

MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKTA İSPATA UYGULANACAK HUKUKUN TESPİTİ

Yrd.Doç.Dr. Vahit DOĞAN*

İÇİNDEKİLER

- I. Maddi Hukuk Alanında İspat Yüğü
 - A) İspat Yüğü'nün Açıklanması
 - 1. İspat Kavramı
 - 2. İspat Yüğü
 - a) Genel Olarak
 - b) İspat Yüğü'nün Dağılımı
 - aa) İspat Yüğü'nün Dağılımına İlişkin Genel Kural
 - bb) İspat Yüğü'ne İlişkin Özel Durumlar
 - B) Delil-İspat Yüğü İlişkisi
 - 1. Delil
 - a) Delil Kavramı
 - b) Delil Çeşitleri
 - aa) Kanuni delil(Kesin Delil)-Takdiri delil
 - bb) Doğrudan Doğruya Delil-Dolayısıyla Delil
 - cc) Akdi Delil (Delil Sözleşmesi)
 - 2. İspat Yüğü-Delil Gösterme Yüğü İlişkisi
 - C) İspat Yüğü'nün Hukukî Mahiyeti
- II. Milletlerarası Özel Hukuk Alanında İspat Yüğü
 - A) İspat Yüğü Ve Karinelerin Tabi Olduğu Hukukun Tespiti
 - B) İspat Usulü ve İspat Vasıtalarının Tabi Olduğu Hukukun Tespiti
 - 1. İspat Usulü
 - 2. İspat Vasıtalarının Uygunluğunun Tespiti
 - 3. Yabancı İrtibatlı İspat Vasıtaları
 - a) Senetler

* S.Ü. Hukuk Fakültesi Devletler Özel Hukuku Anadilim Dalı Öğretim Üyesi

- b) Yemin
 - c) Tarafların İsticvabı
 - d) Şahit
 - e) Bilirkişi
 - f) Keşif
 - g) Delil Sözleşmesi
- III. Sonuç

MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKTA İSPATA UYGULANACAK HUKUKUN TESPİTİ

I. Maddi Hukuk Alanında İspat Yükü

Bir hakkın gerçek anlamda var olup olmadığını inceleyip bir karara varmak çok güç hatta imkansız denecek derecede zor bir iştir. Bu nedenledir ki, hukuk hayatı konuya pozitivist açıdan yaklaşmaktadır. Burada karşımıza çıkan mesele, ispat edilmeyen bir hak hukukî bakımdan var mıdır? Hukukî himayeden faydalanacak mıdır? Yoksa iddia edilen hak ispat edilemediği için yok farzedilecek ve hukukî himayeye konu olmayacak mıdır?

Bir hakkın varlığı veya yokluğu onun ispat edilip edilmesine bağlı değildir. Bir hak ya vardır ya da yoktur. Nitekim bütün diğer ilişkilerde de gerçeğin var olup olmaması, onun ispat edilip edilmemesinden tamamen ayrı ve bağımsızdır. Fakat, gerçeğin varlığından şüphe edildiği zaman, onun varlığına kanaat getirilebilmek için beyyineye ihtiyaç vardır. Bir hakka itiraz edildiği, yani bir kişinin iddia ettiği bir hakka diğer bir kişi itiraz ettiğinde önemli olan şey, hakimin delillerle o hakkın varlığı hususunda ikna edilmesidir¹.

Bir hakkı yaşatan ve onu ayakta tutan kuvvet ispat vasıtalarıdır. Bir kişinin mahkemelerden hukukî himaye talebinde bulunabilmesi için, dava şartlarının tam olması ve tarafların dava ehliyetine sahip olması yeterlidir. Ancak, davanın kabul edilmesi demek, iddia edilen hakkın hukukî himayeye konu olacağı anlamına gelmez. Hukukî himayenin

1 SCHWARZ, A. B.; Medeni Hukuka Giriş, İstanbul 1942, s. 173; UMAR, B.; İspat Yükü Kavramı ve Diğer Bazı Kavramlar, İHFM. 1962, s.792; ÜSTÜNDAĞ, S.; Medeni Yargılama Hukuku, İstanbul 1992, s.598; ROSENBERG/SCHWAB; Zivilprozessrecht, München, 1986, s.683.

sağlanabilmesi için, iddia edilen hakkın ispat edilmesi gereklidir. İspat edilememesi durumunda iddia edilen hakkın hukukî manada varlığı kabul edilmemiş demektir. Başka bir ifade ile, varlığı ispat olunamayan bir hakkın varlığı yokluğuna müsavidir.

Bir davada tarafların karşılıklı olarak ileri sürmüş oldukları iddialarını ispat etmiş olup olmamaları, hakkın kazanılması veya kaybedilmesi üzerinde önemli etkisi vardır. Bu sebeple, bir hakkın varlığı veya yokluğunun tayini, onun ispatı için ileri sürülmüş olan delillerin ispat edilmiş olup olmamasına bağlıdır². İspat edilemeyen hak, hukukî himayeden de yararlanamayacaktır.

Maddi hukuk alanında bir hakkın varlığının kabul edilip hukukî himayeden yararlanabilmesi için ispat edilmiş olmasına bağlı olması, milletlerarası unsuru havi hukukî ilişkiler bakımından da geçerlidir. Bu sebeple milletlerarası unsuru havi hukukî ilişkiler bakımından ispat yükünün tabi olması gereken hukukun tespit edilmesinde fayda vardır. Bu çalışmada ana hatları ile ispat yükünün tabi olduğu hukuku tespit etmeye çalışacağız. Ancak, öncelikle maddi hukuk alanındaki ispat yükü hakkında bilgi vermekte fayda vardır.

A) İspat Yükünün Açıklanması

İspat yükünü açıklarken, önce ispat kavramı hakkında kısaca bilgi vermekte fayda vardır.

1. İspat Kavramı

Lügat anlamı itibarıyla ispat, "doğruyu delil göstererek ortaya koymak, delil ve şahitle bir fikrin sihhatini göstermektir"

2 AKİPEK, J.G.; Türk Medeni Hukuku, C.I, Başlangıç Hükümleri-Şahsın Hukuku, cüz.I, Medeni Kanununun Başlangıç Hükümleri, Ankara 1973, s.193.

veya "tanık ve delil göstererek işin doğrusunu ortaya çıkarmak"tır³.

Bir davada uyuşmazlığın çözümlenebilmesi için, uyuşmazlık konusu vakianın aydınlatılması, açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Davada taraflar, hakkın varlığı veya yokluğu hususunda muhtelif vakialara dayanırlar. Dava konusu yapılan hakkın gerçekten var olup olmadığının anlaşılması maddi hukukun o hakkın doğumunu veya sona ermesini kendisine bağladığı vakıaların doğru olup olmadığının tespit edilmesi ile mümkündür.

İspat, dava konusu hakkın ve buna karşı yapılan savunmanın dayandığı vakıaların var olup olmadıkları hakkında mahkemeye kanaat verilmesi işlemidir⁴. Doktrinde ispat kendi içinde asıl ispat, karşı ispat ve aksini ispat olmak üzere üçe ayrılmaktadır.

Asıl ispat; istemin konusu ile ilgili hukuki sonucu öngören hukuk normundaki öge olayların gerçekleştiği hakkında yargıçta kanaat uyandırmak için girilen inandırma eylemidir. Bu yapıldıktan sonra, karşı taraf (hasım) yargıçta uyandırılmış olan kanaati sarsmak için karşı inandırma faaliyetinde bulunur ki, bu da karşı ispat adını almaktadır. Karşı ispat, yalnızca karşı tarafın delillerini veya onun dayandığı belirtileri çürütmek şeklinde değil de doğrudan doğruya ispat edilmiş sayılan olayların tam tersini ispat

3 Meydan-ı laurus, C.6, s.472

4 KURU, B.; Hukuk Muhakemeleri Usulü El Kitabı, Ankara1995, s.415; ÜSTÜNDAĞ, s.599; EDİS, S.; Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Ankara, s.361; ÖZTAN, B.; Medeni Hukukun Temel Kavramları, Ankara 1995, s.194; OĞUZMAN, M.K.; Medeni Hukuk Dersleri, İstanbul 1978, s.195; BERKİN, N.; Tatbikatçılara Medeni Usul Hukuku Rehberi, İstanbul 1981, s.727; KURU, B./ARSLAN, R./YILMAZ, E.; Medeni Usul Hukuku, Ankara 1995, s.340; ROSENBERG/SCHWAB, s.683; BİLGE, N./ÖNEN, E.: Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, b. 3, Ankara 1978, s.491.

şeklinde yapılırsa buna aksini ispat denmektedir⁵. İspat kavramının bu anlamlarını da içine alabilecek bir tanım şu şekilde yapılabilir: "Bir olayın veya bir hukuki durumun varlığı veya yokluğu hakkında yargıçta kanaat uyandırmak için girişilen inandırma eylemine ispat denilir⁶.

