

# İSBAT HUKUKU VE DELİLLERE UYGULANACAK HUKUK HAKKINDA GÖRÜŞLER

Günseli ÖZTEKİN\*

## GİRİŞ

Usul Hukukunun en önemli başlıklarından birisini teşkil eden deliller ve isbat hukuku hakkında söylenecek o kadar çok şey var ki meseleyi bu denli yüzeysel ve kısa başlıklara sığdırmak sanırım sadece bir adım olacaktır. Üstelik konuyu milletlerarası usul hukuku alanında ele aldığımız zaman, bilhassa uygulanacak hukukun tesbiti ve mesele- nin vasıflandırılamsı problemleri çerçevesinde daha fazla öneme haiz ve tahlili gerektirir bir başlık haline geldiğini gözlemiş bulunmaktayım.

Bu incelemede delillerin ve isbat hukukunun sırf milletlerarası usul hukukundaki yerini belirleyebildim. Buna ek olarak sadece yazılı kanuni ve yazılı olmayan takdiri deliller başlığında bir nitelendirmeye gidebildim. Bu alanda elimizdeki mevcut kaynaklar- dan yabancı hukuk doktrininin, içtihatlarının ve pozitif düzenlemelerinin konu ile ilgili yaklaşım ve tesbitlerini belirlemekle yetindim. Aslında deliller ve isbat hukuku deyince akla gelebilecek bir çok başlığı çalışmama dahil edemedim. Sebebi meselenin yoğunluğu ve farklı usul hukuku sistemleri benimseyen hukukların bu konuda kendi içlerinde bile henüz sabit bir uygulamaya geçmemiş olmasıdır.

Bu sebeple incelememi isbat hukukunun ve delillerin ancak bir yönüne hasretmiş ve bu çerçevede milletlerarası uygulamayı ve yaklaşımları belirlemiş bulunmaktayım.

(\*) I.Ü. Hukuk Fakültesi, Devletler Hususi Hukuku Araştırma Görevlisi

## A- MİLLETLERARASI USUL HUKUKU

Milletlerarası Usul Hukuku niteliği itibariyle pozitif bir hukuktur. Kaynağını milletlerarası teamül hukuku kaidelerinden, taraf iradelerinden, kanunlardan ve anlaşmalardan almaktadır.

20.5.1982 tarihli 2675 sayılı, Milletlerarası Hukuk ve Usul Hukuku hakkındaki Kanun, milletlerarası usul hukukunun çeşitli alanlarını düzenlemiştir. Fakat, bazı hususlar için yasada açık bir düzenleme getirilmemiştir. Özellikle mahkemelerin izleyecekleri usule, tarafların usuli itiraz ve defilerine tarafların dava ve taraf, dava takip yetkisi gibi ehliyeteye ilişkin hususlara uygulanacak hukuk konusunda, deliller ispat şekilleri, karineler ve ispat yüküne tatbik edilecek kanunlar ihtilafı konusunda elimizde herhangi bir pozitif düzenleme mevcut değildir.

Genel olarak milletlerarası usul hukuku doktrinde usule uygulanacak hukuk, kamu düzeni mülahasası ile buna ek olarak davanın görüldüğü yer hukuku prensibinden hareketle *lex fori* olarak tesbit edilmektedir (1).

Usul hukukunda yer alan bir çok alanın kamu hukuku ile yakın ilişkisi tartışmasızdır, fakat tek mil usul hukukunu buna bağlamak hatalı bir yaklaşım olur. Mahiyeti itibariyle öyle bazı konular vardır ki, bunların *lex fori* prensibine bağlanması, onların maddi hukuk ile olan yakın ilişkileri ile bağdaşmamaktadır. Aynı eleştiri ispat hukuku ve deliller açısından da ileri sürülebilir. Bilhassa ispat yükü, kariner, delillerin kanuni muteberiyeti mahkeme teşkilatından ve hakimin usul hukuku içindeki yetki ve etkinliğinden ziyade taraf menfaati ve hukuki işlemin esasına ilişik meseleler olmaktadır.

## B- DELİLLER ve İSBAT HUKUKU

Usul hukukunun önemli ve ayrıca incelenmesi gereken bir bölümünü teşkil eden ispat hukuku ve deliller bilhassa milletlerarası usul hukuku doktrinde uygulanacak hukuk açısından önem arz etmektedir. Meselenin tahliline geçmeden, ispat hukukunun neleri kapsadığını belirtmekte fayda görüyorum.

