir¹²³. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndaki düzenlemede yer alan "hukuk" ifadesinin (HMK m. 371/1-a), yabancı hukuku da kapsadığı kabul edilmektedir. Bu nedenle yabancı hukukun olaya uygulanmasında yapılan hatalar, temyiz incelemesi kapsamında yer almalıdır¹²⁴. Dolayısıyla taraflar hem kanunlar ihtilafı kurallarının hem de yabancı hukukun yanlış uygulanmasını temyiz sebebi olarak ileri sürebilir. Ancak taraflar bunu ileri sürmemiş olsa bile, Yargıtay bu hususları bozma sebebi yapabilir. Çünkü her ne kadar taraflar, temyiz dilekçesine temyiz sebeplerini yazmak durumunda olsa da (HMK m. 364/1); Yargıtay temyiz incelemesinde tarafların ileri sürdükleri temyiz sebepleriyle bağlı olmayıp, kanunun açık hükmüne aykırı gördüğü diğer hususları da inceleyebilir (HMK m. 369/1).

SONUÇ

Yabancı hukukun olaya uygulanması için öncelikli olarak kanunlar ihtilafı kurallarına göreyetkili yabancı hukukun tespiti gereklidir. Sonrasında ise bu hukuk sisteminin muhtevası belirlenmelidir. Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanun m. 2/1'e göre hâkim, yabancı hukukun muhtevasını tespit ederken tarafların yardımını isteyebilir. Taraflara isabet edecek bu hal, medenî usûl hukuku bakımından bir yükümlülük niteliğindedir.

Hâkim, yabancı hukukun muhtevasını tespit ederken taraflardan yardım istese dahi yabancı hukukun olaya doğru bir şekilde uygulanmasından sorumludur. Dolayısıyla tarafların yardımına müracaat eden hâkim, yabancı hukukun muhtevasını araştırmak durumundadır. Taraflar ise medenî usûl hukukunun kendilerine verdikleri olanaklar ile hâkimin tespit ettiği muhteva hakkında söz sahibidir. Eş söyleyişle yabancı hukukun tespiti için tarafların yardımına müracaat edilmese dahi, taraflar önemli hak ve yetkilere sahiptir. Esasında bu durum yabancı hukukun uygulanmasından yahut uygulanmamasından dolayı menfaat sahibinin taraflar

¹²¹ Milletlerarası hukukta kamu düzeni, kanunlar ihtilafı kurallarına göre uygulanması gereken bir yabancı hukukun, kamu düzenine aykırı olması nedeniyle hâkimin ülkesinde uygulanmasına engel olur. Kamu düzeni kuralları hâkim tarafından re'sen göz önünde tutulurlar. Bkz. ALTUĞ, Yılmaz, YASAN, Mustafa Yasan, "Milletlerarası Özel Hukukta Kamu Düzeni", Prof. Dr. Ergun Önen'e Armağan, İstanbul 2003, s. 142. Ayrıca bkz. s. 146 vd.

¹²² GÖGER, s. 135; NOMER, Usul, s. 141; EKŞİ, s. 52-53.

¹²³ Kanunlar ihtilafı normları yabancı bir hukuk nizamını yetkili kabul ettiği takdirde, bununla, yürürlükteki yabancı hukukun ifade edildiği ve dolayısıyla hakimin, yabancı hukukun kendi menşee ülkesindeki hakimlerce hangi şekliyle ve nasıl yorumlandığını ve uygulandığını tespit etmek zorunda olduğu hususunda bkz. NOMER, Yabancı Kanun, s. 36.

¹²⁴ EKŞİ, s. 54.

olmasından ileri gelmektedir. Nitekim yabancı hukukun olaya ilişkin hükümlerinin tüm araştırmalara rağmen tespit edilememesi durumunda Türk Hukuku uygulanır (MÖHUK m. 2/2). Aynı durum Alman hukuku ve İsviçre hukuku için de geçerlidir.

Kanunlar ihtilafı kuralları millî hukuk sistemine dâhil olmakla birlikte, taraflarca getirilme ilkesi geçerli olan medenî usûl hukukumuzda bu kuralların uygulanması için gerekli bağlama noktası olan vakıaların taraflarca ileri sürülmesi zorunludur. Ayrıca bu vakıalar taraflar arasında çekişmeli olursa, taraflarca gösterilen deliller ile bu vakıaların ispatı gereklidir (HMK m. 25).