İspatın konusu vakialardır. Bu vakıalar dış dünyada meydana gelen vakıalar olabileceği gibi, iç alemde cereyan eden vakıalar da olabilir. Burada önemli olan, "ihtilafı olmayan bir hususun" ispat konusu olmaması gerektiği ve "herkes tarafından bilinen" olaylar ile ihtilafın çözümü ile görevli olan makamın bilmesi gereken olayların ispata ihtiyaçları yoktur. Burada önemli olan bir husus da, ispatın konusunu teşkil eden ihtilafı olayları taraflardan hangisinin ispat etmesi gerektiği meselesidir. Bu ise, ispat yükü ile ilgilidir.

2. İspat Yükü

a) Genel Olarak

Hakim önüne gelen bir uyuşmazlıkta çekişmeli hususları tespit ettikten sonra, bu hususların ispatının taraflardan hangisine düşeceği konusu ile karşılaşır ki, bu da ispat yükü ile ilgilidir. İspat yükü, "belli bir vakıanın gerçekleşmiş olup olmadığının anlaşılabilmesi, yani olayın ispatsız kalması yüzünden yargıcın aleyhte bir kararı ile karşılaşmak tehlikesi" olarak tanımlanmaktadır⁷. Diğer bir tanımlamaya göre ispat yükü, "belli bir vakıayı (olguyu) davada taraflardan birinin ispat etmesi zorunluluğunu" ifade eder, o suretle ki bu mecburiyet altında bulunan kimse bu mükellefiyeti yerine getirmese o

5 UMAR,B./YILMAZ,E.; İspat Yükü, 2.b., İstanbul 1980, s.2; TOUR, P.; Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, Zürich 1948, s.49; ÜSTÜNDAĞ, s.601.

6 UMAR/YILMAZ, s.2; TOUR, s.51.

7 TEKİNAY, S.S.; Medeni Hukuka Giriş Dersleri, İstanbul 1984, s.191; EDİS, s.371; YAVUZ, N.; Adli İspat, AD.1977(5-6) s.381.

vakıa ispat edilmemiş sayılacak ve hukukî neticeler ona göre taayyün edecektir⁸.

İkinci tanımda da görüldüğü gibi, bazı yazarlar ispat yükünü, ispat mükellefiyeti olarak görmektedirler. Hukuk alanında mükellefiyetten bahsedebilmek için, yerine getirilmediği takdirde bir müeyyide ile karşılaşılmalıdır. Bu müeyyide aynen ifa veya gecikme tazminatı şeklinde olmaktadır. Oysa, ispat yükü kendisine düşen tarafın, ispat yükünü yerine getirememesi halinde bahsedilen müeyyideler söz konusu olmamakta ve ne yargıç ne de karşı taraf bunun yerine getirilmesini, yani ispat edilmesini isteyememektedir. Ancak, burada da bir müeyyide bulunmaktadır. Şayet ispat yükü kendisine düşen taraf davacı ise, iddia ettiği hakkın varlığını ispat edememesi yüzünden aleyhine hüküm verilmesine sebep olmakta; davalı ise, savunmasını ispat edememiş olmasından dolayı yine aleyhine hüküm verilmesine neden olmaktadır. Bu sebeplerden dolayı ispat yükü bir mükellefiyet olarak görülemez.

b) İspat Yükünün Dağılımı

İspat yükünün davada taraflardan hangisine düşeceği meselesi önem arz etmektedir. Doktrinde, ispat yükünün paylaşılmasının kesin formüllere bağlanmasının imkansız olduğu savunulmaktadır⁹. Buna rağmen, ispat yükünün paylaşılmasına ilişkin muhtelif kuramlar ortaya atılmıştır.

"Olumsuzluk kuramına" göre, "olumsuz olan ispat olunamaz". Buna göre, olumsuz bir olayı ileri sürmüş olan taraf

8 POSTACIOĞLU, İ. E.: Medeni Usul Hukuku Dersleri, b. 6, İstanbul 1975, s. 460; BERKİN, s.751.

9 BİLGE/ÖNEN, s.500; ÜSTÜNDAĞ, s.600

olumlu olayı inkar etmiştir. Bu nedenle de olumlu olayı iddia eden onu ispat etmelidir.

"Karineler kuramına" göre, uyuşmazlıkta bir karineye dayanan tarafa ispat yükü düşmez. İspat yükü karşı tarafa aittir.

Davada bir hak iddiasında bulunan taraf, hakkına temel olan noktalar bakımından ispat yükünü taşır. "Norm kuramı" olarak bilinen bu kurama göre, iki taraftan her biri kendi iddiasına ve savunmasına konu olan normun öge olayları için ispat yükünü taşır¹⁰.

aa) İspat Yükünün Dağılımına İlişkin Genel Kural

Türk hukukunda ispat yüküne ilişkin genel kural MK. m.6'da yer almaktadır. Buna göre, "Kanun hilafını emretmedikçe taraflardan her birisi müddeasını ispata mecburdur". Mevzu kanun olan İsviçre MK. m.8'de yer alan hüküm biraz farklıdır. Şöyle ki, "Kanun aksini emretmedikçe taraflardan her biri hakkını dayandırdığı olayları ispata mecburdur". Bu hükme göre, kanunlarda aksine bir hükümün olmadığı durumlarda ispat yükü, vakıaları ileri süren tarafa ait olacaktır. Böylece kanun koyucu, vakıaların ispat edilememesi riskini taraflar arasında paylaşmıştır. Ancak, bu hüküm ispat yüküne ilişkin genel kuralı tespit etmiş olmasına rağmen, ispat yükü meselesi her zaman bu kadar basit olarak ortaya çıkmaz¹¹.

10 BİLGE/ÖNEN, s.501; ÜSTÜNDAĞ, s.599.

11 OĞUZMAN, s.196; ANSAY, S.Ş., Hukuk Yargılama Usulleri, b.7, Ankara 1960, s.249; KÖPRÜLÜ, B.; Medeni Hukuk, Genel Prensipler- Kişinin Hukuku, İstanbul 1984, s.171; s.168; EDİS, s.365; ÜSTÜNDAĞ, s.600; KURU/ARSLAN/YILMAZ, s.342.

bb) İspat Yüküne İlişkin Özel Durumlar

MK. m.6'da ispat yüküne ilişkin genel kuralın istisnalarının kanunda bulunabileceğini belirtmiştir¹². Burada bahsedilen kanun, sadece Medeni Kanun olmayıp, diğer kanunlarda da genel kurala istisna getirebilecek hükümlerin bulunabilmesi mümkündür (Örneğin, BK. m.55-56,96; MK. m.7,547; HUMK. m.326)¹³.

İspat yükünün dağılımına ilişkin özel durumlardan önemli olan ikisi, karinelerin ispat yüküne etkisi ve faraziyelerin ispat yüküne etkisi hakkında burada kısaca bilgi vermek faydalı olacaktır.

Karineler ile faraziyeler arasındaki en önemli fark, karinelerin aksinin ispatının mümkün olmasına rağmen farziyelerin aksinin ispatı mümkün değildir.

Hukuk dilinde karine, "varlığı bilenen olumlu veya olumsuz bir olaydan varlığı bilinmeyen olumlu veya olumsuz bir olayın, bir hukuki durumun varlığı veya yokluğu sonucunun çıkarılmasına imkan veren bir kural" olarak tanımlanmaktadır¹⁴. Karineler, kendi içinde kanuni karineler ve fiili karineler olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Kanuni karine, kanunun belli bir olgudan belli olmayan bir olgunun varlığını çıkarmasıdır¹⁵. Fiili karineden maksat, "belli bir vakıadan belli olmayan bir vakıa hakkında hakim tarafından

12 ALANGOYA, Y.; İspat Yükü Yönünden MK. m. 3, İHFM. S. 1-4 1961, s.358 vd..

13 Geniş bilgi için bkz. KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 343; BİLGE/ÖNEN, s.503; AKİPEK, s.200; SCHWARZ, s.176.

14 ÖZSUNAY, E.; Medeni Hukuka Giriş, İstanbul 1986, s.353; UMAR, B.; Hususi Hukukta Karineler, Ansay'a ARMAĞAN, Ankara 1964, s.181; UMAR/YILMAZ, s.165; KÖPRÜLÜ, s.172.

15 EDİS, s.373; UMAR, Karine, s.183; ÖZSUNAY, s.353; KURU, s.419.

çıkarılan sonuç"tur¹⁶. Fiili karinede, hakim taraflardan birisince ispat edilmiş bir olaydan ispat edilmeyen olay hakkında sonuç çıkarmaktadır.

Burada açıklanması gereken bir diğer hususda, kendisine ispat yükünün düşüp düşmediğine bakmaksızın davanın tarafları karşı tarafın iddialarının aksini veya kendi iddialarının doğruluğunu ispatlamak yoluna gidebilirler.