Medeni hukukun kişilere bahsettiği hakların tanınmasını sağlayan ispat yükü ve bu alanda kanuni ve fiilî karineler aslında tüm hukuk sistemlerinde esasa uygulanacak hukuka bağlanmaktadır. İlk bakışta en azından ispat yükü konusunda pek büyük bir ihtilafın çıkmayacağı düşünülebilir. Zira tüm modern hukuk sistemlerinde Roma Hukukundan gelme "*Ei incumbit probatio, qui dicit, non qui nefat*", "iddia eden ispatla yükümlüdür" prensibi benimsenmiştir. Buna mukabil hukuk sistemlerinde öyle bazı kanunî ve fiilî karineler vardır ki, bunların aksinin ispatı, ispat yükünün yerinin değişmesi ile ilgili ihtiraflara sebebiyet verebilir. Bu sebeple meselenin tespiti önem arz etmektedir.

İspatın aracı olan deliller konusunda da çeşitli bağlama noktaları düşünülmektedir. Bunların tespitine geçmeden önce delillerin usul hukuku içindeki tasnifini vermekte yarar görüyorum. Herşeyden önce mahkemeye getirilmiş bir delilin muteberiyeti başlı

1) Bkz. Ergin Nomer, *Devletler Hukusi Hukuku*, 1988, 342.

başına bir usuli mesele teşkil etmektedir. Delilin muteberiyetinden kast edilen öncelikle onun prosedürü yani şekli muteberiyetidir. İkinci başlık ise delillerin türleridir; yazılı deliller, sözlü deliller, kanunen aranan deliller veya kanunun hakimine takdirine bırakmış olduğu deliller gibi. Bu alanda önemli mesele kanuni delil sistemini kabul eden sistemlerle bunun karşısı kanunî delili düzenlemeyen sistemler arasındaki kanunlar ihtilafı çözümdür (2). Son olarakta delillerin ispat güçlerinin takdiri meselesidir. Bu son mesele daha ziyade hakimine delilleri takdir yetkisi ile ilgili psikolojik bölümü içermektedir. Daha açık bir ifadeyle hakim ile delil arasındaki ilişkinin tayini meselesidir. Uygulanacak bağlama noktası açısından bu özellik göz ardı edilmemelidir.

Meseleyi bu şekilde tasnif ettikten sonra, ispat hukuku ve delillere bu çerçevede uygulanacak kanunlar ihtilafı kaidelerinin tayinine geçmekte yarar görüyorum.

### C- İSBAT HUKUKUNA VE DELİLLERE UYGULANACAK HUKUK

Milletlerarası usul hukuku doktrininde üç temel bağlama kaidelerinin teklif edildiğini görüyoruz.

Birincisi; ispat hukukunu ve delilleri *lex fori*'ye tabi kılan görüş.

İkincisi konuyu esasa uygulanacak hukuka başka bir ifade ile *lex causae*'ye dahil eden görüş.

Üçüncüsü meseleyi, L.R.A kaidesi içinde ele alan görüştür.

Bu üç yaklaşımda savunduğu gerekçeler genel olarak şu şekildedir:

#### 1) *Lex fori Prensibi*

Bu sistem genellikle Anglo-Sakson hukuklarında savunulmuştur (3). Bu esasın İngiliz Hukukunda ve benzer sistemlerde benimsenmesini doğal karşılamak gerekir. Çünkü İngiliz hakimleri nazarında asıl olan yabancı hukukun İngiliz Hukuku ile aynıyet arz etmesidir (4). *Lex fori*nin tatbiki bu karine icabıdır. Bir de bilhassa yazılı delil sisteminin ve düzenleniş şeklinin Kara Avrupası Hukuklarından farklılık göstermesidir (5).

Alman, İsviçre, Fransız doktrininde de bazı hukukçular *lex fori* lehine çözüme gitmektedirler (6).

Bu görüşü savunan yazarların dayandığı gerekçe delilin usul hukuku ile yakın irtibatı ve usul hukukuna hakim olan *lex fori* prensibinin dolayısıyla delillere de tabi olması şeklinde özetlenebilir.

2) Hukuk sistemleri için bkz. Istvan Szaszy, *International Civil Procedure*, 1967, 260.

3) Bkz. *Cheshire and North, Private International Law* 1987, 81 vd.