Hâkim, yabancı hukukun muhtevası hakkında bilgi sahibi ise, ayrı bir araştırma yapmadan yabancı hukuku olaya uygulayabilir. Ancak mahkeme hukukî dinlenilme hakkının bir gereği olarak taraflara bu hususta açıklama hakkı vermelidir. Kendisine açıklama hakkı verilen taraf, yabancı hukukun muhtevasına ilişkin açıklamalarda bulunabilir. Bu sayede yabancı hukukun doğru bir şekilde olaya uygulanmasına etki edebilir.

Yabancı hukukun muhtevasının tespitinde başvurulabilecek kaynaklardan birisi adlî yardım anlaşmalarıdır. Taraflar iki ve çok taraflı anlaşmalar kapsamında, anlaşmaya taraf ülkenin ilgili biriminden yardım alınması talebinde bulunabilir. Böylece yabancı hukukun muhtevası doğrudan kaynağından öğrenilebilir. Bu kaynak için en önemli sorun çeviri hatası yapılabilmesidir. Adlî yardım talep yazısının ve bu yazıya istinaden verilen cevabın oluşturulmasında, hukukî terminolojiye uygun davranılması ve bu terminolojinin ilgili yabancı dildeki karşılığı doğru bir şekilde kullanılarak çevirilerin oluşturulması önemlidir. Bu noktada taraflar adlî yardım talep yazısının doğru bir şekilde oluşturulmasına etki edebilmeli ve gelen cevap yazısının yabancı hukukun muhtevasına uygun olup olmadığına itiraz edebilmelidir.

Yabancı hukukun muhtevasının belirlenmesinde bilirkişi incelemesine müracaat edilebileceği kabul edilmelidir. Hâkim re'sen veya taraflardan birisinin talebi üzerine yabancı hukukun muhtevasını tespit için bilirkişiye başvurabilir (HMK m. 266). Bilirkişinin uzmanlık alanındaki bilgilerini mahkemeye aktardığı düşünüldüğünde, mahkemece seçilecek bilirkişinin hakkında bilgi alınacak yabancı hukuk alanında uzman olması gerekir. Ayrıca taraflar, bilirkişi raporunun kendilerine tebliğinden itibaren iki hafta içinde raporda gördükleri eksik hususların bilirkişiye tamamlattırılmasını; raporda belirsizlik gösteren hususlar hakkında bilirkişinin açıklama yapmasının sağlanmasını veya yeni bilirkişi atanmasını talep edebilir (HMK m. 281/1). Diğer taraftan taraflar, yabancı hukukun muhtevasının tespiti maksadıyla uzman görüşü olarak bilirkişi raporuna itiraz edebilir (HMK m. 293).

Yetkili yabancı hukukun tespit edilmesi ve yabancı hukukun muhtevasının somut olaya uygulanması istinaf incelemesinde taraflarca istinaf sebebi yapılabilir. Ayrıca yabancı hukukun uygulanmasında hata edilmesi temyiz sebebidir (HMK m. 371/1-a).

KAYNAKÇA

AKİL, Cenk, Hâkimin Hukuku Kendiliğinden Uygulaması İlkesi, AÜHFD, C. 57, S. 3, 2008, s. 1-32.

AKKAYA, Tolga, Medenî Usûl Hukukunda İstinaf, Ankara 2009.

ALANGOYA, Yavuz, Medenî Usûl Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler, İstanbul 1979.

ALTUĞ, Yılmaz, YASAN, Mustafa, Milletlerarası Özel Hukukta Kamu Düzeni, Prof. Dr. Ergun Önen'e Armağan, İstanbul 2003, s. 139-150.

ARSLAN, İlyas, Yabancı Unsurlu Özel Hukuk Uyuşmazlıklarında Makul Sürede Yargılanma Hakkı ile Yabancı Hukukun İçeriğinin Temin Edilmesi Arasındaki İlişki, MHB, C. 37, S. 2, s. 60-94 (Yabancı).

ARSLAN, Ramazan, Medenî Usûl Hukukunda Dürüstlük Kuralı, Ankara 1989 (Dürüstlük).

AYGÜN, Mesut, "Yabancılık Unsurunun Mahiyeti Ve Yargılamadaki Rolü", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, Özel Sayı: Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, 2014, s. 1025-1066.