B) Delil-İspat Yükü İlişkisi

1. Delil

Bir uyuşmazlıkta, iddia sahibi dayandığı vakıaların doğru olduğunu veya karşı tarafın dayandığı vakıaların doğru olmadığını ispat ederek davayı kazanabilir veya davanın reddini sağlayabilir. Davacı, davasında haklı olmasına rağmen dayandığı vakıaların doğruluğunu ispat edemez ise veya karşı tarafın dayandığı vakıaların aksini ispat edemez ise davayı kaybeder. "Bir vakıanın ispatı için başvuru vasıtalarına delil (kanıt) denir"¹⁷. Bu nedenle bu başlık altında delil kavramının ne anlama geldiğini inceledikten sonra, delil çeşitlerini kısaca incelemeye çalışacağız.

a) Delil Kavramı

Sözlük anlamı itibarıyla yol gösteren, kılavuzluk eden anlamına gelen delil, hukukî manada, taraflar arasında ihtilafli olan vakıaların doğruluğuna hakimi inandırmak için kullanılan vasıtaları ifade eder¹⁸. Başka bir ifade ile çekişmeli

16 EDİS, s.373; UMAR, Karine, s.183; ÖZSUNAY, s.353; KURU, s.419; BİLGE/ÖNEN, s.500.

17 KURU/ARSLAN/YILMAZ, s.302.

18 ZEVKLİLER, A.; Medeni Hukuk, Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Şahsın Hukuku, Aile Hukuku, Ankara 1995, s.155; ÇENBERCİ, M.; Adli İspat ve

vakıaları ispat etmek için kullanılan vasıtalara delil denilmektedir. Bu nedenle de ispatın konusunun vakıalar olduğu gibi delillerin konusu da vakıalardır. Hemen belirtmek gerekir ki, hukuk kurallarının çekişmeli olması söz konusu olmadığından kural olarak ispatına da ihtiyaç duyulmayacaktır¹⁹.

b) Delil Çeşitleri

Doktrinde, delil kavramı çeşitli açılardan değişik tasniflere tabi tutulmaktadır.

aa) Kanuni delil(Kesin Delil)-Takdiri delil

Bu tasnif, delillerin hakimi bağlama kudreti nazarı itibare alınarak yapılmıştır. Şartlarına uygun olarak ikame edilen delilleri hakim serbestçe inceleyip, içerdiği vakıaların doğruluğu hususunda bir takdir yetkisini haiz ise, bu takdiri

Tapulama Kanunu, AD. S. 10 1966, s.719; BİLGE/ÖNEN, s.429; ANSAY, usul, s.246.

19 Yabancı hukukun uygulanması hususunda iki farklı yaklaşım bulunmaktadır. Bir anlayışa göre, yabancı hukuk bir vakıa olarak kabul edilmekte ve onun iddia ve ispatının tabi olduğu usule tabi olmaktadır. Bu sistemde yabancı hukuk, hukuk olarak değil davanın taraflarınca iddia ve ispat edilecek birer vakıa olarak kabul edilmektedir. Dolayısıyla, yabancı hukukun davada uygulanabilmesi için ispat edilmesi gerekmektedir. Bu esas İngiliz ve Amerikan hukuk sistemlerinde kabul edilmektedir.

Kara Avrupasında ve Türk hukukunda yabancı hukuk vakıa olarak değil hukuk olarak kabul edilmektedir. Dolayısıyla, olayı maddi çözüme kavuşturmakla görevli hakim uygulaması gereken yabancı hukuku bulup uygulamalıdır. Tabii ki hakimden bütün hukuk sistemlerini bilmesini beklemek doğru değildir. Bundan dolayı hakim, yabancı hukukun muhtevasının tespiti hususunda tarafların yardımını isteyebilir. Bu yardım mükellefiyeti, yabancı hukukun uygulanmasında menfaati olan tarafa aittir. Buradaki mükellefiyet ispat yükünden farklıdır. Ancak, hakim tarafların yabancı hukukun muhtevası hususunda anlaşmaları ile bağlı değildir. Geniş bilgi için bkz. ÇELİKEL, A.: Milletlerarası Özel Hukuk, b. 4, İstanbul 1995, s.146 vd.; NOMER, E.: Devletler Hususi Hukuku, b. 8, İstanbul 1996, s.164 vd.

delil; böyle bir yetkiyi haiz değil ise, yani ileri sürülen delillerin içerdiği vakıaların doğruluğunu kabul etmek zorunluluğu varsa, bu durumda kesin delil söz konusudur. Dahili hukukumuz bakımında HUMK.'nda ikrar (m.236), kesin hüküm (m.237), senet (m.287) ve yemin (m.377) kesin delil olarak kabul edilmiştir. Kesin delillerin özellikleri, onlara dayanan vakıalar ispat edilmiş kabul edilmektedir. Ancak, bu tür kesin deliller, taraflarca hazırlama ilkesinin uygulandığı davalar bakımından söz konusudur. Re'sen araştırma ilkesinin uygulandığı davalarda, kesin delillere bağlılığın söz konusu olmadığı gibi, bazı durumlarda da kesin delillere müracaat dahi yasaklanmıştır. Örneğin, boşanma davalarında taraflara yemin teklif olunamayacağı gibi, tarafların ikrarda bulunmaları da hakimi bağlamaz(MK. m.150). Kesin delillerin dışında kalan delillere ise, takdiri deliller denilmektedir(tanık, bilirkişi, keşif, özel hüküm sebepleri gibi)²⁰. Takdiri delillerde ise, hakim taraflarca getirilmiş olan delillerin doğruluğunu ve ispat kabiliyetini takdir etmek durumundadır.

bb) Doğrudan Doğruya Delil-Dolayısıyla Delil

Bu tasnif ispat aracı olarak kullanılan delilin, ispat edilmesi gereken olay ile doğrudan doğruya ilgili olup olmamasına göre yapılan bir tasniftir. Şayet delil, doğrudan ispatı gereken bir vakıanın ispatına ilişkin ise, bu delil doğrudan doğruya delildir. İspatı gereken olaya ilişkin olmayıp, ona yakın bir olaya ilişkin delil ise, dolayısıyla delil sözkonusu olmaktadır²¹. Örneğin, evli bir kadının sürekli bekar erkeklerle gezmesi bu kadının zina yaptığına dolaylı bir delil olarak kabul edilmektedir.

cc) Akdi Delil (Delil Sözleşmesi)

Akdi delil ya da delil sözleşmesi, belli bir hususun belli bir

20 KURU/ARSLAN/YILMAZ, s.420; BİLGE/ÖNEN, s.493; ÇENBERCİ, s.720.

21 BİLGE/ÖNEN, s.494.

veya bir kaç delille ispat edileceğine dair taraflar arasında yapılan bir sözleşme olup, HUMK. m.287-290 da açık olarak kabul edilmiştir. Kanuna göre delil sözleşmesi, yazılı veya sözlü olarak yapılabilir. Sözlü olarak yapılan delil sözleşmeleri mahkeme önünde ikrar olunca geçerli olacak ve yapılan bu sözleşme tutanağa geçirilerek taraflara imza ettirilecektir. Delil sözleşmesinin konusu ispattır. Bu nedenle delil sözleşmesi ile, ispat şartı olan senede istisna getirilebilir, ancak geçerlik şartı olan yazılı şekle istisna getirilemez. Geçerlik şartı olan yazılı şekle istisna getiren sözleşmelerin hiç bir hüküm ifade etmeyeceği kabul edilmektedir²².

Delil sözleşmeleri, münhasır delil sözleşmeleri ve munhasır olmayan delil sözleşmeleri olmak üzere kendi içinde ikiye ayrılmaktadır. Münhasır delil sözleşmelerinde taraflar, uyumsuzluğun sözleşmede belirtilen delillerle ispat edileceğini, başka delil gösterilemeyeceğini aralarında kararlaştırmaktadırlar. Münhasır olmayan delil sözleşmelerinde ise, belli delillerle ispat edilmesi gereken bir hususun başka delillerle de ispat edilebileceğini taraflar aralarında kararlaştırabilirler²³. Münhasır olmayan delil sözleşmeleri daha ziyade senetle ispat zorunluluğuna istisna getirmek amacı ile yapılmaktadır.

Bazı durumlarda da delil sözleşmesi ile ispat yükünün yer değiştirmesi hususunda anlaşma yapıldığı görülmektedir ki, bu durumun uygulamada bir haktan vazgeçmeye kadar götürüldüğü hallerde olmaktadır. İspat yükünü sözleşme ile üzerine alan taraf bu durumun farkına bile varamamaktadır. Yüksek mahkemeler bu durumu hüsnüniyete aykırı bularak çoğunlukla iptal etmektedirler²⁴. Yargıtay Hukuk genel Kurulunun bir kararına göre, sigorta kurumunun işverene ait prim borcunu belirten ve bizzat davacı kurum tarafından

22 KURU/ARSLAN/YILMAZ, s.420; BİLGE/ÖNEN, s.495.

23 KURU/ARSLAN/YILMAZ, s.422.

24 POSTACIOĞLU, s.513.

tanzim edilen vesikalar ilgili sigorta kurumu lehine senet ve binnetice kesin delil teşkil etmez. "...uyuşmazlığın çözülmesi için dava konusu iş yerinde ne kadar süre ve ne miktar para ile kaç işçinin çalıştırılmış olması ve buna göre de sigorta kanunlarınca ne kadar prim ödenmesi gerektiğinin mütehasıs bilirkişiler marifetiyle tespit ettirilmesi gerekir"²⁵. Bu kararda da görüldüğü gibi Yargıtay da ispat yükünün yer değiştireceğine dair sözleşmeyi geçersiz saymıştır.