4) Bkz. *Cheshire and North*, 23-27

5) Bkz. P.B.Carter, *Cases and Statutes on Evidence* 124, 629

6) Bkz. Nihal Erdener, *Türk Devletler Hususi Hukuk Sisteminde Locus Regit Actum Kaidelerinin Tatbiki*, 1958, 96.

## 2) Lex causae Prensibi

Bu sistem hakkın doğumunu esas almaktadır. Bir hakkın isbatı onun doğumunu içeren hukuka tâbi kılınmalıdır. Bu sebeple ona göre tayin edilmelidir. Alman Yüksek mahkemesi 1937 tarihli bir kararında bu prensibin lehinde karar vermiştir (7). Konuyu lex causae bağlama noktasına dayandıran pozitif düzenlemelerde mevcuttur. Lübnan Usûl Kanunu; bir meselenin hangi delille ispat edileceğini lex causae'ya buna mukabil delilin ispat kudretini L.R.A. bağlama noktasına tâbi kılan hüküm ihtiva etmektedir (8).

## 3) L.R.A Prensibi

Bilhassa Fransız Hukuk Doktrininin kabul ettiği bağlama noktası L.R.A.'dır. Bu yaklaşımı savunan yazarlara göre; delil mahal yerinde vücut bulmaktadır, o halde onun ispat kuvvetide aynı anda doğmaktadır. Bunları birbirinden tefriki sunni bir yaklaşım olacaktır (9). Üstelik tarafların menfaatide bunu haklı kılmaktadır. Çünkü hakların tanınması ve kabul ettirilmesi ancak ispatı ile mümkündür. Delillerin muteberiyetinin tespitinin hakkın doğumu ile aynı anda olmasının taraflara vereceği güvende hiç kuşkusuz ispat hukukunun amacına uygun düşecektir. Bu sebeple bir delilin isbat gücü ve kanunî muteberiyetini en sağlıklı tayin edecek hukuk L.R.A. olacaktır.

## D- İSBAT HUKUKUNA UYGULANACAK HUKUK

Milletlerarası Usul Hukuk doktrinde genelde iki nokta kabul edilir. İsbat yükü ve karineler hukukî ilişkinin esasına uygulanacak hukuka tâbidir. Buna karşılık delillerin sunulmuş biçimi ve idaresi lex foriye tâbidir. Fakat delillerin kabul edilebilirliği ve isbat kudretine uygulanacak hukuk tartışmalıdır.

### 1- İsbat Yükü ve Karinelere Uygulanacak Hukuk

Bunlar hemen hemen tüm hukuk sistemlerinde esasa uygulanacak hukukâ tâbi kılınmıştır. Sebebi isbat yükü ve karinelerin hukuki ilişki ile yakın irtibatından kaynaklanmaktadır. Fakat isbat yükünün usul hukukundan doğduğu alanlarda lex fori'nin uygulanması da savunulan yerinde bir görüştür (10). Bunun haricinde isbat yükünün bizatihi düzenlenmesi hakkın amaçlanması olmasından ötürü esasa uygulanacak hukuk ile sıkı ilişki halindedir. 19 Haziran 1980 tarihli Roma Sözleşmesinin 14. mad.'sinde kabul edilen esasta bu şekildedir (11). 14. md. gereği akdin kapsamı ve esasına ilişkin kanunî karinelere ve isbat yüküne de akdin şekline uygulanan hukuk uygulanacaktır. Başka bir ifade ile lex causae ve L.R.A alternatif olarak uygulanacaktır. Görüldüğü üzere Roma Andlaşmasında da kanuni karineler ve isbat yükü usule değil esasa ilişkin kabul edilmiştir. Fakat adı geçen sözleşmede kanuni karinelerin ve isbat yükünün akdin kapsamı ve esasına ilişkin olması şart kılınmıştır.

7) Bkz. Erdener, 98.

8) Bkz. Erdener, 98.

9) Bkz. Batiffol, Lagarde, *Revue Critique de Droit International Privé*, 1983, 542.

10) Bkz. Nomer, 355; ayrıca bkz. Aysel Çelikel, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 212-213.

11) Anlaşma için bkz. Nuray Ekşi, *Akitten doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukuk hakkında AET Konvansiyonu*, Tez, 1989, 69.