BECKER-EBERHARD, Ekkehard, "Dava Malzemesinin Taraflarca Getirilmesi İlkesinin Esasları ve Sınırları (Grundlagen und Grenzen des Verhandlungsgrundsatzes)", *İlkeler Işığında Medenî Yargılama Hukuku*, 7. Baskı, İstanbul 2012, s. 17-38.

BLOMEYER, Arwed, Zivilprozessrecht: Erkenntnisverfahren, 2. Auflage, Berlin 1985.

BÖRÜ, Levent, Medenî Usûl Hukukunda İddia ve Somutlaştırma Yükü, Ankara 2016.

BRÖNNIMANN, C. Jürgen, Die Behauptungs- und Substanziierungslast im schweizerischen Zivilprozessrecht, Stämpfli&Cie Verlag AG, Bern 1989 (Substanziierungslast).

BRUNNER, Alexander, GASSER, Dominik, SCHWANDER Ivo(LEU, Christian), Schweizerische Zivilprozessordnung ZPO Kommentar, 2. Auflage, Dike Verlag, Zürich 2016.

ÇİLİNGİROĞLU, Cüneyt, "Devletler Özel Hukuku Alanında Borç Sözleşmelerinde Hukuk Seçimi: Sübjektif Bir Bağlanma Noktası Olarak Taraf İradeleri", Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, C. 9, S. 2, Ocak 1989, s. 103-120.

DOĞAN, Vahit, Milletlerarası Özel Hukuk, 5. Baskı, Ankara 2019.

EKŞİ, Nuray, "Yabancı Hukukun Tespiti Ve Uygulanması –Mukayeseli Bir İnceleme-", Legal Uluslararası Ticaret Ve Tahkim Hukuku Dergisi, C. 3, S. 1, 2014, s. 3-94.

ERKAN, Mustafa, "Türk Milletlerarası Özel Hukuk Sisteminde Yabancı Hukukun Tatbiki: Olan vs. Olması Gereken", Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Konular Sempozyumu, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi 21-22 Nisan 2016 Eskişehir, Sempozyum Bildirileri ve Tartışmalar, Ankara 2016, s. 543-555.

GEHRİ, Myriam A., JENT-SØRENSEN, Ingrid, SARBACH, Martin(SCHMİDT, Roland), ZPO Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Auflage, Orel Füsli Verlag AG, Zürich 2015.

GİRAY, Faruk Kerem, “Milletlerarası Özel Hukuk Hakkaniyetinin 5718 Sayılı MÖHUK Kapsamında Değerlendirilmesi”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. VIII/2-IX/1, Özel Sayı: Prof. Dr. Erhan Adal’a Armağan, 2011, s. 555-577.

GÖGER, Erdoğan, Devletler Hususî Hukuku (Kanunlar İhtilafı), 4. Bası, Ankara 1977.

GULDENER, Max, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Auflage, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich 1979.

GRUNSKY, Wolfgang, Grundlagen des Verfahrensrechts, 2. Auflage, Verlag Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld 1974.

HAUSHERR, Heinz, WALTER, Hans Peter (BRÖNNIMANN, Jürgen), ZPO, Band I: Art. 1-149 ZPO; Band II: 150-352 ZPO und Art. 400-406 ZPO, Schweizerische Zivilprozessordnung, Berner Kommentar, Stämpfli Verlag AG, Bern 2012 (Kommentar).

HENCKEL, Wolfram, Prozessrecht und Materielles Recht, Verlag Otto Schwartz&CO, Göttingen 1970.

DOEHRİNG, Karl, (Çeviren: Ahmet Mumcu), Genel Devlet Kuramı (Genel Kamu Hukuku), 3. Baskı, Ankara 2015.

KOÇAK, Mustafa, “Batı’da Ve Türkiye’de Egemenlik Anlayışının Değişimi Devlet ve Egemenlik (Eski Kavramlar-Yeni Anlamlar)”, Ankara 2006.

KURT KONCA, Nesibe, Medenî Usûl Hukukunda Tarafların Doğruyu Söyleme Yükümlülüğü, Ankara 2016.

MERAKLI YAYLA, Deniz, Medenî Usûl Hukuku’nda İstinaf Kanun Yolunda Yeniden Tahkikat Yapılması, Ankara 2014.