2. İspat Yükü-Delil Gösterme Yükü İlişkisi

Taraflarca hazırlama ilkesinin uygulandığı davalarda, ileri sürülen vakıaların doğruluğunu ispat etmek için taraflarca delil gösterilmesi gereklidir. Genellikle ispat yükü kendisine düşen taraf delil gösterme yükünü de üzerine almaktadır. Ancak bu durumun bazı istisnaları da mevcuttur. İspat yükü, bir vakıanın ispat edilmemiş olmasının sonuçlarına yönelik olduğu halde, delil gösterme yükü taraflardan birinin iddia ettiği bir vakıa hakkında kendi iddiasının doğruluğuna hakimi inandırmak için girişilen faaliyeti ifade eder. Örneğin, iyiniyet iddiasında bulunan taraf, genel kural gereğince (MK. m.6) iyiniyetini ispat etmek zorundadır. Oysa MK. m.3'de "Bir hakkın doğumu için kanunen hüsnüniyet şart kılınan hallerde asıl olan onun vücududur" hükmü ile hüsnüniyet karinesi kabul edilmiş olduğundan dolayı artık iyiniyet iddiasında bulunan taraf iyiniyetli olduğunu değil, diğer taraf iyiniyetli olmadığını ispat edecektir. Doktrinde delil gösterme yükü, "aleyhte bir karar verilmesi tehlikesi yolundaki yaptırım ortadan kaldırmak amacıyla taraflardan birine düşen, kendi delil gösterme işiyle belli bir olay hakkında yargıçta kanaat uyandırılmasını sağlamak ödevi"²⁶ olarak ifade edilmektedir. Ayrıca, ispat yükü sabit olmasına rağmen, delil gösterme yükü

25 HGK. 17.2.1968, ABD. 1968.2.311 (POSTACIOĞLU, s.513'ten naklen).

26 UMAR/YILMAZ, s.34.

olayların akışına göre yer değiştirebilir²⁷.

C) İspat Yükünün Hukukî Mahiyeti

İspat yükünün hukukî mahiyetinin tespiti, yabancı unsuru havi uyuşmazlıklarda ispat yükünün tabi olması gereken hukukun tespiti bakımından önem taşımaktadır. Bu nedenle ispat yükünün hukukî mahiyeti hakkında doktrinde ileri sürülmüş olan bütün görüşleri ana hatları ile incelemekte fayda görmekteyiz.

İsviçre federal mahkemesi tarafından da kabul edilmekte olan bir görüşe göre, bir davada taraflardan birinin iddia ettiği neticeyi haklı kılmak için hangi vakıaların ispatının lâzım geldiğini maddi hukuk tayin eder. Bu sebeple de ispat yüküne ilişkin kurallar maddi hukuka dahildir. Yine bu vakıanın kimin tarafından ispat edileceği ile ilgili kurallar da maddi hukuka girer. Bu sebeple de, bir vakıanın davanın taraflarından hangisine ispat edileceği hususunu taraflar aralarında kararlaştırabilirler²⁸.

Diğer bir görüşe göre, her ne kadar bir dava sonucunda verilen kararlar maddi hukuku ilgilendiriyorsa da, ispat yükü ile ilgili kurallar şekli hukuka dahildir. Çünkü, bir defa ispat yükünün paylaşılması meselesi bir uyuşmazlıkta söz konusu olabilir ki, yargılama da şekli hukuka girer. Yine ispat yükünün taraflardan hangisine düşeceği meselesi, "taraflarca hazırlama" ilkesinin uygulandığı davalarda söz konusu olmakta, "re'sen araştırma" ilkesinin uygulandığı davalarda söz konusu olmamaktadır²⁹.

27 EDİS, s.364; UMAR/YILMAZ, s.34.

28 UMAR/YILMAZ, s.8; EDİS, s.364; ANSAY, s.248; TEKİNAY, s.189; UMAR, s.793.

29 KÖPRÜLÜ, s.171; ZEVLİLER, s.155; UMAR/YILMAZ, s.9; AKİPEK, s.193; SCHWARZ, s.175.

Diğer bir görüşe göre ise, ispat yüküne ilişkin hukuk kuralları karma nitelikli bir hukukî yapıya sahiptirler. Bir defa, ispat yükü ile ilgili kurallar, maddi hukuk ile şekli hukuk arasında bir köprü vazifesi görmektedir. Ayrıca, ispat yükü ile ilgili kuralların bir kısmının maddi hukuk bir kısmının ise şekli hukuka girdiği kabul edilmektedir³⁰. Dolayısıyla, ispat yüküne ilişkin kuralları bir bütün olarak ne maddi hukuka ve ne de şekli hukuka dahil kabul etmek mümkün değildir.

Başka bir görüşe göre ise, belli bir hukuk normunun unsur vakıaları için ispat yükünün aidiyeti o belli normun fonksiyonu gereği olarak girdiği hukuk dalına dahil olur³¹.

İspat yükü ile ilgili kuralların maddi hukuka dahil olduğunu kabul eden görüşün gerekçelerinin doğru olmasına rağmen, şekli hukuka giren durumların da bazı hallerde ispatın konusunu teşkil etmesi söz konusu olabilmektedir.

Şekli hukuk görüşü ise, bir defa ispat yükünün "tarafarca hazırlama" ilkesinin uygulandığı davalarda söz konusu olduğu şeklindeki gerekçe doğru değildir. Çünkü, "tarafarca hazırlama" ilkesinin uygulandığı davalarda, taraflar tüm delillerini layihalar safhasında ileri sürmüşler ve bu deliller uyumsuzluğun çözülmesi için yeterli olmuş ise, bu durumda ispat yükünün hangi tarafta olduğunu araştırmaya gerek kalmayacaktır. "Re'sen araştırma" ilkesinin uygulandığı davalarda da araştırma sonucunda vakıalar uyumsuzluğu çözecek kadar aydınlanmamış ise, bu durumda da hakim ispat yükünün kimde olduğunu araştırır. Çünkü, çekişmeli vakıalar aydınlanmadan hüküm verilemeyeceği gibi, hakim davaya bakmaktan da kaçınmaz. hakimin davaya bakmaktan kaçınması "ihkak-ı haktan imtina" olur ki, bu durumda da hakimin hukukî ve cezai sorumluluğu söz konusu olur. Ayrıca,

30 BİLGE/ÖNEN, s.500; UMAR/YILMAZ, s.11; ANSAY, s.247.

31 BİLGE/ÖNEN, s.500; UMAR/YILMAZ, s.11.

ispat yükü meselesinin bir uyuşmazlıkta gündeme gelmesi iddiası da ispat yükünün şekli hukuka girmesi için yeterli olmasa gerekir.

Bu açıklamalardan sonra diyebiliriz ki, ispat yükü ile ilgili hukuk kurallarını bir bütün olarak ne maddi hukuka ve ne de şekli hukuka dahil etmek mümkündür. Hem maddi hukukta hemde şekli hukukta ispat yükü ile ilgili kurallara rastlamaktayız. Bu nedenle ispat yükü ile ilgili bir kuralla karşılaşan hakim, bu kuralın maddi hukuka mı, şekli hukuka mı girdiğini tespit etmelidir. Hakimin yapacağı bu tespit, yabancı unsurlu davalarda ispat yüküne ilişkin kuralların hangi hukuka tabi olacağını tespit bakımından büyük önemi haizdir.

II. Milletlerarası Özel Hukuk Alanında İspat Yükü

Bu başlık altında yabancı unsuru havi ihtilaflar bakımından ispat yükünün hangi hukuk düzenine tabi olması gerektiğini, ispat yükünün hukukî mahiyetini nazara alarak incelemeye çalışacağız. Bunun yanısıra ispat yükünün ait olduğu hukuk ile ispatı sağlayacak delillerin çeşitlerini, mahkemeye takdim şeklini ve ispat güçlerini tespit edecek hukukun ispat yükünün tabi olduğu hukuk ile aynı olmasının gerekip gerekmediği meselelerini de incelemeye çalışacağız.

A) İspat Yükü ve Karinelerin Tabi Olduğu Hukukun Tespiti

Taraflarca hazırlama ilkesinin geçerli olduğu durumlarda yalnızca taraflar arasında ihtilaflı olan vakıalar ispatın konusunu oluşturur. Hangi vakıaların ispatın konusunu oluşturacağı, davacının iddianamesinde davalının savunmasında ileri sürdüğü hususların ispatın konusunu

oluşturup oluşturamayacağını maddi hukuk tespit eder³². İhtilafın esası bakımından yetkili olan ülke hukukunun davanın esası bakımından önemli olarak nitelendirdiği çok sayıda vakianın ispatlanmaya ihtiyacı olmayabilir. İspat ihtiyacının olmaması ya davanın karşı tarafı o hususu ihtilaf konusu yapmaz ya da iddiayı kabul eder. Bu durumda hakim çekişme konusu yapılmayan vakıaları gerçek olarak, ispatlanmış olarak kabul etmelidir. Taraflarca hazırlama ilkesinin bu sonucu lex fori'ye göre tespit edilmelidir³³. Ayrıca, herkesçe bilinen vakıaların ispatlanmasına ihtiyaç yoktur. Gereksiz konuların ispatlanmasının manası da yoktur. Usul ekonomisinin bu bakış açısı hakkında da lex fori yetkilidir³⁴.