İsbat yükü ve karinelerin ne zaman akdin esasına ilişkin, başka bir ifadeyle maddi hukuka ilişkin ne zaman usul hukukuna ilişkin olduğunu tesbit oldukça güç bir problem teşkil etmektedir. Fakat yine de ispat yükünün, maddi hukukla usul hukuku arasında bir köprü oluşturduğunu, bu sebeple bir bölümünün maddi hukuka diğer bölümünün usul hukukuna ait olduğunu savunan görüşlere katılmak kanımca pek isabetli değil (12). İsbat yükünün ve karinelerin maddi hukuk içinde değerlendirmek, kanımca isbat yükü ve karinelerin tanımına ve usul hukuku içindeki hizmetine de uygun düşmektedir (13). Bu sebeple uygulanacak hukukun *lex causae* olması en uygun bağlama kaidesi olarak kabul edilmektedir.

Yukarıda da belirttiğimiz gibi Kara Avrupası Hukukları bu konuda Anglo Sakson hukukların aksine *lex causae* çözümü benimsemektedirler. Buna rağmen bazı hukuklarda isbat yükü problemi tamamiyle maddi hukuka ait bir mesele olarak kabul edilmekle birlikte uygulanacak hukuk açısından bazı noktalarda *lex fori* lehine bazı kısıtlamalara gidileceği de savunulmaktadır (14).

Mesela Sovyet Hukukunda ve Macar Usul Kanununun 2. Parag 163. Bölümünde yer alan "maruf ve meşhur vakıaların ispatına gerek yoktur" kuralı gereği, bu mesele esasa uygulanan yabancı hukukta isbat şartına tabi kılınsa bile artık bu olayda *lex causea*'nın isbat yükü konusundaki etki ve önemi *lex fori* lehine bertaraf edilecektir (15). Buna benzer sadece usulî gereklerden doğan isbat yükü yine *lex fori*'ye tâbi kılınacaktır. Mesela Alman Usul Kanununun 447 md.'si gereği "mahkeme ancak taraflardan birinin teklif etmesi diğerinin de kabul etmesi halinde diğer tarafı dinleyebilir" kuralı ve bunun sonucu doğan isbat yükü tamamiyle usul hukukundan kuvvetini aldığından *lex fori*'ye tabi kılınmalıdır (16). Aynı şekilde gıyap, susma, delil ibrazında gecikme ve sual karşısında tarafların ne yapacağı, isbat yükünün bu hallerde nasıl yer değiştireceği tamamiyle usul hukukuna ait bir mesele olduğundan *lex fori*'ye tabi kılınmalıdır.

Netice itibariyle şunları söyleyebiliriz; isbat yükü ve karinelerin maddi hukuk karakteri tartışmasızdır ve bu konuda telifci bir yaklaşıma gitmeye kanaatimce taraftar olmak pek uygun değildir. Uygulanacak hukuk açısından maddi hukuk karakteri ve en önemlisi maddi hukukun tarafa bahsettiği hakkın kullanılmasını sağlaması sebebiyle *lex causea*'nın önerilmesi tartışmasız kabul ettiğimiz yaklaşımdır. Fakat tamamiyle prosedürel bazı şart ve gereksinimlerden doğan isbat yükünün ve karinelerin tâbi olacağı hukuk hiç şüphesiz *lex fori* olacaktır.

## 2- Delillerin Kanunî Muteberiyeti

Mesele iki yönü ile önem taşımaktadır. Birincisi delilin mahkemeye sunulmuş biçimidir. Başka bir söyleşiyle delilin şekli anlamda muteberiyetidir. İkincisi delilin türüdür,

12) Telifci görüşü savunan yazarlar için bkz. Szaszy, 249.

13) İsbat yükünün niteliği için bkz. Bilge Umar ve Ejder Yılmaz, *İsbat Yükü*, 1980, 8 ve 9.

14) Karşılaştırma için bkz. Szaszy, 250.

15) Szaszy, 251 vd.

16) Szaszy, 252 vd.

farklı bir ifadeyle onun maddi anlamda muteberiyetidir.