NOMER, Ergin, Davada Yabancı Kanun, İstanbul 1972 (Yabancı Kanun).

NOMER, Ergin, Milletlerarası Usul Hukuku, İstanbul 2009 (Usul).

NOMER, Ergin, Devletler Hususî Hukuku, 20. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2013 (Hususî).

ÖZÇELİK, Volkan, “Medeni Usul Hukukunda Hâkimin Verdiği Kesin Süre”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 129, 2017, s. 133-160 (Süre).

ÖZÇELİK, Volkan, Türk Medenî Usûl Hukukunda Taraflarca Getirilme İlkesi, Ankara 2020 (Taraflarca).

ÖZDEMİR KOCASAKAL, Hatice, “Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun MÖHUK m. 24 Çerçevesinde Tespiti Ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Yıl: 30, S. 1-2, 2010, s. 27-88.

ÖZEKES, Muhammet, Medenî Usûl Hukukunda Hukukî Dinlenilme Hakkı, Ankara 2003 (Hukukî Dinlenilme).

ÖZEKES, Muhammet, “Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu’nda Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Kanun Yolu İncelemesi –Özellikle İstinaf-, Legal Hukuk Dergisi, C. 2, S. 23, 2004, s. 3103-3116 (İstinaf).

ÖZEKES, Muhammet, “Dava Dilekçesinde Hukukî Sebep Bildirmek Zorunludur”, Halûk Konuralp Anısına Armağan, C. 1, Ankara 2009, s. 745-788 (Hukukî Sebep).

ÖZEKES, Muhammet, HMK Bakımından Dava Dilekçesinde Eksiklik Halinde Yapılması Gereken İşlemler, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, Özel Sayı: Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan, 2014, s. 263-300 (Dava Dilekçesinde).

PEKCANITEZ, Hakan, Medenî Usûl Hukuku, 15. Bası, İstanbul 2017.

PRÜTTING, Hanns, GEHRLEIN, Markus, *ZPO Kommentar*, 1. Auflage, Köln 2010.

REMIEN, Oliver, “Germany: Proof of and Information About Foreign Law – Duty to Investigate, Expert Opinions and a Proposal for Europe”, Treatment of Foreign Law- Dynamics towards Convergence? (Editör: Yuko Nishitani), Ius Comparatum- Global Studies in Comparative Law, C. 26, 2017, s. 183-220.

ROSENBERG, Leo, SCHWAB, Karl Heinz, GOTTWALD, Peter, Zivilprozessrecht, 17. Auflage, Verlag C. H. Beck, München 2010.

RÜZGARESEN, Cumhur, Medeni Muhakeme Hukukunda Usul Ekonomisi İlkesi, Ankara 2013.

SCHILKEN, Eberhard, “Medenî Yargılamada Hâkimin Rolü”, *İlkeler Işığında Altında Medenî Yargılama Hukuku*, 7. Baskı, İstanbul 2012 (Çeviren: Deren-Yıldırım, Nevhis), s. 39-59.

STEIN, Friedrich, JONAS, Martin, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 22. Auflage, Bd. 3, § 128-252, Mohr Siebeck, Tübingen 2005.

STÖCKLIN, Sabine Asprien, Die Verhandlungsmaxime im schweizerischen Zivilprozessrecht, de lege lata und de lege ferenda, Basel 2008.

SUTTER-SOMM, Thomas, HASENBÖHLER, Franz, LEUENBERGER, Christoph(**HASENBÖHLER, Franz**), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich 2016.

TANRIVER, Süha, Medenî Usûl Hukuku, C. 1 (Temel Kavramlar ve İlk Derece Yargılaması), Ankara 2016.

TARMAN, Zeynep Derya, Turkey: The Treatment of Foreign Law in Turkey, Treatment of Foreign Law- Dynamics towards Convergence? (Editör: Yuko Nishitani), Ius Comparatum- Global Studies in Comparative Law, C. 26, 2017, s. 549-561.

TERCAN, Erdal, “Medenî Usûl Hukukunda Gerçeği Söyleme Yükümlülüğü”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. M. Şakir Berki’ye Armağan, Konya 1996, s. 181-212.

YAŞAR, Tuğçe Nimet, “Türk Mahkemelerinde Yabancı Hukukun Uygulanması”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, C. 33, S. 2, s. 75-114.

YILMAZ, Ejder, İstinaf, 2. Baskı, Ankara 2005.