İspat yükünün hukukî mahiyeti ile ilgili tartışmaları nazara aldığımızda, ispat yükü ile ilgili kuralların hangi hukuka göre tespit edilmesi gerektiğini açık olarak söyleyebilmek mümkün gözükmemektedir. Çünkü, daha önceden de ifade edildiği gibi, ispat yükü ile ilgili hukuk kurallarının mahiyetleri itibarıyla ne tam anlamı ile maddi hukuka ve ne de tam anlamıyla şekli hukuka dahildirler. Bu durum hemen bütün hukuk sistemleri için geçerlidir³⁵. İspat yükü ile ilgili kuralların maddi hukuka dahil olduğu kabul edilir ise, bağlama kurallarından hareketle yetkili hukukun tespit edilmesi gerekecek, usul hukukuna dahil olduğu kabul edilir ise, usul hukuku alanında esas itibarıyla lex for'inin hakimiyeti kabul edildiğinden, ispat yükü ile ilgili kuralların lex for'ie tabi

32 SCHACK, H.; Internationales Zivilverfahrensrecht, 2. Aufl., München 1996, Rn. 659.

33 COESTER-WALTJEN, D.; Internationales Beweisrecht, Ebelsbach, 1983, Rn.281.

34 SCHACK, Rn.662.

35 LINKE, H.; Internationales Zivilprozessrecht, 2. Aufl., Köln 1995, Rn.286 vd.; ÇELİKEL, s.266.

olması gerekecektir³⁶. Başka bir ifade ile, ilk halde ispat yükü *lex causae*'ye tabi olacakken ikinci halde *lex fori*'ye tabi olacaktır. Ancak, hemen belirtmekte fayda vardır ki, iç hukukta ispat yükü ile ilgili kuralların maddi hukuk veya usul hukuku alanında düzenlenmiş olmasının uygulanacak hukukun tespiti bakımından büyük bir önemi yoktur. İspat yükünü düzenleyen normun hukuki niteliği bakımından maddi hukuk veya usul hukukuna dahil olup olmaması önem arz edecektir. Bu tespit ise, ancak ispat yükünü düzenleyen normun maddi hukuk veya usul hukuku normu olarak vasıflandırılması ile mümkün olacaktır³⁷.

Bir görüşe göre, ispat yükü alanında '*lex fori*' prensibi geçerlidir. Buna göre, her mahkeme kendi ülkesinin ispat kurallarını uygulamak zorundadır. Bu kural mutlak olarak kabul edilir, hiç bir istisna kabul edilmez ise, bazı yabancı hukuk prensipleri kötüye kullanılabilir. Bir hak, örneğin iyiniyet lehine bir karine (MK.m.3/1 gibi) iyi niyetli olan kişinin kendi iyiniyetini ispatlaması hakkında tamamen farklıdır. Bundan dolayı ispat yükü hakkında yazılı veya yazılı olmayan hükümlerin usulî manadaki ispat hukukuna ait olmadığı, bilakis ilgili hüküm statüsüne ait olduğu genel olarak kabul edilmektedir³⁸.

İspat yükü ile ilgili kuralların maddi hukuk veya usul hukuku olarak düzenlenmesine göre *lex fori*'ye veya *lex causae*'ye

36 KELLER, M./SIEHR, K.; *Allgemeine Lehren des internationalen Privatrechts*, Zürich 1986, s.598 vd.; LİNKE, Rn.37 vd.; ÖZTEKİN, G.: İspat Hukuku ve Delillere Uygulanacak Hukuk Hakkında Görüşler, MHB. 9 (1989), s. (37-46) 39.

37 Türk Hukuku bakımından *lex fori*yi savunan yazarlar (NOMER, s.108) olduğu gibi tek bir vasıflandırma esasının değil olaydan olaya değişen ve milletlerarası özel hukuk menfaatlerine hizmet eden bir vasıflandırma esasının kabul edilmesi gerektiğini savunan yazarlar (GÖĞER, s.86 vd.: ÇELİKEL, s.83.) da bulunmaktadır.

38 KELLER/SIEHR, s.599; NOMER, s.311.

tabi olduğu şeklindeki ayırım yerine, her ispat kuralının amacına göre ayırım yapılmalı ve yetkili hukuk buna göre tespit edilmelidir. Bu anlayışa göre, hakimın hukukunun uygulanması for devletinin karar ahenginin korunmasına hizmet etmiyorsa, gerçeğin araştırılması hususundaki tahkikatın kısaltılmasını mümkün kılabilecek kurallar, özellikle maddi hukukî alandaki düzenleme sınırlamaları gerçeğin araştırılması tahkikatını uzatmıyor veya sınırhıyorsa, bu gibi durumlarda *lex causae* uygulanmalıdır. Diğer hallerde *lex fori* yetkilidir³⁹.

Fonksiyonel olarak gerçeğin araştırılmasına yönelik tahkikatın kısaltılmasını sağlayacak olan kurallar, örneğin ispat yüküne ilişkin kurallar, ortaya çıkmış olan vakıanın mutlak bir güvenle ispat edilmesini ve maddi hukukî neticenin başlangıcının mahkemece tespit edilmesini mümkün kılarlar. Maddi hukukî düzenleme sınırlamalarını genişleten kurallar, ispat yüküne ilişkin hükümler ihtilâflı vakıalara ilişkindir; ihtilafsız vakıalar hakkında değil⁴⁰.

Bu anlayışa göre, her iki kriter ile veya olay grupları ile bütün maddi hukukta birbirleriyle bağlantılı ispat hukuku kuralları düzenlenmiş olduğundan tek tek ispat kurallarının analizi yapılmalıdır. For devletinin karar ahenginin korunması önşartı ile *lex fori*'nin uygulanması nadiren karşılaşılan istisnaî olaylarda önemli olabilir. Bundan başka ihtilâflı olan ispat kuralları, maddi hukukî manada birbirleriyle bağlantılı değilse ve yabancı ispat kurallarının uygulanması for devletinin kamu düzenini zedeliyor ise, daima *lex fori* uygulamaya gelecektir. Ayrıca iç karar ahenginin korunması yabancı ülkenin ispat kuralının uyumlaştırılmasını gerektirdiğinde sınırlandırmalıdır.

39 COESTER-WALTJEN, Rn.145 vd.; LINKE, Rn.288 vd.

40 COESTER-WALTJEN, Rn.634.; KELLER/SIEHR, s.599.

İspat yüküne ilişkin kurallar maddi hukuk karakterini haizdirler ve bundan dolayı *lex causae*'ye tabidirler. Bu sonuç Alman hukukunda ve Avrupa Topluluğu alanında akdi ilişkilerine uygulanacak hukuka dair Roma konvansiyonda akdi borç ilişkileri bakımından açık olarak kabul edilmiş olup, bu sonucun diğer hukuki muameleler bakımından da geçerli olması gerektiği kabul edilmektedir. İspat yükünün ters çevrilmesiyle usuli mükellefiyetlerin zedelenmesinin müeyyideye bağlanıp bağlanmamasını *lex causae* değil *lex fori* düzenleyecektir⁴¹.

İspatın konusu sık sık karinelerce değiştirilmektedir. Bilindiği gibi, karineler kanuni karineler ve fiili karineler olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Kanuni karineler de kendi içinde aksi ispat edilebilen ve aksi ispat edilemeyen karineler olmak üzere iki başlık halinde incelenmektedir⁴². Aksinin ispatının mümkün olmadığı kanuni karinelere dayanan vakıalar tamamen gerçek olarak kabul edilmekte, dolayısıyla ispatlanma ihtiyacı duyulmamaktadır⁴³. Aynı şeyler aksinin ispatının mümkün olduğu kanuni karineler içinde geçerlidir. Aksi ispat edilebilen karinelerde, karşı taraf karinenin aksini ispat ederek karineyi çürütebilir. Buradaki ispat asıl ispattır. Yani, karineler ispat yükünü ters çevirmektedir.