### a-) Delilin Sunuluş Biçimine Uygulanacak Hukuk

Delillerin Sunuluş Biçimi tüm hukuk sistemlerinde ittifakla lex fori'ye tâbi kılınmaktadır (17). Çünkü mesele tamamiyle usul hukuku ile ilgili ve hakim bu deliller karşısındaki işlevi ile ilgilidir. Aslında bu konu içine giren öyle bazı meseleler vardır ki bunları bu denli usul hukuku içinde düşünmek hatalı olabilir. Şahidin dinlenme usulü prosedürle ilgilidir, buna mukabil aynı şahidin şahitlikten kaçınması, imtina hakkının veya bazı hukuk sistemlerinin kabul ettiği şekilde imtiyazının olması veya şahidin ehliyeti meselesi esasa ilişkin meselelerdir (18). Buna rağmen Batifoll'un de makalesinde belirlediği gibi delille işlemin esasına uygulanacak hukuk arasında bu alanda fazlaca bir ilişki kurmak mümkün olmamaktadır. Çünkü tüm saydığımız bu hususlar daha ziyade hakim uygulayacağı prosedür ve onun delillerle gireceği psikolojik yaklaşımı ile ilgilidir. Bu sebeple mesele esasa uygulanan ve işlemin yapıldığı yer hukukundan çok mahkemenin hukukuna daha yakın olmaktadır.

Netice itibariyle, bu konuların tümüyle lex fori'ye tâbi kılınması, delilin sunuluş biçiminin amaç ve işlevine de uygun düşmektedir.

### b-) Delil Türlerine Uygulanacak Hukuk

Bir vakıanın hangi delille isbat edileceği, bir delilin başka bir delille takviye edilmesi şartları veya kanuni delil, takdiri delil sistemlerine hangi hukukun uygulanacağı hukuklarda tartışmalara neden olmuştur. Latin ülkelerinde delil türleri L.R.A kuralına tâbi kılınmaktadır. Fransız Yargıtayı delil türlerinin tespitinin aynen şekil konusunda olduğu gibi işlem yeri hukukuna tâbi kılmaktadır (19). Alman Doktrini de bu konuda L.R.A kuralı lehine görüş bildirmektedir (20). Buna karşılık Alman Federal Mahkemesi 30 Temmuz 1954 tarihli bir kararında lex fori lehine karar vermiştir (21). Deliller konusunda lex fori lehine tutucu bir yaklaşım izleyen İngiliz Mahkemeleri ve doktrini delil türlerine uygulanacak hukukda lex fori'ye tabi kabul etmektedir (22). İngiliz Hukukunun tesirinde Amerikan Yasasının (American Restatement) 597. Bölümünün 3. Paragrafında delil türleri konusunda lex fori lehine bir düzenlemeye rastlamaktayız (23).

Bu konu ile ilgili olmak üzere Fransız Yargıtayı 17 Haziran 1958 tarihli vermiş olduğu bir kararında; delil türlerinin tespitinde daha önceki kararlarının aksine lex fori'yi uygulamıştır. Yargıtayın konuyu bu şekilde farklı nitelendirmesinin sebebini o tarihlerde kararda sebep olarak gösterilen rızai boşanmanın ve bu hukuki sebebe dayanarak isbat

17) Bkz. Batifoll, agm, 541.

18) İngiliz Hukukunda şahitlikten imtina müessesesi mevcut değildir daha farklı bir içeriği olan imtiyazı mevcuttur, bkz. P.B Carter, 246 vd.

19) Bkz. Batifoll, agm, 542.

20) Raape Woffl Riezler, Nuss için bkz. Revue Critique de Droit International Privé, 1956, 10.

21) Karar için bkz. Revue Critique, 1956, 58.

22) Bkz. Cheshire and North, 480 ve 82 vd.

23) Bkz. Szaszy, 261.

prosedürü olan yemin delili ile isbatın bu hukuk sisteminde olmamasından ötürü, revizyon gereği yemin delilinin kabul edilmeyip lex fori lehine bir kısıtlamaya, sırf revizyon yoluyla gidilmiş olmasıdır (24). Nitekim aynı şekilde Sovyet ve Macar Hukuk uygulamasında istisnai olarak kamu düzeni kısıtlamasından dolayı delillerin türünün lex fori'ye tâbi tutulacağı savunulmuştur. Macar Hakimi kendi delil sistemine ters düştüğünden yemin delilini kabul eden yabancı hukukun Macar kamu düzenini sarsacağından, bu alanda lex fori'nin uygulanması gerektiğini hükme bağlamıştır (25).

Türk Hukukunda Yargıtayın 13. Hukuk Dairesinin 12.12.1989 tarihli bir kararında ödünç sözleşmesine karşı sürülen iddianın tanıkla ispat edileceğini kabul eden Federal Alman Yasasının uygulamasını HUMK 288 md. gereğince red etmiş. Delil Türlerine lex fori prensibinin uygulanması yönünde karar vermiştir (26).

Adı geçen karar metnini incelerken gözlemlediğim bir hususu da aktarmak istiyorum. Karar metninde geçen ifade de Yargıtayın ödünç sözleşmesinin Almanya'da yapılmadığını, Türkiye'de yapıldığını bu sebeple de Federal Almanya Usul Kanununa göre tanıkla isbatın mümkün olamayacağını da son paragrafına eklemiştir. Gerçi kararın başında yargıtayın kullandığı nokta hep lex fori lehine hareket tarzıdır. Fakat son paragrafındaki yaklaşımı karşısında yargıtayın bir çelişkimi yada kavram kargaşasını içinde olduğunu anlamak güçtür.

Eğer son paragrafı göz önüne alacak olursak bu ifadenin tersinden L.R.A kaidesi lehine bir hüküm çıkarmakta mümkündür.

Bu sebeple Fransız Hukukundaki kararın verildiği tarihlerdeki revizyon uygulamasından, aynı şekilde Sovyet ve Macar Hukuklarındaki kamu düzeni kısıtlamasından ötürü lex fori lehine verilmiş kararları genele indirgemek kanımca yanlış bir tutum olacaktır. Aynı gerekçe doğrultusunda bir hukuk sisteminde bilinmeyen bir delilin o hukuk sisteminde kabul edilmesi de olanaksızdır bu alanda da delil türüne lex fori'nin uygulanması yerinde olacaktır. Nitekim Fransız Yargıtayı 24 Şubat 1959 tarihli bir kararında; Fransız hakiminin delillerin türünü Fransız Kanuna göre tayin etmek hakkını mahfuz tutmuş, fakat bu yetkinin, tarafların yabancı hukukun ispat kurallarından yararlanmasını engelleyecek biçimde kullanılmaması gerektiğini hükme bağlamıştır (27).

Görüldüğü üzere mesele hukuk sistemlerinde farklı değerlendirilmiş hatta aynı hukuk sisteminde farklı tarihlerde verilmiş kararlarda dahi farklı vasıflandırılmıştır. Davada getirilmiş vakıanın bir şahitlemi yoksa bilirkişi delili ilemi veya yazılı bir belge ilemi isbat edileceği, bütün bu saydığımız delillere verilen kanuni vasıf veya olayın tek bir delille ispatının yeterli olup olmadığı, hakimin takdir yetkisinin nereye kadar, hangi tür delillere kadar olduğu; aslında meselenin usulemi yoksa esasamı ilişkin olduğunun tespiti getirmektedir. Bu tespit de oldukça güçtür. Çünkü bu saydığımız hususlar artık sadece isbat prosedürü içinde müteala edilmekle kalmayıp delillerin hayatiyet kazandığı hu-

24) Karar için bkz. *Revue Critique* 1958, 736-737.

25) Bkz. *Szaszy*, 261.

26) Bkz. *Yargıtay Kararlar Dergisi*, Cild 16, Mart 1990, S.3, s. 408-410.

27) Karar için bkz. *Batiffol*, agm. 543-544.

kuki işlemin esası ve şekli ile de irtibatlıdır. Zira burada artık başka bir hukukta muteber olarak vücut bulan bir delilin hakim önünde gördüğü davada, kanuni veya takdiri isbat muteberiyeti ortaya çıkmaktadır. Bu sebeple sözkonusu delilin o yabancı hukuktaki yeterliliği ve anlamı önem kazanmaya başlamaktadır.

Oldukça karışık olan bu meseleyi, Batiffol'un belirlediği gibi delil türlerini iki temel kategori içinde değerlendirirsek daha net ve akılcı çözüme ulaşabiliriz. Yazarın belirlediği üzere (28), bilhassa takdiri ve yazılı olmayan delillerin hukuki işlemin şekli ile dolayısıyla teşekkül ettikleri yerin hukuku ile ilişkisinin kurulması hukuku zorlamaktan öteye gidemez. Fakat kanuni yazılı delille isbatın zorunlu kabul edildiği hukuk sistemlerinde, hukuki ilişkinin isbatının o yazılı delille yapılma gereksimi bizi yine L.R.A kuralına götürecektir. Batiffol'un verdiği örnekte olduğu gibi bir Fransız Avusturya'da Fransız Usul Kanununun ön gördüğü (Fr.Usul Kanunu md. 1341) miktarı aşan bir meblağı içeren akdi Avusturya hukuku böyle bir zorunluluk tanımadığından dolayı yazılı şekilde yapmamış olup, Fransız Hakimi bu kişinin hukuki talebinin şahitle isbatını red ederse L.R.A kuralının amacı ve sağladığı yarar gerçekten zedelenmiş olur. Aynı örneği Türk Hukukunda da vermemiz mümkündür. İşte bu takdirde kanaatimce L.R.A kuralı lehine karar verip o hukuk sisteminde varit olmayan kanuni delil sisteminin lex fori, hakim hukukunda aranmasını göz ardı etmek en lehte ve amaca uygun çözüm olacaktır. Nitekim bazı hukuk sistemlerinin kanunlarında görüşümüzü teyit eden düzenlemelere de rastlamaktayız.