Bu tür karineler içinde *lex causae*'nin hakimiyeti söz konusudur⁴⁴. Bu sonuç Alman hukukunda ve Avrupa Topluluğunda Akdi Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuka Dair 1980 Tarihli Roma Konvansiyonunda da akdi ilişkiler bakımından kabul edilmiş olup⁴⁵, akdi ilişkiler dışındaki

41 SCHACK, Rn.674-675.

42 Geniş bilgi için bkz. KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 345 vd.

43 Bkz. UMAR, Karine, s.183; ÖZSUNAY, s.353; KURU, s.419. örneğin, Art.568 BGB.

44 SCHACK, Rn.665.

45 Art.32/III-2 EGBGB.; Art.14/II EVÜ.

hukuki ilişkilere de şamil olmak üzere genişletilebileceği kabul edilmektedir⁴⁶. Ancak hemen belirtmekte fayda vardır; karinelerin *lex causae*'ye tabi olması maddi hukuk alanında yer alan karineler için geçerli olup, usul hukuku alanında kabul edilmekte olan karineler bakımından geçerli değildir. Usul hukuku alanında kabul edilmekte olan karineler için *lex fori*'nin hakimiyeti söz konusudur. Örneğin, Davanın değiştirilmesine muvafakat usul hukuku alanında kabul edilen bir karinedir. Burada, artık *lex causae* değil *lex fori*'nin hakimiyeti söz konusu olacaktır. Çünkü, daha önceden de ifade edildiği gibi, usul hukuku alanında *lex fori*'nin hakimiyeti genel olarak kabul edilmekte olan bir esastır. Tarafların olay hakkındaki iddialarının doğruluğu ya da bir delilin güvenilebilirlik derecesi hakkında hakimın kanaat edinmesine yarayan hayat deneyimlerinin ortaya koyduğu değer hükümleri⁴⁷ olarak tanımlanabilen fiili karinelerin de *lex fori*'ye tabi olması gerekir. Çünkü, hakim kendi ülkesinin hayat tecrübeleri hakkında bilgi sahibidir. Bu sebeple de kendi ülkesinde kabul edilen fiili karinelere dayanabilir. Yabancı bir ülkede kabul edilen fiili karinelere dayanarak. ispat yükünün ters çevrilmesinin kabulü doğru olmasa gerekir.

B) İspat Usulü ve İspat Vasıtalarının Tabi Olduğu Hukukun Tespiti

Yabancı unsurlu davalarda ispat yükünün hangi tarafa ait olacağı ile ilgili bu açıklamalardan sonra, maddi vakıaların ispatı için başvurulmuş deliller, ispat vasıtaları, bu delillerin ikame şekli ve ispat güçlerinin hangi hukuka tabi olması gerektiğini ayrı ayrı incelemekte fayda vardır.

46 SCHACK, Rn.665; ÖZTEKİN, s. 40.

47 UMAR/YILMAZ, s.165.

1. İspat Usulü

Gerçek ispat usulünün bütün düzenleme alanı, yani ispat tahkikatının hazırlanması ve yürütümü, *lex fori*'ye aittir. Türk hukukunda esas itibarıyla taraflarca hazırlama ilkesi kabul edilmiştir⁴⁸.

2. İspat Vasıtalarının Uygunluğunun Tespiti

İspat usulü, ispat ölçüsü ve delillerin takdiri için hakim in hukukunun yetkisi belirli bir usul türü için ve genel olarak bir ispat vasıtasının geçerliliği hakkında karar için *lex fori*'nin yetkisi benimsenmektedir⁴⁹.

3. Yabancı İrtibath İspat Vasıtaları

Kesin ispat yalnızca belirli ispat araçları ile yapılabilir. Kesin ispatı sağlayacak ispat araçları hemen bütün hukuk sistemlerinde aynı şekilde düzenlenmiştir. Bunlar; keşif, şahit, bilirkişi, yazılı belgeler, taraf ifadeleri, ikrar ve yemindir⁵⁰. Kesin ispatın söz konusu olup olamayacağı veya delil sözleşmesinin geçerli olup olmayacağı *lex fori*'ye göre tayin edilir. Aynı şekilde, caiz olan ispat vasıtalarının nelerden ibaret olduğunu, tahdidi (*numerus clausus*) veya tadadi olduğunu *lex fori* belirleyecektir⁵¹. Bu kurala bir kısım kanunlarda ve bir kısım milletlerarası sözleşmelerde istisnaların kabul edildiğini görmekteyiz. Bu istisnalar akdi borç ilişkileri bakımından kabul edilmektedir. Pozitif düzenlemelere göre, bir hukuki muamelenin geçerliliği hakkında bütün ispat türleri *lex fori*'ye tabidir. Ancak, hukuki muamelelerin şekli geçerliliği hakkında

48 COESTER-WALTJEN, Rn.416; §§ 335 ff. ZPO.

49 COESTER-WALTJEN, Rn.619.

50 Bir kısım hukuk sistemlerinde ikrar ve yemin ispatı sağlayacak kesin delillerden kabul edilmemektedir. Örneğin Alman hukuku. Bkz. WEISE, S.; Praxis des selbständigen Beweisverfahrens, München 1994, Rn.145 vd.

51 SCHACK, Rn.679; Deutsches Bundestag, Drucksache 10/504, s. 30.

yetkili hukukta (LRA ve lex causae) kabul edilmekte olan ispat vasıtalarının da kabul edilmesi gerektiği benimsenmektedir. Başka bir ifade ile, hukuki muamelelerin şekli geçerliliği hususunda lex fori, LRA ve lex causae'nin uygulamaya gelebileceği kabul edilmektedir. Hukuki muamele bu hukuk düzenlerinden hangisine göre şekli bakımından geçerli ise, bu hukuk nazara alınacaktır⁵². Örneğin, akdi ilişkinin şekli geçerliliği hususunda lex fori şahitle ispatı kabul ediyor ise, taraflar arasında hukuki muamele yapıldığı hususu da şahitle ispat edilebilecektir. Bu pozitif düzenlemlerde akdi borç ilişkilerinde, akdi ilişkinin geçerliliğinin tespiti hususunda liberal bir anlayış kabul edilmiştir⁵³.

Milletlerarası usul hukukuna has ve fakat devletler hukuku açısından da önemli problemler, tek tek ispat kurallarının yabancı irtibatı haiz olup olmadığı problemlerini ortaya çıkabilir. Örneğin, vatandaşlık, ispat yükünü haiz olan kişinin mutad meskeni veya yabancı ülkedeki ispat vasıtalarının tespiti gibi. Bu gibi durumlarda esasa uygulanacak hukuk, örneğin vatandaşlığı iddia edilen devletin hukuku gibi, ispat ile ilgili problemlere de uygulanacaktır.

a) Senetler

Bir kimsenin meydana getirdiği ve kendi aleyhine delil teşkil eden yazılı belgeye senet denilir⁵⁴. Senetler, resmi makam veya memurların katılması ile düzenlenir ise resmi senet, resmi makam veya memurun katılmadığı senetler de adi senet şeklinde bir tasnife tabi tutulmaktadır. İspat hukuku açısından her iki tür senette kesin delil teşkil etmektedir. Ancak, resmi senede dayanan taraf lehine kanuni karine kabul edilmiş

52 GIULIANO, M./LAGARDE, P.; Bericht über das Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht, Deutsches Bundestag, Drucksache 10/504, s. 68 vd.

53 GIULIANO/LAGARDE, s.69.

54 KURU/ARSLAN/YILMAZ, s.357; ÇELİKEL, s.269.

olduğundan, iddiasını ispat etmiş sayılır ve senedin aksini iddia eden taraf bunu ispatlamalıdır. Adi senetler bakımından ise, böyle bir karine kabul edilmemiştir. Senedin inkar edilmesi halinde, senede dayanan taraf senetteki imzanın diğer tarafa ait olduğunu ispat etmelidir. İmzanın karşı tarafa ait olduğu ispatlanıncaya kadar, kesin delil olma vasfını kaybeder⁵⁵. Hakimin serbest değerlendirme yapmasını sınırlayan, ispat yüküne ilişkin bu tür kanuni kurallar *lex fori*'ye tabidir⁵⁶. Şayet, hukuki muamelenin şekli geçerliliği, muamelenin yapıldığı yer hukukunun şekil kurallarına uygunsa, yalnız bu durumda tarafların, hukuki muamelenin şekli geçerliliğine olan güvenleri korunacaktır (MÖHUK. m.6)⁵⁷. Bu durum aynı şekilde Akdi Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuka dair Roma Sözleşmesinde de kabul edilmiştir⁵⁸.

Milletlerarası unsuru havi bir işlem söz konusu olduğunda, bu işlemin varlığının ispatı bakımından belli bir şekilde yapılması zorunluluğu ile bu işlemin geçerliliğinin belli bir şekil şartına bağlı olması birbirinden ayrı hususlardır. İşlemin tabi olması gereken şekil, o işlemin esasının tabi olduğu hukuka göre bir geçerlik şartı olarak kabul edilmekte ise, işlem bu şekil kuralına uyulmadan yapılmış ise, bu işlem geçersiz olacaktır⁵⁹.

Senetlerde yabancı irtibat, yabancı makamlarca vücuda getirilmesinden ve/veya yabancı ülkede ispat aracı olarak kullanılmasından ortaya çıkabilir. Resmi veya özel senetler arasında delil gösterme ve ispat gücü için önemli ayırım, ilk

55 Geniş bilgi için bkz. KURU/ARSLAN/YILMAZ, s.357 vd.; ÜSTÜNDAĞ, s.525 vd.

56 SCHACK, Rn.700.

57 SCHACK, Rn.700. Hukuki muamelelerin şekli hususunda Türk hukukunda kabul edilmekte olan esaslar aynı şekilde Alman hukukunda da kabul edilmiştir (Art. 11 EGBGB.).