İtalyan Medeni Kanununun 10. Bölümünün 2. paragrafı aynı şekilde 1877 tarihli Brezilya Medeni Kanununun 12. Bölümü L.R.A kuralının hukuki işlemin sıhhatine olduğu kadar, isbat geçerliliğine de uygulanabileceğini düzenlemektedir (29).

Nitekim hukuki işlemin şeklinin yapıldığı yer hukukuna tâbi kılınmasının tüm faydaları isbatı açısından da geçerlidir. Senet yapıldığı yer kanununda vücut bulmaktadır buna bağlı olarak onun isbat gücünde aynı zamanda işderlik kazanmaktadır. Taraf menfaatleri de senedin yapıldığı yer kanuna tabi olmasını gerektirmektedir. Zira hakkın tanınması, var olan doğmuş olan bu hakkın isbatı ile ancak usuli anlamda bir talebi doğuracaktır. Bu yazılı delilin tarifinde dahi saklıdır, zira taraflar senetle ileride karşı tarafın aleyhine kullanabilecekleri bir hakkı talep etmek imkanına sahip kılınmaktadır. O halde yazılı belgelerin isbat muteberiyetinin de yapıldığı yer kanuna tâbi tutulması bu kategorideki delillerin anlam ve niteliğine de uygun düşmektedir (30).

Aynı çözüm 19 Haziran 1980 tarihli Roma Anlaşmasının 14 maddesinde de benimsenmiştir. Bütün bu söylediklerimizin neticesi olarak kanuni yazılı delil türlerine ilişkin hemen hemen tüm meselelerin L.R.A ya tabi tutulması kabul edilebilir. Mesela hakim hukuku senete karşı ancak senetle isbatın mümkün olabileceğini kabul etmiş olsa bile senedin düzenlendiği yer kanunu senete karşı müdafanın her türlü delille isbatını düzenlemişse bu şekilde isbat mümkün olabilecektir (31). Aynı şekilde bir başka meselede

28) Bkz. Batiffol, agm. 544

29) Kanunlar için bkz. Szaszy, 260.

30) Aynı görüşler için bkz. Szaszy, 261; Batiffol agm, 543-544.

31) Görüşümüz için bkz. Erdener, 96.



Fransız Yargıtayı 12 Mayıs 1926 ve 1 Şubat 1944 tarihli kararlarında adi senet tarihinin ne gibi hallerde ve şartlarda üçüncü şahıslara dermeyan edilebileceği hususunda da L.R.A kuralı lehine karar vermiştir (32).

Konunun L.R.A kaidesine bağlanmanın yararları söylediğimiz gerekçelerden başka bizzat Kanunlar ihtilafı kaidelerinin çözümünde izlenen amaca da uygundur. Zira kanunlar ihtilafı kaidelerinin çözümü hukuk sisteminde bu yada şu yönde karar verme sebebine dayanmaktadır. Bu sebeple bu olay için de L.R.A ve lex fori arasındaki farklılığı zora koşup lex fori lehine sonuca gitmeye kanımca ne menfaatler dengesi ne de devletler hususi hukukun ana çizgisi açısından bir fayda görüyorum. Bu sebeple de yazılı kanuni deliller alanında uygulanacak hukukun L.R.A olmasını savunmaktayım.

### 3- Delilin İsbat Gücüne Uygulanacak Hukuk

Delilin isbat gücü aslında delilin kanuni muteberiyetinden bir yerde ayrılamıyan onunla iç içe olan bir meseledir. Bir hususun kanuni delilleme isbat edileceği yoksa takdir delilleme isbat edileceği probleminin devamını teşkil etmektedir. Bu sebeple delillerin isbat gücünün değerlendirilmesinde kanuni muteberiyetinin tespitinde olduğu gibi buldukları kategoriye göre değişim gösterecektir.