58 Art. 14/2 EVÜ.

59 ÇELİKEL, s.269.

etapta tanzim eden makamın fonksiyonuna bağlıdır ve bu sebeple tanzim eden makamı koordine etmiş olan devletin hukukuna tabidir⁶⁰.

Usuli olarak ibraz mükellefiyetinin türü ve kapsamı lex fori'ye tabidir. Maddi hukuki bakımdan ibraz mükellefiyeti için lex causae yetkilidir. İbrahim mükellefiyetini tarafların kendisi tahakkuk ettirmek zorundalarsa, yabancı ülkelerdeki senetlerin ispatlanması, esas itibarıyla önemsizdir. İbrahim etmemenin ispat hukuku açısından neticeleri hakkında lex fori karar verecektir. Yabancı makamlar, ibraz edilen belgeler hakkında hukukî yardım yolu ile araştırma yapabilirler⁶¹.

Senette yabancı bir dilin kullanılması ispat değeri bakımından herhangi bir önemi haiz değildir.

Türk hukukunda, bir hukuki ilişkinin ispatı için yabancı ülkelerde yapılmış olan resmi senetlerin Türk mahkemelerinde kesin delil olarak kabul edileceği esası benimsenmektedir. Ancak, yabancı ülkelerde düzenlenmiş olan belgelerin kesin delil olarak kullanılabilmesi, resmîyetinin ispatı meselesini gündeme getirecektir. HUMK.'da yabancı ülke makamlarınca düzenlenmiş olan senetlerin o ülke yetkili makamlarınca, ülke kanunlarına uygun olarak tanzim ve tasdik edildiği o ülkedeki Türk konsolosu tarafından tasdik edilmesi ile, Türkiye'de resmi senet kabul edileceği benimsenmiştir (HUMK. m.296)⁶². Türk konsolosluğunca onanmamış bir yabancı resmi senedin delil teşkil edip etmeyeceği mahkemenin takdirine bırakılmıştır(HUMK. m.296/1 c.2).

60 LINKE, Rn.315; COESTER/WALTJEN, Rn.423.

61 LINKE, Rn.316.

62 Bkz. TEKINALP, G.; Yabancı Resmî Belgelerin Tasdiki ve Tasdik (Legalisation) Mecburiyetinin Kaldırılması Hakkında La Haye Sözleşmesi, MHB.1986/2, s.(157-162) 158; KURU/ARSLAN/YILMAZ, s.366; ÇELİKEL, s.270;

Adi senetlerde menşesine göre ayırım yapılmıyor. Yabancı makamlarca yapılmış resmi senetler hakkında ise, Türkiye'nin de taraf olduğu "Yabancı Resmî Belgelerin Tasdiki ve Tasdik (Legalisation) Mecburiyetinin Kaldırılması Hakkında La Haye Sözleşmesi" çerçevesinde düşünülmelidir. Yabancı resmi makamlarca vücuda getirilmiş olan senetler legalize edilmiş (tasdik edilmiş) ise veya legalize edilmeden muaf ise, ülkedeki resmi senetlere yakın bir geçerlik karinesine sahip olurlar⁶³. Mahkeme, şayet gerekli görürse bu senetlerin legalize edilmesini talep edebilir; diğer hallerde delillerin serbestçe takdiri esasına göre senetlerin geçerliliği hakkında karar verir⁶⁴.

b) Yemin

Yemin, taraflardan birinin bir vakıanın doğruluğu veya doğru olmadığı hususunda mahkeme önünde ve kanunen tespit edilmiş şekilde Allah'ı şahit gösterip, namusu ile teyit ederek beyanda bulunmaktır⁶⁵. Türk hukukunda kesin delil olarak

63 İşbu Sözleşme, Âkit Devletlerden birinin ülkesinde düzenlenmiş olup da diğer bir Âkit Devlet ülkesinde kullanılacak olan resmi belgelere uygulanır.

İşbu Sözleşme'nin amaçları bakımından, aşağıdaki belgeler resmi belge sayılır:

a) Savcı, zabıt kâtabi veya adliye memuru tarafından verilmiş belgeleri de dahil olmak üzere, Devletin bir yargı organına veya mahkemesine bağlı bir makam veya görevli memur tarafından düzenlenmiş olan belgeler,

b) İdari belgeler,

c) Noter senetleri,

d) Kişilerce özel sıfatla imzalanmış belgeler üzerine konulmuş olup belgenin kaydının veya belirli bir tarihte mevcut olduğunun veya imzaların doğruluğunun resmi makam veya noterlerce tasdiki gibi resmi beyanlar.

Bununla birlikte, işbu Sözleşme:

a)Diplomasi ve konsolosluk memurları tarafından düzenlenmiş belgelerle, b) Ticaret veya Gümrük işleriyle doğrudan doğruya ilgili olan idarî belgelere, uygulanmaz. (Sözleşme metni için bkz. MHB. 5(1985) s.81-83, Geniş bilgi için bkz. TEKİNALP, Legalisation, s.159 vd.

64 LINKE, Rn.317.

65 KURU/ARSLAN/YILMAZ, s.390; ÜSTÜNDAĞ, s.563.

kabul edilen yemin bir kısım ülke hukuklarında delil olarak kabul edilmemektedir⁶⁶. Milletlerarası unsuru havi uyuşmazlıklarda, yemin teklifi ile ilgili şartlar, yeminin uygumanma usulü ve yeminin ispat gücü *lex fori*'ye tabidir⁶⁷. Türk mahkemelerinde görülmekte olan bir davada, esasa uygulanacak hukuk yemini delil olarak kabul etmez ise veya Türk hukukuna göre yeminle ispatının mümkün olmadığı bir uyuşmazlık hakkında yemini ispat vasıtası olarak kabul ederse durum ne olacaktır. Bu gibi durumlarda, esasa uygulanacak hukukun değerlendirmesinin önemli olmadığı, Türk mahkemelerinde görülmekte olan davalarda HUMK.'nun değerlendirmesinin önemli olduğu kabul edilmektedir⁶⁸. Yemin usuli bir ispat vasıtası olması sebebi ile, davanın esasına uygulanacak hukukun yemin hakkındaki değerlendirmesi de önemli değildir. Usul hukuku alanında *lex fori*'nin hakimiyeti kabul edildiğine göre, yemin hakkında da *lex fori*'nin hakimiyetinin kabul edilmesi uygun olacaktır.

c) Tarafların İsticvabı

Tarafların isticvabı, ihtilafli vakıaların ispatlanması için kullanılan bir ispat aracıdır⁶⁹. İsticvabın konusu ihtilafli vakıalardır(HUMK. m.230). Tarafların kendi aleyhlerine olacak hususlarda bilgi vermek istemeyeceklerinden isticvabın bir ispat aracı olarak kullanılıp kullanılmayacağı tartışmalıdır. Alman hukukunda, isticvap tali bir ispat aracı olarak kullanılmaktadır⁷⁰. Türk hukukunda ise, diğer delillerin yetersiz olması veya hiç delil olmaması durumunda değil, hakimin takdirine göre, diğer deliller ile birleştirilebilen bir ispat aracı olarak kabul edilmektedir⁷¹.

66 Örneğin Alman hukuku. geniş bilgi için bkz. WEISE, Rn.145 vd.

67 ÇELİKEL, s.272.

68 ÇELİKEL, s.272.

69 ÜSTÜNDAĞ, s.622.

70 ROSENBERG/SCHWAB, s.773 vd.

71 İsticvap usulü hakkında bkz. ÜSTÜNDAĞ, s.622 vd.

Tarafların isticvabının ispat değeri ve uygulanma biçimiyle caiz olup olmadığı lex fori'ye göre tespit edilmelidir. Şayet, lex causae ve/veya tarafların milli hukuku bu ispat aracını farklı değerlendiriyor ve farklı kabul ediyorsa bu durum nazara alınmalıdır⁷². Hakimin müşahadesi hususunda da lex fori'nin hakimiyeti kabul edilmektedir.

d) Şahit

Şahit sıfatı ile yabancılar, Türk mahkemeleri önünde Türk vatandaşları gibi aynı tür hak ve yetkileri haizdirler⁷³. Şahitlik ehliyeti ve şahitlikten kaçınma hakkı, şahidin milli hukukunun veya hüküm statüsünün kuralları nazara alınmadan hakimin hukukuna göre belirlenir⁷⁴. Şahidin, delil olarak ispat gücü hususu da hakimin hukukuna tabidir. Başka bir ifade ile, şahidin kesin delil mi yoksa takdiri delil mi olduğu hususunda hakimin hukuku karar verecektir⁷⁵.