Yazılı belgelerin isbat gücünün tayini hakkında kanaatimce L.R.A kaidesinin uygulanması yerinde olur. Çünkü isbat gücü de bazı şekil kurallarına uyulmuş olmasına bağlıdır. İkisini birbirinden ayırmak meseleyi zora sürmekten öteye gitmez. Üstelik taraf menfaatleri de bunu kabul eder. L.R.A'nın senede tanıdığı isbat gücüne hakim hukukunun tanıdığı isbat gücünü ikâme etmek, kimi zaman kötü niyetli tarafa imkân sağlamak olur ki; bu iyiniyet ve hakkaniyet kuralları ile de bağdaşmaz.

Nitekim Fransız Yargıtayı aynı çözümü senet tarihinin isbatı meselesinde kabul etmiş, daha sonra genel bir ifade ile tüm yazılı delillerin isbat gücüne L.R.A. kaidesini uygulamıştır (33).

Aynı doğrultuda resmi senet veya adi senedin isbat güçlerinin etkinliği hangisinin daha ağır isbat gücüne sahip olduğu konusunda L.R.A kuralına tabi tutulmalıdır.

Nitekim Macar Medeni Usul Kanununun 195 Bölümünün 4. Paragrafında bu doğrultuda pozitif bir düzenlemede mevcuttur. Buna göre hakim senedin resmîyetini lex fori'ye göre tespit edecektir fakat aynı senede düzenlendiği yer hukuku daha farklı bir isbat gücü tanıdıysa bu takdirde o yabancı hukuk onun isbat gücü hakkında uygulanacaktır (34).

Buna mukabil senedin sahteliği iddiasında izlenecek prosedür pek tabiidir ki lex fori'ye göre olacaktır (35).

32) Bkz. Erdener, 96.

33) Bkz. Battifol, agm, 545.

34) Bkz. Szaszy, 272.

35) Bkz. Battifol, agm., 545.

Yazılı olmayan takdiri delillerin isbat gücü problemine gelecek olursak. Delilin isbat gücü veya meselenin sadece tek bir takdiri delille isbat edilmesinin yeterli olup olmaması özellikle bu tip delillerin birbirleri karşısındaki güçleri ve öncelikleri hakim in meseleye psikolojik yaklaşımı onun takdir yetkisinin kullanımı ile ilişkili olmaktadır. Bu sebeple lex forinin taraf ve işlem menfaatini üstün tutan L.R.A'dan daha öncelikle bu alana uygulanması kanımca uygun olacak (36).

## SONUÇ

Konuyu, muhtelif başlıklar altında incelerken görüşümü ve düşüncelerimi de belirtmiş bulunmaktayım.

İsbat Hukuku ve delillere uygulanacak hukuk açısından elimizde henüz pozitif bir düzenlemenin yokluğundan, meseleyi yabancı hukuk doktrinlerindeki, içtihatlarındaki ve pozitif düzenlemelerindeki nitelendirmeleri ile ele aldım.

Netice itibariyle, isbat yükü ve karineler açısından uygulanacak hukukun, bunların meselenin esasından doğması halinde lex causae olacağı fikrine katılıyorum ve Kara Avrupası Hukuklarındaki yaklaşımı tümüyle benimsemekteyim.

Delillerin muteberiyeti ve isbat güçleri alanında ise daha öncede belirttiğim üzere delilleri kendi içlerinde iki büyük sınıfa indirgeyerek uygulanacak hukuku bu şekilde tesbit eden görüşe katılmaktayım. Bu şekilde bir sınıflandırma iç usul hukuku açısından sunnî bir sınıflandırma olabilir. Fakat kanuni delil sistemini kabul eden sistemler olduğu gibi kanunî delil sistemini hiç düzenlemeyen sistemlerin varlığı gerçeği karşısında, meseleyi bu şekilde değerlendirmek milletlerarası usul hukukuna ve mukayeseli hukukada daha uygun düşmektedir. Elimizdeki somut olaylar da bu yaklaşımı kantılamaktadır.

Netice itibariyle, yazılı kanunî deliller açısından, bunların maddi anlamda muteberiyeti ve isbat güçlerine L.R.A kaidesinin tatbikini uygun görmekteyim, buna karşılık takdiri sözlü deliller açısından muhtelif başlıklarda belirttiğim gerekçelerden ötürü lex fori'nin uygulanmasını önermekteyim.

Son olarak da delillerin şekli muteberiyetine başka bir ifadeyle prosedürlerine lex fori'nin uygulanması görüşüne katılmaktayım.