Şahit yabancı ülkede bulunuyorsa, adli yardım yolu ile orada ifadesi alınmalıdır. Mahkeme, şahidin davet edilmesi yerine bulunduğu ülkede doğrudan doğruya delillerin ikamesine, şahitlik yapmasına sevk edebilir. Taraflardan birisinin bunu talep etmiş olması mahkemenin bunu yapması için bir mükellefiyet yüklemesini gerektirmez. Başka bir ifade ile, taraflardan birinin yabancı bir ülkede bulunan birini şahit olarak göstermesi, mahkemenin onu davetini zorunlu kılmaz. Öncelikle ispat yükünün taraflardan hangisinde olduğu tespit edilmelidir.

72 NOMER, s.314; COESTER/WALTJEN, Rn.607.

73 ÇELİKEL, s.273; Alman hukukunda da şahitlik bakımından yabancı ile vatandaş arasında ayırım yapılmamaktadır. Bkz. LINKE, Rn.309.

74 ÇELİKEL, s.272; NOMER, s.312; LINKE, Rn.309; COESTER/WALTJEN, Rn.539.

75 ÇELİKEL, s.272; NOMER, s.312.

Davet, şahite esas itibarıyla milletlerarası adli yardım yolu ile tebliğ edilmelidir. Doğrudan, şekle uyulmadan, postayla davetin devletler hukuku kurallarına aykırı olmadığı kabul ediliyor⁷⁶. Bununla beraber, kanun koyucunun bildirim bu şeklini reddettiği milletlerarası adli yardım hakkında yapılan anlaşmalardaki çekincelerle açıklığa kavuşturulmuştur. Bununla beraber, kanun koyucu ülke içindeki tebligat hakkında ilk etapta bu yöntemi kabul etmiştir. ZPO 203/2'ye göre kamu hukuku alanındaki tebligatlardan farklı olarak adli yardım ilişkisinin ihlâl edilmesi kural olarak davet edilen şahit için hiç bir cebri gerekliliği ihtiva etmiyor.

e) Bilirkişi

Bir davada çözümü hakim tarafından bilinmeyen özel ve teknik bilgi gerektiren hallerde oy ve görüşüne başvuru olan üçüncü kişi ya da kişilere bilirkişi denilir(HUMK. m.275). Bilirkişi, görüşüne başvuru olan hususlar hakkında özel ve teknik bilgisine dayanarak yapmış olduğu inceleme sonucunu mahkemeye bildirir. Bilirkişiye başvurma hususunda ya kanunda açık hükümlere yer verilmiştir ya da hakim dava ile ilgili bir husus hakkında özel veya teknik bilginin gerekli olduğuna kanaat getirir ise bu durumda bilirkişiye müracaat eder⁷⁷. Bilirkişilerin seçimi hususunda HUMK konuyu ikiye ayırmıştır: Resmi bilirkişiler ve resmi olmayan bilirkişiler(HUMK. m.276).

Kanunumuzda bilirkişilerin kimlerden olabileceğine dair hükümlerde vatandaş yabancı ayrımı yapılmamıştır. Dolayısıyla, yabancılar da esas itibarıyla vatandaşlar gibi bilirkişilik yapabilirler. Ülkede ikamet etmekte olan kişiler bilirkişilik yapma bakımından benzer mükellefiyetler altındadırlar. Ülkede oturan yabancılar da aynen vatandaşlar

76 LINKE, Rn.311.

77 KURU/ARSLAN/YILMAZ, s.408 vd.

gibi bilirkişilik yapma hususunda usuli bir mükellefiyet altındadırlar. Bu sebeple, kural olarak bilirkişilik yapma zorunluluğu yoktur. Ancak, bilirkişilikten çekilme şartlarını haiz olmayan kişiler, bilgisine müracaat edilecek hususu bilmeksizin sanatını icra etmesi kabil olmayan ve alenen sanatını icra eden kişiler bilirkişi olarak mahkemeye gelmek ve görev yapmak zorundadırlar(HUMK. m.278)

Bilirkişilerde de şahitlikte olduğu gibi, bilirkişilikten çekilme hakkını haizdirler. Bilirkişilik ehliyeti ve bilirkişilikten çekilme gibi hususlarda lex fori uygulama kabiliyetini haizdir⁷⁸.

Yabancı ülkedeki kişinin bilirkişilik ödevini yüklenmesi, onun bilirkişiliği kabul etmesine bağlıdır. Bilirkişi, lüzumu halinde kendi bilirkişi raporunu sözlü olarak açıklamaya ve mahkeme önünde fikrinin sorulması halinde sözlü anlatıma hazır olmalıdır⁷⁹.

f) Keşif

Keşif, "mahkemenin şahısların veya şeylerin durumları veya maddi vasıfları hakkında resmî sıfatla veya mahkeme çerçevesinde doğrudan doğruya yaptığı duyulara dayanan müşahadedir"⁸⁰. Bu tanımlamadan da anlaşılacağı gibi keşif bütün duyu organları ile yapılan bir faaliyettir. HUMK.'da keşif yalnızca gayrimenkuller hakkında kabul edilmiş olmasına rağmen doktrinde gayrimenkuller haricinde de keşfin mümkün olduğu kabul edilmektedir⁸¹. Keşfe konu olacak şeyin taşınabilir olması halinde mahkemeye getirilmesi gerekirken, gayrimenkullere ilişkin olarak yapılacak keşiflerde gayrimenkulün bulunduğu yere gidilmesi gerekecektir. Keşif ile

78 ÇELİKEL, s.273 vd.; NOMER, s.317; LINKE, Rn.313.

79 LINKE, Rn.314; KURU/ARSLAN/YILMAZ, s.412 vd.

80 ÜSTÜNDAĞ, s.624.

81 ÜSTÜNDAĞ, s.624 vd.; KURU/ARSLAN/YILMAZ, s.416 vd.

ispatta kanunlar ihtilafı manasında hiç bir problem ile karşılaşılmaz. Keşif aracılığı ile ispatta, keşif ve muayene edilecek kısım için ibraz mükellefiyeti, senetle ispata uygun olarak onun usulî veya maddi hukukî karakteri nazara alınarak lex fori'ye veya lex causae'ye göre tespit edilmelidir; diğer problemler için lex fori'nin yetkisi kabul edilmektedir.

g) Delil Sözleşmesi

Belli bir hususun belirli delillerle ispat edileceği hususunda taraflar arasında yapılmış olan sözleşmeye verilen isimdir. Delil sözleşmesi, her türlü delili konu alabilir(HUMK. m.287 vd). Davanın tarafları, bir hukuki işlemin yalnızca belirli bir delille ispatlanabileceği hususunda delil sözleşmesi yapabilirler. Bu tür delil sözleşmesine münhasır delil sözleşmesi denilmektedir. Taraflar, bir hukuki işlemin başka bir delil ile de ispatlanabileceği yönünde de sözleşme yapabilirler. Bu durumda da münhasır olmayan bir delil sözleşmesi var demektir⁸².

Delil sözleşmesinin usul hukuku sözleşmesi olduğundan şüphe yoktur. Dolayısıyla, sözleşmenin şartları, hangi hallerde delil sözleşmesi yapılabilir yapılamayacağı, yapılan delil sözleşmesinin münhasır delil sözleşmesi olup olmadığı gibi hususlar usul hukukuna dahildir. Daha önceden de ifade ettiğimiz gibi, usul hukuku alanında lex fori'nin hakimiyeti kabul edildiğinden, hakim kendi hukukuna göre yapılan delil sözleşmesini değerlendirecektir⁸³. Hakimin hukukuna göre geçerli ise, bu delil sözleşmesinin nazara alınması, aksi takdirde nazara alınmaması gerekir.

82 KURU/ARSLAN/YILMAZ, s.420 vd.

83 ÇELİKEL, s.275.

III. Sonuç

Milletlerarası unsuru havi uyuşmazlıklarda ispat yükünün tabi olması gereken hukukun böyle kısa bir makalede bütün yönleri ile incelenebilmesi mümkün değildir.

Karşılaştırmalı hukukta bir kısım kanunlarda ve bir kısım milletlerarası anlaşmalarda ispat yüküne ilişkin özel düzenle-melere yer verilmiştir. Ancak bu düzenlemeler ispat yüküne ilişkin bütün problemlere çözüm getiremediğinden doktrinde tartışmaları sona erdirememiştir. İç hukuk alanında ispat yükünün ve dolayısıyla ispat yüküne ilişkin problemlerin maddi hukuka veya usul hukukuna girdiği yönündeki tartışmalar devam ettiği müddetçe milletlerarası özel hukuk alanında da ispat yükünün hangi hukuka tabi olacağı hususundaki tartışmalar sona ermeyecektir. Ancak, ispat yükü ile ilgili kuralları maddi hukuka veya usul hukukuna dahil ederek yetkili hukuku tespit etmek yerine, her ispat kuralının amacına göre değerlendirme yaparak yetkili hukuku tespit etmek daha uygun gelmektedir. Hüküm statüsünün ispat yüküne ilişkin kurallarının uygulanması, hakimin hukukunun karar ahengini zedelemiyor ise, gerçeğin araştırılmasına yönelik tahkikatı uzatmıyorsa hüküm statüsünün ispat yüküne ilişkin kuralları nazara alınmalıdır.